

# Verschillende toetsing bij afspiegeling

Indien een werknemer over gaat tot ontslagen om bedrijfseconomische redenen, moet hij rekening houden met het afspiegelingsbeginsel. Bij de afspiegeling speelt het aantal dienstjaren van de betrokken werknemers een belangrijke rol. Bij voortzetting van een gefailleerde onderneming blijken UWV Werkbedrijf en de kantonrechter verschillende toetsingskaders te hanteren voor het bepalen van het aantal dienstjaren.

In 2009 zag een werkgever zich wegens bedrijfseconomische redenen genoodzaakt de dienstverbanden met een aantal werknemers te beëindigen. In verband hiermee is deze werkgever ontslagprocedures bij het UWV WERKbedrijf gestart. De werknemers waren afkomstig van verschillende rechtsvoorgangers van de werkgever. Een aantal werkne-

mers was afkomstig van een bedrijf dat failliet was gegaan. De activiteiten van deze gefailleerde onderneming zijn vervolgens door een ander bedrijf, één van de rechtsvoorgangers van de werkgever, voortgezet. In het kader van deze doorstart is ook een aantal werknemers van de gefailleerde onderneming bij dit andere bedrijf in dienst getreden. Hoewel deze werknemers op basis van een nieuwe arbeidsovereenkomst bij het andere bedrijf in dienst zijn getreden, is destijds uitdrukkelijk aan hen toegezegd dat hun oorspronkelijke datum indiensttreding bij de gefailleerde onderneming zou worden gehandhaafd.

In het kader van de ontslagprocedures bij het UWV WERKbedrijf heeft de werkgever zich op het standpunt gesteld dat de werknemers, die voortkwamen uit de gefailleerde onderneming, zich terecht kunnen beroepen op bovengenoemde collectieve toezegging, welke onderdeel uitmaakt van hun individuele arbeidsovereenkomst. Volgens de werkgever is de toezegging aan deze werknemers, op grond van 'overgang van onderneming' (art. 7:662 e.v. BW) van rechtswege overgegaan op de rechtsoptvolgers van het bedrijf dat de doorstart heeft gemaakt. De werkgever (die eveneens een rechtsoptvolger is) is hier ook aan gebonden. In dit kader heeft hij een beroep gedaan op hoofdstuk 14.6 (thans 13.6) van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV dat handelt over overgang van onderneming (zie kader). Daarin wordt gesteld dat de opgebouwde dienstjaren bij de overgenomen onderneming voor de werknemer behouden blijven en meetellen voor de bepaling van de duur van het dienstverband bij de nieuwe werkgever. Op basis hiervan is de werkgever in het kader van het afspiegeling- en anciënniteitsbeginsel uitgegaan van de oorspronkelijke datum indiensttreding van deze werknemers bij de gefailleerde onderneming.

De andere werknemers – die dus niet afkomstig waren van de gefailleerde onderneming, maar van een ander bedrijf – stelden zich echter op het standpunt dat de dienstjaren bij de gefailleerde onderneming niet mochten meetellen. Zij beriepen zich daarbij op de volgende paragraaf van de Beleidsregels Ontslagtaak die handelt over de gefailleerde onderneming. In dat geval tellen de dienstjaren bij de overgenomen onderneming niet.

## Toetsingskader UWV

Het toetsingskader van het UWV is opgenomen in de Beleidsregels Ontslagtaak UWV. In de casus van dit artikel beriepen de partijen zich op de volgende formuleringen in hoofdstuk 14 (thans hoofdstuk 13) van de Beleidsregels:

**Hoofdstuk 14.6 Overgang van onderneming (thans 13.6):**  
'Door een overgang van onderneming gaan de rechten en plichten die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst over op de nieuwe werkgever (artikel 7:663 BW). Dit heeft tot gevolg dat de opgebouwde dienstjaren bij de overgenomen onderneming voor de werknemer behouden blijven en meetellen voor de bepaling van de duur van het dienstverband bij de nieuwe werkgever.'

**Hoofdstuk 14.7 Doorstart tijdens faillissement (thans: 13.7):**  
'Gesteld dat deze werknemers bij de doorstartende onderneming in dienst treden, dan is het de vraag of zij hun bij de gefailleerde onderneming opgebouwde dienstjaren meenemen. UWV acht dit niet redelijk. UWV sluit zich voor de berekening duur dienstverband in dit geval aan bij de inhoud en de strekking van art. 7:666 BW. Werknemers uit de gefailleerde onderneming die bij de doorstartende werkgever in dienst treden, nemen hun dienstjaren bij de gefailleerde onderneming niet mee. De datum waarop het dienstverband bij de doorstartende werkgever aanvangt, geldt als nieuwe datum indiensttreding.'

en:  
'UWV acht het gelet op de inhoud en strekking van artikel 7:666 BW redelijk om ook in geval van opvolgend werkgeverschap na een doorstart voor de berekening duur dienstverband uit te gaan van alleen de arbeidsovereenkomst(en) met de doorstartende onderneming. Het eerdere dienstverband met de gefailleerde onderneming telt dus niet mee voor de berekening duur dienstverband.'

mee. Dit heeft vanzelfsprekend effect op de uitkomst van het afspiegelingbeginsel.

