

RECHTSPRAAK

werknemer/Hago Nederland B.V.

Wisseling concessie na faillissement leidt tot opvolgend werkgeverschap noch overgang van onderneming. Werknemer die formeel in dienst is van andere werkgever maakt onderdeel uit van dezelfde economische eenheid en valt daarmee ook onder artikel 7:666 BW.

Werknemer is op 1 maart 1990 als schoonmaker in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) MTC Groep B.V., welke vennootschap haar naam per 23 juni 2011 heeft gewijzigd in Vehicle Groep B.V. Deze onderneming had met een aantal vervoersbedrijven, waaronder Veolia, overeenkomsten gesloten tot het verrichten van schoonmaakwerkzaamheden in bussen en treinen. Tot 12 september 2012 werkte werknemer op het schoonmaakproject Veolia in Lelystad (hierna: project Veolia). Na het faillissement van Facility heeft Veolia de schoonmaakwerkzaamheden opnieuw aanbesteed en daarbij is de opdracht gegund aan Hago. Werknemer heeft op 18 september 2012 een arbeidsovereenkomst met Hago gesloten voor bepaalde tijd, eindigend op 17 maart 2013. Hago heeft dit dienstverband niet verlengd. Volgens werknemer is sprake van opvolgend werkgeverschap en is zijn dienstverband bij Hago er een voor onbepaalde tijd. De kantonrechter heeft de stelling dat Hago moet worden beschouwd als opvolgend werkgever verworpen. Weliswaar blijkt uit het *Boekenvoordeel*-arrest dat artikel 7:668a lid 2 BW van toepassing kan zijn bij doorstart na een faillissement, maar uit dat arrest volgt niet wanneer dat het geval is. Volgens de kantonrechter is er geen sprake van misbruik en is ook niet gebleken van zodanige banden tussen Hago en de oude werkgever dat kennis en inzicht van laatstgenoemde in de geschiktheid van werknemer kunnen worden toegerekend aan Hago.

Het hof oordeelt als volgt. Werknemer voert aan dat voor opvolgend werkgeverschap niet is vereist dat Hago de vaardigheden en verantwoordelijkheden van [appellant] kende of daarin inzicht had. De opdrachtgever bleef dezelfde, evenals de plaats van zijn werk, de collega's en de bedrijfsmiddelen waarmee het werk werd verricht. Alleen degene die zijn salaris betaalde, werd een ander. Onder verwijzing naar de conclusie van de A-G bij het arrest *Wolters/Van Tuinen* (HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603) is dat volgens werknemer voldoende om opvolgend werkgeverschap aan te nemen. Werknemer is voorts van mening dat de kantonrechter had moeten anticiperen op de wijziging van artikel 7: 668a lid 2 BW onder de Wet werk en zekerheid (hierna: de Wwz). Het hof verwerpt het beroep op anticipatie. De nieuwe redactie van artikel 7:668a lid 2 BW zoals dat per 1 juli 2015 is gaan gelden, wijkt zozeer af van wat tot die datum gold, dat het in strijd zou komen met de rechtszekerheid

indien het hof het voordien geldende recht opzij zou zetten. De door werknemer bepleite anticipatie is voorts ook in strijd met het overgangsrecht van de Wwz, dat geen terugwerkende kracht verleent aan bedoeld wetsartikel. Naar het oordeel van het hof rust op werknemer de bewijslast van feiten en omstandigheden die meebrengen dat, zoals hij stelt, Hago als opvolgend werkgever beschouwd moet worden. Een concreet bewijsaanbod ontbreekt. Bovendien heeft werknemer niet gesteld dat Hago zodanige banden had met Services en/of Facility dat het inzicht van Services en/of Facility in de hoedanigheden en geschiktheid van werknemer toegerekend moet worden aan Hago, waarmee in dit geval ook aan dat uitgangspunt voor het aannemen van opvolgend werkgeverschap niet wordt voldaan.

Overgang van onderneming ondanks faillissement?

Werknemer stelt onderdeel te zijn van een economische eenheid van kennelijk 16 man, maar is, voor zover het hof uit de stukken kan opmaken, de enige werknemer die aanvoert dat hij niet bij Facility maar bij Services in dienst was op het moment van faillissement van Facility. Nadat ook Services failliet is gegaan heeft zich bij de curator geen personeelslid met een vordering op Services gemeld. Uit datzelfde verslag valt af te leiden dat de bestuurder achter de Vehicle-vennootschappen mogelijk naar believen heeft geschoven met personeel. Op zichzelf is dus denkbaar dat, zonder goede reden, alle 15 collega's van werknemer op het Veolia-project bij Facility waren ondergebracht (zoals de rechtbank met betrekking tot aanvragers van het faillissement van Facility heeft afgeleid uit door hen overgelegde salarisspecificaties) en alleen werknemer niet, terwijl allen hetzelfde werk bleven doen op het project Veolia. Dat behoort dan niet in de weg te staan aan toerekening van werknemer aan de betrokken eenheid met 15 Facility-werknemers. Maar als 15 van de 16 personeelsleden geen beroep kunnen doen op de bescherming van artikel 7:662 e.v. BW als gevolg van het faillissement van hun werkgever, dan dient dat ook te gelden voor de werknemer die weliswaar formeel een niet-failliete werkgever heeft, maar stelt onderdeel te zijn van de economische eenheid. Werknemer deelt dan het lot van al het andere personeel in dienst van de uitvoerder van het project, te weten Facility, omdat hij dan ook zou behoren tot de onderneming die in de faillissementsboedel valt en waarvoor ex artikel 7:666 BW de regels ter zake van overgang van onderneming niet gelden.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-07-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:6089

Zaaknummer: 200.169.324/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, J.H. Kuiper en P.G. Vestering

Advocaten: S. Karakaya-Pilavci en J. van Hoeckel

Wetsartikelen: 7:666 BW en 7:668a BW