

# verfrissend in arbeidsrecht

## Let op arbeidsverleden werknemers bij doorstart na faillissement!

Het aantal faillissementen is de laatste maanden als gevolg van de kredietcrisis sterk toegenomen. Vaak wordt door de curator bekeken of een doorstart tot de mogelijkheden behoort. De overnemende partij koopt dan de failliete onderneming zonder het personeel. De curator heeft immers veelal de arbeidsovereenkomsten met de werknemers direct na het uitspreken van het faillissement opgezegd. Het voordeel voor de doorstartende onderneming is dat deze zelf kan bepalen of en welke werknemers hij van de failliete werkgever wil overnemen. Vaak wordt dan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden met als doel dat deze van rechtswege eindigt aan het einde van de overeengekomen periode. Maar is dit ook zo?

### Reeks van arbeidsovereenkomsten

Een werkgever kan een werknemer driemaal een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aanbieden die in beginsel van rechtswege eindigt, dus zonder dat er een opzegging met een ontslagvergunning of een ontbinding door de kantonrechter vereist is. De totale duur van de arbeidsovereenkomsten mag niet meer dan 36 maanden bedragen. Zodra een werknemer 36 maanden in dienst is op basis van meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, verandert zijn arbeidsovereenkomst automatisch in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit geldt ook zodra er meer dan 3 arbeidsovereenkomsten zijn aangegaan. Vanaf het vierde contract ontstaat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Bij onderbrekingen van langer dan 3 maanden wordt de "reeks" onderbroken en begint een nieuwe reeks.

### Opvolgend werkgeverschap

De regel dat een werkgever niet meer dan drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd mag afsluiten die totaal niet langer dan 36 maanden mogen duren, geldt ook voor de werkgever die ten aanzien van de werkzaamheden die de werknemer verricht redelijkerwijs als de opvolger van de vorige werkgever moet worden beschouwd. Het moet daarbij gaan om dezelfde of soortgelijke arbeid. Indien een werknemer bijvoorbeeld als uitzendkracht gaat werken bij een bedrijf in de functie van verkoopmedewerker en na afloop van de uitzendperiode bij het bedrijf in dienst treedt in dezelfde functie, dan wordt de uitzendperiode aangemerkt als de eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

### Opvolgend werkgever na faillissement.

De Hoge Raad heeft in 2006 bepaald dat de onderneming die de failliete onderneming overneemt, gezien moet worden als opvolgend werkgever. Dit betekent dat de arbeidsovereenkomsten vóór het faillissement meetellen voor het maximum aan tijdelijke contracten dat nog met een werknemer kan worden aangegaan. In veel gevallen zal het dus niet meer mogelijk zijn om na een doorstart een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te sluiten met de werknemers die in dienst waren van de failliete onderneming.

### Uitspraak Gerechtshof Den Haag 3 maart 2009

Dat de uitspraak van de Hoge Raad nog steeds gevolgd wordt, blijkt uit een recente uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 3 maart 2009 (JAR 2009/108). De werknemer in deze zaak was in 1977 bij Vege Motoren in dienst getreden. Vege is eind augustus 2004 failliet verklaard, waarna de curator de arbeidsovereenkomst met de werknemer heeft opgezegd. De werknemer is vervolgens tijdens de opzegtermijn bij de doorstartende onderneming in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van zes maanden die eindigde op 6 maart 2005. Deze arbeidsovereenkomst is vervolgens verlengd tot en met 31 december 2005. De werkgever wilde de arbeidsovereenkomst nadien niet meer verlengen en stelde dat deze van rechtswege was geëindigd. De werknemer verzocht bij de doorstart dezelfde werkzaamheden als bij Vege.

## Inhoud Nieuwsbrief

Onderwerp	Pagina
Let op arbeidsverleden werknemers bij doorstart na faillissement	1
Reorganisatie? Vergeet het uitzendverleden niet	2
Opzegging moet werknemer hebben bereikt	
Verplicht op vakantie?	
Verplichte vakantie bij einde dienstbetrekking	3
Beëindigingsovereenkomst ook per e-mail mogelijk	4

Vervolg: "Let op arbeidsverleden werknemers bij doorstart na faillissement!"

De werknemer stelde zich op het standpunt dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was ontstaan en werd hierin zowel door de kantonrechter als het gerechtshof in het gelijk gesteld. Het hof oordeelde dat op grond van art. 7:668a BW een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was ontstaan, omdat de doorstartende onderneming moet worden beschouwd als de opvolgend werkgever van Vege Motoren. Dat de werknemer bij Vege Motoren werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd leidde niet tot een andere conclusie.

