

# De positie van een werknemer bij een doorstart na faillissement



**Het aantal faillissementen blijft maar stijgen. Een trend die volgens het CBS nu al twee jaar aanhoudt. Een faillissement heeft grote gevolgen. Niet alleen voor de ondernemer, maar ook voor zijn werknemers. Als een onderneming na een faillissement een doorstart maakt, kan (een deel van) het personeel mogelijk zijn baan behouden. Wat zijn de regels rondom een doorstart?**

Als de curator het faillissement van een organisatie heeft uitgesproken, kan deze curator op grond van de Faillissementswet de arbeidsovereenkomsten van het personeel opzeggen. Daarbij heeft de curator wel rekening te houden met de geldende opzegtermijn, met een maximum van zes weken.

De curator mag opzeggen 'indien instandhouding van de arbeidsovereenkomst niet in het belang van de faillissementsboedel is', zo blijkt uit jurisprudentie van de Hoge Raad. Uit de praktijk blijkt dat hier snel sprake van is.

### **Opzeggen arbeidsovereenkomsten zonder UWV**

De curator heeft voor opzegging van de arbeidsovereenkomsten geen toestemming nodig van UWV. De curator lijkt dan ook geen rekening te hoeven houden met de 'redelijke grond' die u als werkgever sinds inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (WWZ) moet aantonen als u de arbeidsovereenkomst van een werknemer wilt beëindigen. Opzeggen kan immers zonder voorafgaande toets.

Zorgt deze regel ervoor dat het voor overnemende partijen aantrekkelijker is geworden om een failliete organisatie over te nemen dan een 'gezonde' organisatie waar de overnemer geen keus heeft welke werknemers hij mag behouden? Daarvoor is het onder meer goed om te kijken naar de belangrijkste arbeidsrechtelijke verschillen en overeenkomsten tussen een reguliere bedrijfsovername (door een overgang van onderneming) en een doorstart na faillissement.

## **Doorstarter mag zelf kiezen wie hij in dienst neemt**

### **Geen bescherming werknemers bij doorstart**

Als een failliete organisatie een doorstart maakt, zijn de voor de werknemer beschermende bepalingen die gelden bij een overgang van onderneming niet van toepassing. Het gaat daarbij onder andere om de volgende bepalingen:

- Bij een doorstart hoeven niet alle werknemers worden overgenomen. De doorstarter mag zelf kiezen wie hij in dienst neemt. Het type contract (bepaalde of onbepaalde tijd) van de verschillende werknemers speelt daarin dus geen enkele rol meer, al kan de doorstarter wel een voorkeur hebben en op basis daarvan selecteren wie hij wel en niet in dienst neemt.
- De doorstarter mag andere arbeidsvoorwaarden aanbieden dan die van toepassing waren bij de failliete organisatie. Bij een overgang van onderneming nemen werknemers de arbeidsvoorwaarden mee, met uitzondering van het pensioen.

### **Opvolgend werkgeverschap bij doorstart**

Een doorstarter is ook niet verplicht om een werknemer die bij de failliete werkgever een vast contract had, opnieuw een vast contract aan te bieden, op voorwaarde dat de werknemer nog niet drie jaar in vaste dienst is.

Als de werknemer bij de failliete werkgever bijvoorbeeld twee jaar werkte en vanaf de start van zijn dienstverband over een vast contract beschikte, kan de doorstarter een jaarcontract aanbieden dat van rechtswege eindigt. Was dezelfde werknemer al drie jaar of langer werkzaam bij de failliete werkgever, dan moet de doorstarter wel een vast contract aanbieden.

Een doorstarter heeft er immers rekening mee te houden dat de keten van contracten (maximaal drie tijdelijke contracten, voor een maximale periode van drie jaar) bij een doorstart na faillissement meetellen, als de doorstarter als 'opvolgend werkgever' geldt.