### Oordeel UWV

Het UWV WERKbedrijf heeft geoordeeld dat de werkgever, door in het kader van het afspiegelingbeginsel uit te gaan van de oorspronkelijke datum indiensttreding van de werknemers bij de gefailleerde onderneming, het afspiegeling- en anciënniteitsbeginsel onjuist heeft toegepast. In de beschikking van 26 augustus 2009 schrijft het UWV WERKbedrijf dat gelet op het (onweersproken) feit dat de onderneming gefailleerd is, de beleidsregels zoals neergelegd in hoofdstuk 14, onder punt 7, Beleidsregels Ontslagtaak UWV, van toepassing zijn. Met andere woorden: de dienstjaren uit de gefailleerde onderneming worden bij de doorstartende onderneming niet meegeteld.

Het UWV WERKbedrijf heeft dus geen rekening gehouden met de door het doorstartende bedrijf aan de werknemers gedane toezegging dat hun oorspronkelijke datum indiensttreding bij de gefailleerde onderneming zou worden gehandhaafd.

### Kantonrechter

De werkgever heeft vervolgens op dezelfde grond een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter te Eindhoven ingediend. In de beschikking van 27 oktober 2009 stelt de kantonrechter dat de werkgever voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij een toezegging heeft gedaan aan de werknemers van het gefailleerde bedrijf (die vervolgens bij de werkgever in dienst zijn getreden) met betrekking tot het behoud van hun anciënniteit. Volgens de kantonrechter moet de werkgever deze toezegging gestand houden want deze maakt onderdeel uit van de individuele arbeidsovereenkomsten van de werknemers. Volgens de kantonrechter heeft de werkgever, door in het kader van het afspiegelingbeginsel uit te gaan van de oorspronkelijke datum indiensttreding van de werk-

## A-factor

**Het zogenoemde Boekenvoordeel-arrest van de Hoge Raad brengt volgens de kantonrechter te Alphen aan den Rijn overigens niet met zich mee dat de voorafgaande dienstjaren bij de failliete onderneming (ook) onverkort moeten worden meegeteld bij de vaststelling van het aantal gewogen dienstjaren, te weten de A-factor van de kantonrechtersformule. Toch heeft deze kantonrechter via de C-factor de vergoeding alsnog naar boven (C=2,8) bijgesteld, omdat het niet meetellen van de dienstjaren in casu onbillijk uitpakte.**

nemers bij de gefailleerde onderneming, het afspiegeling- en anciënniteitsbeginsel derhalve juist toegepast. De kantonrechter heeft dus wel rekening gehouden met de door het doorstartende bedrijf aan de werknemers gedane toezegging.

### Oordeel kantonrechter bindt UWV niet

Vervolgens heeft de werkgever een kopie van bovengenoemde beschikking van de kantonrechter aan het UWV WERKbedrijf voorgelegd en verzocht te berichten of het UWV WERKbedrijf, gelet hierop, voortaan (dus anders dan in bovengenoemde beschikking d.d. 26 augustus 2009 van het UWV WERKbedrijf) zal oordelen dat de werkgever het afspiegeling- en anciënniteitsbeginsel juist toepast, indien zij de dienstjaren van de werknemers bij de gefailleerde onderneming meetelt. Naar aanleiding van bovengenoemd verzoek heeft het UWV WERKbedrijf echter bericht dat zij, ondanks de inhoud van bovengenoemde beschikking van de kantonrechter, blijft vasthouden aan haar eigen toetsingskader, dat verschilt van dat van de kantonrechter. Volgens het UWV WERKbedrijf dient de werkgever, bij de berekening van het aantal dienstjaren van de werknemers die voortkomen uit de gefailleerde onderneming, de dienstjaren van vóór hun indiensttreding bij het bedrijf dat de activiteiten van de gefailleerde onderneming heeft voortgezet buiten beschouwing te laten. De dienstjaren bij de gefailleerde onderneming mogen volgens het UWV WERKbedrijf, in tegenstelling tot hetgeen de kantonrechter heeft geoordeeld, derhalve niet worden meegeteld.

Volgens het UWV WERKbedrijf heeft de beschikking van de kantonrechter met zijn uitleg over berekening van de duur van het dienstverband en de toepassing van het afspiegelingbeginsel geen enkele bindende kracht voor het UWV WERKbedrijf. ■

### Zelfde feiten, andere uitkomst

Het bovenstaande bevestigt maar weer eens dat het UWV WERKbedrijf en de kantonrechter een geheel ander toetsingskader hanteren, waardoor hetzelfde feitencomplex tot een geheel andere uitkomst kan leiden.

**mr. E. Brouwer**, Van Gelderen Arbeidsrechtadvocaten, [www.vangeldereren.nl](http://www.vangeldereren.nl)

**Jurisprudentie:** Kt. Eindhoven 27-10-2009; Kt. Alphen a/d Rijn 10-10-2006, nr. 608443/EJ VERZ 06-81307 (JAR 2006/269); HR.14-07-2006, nr. C05/089HR (JAR 2006/190)

**Bron:** UWV, Beleidsregels Ontslagtaak UWV

## Keten

**Indien de werknemer bij de gefailleerde onderneming één (of meer) arbeidsovereenkomst(en) voor bepaalde tijd had, dan telt/tellen deze op grond van artikel 7:668a BW mee bij de keten van arbeidsovereenkomsten. In 2006 bepaalde de Hoge Raad in het zogenoemde Boekenvoordeel-arrest dat de werking van voornoemd artikel niet wordt doorkruist door een regelmatige opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator.**

**De koper van een failliete onderneming moet er dus rekening mee houden dat de keten van artikel 7:668a BW 'meekomt' als werknemers van deze onderneming bij hem in dienst treden. Hierdoor ontstaat er eerder een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.**