

ANNOTATIES

De zoektocht naar de juiste interpretatie van opvolgend werkgeverschap na Van Tuinen/Wolters

HR 11 mei 2012, JAR 2012, 150 (Van Tuinen/Wolters) en het voorstel Wet werk en zekerheid (Kamerstukken II 2013/14, 33818)

S. Palm

1 Inleiding

In het arrest Van Tuinen/Wolters bepaalde de Hoge Raad dat bij de uitleg van het begrip ‘opvolgend werkgeverschap’ als bedoeld in artikel 7:668a lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) aansluiting moet worden gezocht bij de maatstaf die de casatierechter heeft ontwikkeld voor de geldigheid van een proeftijdbeding bij opvolgend werkgeverschap. Deze maatstaf houdt in dat een werkgever in de regel ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze als opvolger van de vorige werkgever kan worden beschouwd, indien enerzijds de nieuwe arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist als de vorige arbeidsovereenkomst, en anderzijds tussen de nieuwe en vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de vorige werkgever op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

De betekenis van dit arrest is met de behandeling van het voorstel Wet werk en zekerheid weer actueel. In de memorie van toelichting van het wetsvoorstel wordt op vele plaatsen naar de uitleg van dit arrest verwezen, in het bijzonder wat het bepalen van de hoogte van de transitievergoeding betreft. In de nota van wijziging neemt de regering vervolgens uitdrukkelijk afstand van de keuze van de Hoge Raad om bij de uitleg van artikel 7:668a lid 2 BW aansluiting te zoeken bij de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie. Daartoe stelt de regering zelfs een tekstwijziging voor van artikel 7:668a lid 2 BW. Inmiddels is het wetsvoorstel, inclusief deze tekstwijziging, door de Tweede Kamer aangenomen.

Na een bespreking van het arrest (paragraaf 2) ga ik in op de vraag waarom de Hoge Raad bij de uitleg van artikel 7:668a lid 2 BW heeft gekozen voor een aansluiting bij zijn maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie en of de regering op terecht gronden heeft besloten de koers van de Hoge Raad niet te volgen. Na een toelichting op de plaats en kenmerken van het leerstuk ‘opvolgend werkgeverschap’ binnen het arbeidsrecht (paragraaf 3) volgt een beschrijving van de ontwik-

keling van dit leerstuk (paragraaf 4) en van de huidige visie van de regering aangaande dit leerstuk (paragraaf 5). Ik analyseer vervolgens de keuze van zowel de Hoge Raad als de regering (paragraaf 6). Daarnaast probeer ik in mijn analyse de betekenis te duiden van dit leerstuk, in het bijzonder het criterium 'zodanige banden', en doe ik een suggestie voor een interpretatie van het aan het leerstuk opvolgend werkgeverschap verwante begrip 'voortzetting' als bedoeld in artikel 7:667 lid 4-5 BW. Ik sluit af met een conclusie (paragraaf 7).

2 Arrest Van Tuinen/Wolters

In het arrest Van Tuinen/Wolters stond centraal de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen Taxicentrale L. Wolters B.V. en Van Tuinen moest worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd.¹ Voordat Van Tuinen in dienst trad bij Wolters, had zij op basis van drie opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voor Connexxion gewerkt. De laatste arbeidsovereenkomst tussen Connexxion en Van Tuinen liep af op 31 maart 2008. Op deze datum eindigden tevens de vervoersactiviteiten van Connexxion, want de gemeente gunde na een aanbestedingsprocedure het vervoer aan Wolters. Wolters nam geen activa, zoals kantoor en voertuigen, over van Connexxion. Wel bood Wolters Van Tuinen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan, met als aanvangsdatum 1 april 2008. Deze arbeidsovereenkomst is vervolgens eenmaal verlengd tot en met 31 maart 2010. Wolters wenste de arbeidsovereenkomst niet nog een keer te verlengen en stelde zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege was geëindigd. De laatste arbeidsovereenkomst tussen Wolters en Van Tuinen was slechts de tweede arbeidsovereenkomst in de keten, aldus Wolters.

De arbeidsovereenkomst met Connexxion eindigde voorafgaand aan de dag waarop Wolters het vervoer overnam. Voor zover in deze casus al sprake was van een overgang van onderneming, kon Van Tuinen niet via artikel 7:663 BW een beroep op het eerste lid van artikel 7:668a BW doen, zo oordeelden respectievelijk het Hof Leeuwarden en de Hoge Raad, zodat zij (althans haar arbeidsovereenkomst) ook niet van rechtswege mee over ging naar Wolters.² Van Tuinen was op het tijdstip van de overgang immers niet in dienst van Connexxion. De resterende vraag was of de eerdere arbeidsovereenkomsten met Connexxion via het tweede lid van artikel 7:668a BW alsnog meetelden in de keten. Anders gezegd, was hier sprake van opvolgend werkgeverschap?

In hoger beroep oordeelde het Hof Leeuwarden dat er geen sprake was van opvolgend werkgeverschap. Onvoldoende was dat Van Tuinen na indiensttreding bij Wolters dezelfde werkzaamheden was blijven verrichten voor dezelfde doelgroep. De oude en de nieuwe werkgever hadden namelijk niets met elkaar van doen en

1 HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, JAR 2012/150. Zie ook HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9601, RvdW 2012, 783.

2 De kantonrechter heeft het beroep op een overgang van onderneming niet op juistheid onderzocht, omdat dit onderzoek het bestek van een kort geding te buiten zou gaan (zie r.o. 3.2.2 van de Hoge Raad).

S. Palm

waren slechts elkaars concurrent, aldus het hof. Daaropvolgend overwoog het hof dat gebleken was dat de nieuwe werkgever geen activa (kantoor of voertuigen) van de vorige werkgever had overgenomen. Ofschoon de werknemer haar werkzaamheden als chauffeur 'op de weg' uitvoerde, moest volgens het hof bij de beoordeling of sprake is van opvolgend werkgeverschap wel degelijk rekening worden gehouden met de plaats van waaruit de werkzaamheden werden geleid en de opdrachten aan de werknemer werden verstrekt, alsmede met de middelen waarmee de kernactiviteiten werden verricht. Wellicht had het hof opvolgend werkgeverschap wel aangenomen indien de nieuwe werkgever het kantoor en voertuigen van de vorige werkgever had overgenomen. Overigens is niet duidelijk of het hof de overname van activa relevant achtte voor een zelfstandige beoordeling van de banden tussen beide werkgevers, of dat het hof deze feiten betrok bij zijn beoordeling of sprake is van een voortzetting van *dezelfde* arbeidsovereenkomst.

In cassatie speelde in essentie de vraag of voor opvolgend werkgeverschap meer wordt vereist dan dat alleen de werkzaamheden ongewijzigd blijven. De advocaat-generaal kwam in zijn conclusie tot de slotsom dat:

'voor de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap in de eerste plaats van belang is dat de te verrichten arbeid ongewijzigd is gebleven. Dit feit alleen is niet voldoende. Er dient bijvoorbeeld daarnaast, aansluitend bij de "proeftijdjurisprudentie", voor de nieuwe werkgever enig inzicht in de hoedanigheid en geschiktheid van de desbetreffende werknemer te zijn (al dan niet "via" de oude werkgever). Opvolgend werkgeverschap kan ook worden aangenomen als, naast het ongewijzigd gebleven van de aard van de arbeid, de locatie waar de arbeid wordt verricht en de bedrijfsmiddelen waarmee de arbeid wordt uitgevoerd hetzelfde zijn gebleven. Deze vereisten impliceren m.i. dat er enige band tussen de elkaar opvolgende werkgevers dient te bestaan. Daarop wijzen ook de in de parlementaire geschiedenis genoemde voorbeelden van in een concern verbonden werkgevers en het geval van de bedrijfs-overname.'³

De advocaat-generaal maakte aldus een verwijzing naar de proeftijdjurisprudentie en stelde vervolgens dat opvolgend werkgeverschap *ook* kan worden aangenomen indien de locatie waar en de bedrijfsmiddelen waarmee de arbeid wordt uitgevoerd dezelfde blijven. In elk geval moet volgens de advocaat-generaal 'enige band' tussen beide werkgevers bestaan.

De Hoge Raad oordeelde als volgt omtrent de uitleg en toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW:

'Bij de uitleg van deze bepaling dient aansluiting te worden gezocht bij de in het licht van het Europese recht ook thans nog juist te achten maatstaf die de Hoge Raad in zijn arrest van 24 oktober 1986, LJN AC9537, NJ 1987/293 heeft ontwikkeld met het oog op de beantwoording van de vraag, kort gezegd,

3 Randnummer 3.21 van de conclusie van de advocaat-generaal.

of een proeftijdbeding rechtsgeldig is in geval van rechtsopvolging aan de zijde van de werkgever.

Het gaat in de onderhavige zaak immers om dezelfde afweging van belangen die aan de orde was in het arrest van 24 oktober 1986. Dit betekent dat aan de eis dat de nieuwe werkgever redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn, in de regel is voldaan indien enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, en anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

Tegen deze achtergrond heeft het hof terecht en op goede gronden geoordeeld dat de omstandigheid dat Van Tuinen na indiensttreding bij Wolters dezelfde (vervoers)werkzaamheden is blijven verrichten voor dezelfde doelgroep als zij voorheen in dienst van Connexxion verrichtte, onvoldoende is om opvolgend werkgeverschap in de zin van art. 7:668a lid 2 aan te nemen. Eveneens terecht heeft het hof geoordeeld dat het feit dat Wolters en Connexxion niets anders met elkaar van doen hebben dan dat zij elkaars concurrent zijn, aan toepasselijkheid van deze bepaling in de weg staat, nu is gesteld noch gebleken dat Wolters langs andere weg inzicht had in de hoedanigheden en geschiktheid van Van Tuinen, of dat Wolters in enig opzicht heeft getracht misbruik te maken van het identiteitsverschil tussen haarzelf en Connexxion.⁴

Het oordeel van de Hoge Raad maakt niet duidelijk of in de door de advocaat-generaal genoemde gevallen wel sprake zou kunnen zijn van opvolgend werkgeverschap. De advocaat-generaal noemde het geval waarin dezelfde arbeid op dezelfde locatie met dezelfde bedrijfsmiddelen wordt verricht, en verwees ook naar twee in de wetsgeschiedenis genoemde gevallen (personeelsverschuiving binnen een concern en een bedrijfsovername). Overigens lijkt de Hoge Raad aan het slot van de hiervoor geciteerde rechtsoverweging de mogelijkheid open te laten om opvolgend werkgeverschap aan te nemen in misbruiksituaties die niet voldoen aan de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie.⁵ Wellicht dat de Hoge Raad

4 R.o. 3.4, tweede tot en met vierde alinea, van de Hoge Raad.

5 Een dergelijke situatie deed zich voor bij het Hof Leeuwarden 26 september 2007, ECLI:NL:GHLEE:2007:BB4428, JAR 2007/267. In deze casus was een werknemer verschoven naar een ander uitzendbureau met als doel te voorkomen dat alle uitzendovereenkomsten met het vorige uitzendbureau meetelden in de keten. Op grond van de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst telden namelijk uitsluitend de uitzendperioden bij vorige uitzendbureaus mee indien dezelfde of nagenoeg dezelfde arbeid werd verricht. Als de werknemer bij het eerste uitzendbureau in dienst was gebleven, had hij op grond van de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het hof beschouwde het handelen van de beide uitzendbureaus als 'moedwillige wetsontduiking' en oordeelde dat de werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had. Zie recent Ktr. Roermond (vzr.) 14 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8853, JIN 2014/3, waarin overigens niet langs de lijnen van opvolgend werkgeverschap werd geoordeeld.

S. Palm

tot doel heeft constructies die weliswaar niet voldoen aan de maatstaf van de proeftijdjurisprudentie, op te lossen via artikel 7:668a lid 2 BW en niet via een beroep op misbruik van bevoegdheid als bedoeld in artikel 3:13 BW. Een geslaagd beroep op misbruik van bevoegdheid leidt voor een werknemer immers niet altijd tot een bevredigende uitkomst.

3 Plaats en kenmerken van opvolgend werkgeverschap

Het Nederlandse arbeidsrecht kent vele situaties waarin een werkgever in een arbeidsverhouding met een werknemer wordt geconfronteerd met rechten en plichten die hun oorsprong hebben in een voorliggende arbeidsverhouding tussen diezelfde werknemer en een andere werkgever. Artikel 7:668a lid 2 BW – veelal aangeduid als opvolgend werkgeverschap – betreft slechts een van die gevallen. Artikel 7:668a lid 2 BW bepaalt dat de ketenregeling ‘van overeenkomstige toepassing [is] op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn’. Vergelijkbare bewoordingen komen op veel plaatsen voor. Voor het berekenen van de termijnen als bedoeld in artikel 7:691 lid 1 en 3 BW worden perioden waarin voor verschillende werkgevers arbeid wordt verricht en die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn, mede in aanmerking genomen. Op grond van artikel 7:667 lid 4 BW zijn voorafgaande opzegging en de daarmee samenhangende ontslagbescherming vereist indien partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vervolgens voor bepaalde tijd voortzetten (de zogeheten Ragetlie-regel). Artikel 7:667 lid 5 BW bepaalt dat tevens sprake is van een voortgezette arbeidsovereenkomst indien eenzelfde werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkanders opvolger te zijn. De Wet aanpassing arbeidsduur (WAA) en de Wet arbeid en zorg (WAZO) verlenen een werknemer of ambtenaar het recht op een aanpassing van de arbeidsduur respectievelijk een aanspraak op zorgverlof indien de arbeidsverhouding ten minste een jaar heeft geduurd. Artikel 2 lid 1 WAA en artikel 6:3 lid 2 WAZO bepalen dat perioden waarin voor verschillende werkgevers arbeid wordt verricht, meetellen, indien deze werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze als elkaars opvolger kunnen worden beschouwd. De Hoge Raad hanteert diezelfde formulering bij de beoordeling of een proeftijdbeding bij een nieuwe arbeidsovereenkomst met een andere werkgever rechtsgeldig is. In de op het Ontslagbesluit gebaseerde beleidsregels van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) wordt voor de berekening van het aantal dienstjaren bij het afspiegelingsbeginsel expliciet verwezen naar artikel 7:668a lid 2 BW.⁶ De bewoordingen kwamen overigens al voor in het oude Burgerlijk Wetboek. Dat bevatte een bepaling over de berekening van de duur van de opzegtermijn in geval van opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers (artikel 1639k lid 1 aanhef

6 Hfdst. 13, par. 6 Beleidsregels Ontslagtaak UWV versie september 2012.

en onder b Oud BW). Tot slot speelt, zoals al opgemerkt, opvolgend werkgeverschap een rol bij de opbouw van de transitievergoeding als bedoeld in het voorstel Wet werk en zekerheid. Al deze gevallen beschouw ik als opvolgend werkgeverschap.

