

OPVOLGEND WERKGEVERSCHAP BIJ FAILLISSEMENTEN

Afstudeeronderzoek van E.C. Kappen, studentnummer 268380, voor
mr. E.A. Mulder, bedrijfsjurist bij MF Uitzendbureau

Opleiding:
Sociaal Juridische
Dienstverlening van de
Hanze Hogeschool te
Groningen

Afstudeerbegeleider
opleiding: mr. H. de Vey
Mestdagh – Kolk

Zuidlaren, juni 2014

Voorwoord

Dit onderzoek is ontstaan nadat de bedrijfsjurist bij mij kwam met een vraag over opvolgend werkgeverschap bij een faillissement. Nadat ik mij in het onderwerp ging verdiepen kwam ik erachter dat er veel over opvolgend werkgeverschap gezegd wordt, maar er door recente jurisprudentie er geen eenduidig antwoord te vinden is over opvolgend werkgeverschap bij faillissementen. Na overleg en goedkeuring van de bedrijfsjurist heb ik dan ook mijn afstudeeronderzoek over opvolgend werkgeverschap bij faillissementen gedaan.

Ik wil dhr. mr. E.A. Mulder bedanken voor het actief begeleiden van mijn afstudeeronderzoek en voor de mogelijkheid welke hij mij heeft gegeven om dit afstudeeronderzoek te kunnen verrichten en te voltooien. Tevens wil ik mevrouw mr. H. de Vey Mestdagh – Kolk bedanken voor haar actieve begeleiding vanuit de opleiding. Als laatste wil ik de mensen bedanken die hebben meegewerkt aan mijn interviews.

Erwin Kappen

Zuidlaren, juni 2014

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	2
Samenvatting	4
Inleiding	
De opdrachtgever	6
Aanleiding voor het onderzoek	6
Doel van het onderzoek	9
Centrale onderzoeksvraag	9
Deelvragen	10
Opbouw van het onderzoeksrapport	10
Hoofdstuk 1 Methodologische verantwoording	11
Hoofdstuk 2 Theorie	
2.1 Opvolgend werkgeverschap	13
2.1.1 Ketenbepaling	13
2.1.2. De draaideurconstructie	14
2.1.3. Elkanders opvolger	15
2.1.4. Conclusie	17
2.2. Faillissement	18
2.2.1. Opzegging tijdens faillissement	19
2.2.2. Opvolgend werkgeverschap	19
2.2.3. Jurisprudentie	21
2.2.4. Conclusie van jurisprudentie	23
2.3 De ragetlieregel	24
2.3.1. Conclusie	24
2.3.2. Ragetlieregel per 1 juli 2014	25
2.4. Surseance van betaling	26
2.4.1. Conclusie	27
2.5. MF Uitzendbureau	28
2.5.1. De fases in de ABU-cao	28
2.5.2. MF Uitzendbureau als opvolgend werkgever	29
2.5.3. Conclusie	30
2.6. Wet Werk en Zekerheid	31
2.6.1. Aanscherping ketenbepaling	31
2.6.2. Aanzegtermijn	31
2.6.3. Ontslagroute	32
2.6.4. Beëindigingsovereenkomst	32
2.6.5. Transitievergoeding	32
2.6.6. Conclusie	33

Hoofdstuk 3 Praktijk	
3.1 De curatoren	35
3.1.1. Rol van een curator bij een faillissement	35
3.1.2. De samenwerking met een uitzendbureau	36
3.1.3. Pre-Pack	37
3.2. De vakbond	39
3.2.1. Rol van de vakbond bij een faillissement	39
3.2.2. De samenwerking met een uitzendbureau	39
3.2.3. Pre-Pack	40
3.3. MF Uitzendbureau	42
3.3.1. Ervaring met faillissement	42
3.3.2. Belangen van het uitzendbureau	42
3.3.3. Samenwerking met andere partijen	43
3.3.4. Pre-pack	44
Hoofdstuk 4 Analyse	
4.1. Analyse opvolgend werkgeverschap vanuit belang MF Uitzendbureau	45
4.2. Analyse vanuit MF Uitzendbureau ten opzichte van belang vakbond	45
4.3. Analyse vanuit MF Uitzendbureau ten opzichte van belang curator	46
4.4. Analyse resultaten pre-pack	46
Hoofdstuk 5 Conclusie	47
Hoofdstuk 6 Aanbevelingen	
6.1. Aanbeveling opvolgend werkgeverschap bij faillissementen	48
6.2. Aanbeveling ten behoeve van de samenwerking met de vakbond	48
6.3. Aanbeveling ten behoeve van de samenwerking met curatoren	48
6.4. Aanbeveling ten behoeve van de pre-pack	49
Bronnenlijst	50
Bijlage	
1. Interviewvragen curatoren	52
2. Interviewvragen vakbond	54
3. Interviewvragen MF Uitzendbureau	56

Samenvatting

Het doel van dit onderzoek is om MF Uitzendbureau inzicht en advies te geven over opvolgend werkgeverschap bij faillissementen. Dit door aanbevelingen te doen aan MF Uitzendbureau over de gevolgen, de risico's en de voor- en nadelen indien werknemers van een gefailleerd bedrijf worden overgenomen door het uitzendbureau en vervolgens worden gedetacheerd bij de doorstarter. In de aanbevelingen wordt rekening gehouden met de belangen van iedere partij om zo tot goede en praktisch haalbare aanbevelingen te kunnen komen.

In 2006 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan in het boekenvoordeelarrest over opvolgend werkgeverschap bij faillissementen. De Hoge Raad stelde dat er bij een faillissement ook gekeken moet worden naar het werkverleden van de werknemer zodra deze binnen 3 maanden na ontslag van de curator bij de doorstarter in dienst treedt. Aanvullend heeft de Hoge Raad in 2012 in het van Tuinenarrest gesteld dat er voor opvolgend werkgeverschap zodanige banden aanwezig moeten zijn en de werknemer dezelfde werkzaamheden moet uitvoeren als bij de vorige werkgever, alvorens er gesproken kan worden van opvolgend werkgeverschap. Uit recente uitspraken van de lagere rechtbanken blijkt dat het van Tuinenarrest ook meegenomen dient te worden bij opvolgend werkgeverschap bij faillissementen. De werknemer moet aantonen en bewijzen dat er van zodanige banden tussen de oude en nieuwe werkgever gesproken kan worden, dat de verkregen inzicht over de kwaliteiten van de werknemer die de oud werkgever had, kan worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. Hiervoor zal de werknemer meerdere omstandigheden van het geval moeten aantonen. Het enkele feit dat de oud-directeur als manager in dienst treedt bij de nieuwe werkgever, is onvoldoende. Er moet van meerdere feiten en factoren gesproken kunnen worden voordat er sprake is van zodanige banden, waarmee opvolgend werkgeverschap aannemelijk gemaakt kan worden.

Om de belangen van iedere, bij een faillissement betrokken, partij helder uiteen te zetten, zijn hiervoor de curatoren, bestuursleden van de vakbond en werknemers van MF Uitzendbureau geïnterviewd. Uit de resultaten van de praktijk blijkt dat men niet de meerwaarde van een samenwerking met het uitzendbureau bij een faillissement ziet. Zo is de curator van mening dat een uitzendbureau tijdens een faillissement een onnodige kostenpost is, aangezien werknemers nog 6 weken na het ontslag beschikbaar moeten zijn voor arbeid. Echter zien zij wel voordelen en mogelijkheden voor een samenwerking met een uitzendbureau indien zij adviseur van een doorstarter zijn. Een doorstarter kan met behulp van een uitzendbureau een grote flexibele schil creëren.

De vakbond daarentegen vindt een samenwerking met het uitzendbureau in strijd met hun visie. Zij zijn geen voorstanders van flexibele arbeid. Wel willen zij een uitzendbureau naar voren toe schuiven bij een faillissement en doorstart, indien het uitzendbureau dit aantrekkelijk maakt door onder andere tegemoet te komen in de arbeidsvoorwaarden van de werknemers (lees: uitzendkrachten).

De aanbevelingen voor MF Uitzendbureau zijn dan ook om te voorkomen dat een werknemer (lees: uitzendkracht) kan stellen dat er meerdere omstandigheden van het geval zijn. Dit door in de gaten te houden van welke omstandigheden van het geval sprake kan zijn en hoe dit kan worden gereduceerd bij het doorstartende bedrijf. Tevens kunnen zij een adviserende rol richting de doorstarter op zich nemen om de risico's omtrent opvolgend werkgeverschap te minimaliseren.

Ten behoeve van de werknemers zou er met de doorstarter gekeken kunnen worden in hoeverre zij een inlenersbeloning toepassen. Dit zou het verschil tussen vaste werknemers en uitzendkrachten minimaal maken. Het uitzendbureau heeft verder te maken met de ABU-cao en kan daardoor niet in veel arbeidsvoorwaarden tegemoet komen. Gaten tussen de oude cao en de ABU-cao zullen blijven bestaan.

Voor de samenwerking met de curator is de aanbeveling om met hen een afspraak te maken en kijken welke mogelijkheden het uitzendbureau kan bieden bij een faillissement en een doorstart. Voornamelijk om een mogelijkheid te creëren voor het uitzendbureau bij een doorstarter, waarbij de curator als insolventieadvocaat de doorstarter adviseert.

Inleiding

De opdrachtgever

De opdrachtgever van mijn onderzoek is de bedrijfsjurist bij MF Uitzendbureau. MF Uitzendbureau is net als MF Horeca, MF Select en MF Taxi een onderdeel van de overkoepelende organisatie MF Groep. Het uitzendbureau is gespecialiseerd in het werven, selecteren en ter beschikking stellen van personeel op het gebied van productie, horeca en personeel. In de provincies Groningen, Friesland en Drenthe heeft het uitzendbureau verscheidene vestigingen. MF Uitzendbureau probeert zo goed mogelijk vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar te brengen. MF behoort daarnaast tot één van de grootste zelfstandige uitzendbureaus in Nederland.

Door de economische crisis gaan steeds meer bedrijven failliet. MF Uitzendbureau wil onderzoeken of de bedrijven die een doorstart maken een nieuw marktaandeel kunnen worden. Deze bedrijven willen het liefst ervaren personeel, welke bekend zijn met het bedrijf, maar willen zo min mogelijk werkgeversrisico's lopen. MF Uitzendbureau kan de werkgeverslasten voor deze bedrijven op zich nemen door de werknemers via MF Uitzendbureau bij de werkgever te detacheren. MF Uitzendbureau wil echter niet de werknemers in vast dienstverband hebben. Dit onderzoek zal de bedrijfsjurist van MF Uitzendbureau inzicht en advies geven over de risico's en voor- en nadelen indien zij werknemers die door een curator ontslagen zijn overnemen en opnieuw detacheren bij de doorstarter.

Aanleiding voor het onderzoek

Elke maand worden er door de kamer van koophandel 600 tot 800¹ faillissementen geregistreerd. De werknemers worden veelal via de curator ontslagen, waardoor er een grote werkloosheid is ontstaan. De ontslagen werknemers hebben vaak onvoldoende netwerken opgebouwd om snel elders weer aan het werk te kunnen gaan, waardoor zij langdurig in de WW terecht komen. Een uitzendbureau dat de vraag en aanbod op de arbeidsmarkt bij elkaar probeert te brengen wil een zo groot mogelijk kandidatenbestand hebben om ervoor te zorgen dat de juiste gekwalificeerde kandidaten bij de bedrijven worden gedetacheerd.

Curatoren trachten bij een faillissement zoveel mogelijk geld voor de schuldeisers te krijgen. Dit kunnen zij onder andere doen door een deel van de productie van het bedrijf door te laten draaien en/of een deel van het bedrijf te verkopen. In beide gevallen zijn werknemers nodig om het productieproces in gang te houden. Bedrijven willen het liefst ervaren en kwalitatieve werknemers die bekend zijn met het bedrijf, aangezien deze werknemers niet eerst bij het bedrijf ingewerkt hoeven te worden.

Tegenwoordig wordt er ook steeds meer gebruik gemaakt van een pre-pack. Bij een pre-pack wordt er op verzoek van de schuldenaar, in overleg met de schuldeisers, door de rechter een stille bewindvoerder aangesteld, welke onder andere de activaovereenkomst voor het faillissement al probeert op te stellen en gesprekken voert met eventuele kandidaat-kopers. Door de pre-pack, waarin een activaovereenkomst al kan worden voorbereid, kan er sneller een doorstart gemaakt worden met het bedrijf. Doordat het faillissement vooraf is voorbereid, zal de waarde van het bedrijf

¹ www.kvk.nl/over-de-kvk/over-het-handelsregister/cijfers-handelsregister/

minimaal afnemen en kan het productieproces zo snel mogelijk door de nieuwe koper voortgezet worden.

Zodra het uitzendbureau werknemers detacheert bij het doorstartende bedrijf, kunnen er problemen ontstaan door onduidelijkheid op het gebied van opvolgend werkgeverschap. Opvolgend werkgeverschap houdt volgens artikel 7:668a lid 2 BW in dat de opvolgend werkgever rekening moet houden met de contracten die de werknemer heeft gehad bij zijn vorige werkgever. Als de werknemer dus een contract voor onbepaalde tijd had bij de vorige werkgever en er is sprake van opvolgend werkgeverschap, heeft hij bij de nieuwe werkgever ook recht op een contract voor onbepaalde tijd.

Het uitzendbureau wil echter geen werknemers direct in dienst nemen voor onbepaalde tijd, aangezien het uitzendbureau alle werkgeversrisico's, zoals de loondoorbetaling en de re-integratieverplichting bij arbeidsongeschiktheid voor zieke werknemers, draagt. Het lastige voor het uitzendbureau in deze situatie is dat zij normaal gesproken zelf de werving en selectie doen. Hierdoor kennen zij de uitzendkrachten die zij te werk stellen. De werknemers die vanuit een bedrijf worden overgenomen, worden niet geworven en geselecteerd door het uitzendbureau zelf, waardoor het lastig in te schatten is wat deze werknemers kunnen indien zij niet bij het doorstartende bedrijf uitgezonden kunnen worden. Daarnaast is het uitzendbureau wettelijk verplicht om werknemers die voor onbepaalde tijd in dienst zijn hun loon door te betalen, ook wanneer er geen werk voor deze groep werknemers aanwezig is.

Om te voorkomen dat MF Uitzendbureau werknemers voor onbepaalde tijd in dienst krijgt, is het dus van belang om duidelijk in kaart te brengen wanneer er sprake is van opvolgend werkgeverschap bij faillissement en wanneer niet. Over opvolgend werkgeverschap zijn verschillende rechterlijke uitspraken, onder andere van de Hoge Raad, te vinden. MF Uitzendbureau wil alle juridische aspecten en mogelijkheden uitgezocht hebben, voordat het uitzendbureau de werknemers van een gefailleerd doorstart makend bedrijf wil overnemen. MF Uitzendbureau is verantwoordelijk voor de werkgeversrisico's en de opdrachtgevers niet. MF Uitzendbureau draagt hierbij dus de grootste risico's.

Om de onduidelijkheden over opvolgend werkgeverschap bij faillissement weg te nemen wil ik voor MF Uitzendbureau de juridische voorwaarden over opvolgend werkgeverschap bij faillissement in kaart brengen. Opvolgend werkgeverschap is geregeld in het Burgerlijk Wetboek, namelijk in artikel 7:668a lid 2. Echter is in dit artikel niet duidelijk omschreven wat er exact met opvolgend werkgeverschap wordt bedoeld. Echter is opvolgend werkgeverschap in de wet opgenomen ter bescherming van de werknemers. De Hoge Raad heeft over opvolgend werkgeverschap meermaals een uitspraak gedaan om de onduidelijkheden uit de wet weg te nemen. Door verschillende uitspraken van de Hoge Raad, zoals Boekenvoordeelarrest en het Van Tuinenarrest worden de onduidelijkheden in de wet steeds meer weggenomen. Maar de voorwaarden die de Hoge Raad vervolgens stelt aan opvolgend werkgeverschap kunnen breed uitgelegd worden. Zo moet er bijvoorbeeld volgens het Van Tuinen arrest zodanige banden zijn tussen de werkgevers dat er van opvolgend werkgeverschap gesproken kan worden. Doordat de bepaling in de wet over opvolgend werkgeverschap nog steeds vaag is en dat er aan steeds meer voorwaarden, gesteld door de Hoge Raad, voldaan moet worden voor opvolgend werkgeverschap, wordt het gebied van opvolgend

werkgeverschap gezien als een grijs gebied. Door de juiste argumenten aan te dragen bij de rechter kan de rechter nog steeds, op basis van de eigen interpretatie, oordelen over wel/geen opvolgend werkgeverschap. Dit doordat er nog steeds niet helder vastligt wanneer er nu sprake is van opvolgend werkgeverschap en wanneer niet. Ik zal in dit onderzoek voor MF Uitzendbureau dan ook uiteenzetten met welke omstandigheden rekening gehouden moet worden om te voorkomen dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap.

Nadat ik de theoretische kennis over opvolgend werkgeverschap uiteen heb gezet, heb ik in de praktijk interviews gaan houden met curatoren, welke optreden in het belang van de schuldeisers, met werknemers van de vakbond, met als uitgangspunt het belang van de werknemers en met managers van MF Uitzendbureau zelf. Hierdoor kan ik vanuit verschillende visies aanbevelingen geven aan MF Uitzendbureau over de voor- en nadelen vanuit de praktijk van opvolgend werkgeverschap bij faillissementen en aanbevelingen doen hoe MF Uitzendbureau het de uitzendkrachten bij doorstartende bedrijven kan detacheren, zonder dat MF Uitzendbureau deze werknemers voor onbepaalde tijd in dienst krijgt. Deze voor- en nadelen zijn niet uit een wettelijk voorschrift te halen, maar zijn voor- en nadelen uit de praktijk bij het overnemen van personeel in het geval van een faillissement.

De interventiecyclus

Dit onderzoek valt onder de diagnosefase van de interventiecyclus. Er is sprake van een probleem, namelijk de onduidelijkheid over het opvolgend werkgeverschap bij een faillissement. De theoretische achtergrond wordt onderzocht in de theoretische deelvragen. De resultaten van de theoretische deelvragen worden uiteengezet in de onderzoekspunten. Vervolgens wordt de praktische haalbaarheid van de onderzoekspunten onderzocht in onderzoeksobjecten, waarbij wordt onderzocht hoe het voor MF Uitzendbureau mogelijk is om zich te gaan richten op de gefailleerde bedrijven. De achtergrond van het probleem wordt dus onderzocht in zowel het theorie als in het praktijkgedeelte. Aan de hand van deze resultaten wordt er bekeken hoe het probleem voorkomen kan worden. Dit wordt vervolgens uiteengezet in de conclusie en aanbevelingen.