### Conclusie

Omdat de doorstartende ondernemer als opvolgend werkgever wordt gezien van de failliete werkgever, is het in veel gevallen niet meer mogelijk om nog een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te sluiten met werknemers van de failliete onderneming. Indien u overweegt een onderneming door te starten, dan is het dus raadzaam u goed te laten informeren over het arbeidsverleden van de werknemers die u wenst over te nemen. Zo komt u later niet voor verrassingen te staan.



## Reorganisatie? Vergeet het uitzendverleden niet

**Veel werkgevers zijn vanwege de huidige economische crisis helaas genoodzaakt te reorganiseren, waarbij gedwongen ontslag veelal niet te voorkomen is. Nadat duidelijk is dat het personeelsbestand gereduceerd moet worden, moet gekeken worden welke werknemers voor ontslag voorgedragen moeten worden. In onze praktijk zien wij regelmatig dat het hier nog wel eens mis gaat, met name indien de werknemer eerder op uitzendbasis voor de werkgever werkzaam is geweest.**

Sinds 1 maart 2006 moeten werkgevers bij gedwongen ontslagen het zogenoemde afspiegelingsbeginsel toepassen. Het personeel wordt per categorie uitwisselbare functies ingedeeld in vijf leeftijdsgroepen: 15 tot 25 jaar, 25 tot 35 jaar, 35 tot 45 jaar, 45 tot 55 jaar en van 55 jaar en ouder. Binnen elke leeftijdsgroep wordt de werknemer met het kortste

dienstverband als eerste voor ontslag voorgedragen. Bij de verdeling van de ontslagen over de verschillende leeftijdsgroepen geldt, dat de leeftijdsopbouw binnen de categorie uitwisselbare functies voor en na de ontslagprocedure, verhoudingsgewijs zo veel mogelijk gelijk moet zijn. In een aantal bijzondere gevallen mag van het afspiegelingsbeginsel afgeweken worden.

Voor het vaststellen van de duur van de arbeidsovereenkomst kijken werkgevers vaak (ten onrechte) alleen naar de datum dat de werknemer bij de werkgever in dienst is getreden. Niet zelden heeft een werknemer echter voorafgaande aan de indiensttreding ook al op uitzendbasis voor de werkgever gewerkt. Ingeval een werknemer na het eindigen van een uitzend- of detachingsperiode aansluitend bij de werkgever (voorheen inlener) in dienst treedt en dezelfde werkzaamheden gaat verrichten, dan geldt de datum van de eerste uitzendovereenkomst als datum indiensttreding voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel.

Wordt het uitzendverleden over het hoofd gezien, dan kan dit tot onaangename verrassingen leiden. Zo kan dit leiden tot een afwijzing van een ontslaaanvraag of – indien ontbinding bij de kantonrechter wordt gevraagd – tot toekenning van een hogere ontslagvergoeding.

*Heeft u vragen over dit onderwerp? Neem dan contact op met één van de ontslagjuristen van Legal at Work.*

## Praktijkcasus: opzegging moet werknemer hebben bereikt

In onze arbeidsrechtpraktijk lopen wij regelmatig tegen het volgende aan: werkgever had van het UWV Werkbedrijf toestemming gekregen om de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen met een van haar werknemers op te zeggen. In de arbeidsovereenkomst was bepaald dat opzegging tegen het einde van de maand en per aangetekende post diende plaats te vinden. De werkgever zegde vervolgens de arbeidsovereenkomst op 29 mei 2009 per aangetekende post op. Waar deze werkgever echter niet aan had gedacht is, dat op zaterdag geen

aangetekende post wordt bezorgd. De aantekende brief werd, in verband met het pinksterweekend, pas op dinsdag 2 juni 2009 door TNT aan de werknemer aangeboden. De opzegging had de werknemer dus niet voor het einde van de maand bereikt. Omdat de werkgever bij de opzegging niet de juiste opzegbepalingen in acht had genomen, was de werkgever schadeplichtig. Hij diende de werknemer een schadevergoeding te betalen gelijk aan 1 bruto maandsalaris te vermeerderen met vakantietoeslag.



**Tip:** zorg er voor dat de opzegging de werknemer voor het einde van de maand bereikt heeft. Indien een vrijdag de laatste werkdag van de maand is, dan is het raadzaam de opzegbrief persoonlijk te laten bezorgen bij de werknemer. Dit kan de werkgever zelf doen, maar hiervoor kan bijvoorbeeld ook een koerier worden ingeschakeld.

# Verplicht op vakantie ?

Regelmatig ontvangen wij vragen over het vaststellen (en opnemen) van vakantiedagen. Mag een werkgever bijvoorbeeld (eenzijdig) de vakantiedagen van een werknemer vaststellen, bijvoorbeeld in verband met een collectieve vakantieperiode?