Naast opvolgend werkgeverschap bestaan diverse andere regelingen op basis waarvan een werkgever wordt geconfronteerd met rechten en plichten die hun oorsprong hebben in een arbeidsverhouding met een vorige werkgever. Via een fusie of splitsing als bedoeld in titel 7 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek gaat het vermogen onder algemene titel over op één of meer andere rechtspersonen, zo ook een arbeidsovereenkomst. In geval van een overgang van onderneming bepalen artikel 7:662 e.v. BW dat de rechten en plichten uit een arbeidsovereenkomst van rechtswege overgaan op de verkrijger, de nieuwe werkgever.⁷ Bij een overgang van een concessie in het personenvervoer kan een nieuwe werkgever op grond van hoofdstuk II paragraaf 4 van de Wet personenvervoer 2000 worden geconfronteerd met rechten en plichten uit een arbeidsverhouding met de vorige concessiehouder. Een werkgever kan op grond van artikel 6:159 BW zijn arbeidsovereenkomst met een werknemer, met medewerking van laatstgenoemde, overdragen aan een andere werkgever.⁸ Bij de dood van de werkgever treden op grond van de relevante bepalingen uit Boek 4 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 7:675 BW de erfgenamen in zijn plaats. Een zeer specifieke regeling betreft artikel 7:641 lid 3 BW, op grond waarvan een werkgever de door een werknemer bij een vorige werkgever opgebouwde vakantieaanspraken dient te respecteren. Ook rechters die moeten oordelen over de toekenning van een ontslagvergoeding houden bij de berekening van het aantal dienstjaren in bepaalde gevallen rekening met eerdere dienstjaren bij een vorige werkgever.⁹ In de hiervoor genoemde

7 Zie ook artikel 14a Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst, artikel 2a Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten, artikel 75b Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering en artikel 84 lid 3 Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen.

8 De mogelijkheid tot contractsoverneming in het arbeidsrecht is bevestigd in HR 10 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7249, JAR 2012/72. De medewerking van de wederpartij bij een contractsoverneming kan in beginsel in elke vorm (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/308). De vereiste medewerking van de werknemer krijgt volgens Hoogeveen echter een arbeidsrechtelijke inkleuring. De medewerking moet duidelijk en ondubbelzinnig blijken (E.M. Hoogeveen, De inlener en het werkgeverschap, ArA 2007/3, p. 30, voetnoot 87). De Ktr. Zaandam 12 mei 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ4250, Prg. 2011/199, volgde de zienswijze van Hoogeveen niet en oordeelde dat een stilziggende medewerking van een werknemer voldoende kan zijn ingeval sprake is van een 'formele herlocatie, waarbij de materiële band met het (...) concern werd gehandhaafd'.

9 Enkele voorbeelden: Ktr. Utrecht 15 januari 1997, JAR 1997/45; Ktr. Eindhoven 15 juni 2005, JAR 2005/180 (dienstjaren bij andere Rabobankcoöperaties tellen mee in de correctiefactor van kantonrechtersformule); Ktr. Alphen aan den Rijn 5 juli 200f5, JAR 2005/254; Ktr. Amersfoort 14 oktober 2008, JAR 2009/3 (in de voorwaardelijke ontbindingsprocedure); Ktr. Heerenveen 11 februari 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BI9640, JAR 2009/153; Ktr. Amsterdam 3 oktober 2012, JAR 2012/279. Voor een analyse van de rechtspraak over anciënniteit en ontslagvergoedingen, zie P. Kruit, Voorliggende dienstjaren en het bepalen van de anciënniteit, ArbeidsRecht 2012/11. Zie ook J.J.W. van Ladesteijn, De A-factor van de kantonrechtersformule nader beschouwd, ArbeidsRecht 2006/26.

S. Palm

gevallen zijn verschillende criteria relevant voor de beoordeling of sprake is van een opvolgend werkgever en zijn de rechtsgevolgen per regeling verschillend. In tegenstelling tot de andere genoemde regelingen betreft opvolgend werkgeverschap nooit een opzichzelfstaande regel, maar is het leerstuk verbonden aan een andere – specifieke – regel. Die specifieke regel behelst een norm waarbij voor de vaststelling van specifieke rechtsgevolgen een eerdere arbeidsovereenkomst of aanstelling met *dezelfde* werkgever bepalend is. Opvolgend werkgeverschap kenmerkt zich derhalve doordat sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst (of aanstelling) met een *andere* werkgever. Gezien deze kenmerken – een nieuwe arbeidsovereenkomst (of aanstelling) en een andere werkgever – kan een rechtvaardiging voor de kwalificatie opvolgend werkgeverschap worden gevonden in enerzijds de gelijkenissen tussen beide arbeidsovereenkomsten qua inhoud, en anderzijds in de relatie (de banden) tussen beide werkgevers. Ten aanzien van deze beide aspecten kan een vergelijking worden gemaakt met de door Mannoury aangeduide ‘identiteit van de arbeidsovereenkomst’. Mannoury maakte een onderscheid tussen de identiteit van de arbeidsovereenkomst met betrekking tot de daarbij betrokken personen en de identiteit van de arbeidsovereenkomst met betrekking tot hetgeen de overeenkomst aan wederzijdse verbintenissen inhoudt.¹⁰ Verdedigbaar is bijvoorbeeld dat voor de kwalificatie opvolgend werkgeverschap in geval van een grote mate van overeenstemming qua inhoud van beide arbeidsovereenkomsten (zoals bij ongewijzigde werkzaamheden vanuit dezelfde locatie voor dezelfde doelgroep), de band tussen beide werkgevers minder sterk hoeft te zijn dan in het geval dat de inhoud van de arbeidsovereenkomst wel aanmerkelijk wijzigt. Bij een aanmerkelijke wijziging van de inhoud van de arbeidsovereenkomst zou dan juist weer een sterkere band tussen beide werkgevers vereist zijn. De Hoge Raad koos in het arrest Van Tuinen/Wolters voor een combinatie van beide kenmerken. In de volgende paragraaf wordt de historische ontwikkeling van het leerstuk opvolgend werkgeverschap beschreven.

4 Ontwikkeling van het leerstuk opvolgend werkgeverschap

4.1 Ontstaan

De Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 bevatte geen bepalingen op grond waarvan een werkgever in een arbeidsverhouding met een werknemer zou kun-

10 J. Mannoury, De identiteit van de arbeidsovereenkomst, in: M.G. Levenbach e.a., Aspecten van arbeidsrecht, Jubileumbundel Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1971, Alphen aan den Rijn/Brussel: Samsom uitgeverij N.V. 1971, p. 201. Mannoury gebruikte de aanduiding identiteit van de arbeidsovereenkomst overigens in mijn optiek veeleer voor de beantwoording van de vraag of – met het oog op een specifieke wettelijke bepaling – van eenzelfde arbeidsovereenkomst moet worden uitgegaan of juist van twee afzonderlijke arbeidsovereenkomsten. In sommige gevallen gaat de wet voor een specifieke bepaling uit van één arbeidsovereenkomst (denk aan de berekening van de opzegtermijn), terwijl in andere gevallen de wet juist tot uitgangspunt neemt dat er twee arbeidsovereenkomsten bestaan (zoals bij de ketenregeling). Bij de ketenregeling zijn partijen bijvoorbeeld niet vrij om in plaats van een nieuwe overeenkomst te sluiten de huidige arbeidsovereenkomst op te rekken, omdat de ketenregeling dan zou worden omzeild (vgl. M. Margadant & P.C. Vas Nunes, Ik wou dat ik twee hondjes was, *ArbeidsRecht* 2003/56).

nen worden geconfronteerd met rechten en plichten die hun oorsprong hebben in een voorliggende arbeidsverhouding tussen diezelfde werknemer en een andere werkgever.¹¹ Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel werd wel aandacht besteed aan de situatie waarin een werkgever zijn onderneming aan een ander overdroeg. De commissie van rapporteurs van de Tweede Kamer merkte in haar voorlopig verslag op dat in het wetsvoorstel geen bijzondere voorzieningen waren getroffen voor de situatie dat een onderneming van een werkgever in andere handen overgaat. Zou het ontbreken van specifieke voorzieningen tot problemen leiden, zo vroeg de commissie zich af. De minister van Justitie antwoordde stellig:

‘Bijzondere voorzieningen ten aanzien van het geval, dat de onderneming des werkgevers in andere handen overgaat, kwamen niet noodzakelijk voor. De arbeider toch komt dan in dienst van een anderen werkgever en, tenzij met wederzijdsch goedvinden een ander persoon treedt in alle de rechten en verplichtingen des vroegeren werkgevers, zoodat alles zijn gewonen gang blijft gaan, zullen alle bepalingen omtrent het eindigen der dienstbetrekking ook hier van toepassing zijn.’¹²

Bij de behandeling van de Wet op de arbeidsovereenkomst uit 1907 achtte de regering dus geen specifiek op het arbeidsrecht toegespitste voorziening noodzakelijk voor situaties waarin de rechtsvorm van de onderneming wijzigt of de onderneming wordt overgedragen aan een geheel andere ondernemer.¹³ Met de wijziging van het ontslagrecht bij wet van 17 december 1953 kwam daar in zeer beperkte mate verandering in.¹⁴ Gelijktijdig met de invoering van de verlengde opzegtermijn trad een bepaling in werking over de berekening van de duur van de opzegtermijn in geval van opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen *dezelfde* partijen. Op grond van artikel 1639k lid 1 aanhef en onder b Oud BW telde een voorliggende arbeidsovereenkomst met een *andere* werkgever tevens mee voor de berekening van de duur van de opzegtermijn indien:

‘een zelfde arbeider achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers, die redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkanders opvolgers te zijn’.

- 11 Wet van 13 juli 1907, Stb. 1907, 193. Voor de volledigheid: de voorloper van artikel 7:675 BW (dood werkgever) laat ik hier verder buiten beschouwing. Zie over de invoering van die regel A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, Geschiedenis der wet van den 13den juli 1907 (deel 4), Den Haag: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1907, p. 43-48.
- 12 A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, Geschiedenis der wet van den 13den juli 1907 (deel 3), Den Haag: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1907, p. 407.
- 13 Diverse verenigingen van handelsreizigers drongen overigens nog tevergeefs aan op een regeling van de rechten van een werknemer in geval van een overgang van de onderneming van de werkgever in handen van een andere persoon of vennootschap (Bles 1907 (deel 4), p. 456).
- 14 Wet van 17 december 1953, Stb. 1996, 405.

S. Palm

Artikel 1639k lid 1 aanhef en onder b Oud BW zag op gevallen waarin formeel sprake was van een nieuwe arbeidsovereenkomst, maar waar ‘maatschappelijk gezien een zelfde dienstbetrekking wordt voortgezet’, aldus de minister. De regering koos bewust voor een vage terminologie, maar gaf wel enkele voorbeelden. De minister dacht in de eerste plaats aan gevallen waarin een bedrijf van rechtsvorm verandert of een bedrijf wordt overgenomen door dan wel wordt samengevoegd met een andere vennootschap.¹⁵ De genoemde voorbeelden kwalificeren onder het huidige recht al vrij snel als een overgang van onderneming ex artikel 7:662 BW. De vaste commissie van de Tweede Kamer vroeg zich tijdens de parlementaire behandeling af of de bewoordingen ‘ten aanzien van de verrichte arbeid’ een juiste keuze was. Voor deze commissie was onduidelijk of met de keuze voor deze woorden ook sprake kon zijn van opvolgend werkgeverschap bij verschillende maatschappijen die tot één concern behoren. De commissie vroeg het volgende:

‘Ongetwijfeld behoort ook indien de arbeider achtereenvolgens bij verschillende van zulke maatschappijen werkt, één dienstbetrekking aanwezig geacht te worden. Zijn zij echter ten aanzien van de verrichte arbeid elkanders rechtsoptvolgers? Ware het trouwens niet juist te lezen: ten aanzien van het dienstverband?’¹⁶

De minister erkende dat de woorden ‘ten aanzien van de verrichte arbeid’ geen fraai Nederlands betroffen, maar vond de gekozen woorden wel duidelijk. Een maatschappij – een rechtspersoon – behorende tot een concern kwalificeerde volgens de minister doorgaans als een werkgever die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze als opvolger van de vorige werkgever kan worden beschouwd. Het woord ‘redelijkerwijze’ bood volgens de minister ook ruimte. Zo was wel sprake van een redelijkerwijze als opvolger te beschouwen werkgever indien een werknemer met instemming van alle partijen van de ene maatschappij naar de andere overgaat, maar niet in het geval een werknemer wordt ontslagen bij een concern en toevallig een arbeidsovereenkomst sluit bij een andere maatschappij van hetzelfde concern.¹⁷ De gepubliceerde rechtspraak over de toepassing van opvolgend werkgeverschap bij de opzegtermijn bevestigt de opvatting van de wetgever, inhoudende dat opvolgend werkgeverschap voornamelijk

15 Kamerstukken II 1947/48, 881, 3, p. 8 (MvT). De Stichting van de Arbeid noemde deze voorbeelden ook al in haar advies van 29 juli 1947, op welk advies de wetgever de wet van 17 december 1953 baseerde (Herziening van het ontslagrecht, advies uitgebracht door het bestuur van de Stichting van de Arbeid aan de minister van Justitie (advies van 29 juli 1947, Stichting van de Arbeid), Den Haag: Stichting van de Arbeid 1947, p. 10).

16 Kamerstukken II 1949/50, 881, 4, p. 22 (VV II).

17 Kamerstukken II 1951/52, 881, 6, p. 35 (MvA II). Ook S. Gerbrandy, *Het nieuwe ontslagrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954, p. 20.

betrekking had op een overgang van een onderneming en een omzetting van een rechtsvorm.¹⁸

4.2 Misbruiksituaties

Bij voornoemde wet van 17 december 1953 achtte de regering tevens een voorziening nodig die moest voorkomen dat werkgevers de verlengde opzegtermijn konden ontlopen door telkens arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan. Die voorziening vond haar uitwerking in artikel 1639f lid 3-4 Oud BW. Deze leden bepaalden dat indien een werkgever een voor bepaalde tijd overeengekomen arbeidsovereenkomst vervolgens voor bepaalde tijd voortzette, deze voortgezette arbeidsovereenkomst slechts kon eindigen door voorafgaande opzegging.¹⁹ De wetgever zag toentertijd af van een uitbreiding van het vereiste van voorafgaande opzegging naar de situatie dat een andere werkgever de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voortzette, onder andere vanwege de daarmee gepaard gaande rechtsonzekerheid.²⁰ Het toenmalige Burgerlijk Wetboek vertoonde daarmee een hiaat, waarvan werkgevers nadien via zogeheten draaieurconstructies misbruik maakten.²¹ Immers: niet zozeer de verlengde opzegtermijn, maar het vereiste van voorafgaande opzegging bij een voortgezette arbeidsovereenkomst was voor werkgevers een groot struikelblok. De Hoge Raad riep in het arrest Bootsma/Campina uit 1991 de draaieurconstructies een halt toe.