Factoren uit eerder onderzoek

MF Uitzendbureau heeft niet eerder opvolgend werkgeverschap bij faillissementen uitgebreid laten onderzoeken. Op het internet zijn wel enkele artikelen te vinden over opvolgend werkgeverschap bij faillissementen, maar in deze artikelen wordt enkel in het kort de theorie verteld over opvolgend werkgeverschap bij faillissementen. Daarnaast zijn de meeste documenten gedateerd, aangezien er in 2012 (het Van Tuinen-arrest²) een toevoeging van de Hoge Raad is gedaan. De meeste documenten dateren van voor 2012. Picarta geeft 7 zoekresultaten bij opvolgend werkgeverschap bij faillissementen. Dit zijn het boekenvoordeelarrest en het Van Tuinen-arrest. Er is geen enkel document wat een onderzoek is van opvolgend werkgeverschap bij faillissementen. Er is dus geen eerder onderzoek over opvolgend werkgeverschap bij faillissementen te vinden.

Ook over het praktijkonderzoek zijn geen onderzoeken te vinden. Ook via Picarta zijn er geen praktijkonderzoeken te vinden welke de voor- en nadelen uiteenzet van curatoren, vakbondsmedewerkers en managers van een uitzendbureau. Er kan dus gesteld worden dat er niet

² HR 11 mei 2012, JAR 2012, 150

eerder onderzoek is gedaan waarin de voor- en nadelen van het opvolgend werkgeverschap bij faillissementen uiteengezet worden.

Wat is de juridische component van het onderzoek?

De juridische component in het onderzoek is opvolgend werkgeverschap zijn bij faillissement. Daarnaast kan er sprake zijn van overgang van onderneming, dat andere gevolgen heeft met betrekking tot opvolgend werkgeverschap. Verscheidene facetten zullen worden toegelicht, maar het centrale juridische onderwerp zal opvolgend werkgeverschap bij faillissement zijn.

Wet- en Regelgeving

De belangrijkste wet- en regelgeving welke voor het juridische component van het onderzoek nodig is, is artikel 7:668a lid 2 Burgerlijk Wetboek (hierna BW). In dit artikel staan de voorwaarden genoemd van opvolgend werkgeverschap. Verder zijn overige bepalingen uit titel 10, boek 7 van het BW van belang. Specifiek zijn dat de artikelen 7:610 BW (arbeidsovereenkomst), 7:667 (einde van rechtswege en de ragetlieregel) en afdeling 8 van titel 10, boek 7 van het BW (overgang van onderneming). Daarnaast is de Faillissementswet van toepassing. Ook zal er gekeken worden in artikel 13 van de ABU cao voor Uitzendkrachten welke de verschillende fases uiteenzet waarin een uitzendkracht zich kan bevinden.

Doel van het onderzoek

Het doel van dit onderzoek is om MF Uitzendbureau inzicht en advies te geven over opvolgend werkgeverschap bij faillissement. Hierbij wil ik een advies schrijven waarmee MF Uitzendbureau een duidelijk uiteengezet juridisch kader heeft voor een eventueel nieuw marktaandeel waarbij het uitzendbureau de vraag en aanbod op de arbeidsmarkt nog dichter bij elkaar kan brengen.

Doelstelling

De doelstelling is als volgt:

Het doen van aanbevelingen aan de bedrijfsjurist bij MF Uitzendbureau, over de gevolgen, de risico's en de voor- en nadelen van opvolgend werkgeverschap bij een faillissement om hierdoor de onduidelijkheid over de risico's bij een nieuw marktaandeel, detacheren bij doorstart makende bedrijven, op te lossen door

het geven van inzicht in de knelpunten van het juridische kader van opvolgend werkgeverschap bij faillissement, vervolgens de voor- en nadelen en de praktische haalbaarheid uit het oogpunt van werknemers, curators en MF Uitzendbureau in kaart te brengen en deze gegevens te analyseren.

Centrale onderzoeksvraag

De centrale onderzoeksvraag is als volgt:

Wat zijn de voor- en nadelen voor MF Uitzendbureau indien zij werknemers, die net wegens een faillissement door de curator ontslagen zijn maar waarvan het bedrijf een doorstart maakt, in dienst krijgt en deze werknemers vervolgens detachert bij hun oude doorstartende bedrijf, maar waarbij rekening wordt gehouden met de belangen van de (ontslagen) werknemers en curators?

Deelvragen

Om een goed antwoord te geven op de centrale onderzoeksvraag zijn de volgende deelvragen nodig. Deze deelvragen zijn te verdelen in drie soorten deelvragen.

Theoretische deelvragen:

- Wanneer is er sprake van opvolgend werkgeverschap bij een faillissement?
- Wat is het verschil van opvolgend werkgeverschap tussen surseance van betaling of faillissement?
- Wanneer is er sprake van een rechtsgeldige opzegging conform de ragetlieregel?
- Wanneer kan MF Uitzendbureau als opvolgend werkgever worden aangemerkt?
- Wat is de invloed van de recente ontwikkelingen in het arbeidsrecht voor opvolgend werkgeverschap bij faillissementen?

Praktijkgerichte deelvragen:

- Wat zijn de voor- en nadelen voor ontslagen werknemers die in dienst treden bij het uitzendbureau, maar worden gedetacheerd bij het oude bedrijf wat een doorstart maakt?
- Wat zijn de voor-en nadelen voor een curator bij het aangaan van een samenwerking met het uitzendbureau bij een faillissement?
- Wat zijn de voor-en nadelen voor MF Uitzendbureau om formele werkgever te worden van werknemers die ontslagen zijn bij een faillissement, maar voor desbetreffend bedrijf werkzaam blijven?

Analyse deelvraag:

- In hoeverre is de theorie uit het Burgerlijk Wetboek en uit jurisprudentie over opvolgend werkgeverschap bij faillissementen toe te passen in de praktijk, waarbij rekening wordt gehouden met de belangen van alle betrokken partijen, maar waarbij wordt voorkomen dat een werknemer voor onbepaalde tijd in dienst treedt bij het uitzendbureau?

Opbouw van het onderzoeksrapport

In hoofdstuk 1 is de theorie over opvolgend werkgeverschap uiteengezet. Eerst wordt het begrip opvolgend werkgeverschap verklaard. Dit zal vervolgens worden toegepast op het faillissement. Hierbij wordt recente jurisprudentie apart behandeld. Vervolgens wordt opvolgend werkgeverschap voor het uitzendbureau besproken en als laatste worden enkele toekomstige wijzigingen nog kort benoemd.

In hoofdstuk 2 zijn de resultaten verkregen uit interviews met de praktijk uiteengezet. Als eerste worden de resultaten van curatoren besproken, daarna die van de vakbond en als laatste de resultaten van MF Uitzendbureau. Iedere partij wordt als volgt uiteengezet. Als eerst wordt er de rol en positie van de partij besproken bij een faillissement, daarna wordt de samenwerking met het uitzendbureau besproken en als laatst wordt nog de pre-pack benoemd.

In hoofdstuk 3 staat de analyse van dit onderzoek. Eerst is de analyse over opvolgend werkgeverschap uiteengezet. Vervolgens de analyse vanuit MF Uitzendbureau ten opzichte van het belang van de vakbond en daarna vanuit het opzicht van de curator. Als laatste is er nog een korte analyse op de pre-pack.

In hoofdstuk 4 staat de conclusie van dit onderzoek en in hoofdstuk 5 de aanbevelingen voor MF Uitzendbureau. Het hoofdstuk aanbevelingen heeft dezelfde opbouw als hoofdstuk 3 analyse. Als eerst zijn de aanbevelingen voor MF Uitzendbureau uiteengezet ter voorkoming van opvolgend werkgeverschap bij faillissement. Daarna de aanbevelingen voor de eventuele samenwerking met de vakbond en vervolgens met de curator. Als laatste is de aanbeveling voor de pre-pack besproken.

Hoofdstuk 1 Methodologische verantwoording

In dit hoofdstuk zal de methodologische verantwoording van dit onderzoek behandeld worden. Als eerste zal het literatuuronderzoek worden verantwoord en vervolgens de interviews besproken. Als laatste zal nog de reflectie van het onderzoek worden benoemd.

Onderzoeksproces

Literatuuronderzoek

Als eerste wordt er inzicht gegeven in de keuzes naar aanleiding van het literatuuronderzoek. Hierbij is begonnen met het inlezen in opvolgend werkgeverschap. Vervolgens is dit toegespitst op faillissementen. De literatuurstudie geeft antwoord op de vragen wanneer er sprake is van opvolgend werkgeverschap bij faillissementen, of er een verschil bestaat bij faillissementen en surseance van betaling met betrekking tot opvolgend werkgeverschap en wanneer het uitzendbureau als opvolgend werkgever gezien kan worden. In deze fase zijn alle juridische gegevens verzameld over opvolgend werkgeverschap bij faillissementen. Hierbij kan gedacht worden aan jurisprudentie over opvolgend werkgeverschap bij faillissementen en juridische literatuur die dit onderwerp (uitgebreid) bespreken. Er is bewust een keuze gemaakt van literatuur wat na 2012 is verschenen, zodat het meest recente arrest van de Hoge Raad in de literatuur is meegenomen.

Gekozen is om enkel de wetsartikelen te bespreken welke begrepen dienen te worden voor het onderzoek. Dit zodat iedereen, ook niet juridische lezers, het onderzoek kunnen lezen en begrijpen. De overige artikelen, welke wel worden benoemd maar waar niet diep op ingegaan wordt, zijn volledigheidshalve genoemd in voetnoten.

Nadat er verschillende informatie was verkregen uit de literatuur, is dit uitgewerkt onder hoofdstuk 2 Theorie. Belangrijk voor het onderzoek was dat de theorie over opvolgend werkgeverschap voor de interviews bekend was, zodat er tijdens de interviews dieper op de stof doorgevraagd kon worden. Als eerste is dus de gehele theorie uitgewerkt, alvorens er een interviewvragenlijst is opgesteld.

Interview

Nadat het hoofdstuk theorie afgerond was, zijn er 3 verschillende interviewvragenlijsten opgesteld. Dit voor alle 3 de partijen welke geïnterviewd zouden worden. De geïnterviewde personen zouden de belangen uit de praktijk van de desbetreffende partij goed kunnen weergeven. De belangen die partijen hebben is een interpretatie. Dit is lastig uiteen te zetten, maar om de resultaten zo betrouwbaar mogelijk te maken, is ervoor gekozen zoveel mogelijk specialisten en ervaren werknemers hierover te interviewen.

Voor het behalen van de resultaten uit de praktijk is gekozen om interviews af te nemen met specialisten. Om zo goed en betrouwbaar mogelijke resultaten te verkrijgen zijn er interviews met 5 curatoren, met 3 vakbondsbestuursleden en 2 werknemers van MF Uitzendbureau gehouden. Deze 5 curatoren zijn gekozen op grond van hun specialisme. Zij zijn alle 5 al jaren werkzaam als curator in regio Groningen en Assen. Tevens is hun specialisme insolventierecht. Deze curatoren zijn gevonden door op het internet verschillende advocatenkantoren in regio Groningen en Assen te benaderen. Gezocht is naar ervaren insolventierechtadvocaten die tevens curator zijn. Er mag dan ook vanuit gegaan worden dat de resultaten verkregen uit hun interviews betrouwbaar en juist zijn.

De bestuursleden van de vakbond zijn geselecteerd op hun ervaringen met faillissementen en behartigen van de belangen van de werknemers. Zij konden het beste de belangen benoemen welke zij behartigen op het moment dat zij bij een faillissement betrokken raken. Er is contact gezocht met verschillende vakbonden en deze bestuursleden van de vakbonden waren bereid om mee te werken. Er is bewust gekozen om de interviews bij verschillende vakbonden af te nemen, zodat er vanuit meerdere uitgangspunten resultaten verkregen konden worden. Doordat iedere vakbond op een andere manier de belangen van werknemers behartigd zijn er goede algemene resultaten gekomen uit de interviews.

De werknemers van MF Uitzendbureau zijn geselecteerd op hun ervaring met het uitzendbureau en hun kennis van faillissementen. Tevens waren deze werknemers kort geleden nog betrokken bij een faillissement en een pre-pack, waardoor zij uit ervaring konden spreken. Hierdoor kon er een juist beeld geschetst is vanuit het uitzendbureau. Hierdoor kunnen ook de resultaten verkregen uit de interviews met werknemers van MF Uitzendbureau als betrouwbaar en juist gezien worden.

Zoals hiervoor al aangegeven zijn voor het behalen van de resultaten uit de praktijk interviews afgenomen. De interviewvragen, welke in de bijlage zijn opgenomen, zijn bewust zo opgesteld dat het antwoord op de vragen de juiste belangen van de partijen uiteenzette. Hierdoor is het gelukt om de meest belangrijke belangen van iedere partij te verkrijgen. Deze belangen konden enkel door middel van een interview verkregen worden, doordat iedere partij en iedere geïnterviewde zijn eigen interpretatie en belang kon vertellen. Indien er gekozen zou zijn voor een enquête, zou dit de resultaten vooraf al kaderen. Om te voorkomen dat de antwoorden bij voorbaat gekaderd zouden worden, is er gekozen om open vragen te stellen. Hierdoor kon iedereen een volledig en onderbouwt antwoord geven.

Doordat er verschillende partijen werden geïnterviewd, is er voor iedere partij een aparte vragenlijst opgesteld. Hier is bewust voor gekozen, omdat de vragen specifiek per doelgroep opgesteld zijn en de andere partij geen antwoord op deze vragen kan geven. De verkregen resultaten echter konden niet direct met elkaar vergeleken worden. Dit doordat verschillende vragen niet met elkaar vergeleken kunnen worden. Toch worden resultaten in dit onderzoek wel vergeleken. Dit door voor iedere partij een aparte analyse op te stellen. In iedere analyse wordt het uitzendbureau als uitgangspunt genomen.

Reflectie van het onderzoek

Nu zullen de zwakke en sterke punten van dit onderzoek besproken worden. De waarde van dit onderzoek is dat dit onderzoek het juridische kader van opvolgend werkgeverschap bij faillissementen helder uiteen zet. Tevens is van waarde voor dit onderzoek dat de belangen van iedere partij en de bereidheid tot samenwerken uitvoerig wordt besproken in dit onderzoek. De beperking van dit onderzoek is echter dat er geen marktonderzoek gedaan is. Hierdoor kan er geen kosten en baten analyse gemaakt worden om dit als een nieuw marktonderdeel te zien. Echter zou er wel een klein vervolgonderzoek gedaan kunnen worden, welke ingaat op de mogelijkheid van het nieuwe marktonderdeel. Met dit onderzoek is het volledige juridische kader omtrent opvolgend werkgeverschap bij faillissementen behandeld.

Achteraf gezien zou er, om tot dezelfde resultaten te komen, geen andere stappen genomen hoeven te worden. Alle onderzoeksvragen kunnen met deze verkregen resultaten voldoende beantwoord worden.

Hoofdstuk 2 Theorie

In het hoofdstuk 2 Theorie zal eerst het algemene begrip opvolgend werkgeverschap behandeld worden, zodat de lezer dit begrip goed begrijpt, zodra er verderop in het onderzoek dieper op het begrip opvolgend werkgeverschap wordt ingegaan. Na opvolgend werkgeverschap zal in hoofdstuk 2.2 het faillissement worden besproken. Vervolgens zal er kort stilgestaan worden bij de ragetlieregel. Na de ragetlieregel zal de surseance van betaling behandeld worden in hoofdstuk 2.4. In hoofdstuk 2.5 MF Uitzendbureau wordt de rol van het uitzendbureau besproken en wanneer uiteengezet wanneer het uitzendbureau als opvolgend werkgever gezien wordt. In hoofdstuk 2.6 wet werk en zekerheid zal stilgestaan worden bij wettelijke veranderingen en de invloed van deze wet op opvolgend werkgeverschap bij faillissementen.

2.1 Opvolgend werkgeverschap

In de loop der jaren is er veel onduidelijkheid geweest omtrent opvolgend werkgeverschap. Zo is de discussie geweest of artikel 7:666 BW ook van toepassing zou zijn op artikel 7:668a lid 2 BW. In artikel 666 van boek 7 uit het BW staat genoemd dat de artikelen van overgang van onderneming niet van toepassing zijn in geval van een faillissement. Dat houdt in dat een doorstart van een onderneming vergemakkelijkt wordt bij een faillissement en daarnaast de doorstartende werkgever niet geconfronteerd wordt met rechten en plichten die overgenomen werknemers zouden hebben. De lagere rechtspraak gaf hier voor 2006 geen duidelijkheid over³. Volgens mr. drs. A.M. Helstone⁴ lag de oorzaak van deze verdeeldheid in de gedachte dat de toepassing van artikel 668a lid 2 van boek 7 van het BW tegenstrijdig zou zijn met de bepalingen omtrent overgang van onderneming en artikel 7:666 BW. In 2006 heeft de Hoge Raad in het boekenvoordeelarrest⁵ een einde gemaakt aan de onduidelijkheid over opvolgend werkgeverschap bij faillissementen.

2.1.1 Ketenbepaling

Voordat ik de jurisprudentie van de Hoge Raad zal bespreken ga ik eerst het begrip opvolgend werkgeverschap en vervolgens opvolgend werkgeverschap faillissementen uiteenzetten.

Het begrip opvolgend werkgeverschap is in de huidige wet niet opgenomen. Indien er gesproken wordt over opvolgend werkgeverschap wordt er gerefereerd naar artikel 7:668a lid 2 BW. Dit is dan ook de juridische basis van opvolgend werkgeverschap. Dit artikel luidt als volgt:

Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn.

Om lid 2 van artikel 7:668 BW goed uiteen te kunnen zetten zal ik eerst een uitleg geven over lid 1 van het genoemde artikel. Lid 1 wordt ook wel de ketenbepaling genoemd. Dit artikel geeft aan hoeveel opvolgende contracten voor bepaalde tijd een werknemer in een periode mag hebben

³ Zie onder andere: Ktr. Leiden 4 december 2002, *JOR* 2003,122; Ktr. Nijmegen 28 februari 2003, *JAR* 2003,270; Ktr. Zwolle 11 december 2003, *JOR* 2004, 117; Ktr. 's Hertogenbosch 12 december 2004, *JOR* 2004, 281; Ktr. Groningen 14 juli 2005, *JOR* 2005, 255; Ktr. Gorinchem 24 februari 2006, *JIN* 2006, 182; Ktr. Groningen 17 maart 2006, *JIN* 2006, 232.

⁴ Publicatie van mr. drs. A.M. Helstone, *Ontslagrecht en actualiteiten*; Actualiteiten ontslagrecht bij doorstart na faillissement, 15 december 2006.

⁵ HR 14 juli 2006, *JAR* 2006,190

alvorens de werknemer (automatisch) een contract voor onbepaalde tijd krijgt. Lid 1 is als volgt opgenomen in het Burgerlijk Wetboek:

Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen:

A: Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, geldt met ingang van die dag de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd;

B: Meer dan 3 voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan 3 maanden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.

Een werknemer mag dus niet meer dan drie, met tussenpozen van niet meer dan drie maanden, opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd krijgen binnen 36 maanden. De werknemer krijgt dus automatisch een contract voor onbepaalde tijd bij zijn vierde arbeidsovereenkomst. Hij krijgt ook automatisch een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zodra zijn huidige contracten langer duren dan 36 maanden. Zodra een werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd krijgt gelden er andere ontslagregels dan bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd loopt van rechtswege af op de datum welke is overeengekomen in de arbeidsovereenkomst. Bij het beëindigen van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd moet de werkgever een ontslagvergunning aanvragen bij het UWV of de kantonrechter verzoeken om de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Om de ketenbepaling te verduidelijken de volgende twee voorbeelden.