Als de doorstarter het personeel dezelfde of soortgelijke werkzaamheden laat verrichten als zij voorheen hebben gedaan – wat meestal het geval zal zijn – geldt hij al als opvolgend werkgever in het kader van de ketenbepaling. Hierdoor krijgt de doorstarter relatief snel te maken met vaste contracten voor zijn personeel.

### Onderhands akkoord onder de WHOA

[De WHOA \(infographic\)](#) werd op 1 januari 2021 van kracht. Deze wet is speciaal in het leven geroepen om ondernemingen die door hun schuldenlast mogelijk in een faillissement terechtkomen maar wel levensvatbare bedrijfsactiviteiten hebben uit de brand te helpen. Een onderneming in zwaar weer kan via de rechter een onderhands akkoord laten goedkeuren. Daardoor zijn ook schuldeisers die het niet eens zijn met het akkoord hieraan gebonden. De onderneming krijgt zo de kans om insolventie te voorkomen.

### Geen opvolgend werkgeverschap bij initiatief werknemer

Vanwege de regels voor het opvolgend werkgeverschap is het voor degene die overweegt een doorstart te maken met een failliete organisatie van belang om goed in kaart te brengen hoeveel contracten en wat voor type contracten de werknemers hebben gehad. Daarna kan hij weloverwogen besluiten welke ex-werknemers van de failliete organisatie hij in dienst neemt.

Een doorstarter hoeft zich overigens geen zorgen te maken over opvolgend werkgeverschap (en daarmee de ketenbepaling) als een werknemer het initiatief neemt om bij de doorstarter in dienst te treden. Hierover heeft de regering namelijk gezegd dat in deze situatie geen sprake is van opvolgend werkgeverschap.

Dit roept nog wel de nodige vragen op. Wanneer is immers sprake van initiatief van de werkgever en wanneer van de werknemer? Gelet op jurisprudentie is het belangrijk om te kijken bij wie de aanleiding lag om te gaan solliciteren.

Om te kunnen spreken van opvolgend werkgeverschap zal – los van de eis dat het moet gaan om dezelfde/soortgelijke werkzaamheden – de aanleiding om te solliciteren bij één van de of beide werkgevers moeten liggen. Bij een doorstart is dit meestal het geval: de werkgever geeft de aanleiding.

**De transitievergoeding is niet verschuldigd als de werkgever failliet is verklaard**

## Geen transitievergoeding bij faillissement of surseance

De wettelijke transitievergoeding is in principe altijd verschuldigd als een werknemer onvrijwillig uit dienst gaat. Maar de transitievergoeding is niet verschuldigd als de werkgever failliet is verklaard of als surseance van betaling is uitgesproken.

Een werknemer van wie het contract door de curator wordt opgezegd wegens faillissement van zijn werkgever, hoeft er dus niet op te rekenen dat hij nog een transitievergoeding meekrijgt. Het betalen van de transitievergoeding komt in elk geval niet op het bordje van de failliete organisatie. Bij een doorstart kan dit bordje wel worden doorgeschoven naar de doorstarter.

Door het opvolgend werkgeverschap tellen immers de dienstjaren die de werknemer bij de failliete organisatie heeft opgebouwd ook mee. Hierdoor kan de transitievergoeding fors hoger uitvallen. Ook als de doorstarter het afspiegelingsbeginsel moet toepassen vanwege een reorganisatie, moet hij rekening houden met de eerdere dienstjaren van de overgenomen werknemers.

### Geen proeftijd

De doorstarter moet er rekening mee houden dat hij in de arbeidsovereenkomst van de overgenomen werknemers geen proeftijdbeding kan opnemen. Alleen als de werknemers een andere functie gaan bekleden met duidelijk andere taken en verantwoordelijkheden, is het mogelijk om een proeftijd overeen te komen.