De Hoge Raad omschreef de draaieurconstructie als een situatie waarin de werkgever gedurende een langere periode ('een aantal jaren') werk in zijn onderneming laat uitvoeren door werknemers met wie hij een aantal malen achtereenvolgende arbeidsovereenkomsten sluit, afgewisseld door perioden waarin diezelfde werknemers hetzelfde werk in zijn onderneming verrichten als uitzendkrachten.²² Een dergelijke constructie leent zich naar haar aard ertoe te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer ontslagbescherming te bieden, aldus de Hoge Raad. Naar de letter van de wet heeft een werknemer bij de toepassing van deze constructie immers geen ontslagbescherming. Echter, volgens de Hoge Raad brengt een 'redelijke, met het stelsel van de wet en de strekking van vorenbedoelde wetsbepalingen strokende toepassing' mee dat een

18 Rb. Zwolle 21 maart 1971, Prg. 1971/670; Hof Arnhem 9 oktober 1974, NJ 1976/42. Vele jaren later maakte de Ktr. Nijmegen 25 november 1988, Prg. 1989/3023 nog de analogie met de regeling omtrent overgang van onderneming. Vanwege die analogie oordeelde de kantonrechter dat dienstjaren vóór faillissement niet meetelden voor de berekening van de opzegtermijn.

19 Kamerstukken II 1947/48, 881, 3, p. 7 (MvT). De Hoge Raad oordeelde in het arrest Ragetlie/SLM uit 1986 dat voorafgaande opzegging en de daarmee samenhangende ontslagbescherming evenzeer vereist is indien partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vervolgens voor bepaalde tijd voortzetten (HR 4 april 1986, NJ 1987/678 (Ragetlie/SLM)).

20 Kamerstukken II 1947/48, 881, 3, p. 22 (MvT).

21 Ter volledigheid: ook bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met een eenzelfde werkgever constateerden sommige rechters gevallen van misbruik dan wel oordeelden deze rechters dat de werkgever in beginsel de plicht had een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te bieden (bijv.: Rb. Zutphen 11 mei 1995, JAR 1995/136). Ik richt mij hierna uitsluitend op situaties waarbij sprake is van verschillende werkgevers.

22 De uitzendperioden zijn dan – met het oog op het toenmalige artikel 1639f lid 4 Oud BW – langer dan 31 dagen.

S. Palm

dergelijke constructie niet tot gevolg heeft dat deze werknemers hun door de wet gewaarborgde ontslagbescherming wordt ontnomen. De relatie van de werknemers moet, wat betreft de wettelijke regels die gelden voor beëindiging van deze relatie, worden aangemerkt als een voortgezette dienstbetrekking, aldus de Hoge Raad.²³ De Hoge Raad nam dus niet tot uitgangspunt dat sprake was van opvolgend werkgeverschap. De Kantonrechter Arnhem en in hoger beroep de Rechtbank Arnhem gebruikten nadien het arrest Bootsma/Campina zelfs om te komen tot een uitspraak die veel weg heeft van de huidige ketenregeling. Beide rechters zagen in het arrest Bootsma/Campina een aanwijzing om in geval van draaideurconstructies de arbeidsovereenkomst te beschouwen als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met alle rechtsgevolgen van dien, zoals omtrent beloning.²⁴ In cassatie liet de Hoge Raad het oordeel van de rechtbank in stand en ging daarmee in feite nog verder dan het arrest Bootsma/Campina. Zoals de advocaat-generaal in zijn conclusie poneerde: 'Een flexibele relatie die wel op papier bestaat maar die in haar feitelijk functioneren niet te onderscheiden is van de

- 23 HR 22 november 1991, NJ 1992/707 (Campina/Bootsma). Niet veel later trachtte Campina overigens artikel 1639f lid 4 Oud BW te omzeilen via een constructie waarbij een uitzendkracht – niet zijnde de vaste werknemer – de werkzaamheden voor een periode van meer dan 31 dagen vervulde respectievelijk via een periode waarin de werknemer terugviel op een uitkering. Ktr. Alkmaar (vzr.) 24 december 1993, JAR 1994/24 respectievelijk Rb. Den Bosch 12 april 1996, JAR 1996/113 achtten ook deze constructies op vergelijkbare gronden ontoelaatbaar. De Hoge Raad bevestigde in 1996 overigens dat de bedoeling van de werkgever irrelevant is. Voldoende is dat komt vast te staan dat een werkgever gedurende een langere periode werk in zijn onderneming laat verrichten door een werknemer op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, welke door één of meer aansluitende perioden wordt afgewisseld waarin dezelfde werknemer hetzelfde werk verricht via een werkgever die hem ter beschikking stelt (HR 12 april 1996, JAR 1996/114; Ktr. Bergen op Zoom 2 september 1992, JAR 1992/79 betrok dit oogmerk eerder wel uitdrukkelijk in de beoordeling). Uit verscheidene arresten van de Hoge Raad volgt dat in essentie de vraag is of uit objectieve omstandigheden blijkt dat het handelen van een werkgever zich kwalificeert als een ontoelaatbare inbreuk op de bepaling dat een voor bepaalde tijd voortgezette arbeidsovereenkomst slechts eindigt door voorafgaande opzegging. Het repeterend karakter is een vereiste (HR 27 november 1992, JAR 1992/148; HR 25 oktober 1996, JAR 1996/234; W.L. Harenberg, De draaideurconstructie: ontwikkelingen ná Campina, ArbeidsRecht 1994/33; W.L. Harenberg, Vier draaideurarresten op een rij: contouren van de verboden constructie worden zichtbaar, ArbeidsRecht 1997/4). Dit vereiste komt ook terug in de lagere rechtspraak: Vaste Commissie voor het Boekenuitgeverijbedrijf 8 oktober 1992, JAR 1992/103; Ktr. Utrecht 14 oktober 1992, JAR 1992/124 (slechts sprake van een toevallige samenloop van omstandigheden); Scheidsgerecht voor het bankbedrijf 9 december 1992, Prg. 1993/3826; Ktr. Den Bosch (vzr.) 29 juni 1995, JAR 1996/16.
- 24 Ktr. Arnhem 20 januari 1992 en Rb. Arnhem 22 oktober 1992, Prg. 1992/3763. Ook Ktr. Leeuwarden (vzr.) 20 september 1994, Prg. 1994/4185 oordeelde later – zij het niet met een uitdrukkelijke verwijzing naar het arrest Campina/Bootsma – dat de werkgever de bedoeling had een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd overeen te komen. Uitsluitend om de dwingendrechtelijke bepalingen van het ontslagrecht te voorkomen, waren onderbrekingen ingebouwd. De werkgever handelde in strijd met zijn positie als werkgever en maakte misbruik van recht. De rechter nam aan dat onder die omstandigheden een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was gesloten.

contracten met het vaste personeel, verliest haar flexibele karakter.’ Anders gezegd: werkelijkheid gaat voor contractuele fictie.²⁵

4.3 Proeftijdjurisprudentie

In 1984 oordeelde de Hoge Raad dat het bedingen van een proeftijd in een nieuwe arbeidsovereenkomst tussen *dezelfde* partijen onder omstandigheden is toegestaan, met name als de nieuwe overeenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden eist waarover de ervaringen gedurende de vorige arbeidsovereenkomst onvoldoende inzicht hebben gegeven.²⁶ Vervolgens moest de Hoge Raad in 1986 in het arrest Slijkoord/Hekkema BV oordelen over de geldigheid van een proeftijdbeding in een opvolgende arbeidsovereenkomst met een andere werkgever.²⁷ Wat was de casus? Op 14 april 1980 trad werknemer Slijkoord voor onbepaalde tijd in dienst bij werkgever Hekkema. Vervolgens trad Slijkoord op 25 augustus 1980 voor onbepaalde tijd in dienst bij Cleaning, een aan Hekkema gelieerde onderneming. Op 7 december 1982 verzocht Cleaning aan de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau haar toestemming te verlenen de arbeidsovereenkomst met Slijkoord op te zeggen wegens een beëindiging en liquidatie van het bedrijf. De toestemming werd niet verleend, omdat de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau vond dat voornamelijk onvoldoende was aangetoond dat ontslag de enige oplossing was. Vanaf 16 december 1982 is Slijkoord weer werkzaamheden gaan verrichten bij Hekkema en per 28 februari 1983 trad Slijkoord (formeel) bij Hekkema in dienst. De arbeidsovereenkomst werd vervolgens tijdens de proeftijd door Hekkema opgezegd. De vraag was of de proeftijd wel rechtsgeldig overeengekomen was. De Hoge Raad oordeelde dat in de regel sprake is van een nietig proeftijdbeding indien enerzijds de nieuwe arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist als de vorige arbeidsovereenkomst, en anderzijds tussen de nieuwe en de oude werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. De Hoge Raad overwoog dat het leerstuk opvolgend werkgeverschap zich niet beperkt tot de berekening van de opzegtermijn:

- 25 HR 8 april 1994, JAR 1994/94 (Agfa/Schoolderman) wordt veelal aangehaald als de bron van het – qua rechtsgeldigheid overigens omstrepen – beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid, maar hield dus evenzeer verband met het gegeven dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd volgens velen het uitgangspunt behoort te zijn. Twee jaar later oordeelde Ktr. Schiedam 2 april 1996, Prg. 1996/4551, en in hoger beroep Rb. Rotterdam 6 februari 1997, Prg. 1997/4723, overigens dat indien sprake is van een draaideurconstructie, deze conclusie slechts met zich brengt dat sprake is van een voortgezette arbeidsovereenkomst en niet dat deze overeenkomst transformeert in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.
- 26 HR 14 september 1984, NJ 1985/244. Zie ook HR 6 december 1985, NJ 1986/230.
- 27 Voordat de Hoge Raad in 1986 moest oordelen over de toepasselijkheid van het leerstuk opvolgend werkgeverschap bij de beoordeling van de geldigheid van een proeftijdbeding, oordeelden lagere rechters in diverse gevallen dat een proeftijdbeding met een nieuwe werkgever niet rechtsgeldig was (Ktr. Tilburg 14 juni 1979, Prg. 1980/1512; Rb. Roermond 9 september 1982, Prg. 1982/1828). Onder het huidige recht zouden deze situaties zeer waarschijnlijk kwalificeren als een overgang van onderneming.

S. Palm

‘Dat in de wet de “fictie van opvolging bij arbeidsovereenkomsten” alleen is opgenomen in art. 1639k BW met betrekking tot de duur van de opzegtermijn, brengt niet (zonder meer) met zich mee dat voor de geldigheid van een proeftijdbeding niet eveneens relevant of doorslaggevend is of verschillende werkgevers redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolgers te zijn.’²⁸

De nieuwe werkgever hoeft niet daadwerkelijk inzicht te hebben verkregen in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer, zo oordeelde de Hoge Raad in 1993. De vraag is niet of de nieuwe werkgever op basis van deze nauwe banden met de oude werkgever *zelf* inzicht verkreeg in het functioneren van de werknemer, maar of het inzicht van de oude werkgever op basis van deze nauwe banden aan de nieuwe werkgever kan worden toegerekend.²⁹ Uit hetzelfde arrest blijkt tevens dat de arbeidsvoorwaarden irrelevant zijn voor beoordeling van de geldigheid van een proeftijdbeding. ‘Voor het antwoord op de vraag of een nieuwe proeftijd gerechtvaardigd is, is – onder meer – van belang of de nieuwe overeenkomst dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, doch niet of de arbeidsvoorwaarden geheel of gedeeltelijk overeenstemmen’, aldus de Hoge Raad.³⁰

Na het arrest Slijkoord/Hekkema BV ontstond onduidelijkheid of opvolgend werkgeverschap ook van toepassing was indien de werknemer dezelfde werkzaamheden eerst via een uitzendconstructie verrichtte en vervolgens bij deze inlener in dienst trad op basis van een arbeidsovereenkomst inclusief proeftijd. In de lagere rechtspraak werd daar verschillend over gedacht.³¹ Het toerekenen van inzicht van het uitzendbureau aan de latere werkgever terwijl die latere werkgever tijdens de uitzendperiode inzicht kon verkrijgen in de vaardigheden, komt enigszins gekunsteld over. Wellicht redeneerde de Hoge Raad in 1991 daarom in het geheel niet langs de lijn van het leerstuk opvolgend werkgeverschap. De cassatierechter overwoog dat de huidige werkgever zich gedurende de uitzendperiode op de hoogte heeft kunnen stellen van de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, zodat geen rechtvaardiging bestaat voor een proeftijdbeding, mits uiteraard in zowel de uitzendconstructie als de latere arbeidsovereenkomst dezelfde

28 HR 24 oktober 1986, NJ 1987/293 (Slijkoord/Hekkema BV).

29 De rechtbank vond in hoger beroep dat de kantonrechter in eerste aanleg terecht had geoordeeld dat de werknemer niet aannemelijk had gemaakt dat de nieuwe werkgever inzicht in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer had verkregen.

30 HR 23 april 1993, JAR 1993/120.

31 Ktr. Bergen op Zoom 23 maart 1988, NJ 1989/46 en Rb. Breda (pres.) 11 augustus 1989, KG 1989/338 overwogen in dezelfde casus op grond van de uitleg van de Hoge Raad van het leerstuk opvolgend werkgeverschap dat een proeftijdbeding in een arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en diens voormalige inlener, thans werkgever, wel geldig is. Een feitelijke of juridische band tussen het uitzendbureau en de latere werkgever ontbrak namelijk en bovendien leidt het vrijblijvende karakter van een uitzendperiode ertoe dat een inlener tijdens die periode ook niet zorgvuldig hoeft te controleren. Ktr. Zuidbroek 13 april 1989, Prg. 1989/3082 en Rb. Den Haag 11 juli 1990, NJ 1991/371 zagen wel zodanige banden tussen het uitzendbureau en de inlener, waardoor het inzicht van vorige werkgever aan de nieuwe werkgever (de voormalig inlener) kon worden toegerekend.

vaardigheden en verantwoordelijkheden worden geëist.³² Het ‘zodanige-banden-criterium’ was dus niet relevant, want de werknemer is gedurende zijn uitzendperiode feitelijk al werkzaam bij zijn latere werkgever. Toerekening van inzicht is dan niet nodig. De werkgever heeft dit inzicht zelf verworven.