Voorbeeld A:

Werknemer heeft op 1 januari 2011 een contract voor bepaalde tijd gekregen voor de duur van 1 jaar. Dit contract wordt op 1 januari 2012 verlengd met 2.5 jaar. Op het moment dat het contract op 1 juli 2014 afloopt is de werknemer in dienst voor onbepaalde tijd wegens het overschrijden van de 36 maanden termijn.

Voorbeeld B:

Werknemer heeft 1 op januari 2011 een contract voor bepaalde tijd gekregen voor een half jaar. Deze wordt twee keer verlengd met een half jaar. Het vierde contract is voor onbepaalde tijd, ook al is de werknemer nog maar een 1.5 jaar in dienst. Het is een overschrijding van de drie contracten in drie jaar tijd.

1.1.2. De draaideurconstructie

De geschiedenis van artikel 7:668a lid 1 BW leert dat menig werkgever heeft geprobeerd te voorkomen dat zij werknemers voor onbepaalde tijd in dienst kreeg door gebruik te maken van dit artikel. Zo kreeg de werknemer een contract voor bepaalde tijd en werd hij vervolgens via een uitzendbureau voor 31 dagen overgenomen⁶. Hierdoor was de werknemer 31 dagen uit dienst bij de

⁶ Ten tijde van dit arrest hield de ketenbepaling in: 1 contract voor bepaalde tijd en vervolgens 31 dagen eruit alvorens een nieuw contract voor bepaalde tijd.

werkgever, ook al bleef hij via het uitzendbureau dezelfde werkzaamheden uitvoeren. Na 31 dagen werd de werknemer weer in dienst genomen door de werkgever en kreeg hij weer een contract voor bepaalde tijd. Dit wordt ook wel een “draaideurconstructie” genoemd. De Hoge Raad heeft in 1991 met deze constructie afgerekend in het Campina-arrest⁷. In dit arrest werd er door Campina gebruik gemaakt van de hiervoor beschreven draaideurconstructie. Deze constructie werd al jarenlang toegepast door Campina om de ontslagbescherming van de werknemers te ontduiken. De Hoge Raad heeft in het arrest gesteld dat een dergelijke constructie er niet toe mag leiden dat de werknemers de wettelijke rechtsbescherming van de arbeidsovereenkomsten verliezen. Volgens de Hoge Raad was daar sprake van in het Campina-arrest. De kantonrechters hebben deze zienswijze van de Hoge Raad overgenomen⁸.

Na 1991 was een draaideurconstructie niet verboden, zolang de constructie niet bedoeld was om de beschermende wetgeving voor de werknemers te omzeilen. Gebruik maken van deze subjectieve werkgeversbedoeling was tot 1996 mogelijk, totdat de Hoge Raad in 1996⁹ een aanvulling heeft gemaakt op het Campina-arrest uit 1991. De Hoge Raad stelde in dit arrest dat het voor de beoordeling van een draaideurconstructie per situatie gekeken moet naar de omstandigheden per geval en dat het niet van belang is in hoeverre de werkgever de subjectieve bedoeling heeft gehad om de ontslagbescherming van artikel 7:668a lid 1 BW te omzeilen.

Dat er naar de omstandigheden per geval gekeken moet worden, zoals gesteld door de Hoge Raad in 1996, wordt door de Hoge Raad in Simpson/Greenpeace¹⁰ arrest nog eens benadrukt. In dit arrest hadden werknemer en werkgever samen afgesproken dat werknemer na het verstrijken van 3 maanden weer in dienst mocht treden bij de werkgever. De Hoge Raad heeft in dit arrest het uitgangspunt genomen dat er geen sprake is van een ongeoorloofde ontduiking of uitholling van artikel 7:668a BW indien enkel van de omstandigheid sprake is dat werknemer en werkgever de weder indiensttreding vooraf afspreken. Er kan van dit uitgangspunt worden afgeleid dat, zodra er van meerdere omstandigheden sprake is, er wel van uitholling of ongeoorloofde ontduiking gesproken kan worden.

2.1.3. Elkanders opvolger

Om te voorkomen dat werknemers, van wie het dienstverband van de ene werkgever overgaat op de andere werkgever, hun opgebouwde arbeidsrechtelijke rechten zouden verliezen is lid 2 van artikel 7:668a BW opgenomen in de wet. Dit artikel zorgt ervoor dat, zodra werkgevers voor de verrichte arbeid als elkanders opvolger gezien kunnen worden, de werknemers hun arbeidsrechtelijke bescherming zouden behouden. Dit artikel voorkomt dat werkgevers de eerder genoemde draaideurconstructies kunnen toepassen, aangezien door dit artikel de ketenbepaling van lid 1 niet wordt doorbroken.

Er moet voor de toepassing van lid 1 en lid 2 wel een kanttekening gemaakt worden. Bij lid 1 gaat het om de arbeidsovereenkomst bij dezelfde werkgever en maakt het niet uit welke werkzaamheden de

⁷ HR 22 november 1991, NJ 1992, 707

⁸ Ktg. Tilburg 21 november 1991, *prg.* 1992, 3590; Ktg. Utrecht 14 oktober 1991, *prg.* 1993, 3840; Ktg. Gouda 3 april 1996, *JAR* 1996, 106; Ktg. Amsterdam 18 augustus 1997, *JAR* 1997, 195.

⁹ HR 12 april 1996, *JAR* 1996, 114

¹⁰ HR 27 juni 2007, *JAR* 2007, 215

werknemer hier uitvoert. Bij lid 2 ligt de nadruk op dezelfde arbeid die verricht wordt bij de nieuwe werkgever. Op het moment dat een werknemer totaal andere werkzaamheden gaat uitvoeren wordt de ketenbepaling dus wel doorbroken.

Indien een werknemer dezelfde arbeid verricht bij de nieuwe werkgever, zouden de werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs als elkanders opvolger gezien kunnen worden. Dit is erg breed geformuleerd en heeft binnen de rechtspraak voor veel onduidelijkheden gezorgd. De eerste onduidelijkheid over lid 2 van artikel 7:668a BW was of dit artikel enkel van toepassing was om draaieurconstructies te voorkomen en daarmee de ontslagbescherming van de werknemers te omzeilen, of dat er een bredere werking aan het artikel gegeven moest worden. In 2006 heeft de Hoge Raad in het boekenvoordeelarrest¹¹ het standpunt ingenomen dat er aan lid 2 van artikel 7:668a BW niet enkel van toepassing is om de ontslagbescherming van de werknemers te omzeilen. Ook indien een werknemer meerdere contracten voor bepaalde tijd heeft gehad, de werkgever failliet gaat en wordt overgenomen door een ander bedrijf, kan ook deze werkgever in sommige gevallen als opvolgend werkgever gezien worden. Zo blijkt uit het boekenvoordeel-arrest welke ik verderop in dit hoofdstuk uitgebreid behandel.

In 2012 heeft de Hoge Raad in het van Tuinenarrest¹² nog een aanvulling gegeven op lid 2 van artikel 7:668a BW. In dit arrest was werkneemster van Tuinen werkzaam bij Connection als taxichauffeur. Haar contract liep ten einde op 31 maart 2008 en ging per 1 april 2008 werken bij Wolters. Zij verrichte hier soortgelijk werk als bij Connection. Haar laatste contract welke op 1 april 2010 afliep werd niet meer verlengd. Zij vorderde loondoorbetaling wegens opvolgend werkgeverschap conform artikel 7:668a lid 2 BW. De kantonrechter was van mening dat werkneemster van Tuinen gelijk had en er sprake was van opvolgend werkgeverschap. Het Hof daarentegen was van mening dat er geen sprake was van opvolgend werkgeverschap en vernietigde het besluit van de kantonrechter. De Hoge Raad nam het standpunt in dat er voor de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW er cumulatief sprake moet zijn van¹³:

Nieuwe overeenkomst moet wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eisen als de vorige overeenkomst;

Er tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever

Met dit banden-criterium van de Hoge Raad, heeft de Hoge Raad het opvolgend werkgeverschap conform lid 2 van artikel 7:668a BW verder afgebakend. De brede toepasbaarheid van dit artikel die sinds 2006 was ontstaan, is daarmee afgenomen.

Het Hof Leeuwarden heeft het bandencriterium uit het van Tuinenarrest direct toegepast op 26 juni 2012¹⁴. In deze zaak ging het om een timmerman die al 3 jaar lang via verschillende bedrijven werkzaamheden als timmerman uitvoer bij hetzelfde concern. Als de werknemer vervolgens in dienst

¹¹ HR 14 juli 2006, *JAR* 2006,190

¹² HR 11 mei 2012, *JAR* 2012, 150

¹³ ECLI:NL:HR:2012:BV9603, onder 3.4

¹⁴ Hof Leeuwarden 26 juni 2012, *LJN* BW9837

treedt bij de moedermaatschappij, mag er volgens het Hof Leeuwarden de kennis over de werknemers uit de dochtermaatschappijen toegerekend worden aan de moedermaatschappij, zodat er sprake is van opvolgend werkgeverschap. Ondanks dat opvolgend werkgeverschap van de feiten en omstandigheden van het geval afhangt, mag er vanuit worden gegaan volgens het Hof Leeuwarden dat er zodanige banden zijn tussen de dochtermaatschappijen en moedermaatschappij, dat bij overname van personeel de moedermaatschappij als opvolgend werkgever gezien kan worden.

Uit dit alles blijft wel het standpunt overeind dat de werknemer redelijkerwijs dezelfde werkzaamheden moet uitoefenen bij zijn nieuwe werkgever, als dat hij deed bij zijn oude werkgever. Volgens de kantonrechter uit Zwolle¹⁵ moet om dezelfde arbeid te beoordelen gekeken worden naar de taken, kennis, vaardigheden en verantwoordelijkheden van de werknemer bij zowel de oude als de nieuwe werkgever.

2.1.4. Conclusie

De ketenbepaling wordt bij opvolgend werkgeverschap conform artikel 7:668a BW niet verbroken indien de werknemer bij de nieuwe werkgever dezelfde taken, vaardigheden en verantwoordelijkheden heeft als bij zijn oude werkgever en tussen de beide werkgevers zodanige banden bestaan dat deze in alle redelijkheid als elkanders opvolger aangemerkt kunnen worden. Indien hiervan sprake is, wordt de ketenbepaling niet doorbroken en moet er rekening gehouden worden met het werkverleden van de werknemer.

In het volgende hoofdstuk zal ik ingaan op opvolgend werkgeverschap bij faillissementen, een vergelijking maken tussen opvolgend werkgeverschap bij surseance van betaling en bij faillissement en ingaan op de vraag of het voor opvolgend werkgeverschap nog uitmaakt dat er gebruik wordt gemaakt van de ragetlieregel.

¹⁵ Ktr. Zwolle 16 november 2004, prg. 2005, 29

2.2. Faillissement

Om de theorie van opvolgend werkgeverschap bij faillissementen uit te kunnen leggen, zal ik in dit hoofdstuk eerst kort wat vertellen over de faillissementswet. Daarna ga ik in op het opvolgend werkgeverschap bij faillissementen en het opzeggen van de arbeidsovereenkomst bij faillissementen. Hierin zal ik tevens een korte uitleg geven over de ragetlieregel. Als laatste benoem ik nog het verschil tussen de surseance van betaling en faillissement met betrekking tot het opvolgend werkgeverschap.

Artikel 1 van de faillissementswet (hierna FW) is als volgt geformuleerd:

Lid 1: De schuldenaar, die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, wordt, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer zijner schuldeisers, bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement verklaard.

Lid 2: de faillietverklaring kan ook worden uitgesproken, om redenen van openbaar belang, op verzoek van het Openbaar Ministerie.

Artikel 1 FW geeft aan dat de faillissementsverklaring door de rechter wordt uitgesproken, zodra iemand zijn rekeningen niet meer kan betalen. Dit wordt op verzoek van de schuldenaar of door de schuldeisers gedaan. Om tot een faillietverklaring te kunnen komen moet er aangetoond worden dat uit feiten en omstandigheden blijkt dat de schuldenaar zijn rekeningen niet meer kan betalen. Als een schuldeiser het verzoek doet bij de rechter, moet hij volgens artikel 6 FW aantonen dat hij een vordering heeft op de schuldenaar. Zodra het faillissement door de rechter wordt uitgesproken stelt de rechter een curator aan. De curator beheert de boedel en moet ervoor zorgen dat de schuldeisers zoveel mogelijk geld uit de boedel kunnen krijgen. Vaak zegt hij de arbeidsovereenkomst met de werknemers op en sluit de curator het bedrijf. Het kan ook voorkomen dat de curator een deel van het productieproces laat doorgaan, indien dit meer geld voor de schuldeisers oplevert.

Het afgelopen jaar is er steeds vaker geprobeerd om vooraf bij een aankomend faillissement de pre-packmethode toe te passen. De rechtbank maakt dan bekend wie, indien er een faillissement wordt aangevraagd, als bewindvoerder benoemd zal worden. Hierdoor kan de bewindvoerder, tijdens de pre-pack ook wel stille bewindvoerder genoemd, in stilte achter de schermen met de belangrijkste betrokken partijen praten. Hierbij kan gedacht worden aan kandidaat-kopers waarmee onder geheimhouding onderhandeld kan worden over een overname. Door de pre-pack, waarin een activaovereenkomst al kan worden voorbereid, kan er sneller een doorstart gemaakt worden met het bedrijf. Doordat het faillissement vooraf is voorbereid, zal de waarde van het bedrijf minimaal afnemen. Na het uitspreken van het faillissement door de rechter kan de curator direct de al voorbereide activaovereenkomst afsluiten en ten uitvoer brengen. Hierdoor kunnen de ondernemingsactiviteiten zo snel mogelijk worden hervat door de koper van de activa. De pre-pack is nog nieuw en in ontwikkeling. Minister van Veiligheid en Justitie is bezig met het wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen. Deze wet moet het wettelijk mogelijk maken om een stille bewindvoerder bekend te maken voordat een faillissementsaanvraag wordt gedaan¹⁶.

¹⁶ rijksoverheid.nl/nieuws/2013/10/22/opstelten-faciliteert-doorstart-bedrijven.html

2.2.1. Opzegging tijdens faillissement

Indien een werkgever een arbeidsovereenkomst met een werknemer wil beëindigen kan hij met de werknemer een beëindigingsovereenkomst sluiten. Zij beëindigen de samenwerking dan met wederzijds goedvinden. Indien de werknemer hier niet mee akkoord gaat, zal de werkgever een ontslagvergunning moeten aanvragen bij het UWV of een ontbindingsprocedure starten bij de kantonrechter. Indien er een ontslagvergunning wordt verleend door het UWV zal de werkgever een opzegtermijn in acht moeten nemen en de kantonrechter kent vaak een ontslagvergoeding toe aan de werknemer. In het geval van een faillissement gelden er op het gebied van het ontslagrecht andere regels. Volgens prof. mr. H.L. Bakels¹⁷ kan er globaal gesproken worden dat ten tijde van het faillissement, het faillissement de opzegging voor beide partijen vergemakkelijkt. Enerzijds worden de boedelcrediteuren beschermd tegen oplopende loonvorderingen, anderzijds is de werknemer niet onnodig lang gebonden aan het failliete bedrijf.

Voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst is geen ontslagvergunning nodig van het UWV, maar de curator heeft voor de opzegging een machtiging nodig van de rechter-commissaris¹⁸. Tevens is het algemeen ontslagverbod niet van toepassing. Indien een werknemer bijvoorbeeld ziek is mag hij in geval van faillissement ontslagen worden volgens artikel 6 lid 2 onder c Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (hierna BBA).

Voor de opzegging moet de curator rekening houden met een opzegtermijn¹⁹. Deze is hetzelfde als bij een normale opzegging, echter met een maximum van 6 weken²⁰. Een normale opzegging gebeurt enkel tegen het eind van de maand. De curator mag echter op elke dag van de week opzeggen²¹. Het UWV neemt de loondoorbetalingsverplichting tijdens de opzegtermijn op zich. De ontslagen werknemers krijgen dan voor de duur van het opzegtermijn een uitkering van het UWV. De kosten die het UWV hiervoor maakt dienen zij vervolgens in bij de curator. Deze kosten behoren tot de boedelschuld.

2.2.2. Opvolgend werkgeverschap

Onder hoofdstuk 1.2.2. opvolgend werkgeverschap zal de theorie, uitgelegd in hoofdstuk 1.1 toegepast worden op een faillissement

Zoals eerder al genoemd is er veel onduidelijkheid geweest omtrent opvolgend werkgeverschap bij faillissementen. Deze onduidelijkheid heeft de Hoge Raad in 2006 weggenomen. In 2006 heeft de Hoge Raad in het boekenvoordeelarrest²² het standpunt ingenomen dat er aan lid 2 van artikel 7:668a BW niet enkel is opgenomen voor gevallen waarbij getracht wordt de ontslagbescherming van de werknemers te omzeilen. Ook indien een werknemer meerdere contracten voor bepaalde tijd heeft gehad, de werkgever failliet gaat en wordt overgenomen door een ander bedrijf, kan ook deze werkgever in sommige gevallen als opvolgend werkgever gezien worden. In het boekenvoordeelarrest speelde de volgende casus.

¹⁷ H.L. Bakels, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht 21^e druk*, hoofdstuk 3.5.2.8

¹⁸ Zie artikel 68 lid 2 FW en artikel 40 lid 1 FW

¹⁹ Zie artikel 7:672 lid 2 BW voor de wettelijke opzegtermijnen

²⁰ Artikel 40 FW

²¹ HR 22 mei 1970, *NJ* 1970, 419

²² HR 14 juli 2006, *JAR* 2006,190

Werknemer is in februari 1997 bij Octagon in dienst getreden als winkelbediende. Hij had hier een oproepcontract. Vervolgens heeft hij in september 2000 een arbeidsovereenkomst voor drie maanden gekregen in de functie van filiaalchef. Dit contract is in december verlengd voor 9 maanden. In 2001 wordt Octagon failliet verklaard en op 1 juli 2001 zegt de curator de arbeidsovereenkomst met werknemer rechtsgeldig op. Werknemer treedt op 23 juli 2001 voor zes maanden in dienst bij Boekenvoordeel. Boekenvoordeel heeft de werkzaamheden van Octagon overgenomen. Dit contract wordt verlengd tot en met 22 januari 2003. In 2003 laat Boekenvoordeel aan werknemer weten het contract voor bepaalde tijd van rechtswege af te laten lopen. Werknemer vorderde wedertewerkstelling en doorbetaling van het loon. De kantonrechter wijst op 9 december 2003 deze vordering af, maar het Hof Arnhem heeft de uitspraak van de kantonrechter op 23 november 2004 vernietigd. De Hoge Raad neemt het standpunt in dat artikel 7:668a lid 2 BW door artikel 7:666 BW niet wordt uitgesloten en van toepassing kan zijn op een gefailleerd bedrijf die een doorstart maakt. De Advocaat Generaal (hierna A-G) mr. Timmerman stelt onder andere in zijn conclusie op het boekenvoordeelarrest dat uit de wetsgeschiedenis van artikel 7:668a lid 2 BW²³ en de literatuur²⁴ blijkt dat artikel 7:668a lid 2 BW niet enkel is bedoeld om werknemers tegen draaideurconstructies te beschermen. Volgens de A-G, zoals hij in zijn conclusie van het boekenvoordeelarrest onder punt 2.7 tot en met 2.9 stelt²⁵, is opvolgend werkgeverschap ook van toepassing op bedrijfsovernames. Onder bedrijfsovernames wordt gezien overgang van onderneming (gedefinieerd in artikel 7:666 BW), artikel 7:668a lid 2 en de failliete vervreemder. Hier concludeert de A-G dat een werkgever welke het personeel overneemt uit een failliet bedrijf als opvolgend werkgever aangemerkt kan worden indien hij de overgenomen werknemers voor dezelfde werkzaamheden als voor het faillissement te werkstelt. De Hoge Raad heeft deze conclusie gevolgd in zijn uitspraak.