De hoofdregel is dat de werkgever de vakantie vaststelt overeenkomstig de wensen van de werknemer, tenzij er gewichtige redenen zijn die zich daartegen verzetten (artikel 7: 638, lid 2 BW). Dit is alleen anders indien in een CAO of schriftelijke (arbeids)overeenkomst een regeling voor het vaststellen van vakantie is opgenomen. In dat geval zijn werkgever en werknemer gebonden aan de tussen hen gemaakte afspraken.

Is het (collectief) vaststellen van de vakantie niet schriftelijk overeengekomen (al dan niet in een cao), dan geldt dus de hoofd-

regel. De werkgever dient op verzoek van de medewerker de vakantie vast te stellen, tenzij hij daartegen gewichtige redenen kan aanvoeren. Die gewichtige reden kan in de sluiting van de onderneming gevonden worden, waarbij iedereen tegelijk met vakantie dient te gaan. De werkgever kan daarmee het verzoek van de medewerker afwijzen, op voorwaarde dat hij dat schriftelijk en binnen twee weken doet (art 7:638 BW).

Wat gebeurt er als bepaalde werknemers weigeren in de aangewezen periode op vakantie te gaan? De vraag rijst dan of een werkgever zijn werknemers kan dwingen om die periode verplicht vakantie op te nemen.

In beginsel is het mogelijk om rechtsgeldig overeen te komen dat de werknemer gedurende een bepaalde periode verplicht vakantie dient op te nemen. Hierbij moet echter wel aan de gestelde schriftelijkheidseis

worden voldaan. Door op voorhand (bij indiensttreding bijvoorbeeld) afspraken te maken, kunnen discussies en eventuele geschillen over het al dan niet mogen opnemen van vakantie buiten de verplichte bedrijfssluiting om vermeden worden.

Overigens stelt lid 4 van artikel 7:638 lid 2 BW dat de werkgever gehouden is de vakantie zo tijdig vast te stellen dat de werknemer gelegenheid heeft tot het treffen van maatregelen voor de besteding van de vakantie. Indien aan deze eis niet is voldaan, kan de rechter oordelen dat de werkgever de verplichte vakantie niet kan afdwingen.

Mocht een medewerker te weinig ATV of verlof dagen hebben voor de aangewezen vakantieperiode, dan zal de werkgever hem het loon over deze niet gewerkte dagen moeten doorbetalen. In een overeenkomst kan mogelijk overeengekomen worden dat er dan geen loon verschuldigd is, of dat deze dagen in mindering komen op toekomstige vakantie-rechten van de medewerker.



## Verplichte vakantie bij einde dienstbetrekking

De vraag over het eenzijdig vaststellen van de vakantie door de werkgever doet zich ook vaak voor in de situatie dat de arbeidsovereenkomst eindigt (met wederzijds goedvinden, door ontslagname door de werknemer of door opzegging door de werkgever). Een werkgever wil vaak voorkomen dat hij aan het einde van de arbeidsovereenkomst nog een groot aantal niet opgenomen vakantiedagen moet uitbetalen.

Ook in deze situatie geldt echter de hoofdregel, dat de werkgever de vakantie vaststelt overeenkomstig de wensen van de werknemer, tenzij gewichtige redenen zich hertegen verzetten. In beginsel kan de werkgever derhalve bij einde dienstbetrekking niet eenzijdig de vakantiedagen vaststellen tot einde dienstverband. Dit is onlangs nog bevestigd in een uitspraak van de kantonrechter te Rotterdam.

In de casus die aan de kantonrechter Rotterdam<sup>1</sup> was voorgelegd, was de werkgever van mening dat de werknemer gedurende de opzegtermijn de nog resterende vakantiedagen diende op te nemen. De werknemer wenste echter door te werken en zijn niet genoten vakantiedagen bij einde dienstverband uit te laten betalen.

Ondanks de hoofdregel dat de werkgever de vakantie vaststelt overeenkomstig de wensen van de werknemer, sluit de kantonrechter niet uit dat er situaties kunnen zijn waarbij de werkgever wel eenzijdig kan bepalen dat de werknemer vakantiedagen dient op te nemen. Dit zou volgens de kantonrechter het geval kunnen zijn als de wens van de werknemer om geen vakantiedagen op te nemen in strijd zou zijn met het goed werknemerschap of als er zich een situatie voordoet waarbij het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat de werknemer geen vakantiedagen zou opnemen. Dat het niet opnemen van vakantie tegen het einde van de arbeidsovereenkomst financieel nadelig is voor de werkgever, leidt volgens de kantonrechter niet tot een dergelijke uitzonderlijke situatie.

Conclusie: alleen in zeer uitzonderlijke gevallen kan een werkgever eenzijdig bepalen dat de werknemer vakantiedagen moet opnemen. Dit geldt ook bij het einde van de arbeidsovereenkomst.