4.4 *Visie van de wetgever op opvolgend werkgeverschap vanaf Wet flexibiliteit en zekerheid*

Op 1 januari 1999 traden artikel 7:668a BW en artikel 7:667 lid 4-5 BW in werking. De Stichting van de Arbeid bepleitte in haar nota ‘Flexibiliteit en zekerheid’ van 1996 dat een bepaling over opvolgend werkgeverschap noodzakelijk was ter voorkoming van draaideurconstructies bij de ketenregeling. Onder opvolgend werkgeverschap schaarde de Stichting van de Arbeid tevens de situatie ‘waarin het dienstverband van een ter beschikking gestelde arbeidskracht overgaat van een werkgever op een andere werkgever die tot dezelfde groep (als bedoeld in art. 2:24b BW) behoort’. Deze uitleg voorkomt volgens de Stichting van de Arbeid dat bijvoorbeeld binnen een uitzendonderneming die bestaat uit meerdere organisatorische/juridische eenheden, uitzendkrachten van de ene naar de andere vennootschap worden geschoven met als doel de opbouw van rechten te voorkomen.³³ De regering volgde de Stichting van de Arbeid en merkte in haar memorie van toelichting bij het tweede lid van artikel 7:668a BW het volgende op:

‘Met dit lid wordt beoogd de opbouw van rechten van werknemers te beschermen van wie het dienstverband van de ene werkgever overgaat op een andere werkgever, terwijl de werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid te beschouwen zijn als elkaars opvolgers. Gedacht kan worden aan bedrijfsovernames, maar de betreffende werkgevers kunnen bijvoorbeeld ook verschillende organisatorische/juridische eenheden zijn die tot eenzelfde, grotere organisatie behoren.’³⁴

Op een later moment tijdens de parlementaire behandeling merkte de regering op dat het tweede lid van artikel 7:668a BW (ook) strekt ter ondervanging van draaideurconstructie en verwees naar het arrest Bootsma/Campina.³⁵ De toevoeging van lid 2 had tot doel niet met de jurisprudentie over draaideurconstructies te breken en deze constructies te voorkomen.³⁶ De wetgever nam voor aansluitende

32 HR 13 september 1991, NJ 1992/130. De latere uitspraak van Rb. Zwolle 18 maart 1992, JAR 1992/31, inhoudende dat een beroep op de proeftijdjurisprudentie van de Hoge Raad moet worden verworpen omdat tussen het uitzendbureau en de werkgever geen zodanige banden bestonden, is onjuist. De rechtbank had naar alle waarschijnlijkheid nog geen kennis genomen van het arrest van 13 september 1991. Ktr. Zaandam 17 februari 1994, JAR 1994/96 en Ktr. Tiel (vzr.) 13 mei 2009, JAR 2009/175 beoordeelden uitsluitend de aard van de werkzaamheden nadat de werknemer eerst via een uitzendbureau voor de werkgever had gewerkt.

33 Nota Flexibiliteit en zekerheid (advies van 3 april 1996, Stichting van de Arbeid publicatienr. 2/96), Den Haag: SER-huisdrukkerij 1996, p. 18.

34 Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 9 en p. 26 (MvT).

35 Kamerstukken II 1996/97, 25263, 6, p. 11 (NV II).

36 Kamerstukken I 1997/98, 25263, 132b, p. 18 en p. 20 (MvA I); Kamerstukken I 1997/98, 25263, 132d, p. 10-11 (nadere memorie van antwoord).

S. Palm

uitzendovereenkomsten met opvolgende werkgevers tevens het leerstuk opvolgend werkgeverschap op in artikel 7:691 lid 5 BW. 'Dit ter vermindering van de zogenoemde draaideurconstructies', aldus de minister.³⁷ Opvolgend werkgeverschap is via artikel 7:667 lid 5 BW ook van toepassing op de Ragetlie-regel. Met betrekking tot artikel 7:667 lid 5 BW merkte de regering eveneens op dat deze bepaling ter bestrijding van de draaideurconstructie is en dat het artikellid tevens van toepassing is als de werknemer na beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst, anders dan door rechtsgeldige opzegging of ontbinding, binnen een termijn van drie maanden bij dezelfde onderneming gaat werken op basis van een uitzendovereenkomst.³⁸

37 Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 34 (MvT).

38 Kamerstukken II 1998/99, 26257, 3, p. 5 (MvT).

Tot slot merk ik nog op dat de wetgever het leerstuk opvolgend werkgeverschap heeft toegepast bij de Wet arbeid en zorg en de Wet aanpassing arbeidsduur.³⁹ Bij de invoering van de Wet arbeid en zorg gaf de regering geen nadere toelichting op het leerstuk opvolgend werkgeverschap. In de memorie van toelichting van de op 1 juli 2000 in werking getreden Wet aanpassing arbeidsduur schreef de regering dat het samentellen van perioden waarin de werknemer arbeid voor verschillende werkgevers verricht, tot doel heeft te voorkomen dat een werkgever 'door ten aanzien van dezelfde arbeid af te wisselen met een andere werkgever (bijvoor-

39 De voorganger van hoofdstuk 6 Wet arbeid en zorg was artikel 163800 Oud BW (Wet op het Ouderschapsverlof) en trad op 1 oktober 1994 in werking (wet van 7 juli 1994, Stb. 1994, 565). De Wet op het Ouderschapsverlof uit 1994 regelde eveneens het ouderschapsverlof voor werknemers die langer dan een jaar in dienst waren. De regering vond een minimumperiode van een jaar nodig, omdat 'de werkgever bij gebruikmaking van het recht [op ouderschapsverlof] organisatorische voorzieningen moet treffen en de arbeidsplaats voor een bepaalde periode moet "reserveren".' De regering achtte de gevraagde voorzieningen onredelijk indien 'de arbeidsverhouding zich niet gestabiliseerd heeft'. Een 'zekere binding' is vereist (Kamerstukken II 1987/88, 20528, A, p. 5 (MvT Algemeen); Kamerstukken II 1987/88, 20528, 3, p. 6 (MvT)). Tweede Kamerleden van de CDA-fractie merkten vervolgens op dat deze bepaling nadelig zou zijn voor werknemers met opvolgende arbeidsovereenkomsten. Een overeenkomstige toepassing van artikel 1639k Oud BW loste volgens deze Kamerleden het probleem op (Kamerstukken II 1987/88, 20528, 4, p. 13 (VV II)). (Het toenmalige artikel 1639k Oud BW bepaalde, als gezegd, dat de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor de berekening van de opzegtermijn als één dienstbetrekking werden beschouwd.) De regering deelde het standpunt van deze Kamerleden niet, omdat volgens de regering het recht op ouderschapsverlof een duurzaam karakter vereist en daarvan is bij elkaar opvolgende (korte) arbeidsovereenkomsten geen sprake. En voor het geval dat een nieuwe werkgever in de plaats treedt van de oude werkgever als gevolg van een overgang van onderneming, slaagt een beroep op (de voorganger van) artikel 7:662-666 BW (Kamerstukken II 1987/88, 20528, 5, p. 12 (MvA II)). De leden van de CDA-fractie antwoordden vervolgens dat bij een overgang eveneens sprake is van een situatie als bedoeld onder artikel 1639k lid 1 aanhef en onder b Oud BW. Als artikel 1639k Oud BW niet van toepassing wordt verklaard, zou dus de idee kunnen postvatten dat ook artikel 7:662-666 BW niet van toepassing zou zijn, zo vreesde deze Kamerleden (Kamerstukken II 1987/88, 20528, 6, p. 7-8 (EV II)). De regering deelde deze vrees niet, omdat artikel 7:662-666 BW van rechtswege van toepassing is (Kamerstukken II 1987/88, 20528, 7, p. 8 (NEV II)). De CDA-fractie stelde dat ook in gevallen als bedoeld in artikel 1639k lid 1 aanhef en onder a en c Oud BW sprake kan zijn van een duurzame arbeidsrelatie. Sub a behandelde de situatie waarin arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen met een tussentijdse periode van niet meer dan 31 dagen elkaar opvolgden. Sub c betrof de situatie waarin sprake was van een herstel van de arbeidsovereenkomst (Kamerstukken II 1987/88, 20528, 6, p. 8 (EV II)). Voor wat betreft die situaties was de regering het bij nadere overweging alsnog met de CDA-fractie eens (Kamerstukken II 1987/88, 20528, 7, p. 8 (NEV II)). Vervolgens voegde de regering aan het wetsvoorstel toe dat artikel 1639k lid 1 Oud BW van overeenkomstige toepassing is (Kamerstukken II 1987/88, 20528, 8, p. 8 (nota van wijziging)). Daarmee was ook sub b inzake opvolgend werkgeverschap van overeenkomstige toepassing. Artikel 7:644 BW verving op 1 april 1997 artikel 163900 Oud BW. En vanaf 1999 verwees artikel 7:644 BW voor wat betreft de berekening van de duur van een arbeidsovereenkomst naar artikel 7:668a lid 1-2 BW en artikel 7:672 lid 9 BW. Bij de invoering van de Wet arbeid en zorg verviel artikel 7:644 BW en sindsdien regelt hoofdstuk 6 Wet arbeid en zorg het recht op ouderschapsverlof. De regering verkoos toen uitdrukkelijk niet voor een verwijzing, maar nam in navolging van de Wet aanpassing arbeidsduur de berekeningsregel bij opvolgend werkgevers in de Wet arbeid en zorg zelf op (Kamerstukken II 1999/2000, 27207, 3, p. 57-58 (MvT)).

S. Palm

beeld een uitzendbureau) bewerkstelligt dat de termijn van een jaar niet wordt bereikt', met andere woorden: draaideurconstructies moeten worden voorkomen.⁴⁰

4.5 Arrest Boekenvoordeel/Isik

Nadien deed zich de vraag voor of artikel 7:668a lid 2 BW kan worden doorbroken door een faillissement en of uitsluitend sprake was van opvolgend werkgeverschap in geval van misbruiksituaties.⁴¹ De Hoge Raad gaf in zijn arrest Boekenvoordeel/Isik duidelijkheid.⁴² De casus was de volgende. Het bedrijf Boekenvoordeel nam enkele vestigingen en werknemers over van de curator van het gefailleerde Octagon B.V. Boekenvoordeel bood deze werknemers een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan. Een van deze werknemers stelde met een beroep op artikel 7:668a lid 2 BW dat hij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de nieuwe werkgever had. In cassatie waren uitsluitend de vragen aan de orde of een rechtsgeldige opzegging door de curator de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW uitsluit en of artikel 7:668a lid 2 BW alleen van toepassing is in misbruiksituaties, meer in het bijzonder bij draaideurconstructies.⁴³ De Hoge Raad oordeelde dat een opzegging door de curator niet aan de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW in de weg staat. Daarnaast overwoog de Hoge Raad dat artikel 7:668a lid 2 BW naar tekst en strekking zich niet beperkt tot gevallen waarin werkgevers de constructie van opvolgend werkgevers misbruiken.

Ook uit het merendeel van de gepubliceerde feitenrechtspraak inzake de ketenregeling en het proeftijdbeding van zowel vóór als na het arrest Boekenvoordeel/

40 Kamerstukken II 1998/99, 26358, 3, p. 14-15 (MvT).

41 Zo vond Ktr. Terneuzen 18 juli 2001, JAR 2001/167 dat artikel 7:668a lid 1-2 BW moet strekken tot bescherming tegen misbruikconstructies. De werknemer in kwestie nam zelf ontslag en trad bij een zustervennootschap in dienst, en kon volgens deze rechter daarom geen beroep doen op de ketenregeling. Ook volgens Ktr. Zwolle 14 maart 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AX5372, JAR 2006/150 is artikel 7:668a lid 2 BW een misbruikbepaling die beoogt draaideurconstructies tegen te gaan. Omdat de werknemer zelf een voortzetting van de werkzaamheden vanwege een conflict niet zag zitten, was de arbeidsovereenkomst met de oude werkgever beëindigd en was de werknemer vervolgens bij de nieuwe werkgever in dienst getreden. Ktr. Amsterdam (vzr.) 30 augustus 2010, JAR 2010/237 overwoog daarentegen dat het voor de vraag of sprake is van een opvolgend werkgever in de zin van de ketenregeling irrelevant is of de werknemer zelf zijn arbeidsovereenkomst met de vorige werkgever heeft opgezegd.

42 HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3782, JAR 2006/190 (Boekenvoordeel/Isik).

43 Deze discussie ging dus niet over de vraag of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd meetelt in de keten, want daarover is artikel 7:668a lid 2 BW duidelijk. Ofschoon in het arrest Boekenvoordeel/Isik een arbeidsovereenkomst voor *bepaalde* tijd door de curator was opgezegd, kan de ketenregeling naar het oordeel van Hof Den Haag 3 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH5977, JAR 2009/108 ook van toepassing zijn als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door de curator is opgezegd (ook Ktr. Eindhoven (vzr.) 17 juli 2007, JAR 2007/218). Daarnaast waren er rechters die tot uitgangspunt namen dat artikel 7:668a lid 2 BW alleen betrekking heeft op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd: Ktr. Helmond 12 mei 2004, JAR 2004/140; Ktr. Sittard-Geleen (vzr.) 9 maart 2005, JAR 2005/93; Ktr. Gorinchem (vzr.) 21 februari 2006, ECLI:NL:RBDOR:2006:AV7033, JAR 2006/72; Ktr. Roermond (vzr.) 5 april 2007, ECLI:NL:RBROE:2007:BA3448, RAR 2007/95.

Isik blijkt dat een faillissement opvolgend werkgeverschap niet doorbreekt.⁴⁴ Het lijkt er wel op dat sommige rechters sinds het arrest Van Tuinen/Wolters strenger zijn gaan toetsen. In 2013 oordeelde de Kantonrechter Amsterdam dat voortzetting van de exploitatie onvoldoende was. Omdat de directeur en eigenaar van de nieuwe werkgever geen specifieke kennis van de vorige werkgever had en de vorige werkgever niet tot hetzelfde concern behoorde, was geen sprake van opvolgend werkgeverschap. Daarbij was volgens de rechter van belang dat gesteld noch gebleken was dat de voormalige directeur van de gefailleerde werkgever bijvoorbeeld aanwezig was geweest bij het sollicitatiegesprek van de werknemer bij de nieuwe werkgever, of op een andere wijze voorafgaand aan de indiensttreding inhoudelijk met de nieuwe werkgever had gesproken over de werknemers.⁴⁵ In de zaak bij het Hof Den Bosch werd wel aangenomen dat sprake was van 'zodanige banden' tussen beide werkgevers, omdat kort gezegd sprake was van een

- 44 Inzake proeftijd: Ktr. Den Bosch 10 augustus 2004, JAR 2004/213 nam aan dat zodanige banden aanwezig waren omdat sprake was van een doorstart na een faillissement, waarbij dezelfde werkzaamheden op dezelfde locatie met dezelfde collega's werden uitgevoerd en onder verantwoordelijkheid van dezelfde directie. Zie ook Ktr. Eindhoven (vzr.) 17 juli 2007, JAR 2007/218. Inzake de ketenregeling: Ktr. Nijmegen 28 februari 2003, JAR 2003/270; Ktr. Groningen (vzr.) 14 juli 2005, ECLI:NL:RBGRO:2005:AT9355, JAR 2005/181; Hof Den Bosch 7 november 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BA4209, RAR 2007/90; Ktr. Roermond (vzr.) 5 april 2007, ECLI:NL:RBROE:2007:BA3448, RAR 2007/95; Ktr. Eindhoven (vzr.) 17 juli 2007, JAR 2007/218; Ktr. Gorinchem (vzr.) 5 maart 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BC7458, JAR 2008/97; Ktr. Amersfoort (als ontbindingsrechter en vzr.) 14 oktober 2008, JAR 2009/3; Hof Den Haag 16 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM5878, RAR 2010/116; Ktr. Venlo 19 januari 2011, JAR 2011/182. Ook in de uitspraak van Ktr. Apeldoorn 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY3283, Prg. 2013/23 (een uitspraak van na het arrest Van Tuinen/Wolters) werd aangenomen dat artikel 7:668a lid 2 BW ook van toepassing is als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de werkgever door faillissement is geëindigd. De rechter oordeelde dat indien de hoofdwerkzaamheden van het bedrijf hetzelfde zijn gebleven, de helft van het personeel is overgegaan en de naam en locatie hetzelfde zijn gebleven, sprake is van een opvolgend werkgever. Deze rechter leek echter nog niet bekend te zijn met de toepasselijkheid van de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie.
- 45 Ktr. Amsterdam (vzr.) 28 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529, JAR 2013/182. Ook uit Ktr. Amsterdam (vzr.) 13 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA1389, JAR 2013/147 blijkt een strikte toets. De werknemer moet stellen en bij betwisting bewijzen dat de vorige werkgever inzicht had in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer of in enig opzicht misbruik heeft getracht te maken van het identiteitsverschil, aldus de Amsterdamse rechter. Ktr. Groningen 12 september 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:8269 paste het arrest Van Tuinen/Wolters eveneens toe bij artikel 7:667 lid 5 BW. Deze rechter achtte in deze zaak geen sprake van enige banden tussen beide werkgevers en verwees voor de onderbouwing naar zijn daaraan voorafgaande overweging waarbij het beroep op artikelen 7:662 e.v. BW door deze rechter werd afgewezen.