Het standpunt van de Hoge Raad heeft veel duidelijkheid gegeven over de werking van lid 2 van artikel 7:668a BW. Echter had dit uitgangspunt als nadeel, volgens C. J. Loonstra en W.A. Zondag²⁶, dat een doorstart en daarmee behoudt van werkgelegenheid wordt tegengewerkt. Immers moet een (nieuwe) werkgever zich heel goed bewust zijn van het werkverleden van de werknemers die hij wil overnemen. De ervaren werknemers die al lange tijd in dienst zijn, worden daardoor vaak niet meegenomen.

De A-G benoemd in zijn conclusie van het boekenvoordeelarrest nog specifiek de gedachtegang van mr. Loesberg²⁷. Mr. Loesberg heeft bij de uitspraak van rechtbank Groningen op 14 juli 2005²⁸ volgens de A-G interessante annotaties geschreven²⁹. Loesberg is van mening dat het van toepassing zijn van artikel 7:668a lid 2 BW op failliete bedrijven, contraproductief kan werken bij een doorstart na faillissement. Hij denkt dat enkel de werknemers met een arbeidsovereenkomst van minder dan

²³ De A-G verwijst in zijn conclusie naar *Kamerstukken I*, 1996-'97, 25263, Bijlage bij de MvA, p. 11–12 en *Kamerstukken I*, 1996-'97, 25263, Bijlage bij de MvA, p. 11–12.

²⁴ De A-G verwijst in zijn conclusie naar Loonstra & Zondag, *arbeidsrechtelijke Themata 2^{de} druk*, p. 268–369

²⁵ RvdW 2006, 733, brondocument ECLI:NL:HR:2006:AY3782

²⁶ Loonstra & Zondag, *arbeidsrechtelijke Themata 2010*, p. 485–486

²⁷ Mr. Loesberg was onder andere van 1 september 2005 – 1 april 2006 rechter bij rechtbank 's-Hertogenbosch en in de periode 1 april 2006 – 1 juli 2008 kantonrechter 's-Gravenhage

²⁸ Ktr. Groningen 14 juli 2005, *JOR* 2005, 255

²⁹ RvdW 2006, 733, brondocument ECLI:NL:HR:2006:AY3782, onder punt 2.13–2.15

36 maanden in dienst zullen worden genomen in geval van een doorstart. De A-G is van mening dat de wetgever juist heeft bedoeld om contracten voor onbepaalde tijd onder de werking van 7:668a lid 2 BW onder te willen brengen. Hierdoor kunnen zowel de werknemers met contracten voor bepaalde tijd als werknemers voor onbepaalde tijd een beroep doen op 7:668a lid 2 BW, indien de doorstartende werkgever een werknemer een contract voor bepaalde tijd aanbiedt. Dit standpunt is uiteindelijk overgenomen door de Hoge Raad in het boekenvoordeelarrest en daarmee is er een eind aan de discussie in de literatuur gemaakt over de werkingssfeer en de eventuele gevolgen van artikel 7:668a lid 2 BW.

Voor opvolgend werkgeverschap is het boekenvoordeelarrest tot mei 2012 het belangrijkste arrest van de Hoge Raad geweest. Op 12 mei 2012 is daar het van Tuinenarrest bijgekomen. De casus van het van Tuinenarrest gaat niet over opvolgend werkgeverschap bij faillissement, maar in dit arrest werd wel een nadere uitleg gegeven over het begrip opvolgend werkgeverschap. Uit recente uitspraken van de lagere rechtspraak blijkt ook dat dit arrest meegenomen moet worden bij opvolgend werkgeverschap in geval van faillissement. Ook bij faillissementen moet de nieuwe werkgever rekening houden met het bandencriterium uit het van Tuinenarrest.

2.2.3. Jurisprudentie

Bewust is er gekozen om nu de meest recente jurisprudentie te bespreken waarin het bandencriterium uit het van Tuinenarrest wordt toegepast op een faillissement. Het gaat hier om drie uitspraken van drie kantonrechters die zijn gedaan na mei 2012 zijn gedaan.

De eerste uitspraak is gedaan door de Rechtbank Zutphen³⁰ op 24 oktober 2012. Werknemer is sinds 1 juni 1992 onafgebroken aan het werk bij de werkgever. Werkgever gaat failliet op 29 maart 2010. Er wordt een doorstart gemaakt door nieuwe eigenaren en werknemer krijgt op 12 april 2010 een contract bij het nieuwe bedrijf. Deze wordt op 12 oktober 2010 nog een keer verlengd voor een jaar. Werknemer wordt in augustus 2011 medegedeeld dat zijn arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet wordt verlengd en van rechtswege afloopt op 12 oktober 2011. Werknemer stelt dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap conform artikel 7:668a lid 2 BW, maar de werkgever betwist deze stelling. Volgens werkgever is er sprake van een andere organisatiestructuur en andere functie. Met betrekking tot de organisatiestructuur is de kantonrechter niet met werkgever eens, de kantonrechter stelt in 3.4 dat de hoofdwerkzaamheden van het bedrijf, zoals de naam en locatie hetzelfde zijn gebleven en daarnaast bijna de helft van het personeel is overgenomen. Hierdoor kan gesteld worden dat er sprake kan zijn van opvolgend werkgeverschap conform artikel 7:668a lid 2 BW. De vraag in dit arrest is dan ook of de werknemer in dienst is genomen voor nagenoeg dezelfde werkzaamheden als bij de oude werkgever. De kantonrechter is van mening dat er niet dezelfde werkzaamheden plaatsvinden, doordat er aan de hand van verklaring van collega's kan worden vastgesteld dat de werkzaamheden tussen de oude en nieuwe werkgever wezenlijk verschillend zijn, er sprake is van een andere cao, ander salaris en andere arbeidsvoorwaarden.

Uit dit arrest kan worden geconcludeerd dat zodra een nieuwe werkgever als opvolgend werkgever aangemerkt kan worden, er ook gekeken moet worden naar de werkzaamheden van de werknemer. Indien de werkzaamheden daadwerkelijke verschillen vertonen en de werknemer een andere cao,

³⁰ ECLI:NL:RBZUT:2012:BY3283

andere arbeidsvoorwaarden en ander salaris heeft, kan de nieuwe werkgever niet als opvolgend werkgever aangemerkt worden en mag de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigen.

De volgende uitspraak is gedaan op 28 februari 2013 door de Kantonrechter in Amsterdam³¹. Werknemer is sinds 1 januari 1999 voor onbepaalde tijd in dienst bij Zelvova BV als chauffeur. Op 18 oktober 2011 is Zelvova BV failliet verklaard en de curator heeft op 20 oktober 2011 de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd. Zelvova heeft de activa, de naam en de goodwill van de curator van Zelvova BV overgenomen. Vervolgens heeft Zelvova op 9 november 2011 aan werknemer een arbeidsovereenkomst aangeboden voor bepaalde tijd tot 8 november 2012. Zelvova heeft aangegeven dit contract niet te verlengen en werknemer stelt zich dan ook op het standpunt dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap. Volgens de kantonrechter wordt er niet betwist door Zelvova dat werknemer dezelfde werkzaamheden uitvoert als bij Zelvova BV, echter moet er voor opvolgend werkgeverschap volgens het van Tuinenarrest ook aan het bandencriterium voldaan worden. Volgens de kantonrechter heeft werknemer onvoldoende laten blijken dat er tussen Zelvova en Zelvova BV zodanige banden aanwezig zijn dat er gesproken kan worden van opvolgend werkgeverschap. Enkel het feit dat de voormalige directeur is aangenomen als bedrijfsleider is onvoldoende om aan het bandencriterium te kunnen voldoen. Daarnaast had de directeur/eigenaar van Zelvova geen specifieke kennis van Zelvova BV en behoorde Zelvova niet tot hetzelfde concern als Zelvova BV. Tevens heeft de voormalige directeur geen enkele zeggenschap gehad over de selectieprocedure van Zelvova. Hij is niet bij de sollicitaties aanwezig geweest en hem is niet gevraagd om informatie over de werknemers te geven. Werknemer is enkel aangenomen vanwege het feit dat Zelvova een chauffeur nodig had en hij daarvoor beschikbaar zou zijn.

Uit dit arrest kan geconcludeerd worden dat voor het bandencriterium de werknemer heel duidelijk moet stellen waarom er sprake is zodanige banden tussen de oude en nieuwe werkgever, voordat er gesproken kan worden van opvolgend werkgeverschap. Enkel het feit dat de voormalige directeur als bedrijfsleider is aangenomen is onvoldoende om van zodanige banden te kunnen spreken. Er zal dus van meerdere omstandigheden gesproken moeten worden om aan het bandencriterium te kunnen voldoen.

Bij de beoordeling van de laatste uitspraak die ik behandel, Rechtbank Amsterdam op 13 mei 2013³², heeft de rechter gesteld dat voor opvolgend werkgeverschap voldaan moet worden aan de voorwaarden gesteld in het Van Tuinenarrest. In dit arrest is werknemer op 1 november 2008 in dienst getreden bij Confesso BV als planner. Confesso is op 28 maart 2012 failliet verklaard door de rechtbank Alkmaar. De curator zegt vervolgens de arbeidsovereenkomst met werknemer op. TMI bv maakt vervolgens een doorstart van Confesso BV en biedt werknemer een arbeidsovereenkomst aan. Werknemer treedt in dienst bij TMI en verleent toestemming aan TMI tot overname en inzage in het personeelsdossier van Confesso. De arbeidsovereenkomst wordt na één jaar niet verlengd en TMI laat dit contract van rechtswege eindigen. Werknemer claimt een contract voor onbepaalde tijd. De rechter is van mening, onder punt 18, dat beide partijen erover eens zijn dat de nieuwe arbeidsovereenkomst bij TMI dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de

³¹ ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529

³² ECLI:NL:RBAMS:2013:CA1389

arbeidsovereenkomst die werknemer bij Confesso had. Daardoor is aan het eerste criterium van opvolgend werkgeverschap voldaan, echter wordt er volgens de rechter niet voldaan aan het tweede criterium van opvolgend werkgeverschap. De rechter is onder punt 19 van mening dat werknemer moet stellen en bij betwisting moet bewijzen dat de werkgever inzicht had in de hoedanigheden en geschiktheden van de werknemer bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst. Werknemer heeft aangevoerd dat hij dezelfde werkzaamheden is blijven verrichten, op dezelfde werkplek, met dezelfde arbeidsvoorwaarden en voor dezelfde klantenkring. Daarnaast is er destijds geen proeftijdbeding opgenomen in de arbeidsovereenkomst. De rechter vond dit onvoldoende om aan te tonen dat er sprake was van zodanige banden tussen beide werkgevers. De vordering van werknemer werd dan ook afgewezen.

Uit dit arrest kan dan ook worden geconcludeerd dat het bandencriterium erg belangrijk is bij opvolgend werkgeverschap en dat de werknemer verschillende omstandigheden moet aantonen en bewijzen dat er sprake is van zodanige banden tussen beide werkgevers, zodat er gesproken kan worden van opvolgend werkgeverschap.

2.2.4. Conclusie van jurisprudentie

Volgens mr. E. Knipschild³³ is de conclusie van de huidige jurisprudentie dat het onvoldoende is om alleen elkaars concurrent te zijn om te kunnen spreken van zodanige banden bij opvolgend werkgeverschap. Volgens hem kan er wel gemakkelijk gesproken worden van zodanige banden indien het gaat om verschillende werkgevers uit hetzelfde concern, of indien er werknemers met kennis van de overige werknemers worden overgenomen. Hierbij kan gedacht worden aan leidinggevende of HRM-medewerkers. Mr. E Knipschild stelt in zijn conclusie van de annotatie bij de uitspraak van de kantonrechter Amsterdam op 28 februari 2013 dat het bandencriterium een zeer feitelijke toets is en de bewijslast hiervan bij de werknemer ligt.

³³ Annotatie bij ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529 in *JAR* 2013, 182

2.3 De ragetlieregel

Een belangrijk aspect van de discussie van opvolgend werkgeverschap was de ragetlieregel. Het was onduidelijk of de opzegging van een curator gezien kon worden als een rechtsgeldige opzegging zoals gesteld in de ragetlieregel. Doordat ik alle aspecten van opvolgend werkgeverschap bij faillissementen benoem wil ik ook een korte uitleg geven over de rechtsgeldige opzegging conform de ragetlieregel. De ragetlieregel is opgenomen in artikel 7:667 lid 4 BW en is in de wet opgenomen na een uitspraak van de Hoge Raad in 1986³⁴.

Artikel 7:667 lid 4 BW luidt als volgt:

Indien een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst, die anders dan door rechtsgeldige opzegging of door ontbinding door de rechter is geëindigd, éénmaal of meermalen is voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden, is in afwijking van lid 1 voor de beëindiging van die laatste arbeidsovereenkomst voorafgaande opzegging nodig. De termijn van opzegging wordt berekend vanaf het tijdstip van totstandkoming van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Dit artikel houdt in dat indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, een arbeidsovereenkomst van onbepaalde tijd binnen 3 maanden na beëindiging opvolgt, dit contract voor bepaalde tijd opgezegd moet worden alsof het een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is. Dat betekent dat er toestemming gevraagd moet worden aan het UWV of aan de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te beëindigen. Het contract van bepaalde tijd eindigt dus niet automatisch van rechtswege op de afgesproken datum.

Voor het boekenvoordeelarrest van de Hoge Raad zorgde de opzegging van de curator voor een doorbreking van de ketenbepaling³⁵. In het boekenvoordeelarrest wordt dan ook aangenomen dat de opzegging van de curator gezien kan worden als een rechtsgeldige opzegging volgens de ragetlieregel. Volgens de Tweede Kamer wordt onder een rechtsgeldige opzegging gezien, een opzegging welke niet meer vernietigbaar is³⁶ en daardoor niet meer kan worden aangetast³⁷.

2.3.1. Conclusie

Er kan dus worden gesteld dat, indien de curator een machtiging van de Rechter-Commissaris heeft om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, er gesproken kan worden van een rechtsgeldige opzegging conform de ragetlieregel. Dat betekent dus dat een binnen 3 maand opvolgende arbeidsovereenkomst hierdoor van rechtswege kan eindigen. Echter betekent de rechtsgeldige opzegging van de curator niet dat de ketenbepaling doorbroken wordt bij opvolgend werkgeverschap. Dit zijn twee losstaande facetten die beide los van elkaar beoordeeld dienen te worden. Artikel 7:667 BW is namelijk in het leven geroepen om de rechtsbescherming voor werknemers met een contract voor onbepaalde tijd te waarborgen en artikel 7:668a BW is in het leven geroepen om te voorkomen dat een werkgever misbruik kan maken van een draaideurconstructie en werknemers daardoor langdurige contracten voor bepaalde tijd kunnen krijgen.

³⁴ HR 4 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:ZC0649, NJ 1992/654

³⁵ Zie ECLI:NL:RBDOR:2006:AV7033

³⁶ *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, nr. 7 (nota naar aanleiding van het verslag), p. 5

³⁷ *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, nr. 12 (verslag van een wetgevingsoverleg), p. 19

2.3.2. Ragetlieregel per 1 januari 2015

De ragetlieregel zoals hiervoor uitgelegd wordt bij de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid per 1 januari 2015 uitgebreid. Vanaf 1 januari 2015 wordt voor een uitsluiting van de ragetlieregel ook gezien, het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Indien een contract voor onbepaalde tijd eindigt door het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd, en de AOW-gerechtigde binnen 3 maand een nieuw contract voor bepaalde tijd krijgt, mag dit contract voor bepaalde tijd van rechtswege eindigen.

In het volgende hoofdstuk zal ik het verschil van opvolgend werkgeverschap in geval van surseance van betaling en faillissement uiteenzetten.

2.4. Surseance van betaling

Om antwoord te kunnen krijgen op de vraag of de surseance van betaling een andere invloed heeft op opvolgend werkgeverschap bij faillissement, zal dat in hoofdstuk 1.4 surseance van betaling worden besproken.

Het faillissement is bedoeld voor de executie van goederen van de schuldenaar en de verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers. Surseance van betaling is ertoe gericht dat een schuldenaar enige tijd niet tot betaling van zijn schulden gedwongen kan worden en is geregeld in titel II van de Faillissementswet. De verplichting van het betalen van de schulden wordt hiermee opgeschort. In deze periode krijgt de schuldenaar tijd om zijn financiële zaken op orde te stellen. Daarnaast kan hij proberen om een akkoord, artikel 252 FW, te sluiten met de schuldeisers. Indien het de schuldenaar niet lukt om tot een akkoord te kunnen komen, dan loopt de surseance van betaling vaak uit op een faillissement. Bij een verzoek tot surseance van betaling wordt er direct na toekenning van de rechter een bewindvoerder benoemd die de goederen van de schuldenaar in het beheer neemt.

Voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomst met een werknemer ten tijde van de surseance van betaling geldt het wettelijke opzegtermijn conform artikel 672 boek 7 van het BW. Dit is een groot verschil met een opzegging bij een faillissement, aangezien daar de opzegtermijn maximaal zes weken is. Daarnaast is voor het beëindigen van een arbeidsovereenkomst tijdens surseance van betaling wel een vergunning van het UWV verplicht. Ook moet er bij een surseance van betaling een individueel vergoedingsregeling worden getroffen of een sociaal plan³⁸. Uit hetgeen hierboven gemeld blijkt dat de arbeidsrechtelijke bescherming van een werknemer bij een faillissement anders is dan bij surseance van betaling.

Volgens artikel 7:666 BW is er bij een faillissement geen sprake van overgang van onderneming, zodra iemand een failliet verklaard bedrijf overneemt. Indien het bedrijf overgaat tijdens een surseance van betaling, door bijvoorbeeld een akkoord, is er wel sprake van een overgang van onderneming.

Volgens artikel 7:662 lid 2 BW is er sprake van een overgang van onderneming indien:

overgang: de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt;

economische eenheid: een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit.

Het gevolg van een overgang van onderneming is dat alle rechten en verplichtingen tussen de werkgever en werknemer, automatisch overgaan op de nieuwe werkgever³⁹. De werknemer houdt in dit geval dus zijn eigen arbeidsovereenkomst en zijn eigen arbeidsvoorwaarden. Dat houdt dus in dat de ketenbepaling van 7:668a lid 1 BW niet doorbroken wordt en de nieuwe werkgever automatisch als opvolgend werkgever is aan te merken.