Om te voorkomen dat u aan het einde van de arbeidsovereenkomst een groot aantal vakantiedagen moet uitbetalen, kunt u uw werknemers stimuleren jaarlijks een minimum aantal vakantiedagen op te maken. Verder kunt u om een stuwmeer aan vakantiedagen te voorkomen, voorafgaande aan de indiensttreding schriftelijk met uw werknemers afspreken om de niet genoten bovenwettelijke vakantiedagen jaarlijks uit te betalen. Heeft u dit niet gedaan, dan kunt u dit ook nog tijdens de dienstbetrekking afspreken.

<sup>1</sup> Kantonrechter Rotterdam 20 februari 2007

# Beëindigingsovereenkomst ook per e-mail mogelijk

Bij een ontslag door middel van een beëindigingsovereenkomst heeft de werknemer in beginsel recht op een WW-uitkering, indien de beëindigingsovereenkomst, zoals wij dat plegen te zeggen, "WW-proof" is.

U, als werkgever, kunt richting uw werknemer aangeven dat wanneer de beëindigingsovereenkomst aan de drie onderstaande voorwaarden voldoet, de werknemer in beginsel direct aansluitend aan de laatste werkdag aanspraak kan maken op een WW-uitkering. Uiteraard dient de werknemer vervolgens nog wel te voldoen aan de overige voorwaarden voor een WW-uitkering, zoals vastgelegd in artikel 19-22 Werkloosheidswet. Uit de beëindigingsovereenkomst moet in ieder geval duidelijk blijken dat:

1. de werkgever het initiatief heeft genomen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen;
2. de werknemer niet ontslagen wordt om een dringende reden, dus dat geen sprake is van een situatie waarvoor ook ontslag op staande voet had kunnen worden gegeven;
3. de voor de werkgever geldende opzegtermijn in acht wordt genomen.



Het in acht nemen van de geldende opzegtermijn is van belang omdat het UWV Werkbedrijf pas een WW-uitkering verstrekt, nadat de voor de werkgever geldende opzegtermijn is verstreken. Dit wordt de fictieve opzegtermijn genoemd. Indien de arbeidsovereenkomst eerder wordt beëindigd dan de geldende fictieve opzegtermijn, dan moet de werknemer de periode van de fictieve opzegtermijn - het moment waarop hij werkloos wordt tot en met het moment waarop hij de WW-uitkering ontvangt - zelf financieel overbruggen. In het verleden werd altijd als uitgangspunt genomen dat de fictieve opzegtermijn ging lopen vanaf het moment dat de beëindigingsovereenkomst daadwerkelijk was ondertekend.

Echter onlangs heeft de Rechtbank Zwolle (24 maart 2009, LJN BH 7555) bepaald dat de fictieve opzegtermijn ook kan ingaan op het moment dat een beëindigingsovereenkomst per email tot stand is gekomen.

De arbeidsovereenkomst van de werknemer in deze zaak was beëindigd met wederzijds goedvinden. Partijen hadden op 20 mei 2008 per e-mail volledige overeenstemming bereikt over de definitieve tekst van de beëindigingsovereenkomst. De werknemer had de overeenkomst op 5 juni 2008 ondertekend, de werkgever op 10 juni 2008. Bij aanvraag van de WW-uitkering, was het UWV van mening dat de fictieve opzegtermijn was ingegaan op de dag na ondertekening van de schriftelijke (papieren) beëindigingsovereenkomst door de werkgever. De werknemer was echter van mening dat de opzegtermijn eerder in was gegaan, namelijk nadat de beëindigingsovereenkomst per e-mail overeengekomen was.

De rechter stelde de werknemer in het gelijk. Van belang is op welk moment kan worden gesproken van een schriftelijk overeengekomen beëindiging. Gezien de huidige ontwikkeling op het gebied van communicatie, meende de rechter dat in dit geval e-mail ook als schriftelijk is aan te merken. Uit de e-mailcorrespondentie kon naar het oordeel van de rechter worden afgeleid dat partijen op 20 mei 2009 volledige overeenstemming hadden bereikt. Op dat moment is een overeenkomst tussen partijen tot stand gekomen. De opzegtermijn ging dus in op de dag nadat de beëindigingsovereenkomst per e-mail definitief was geworden en niet op de dag van ondertekening.

## Contact



Vragen over de Nieuwsbrief? Neem dan contact met ons op:

Molenstraat-Centrum 485  
7311 XL Apeldoorn  
[www.legalatwork.com](http://www.legalatwork.com)

Telefoon 055 - 576 76 60  
Fax 084 - 229 78 06  
[info@legalatwork.com](mailto:info@legalatwork.com)