S. Palm

voortzetting van de activiteit door een ondernemer die banden had met de vorige (inmiddels gefailleerde) werkgever.⁴⁶

5 De reactie van de regering op Van Tuinen/Wolters in het voorstel Wet werk en zekerheid

Het toepassingsbereik van het leerstuk opvolgend werkgeverschap zal zich verder uitbreiden indien het voorstel Wet werk en zekerheid wordt aangenomen.⁴⁷ In het wetsvoorstel wordt de hiervoor behandelde proeftijdjurisprudentie gecodificeerd in een nieuw artikel 7:652 lid 8 aanhef en onder d en e BW, en krijgt opvolgend werkgeverschap ook een geheel nieuwe loot aan de stam. Een werknemer bouwt op grond van dit wetsvoorstel gedurende zijn arbeidsovereenkomst een transitievergoeding op, waarop hij in beginsel recht heeft bij het einde van zijn arbeidsovereenkomst. Naarmate de werknemer langer in dienst is, heeft hij recht op een hogere transitievergoeding. Voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst worden één of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, samengeteld op grond van een nieuw artikel 7:673 lid 4 aanhef en onder b BW.⁴⁸ Volgens diezelfde regel is de berekeningsmethode ook van toe-

46 Hof Den Bosch 28 januari 2014, ECLI:GHSHE:2014:172. Een indirect aandeelhouder van de nieuwe werkgever was tevens (mede)aandeelhouder van de oude werkgever. Deze aandeelhouder had de activiteiten van de oude werkgever gekocht, twintig werknemers in dienst genomen en de activiteiten elders voortgezet. Daarnaast stelde het hof vast dat deze aandeelhouder zich ook actief bezighield met het reilen en zeilen van de nieuwe werkgever en ook degene was die de werknemer bij brief meedeelde dat de arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd en deze brief met de werknemer had besproken. Voor de beoordeling was irrelevant of deze aandeelhouder ook feitelijk leiding gaf bij de vorige werkgever en op de werkvloer aanwezig was, of dat andere personen bij de vorige werkgever de leiding hadden en deze personen niet bij de nieuwe werkgever betrokken waren. Interessant is bijvoorbeeld hoe thans de uitspraak van Hof Den Haag 16 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM5878, RAR 2010/116 zou moeten worden beoordeeld. De werkgever ging failliet. Uit het proces-verbaal blijkt dat de inventaris en voorraad waren verkocht aan de nieuwe werkgever. Vóór het faillissement werden door de werknemer installatiewerkzaamheden op bouwplaatsen verricht en na het faillissement werd in opdracht van Bruynzeel bij particulieren aan de installatie van keukens gewerkt. De werknemer ging zich bij de nieuwe werkgever ook bezighouden met de installatie van keukens. Volgens het hof ging het om dezelfde arbeid en was dus sprake van opvolgend werkgeverschap. Aan dat oordeel doet volgens het hof niet af dat de nieuwe werkgever in een andere branche actief was, er een andere collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing was en het klantenbestand niet gelijk bleef. Zou in het licht van het arrest Van Tuinen/Wolters nog voldoende zijn dat slechts de voorraad en inventaris worden overgenomen, terwijl geen sprake is van een voortzetting van dezelfde onderneming? In de hiervoor genoemde uitspraak van Hof Den Bosch 28 januari 2014, ECLI:GHSHE:2014:172 lijkt het hof bijvoorbeeld evenzeer het voortzetten van de activiteiten relevant te achten.

47 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 2 (voorstel van wet).

48 Deze bepaling maakt geen onderscheid tussen arbeidsovereenkomsten voor bepaalde of onbepaalde tijd.

passing in geval van opvolgend werkgeverschap.⁴⁹ Bij opeenvolgende arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen maakt het voor de berekening van de transitievergoeding volgens de regering niet uit of het gaat om dezelfde werkzaamheden. In geval van opvolgend werkgeverschap zijn de werkzaamheden wel relevant. Overigens, de bepaling dat de transitievergoeding niet verschuldigd is in geval van een faillissement (op grond van het nieuwe artikel 7:673c BW) betekent niet dat bij een doorstart na faillissement de opbouw van de transitievergoeding altijd opnieuw begint. De regering schreef in haar artikelsgewijze toelichting hierover het volgende:

‘In geval van faillissement en dus bij doorstart van een failliete onderneming of bij overname van een onderdeel uit een failliete boedel zullen de verschillende periodes in beginsel worden samengeteld (...), tenzij geen sprake is van zodanige banden tussen de elkaar opvolgende werkgevers dat toerekening in de rede ligt (...). Met deze samentelregeling wordt aangesloten bij hetgeen is geregeld in het huidige artikel 7:668a BW.’⁵⁰

Naar aanleiding van het ingediende wetsvoorstel vroegen de leden van de CDA-fractie hoe de regering de situatie beoordeelt dat door bedrijven van de ketenregeling zal worden afgeweken door het aanbieden van arbeidsovereenkomsten via verschillende besloten vennootschappen met personeel. Deze Kamerleden doelden mogelijk op de situatie dat een materiële werkgever een werknemer telkens via andere uitzendbureaus inleent, terwijl tussen die uitzendbureaus geen banden bestaan. In een dergelijk geval lijkt de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie moeilijk toepasbaar. De leden van de D66-fractie vroegen zich af of van de ketenregeling kon worden afgeweken doordat een uitzendbureau twee besloten vennootschappen opricht en de werknemer telkens van de ene naar de andere vennootschap wordt verschoven.⁵¹ De toepassing van de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie zou dan inderdaad kunnen worden ontweken indien de werknemer via de eerste besloten vennootschap wordt uitgeleend voor werkzaamheden die wezenlijk anders zijn dan de werkzaamheden die de werknemer vervolgens verricht via een uitlening door de tweede besloten vennootschap. Tussen beide vennootschappen zijn weliswaar banden aanwezig, maar de vaardigheden en verantwoordelijkheden zijn wezenlijk anders, zodat aan de criteria uit de proeftijdjurisprudentie niet is voldaan.

In haar memorie van toelichting sloot de regering nog expliciet aan bij de uitleg uit het arrest Van Tuinen/Wolters.⁵² In haar nota naar aanleiding van het verslag

49 Een nieuw artikel 7:673 lid 5 BW bepaalt wel dat in geval van een beëindiging van een voorafgaande arbeidsovereenkomst reeds een transitievergoeding is betaald, deze vergoeding in minder kan worden gebracht op de verschuldigde transitievergoeding.

50 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 111-112 (MvT). Voor wat betreft de gedachte achter de vraag waarom bij het bepalen van de hoogte van een ontslagvergoeding dienstjaren voorafgaand aan een faillissement zouden moeten meetellen, verwijs ik naar A. Avci & B.H.E. Veldmaat, *Dobelen met factor A na doorstart vanuit faillissement*, *ArbeidsRecht* 2009/44.

51 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 5, p. 11 (Verslag II).

52 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 111-112 (MvT).

S. Palm

en de nota van wijziging kwam de regering, met betrekking tot de uitleg van het leerstuk opvolgend werkgeverschap bij de ketenregeling en de transitievergoeding, terug op haar keuze voor aansluiting bij het arrest Van Tuinen/Wolters. De regering schreef dat met de uitleg uit het arrest Van Tuinen/Wolters een te beperkte invulling wordt gegeven aan het begrip ‘opvolgend werkgeverschap’ en dat constructies die door de leden van de CDA-fractie en D66-fractie werden omschreven, niet kunnen worden voorkomen.⁵³ Voor de beoordeling van de geldigheid van een proeftijdbeding blijft de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie wel van toepassing.⁵⁴ De nota van wijziging bevat het volgende tekstvoorstel voor artikel 7:668a lid 2 BW:

‘Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn.’

In het nieuwe artikel 7:673 lid 4 aanhef en onder b BW wordt de definitie van opvolgend werkgeverschap op een vergelijkbare wijze aangepast.⁵⁵ De regering lichtte deze voorgestelde tekstwijziging uit artikel 7:668a lid 2 BW en het nieuwe artikel 7:673 lid 4 aanhef en onder b BW als volgt toe:

‘(...) Bij nader inzien is de regering tot de conclusie gekomen dat de invulling die in deze jurisprudentie gegeven wordt aan het opvolgend werkgeverschap voor de toepassing van de ketenbepaling (en in het verlengde daarvan de bepaling met betrekking tot de transitievergoeding) te beperkt is. De regering is van mening dat voor de ketenbepaling ook sprake moet zijn van opvolgend werkgeverschap, als bijvoorbeeld het werk van een werknemer overgaat naar een andere werkgever, anders dan bij overgang van onderneming (waarbij de arbeidsovereenkomst immers in stand blijft). De situatie dat een concessie wordt verleend aan een andere werkgever en de werknemer “meeverhuist” naar de nieuwe werkgever, doet zich met enige regelmaat voor. Gelet op het doel van de ketenbepaling, namelijk dat een werknemer na zekere tijd, of een aantal tijdelijke contracten, moet kunnen beschikken over de zekerheid van een vast contract, is het, in het licht van jurisprudentie, wenselijk uitdrukkelijk te bepalen dat om als opvolgend werkgever te worden aangemerkt in het kader van de ketenbepaling en de transitievergoeding geen inzicht hoeft te bestaan in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. In het verlengde van de aanpassing van de ketenbepaling zal voor de transitievergoeding dezelfde regeling gelden, zodat in het gegeven voorbeeld de opbouw van

53 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 23 (NV II).

54 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 26 (NV II).

55 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 8, onderdeel 6 en onderdeel 12 (nota van wijziging). Opmerkelijk genoeg wordt de definitie in artikel 7:691 lid 5 BW, inzake opvolgend werkgeverschap bij uitzendovereenkomsten, niet aangepast.

de transitievergoeding doorloopt bij de nieuwe werkgever. Als bij de overgang naar de opvolgende werkgever reeds een transitievergoeding is betaald, dan kan deze, op grond van het voorgestelde artikel 7:673, vijfde lid, BW overigens wel in mindering gebracht worden op een eventueel op enig moment door de opvolgend werkgever te betalen transitievergoeding.

Voorts merkt de regering op dat constructies om de bepaling betreffende het opvolgend werkgeverschap te omzeilen, met de voorgestelde wijziging worden bestreden. Bij dat laatste wordt onder meer gedacht aan constructies waarin een werknemer na een dienstverband bij een werkgever, via een derde weer bij diezelfde werkgever, of bij een aan hem gelieerde BV aan de slag gaat. Aldus wordt voorgesteld in artikel 7:668a, tweede lid, BW en in artikel 7:673, vierde lid, onderdeel b, BW (onderdeel 12 van onderhavige nota van wijziging) te regelen dat ook sprake is van het doorlopen van de keten respectievelijk de opbouw van de transitievergoeding, als de opvolgende werkgever *geen* inzicht heeft in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. Er hoeven niet zodanige banden te bestaan tussen de opvolgende werkgevers, dat deze kennis over de werknemer beschikbaar is. Dit neemt niet weg dat er wel een aanleiding moet zijn waardoor de werknemer van de oude naar de nieuwe werkgever overgaat. Dit verband zal er vaak zijn als de aanleiding van het overgaan van de oude naar de nieuwe werkgever ingegeven is door een organisatorische of andere wijziging die zich bij een van de werkgevers voordeed. Dit is bijvoorbeeld aan de orde als de werknemer eerst als uitzendkracht voor een werkgever werkt, om vervolgens bij diezelfde werkgever in dienst te treden. Maar ook als een concessie wordt verleend aan de nieuwe werkgever, of een opdracht die eerder door de oude werkgever werd vervuld wordt aanbesteed aan de nieuwe werkgever, als gevolg waarvan de werknemer in dienst komt bij die nieuwe werkgever, is sprake van een aanleiding die bij de opvolgende werkgevers ligt. Dit is in het nieuw voorgestelde artikellid vervat doordat bepaald wordt dat de werkgevers redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn ten aanzien van de verrichte arbeid. Daarin is tevens vervat dat de werknemer bij de opvolgende werkgever vergelijkbare arbeid dient te gaan verrichten. Van opvolgend werkgeverschap is uiteraard geen sprake als de werknemer op eigen initiatief dezelfde arbeid bij een nieuwe werkgever gaat verrichten. De aanleiding voor het overgaan naar een nieuwe werkgever is dan immers niet gelegen bij een van de werkgevers.⁵⁶

De regering lijkt tot uitgangspunt te nemen dat opvolgend werkgeverschap 'vergelijkbare arbeid' vereist, maar dat niet noodzakelijk hoeft te zijn dat er enige banden tussen beide werkgevers bestaan. Relevant lijkt (onder andere) te zijn vanuit welke partij, werkgever of werknemer, de aanleiding tot wijziging zich heeft voorgedaan. Bij de verlening van een concessie is de wijziging het gevolg van een beslissing van de werkgever, terwijl als de werknemer de arbeidsovereenkomst opzegt en vervolgens bij een andere werkgever in dienst treedt, dat niet het geval is. Het gewijzigde wetsvoorstel is op 18 februari 2014 door de Tweede

56 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 8, p. 14-15 (nota van wijziging).

S. Palm

Kamer aangenomen, inclusief een aantal overgenomen respectievelijk aangenomen amendementen.