³⁸ Hof Amsterdam 27 september 2001, JAR 2001, 215

³⁹ Zie artikel 7:663 BW

2.4.1. Conclusie

Conclusie hieruit is dan ook dat er goed gekeken moet worden wanneer men een onderneming overneemt. Indien er sprake is van een faillissement, is overgang van onderneming uitgesloten. Echter tijdens de surseance van betaling is er wel sprake van een overgang van onderneming. De werknemers behouden dan hun arbeidsovereenkomst en arbeidsvoorwaarden en de nieuwe werkgever wordt als opvolgend werkgever gezien conform de ketenbepaling.

2.5. MF Uitzendbureau

In dit hoofdstuk worden de eerst de verschillende fases uitgelegd waarin een uitzendkracht werkzaam kan zijn. Dit is van belang om de flexibiliteit van het uitzendbureau te begrijpen. Daarna wordt er kort toegelicht wanneer een uitzendbureau als opvolgend werkgever aangemerkt kan worden en daarbij aangeven wat voor consequenties dat heeft voor het contract van de uitzendkracht/werknemer.

2.5.1. De fases in de ABU-cao

MF Uitzendbureau valt onder de ABU-cao en deze cao vindt zijn werking in de uitzendcontracten die uitzendkrachten krijgen. De ABU-cao is op 16 september 2013 algemeen verbindend verklaard⁴⁰. In de uitzendovereenkomsten staat dan ook opgenomen dat op de uitzendovereenkomst de ABU-cao voor Uitzendkrachten van toepassing is. In de ABU-cao zijn 3 verschillende fases opgenomen, namelijk fase A, fase B en fase C.

*Fase A*⁴¹ wordt het contract genoemd wat een uitzendkracht krijgt in de eerste 78 weken dat hij via het uitzendbureau werkt. In deze fase worden enkel de gewerkte weken geteld. Indien er tussen de gewerkte weken meer dan 26 weken zit, begint fase A opnieuw. Zodra er minder dan 26 weken tussen de gewerkte weken zit, worden de weken doorgeteld. De uitzendkracht mag in deze 78 weken een onbeperkt aantal uitzendovereenkomsten sluiten, zonder dat er sprake is van een contract voor onbepaalde tijd.

De uitzendkracht is in fase A werkzaam onder een uitzendbeding, tenzij er uitdrukkelijk iets anders is opgenomen in de uitzendovereenkomst. Het uitzendbeding⁴² houdt in dat zodra de terbeschikkingstelling eindigt, de uitzendovereenkomst ook automatisch eindigt. Op het moment dat de opdrachtgever beslist dat er geen werk meer is en de terbeschikkingstelling, met in acht nemen van de aanzegtermijn⁴³, beëindigd, dan heeft het uitzendbureau geen loondoorbetalingsverplichting, aangezien de uitzendovereenkomst automatisch is geëindigd. Dit geldt ook in geval van ziekte. Bij ziekte eindigt de terbeschikkingstelling en eindigt daarmee ook automatisch de uitzendovereenkomst tussen het uitzendbureau en de uitzendkracht.

*Fase B*⁴⁴ wordt het contract genoemd wat een uitzendkracht krijgt zodra fase A is afgelopen en de werkzaamheden via het uitzendbureau worden voortgezet. Fase B duurt 104 weken en in deze fase mag de uitzendkracht 8 keer een detacheringsovereenkomst krijgen. Deze 104 weken worden doorgeteld, zolang er geen onderbreking tussen de detacheringsovereenkomsten zit van meer dan 13 weken. Indien er meer dan 13 weken tussen zit, maar minder dan 26 weken begint fase B opnieuw en indien er meer dan 26 weken tussen de opvolgende detacheringsovereenkomsten zit, komt de uitzendkracht weer in fase A terecht.

In fase B is een uitzendkracht niet werkzaam met een uitzendbeding. Deze is alleen van toepassing bij een fase A contract. Indien een uitzendkracht in fase B ziek wordt of de opdrachtgever de opdracht,

⁴⁰ *Stcrt.*2013, 24920

⁴¹ Artikel 13 lid 1 ABU cao voor Uitzendkrachten

⁴² Artikel 1 onder r ABU cao voor Uitzendkrachten; Zie ook artikel 7:691 lid 2 BW

⁴³ Artikel 14 ABU cao voor Uitzendkrachten

⁴⁴ Artikel 13 lid 2 ABU cao voor Uitzendkrachten

met in acht neming van de opzegtermijn⁴⁵, beëindigd, zal het uitzendbureau loon moeten doorbetalen aan de uitzendkracht zolang de detacheringsovereenkomst voortduurt.

Fase C⁴⁶ wordt het contract genoemd wat een uitzendkracht krijgt zodra fase B is afgelopen en de werkzaamheden via het uitzendbureau worden voortgezet binnen 13 weken na voltooiing van fase B. Fase C is een detacheringsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De uitzendkracht krijgt in fase C zijn loon doorbetaald bij ziekte en wanneer de opdrachtgever de opdracht beëindigt. De uitzendkracht is voor onbepaalde tijd in dienst bij het uitzendbureau en zal gedurende deze tijd, ook zonder het verrichten van arbeid, loon doorbetaald moeten krijgen.

2.5.2. MF Uitzendbureau als opvolgend werkgever

Opvolgend werkgever is voor het uitzendbureau geregeld in artikel 17 ABU cao voor Uitzendkrachten. In dit artikel staat dat onder opvolgend werkgeverschap in elk geval de situatie valt wanneer de opvolgende werkgevers redelijkerwijs ten aanzien van de arbeid als elkaars opvolger gezien kunnen worden. Van deze situatie is in elk geval geen sprake indien er meer 13 weken tussen de opvolgende overeenkomsten heeft gezeten⁴⁷.

Indien er sprake is van opvolgend werkgeverschap zal er het arbeidsverleden van de vorige werkgever meegenomen moeten worden om te kijken in welke fase een uitzendkracht werkzaamheden kan uitvoeren. Ik zal een voorbeeld geven waarbij rekening gehouden wordt met opvolgend werkgeverschap bij de fase beoordeling.

Een werknemer is 3 jaar in dienst bij een werkgever. De werkgever durft de werknemer nog geen contract voor onbepaalde tijd aan te bieden. De werkgever komt bij het uitzendbureau met de vraag of zij de werknemer via het uitzendbureau bij hem kunnen uitzenden. In dit geval is er sprake van opvolgend werkgeverschap aangezien de werknemer wordt uitgezonden bij hetzelfde bedrijf, enkel via een uitzendbureau. Het arbeidsverleden moet dus meegenomen worden. De werknemer heeft 3 jaar bij de werkgever gewerkt en zal nog een contract kunnen krijgen bij het uitzendbureau voor 26 weken in fase B. Immers de eerste 78 weken (1.5 jaar) zou hij via het uitzendbureau in fase A gezeten hebben en daarna nog 78 weken (1.5 jaar) in fase B werkzaam zijn geweest. Indien de werknemer de volledige 3 jaar via het uitzendbureau gewerkt zou hebben, had hij nog 26 weken in fase B kunnen werken via het uitzendbureau. Er moet dus gekeken worden in welke fase de uitzendkracht zou zitten, indien hij alle contracten en werkjaren had gewerkt via het uitzendbureau. Het resterend aantal weken kan een werknemer via het uitzendbureau nog uitgezonden worden bij dezelfde werkgever, zonder in fase C te komen en een contract voor onbepaalde tijd te krijgen.

Om als opvolgend werkgever aangemerkt te kunnen worden, gelden dus dezelfde voorwaarden voor het uitzendbureau als voor een werkgever. De opvolgende werkgever moet dus rekening houden met het arbeidsverleden van de werknemer, zo ook het uitzendbureau.

Zodra bij een faillissement de werkgever die een doorstart maakt als opvolgend werkgever gezien wordt, zal het uitzendbureau die de ex-werknemers bij de doorstarter uitzendt, ook altijd als opvolgend werkgever gezien worden. Het uitzendbureau zal dan altijd het werkverleden van de

⁴⁵ Artikel 15 ABU cao voor uitzendkrachten

⁴⁶ Artikel 13 lid 3 ABU cao voor Uitzendkrachten

⁴⁷ Artikel 17 lid 2 ABU cao voor Uitzendkrachten

werknemer mee moeten nemen om te beoordelen in welke fase hij terecht komt. Hier is echter de volgende uitzondering op te maken.

Indien een werknemer meer dan 13 weken niet bij de opdrachtgever heeft gewerkt en vervolgens via het uitzendbureau wordt uitgezonden bij de opdrachtgever, is er geen sprake van opvolgend werkgeverschap en begint hij in fase A. Dit geldt ook indien de werknemer in dienst komt bij het uitzendbureau, eerst voor 13 weken andere werkzaamheden uitvoert bij een bedrijf wat niet als opvolgend werkgever gezien kan worden, en vervolgens weer werkzaamheden gaat uitvoeren bij het oude bedrijf. Hierdoor is er een onderbrekingstermijn van meer dan 13 weken en kan het uitzendbureau niet als opvolgend werkgever gezien worden. De werknemer is dan werkzaam onder een fase A contract.

2.5.3. Conclusie

Indien er sprake is van een faillissement en de werknemer via het uitzendbureau bij het doorstartende bedrijf wordt uitgezonden, moet het uitzendbureau rekening houden met opvolgend werkgever zodra de werkgever die een doorstart maakt, ten opzichte van de werknemer als opvolgend werkgever gezien wordt.

Indien de doorstartende werkgever als opvolgend werkgever gezien wordt, zal het uitzendbureau het werkverleden van de werknemer mee moeten nemen om te beoordelen in welke fase hij werkzaam is. Indien de werkgever die een doorstart maakt niet als opvolgend werkgever gezien wordt, kan tevens het uitzendbureau niet als opvolgend werkgever gekwalificeerd worden. De uitzendkracht voert zonder opvolgend werkgeverschap werkzaamheden uit onder fase A.

2.6. Wet Werk en Zekerheid⁴⁸

Met betrekking tot het opvolgend werkgeverschap zal er nu een kleine blik in de toekomst geworpen worden. Het wetsvoorstel van de wet Werk en Zekerheid is door de regering aangenomen. In deze wet staan bepalingen opgenomen welke de werkgever belemmeren om langdurig flexibele arbeidsovereenkomsten te sluiten met werknemers. Daartegen wordt het uitzendbureau niet belemmert in de flexibele contracten en wordt het uitzendbureau met de komst van de Wet Werk en Zekerheid relatief flexibeler dan de gewone werkgever⁴⁹. De bepalingen die hieronder benoemd worden kunnen een invloed hebben op het opvolgend werkgeverschap bij faillissement. Deze zullen in dit hoofdstuk apart besproken worden.

2.6.1. Aanscherping ketenbepaling

De hiervoor uitgelegde ketenbetaling uit artikel 7:668a BW wordt aangepast. De vernieuwde ketenbepaling stelt dat er nog maximaal 3 contracten voor bepaalde tijd afgesloten mogen worden in maximaal 2 jaar tijd. Daarnaast mag nu onbeperkt bij cao van deze bepaling worden afgeweken. Bij de inwerkingtreding van deze wijziging ketenbepaling op 1 juli 2015 mag van de ketenbepaling ook bij cao worden afgeweken, maar ten hoogste 6 contracten van bepaalde tijd in maximaal 4 jaar tijd. Fase A zal in de ABU cao dus hetzelfde blijven, werkzaam onder het uitzendbeding. Voor uitzendkrachten in fase B betekent dat dat zij in plaats van 8, maar 6 detacheringsovereenkomsten mogen hebben in 2 jaar tijd.

Ook de hiervoor uitgelegde onderbrekingstermijn van 3 maanden wordt gewijzigd. Vanaf 1 juli 2015 moet er, om de ketenbepalingen te doorbreken, meer dan 6 maanden tussen opeenvolgende arbeidsovereenkomsten zitten.

Een extra aanvulling op de ketenbepaling is dat deze niet van toepassing is op de werknemers die de leeftijd van 18 jaar nog niet bereikt hebben en minder dan 12 uur in de week werken. Voor hen gaat de ketenbepaling pas tellen, op de dag dat zij de leeftijd van 18 jaar hebben bereikt.

2.6.2. Aanzegtermijn

Artikel 7:668 BW zegt dat contracten stilzwijgend verlengd kunnen worden voor maximaal 1 jaar. Vanaf 1 januari 2015 wordt de werkgever verplicht gesteld om zowel bij verlening als bij de niet verlenging van de arbeidsovereenkomst een aanzegtermijn in acht te nemen. Doet hij dit niet, is hij verplicht een maandsalaris te betalen. De verplichting tot betalen van de maandsalaris is ook aanwezig wanneer het contract verlengd wordt, maar dit niet tijdig aan de werknemer kenbaar gemaakt wordt. Het aanzegtermijn geldt ook voor uitzendovereenkomsten die zes maand of langer duren. Bij uitzendovereenkomsten of arbeidsovereenkomsten die korter dan zes maanden duren hoeft geen aanzegtermijn in acht genomen te worden.

⁴⁸ Wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid,
Kamerstukken II 2013/14, 33818, 2
Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3 (MvT)

⁴⁹ Zie ook CPB notitie 27 november 2013, *Gevolgen Wet Werk en Zekerheid voor werkgelegenheid*

2.6.3. Ontslagroute

De werkgever kan in het huidige ontslagstelsel zelf kiezen of hij een werknemer wil ontslaan via de ontslagprocedure bij het UWV of een ontbindingsverzoek indient bij de rechter. Het ontbindingsverzoek staat bekend als snel maar duur en de ontslagprocedure bij het UWV staat bekend als langzaam maar goedkoop.

Vanaf 1 juli 2015 mag een werkgever niet meer kiezen of hij de ontslagprocedure van het UWV wil volgen of een ontbinding wil aanvragen bij de rechter. Vanaf dan worden ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen of vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid getoetst door het UWV. De ontslagen op grond van persoonlijke redenen, worden getoetst door de kantonrechter.

Deze preventieve toets die gedaan wordt door of het UWV of door de kantonrechter, geldt vanaf 1 juli 2015 ook voor de werknemers die in dienst zijn van een publiekrechtelijk orgaan, personeel werkzaam in het (bijzonder) onderwijs en werknemers werkzaam als geestelijke beambte. Deze groep mensen worden tot op heden in het BBA uitgesloten voor de ontslagprocedure bij het UWV.

De procedure welke gevolgd dient te worden bij het UWV wordt vastgelegd in artikel 7:671a BW en de ontslagprocedure wordt vastgelegd in artikel 7:671b BW. Ook kan een ontslagzaak gestart worden op verzoek van de werknemer, deze procedure wordt vastgelegd in artikel 7:671c BW. Verder zal het BBA verdwijnen en zullen de wettelijke bepalingen worden opgenomen in het BW.

2.6.4. Beëindigingsovereenkomst

Werkgever en werknemer kunnen ook samen beslissingen om uit elkaar te gaan, zonder dat de werkgever een ontslagvergunning aanvraagt bij het UWV of naar de kantonrechter gaat. Momenteel is in artikel 7:670b lid 2 BW geregeld dat de werkgever en werknemer dit via een beëindigingsovereenkomst of vaststellingsovereenkomst overeen kunnen komen. Vanaf 1 juli 2015 komt er een extra bepaling in het BW, namelijk artikel 7:671 lid 1 BW. Hierin komt te staan dat de werknemer ook kan instemmen met de opzegging, zonder dat voor de opzegging de ontslagprocedure bij het UWV gevolgd hoeft te worden.

Daarnaast krijgt de werknemer van 1 juli 2015 het recht om zijn keuze schriftelijk te herzien binnen 14 dagen na het tekenen van een schriftelijke verklaring. Dit herroepingsrecht kan op geen enkele wijze worden uitgesloten.

2.6.5. Transitievergoeding

Het Nederlandse ontslagrecht kent momenteel de kantonrechtersformule. Aan de hand hiervan wordt de ontslagvergoeding door de kantonrechter berekend. Daarnaast wordt met de hoogte van de kantonrechtersformule vaak rekening gehouden voor de vergoeding die wordt afgesproken in de beëindigingsovereenkomst (gouden handdruk). Via het UWV krijgt een werknemer geen vergoeding.

Vanaf 1 juli 2015 bestaat de kantonrechtersformule niet meer. Deze wordt vervangen door de transitievergoeding.

Berekening transitievergoeding

Aan eind van de arbeidsovereenkomst is de werkgever een transitievergoeding verschuldigd aan de werknemer, indien de arbeidsovereenkomst langer dan 24 maanden heeft geduurd, en op initiatief van de werkgever wordt beëindigd of dat de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever niet wordt verlengd of omgezet wordt in een contract voor onbepaalde tijd. De hoogte van de transitievergoeding is voor de eerste 120 maanden van de arbeidsovereenkomst $1/6^{\text{de}}$ maandloon per halfjaar en de periode erna een $1/4^{\text{de}}$ maandloon per halfjaar. Dit tot maximum van €75.000,- of het salaris over 12 maanden, indien dit hoger is dan €75.000,-.

Opvolgend werkgeverschap

Vanaf 1 juli 2015 zal er een wijziging in het berekenen van het arbeidsverleden komen. Maanden waarin de werknemer de leeftijd van 18 jaar nog niet heeft bereikt en de werkomvang niet meer dan 12 uur per week is geweest zal buiten beschouwing blijven. Opvolgende arbeidsovereenkomsten met een maximale tussenpoos van 6 maanden worden samengeteld. Dit ook indien er sprake is van opvolgende arbeidsovereenkomsten door opvolgend werkgeverschap. Over deze contracten en perioden moet ook een transitievergoeding betaald worden, tenzij de vorige werkgever hier al een (transitie)vergoeding voor heeft betaald.

Geen vergoeding verschuldigd

Er hoeft geen vergoeding betaald te worden bij het bereiken van de AOW-leeftijd of voor een werknemer onder de 18 jaar. Indien een rechter van mening is dat de werkgever ernstig en verwijtbaar heeft gehandeld, kan de rechter beslissen om naast de transitievergoeding de werknemer een extra vergoeding toe te kennen. Deze vergoeding kan ook worden toegekend wanneer de werknemer minder dan 24 maanden in dienst is geweest bij de werkgever.

Indien het ontslag gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werknemer kan de kantonrechter beslissen een lagere of geen transitievergoeding toe te kennen.

Mogelijkheid tot verrekenen van vergoeding

Kosten die gemaakt ter voorkomen van werkloosheid, verkorten van periode van werkloosheid of andere kosten ter bevordering van de bredere inzetbaarheid van de werknemers kan van de vergoeding worden afgetrokken. Deze mogelijkheid wordt uitgewerkt in de Algemene Maatregelen van Bestuur, maar zijn nog niet gemaakt.

2.6.6. Conclusie

Een werkgever die flexibel wil blijven wordt door de komst van de Wet Werk en Zekerheid belemmerd. Zij kunnen werknemers maar voor maximaal 2 jaar in dienst nemen, waarna de werknemers eerst zes maanden uit dienst moeten alvorens zij voor een bepaalde tijd terug kunnen komen. Daarnaast zal een werkgever de werknemers een vergoeding moeten betalen indien werknemers 2 jaar of langer werkzaam zijn geweest bij het bedrijf, maar waarvan de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd. De arbeidscontracten die worden afgesloten tussen bedrijven en werknemers zijn vaak langer dan 6 maanden, hierdoor wordt de werkgever dus verplicht om een aanzegtermijn in acht te nemen.