## Effecten WWZ in de praktijk

Begin 2016 ging sportketen Perry Sport failliet. Bij de doorstart zouden vooral oudere werknemers met veel dienstjaren geen nieuw contract hebben gekregen. Dit personeel is vervangen door nieuwe werknemers. De praktijk laat hiermee zien dat de WWZ een averechts effect heeft op de oudere ervaren werknemer die beschermd moet worden. Het feit dat werknemers bij een doorstart opgebouwde dienstjaren meenemen, zorgt er mede voor dat het voor een doorstarter aantrekkelijker is om werknemers met veel dienstjaren niet over te nemen.

Curatoren uitten daarom kritiek op de WWZ. In een reactie hierop heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangegeven dat hij de 'bescherming' van werknemers met veel dienstjaren niet weg wil nemen. Wel wil hij onderzoeken of curatoren bij een doorstart verplicht moeten worden meer de belangen van werknemers mee te wegen.

### Wetsvoorstel van de baan?

Op 29 mei 2019 heeft de minister van Justitie en Veiligheid een wetsvoorstel gedaan over de positie van werknemers in een faillissement. Het doel van dit wetsvoorstel is dat werknemers die tijdens de faillietverklaring in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever, bij een doorstart op basis van dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij de nieuwe werkgever. Dit betekent feitelijk dat de regels van overgang van onderneming van toepassing worden.

De vraag is of deze wetgeving er daadwerkelijk gaat komen. Dit wordt mede veroorzaakt door een belangrijk tussenarrest van de Hoge Raad van 17 april 2020 over het pre-pack faillissement van Heiploeg. De Hoge Raad oordeelde dat bij een doorstart (ook indien gebruik is gemaakt van een pre-pack), de overgang van onderneming regels niet altijd van toepassing zijn. Gezien het hierboven genoemde arrest van het Hof van Justitie FNV/Smallsteps, zullen door de Hoge Raad nu prejudiciële vragen worden gesteld aan het Europese Hof.

Dit verdiepingsartikel is geschreven door [Naomi Giling](#), arbeidsrechtjurist te Amsterdam

## Dit is een artikel van de redactie van HR Rendement

HR Rendement is dé informatiebron voor HR-professionals die hun organisatie verder willen helpen. De insteek is: hoe kan een HR-adviseur, HR-medewerker of andere HR-specialist bijdragen aan een beter rendement van personeel en arbeid? HR Rendement behandelt onderwerpen zoals wijzigingen in wet- en regelgeving, ontwikkelingen in het arbeidsrecht, fiscaal voordelige beloningsvormen, arbeidsvoorwaarden, arbeidsomstandigheden, personeelssubsidies en de inzet van HR-instrumenten en personeelsdata.

De onafhankelijke en ervaren redactie van HR Rendement zit bovenop het nieuws en vertelt u als eerste wat deze ontwikkelingen zijn. Altijd in heldere taal en met een praktische insteek, zodat u de informatie direct kunt vertalen naar uw eigen werksituatie. HR Rendement is daarnaast multimediaal. De voor uw vakgebied relevante informatie verschijnt:

- ✓ dagelijks op het digitale platform Rendement Online, waar u onder meer het laatste nieuws, checklists, rekentools, maatwerkbrieven en verdiepingsartikelen tot uw beschikking heeft;
- ✓ wekelijks gebundeld in een e-mailnieuwsbrief;
- ✓ maandelijks in het vakblad HR Rendement, boordevol nieuws en achtergrondartikelen, digitaal en op de mat;
- ✓ tweemaandelijks in een handzaam themadossier: een pocketboekje dat iedere editie een complex onderwerp uitdiept.



Rendement is een succesvolle uitgeverij van met name praktische vakbladen en digitale ondersteuning.

Het assortiment bestaat uit een crossmediaal portfolio: van printuitgaven zoals magazines en themadossiers tot online ondersteuning in de vorm van digitale naslagwerken, e-nieuwsbrieven, een vragenservice en tools.

[www.rendementuitgeverij.nl](http://www.rendementuitgeverij.nl)