6 Analyse

6.1 *Eenzelfde belangenafweging?*

De Hoge Raad achtte de proeftijdjurisprudentie op artikel 7:668a lid 2 BW van toepassing omdat sprake zou zijn van eenzelfde belangenafweging. In de literatuur zijn kritische kanttekeningen bij deze overweging geplaatst. Een opvolgend werkgever heeft minder belang bij het bedingen van een proeftijd dan het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, aldus De Wolff.⁵⁷ Loesberg vindt dat artikel 7:668a BW ‘weinig althans niet alleen te maken [heeft] met de werkgever de kans te geven om proefondervindelijk inzicht te krijgen in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer’. Het belang van de werknemer om niet onbeperkt werkzaam te zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is in de woorden van Loesberg minder pregnant dan het belang van de werknemer dat de proeftijd niet (te) lang duurt.⁵⁸ Bouwens merkte daarentegen op dat de regering bij de totstandkoming van de Wet flexibiliteit en zekerheid afzag van een verruiming van de toegestane duur van de proeftijd omdat de ketenregeling werd ingevoerd. Aldus lijkt Bouwens (impliciet) tot uitgangspunt te nemen dat de wetgever uitging van eenzelfde belangenafweging.⁵⁹ De wetgever koos inderdaad niet voor een verruiming van de duur van het proeftijdbeding omdat werkgevers gebruik konden maken van de ketenregeling.⁶⁰ De wetgever zag een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd echter niet uitsluitend als een verlengde proeftijd voor complexe functies en gaf ook andere redenen voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

6.2 *Waarom dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden?*

Voor zover inderdaad (deels) sprake is van eenzelfde belangenafweging, verklaart dat overigens nog niet waarom de werkzaamheden (en volgens sommige rechters ook het salaris en de overige arbeidsvoorwaarden) een rol moeten spelen bij opvolgend werkgeverschap. Van der Voet ziet bijvoorbeeld geen reden het tweede lid van artikel 7:668a BW te beperken tot dezelfde werkzaamheden, terwijl het eerste lid die eis niet stelt.⁶¹ Volgens Loonstra en Zondag betekenen de woorden ‘ten aanzien van de verrichte arbeid’ in het tweede lid van artikel 7:668a BW ‘dezelfde soort arbeid’, maar zij pleiten niettemin voor een andere uitleg bij de

57 D.J.B. Wolff, Opvolgend werkgeverschap: onduidelijkheid blijft, *ArbeidsRecht* 2013/41.

58 E. Loesberg, noot bij JOR 2012/278.

59 W.H.A.C.M. Bouwens, Opvolgend werkgeverschap en faillissement, SMA 2007/3, p. 101-108, en W.H.A.C.M. Bouwens, Opvolgend werkgeverschap, *Ars Aequi* 2012, p. 936.

60 De Stichting van de Arbeid beargumenteerde dat vooral in meer complexe functies de gerechtvaardigde behoefte kan bestaan aan een langere proefperiode. Voor het bereiken van een lange proefperiode kunnen werkgevers één of meer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met een werknemer sluiten (Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 7 (MvT)).

61 G.W. van der Voet, Een uniforme uitleg van het begrip ‘opvolgend werkgeverschap’? *AR Updates* 2012, 04.

toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW. Ook ingeval een werknemer verschillende functies heeft verricht, zou volgens hen sprake moeten zijn van opvolgend werkgeverschap.⁶² Doornbos acht de band tussen beide werkgevers voor de ketenregeling veel belangrijker dan de vraag of de werkzaamheden overeenstemmen.⁶³ Waarom heeft de Hoge Raad dan dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden – en dus de werkzaamheden – vooropgesteld? In mijn optiek ligt een mogelijke verklaring hiervoor in de ontwikkeling van het leerstuk opvolgend werkgeverschap.

Toen het leerstuk opvolgend werkgeverschap bij wet van 17 december 1953 voor het eerst werd gehanteerd, had het slechts betrekking op de berekening van de opzegtermijn bij opeenvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers. De wetgever zag zowel bij invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 als bij voornoemde wet van 17 december 1953 af van een algemene regeling voor de situatie dat een werkgever zijn onderneming overdraagt. Noch wenste de wetgever het leerstuk opvolgend werkgeverschap als ‘ondersteunende’ norm toe te passen bij andere bepalingen waarbij voor de vaststelling van specifieke rechtsgevolgen een eerdere arbeidsovereenkomst of aanstelling met *dezelfde* werkgever bepalend is. Bij opvolgend werkgeverschap dacht de wetgever toen hoofdzakelijk aan verschuivingen van personeel binnen een concern en aan situaties die thans kwalificeren als een overgang van onderneming ex artikel 7:662 BW. Door de invoering van de artikelen 7:662-666 BW leek de toepassing van het leerstuk van opvolgend werkgeverschap minder noodzakelijk voor situaties waarin de onderneming werd overgedragen.

Het belang van opvolgend werkgeverschap kwam vervolgens pregnant naar voren in de situatie waarin moest worden geoordeeld over de geldigheid van een proeftijdbeding bij een opvolgende arbeidsovereenkomst met een andere werkgever. De Hoge Raad had reeds geoordeeld dat een proeftijdbeding in een opvolgende arbeidsovereenkomst met dezelfde werkgever niet geldig is indien geen wezenlijke andere vaardigheden en verantwoordelijkheden worden vereist. In geval van opvolgend werkgeverschap moesten in aanvulling daarop tussen beide werkgevers zodanige banden bestaan, dat het inzicht van de eerste werkgever inzake deze vaardigheden en verantwoordelijkheden van de werknemer in redelijkheid aan de nieuwe werkgever moesten kunnen worden toegerekend. Het eerste vereiste – dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden – lijkt dus primair verband te houden met het specifieke karakter van het proeftijdbeding.

Wellicht dat de focus op de inhoud van de arbeidsovereenkomst – in het bijzonder de werkzaamheden – is versterkt doordat de wetgever vanaf de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid in 1999 voornamelijk dacht aan situaties waarin een werknemer dezelfde werkzaamheden eerst op basis van een uitzendovereenkomst bij de materiële werkgever verrichtte. Door het gebruik van uitzendconstructies te scharen onder opvolgend werkgeverschap heeft de wetgever beoogd draaideurconstructies te voorkomen. In plaats van het accent op een overgang van de

62 C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 485.

63 F.K. Doornbos, *Ik wou dat ik één hondje was gebleven*, *ArbeidsRecht* 2004/20.

S. Palm

onderneming werd bij opvolgend werkgeverschap de aandacht verlegd naar een ‘overgang dan wel voortzetting van de arbeidsverhouding’. Hoewel uit de parlementaire geschiedenis nergens expliciet blijkt dat de wetgever – in tegenstelling tot artikel 7:667 lid 4 BW – vereist dat de werknemer dezelfde werkzaamheden verricht, lijkt het toch redelijk in dergelijke situaties meer aandacht te besteden aan de gelijkenissen qua inhoud van de eerdere en de latere arbeidsovereenkomst. Willems en Loesberg onderschrijven het argument dat het vereiste van dezelfde werkzaamheden uit de parlementaire geschiedenis blijkt. Zij schreven dat de formulering van artikel 7:668a lid 2 BW afkomstig is uit een amendement op het wetsvoorstel van 15 maart 1990 over een herziening van het ontslagrecht.⁶⁴ De opstellers van dit amendement verwezen naar draaibeurconstructies waarin eenzelfde werknemer *dezelfde* werkzaamheden afwisselend op uitzendbasis en dan weer op basis van een arbeidsovereenkomst uitvoerde.⁶⁵ Hoewel beide auteurs enigszins selectief uit de wetsgeschiedenis (van een gesneuveld wetsvoorstel) selecteren, is het verdedigbaar dat de wetgever met artikel 7:668a lid 2 BW, artikel 7:667 lid 5 BW, artikel 7:691 lid 5 BW, artikel 2 lid 1 WAA en artikel 6:3 lid 1 WAZO hoofdzakelijk tot doel had te voorkomen dat de rechten van werknemers via een draaibeurconstructie worden gekort, en in de omschrijving van een draaibeurconstructie was altijd sprake van dezelfde werkzaamheden terwijl enkel de formele werkgever wisselde.⁶⁶

Wellicht dat de Hoge Raad zich eveneens gesteund zag in de rechtspraak. In vrijwel alle gepubliceerde uitspraken achtte de rechter voor de beoordeling of sprake is van opvolgend werkgeverschap relevant of (nagenoeg) dezelfde werkzaamhe-

64 P.W.H.M. Willems, De verhouding tussen de Ragetlie-regel versus de ketenregeling, *Arbeids-Recht* 2009/34; E.M. Loesberg, De Hoge Raad en de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd: beschouwingen naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 14 juli 2006, *ArA* 2007/1, p. 104, noot 9.

65 Kamerstukken II 1991/92, 21479, 32 (gewijzigd amendement van de leden Brouwer en Zijlstra ter vervanging van de amendementen onder 28); Kamerstukken II 1989/90, 21479, 2 (voorstel van wet).

66 Zie ook Willems 2009.

den worden uitgevoerd.⁶⁷ In slechts een relatief beperkt aantal gepubliceerde uitspraken inzake de ketenregeling kwam de vraag of sprake was van dezelfde werkzaamheden niet uitdrukkelijk aan de orde.⁶⁸ In een aantal uitspraken van zowel voor als na het arrest Van Tuinen/Wolters wogen rechters eveneens een wijziging van het salaris en een verandering van de arbeidsvoorwaarden (waarmee ik in dit verband niet de functie bedoel) mee.⁶⁹ Het salaris en de arbeidsvoorwaarden acht ik wat opvolgend werkgeverschap bij de ketenregeling betreft niet (meer) juist, omdat de Hoge Raad uitdrukkelijk de proeftijdjurisprudentie toepast bij de ketenregeling en het salaris en de arbeidsvoorwaarden bij de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie geen rol spelen.

6.3 *Waarom – en wat zijn – zodanige banden?*

Ofschoon de Hoge Raad in het arrest Van Tuinen/Wolters voor het eerst oordeelde dat sprake moet zijn van ‘zodanige banden’, kwam ook in de rechtspraak van vóór het arrest Van Tuinen/Wolters duidelijk naar voren dat enige banden

67 Vóór Van Tuinen/Wolters o.a.: Ktr. Nijmegen 28 februari 2003, JAR 2003/270; Ktr. Rotterdam (vzr.) 24 april 2003, JAR 2003/122; Ktr. Amsterdam (vzr.) 16 februari 2004, JAR 2004/55; Ktr. Bergen op Zoom 16 februari 2005, JAR 2005/71; Ktr. Den Haag 20 juli 2005, JAR 2005/211; Ktr. Zwolle 14 maart 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AX5372, JAR 2006/150; Hof Den Bosch 7 november 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BA4209, RAR 2007/90; Ktr. Delft 9 november 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ5219, Prg. 2007/12; Ktr. Eindhoven (vzr.) 17 juli 2007, JAR 2007/218; Hof Amsterdam 26 juli 2007, JAR 2007/243 (in deze uitspraak werd beoordeeld of de eerdere en latere functie onderling uitwisselbaar waren); Ktr. Gorinchem (vzr.) 5 maart 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BC7458, JAR 2008/97; Hof Den Haag 3 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH5977, JAR 2009/108 (onder de vastgestelde feiten staat vermeld dat het om ‘exact dezelfde werkzaamheden’ gaat); Ktr. Groningen (vzr.) 13 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI2789 (aansluiting bij proeftijdjurisprudentie); Ktr. Heerenveen (vzr.) 11 november 2009, JAR 2010/6; Hof Den Haag 16 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM5878, RAR 2010/116; Ktr. Amsterdam (vzr.) 30 augustus 2010, JAR 2010/237; Hof Leeuwarden 12 oktober 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO0521, JAR 2010/313; Ktr. Heereveen 24 november 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO5134; Ktr. Heerlen 2 november 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BW8463, Prg. 2012/201; Ktr. Enschede 3 januari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV0155, JAR 2012/41 (de arbeid bleef hetzelfde; wel was sprake van een “natuurlijk” verdergaande ontwikkeling van de functie). Na Van Tuinen/Wolters o.a.: Ktr. Nijmegen (vzr.) 26 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW9944, RAR 2012/139; Hof Leeuwarden 26 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW9837, JAR 2012/206; Ktr. Heerenveen 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0814, RAR 2013/24; Ktr. Apeldoorn 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY3283, Prg. 2013/23; Ktr. Amsterdam (vzr.) 28 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529, JAR 2013/182; Ktr. Utrecht (vzr.) 1 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ6335; Ktr. Amsterdam (vzr.) 13 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA1389, JAR 2013/147; Hof Amsterdam 25 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4690, JAR 2013/210; Hof Den Bosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:172.

68 O.a.: Hof Leeuwarden 17 maart 2004, JAR 2004/99; Ktr. Sittard-Geleen (vzr.) 9 maart 2005, JAR 2005/93; Ktr. Groningen (vzr.) 14 juli 2005, ECLI:NL:RBGRO:2005:AT9355, JAR 2005/181; Ktr. Roermond (vzr.) 5 april 2007, ECLI:NL:RBROE:2007:BA3448, RAR 2007/95; Ktr. Venlo 19 januari 2011, JAR 2011/182.

69 Ktr. Den Haag 20 juli 2005, JAR 2005/211; Ktr. Apeldoorn 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY3283, Prg. 2013/23; Ktr. Amsterdam (vzr.) 13 mei 2013, JAR 2013/147; Hof Den Haag 16 juli 2013, JAR 2013/230. Ktr. Zwolle 14 maart 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AX5372, JAR 2006/150 woog de beloning mee als een van de relevante omstandigheden voor de beoordeling of sprake was van eenzelfde functie.

S. Palm

tussen beide werkgevers moeten bestaan voor de toepassing van de ketenregeling.⁷⁰ Slechts in een zeer beperkt aantal uitspraken van vóór het arrest Van Tuinen/Wolters oordeelden rechters expliciet dat een bepaalde band tussen de oude en nieuwe werkgever irrelevant is.⁷¹ De vraag is wel of sinds Van Tuinen/Wolters artikel 7:668a lid 2 BW minder snel van toepassing is in geval van een faillissement. De Wolff beantwoordde deze vraag negatief. Ten eerste kwam de Hoge Raad volgens De Wolff niet uitdrukkelijk terug op zijn arrest Boekenvoordeel/Isik. Ten tweede, de Hoge Raad oordeelde in Van Tuinen/Wolters over een situatie waarin sprake was van een aanbesteding van werkzaamheden.⁷² De nieuwe en oude werkgever zijn dan slechts elkaars concurrenten. Tot slot, de regering noemde tijdens de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk een bedrijfs-overname.⁷³ Van der Pijl deelt de argumenten van De Wolff niet, want het zodanige-bandencriterium kwam pas bij Van Tuinen/Wolters voor het eerst aan de orde, en in Boekenvoordeel/Isik bestond ook geen enkele band tussen beide werkgevers.⁷⁴ In geval van een doorstart na een faillissement wordt in het merendeel van de uitspraken van vóór het arrest Van Tuinen/Wolters inzake de proeftijd en ketenregeling aangenomen dat sprake is van opvolgend werkgeverschap.⁷⁵ Sommige rechters zijn sinds het arrest Van Tuinen/Wolters strenger gaan toetsen. Over hoe het criterium zodanige banden moet worden uitgelegd, bestaat geen eensgezindheid. Het criterium lijkt enerzijds strikter te zijn dan bijvoorbeeld 'de

70 Soms oordeelden de rechters niet uitdrukkelijk dat sprake was van zodanige banden, maar bleek uit de casus wel duidelijk dat sprake was van zodanige banden (zie: Hof Amsterdam 26 juli 2007, JAR 2007/243). Ktr. Groningen (vzr.) 13 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI2789 zocht toen al uitdrukkelijk aansluiting bij het proeftijdjurisprudentie.