Voor het uitzendbureau gelden deze regels ook, echter mogen zij 3.5 jaar lang (fase A 78 weken en fase B 104 weken) werknemers flexibel uitzenden voordat deze werknemers in fase C terechtkomen. Dat betekent voor een werknemer 1.5 jaar langer zeker is van werk dan bij een gewone werkgever. Voor een werkgever betekent dit dat hij 1.5 jaar langer gebruik kan maken van flexibele uitzendkrachten en krijgt hij de uitzendkrachten niet voor onbepaalde tijd in dienst. Het uitzendbureau sluit daarnaast contracten die over het algemeen korter zijn dan een half jaar. Dat houdt in dat zij geen aanzegtermijn van een maand in acht hoeven te nemen en voorkomt bij onoplettendheid dat er een maandsalaris aan vergoeding betaald moet worden. De transitievergoeding die betaald moet worden na 2 jaar werken geldt ook voor het uitzendbureau. Indien de uitzendkracht 3.5 jaar lang bij een uitzendbureau heeft gewerkt zal ook het uitzendbureau een vergoeding moeten betalen aan de uitzendkracht indien zij die niet een fase C contract willen geven. MF Uitzendbureau heeft een eigen opleidingsinstituut en zou daarmee eventuele gemaakte kosten voor een uitzendkracht, ten behoeve van bredere inzetbaarheid, van de transitievergoeding af kunnen trekken.

Hoofdstuk 3 Praktijk

In het hoofdstuk praktijk worden de resultaten, verkregen uit interviews met curatoren, bestuursleden van de vakbond en werknemers van MF Uitzendbureau uiteengezet. Eerst worden de resultaten verkregen uit interviews met de curatoren, waarvan er vijf zijn geïnterviewd, besproken. De vragen die voor het interview zijn gebruikt, zijn in bijlage 1 bijgevoegd. Alle curatoren die zijn geïnterviewd zijn al enkele jaren curator en daarnaast voor langere tijd insolventieadvocaat. Enkele geïnterviewde curatoren zijn lid van de vereniging insolventie advocaten, Insolad. Na de curatoren worden de resultaten verkregen uit de interviews met bestuursleden van de vakbond uiteengezet, waarvan de gebruikte interviewvragen in bijlage 2 zijn bijgevoegd. Als laatste worden de resultaten van het praktijkonderzoek verkregen bij MF Uitzendbureau besproken, waarvan de gebruikte interviewvragen zijn bijgevoegd in bijlage 3.

3.1. De curatoren

Om de resultaten van de interviews met de curatoren helder uiteen te kunnen zetten wordt eerst de rol van een curator bij een faillissement uitgelegd en vervolgens wordt er benoemd wat de belangen van de curator zijn. Daarna zullen de voor- en nadelen uiteengezet worden indien een uitzendbureau de werknemers gaat inlenen en tevens zal hierbij de samenwerking worden toegelicht. Als laatste wordt de visie van curatoren op de pre-pack benoemd en uitgelegd of dit nog een verandering in de samenwerking teweeg kan brengen.

3.1.1. Rol van een curator bij een faillissement

Onder het kopje de rol van een curator bij een faillissement zal besproken worden wat een curator exact doet bij een faillissement en hoe dat voor een curator in zijn werk gaat. Dit om een goed algemeen beeld te kunnen schetsen van de rol van een curatoren bij een faillissement.

De faillissementen worden voornamelijk op de dinsdag op de rolzitting bij de rechtbank behandeld. De rechter die het faillissement uitspreekt stelt hierbij een curator aan. De curator wordt hiervan op de hoogte gesteld en het eerste wat de curator vervolgens doet is kijken of hij het curatorschap kan aanvaarden. De curator kan het curatorschap aanvaarden indien het gefailleerde bedrijf geen cliënt van hem is en daarnaast geen cliënt van een kantoorgenoot is. Zodra de curator het curatorschap heeft aanvaard zal hij zoveel mogelijk algemene informatie inwinnen over het bedrijf. Intussen probeert hij met de eigenaren in contact te komen om een afspraak te maken. Dit op een zo'n kort mogelijk termijn. Afhankelijk van wat hij daar aantreft worden er vervolgstappen gemaakt. Dit is per situatie verschillend. De arbeidsovereenkomsten worden echter zo snel mogelijk beëindigd. Aangezien er maximaal een opzegtermijn is van 6 weken waarbij de werknemers beschikbaar moeten zijn voor arbeid, kan hij nog 6 weken lang een beroep op hen doen. Zodra de curator dan ook de toestemming heeft van de rechter commissaris zal hij de arbeidsovereenkomst in bijna alle gevallen direct beëindigen. Vervolgens wordt het bedrijf getaxeerd en wordt er getracht overnamekandidaten te vinden. Indien deze aanwezig zijn kan het bedrijf via een onderhandse verkoop verkocht worden, wat in de regel voor een hoger bedrag voor de activa met zich meebrengt. Ook wordt er bij een onderhandse verkoop gekeken naar de werknemers die worden overgenomen. Mocht een onderhandse verkoop niet lukken, wordt er getracht het bedrijf, of een deel ervan, te verkopen via een liquidatieverkoop. Dit levert over algemeen minder op dan een onderhandse verkoop. De boedel wordt vervolgens op de juiste wijze verdeeld onder de schuldeisers.

Overige stappen zijn per geval en per curator verschillend. Iedere curator hanteert ter plekke zijn/haar eigen werkwijze en maakt daarin zijn/haar eigen keuzes.

De curator heeft bij een faillissement maar één belang, namelijk een zo'n hoog mogelijke boedelopbrengst creëren voor de schuldeisers. Om dit te kunnen realiseren zal een curator rekening moeten houden met de belangen van alle partijen. De directie van het bedrijf zal vanaf begin af aan mee moeten werken en alle inlichtingen verstrekken die voor de curator van belang zijn. Indien het bedrijf wordt verkocht wordt er altijd een taxatierapport opgesteld van het bedrijf. Hierdoor weet de curator wat de minimale waarde van het bedrijf is en wat hij bij een liquidatieverkoop kan ontvangen. Door vervolgens te kijken of het mogelijk is het bedrijf onderhands te verkopen, zal deze waarde verhoogd kunnen worden. De overnamekandidaten bieden dan op het bedrijf, zonder dat zij de activawaarde weten. De curator probeert vervolgens in onderhandelingen dit bedrag hoger te krijgen en zal vervolgens vaak het hoogste bod accepteren. Echter kan het zijn dat de curator een belangenafwezig maakt en daardoor een minder hoog bod accepteert. Als er bijvoorbeeld twee biedingen worden gedaan waarbij beide geboden bedragen dicht bij elkaar ligt, echter het lagere bod een veel hogere werkgelegenheid waarborgt, mag en kan een curator volgens de Hoge Raad⁵⁰ ervoor kiezen het lagere bod te accepteren zonder dat hij aan het belang van de schuldeisers voorbij gaat. Om een zo'n hoog mogelijke boedel te creëren is het van belang om de middelen en mogelijkheden te onderzoeken die ieder faillissement kan bieden. Ik quote dan ook een curator; *“Doordat er geen enkel faillissement gelijk is, moet er per faillissement gekeken worden naar middelen en mogelijkheden om zo'n hoog mogelijke boedel te creëren”*.

3.1.2. De samenwerking met een uitzendbureau

Nu de rol van een curator behandeld is, zal onder het kopje de samenwerking met een uitzendbureau stilgestaan worden bij de mogelijkheid om samen te werken met het uitzendbureau. Dit zodat er gekeken kan worden of er een samenwerking tot stand kan komen tussen een curator en MF Uitzendbureau.

4 van de 5 curatoren zien geen belangrijke rol voor een uitzendbureau tijdens een faillissement. De werknemers zijn verplicht om de eerste 6 weken na de opzegging van de curator beschikbaar te zijn voor arbeid. Het UWV neemt in deze 6 weken de loonbetaling over van het bedrijf. De werknemers krijgen dus een uitkering van het UWV. Dit houdt in dat de curator geen directe loonlasten over deze werknemers hoeft te betalen. Het UWV dient voor deze loonlasten bij de curator wel een vordering in, welke op het eind van de boedel wordt afgetrokken.

Doordat de werknemers nog steeds beschikbaar zijn voor arbeid, kan de curator over deze werknemers beschikken indien bijvoorbeeld het productieproces nog moet doorgaan. Zodra een uitzendbureau werknemers gaat uitzenden in deze 6 weken, moet de curator naast de claim van het UWV, ook de loonkosten van het uitzendbureau betalen. Dit betekent dus dat een curator twee maal zoveel loonkosten moet betalen dan voor het faillissement.

⁵⁰ Maclou arrest: HR 19 april 1996, NJ 1996/727

Een uitzendbureau kan wel ingeschakeld worden indien de curator een werknemer nodig heeft die het bedrijf zelf niet in dienst heeft, of wanneer de 6 weken termijn verstreken is en de curator nog werknemers nodig is. Echter komt dit laatste niet vaak voor, aangezien er getracht wordt binnen de 6 weken opzegtermijn het bedrijf (onderhands) te verkopen.

De curator richt zich enkel op de verkoop van de activa. Hij is niet verplicht om rekening te houden met een maatschappelijk belang, zoals werkgelegenheid. Vanuit de curator is er dan ook niet een voordeel te noemen indien een uitzendbureau de werknemers overneemt en vervolgens opnieuw gaat detacheren bij de doorstarter. Een curator heeft bij de doorstart geen rol en adviseert een doorstarter niet. Daarvoor heeft de doorstarter een insolventieadvocaat die hem bijstaat. Het enige voordeel voor de curator zou zijn, indien het uitzendbureau op dag 1 van het faillissement alle werknemers in dienst neemt en deze direct, al dan niet zo snel mogelijk, herplaatst. Voor de werknemers die worden herplaatst dient het UWV geen declaratie in bij de curator. Dat zou dus betekenen dat er een hogere boedel overblijft om te verdelen onder de schuldeisers.

Als insolventieadvocaat waarbij ze de doorstarter adviseren, zien curatoren wel een voordeel in een samenwerking met het uitzendbureau. Het uitzendbureau kan voor de doorstarter een flexibele schil creëren, waardoor de doorstarter flexibel zijn personeel kan inzetten en zijn productie effectief kan laten verlopen.

Zoals hiervoor al aangegeven zou een samenwerking met het uitzendbureau nadelig zijn vanwege onnodige en extra kosten. Een curator moet voorkomen dat hij extra en onnodige kosten maakt. Doordat de werknemers beschikbaar moeten zijn tijdens de opzegperiode voor arbeid, kan een curator van hen gebruik maken, zonder dat de curator extra en onnodige kosten maakt. Tevens heeft een curator niets met een doorstarter te maken en zou een samenwerking niet tot gevolg hebben dat de schuldeisers meer geld zullen ontvangen.

3.1.3. Pre-Pack

Om te kijken of er met de komst van de pre-pack een verandering in de mogelijke samenwerking tussen het uitzendbureau en de curator kan komen, worden nu eerst de voor- en nadelen benoemd vanuit de curatoren en vervolgens gekeken of er tijdens de pre-pack misschien al samengewerkt kan worden.

Van de geïnterviewde curatoren zijn 3 positief over de pre-pack. Wel is iedere curator het erover een dat het goed is dat de pre-pack door de minister in de wet wordt vastgelegd. Echter zijn zij wel allemaal van mening dat het huidige voorstel nog nader bekeken dient te worden. Zo wordt er onvoldoende stilgestaan bij de vraag wie een curator (lees: stille bewindvoerder) betaalt indien een faillissement alsnog wordt afgewend en onder welke voorwaarden een pre-pack aangevraagd kan worden. Als voorwaarde moet er volgens curatoren sprake zijn van een spoedeisend (maatschappelijk) belang van de pre-pack. Een voorbeeld van zo'n belang kunnen bedrijven zijn met bederfelijke waar.

Volgens de curatoren kan er door een pre-pack een hogere activaverkoop gerealiseerd worden. Tijdens de pre-pack kan beter met partijen onderhandeld worden, doordat een faillissement nog niet uitgesproken is. Het verstevigt de positie van de curatoren ten opzichte van de potentiële

doorstarters. Voor een doorstarter zien de curatoren ook voordelen, aangezien een doorstart sneller, soms zelfs op de zelfde dag van het faillissement, gerealiseerd kan worden.

Het gesloten karakter van de pre-pack zien curatoren als groot nadeel. Potentiële kandidaten voor een doorstart kunnen hierdoor te laat of onvoldoende op de hoogte gebracht worden. Doordat er minder kandidaten zich melden voor een doorstart, kan dit de marktwerking van de verkoop naar beneden halen. Tevens moet een curator tijdens een pre-pack onder moeilijke omstandigheden werken.

In het kader van de samenwerking tussen een uitzendbureau en curatoren zal een pre-pack geen veranderingen teweeg brengen. Als insolventieadvocaat die een doorstarter bijstaat en adviseert worden wel mogelijkheden gezien. Dit doordat vanaf dag één de doorstarter gebruik kan maken van ervaren uitzendkrachten en deze samenwerking voor de doorstart, tijdens de pre-pack, al besproken en uitgewerkt kan worden. Vanaf de start van het bedrijf beschikt de doorstarter dan over een grote flexibele schil van uitzendkrachten.

3.2. De vakbond

Om de resultaten van de interviews met de bestuursleden van de vakbond helder uiteen te kunnen zetten wordt eerst de rol van een vakbond bij een faillissement uitgelegd en worden de belangen van een vakbond benoemd. Daarna zullen de voor- en nadelen benoemd indien een uitzendbureau de werknemers gaat inlenen en ook de samenwerking tussen de vakbond en het uitzendbureau zal worden toegelicht. Als laatste zal de visie van de bestuursleden van de vakbond op de pre-pack benoemd worden en uitgelegd of de pre-pack nog een verandering in de samenwerking teweeg kan brengen.

3.2.1. Rol van de vakbond bij een faillissement

Onder het kopje de rol van de vakbond bij een faillissement zal besproken worden wat de vakbond exact doet bij een faillissement en hoe de vakbond de belangen van de werknemers zo goed mogelijk tracht te behartigen. Dit om een goed algemeen beeld te kunnen schetsen van de rol van een vakbond bij een faillissement.

De vakbond behartigt de belangen van de werknemers. Tijdens een faillissement verliest de werknemers veel van zijn arbeidsrechtelijke bescherming. De vakbond houdt zich bij een faillissement voornamelijk bezig met het collectief ontslag en probeert voor de ontslagen werknemers een zo'n goed mogelijk sociaal plan op te stellen. De vakbond wil met een sociaal plan ervoor zorgen dat de werknemers zo snel mogelijk weer, al dan niet elders, aan het werk kunnen. Vakbonden proberen dergelijke regelingen vaak al te regelen in cao's. Zo is in bijvoorbeeld de cao voor timmerindustrie "werk naar werk" opgenomen. Hierdoor kunnen (ontslagen) werknemers eenvoudiger elders aan het werk en worden gaten in arbeidsvoorwaarden bij opeenvolgende cao's voorkomen.

Zodra een faillissement wordt uitgesproken en de vakbond krijgt dit te horen zullen zij proberen zo snel mogelijk om tafel te gaan met het gefailleerd bedrijf om te kijken wat de mogelijkheden zijn voor de ontslagen werknemers. Tijdens informatieavonden probeert de vakbond de ontslagen werknemers zo goed mogelijk te informeren en op de hoogte brengen over de te nemen vervolgstappen.

Volgens de vakbond is een faillissement en een doorstart altijd nadelig voor werknemers. Plannen voor een doorstart zijn soms al gerealiseerd alvorens het faillissement is uitgesproken. Het nadeel bij een doorstart voor de werknemers is dat een doorstarter over het algemeen minder werknemers aanneemt dan voorheen in het bedrijf werkzaam waren.

3.2.2. De samenwerking met een uitzendbureau

Nu de rol van een vakbond bij een faillissement benoemd is, zal in het volgende stuk ingegaan worden op de samenwerking tussen de vakbond en het uitzendbureau. Dit zodat er gekeken kan worden of er een samenwerking tot stand kan komen tussen de vakbond en MF Uitzendbureau.

Een samenwerking tussen de vakbond en het uitzendbureau is volgens de vakbond moeilijk te realiseren. Dit doordat er sprake is van een ongelijk speelveld tussen de vaste werknemers en uitzendkrachten. Een ongelijk speelveld wordt gecreëerd doordat er geen sprake is van gelijk werk, gelijk loon. Daarnaast worden uitzendkrachten geen enkele zekerheid, zoals een vast contract bij een

vaste opdrachtgever, geboden. Het uitzendbureau kan geen kwalitatieve werkgelegenheid creëren, enkel een tijdelijk opvulling van (tijdelijke) arbeidsplaatsen. Zodra het uitzendbureau een commercieel belang wil gaan voeren bij faillissement zal het uitzendbureau deze mogelijkheid aantrekkelijk moeten maken, door onder andere het ruime speelveld te verkleinen en door aansluiting te zoeken bij de arbeidsvoorwaarden van de bedrijfstak waaronder het bedrijf valt. Echter dan alsnog is het de vraag of een vakbond zou willen samenwerken met een uitzendbureau. Ik quote hier één van de geïnterviewde bestuursleden van de vakbond aan wie ik heb gevraagd in hoeverre een samenwerking tussen een uitzendbureau en de vakbond mogelijk zou zijn: *“Een samenwerking met het uitzendbureau zou in strijd zijn met onze visie en waar wij als vakbond voor staan. Wij vechten al jaren tegen een ongelijk speelveld op de arbeidsmarkt en tegen een steeds groter wordende flexibele schil. Een samenwerking met het uitzendbureau zou betekenen dat wij handelen tegen onze eigen visie in. Dat zouden wij nooit kunnen doen.”*

Zodra er sprake is van een doorstart en de werknemers via het uitzendbureau in dienst zouden treden bij een doorstarter zou dit volgens de vakbond een verslechtering zijn voor deze werknemers. Werknemers zullen hun arbeidsrechtelijke zekerheden, zoals een vast contract, verliezen en zullen bij het uitzendbureau een contract voor bepaalde tijd krijgen. Daarnaast ontstaat er een gat in de pensioenregeling, aangezien de pensioenregeling van het uitzendbureau slechter is dan de pensioenregeling die de werknemers in dezelfde industrietak hebben. Werknemers zouden deze mogelijkheid om te werken via een uitzendbureau alleen maar gebruiken *“for the time being”*. Zij zien dit enkel maar als een tijdsopvulling, zodat zij wel inkomen en werk hebben, maar tegelijk verder kunnen zoeken naar een vaste arbeidsplaats.

Als werknemers direct zullen overstappen naar een uitzendbureau, zouden zij geen rust en tijd voor zichzelf nemen voor eventuele rouwverwerking. De bestuursleden van de vakbond adviseren dan ook regelmatig aan de werknemers om uitzendbureaus zo ver mogelijk weg te houden, de zes weken opzegtermijn gebruiken om te realiseren wat zij in hun leven nog willen bereiken en hoe zij dat kunnen bereiken. Bij een directe overstap zullen, volgens de vakbond, de werknemers aan hun eigen belangen voorbij gaan.

