

Rechter maakt doorstart nodeloos moeilijk

Wens om werknemers te beschermen in geval van faillissement resulteert in het tegenovergestelde

**Miranda Koevoets
en Theo Verhoeff**

Het regent faillissementen dus ontslagen. Doorstarts, die voor behoud van werkgelegenheid zouden kunnen zorgen, worden door de rechter nodeloos moeilijk gemaakt. Oudere werknemers worden daar de dupe van. Hoogste tijd dat de wetgever ingrijpt.

In 2009 is het faillissement van 6995 bedrijven uitgesproken. Een record. De curator gaat meestal snel over tot ontslag. Daarna onderzoekt hij of een doorstart mogelijk is. De werkgelegenheid is hierbij gebaat omdat de doorstarter vaak werknemers van het failliete bedrijf in dienst neemt.

De regeling 'overgang van onderneming' zou een spaak in het

wiel kunnen steken. Hiervan kan sprake zijn als een (economische) activiteit van een onderneming ten gevolge van een (koop)overeenkomst met behoud van identiteit wordt voortgezet. Alle aan die onderneming verbonden werknemers komen dan van rechtswege in dienst bij de verkrijger, met behoud van al hun arbeidsvoorwaarden. Dit zou een doorstart op voorhand uitsluiten. Daarom is bij faillissement overgang van onderneming uitgesloten.

De doorstarter wil natuurlijk weten wat voor vlees hij in de kuip

**Oplossing is in
wet op te nemen
dat bij faillissement
de ketenregeling
niet van toepassing is**

heeft. Bovendien staat het succes van de doorstart niet bij voorbaat vast. Hij zal dus eerst arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd willen aanbieden. Dat kan, want de opzegging door de curator is rechtsgeldig. So far, so good.

De doorstarter stuit echter op de ketenregeling. Indien meer dan drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn gesloten of indien meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn gesloten en daarbij 36 maanden zijn overschreden, wordt de vierde respectievelijk de laatste arbeidsovereenkomst van rechtswege gezien voor onbepaalde tijd, tenzij tussen de voorafgaande arbeidsovereenkomsten méér dan drie maanden heeft gezeten. Ter voorkoming van draaideurconstructies (werknemers zijn afwisselend in dienst bij een werkgever en een

uitzendbureau) is daarbij bepaald dat de ketenregeling van overeenkomstige toepassing is op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende elkaar opvolgende werkgevers.

De rechter heeft de ketenregeling inmiddels in beginsel ook van toepassing verklaard op door de curator ontslagen werknemers die bij de doorstarter een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd krijgen aangeboden. De failliet en de doorstarter worden geacht elkaars opvolger te zijn.

Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die de doorstarter aanbiedt kunnen dus van rechtswege arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd worden. Bovendien moet de doorstarter bedacht zijn op anciënniteit. Bij een ontbinding loopt hij het risico dat dienstjaren die bij de failliet zijn

doorgebracht meetellen voor berekening van de ontbindingsvergoeding. Sommige kantonrechters zijn al tot dit oordeel gekomen. Doorstarters zullen daarom vooral oudere werknemers geen arbeidsovereenkomst aanbieden.

De overweging van de rechter is bescherming van werknemers. Hij bereikt er echter het tegenovergestelde mee. Dat kan nooit de bedoeling zijn. Tijd dus voor de wetgever om in te grijpen. Dat kan op eenzelfde wijze als bij 'overgang van onderneming', door in de wet op te nemen dat de ketenregeling niet van toepassing is bij een faillissement.

.....
Mr. dr. M.M. Koevoets en mr. drs. Th.J.M.L. Verhoeff zijn advocaat bij Kneppelhout & Korthals Advocaten te Rotterdam.