71 Volgens Ktr. Nijmegen 28 februari 2003, JAR 2003/270 was voor de toepassing van de ketenregeling, alsook voor de toepassing van de Ragetlie-regel, irrelevant of beide werkgevers met elkaar konden worden geïdentificeerd, want dat vraagstuk speelde volgens deze rechter alleen bij een overgang van onderneming. Ktr. Delft 9 november 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ5219, Prg. 2007/12 zag (overigens in een ontbindingsprocedure) het opvolgende detachingsbureau als opvolgend werkgever in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW terwijl niet kwam vast te staan dat sprake was van enige band met het voorgaande detachingsbureau. Voor de rechter was voldoende dat de werknemer tijdens zijn beide detacheringen steeds bij dezelfde inlener werkte. Het vorige detachingsbureau wilde in deze casus de arbeidsovereenkomst niet verlengen met de werknemer vanwege de ketenregeling, en de werknemer benaderde zelf het andere detachingsbureau. Ktr. Eindhoven (vzr.) 17 juli 2007, JAR 2007/218 achtte voor de beoordeling van een rechtsgeldig proeftijdbeding het zodanige bandencriterium wel relevant, maar leek voor de ketenregeling een soepelere toets te hanteren.

72 In geval van concessie – waarin tussen de eerdere en latere werkgever geen banden bestaan – staat met het arrest Van Tuinen/Wolters inderdaad vast dat geen sprake is van opvolgend werkgeverschap. Deze conclusie wordt in de lagere rechtspraak bevestigd: Ktr. Groningen (vzr.) 13 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI2789; Hof Leeuwarden 12 oktober 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO0521, JAR 2010/313; Ktr. Heerenveen 24 november 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO5134; Hof Leeuwarden 19 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW8942, Prg. 2012/202; Ktr. Heerenveen 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0814, RAR 2013/24. Alleen Ktr. Heerenveen (vzr.) 11 november 2009, JAR 2010/6 oordeelde in een zaak tegen Taxi-centrale L. Wolters B.V. anders.

73 Wolff 2013.

74 J. van der Pijl, Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet? ArbeidsRecht 2013/38.

75 Zie voetnoot 45.

overgang, ten gevolge van een overeenkomst' als bedoeld in artikel 7:662 lid 2 onder b BW. Bij een uitleg analoog aan de ruime interpretatie van het begrip 'overeenkomst' uit artikel 7:662 BW zou in het arrest Van Tuinen/Wolters immers mogelijk wel sprake kunnen zijn geweest van zodanige banden tussen beide werkgevers.⁷⁶ Anderzijds is een aansluiting bij artikel 7:662 lid 2 onder b BW weer te beperkt. De Wolff schreef dat voor de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW geen aansluiting moet worden gezocht bij de rechtsfiguur overgang van onderneming, omdat deze rechtsfiguur geen bescherming biedt als werknemers worden verschoven binnen een concern en in de relatie tussen een materiële werkgever en een uitzendbureau.⁷⁷ Zowel in het kader van de geldigheid van een proeftijdbeding als bij de ketenregeling hebben diverse rechters bevestigd dat binnen een concern sprake kan zijn van opvolgend werkgeverschap.⁷⁸ Van der Pijl kwam met een gezichtspuntencatalogus, die weer uitsluitend bedoeld lijkt te zijn voor doorstartsituaties.⁷⁹ Van Haelst schreef dat indien de tot aanstelling bevoegde functionaris bij de nieuwe werkgever reeds inzicht verkreeg in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer gedurende zijn arbeidsovereenkomst bij zijn vorige werkgever, sprake zou moeten zijn van opvolgend werkgeverschap.⁸⁰ De suggestie van Van Haelst lijkt uit te gaan van een criterium waarbij de nieuwe werkgever daadwerkelijk inzicht had in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer. Wat het rechtsgeldig overeenkomen van een proeftijdbeding betreft, oordeelde de Hoge Raad eerder dat daadwerkelijk inzicht niet vereist is. Volgens de Hoge Raad moet het inzicht in redelijkheid aan de nieuwe werkgever kunnen worden toegerekend.

76 Vgl. HvJ EG 19 mei 1992, C-29/91, NJ 1992/476 (Sophie Redmond Stichting).

77 Wolff 2013.

78 Inzake het proeftijdbeding: volgens Hof Den Bosch 9 oktober 1990, Prg. 1991/3446 kan het gegeven dat een directeur bij de ene werkgever tevens aandeelhouder is bij een andere werkgever, in combinatie met andere feiten, leiden tot de conclusie dat sprake is van zodanige banden. (Een winkel-in-winkelconcept, waarbij een werkgever een winkel heeft binnen een winkel van een andere werkgever, was volgens Ktr. Utrecht (vzr.) 12 juli 2004, JAR 2004/230 daarentegen onvoldoende voor toerekening van kennis van de ene werkgever aan de andere.) Inzake de ketenregeling: Ktr. Amsterdam (vzr.) 30 augustus 2010, JAR 2010/237 (grensoverschrijdend); Ktr. Heerlen 2 november 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BW8463, Prg. 2012/201; Hof Leeuwarden 26 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW9837, JAR 2012/206; Hof Leeuwarden 10 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX1976, JAR 2012/242 (contractuele functie en werklocatie waren hetzelfde gebleven en de directeur die de arbeidsovereenkomsten voor beide werkgevers sloot was dezelfde persoon); Ktr. Utrecht (vzr.) 1 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ6335 (één ondernemer dreef twee ondernemingen).

79 Volgens Van der Pijl zijn de volgende factoren bepalend voor de invulling van het zodanige-banden criterium, namelijk (a) de betrokkenheid van bestuurder/aandeelhouder van de gefailleerde werkgever bij de doorstarter, (b) de verschillende werkgevers zijn geen voormalig concurrenten, (c) de doorstart is voorbereid, (d) de leidinggevende van de werknemer van de gefailleerde werkgever gaat mee over naar de nieuwe werkgever, (e) de personeelsfunctionarissen gaan mee over van de oude op de nieuwe werkgever, (f) vertegenwoordigers van de oude werkgever zijn betrokken bij de sollicitatieprocedures dan wel selectie van de werknemers door de doorstarter (Van der Pijl 2013).

80 M.A. Haelst, Reikwijdte 'opvolgend werkgeverschap' van Van Tuinen-arrest, TAP 2012, p. 263. Zie ook Bouwens 2012, p. 937.

S. Palm

Wat een doorstart na een faillissement betreft, merk ik nog het volgende op. Bouwens stelt voor dat in geval van een faillissement sprake is van opvolgend werkgeverschap indien in feite dezelfde ondernemer de onderneming na faillissement voortzet, althans overneemt, en niet als een willekeurige derde de onderneming overneemt.⁸¹ Als men kijkt naar de wetsgeschiedenis, is niet ondenkbaar dat de Hoge Raad heeft willen aansluiten bij de visie van Bouwens. De noodzaak tot bescherming van bepaalde rechten van een werknemer in geval van een bedrijfs-overname via het leerstuk opvolgend werkgeverschap heeft met de invoering van (de voorloper van) artikel 7:662-666 BW aan belang verloren. Uiteraard geldt dit niet in het geval van een faillissement, maar daar had de wetgever nu juist een uitdrukkelijke keuze gemaakt. Bij een faillissement is vanuit dat perspectief nog slechts sprake van opvolgend werkgeverschap indien dezelfde ondernemer een doorstart maakt of indien voorafgaand aan het faillissement al zeer nauwe banden bestonden tussen beide werkgevers (zoals bij concernverhoudingen). In elk geval lijkt mij voor de beoordeling niet relevant of de nieuwe werkgever bijvoorbeeld voorafgaand aan de bedrijfs-overname inzicht had in de personeelsdossiers. Een werkgever die beschikt over uitvoerige informatie van een potentieel nieuwe werknemer, bijvoorbeeld omdat de voormalige leidinggevende van deze werknemer ook bij de nieuwe werkgever is gaan werken, mag immers een proeftijdbeding sluiten. De kennis van de leidinggevende sluit namelijk niet uit dat de werknemer niet past binnen de nieuwe organisatie.⁸²

Als het gaat om de vraag of het inzicht van de vorige werkgever in redelijkheid aan de nieuwe werkgever kan worden toegerekend, blijft opvolgend werkgeverschap slechts relevant in concernverhoudingen. En zoals eerder opgemerkt, is het criterium zodanige banden moeilijk toepasbaar bij uitzendconstructies.⁸³ De Hoge Raad paste de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie immers niet toe in geval een werknemer eerst op basis van een uitzendovereenkomst zijn werkzaamheden voor dezelfde werkgever heeft uitgevoerd. Dit verklaart wellicht het slot van rechtsoverweging 3.4 van het arrest Van Tuinen/Wolters, waarin de Hoge Raad overwoog dat ‘gesteld noch gebleken [is] dat Wolters langs andere weg inzicht had in de hoedanigheden en geschiktheid van Van Tuinen’. Bouwens bepleit om in dergelijke gevallen zonder meer aan te nemen dat sprake is van opvolgend werkgeverschap.⁸⁴

6.4 *Complicaties in geval van koerswijziging door de Wet werk en zekerheid*

De keuze van de Hoge Raad voor de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie lijkt een compromis en in sommige gevallen, zoals bij inleenconstructies, moeilijk toe-

81 Bouwens 2007, p. 101-108.

82 Anders E. Loesberg, noot bij JOR 2013/221.

83 Het criterium speelt uiteraard wel een rol als de werknemer op basis van opvolgende uitzendovereenkomsten in dienst is van verschillende uitzendbureaus – die aan elkaar gelieerd zijn – en deze uitzendbureaus de werknemer voor dezelfde werkzaamheden uitlenen. (In dat geval is overigens niet zeker of ook vereist is dat de uitzendkracht de werkzaamheden op dezelfde werkplek moet voortzetten, dus voor dezelfde inlener (vgl. Hof Den Bosch 19 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1929, r.o. 4.21).

84 Bouwens 2012, p. 937.

pasbaar. Indien de Wet werk en zekerheid in haar huidige vorm in werking treedt, wordt de uitleg van het leerstuk opvolgend werkgeverschap nog complexer. Voor sommige bepalingen moet dan voor een geslaagd beroep op opvolgend werkgeverschap sprake zijn van zodanige banden, terwijl voor andere bepalingen slechts relevant is of hetzelfde werk is voortgezet. Overigens dient in dat laatste geval wel 'in redelijkheid' sprake te zijn van een opvolgend werkgever. Van opvolgend werkgeverschap is bijvoorbeeld geen sprake indien de werknemer zelf heeft opgezegd, aldus de regering.⁸⁵ De vraag of een werknemer zelf heeft opgezegd leidt weer tot complicaties bij de toepassing van de Ragetlie-regel. De Hoge Raad heeft in het arrest De Witte/Pekel uit 2013 bepaald dat onder een 'rechtsgeldige opzegging' als bedoeld in artikel 7:667 lid 4-5 BW niet valt een opzegging door de werknemer.⁸⁶ Ook bij een concessie kan het leerstuk opvolgend werkgeverschap behoorlijk complex worden. Indien de winnaar van een aanbesteding op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst de verplichting heeft een werknemer van de verliezer een arbeidsovereenkomst aan te bieden, is deze verliezer dan nog verplicht een transitievergoeding te betalen? Daarnaast is met de koerswijziging van de regering bij een concessie geen, althans niet altijd, sprake van opvolgend werkgeverschap ten aanzien van de proeftijd, maar is de nieuwe werkgever wel als opvolger ten aanzien van de ketenregeling en de transitievergoeding te beschouwen. De winnaar van de aanbesteding mag de arbeidsovereenkomst met de nieuwe werknemer tijdens de proeftijd opzeggen, maar is in bepaalde gevallen dan wel een transitievergoeding verschuldigd (indien de vorige werkgever deze niet of nog niet heeft uitbetaald).

Een alternatief voor de huidige interpretatie(s) van het leerstuk is in mijn optiek overigens denkbaar, en het belang van uniformiteit is tot op zekere hoogte wenselijk. Een mogelijk alternatief zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat deels wordt aangesloten bij de proeftijdjurisprudentie en deels bij het ondernemingsbegrip uit de regeling omtrent overgang van de onderneming. In dit alternatief is sprake van opvolgend werkgeverschap indien de werknemer bij de nieuwe arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde werkzaamheden gaat verrichten voor dezelfde economische eenheid (die in geval van een overgang haar identiteit heeft behouden) of binnen hetzelfde concern. Een dergelijke uitleg van het leerstuk opvolgend werkgeverschap omvat in elk geval personeelsverschuivingen binnen een concern, inleenconstructies en situaties waarin weliswaar sprake is van een overgang van onderneming, maar artikel 7:663 BW niet van toepassing is als gevolg van een faillissement. De norm lijkt tevens geschikt voor de beoordeling van de geldigheid van de proeftijd bij een nieuwe werkgever. Voornoemde interpretatie heeft wel tot gevolg dat in geval van een concessie niet altijd sprake is van opvolgend werkgeverschap. Indien de wetgever dat een onwenselijk gevolg acht, kan hij voor concessies aanvullende regels opstellen (vergelijkbaar met de Wet personenvervoer 2000) of een dergelijke verplichting overlaten aan partijen bij een collectieve arbeidsovereenkomst.

85 Tijdens de parlementaire behandeling van de wet van 17 december 1953 nam de wetgever overigens een vergelijkbaar standpunt in.

86 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2127, JAR 2014/34 (De Witte/Pekel).