Het voordeel echter van een uitzendbureau is dat het een smeermiddel is voor de arbeidsmarkt. Zij kunnen gemakkelijk gaten opvullen die plotseling bij bedrijven zijn ontstaan. Echter niet om langdurige arbeidsplekken in te nemen. Zodra er sprake is van een faillissement zou volgens de vakbond de enige voordelen voor de werknemers zijn dat zij niet in een zwart gat vallen en zou voornamelijk bij oudere werknemers een moedeloosheid voorkomen. Deze moedeloosheid zou gecreëerd kunnen worden doordat werknemers verplicht zijn om te solliciteren, vaak al *“te”* oud zijn om aangenomen te worden en veelal worden afgewezen.

3.2.3. Pre-Pack

Om te kijken of er met de komst van de pre-pack een verandering in de mogelijke samenwerking tussen het uitzendbureau en de vakbond kan komen, worden nu eerst de voor- en nadelen benoemd vanuit de vakbond en vervolgens gekeken of er tijdens de pre-pack misschien al samengewerkt kan worden

De vakbond is van mening dat een pre-pack niet ten voordele van een werknemer komt. Werknemersbelangen raken bij een pre-pack ondergesneeuwd en hier wordt vaak in een pre-pack onvoldoende aandacht aan gespendeerd. Ik heb een bestuurslid van de vakbond gevraagd wat zijn mening was over de pre-pack en ik quote hem hier: *“De pre-pack is een typische noordelijke constructie. Belangrijke schuldeisers en belanghebbenden worden buitenspel gezet en te laat geïnformeerd. Onder andere de vakbond wordt te laat geïnformeerd waardoor zij onvoldoende de belangen van de werknemers kunnen behartigen”*. Volgens de vakbond zou het geheimzinnige van de pre-pack verminderd moeten worden, zodat ook de vakbond tijdig op de hoogte is. De vakbond denkt dat de arbeidsvoorwaarden bij een pre-pack onvoldoende wordt besproken en dat daarnaast meer mogelijkheden gecreëerd zouden kunnen worden voor de werknemers bij de doorstartende partij. Doordat de vakbond te laat wordt geïnformeerd, hebben zij geen mogelijkheid meer om de belangen van de werknemers in deze fase van het faillissement te behartigen.

Voor de samenwerking met een uitzendbureau zou de pre-pack geen verschil maken. Indien er wel een samenwerking wordt gecreëerd bij een faillissement met een uitzendbureau is de vakbond van mening hoe eerder die samenwerking gestart wordt, hoe beter dat voor beide partijen is. Dit geldt alleen als er een samenwerking gestart wordt.

3.3. MF Uitzendbureau

Om de resultaten van de interviews met werknemers van MF Uitzendbureau helder uiteen te kunnen zetten wordt er eerst uitgelegd hoe MF Uitzendbureau met faillissementen omgaat. Vervolgens wordt er benoemd welke belangen van het uitzendbureau heeft bij het overnemen van personeel uit een gefailleerd bedrijf. Daarna zal worden de voor- en nadelen uiteengezet indien MF Uitzendbureau de werknemers gaat inlenen en tevens zal hierbij de samenwerking vanuit MF Uitzendbureau met de curatoren en de vakbond worden toegelicht. Als laatste wordt nog de pre-pack benoemd vanuit de visie van MF Uitzendbureau.

3.3.1. Ervaring met faillissement

Kort geleden heeft MF Uitzendbureau te maken gehad met een faillissement. Om te kijken hoe zij daarmee om zijn gegaan en welke stappen zij daarvoor hebben genomen, zal dat hier worden toegelicht.

MF Uitzendbureau heeft niet vaak te maken met klanten die failliet gaan. Wel zien zij dat de laatste tijd meer bedrijven failliet gaan dan voorheen. MF Uitzendbureau is zeer strenge in het selecteren van de klanten. Zo kan niet iedereen klant worden bij MF Uitzendbureau en moet de klant onder andere kredietwaardig zijn en dit kunnen aantonen. Indien een bedrijf dat niet kan, zal er ook geen samenwerking gestart worden met dat bedrijf. Zodra blijkt dat de kredietwaardigheid van een klant verminderd, zal het uitzendbureau proberen de betalingstermijnen te verkorten en eventuele bankgaranties af te sluiten. Als dan toch blijkt dat het bedrijf failliet gaat zal MF Uitzendbureau de nog openstaande vorderingen eerst deels proberen terug te krijgen, mocht dat geen succes hebben, zal het uitzendbureau het resterende bedrag als vordering bij de curator indienen. De uitzendkrachten worden direct teruggetrokken bij een faillissement en pas weer uitgezonden op het moment dat er afspraken zijn gemaakt met de curator.

Mocht er sprake zijn van een doorstart, dan zal MF Uitzendbureau proberen om bij de doorstarter zo snel mogelijk lijntjes uit te zetten, zodat eventuele verliezen uit het faillissement kunnen worden terugverdiend bij de doorstarter. Echter zal de doorstarter wel aan moeten tonen dat zij als bedrijf kredietwaardig is. Tevens wordt er geprobeerd een financiële garantie met de doorstarter af te sluiten, zodat de betalingszekerheid voor MF Uitzendbureau verhoogd wordt.

3.3.2. Belangen van het uitzendbureau

Om helder de belangen van iedere partij te kunnen benoemen, zal ook het belang van MF Uitzendbureau benoemd moeten worden. In dit stuk zullen dan ook benoemd worden.

Het belangrijkste belang voor MF Uitzendbureau is geld verdienen. Het is een commercieel bedrijf en de werknemers moeten betaald worden. Echter mag het geld verdienen niet ten koste gaan van de kwaliteit en dienstverlening. Alles moet onder de juiste voorwaarden gebeuren, waardoor er rust gecreëerd wordt voor alle partijen. Voor MF Uitzendbureau zorgt dit onder andere ook voor continuïteit van het bedrijfsproces, inkomen en klantenbehoud.

Zodra MF Uitzendbureau de werknemers uit het faillissement overneemt en deze vervolgens detachert bij de doorstarter heeft dit een commercieel voordeel voor het uitzendbureau. Eventuele verliezen uit het faillissement kunnen zij bij de doorstarter compenseren door bijvoorbeeld een hoger marge af te spreken met de doorstarter. De doorstarter die het gefailleerd bedrijf overneemt,

wordt een nieuwe klant van MF Uitzendbureau waardoor MF Uitzendbureau haar klantenbestand kan vergroten. Het uitzendbureau kan de klanten bedienen zoals de klanten dit willen, waardoor MF Uitzendbureau meer omzet kan genereren. Dit mag echter niet ten koste gaan van de kwaliteit van de bediening aan de klant. Nog een voordeel voor zowel MF Uitzendbureau als voor de werknemers (lees: uitzendkrachten) is dat doorlenen bij een doorstarter rust creëert.

Een nadeel voor MF Uitzendbureau is echter dat er veel risico's aan een dergelijke constructie zit. Hoe kredietwaardig een doorstarter is, is vaak onduidelijk en veelal zijn de doorstarters onbekende partijen voor MF Uitzendbureau waarmee zaken gedaan wordt. Er zal een nieuw risicoprofiel gemaakt moeten worden van het nieuwe bedrijf. Hierna kan er besloten worden om wel/niet met de doorstarter te gaan samenwerken. Doorstarters nemen een gefailleerd bedrijf over en een dergelijk bedrijf gaat niet zonder reden failliet. Dit geeft financiële onzekerheid voor het uitzendbureau. Een bankgarantie of een kredietlimiet zou deze onzekerheid verminderen.

De werknemers die worden overgenomen zijn vaak ook onbekend bij het uitzendbureau. Het is onbekend wat voor vooropleidingen deze werknemers hebben en wat hun werkervaring is. MF Uitzendbureau heeft veel ongeschoolde arbeiders en zij merken dat de eisen voor ongeschoold arbeid steeds meer toeneemt. Het zou dus kunnen zijn dat een uitzendbureau eerst in nieuwe en onbekende uitzendkrachten moet investeren alvorens deze ergens te kunnen plaatsen. Een dergelijk proces kan veel tijd in beslag nemen. Daarnaast is het volgens het uitzendbureau niet realiseerbaar dat in deze economische tijd uitzendkrachten snel en binnen korte tijd te (her)plaatsen. Vaak moeten contacten nog gelegd worden om uitzendkrachten te kunnen detacheren.

3.3.3. Samenwerking met andere partijen

Nu de belangen van het uitzendbureau uiteen zijn gezet, zal nu de samenwerking opeenvolgend met curatoren en de vakbond, vanuit het oogpunt van MF Uitzendbureau worden besproken. Dit om de mogelijkheid tot samenwerken van ieder invalshoek te onderzoeken.

MF Uitzendbureau ziet zichzelf als toegevoegde waarde in de samenwerking met curatoren. Echter moet deze samenwerking wel tijdig gebeuren. Beide partijen kunnen dan samen goede afspraken maken. Wel zal dit per geval bekeken moeten worden om te beoordelen welke rol het uitzendbureau op zich kan nemen. Dit is tevens afhankelijk van het faillissement en het toekomstig perspectief van de doorstarter.

MF Uitzendbureau is altijd bereid om samen te werken met de vakbond. Dit zou volgens het uitzendbureau ten voordele komen voor de werkgelegenheid. Het uitzendbureau ziet hier dus een voordeel voor beide partijen in. Echter moet de samenwerking van twee kanten komen en is de houding van iedere partij belangrijk. Iedere partij moet een meerwaarde aan de samenwerking hebben, anders heeft het geen zin en gaat de samenwerking zijn doel voorbij.

3.3.4. Pre-pack

Om te kijken wat de voordelen voor het uitzendbureau zouden zijn indien zij een rol kunnen gaan spelen tijdens de pre-pack, zal in het volgende stuk eerst de voor- en nadelen van de pre-pack benoemd worden uit het oogpunt van MF Uitzendbureau. Zij hebben de pre-pack al eerder meegemaakt, dus kunnen hier een goed oordeel over geven.

MF Uitzendbureau vindt het positief dat de pre-pack in de wet wordt vastgelegd. Zij zien verschillende mogelijkheden waarin zij een rol zouden kunnen spelen. Zij kunnen tijdens de pre-pack al afspraken maken en hierbij voorkomen dat alles op het laatste moment moet gebeuren. Hierdoor komen de belangen van werknemers niet in het geding bij een doorstart. Tevens kunnen zij inspelen op de belangen en behoeften van het doorstartende bedrijf. Dit gebeurt nu niet, maar het zou, in de ogen van het uitzendbureau, een verbetering zijn dat het wel gebeurt. Voor een uitzendkracht zelf heeft het geen directe meerwaarde, echter voor het bedrijf wel. Ook kan MF Uitzendbureau dan alle planningen en dergelijke al achter de schermen regelen. Dit zorgt voor meer rust bij alle partijen. Schade die nu wordt opgelopen tijdens de pre-pack wordt vaak te laat ingediend. Indien het uitzendbureau op de hoogte wordt gebracht van de pre-pack, zou hierdoor de schade eerder ingediend kunnen worden en zouden daar tevens goede afspraken over gemaakt kunnen worden.

De pre-pack kan volgens het uitzendbureau wel veranderingen met zich meebrengen ten opzichte van de samenwerking. Hoe eerder namelijk de samenwerking gestart kan worden, hoe sneller en hoe beter de juiste afspraken gemaakt kunnen worden. Het rendement voor iedere partij zal hierdoor groeien en zal de werkgelegenheid kunnen bevorderen.

Hoofdstuk 4 Analyse

In dit hoofdstuk worden de gegevens verkregen uit de praktijk vergeleken met de gegevens uit de theorie. Als eerst wordt het belang van MF Uitzendbureau met betrekking tot opvolgend werkgeverschap geanalyseerd. Vanuit het oogpunt van MF Uitzendbureau op opvolgend werkgeverschap zal opeenvolgend het belang van de vakbond en het belang van curatoren benoemd worden. Als laatste wordt nog geanalyseerd of MF Uitzendbureau en de vakbond een rol kunnen spelen (lees: samenwerken) tijdens de pre-pack.

4.1. Analyse opvolgend werkgeverschap vanuit belang MF Uitzendbureau

Uit de resultaten van de praktijk blijkt dat MF Uitzendbureau een commercieel belang heeft bij het overnemen van personeel uit een faillissement en deze vervolgens herplaatst bij een doorstarter. Het risico van opvolgend werkgeverschap is in een dergelijke constructie groot. Indien er wel sprake is van opvolgend werkgeverschap zal het uitzendbureau het arbeidsverleden van de nieuwe uitzendkracht moeten meenemen om te beoordelen wat voor soort contract de uitzendkracht bij het uitzendbureau behoort te krijgen.

Uit de theorie van opvolgend werkgeverschap bij faillissementen blijkt dat zodra de doorstartende partij als opvolgend werkgever gezien kan worden, het uitzendbureau ook als opvolgend werkgever gezien wordt. Uit het Van Tuinen-arrest blijkt dat er sprake moet zijn van zodanige banden tussen de oude en nieuwe werkgever, dat de inzichten in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. Wel moet de werknemer dezelfde werkzaamheden uitvoeren bij zijn nieuwe werkgever. Uit de jurisprudentie blijkt dat de bewijslast van opvolgend werkgeverschap bij de werknemer ligt en er sprake moet zijn van meerdere omstandigheden van het geval welke uitwijzen dat er zodanige banden aanwezig zijn tussen de oud en nieuwe werkgever, dat er gesproken kan worden van opvolgend werkgeverschap.

4.2. Analyse vanuit MF Uitzendbureau ten opzichte van belang vakbond

Uit de praktijk blijkt dat de vakbond eigenlijk niet wil samenwerken met een uitzendbureau omdat de belangen van beide partijen te ver van elkaar af liggen. Echter blijkt wel dat de mogelijkheden om tot een samenwerking te kunnen vergroot wordt, indien de belangen op elkaar worden afgestemd en het uitzendbureau de werknemers in de arbeidsvoorwaarden tegemoet komt. De vakbond wil hierin aansluiting met de vorige cao van de werknemer hebben. Volgens de vakbond voorkomt deze aansluiting grote gaten in onder andere de pensioenopbouw, beloningssystemen, loon en andere arbeidsvoorwaarden.

Uit de theorie blijkt dat de ABU-cao algemeen verbindend is verklaard. MF Uitzendbureau is verplicht om de ABU-cao te handhaven in de arbeidsovereenkomsten die zij sluiten. Zij mogen niet een uitzendkracht werkzaamheden laten uitvoeren onder een andere cao dan de ABU-cao. Uit de theorie blijkt wel dat het uitzendbureau de inlenersbeloning mag toepassen. De inlenersbeloning staat het uitzendbureau toe om afspraken te maken met de opdrachtgever over het salaris van de uitzendkracht, zodat de uitzendkracht recht heeft op hetzelfde beloningssysteem als een werknemer in dienst van de opdrachtgever.

4.3 Analyse vanuit MF Uitzendbureau ten opzichte van belang curator

Uit de resultaten welke verkregen zijn door interviews te houden met curatoren blijkt dat curatoren nog geen direct nut zien in de samenwerking met MF Uitzendbureau. Echter verandert deze mening indien MF uitzendbureau ervoor kan zorgen dat de ontslagen werknemers zo snel mogelijk, het liefst op de eerste dag van het faillissement, elders aan het werk kunnen gaan.

Uit de resultaten verkregen uit de interviews met werknemers van MF Uitzendbureau blijkt dat het onwaarschijnlijk is dat de vaak laaggeschoolde werknemers binnen 1 dag, of op kort termijn, herplaatst kunnen worden bij een andere al dan niet dezelfde werkgever.

Uit de theorie blijkt dat zodra een werknemer via een uitzendbureau bij een andere werkgever werkzaamheden uit gaat voeren er geen sprake is van opvolgend werkgeverschap, mits deze opdrachtgever geen zuster- of moedermaatschappij is het failliete bedrijf is. Als de werknemer na 3 maanden alsnog wordt gedetacheerd bij de doorstarter is er geen sprake van opvolgend werkgeverschap. Zodra de uitzendkracht direct vanaf dag 1 werkzaamheden gaat uitvoeren bij de doorstarter, is het afhankelijk van de inzicht van de doorstarter over de kwaliteiten van de werknemer, of er sprake is van opvolgend werkgeverschap. De kans op opvolgend werkgeverschap wordt niet vergroot of verkleind indien de werknemer vanaf dag 1 bij het doorstartende bedrijf werkzaamheden gaat uitvoeren.

4.4. Analyse resultaten pre-pack

Uit de praktijk blijkt dat zodra er een samenwerking gestart wordt, MF Uitzendbureau en de vakbond van mening zijn dat deze samenwerking zo snel mogelijk gestart dient te moeten worden. De praktijk is van mening dat deze samenwerking, in het belang van iedere partij, al tijdens de pre-pack moet beginnen.

Uit de theorie blijkt echter dat de pre-pack gesloten is en dat partijen in de pre-pack het aankomend faillissement stil houden. Ondanks dat er voor de stilhouding (nog) geen wettelijke grondslag bestaat, wordt dit wel gedaan. Anders zou de pre-pack geen daadwerkelijke meerwaarde meer hebben ten opzichte van een faillissement.

Hoofdstuk 5 Conclusie

In dit hoofdstuk wordt het antwoord op de centrale onderzoeksvraag behandeld. Dit is tevens het eindconclusie van het onderzoeksrapport.

Zodra MF Uitzendbureau werknemers van een failliet verklaard bedrijf gaat overnemen en deze vervolgens detacheeert bij de doorstarter zitten hier voor- en nadelen aan voor het uitzendbureau. De voordelen voor het uitzendbureau zijn nieuwe klanten, meer inkomsten en schade, ontstaan door het faillissement, te kunnen terugverdienen bij de doorstarter.

Het nadeel voor het uitzendbureau is dat zij alle risico's lopen. Zo blijkt uit het theoretisch onderzoek dat er sprake kan zijn van opvolgend werkgeverschap. Van opvolgend werkgeverschap van het uitzendbureau kan worden gesproken, zodra de doorstartende partij als opvolgend werkgever gezien wordt van het gefailleerd bedrijf. Hiervoor moet de werknemer meerdere omstandigheden van het geval kunnen aantonen, voordat er gesteld kan worden dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap. Verdere jurisprudentie zal aan moeten tonen welke specifieke omstandigheden van het geval ervoor zorgen dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap bij faillissementen.

Naast het opvolgend werkgeverschap zien zowel de meeste curatoren als de vakbond niet veel in een samenwerking met het uitzendbureau. Zo is de vakbond van mening dat de belangen van de werknemers in het geding komen. Zodra het uitzendbureau de werknemers tegemoet komt in de arbeidsvoorwaarden, zullen de belangen tussen de vakbond en het uitzendbureau minder ver van elkaar weg liggen en bestaat er grotere mogelijkheid tot samenwerken. Echter kan het uitzendbureau niet in alle arbeidsvoorwaarden tegemoet komen. Dit doordat het uitzendbureau verplicht is om de ABU-cao te handhaven. Het uitzendbureau zou op het gebied van de inlenersbeloning wel een tegemoetkoming kunnen doen, echter zal dit in samenspraak met de opdrachtgever (lees: doorstarter) moeten gebeuren.