S. Palm

Of nu gekozen wordt voor wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden of wezenlijk dezelfde werkzaamheden: het is eveneens wenselijk het begrip 'voortzetting' als bedoeld in artikel 7:667 lid 4-5 BW, de Ragetlie-regel, op eenzelfde wijze uit te leggen.⁸⁷ De Ragetlie-regel heeft zijn oorsprong in de herziening van het ontslagrecht bij wet van 17 december 1953.⁸⁸ Het toen ingevoerde artikel 1639f lid 3-4 Oud BW bepaalde dat indien een werkgever een voor bepaalde tijd overeengekomen arbeidsovereenkomst vervolgens voor bepaalde tijd voortzette, deze voortgezette arbeidsovereenkomst slechts kon eindigen door voorafgaande opzegging.⁸⁹ Uit het arrest Ragetlie/SLM volgt dat voorafgaande opzegging en de daarmee samenhangende ontslagbescherming evenzeer vereist zijn indien partijen een arbeidsovereenkomst voor *onbepaalde tijd* vervolgens voortzetten voor *bepaalde tijd*. Tevens blijkt uit dit arrest dat een werknemer deze ontslagbescherming slechts heeft indien sprake is van een voortzetting. In casu sloten partijen uiteindelijk een nieuwe overeenkomst voor de duur van zes maanden voor de functie *crewmember* tegen een ander salaris en andere secundaire arbeidsvoorwaarden. In hoger beroep oordeelde de rechtbank dat geen sprake was van een voortzetting, omdat de eerdere arbeidsovereenkomst namelijk niet alleen qua tijdsduur, 'maar ook voor wat betreft de salaris- en secundaire arbeidsvoorwaarden' te zeer verschilde van de latere arbeidsovereenkomst. Voorafgaande opzegging was daarom niet nodig. Een dergelijke waardering van feitelijke aard gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.⁹⁰ Het vereiste van voorafgaande opzegging ingeval partijen een voor *bepaalde tijd* overeengekomen arbeidsovereenkomst vervolgens voortzetten voor *bepaalde tijd*, verviel met de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid. De ketenregeling kwam daarvoor in de plaats. Op aandringen van leden van de Eerste Kamer werd via een reparatiewet het arrest Ragetlie/SLM daarentegen wel gecodificeerd in de

87 Zie ook S. Palm, JIN Geannoteerd 2014/1.

88 Wet van 17 december 1953, Stb. 1996, 405.

89 Kamerstukken II 1947/48, 881, 3, p. 7 (MvT).

90 HR 4 april 1986, NJ 1987/678. Overigens tijdens de parlementaire behandeling van artikel 1639f lid 3-4 Oud BW stelde de regering nog dat het niet relevant is of partijen de arbeidsovereenkomst 'al of niet op dezelfde voorwaarden' voortzetten (Kamerstukken II 1947/48, 881, 3, p. 7 (MvT)). Later tijdens de parlementaire behandeling vroegen leden van de Eerste Kamer of sprake was van een voortgezette arbeidsovereenkomst indien partijen de arbeidsovereenkomst op andere voorwaarden verlengen of in het geval een arbeidsovereenkomst in de loop der tijd geheel van karakter verandert (Kamerstukken I 1953/54, 881, 37a (EV I)). De minister antwoordde dat in deze gevallen 'steeds dezelfde (voortgezette) dienstbetrekking bestaat' (Kamerstukken I 1953/54, 881, 37b, p. 1 (NEV I)). Kenmerkend is wellicht dat toentertijd ook auteur Arnold bij de bespreking van het begrip voortzetting in het geheel geen aandacht besteedde aan de werkzaamheden en de arbeidsvoorwaarden (J.G.M. Arnold, Het begrip 'Voortgezette dienstbetrekking' in het nieuwe ontslagrecht, SMA 1954, p. 488-490).

vorm van artikel 7:667 lid 4 BW.⁹¹ Tijdens de parlementaire behandeling van artikel 7:667 lid 4 BW merkte de regering op dat de kwalificatie voortzetting vereist dat de voorafgaande arbeidsovereenkomst qua rechtskarakter niet wezenlijk verschilt van de huidige arbeidsovereenkomst. De overeengekomen arbeid, het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden mogen niet te zeer verschillen, aldus de regering.⁹² Deze interpretatie leidde tot kritiek uit de Tweede Kamer, omdat werkgevers dan zeer gemakkelijk de ontslagbescherming kunnen omzeilen door in de nieuwe arbeidsovereenkomst andere bepalingen op te nemen.⁹³ Daarop antwoordde de regering dat een wijziging van de salarisvoorwaarden als zodanig niet hoeft te leiden tot de conclusie dat van voortzetting geen sprake is. Bij een wijziging van de arbeidsvoorwaarden hoeft nog geen wezenlijk verschil te bestaan met de voorafgaande arbeidsovereenkomst. Indien ook de aard van de te verrichten arbeid wijzigt, was volgens de regering (pas) sprake van een wezenlijk verschil.⁹⁴ De minister merkte daarna tijdens de parlementaire behandeling echter weer op dat geen sprake is van een voortzetting indien de opvolgende arbeidsovereenkomst niet voor dezelfde werkzaamheden en tegen hetzelfde salaris is overeengekomen.⁹⁵

In de rechtspraak wordt het begrip 'voortzetting' niet eenduidig geïnterpreteerd.⁹⁶ Zo achtte de Rechtbank Den Haag zowel de werkzaamheden als het salaris relevant voor de beoordeling of sprake is van een voortgezette arbeids-

91 Wet van 14 mei 1998, Stb. 1998, 300 (Wet flexibiliteit en zekerheid) en wet van 24 december 1998, Stb. 1998, 741 (Reparatiewet). In de memorie van toelichting van de Wet flexibiliteit en zekerheid merkte de regering op dat de Stichting van de Arbeid adviseerde deze in de jurisprudentie ontwikkelde norm in stand te laten. Deze norm kwam niet terug in het voorstel van de Wet flexibiliteit en zekerheid (Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 9 (MvT)). Pas toen leden van de Eerste Kamer expliciet vroegen naar de rol van de Ragetlie-regel onder het nieuwe recht, zegde de regering toe de Ragetlie-regel alsnog te codificeren (Kamerstukken I 1997/98, 25263, 132a, p. 7 (VV I)). De PvdA-fractie in de Eerste Kamer wees in dat kader nog uitdrukkelijk op het advies van de Stichting van de Arbeid, waarop de Wet flexibiliteit en zekerheid grotendeels is gebaseerd (Kamerstukken I 1997/98, 25263, 132a, p. 7 (VV I), Nota Flexibiliteit en zekerheid (advies van 3 april 1996, Stichting van de Arbeid, publicatienr. 2/96), Den Haag: SER-huisdrukkerij 1996, p. 18), en ook leden van het CDA en D66 uit de Eerste Kamer stelden vragen over de toepasselijkheid van de Ragetlie-regel (Kamerstukken I 1997/98, 25263, 132c, p. 7 (NEV I)). Het arrest Thialf/De Vries werd uitdrukkelijk niet gecodificeerd (HR 26 juni 1992, NJ 1992/654 (Thialf/De Vries), Kamerstukken I 1997/98, 25263, 3 (MvT), Kamerstukken I 1997/98, 25263, 7, p. 4 (NEV II)).

92 Kamerstukken II 1998/99, 26257, 3, p. 4 (MvT).

93 Kamerstukken II 1998/99, 26257, 5, p. 4 (Verslag II).

94 Kamerstukken II 1998/99, 26257, 7, p. 7 (NV II).

95 Kamerstukken II 1998/99, 26257, 12, p. 9 en 19 (stenografisch verslag van een wetgevingsoverleg). Loonstra en Zondag (2010, p. 491), bevestigden dat uit de wetgeschiedenis blijkt dat zowel de arbeidsvoorwaarden als de werkzaamheden relevant zijn voor de vraag of sprake is van een voortgezette arbeidsovereenkomst. Doornbos (2004) schreef dat de wetgever bij de codificatie van de Ragetlie-regel bewust lijkt te hebben gekozen voor de term 'voortgezette arbeidsovereenkomst' en niet voor de term 'opvolgende arbeidsovereenkomst'.

96 Bij een vergelijking van de arbeidsvoorwaarden en werkzaamheden bleven rechters overigens niet. Zo stelde Rb. Zwolle 6 december 1995, Prg. 1996/4512 dat een grammaticale uitleg van het begrip voortzetting, zoals opgenomen in een collectieve arbeidsovereenkomst, duidt op een situatie waarin de elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten op 'dezelfde grondslag', zoals vervanging tijdens ziekte, zijn gesloten.

S. Palm

overeenkomst.⁹⁷ Het Hof Arnhem woog in een aantal zaken de inhoud van de werkzaamheden, het salaris, de werkplek en werktijden mee.⁹⁸ In één zaak achtte het Hof Arnhem een verschil in salaris en urenomvang voldoende voor de vaststelling dat geen sprake is van een voortzetting.⁹⁹ De Kantonrechter Apeldoorn oordeelde minder strikt en stelde vast dat sprake was van een voortzetting omdat de werkzaamheden weliswaar veranderden, maar het salaris gelijk bleef en daarmee sprake was van gelijkwaardige arbeid.¹⁰⁰ Recent oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden dat geen sprake was van een voortzetting omdat de werknemer na de verkoop van de onderneming niet langer werkzaam was als ‘statutair bestuurder’, maar bij de opvolgende werkgever was benoemd als ‘bakker’ en geen leidinggevende functie meer had.¹⁰¹ Uiteraard kun je kritische kanttekeningen plaatsen bij de vraag of voor de toepassing van artikel 7:667 lid 4 BW vereist zou moeten zijn dat het gaat om dezelfde werkzaamheden en arbeidsvoorwaarden.¹⁰² Echter, indien voortzetting enige mate van gelijkheid tussen beide arbeidsovereenkomsten vereist, acht ik het verdedigbaar voor het begrip ‘voortzetting’ uit artikel 7:667 lid 4-5 BW aansluiting te zoeken bij het criterium ‘dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden’ uit de proeftijdjurisprudentie of – zoals in mijn alternatieve maatstaf – het vereiste dat het gaat om wezenlijk dezelfde werkzaamheden. Dit leidt tot meer eenduidigheid en komt tegemoet aan de kritiek dat werkgevers te gemakkelijk de Ragetlie-regel zouden kunnen omzeilen indien ook het salaris en (overige) arbeidsvoorwaarden een rol zouden kunnen spelen. Voor de toepassing van artikel 7:667 lid 5 BW kan dan volledig dezelfde toets worden gehanteerd als bij artikel 7:668a lid 2 BW.

97 Rb. Den Haag 16 augustus 1995, JAR 1995/196. Zie ook het oordeel van Rechtbank Den Haag zoals opgenomen in Hoge Raad 13 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4291, JAR 2002/247.

98 Hof Arnhem 11 maart 2003, JAR 2003/104; Hof Arnhem 7 september 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN7436, JAR 2010/288.

99 Hof Arnhem 15 april 2003, JAR 2003/197.

100 Ktr. Apeldoorn 20 september 1994, Prg. 1995/4398.

101 Hof Arnhem-Leeuwarden (locatie Arnhem) 17 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9721.

102 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2127, JAR 2014/34 (De Witte/Pekel) oordeelde dat de ratio achter de Ragetlie-regel zou zijn dat alleen bij een opzegging door de werkgever of een ontbinding via de rechter de ontslagbescherming kan worden geëffectueerd. De preventieve ontslagtoets staat dus voorop. Als dit verschil inderdaad de ratio achter de Ragetlie-regel is, dan rechtvaardigt dat de vraag waarom een werknemer na bijvoorbeeld een dienstverband van tien jaar geen recht heeft op diezelfde ontslagbescherming indien de nieuwe arbeidsovereenkomst een nieuwe functie en/of andere arbeidsvoorwaarden inhoudt. Vooral in die situaties kan een werknemer zich onder druk gesteld voelen om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te sluiten – bijvoorbeeld in het vooruitzicht van een promotie tegen een hoger salaris of het door de werkgever gestelde verval van zijn huidige functie. Is een werknemer niet juist in dergelijke situaties gebaat bij extra ontslagbescherming? Zie voor vergelijkbare kritiek, maar dan met betrekking tot het leerstuk opvolgend werkgeverschap: J. van der Pijl, ‘Annotatie HR 11 mei 2012, L/JN BV9603 – Van Tuinen/Wolters: over de gevolgen van dit arrest voor opvolgend werkgeverschap in concernverhoudingen’, Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming 2013/1, p. 8.

7 Conclusie

De keuze van de Hoge Raad voor de aansluiting bij de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie voor de uitleg van artikel 7:668a lid 2 BW laat zich mogelijk verklaren aan de hand van de rol die het leerstuk opvolgend werkgeverschap in het arbeidsrecht inneemt. Waar andere regelingen, zoals de overgang van onderneming ex artikel 7:662 BW, veelal tot uitgangspunt nemen dat de arbeidsovereenkomst in stand blijft terwijl aan de zijde van de werkgever een (formele) wijziging van contractspartij plaatsvindt, is het leerstuk opvolgend werkgeverschap altijd gekoppeld aan de situatie waarin een eerdere – afzonderlijke – arbeidsovereenkomst bepalend is voor de rechtsgevolgen bij een latere arbeidsovereenkomst. Voor het bepalen van de situaties waarin sprake kan zijn opvolgend werkgeverschap, kan in theorie zowel de gelijkennis tussen beide arbeidsovereenkomsten als de relatie tussen huidige en vorige werkgever aanknopingspunten bieden. Met de aansluiting bij de proeftijdjurisprudentie heeft de Hoge Raad voor een uniforme maatstaf gekozen, waarbij de vaardigheden en verantwoordelijkheden wel relevant zijn voor de vaststelling of sprake is van opvolgend werkgeverschap, maar de (overige) arbeidsvoorwaarden niet. Daarnaast moet sprake zijn van zodanige banden tussen beide werkgevers dat het inzicht van de eerdere werkgever in deze vaardigheden en hoedanigheden kunnen worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

Wellicht streeft de Hoge Raad naar een maatstaf die recht doet aan in de wetsgeschiedenis en rechtspraak genoemde voorbeelden waarin sprake kan zijn van opvolgend werkgeverschap. Daarnaast bestaat voor de overgang van de onderneming thans een uitvoerige en uitputtende regeling en het gaat het dus veeleer om de situaties waarin niet zozeer sprake is van een overgang van de onderneming, maar van een overgang dan wel voortzetting van de arbeidsverhouding. De maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie is tot op zekere hoogte echter een compromis waaronder niet alle thans bekende situaties van opvolgend werkgeverschap even makkelijk kunnen worden geschaard, zoals inleenconstructies. Met deze maatstaf blijft evenzeer volstrekt onduidelijk of in geval van een faillissement sprake is van opvolgend werkgeverschap. Wat faillissementssituaties betreft, acht ik een strikte interpretatie met deze maatstaf niet onwaarschijnlijk. Immers: het criterium is niet of de onderneming met behoud van identiteit is overgegaan, maar of tussen beide werkgevers zodanige banden bestaan. Het kopen van activa – bijvoorbeeld het bedrijfspand en de bedrijfsmiddelen – kan in mijn optiek niet worden beschouwd als een band tussen beide werkgevers, ook niet als voorafgaand aan de verkoop een uitgebreide *due diligence* heeft plaatsgevonden. Veeleer zal moeten worden gekeken of dezelfde ondernemers de nieuwe vennootschap hebben opgericht. De rechtspraak in feitelijke instanties lijkt thans bij faillissementssituaties in elk geval een restrictieve uitleg van het begrip ‘opvolgend werkgeverschap’ te hanteren.

De regering heeft met haar huidige voorstel Wet werk en zekerheid voor een koerswijziging gekozen. De koerswijziging van de regering bevestigt dat de keuze voor aansluiting bij de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie, wat artikel 7:668a lid 2 BW betreft, wellicht geen logische keuze is en deze maatstaf in sommige

S. Palm

gevallen tot een gekunstelde toepassing leidt. De koerswijziging van de regering geldt weer niet voor alle gevallen van opvolgend werkgeverschap, en als gevolg daarvan wordt het leerstuk opvolgend werkgeverschap nog complexer. Een alternatief voor de maatstaf van de Hoge Raad en de koerswijziging van de regering is niet ondenkbaar en zelfs wenselijk. Zo kan worden gekozen voor een maatstaf waarin deels wordt aangesloten bij de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie en deels bij het ondernemingsbegrip uit de regeling omtrent overgang van onderneming. In dit alternatief is sprake van opvolgend werkgeverschap indien de werknemer bij de nieuwe arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde werkzaamheden gaat verrichten voor dezelfde economische eenheid (die in geval van een overgang haar identiteit heeft behouden) of binnen hetzelfde concern. In het verlengde hiervan zou het in mijn ogen wenselijk zijn ook het begrip 'voortzetting' uit artikel 7:667 lid 4-5 BW zo uit te leggen dat het bij een voortgezette arbeidsovereenkomst moet gaan om dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden dan wel wezenlijk dezelfde werkzaamheden. De (overige) arbeidvoorwaarden zoals beloning zijn in elk geval niet van belang.