Met betrekking tot de samenwerking met curatoren kan geconcludeerd worden dat een uitzendbureau geen meerwaarde heeft voor curatoren. Een samenwerking heeft, voor zover nu bekend, geen financiële meerwaarde voor een curator. Een uitzendbureau heeft in deze tijd niet de mogelijkheid om voor de ontslagen werknemers binnen enkele dagen een (langdurige) baan te garanderen. De insolventieadvocaat welke de doorstarter adviseert, ziet wel mogelijkheden tot een samenwerking. De samenwerking met het uitzendbureau zal volgens de insolventieadvocaat voor een grotere flexibele schil kunnen zorgen bij een doorstartend bedrijf.

Tijdens de pre-pack kan niet tussen de vakbond, curatoren en MF Uitzendbureau worden samengewerkt. Tijdens de pre-pack is er een geheimhouding en tijdens de pre-pack is het niet de bedoeling dat het aankomend faillissement bekend wordt gemaakt. Anders zou een pre-pack geen verschil hebben ten opzichte van een faillissement. Het uitzendbureau behoort tot de schuldeisers bij een faillissement en deze partijen worden bij een pre-pack niet betrokken. Alleen de potentiële overnamekandidaten worden op de hoogte gesteld. Conclusie is dan ook dat er geen samenwerking mogelijk is ten tijde van de pre-pack. Een samenwerking zal pas gestart kunnen worden nadat de pre-pack is afgelopen en het faillissement is uitgesproken.

Hoofdstuk 6 Aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden de aanbevelingen voor MF Uitzendbureau, naar aanleiding van dit onderzoek, uiteengezet.

6.1. Aanbeveling opvolgend werkgeverschap bij faillissementen

Om te voorkomen dat MF Uitzendbureau uitzendkrachten voor onbepaalde tijd in dienst krijgt, zal er voorkomen moeten worden dat uitzendkrachten meerdere omstandigheden van het geval kunnen aantonen waardoor aan het bandencriterium van opvolgend werkgeverschap voldaan kan worden. Indien werknemers die bij het gefailleerde bedrijf functies hebben uitgeoefend (bijvoorbeeld P&O en HRM) waardoor zij kennis hebben van de oud-werknemers en zij betrokken zijn bij de selectieprocedure van nieuwe werknemers bij het doorstartende bedrijf, is de aanbeveling de uitzendkrachten niet op exact dezelfde functie te detacheren. De nieuwe opdrachtgever kan dan gebruik maken van de inzichten in de werknemers, waardoor er sneller aan het bandencriterium kan worden voldaan. Uitzendkrachten zouden 3 maanden andere werkzaamheden bij de doorstarter moeten doen, alvorens zij in hun oude functie weer werkzaamheden kunnen verrichten. Anders zou er sprake kunnen zijn van opvolgend werkgeverschap. Tevens kunnen deze werknemers 3 maand elders werkzaamheden verrichten en alvorens zij werkzaamheden bij de doorstarter gaan verrichten.

6.2. Aanbeveling ten behoeve van de samenwerking met de vakbond

Om tot een samenwerking met de vakbond te kunnen komen en ervoor te zorgen dat de vakbond juist MF Uitzendbureau voor de andere uitzendbureaus plaatst, is de aanbeveling voor MF Uitzendbureau om de samenwerking aantrekkelijk te maken voor de vakbond (lees: werknemers). Zo zou MF Uitzendbureau met de doorstartende opdrachtgever kunnen afspreken dat de opdrachtgever vanaf dag 1 de inlenersbeloning toepast, waardoor de uitzendkrachten vanaf dag 1 dezelfde beloning ontvangen als dat de vaste werknemers bij de opdrachtgever krijgen.

Echter zou een samenwerking met de vakbond zeer moeilijk te realiseren zijn, doordat de belangen van beide partijen ver bij elkaar weg liggen. Wel zou er gekeken kunnen worden op welke gebieden de partijen elkaar tegemoet kunnen komen, waardoor de belangen minder ver bij elkaar weg liggen.

6.3. Aanbeveling ten behoeve van de samenwerking met curatoren

De aanbeveling met betrekking tot de samenwerking met curatoren is om in gesprek te gaan met de curatoren en bespreken wat het uitzendbureau kan betekenen voor de curator. In dit onderzoek zijn de voor- en nadelen besproken, echter wordt er nog niet veel op dit gebied samengewerkt en zou er gebrainstormd kunnen worden over de mogelijkheden welke beide partijen elkaar kunnen bieden.

Daarnaast zijn de curatoren als insolventieadvocaat geïnteresseerd in een samenwerking, omdat zij bij het adviseren van hun cliënt bij een doorstart kunnen aanbevelen samen te werken met MF Uitzendbureau. Dit zodat hun cliënt gebruik kan maken van een grote flexibele schil van werknemers en MF Uitzendbureau deze werknemers (snel) kan detacheren.

6.4. Aanbeveling ten behoeve van de pre-pack

Doordat de pre-pack geheim is, kan het uitzendbureau momenteel nog niets tijdens de pre-pack. De aanbeveling voor MF Uitzendbureau is dan ook om direct na een succesvolle pre-pack contacten te leggen met de doorstarter om vervolgens zo snel mogelijk afspraken met hen te maken over het detacheren van personeel. Op deze manier zullen de kosten en schade opgelopen uit het faillissement zoveel mogelijk beperkt blijven. Aangezien de pre-pack nog een wetsvoorstel is, zou het kunnen zijn dat er inhoudelijke aanpassingen gemaakt worden. Het is dan ook goed om in de definitieve wet, als het wetsvoorstel wordt aangenomen, naar mogelijkheden te zoeken waardoor het uitzendbureau toch tijdens de pre-pack al op de hoogte gebracht kan worden van het aankomend faillissement en de eventuele doorstartende partij.

Bronnenlijst

Boeken

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *arbeidsrechtelijke Themata* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010

H.L. Bakels, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht* Deventer: Kluwer 2011

Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht* Deventer: Kluwer 2011

J.B. Huizink, *Insolventie* Deventer: Kluwer 2009

P.F. van der Heijden en J.M. van Slooten en E. Verhulp, *Arbeidsrecht Tekst en Commentaar* Deventer: Kluwer 2011

J. van Drongelen en W.J.P.M. Fase, *Individueel Arbeidsrecht 1, de overeenkomsten tot het verrichten van arbeid* Zutphen: Paris 2013

J. van Drongelen en W.J.P.M. Fase en P.J.S. de Jong-van den Bogaard en S.F.H. Jellinghaus, *Individueel Arbeidsrecht 3, ontslagrecht* Zutphen: Paris 2012

Tijdschriftartikelen

Publicatie van mr. drs. A.M. Helstone, *Ontslagrecht en actualiteiten*; Actualiteiten ontslagrecht bij doorstart na faillissement, 15 december 2006

CPB notitie 27 november 2013, *Gevolgen Wet Werk en Zekerheid voor werkgelegenheid*

Publicatie van mr. drs. F. van Assendelft de Coningh en mr. drs. B. Veldmaat, *Opvolgend werkgeverschap na faillissement: een update*; recht.nl, 28 maart 2013

Jurisprudentie

HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 707

HR 12 april 1996, *JAR* 1996, 114

HR 14 juli 2006, *JAR* 2006, 190

HR 27 juni 2007, *JAR* 2007, 215

HR 11 mei 2012, *JAR* 2012, 150

ECLI:NL:HR:2012:BV9603

Hof Leeuwarden 26 juni 2012, *LJN* BW9837

Ktr. Zwolle 16 november 2004, *prg.* 2005, 29

Ktr. Groningen 14 juli 2005, *JOR* 2005, 255

ECLI:NL:RBZUT:2012:BY3283

ELCI:NL:RBAMS:2013:CA1389

ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529

Bijlage

Bijlage 1: Interviewvragen curatoren

Inleiding:

1. Bent u dhr./mevrouw ?
2. U bent werkzaam bij bedrijf , wat voor soort werkzaamheden doet u?

Ik interview u voor mij afstudeeronderzoek met als onderwerp opvolgend werkgeverschap bij faillissementen. Daarbij wil ik onderzoeken welke rol het uitzendbureau op zich kan nemen bij een (aankomend) faillissement. Zo kan het uitzendbureau de ontslagen werknemers in dienst nemen en, indien het bedrijf een doorstart maakt, uitzenden in het doorstartende bedrijf. Om mijn onderzoek zo volledig mogelijk te maken en goede aanbevelingen te kunnen geven aan MF Uitzendbureau wil ik niet enkel het juridische kader van opvolgend werkgeverschap schetsen. Uit het oogpunt van ontslagen werknemers (door de vakbond te interviewen), schuldeisers (door curatoren te interviewen) en MF Uitzendbureau wil ik ook de risico's, voordelen, nadelen en belangen onderzoeken. Ik probeer in het kader van dit onderzoek de voor- & nadelen voor de 3 partijen (vakbond, curatoren en uitzendbureau) uiteen te zetten.

Inhoud:

3. Bent u bekend met opvolgend werkgeverschap? Zo niet, enige uitleg van mij.
4. Kunt u iets meer over de rol van de curator bij een faillissement vertellen en ook iets meer over het proces hoe een faillissement wordt afgehandeld door een curator?
5. U behartigt de belangen van de schuldeisers bij een faillissement. Hoe zorgt u ervoor dat het gefailleerde bedrijf een zo'n hoog mogelijke boedel krijgt?
6. Hoe helpt een curator een bedrijf dat een doorstart wil maken? (extra inkomen voor schuldeisers?)
7. Hoe kijkt de curator tegen een pre-pack aan? Het is nog niet wettelijke bepaald, maar wordt er regelmatig gebruik van gemaakt? En wat zijn de voor- en nadelen van een pre-pack? Welke partijen worden betrokken in een pre-pack? Wordt er ook rekening gehouden met de werknemers?
8. Wanneer ontslaat de curator de werknemers? Wordt bij het ontslag een selectie gemaakt? (Bij ziekte mag er ook ontslagen worden, maar werkgeverlasten zijn een boedelschuld)
9. In hoeverre zou een uitzendbureau een rol kunnen spelen indien zij de werkgeverlasten overnemen?

Voor- & nadelen

Bij de volgende vragen extra uitleg:

Indien de werknemers van een failliet verklaard bedrijf in dienst komen bij een uitzendbureau en dit uitzendbureau (een deel van de werknemers) detachereert bij het doorgestarte bedrijf;

10. Wat zijn dan de voordelen voor de curatoren/schuldeisers indien een uitzendbureau bij het doorstartende bedrijf de werknemers gaat detacheren? Het uitzendbureau wordt dan de werkgever van de werknemers en het doorstartende bedrijf de opdrachtgever van het uitzendbureau.
11. Wat zijn dan de nadelen voor de curatoren/schuldeisers indien een uitzendbureau bij het doorstartende bedrijf de werknemers gaat detacheren? Het uitzendbureau wordt dan de werkgever van de werknemers en het doorstartende bedrijf de opdrachtgever van het uitzendbureau.

Samenwerking:

12. Hoe staat een curator tegenover een samenwerking met het uitzendbureau in het kader van faillissementen? (en waarom)
13. Maakt het voor de samenwerking nog uit in welk stadium er wordt samengewerkt? Voor het faillissement in de pre-pack of misschien na het faillissement wanneer duidelijk is hoeveel mensen er ontslagen worden?

Afsluiting:

14. Zou u na dit interview een gesprek aan willen gaan met de bedrijfsjurist van MF Uitzendbureau om te kijken naar de eventuele mogelijkheden van een samenwerking?
15. Wilt u een kopie van de uitkomsten van dit onderzoek hebben?
16. Heeft u nog aan- of opmerkingen?

Ik dank u voor uw tijd en medewerking.

Bijlage 2: Interviewvragen vakbond

Inleiding:

1. Bent u dhr./mevrouw ...?
2. U bent werkzaam bij de vakbond ..., wat voor soort werkzaamheden doet u?

Ik interview u voor mij afstudeeronderzoek met als onderwerp opvolgend werkgeverschap bij faillissementen. Daarbij wil ik onderzoeken welke rol het uitzendbureau op zich kan nemen bij een (aankomend) faillissement. Zo kan het uitzendbureau de ontslagen werknemers in dienst nemen en, indien het bedrijf een doorstart maakt, uitzenden in het doorstartende bedrijf. Om mijn onderzoek zo volledig mogelijk te maken en goede aanbevelingen te kunnen geven aan MF Uitzendbureau wil ik niet enkel het juridische kader van opvolgend werkgeverschap schetsen. Uit het oogpunt van ontslagen werknemers (door de vakbond te interviewen), schuldeisers (door curatoren te interviewen) en MF Uitzendbureau wil ik ook de risico's, voordelen, nadelen en belangen onderzoeken. Ik probeer in het kader van dit onderzoek de voor- & nadelen voor de 3 partijen (vakbond, curatoren en uitzendbureau) uiteen te zetten.

Inhoud:

3. Bent u bekend met opvolgend werkgeverschap? Zo niet, enige uitleg van mij.
4. U behartigt de belangen van de werknemers. Tijdens een faillissement verliest een werknemer veel van zijn arbeidsrechtelijke bescherming, hoe probeert de vakbond bij een faillissement een werknemer zo goed mogelijk te helpen?
5. Kunt u iets meer over de rol/proces vertellen welke de vakbond heeft bij een faillissement?
6. Hoe helpt een vakbond de werknemer indien het bedrijf een doorstart wil maken? **(Meenemen in antwoord:: selectie van mensen? Wat met de rest van het personeel?)**
7. Vanaf welk moment probeert de vakbond de mensen te helpen bij een faillissement? Helpen zij bijvoorbeeld mee in een pre-pack, of wordt de vakbond na het faillissement pas betrokken?
8. Hoe kijkt de vakbond tegen een pre-pack aan?

Voor- & nadelen

Bij de volgende vragen extra uitleg:

Indien de werknemers van een failliet verklaard bedrijf in dienst komen bij een uitzendbureau en dit uitzendbureau (een deel van de werknemers) detacheert bij het doorgestarte bedrijf;

9. Wat zijn dan de voordelen voor de werknemers indien zij worden gedetacheerd via het uitzendbureau bij het doorstartende bedrijf? Het uitzendbureau wordt dan de werkgever van de werknemers en het doorstartende bedrijf de opdrachtgever van het uitzendbureau.
10. Wat zijn dan de nadelen voor de werknemers indien zij worden gedetacheerd via het uitzendbureau bij het doorstartende bedrijf? Het uitzendbureau wordt dan de werkgever van de werknemers en het doorstartende bedrijf de opdrachtgever van het uitzendbureau.
11. Heeft u hier ervaring mee? En zo ja, hoe?

Samenwerking:

12. Hoe staat een vakbond tegenover een samenwerking met het uitzendbureau in het kader van faillissementen? (en waarom)
13. Maakt het voor deze samenwerking nog uit dat de flexibiliteit van de werkgevers minder wordt met de komst van de Wet Werk en Zekerheid?
14. Maakt het voor de samenwerking nog uit in welk stadium er wordt samengewerkt? Voor het faillissement in de pre-pack of misschien na het faillissement wanneer duidelijk is hoeveel mensen er ontslagen worden?

Afsluiting:

15. Heeft u nog aan- of opmerkingen?

Ik dank u voor uw tijd en medewerking.

Bijlage 3: Interviewvragen MF Uitzendbureau

Inleiding:

1. Bent u dhr./mevrouw ?
2. U bent werkzaam bij MF Uitzendbureau, wat voor soort werkzaamheden doet u?

Ik interview u voor mij afstudeeronderzoek met als onderwerp opvolgend werkgeverschap bij faillissementen. Daarbij wil ik onderzoeken welke rol het uitzendbureau op zich kan nemen bij een (aankomend) faillissement. Zo kan het uitzendbureau de ontslagen werknemers in dienst nemen en, indien het bedrijf een doorstart maakt, uitzenden in het doorstartende bedrijf. Om mijn onderzoek zo volledig mogelijk te maken en goede aanbevelingen te kunnen geven aan MF Uitzendbureau wil ik niet enkel het juridische kader van opvolgend werkgeverschap schetsen. Uit het oogpunt van ontslagen werknemers (door de vakbond te interviewen), schuldeisers (door curatoren te interviewen) en MF Uitzendbureau wil ik ook de risico's, voordelen, nadelen en belangen onderzoeken. Ik probeer in het kader van dit onderzoek de voor- & nadelen voor de 3 partijen (vakbond, curatoren en uitzendbureau) uiteen te zetten.

Inhoud:

3. Bent u bekend met opvolgend werkgeverschap? Zo niet, enige uitleg van mij.
4. Heeft MF Uitzendbureau vaak te maken met bedrijven die failliet gaan? Hoe gaat MF daar mee om? Zij lopen daardoor inkomsten mis, hoe krijgen zij dat terug?
5. Ligt het in de mogelijkheden van MF Uitzendbureau om een bedrijf te helpen wat een doorstart wil maken? (Meer werkgelegenheid? Meer inkomen MF? Aflossen schuld uit faillissement?)
6. Hoe kijkt MF Uitzendbureau tegen een pre-pack aan? Het is nog niet wettelijk bepaald, maar er wordt steeds meer gebruik van gemaakt? Dit zijn onderhandelingen voordat een faillissement wordt uitgesproken en daardoor een snellere doorstart gemaakt kan worden. Wat voor een rol kan een uitzendbureau voor een (failliet) bedrijf betekenen? Houden zij dan ook rekening met de huidige werknemers?

Voor- & nadelen

Bij de volgende vragen extra uitleg:

Indien de werknemers van een failliet verklaard bedrijf in dienst komen bij een uitzendbureau en dit uitzendbureau (een deel van de werknemers) detachert bij het doorgestarte bedrijf;

7. Wat zijn dan de voordelen voor MF Uitzendbureau indien MF bij het doorstartende bedrijf de werknemers gaat detacheren? Het uitzendbureau wordt dan de werkgever van de werknemers en het doorstartende bedrijf de opdrachtgever van het uitzendbureau.
8. Wat zijn dan de nadelen voor MF Uitzendbureau indien MF bij het doorstartende bedrijf de werknemers gaat detacheren? Het uitzendbureau wordt dan de werkgever van de werknemers en het doorstartende bedrijf de opdrachtgever van het uitzendbureau.
9. Welke (financiële) risico's zitten er aan de dergelijke constructie? Naast opvolgend werkgeverschap, financieel/onbekende werknemers etc.
10. Welke belangen heeft MF indien MF bij het doorstartende bedrijf de werknemers gaat detacheren?

Samenwerking:

11. Hoe kijkt MF Uitzendbureau tegen een samenwerking aan met de curatoren?
12. Hoe kijkt MF Uitzendbureau tegen een samenwerking aan met de vakbond?
13. Maakt het voor de samenwerking nog uit in welk stadium er wordt samengewerkt? Voor het faillissement in de pre-pack of misschien na het faillissement wanneer duidelijk is hoeveel mensen er ontslagen worden?

Afsluiting:

14. Heeft u nog aan- of opmerkingen?

Ik dank u voor uw tijd en medewerking.