

van art. 27 Handvest, dat het grondrecht slechts abstract of programmatisch van aard is. Ofwel: wanneer het grondrecht onvoldoende concreet is, dan kunnen wél concrete, rechten verlenende richtlijnbevestigingen niet via de band van dat grondrecht de horizontale verhouding in getrokken worden. Het algemene beginsel moet zelf al voldoende houvast bieden en moet op zichzelf volstaan om aan particulieren een subjectief recht te verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan. Ik wijs erop dat ook dergelijke, subjectieve rechten verlenende, beginselen meestal onvoldoende bepaald zijn om rechtstreeks tegenover een particulier zoals een private werkgever in te roepen. De nadere bepaling van de inhoud van een beginsel vergt vrijwel steeds een nadere uitwerking van de EU-wetgever in bijvoorbeeld een richtlijn, maar op die concrete richtlijnbevestiging kan in horizontale verhoudingen geen beroep worden gedaan. Juist daarin zit het innovatieve van het *Kücükdeveci*-correctief: het probleem van de vaak onvoldoende bepaaldheid van het beginsel wordt omzeild door horizontale werking toe te kennen, niet aan het grondrechtelijk beginsel 'sec', maar aan het beginsel zoals geconcretiseerd in een (sociaalrechtelijke) richtlijn. Het algemene beginsel kan, via de nadere uitwerking in de richtlijn, wél de vereiste inhoudelijke bepaaldheid verkrijgen. Zo werd het toetsingskader in de zaak *Kücükdeveci* de facto gevormd door de art. 2 en 6 van richtlijn 2000/78/EG. Met het onderhavige AMS-arrest is duidelijk dat het *Kücükdeveci*-correctief slechts opgaat als een grondrechtelijk beginsel wordt ingeroepen dat zelf al een subjectief recht inhoudt, en welk recht nader is uitgewerkt in (bijv.) een richtlijn. Aan die voorwaarden lijken alle in art. 21 Handvest genoemde specifieke discriminatieverboden die zijn uitgewerkt in richtlijnen (2000/78/EG, 2000/43/EG en 2006/54/EG) te voldoen. Het grondrecht van medezeggenschap in combinatie met de medezeggenschapsrichtlijn voldoet niet aan die voorwaarden, nu art. 27 Handvest zelf geen subjectief recht toekent. De inhoud van dat grondrecht is geheel afhankelijk gesteld van concretisering door de wetgever (vergelijk de conclusie van A-G Trstenjak bij *Maribel Dominguez*, punt 162). Hetzelfde zal mijns inziens gelden voor bijvoorbeeld het grondrecht op sociale zekerheid en sociale bijstand en het grondrecht van vrijheid van ondernemerschap, neergelegd in art. 34 respectievelijk art. 16 Handvest.

6. Naar mijn mening verbindt het Hof terecht deze voorwaarden aan zijn 'derde correctief'. Het correctief komt er immers op neer dat de facto richtlijnbevestigingen, als concretisering van een grondrechtelijk beginsel, direct doorwerken in horizontale verhoudingen. Dit betekent dat werkgevers – ondanks de andersluidende bepalingen van hun nationale recht, die zij keurig hebben nageleefd – met die richtlijnverplichtingen worden geconfronteerd. Dat druist in tegen de rechtszekerheid. Door als eis voor het correctief te stellen dat het grondrechtelijk beginsel zelf al een kenbaar subjectief recht moet verlenen, wordt aan dat bezwaar enigszins tegemoet gekomen. Alleen indien zonder meer duidelijk is welk subjectief recht het grondrechtelijk beginsel toekent, en indien de kern daarvan en de uitwerking in de richtlijn min of meer samenvallen, acht ik toepassing van dit correctief mogelijk (vergelijk de conclusie van A-G Trstenjak bij het *Maribel Dominguez*-arrest).

7. Over naar het getalscriterium. Ik onderschrijf het oordeel van het HvJ EU dat het niet meetellen van een bepaalde categorie werknemers voor het getalscriterium in strijd is met de medezeggenschapsrichtlijn. De richtlijn laat het weliswaar aan de lidstaten over te bepalen op welke wijze de minimumaantallen worden berekend (art. 3 lid 1, laatste alinea), maar zij bepaalt wél dat iedereen die 'werknemer' in de zin van de richtlijn is, voor het getalscriterium moet worden meegerekend (art. 2 sub d)° art. 3 lid 1). In casu stond vast dat de uitgesloten groep personen

kwalificeert als 'werknemer' in de zin van de richtlijn. Lidstaten mogen niet naar believen bepaalde categorieën werknemers uitsluiten, zoals gesubsidieerde werknemers, deeltijdwerknemers of werknemers met een tijdelijk contract. Wél mogen zij regels stellen voor de wijze waarop bepaalde categorieën werknemers worden meegeteld. Zo kan een lidstaat ervoor kiezen deeltijdwerknemers slechts naar rato van hun arbeidsduur mee te tellen. Het geheel uitsluiten van bepaalde deeltijdwerknemers, zoals een oude versie van de Nederlandse Wet op de ondernemingsraden deed, is echter niet toegestaan. De WOR 1981 (*Stb.* 1981, 416) telde voor het getalscriterium van 35 werknemers alleen werknemers mee die meer dan een derde van de normale arbeidstijd werkzaam waren; 'kleine deeltijders' werden uitgezonderd.

8. Hoe zit het met de huidige WOR? De berekening van de getalscriteria in de WOR, die als implementatiewet van de medezeggenschapsrichtlijn kan worden aangemerkt, is mijns inziens *Europe proof*. De categorie personen die krachtens art. 1 lid 2 en 3 WOR voor de getalscriteria (voor instelling van een ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiging of het houden van een personeelsvergadering) worden meegeteld, is zelfs ruimer dan de richtlijn voorschrijft. Krachtens art. 1 lid 3 sub a WOR worden bij de inlener namelijk ook personen die niet bij hem in dienst zijn meegeteld (te weten uitzendkrachten die ten minste 2 jaar bij hem werkzaam zijn). Als toegift is er zelfs nog een uitbreidingsmogelijkheid (art. 6 lid 4 WOR).

S.S.M. Peters
Rijksuniversiteit Groningen

28

Hof 's-Hertogenbosch
28 januari 2014, nr. HD 200.107.887/01
ECLI:NL:GHSHE:2014:172
(mr. Smeenk-van der Weijden, mr. Zweers-van Vollenhoven, mr. Van Ham)
Noot S. Palm

Bepaalde tijd. Opvolgend werkgeverschap. Ketenregeling. Dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden.

Betrokkenheid aandeelhouder oude en nieuwe werkgever na doorstart uit faillissement leidt tot 'zodanige banden'. Niet overnemen van leidinggevend personeel niet van belang. Bewijsvoering of sprake is van 'wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden'.

[BW art. 7:668a lid 2]

Werknemer is sinds 1987 in dienst geweest van (verschillende onderdelen van) Y. Engineering BV. Y. Engineering BV is op 22 juli 2009 in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd tegen 3 september 2009. De curator heeft een beperkte doorstart gerealiseerd. Een indirect aandeelhouder, Bergrust BV, heeft activa gekocht, twintig werknemers in dienst heeft genomen en de activiteiten elders voortgezet onder de naam X. Aluminium Techniek. Werknemer is op 1 oktober 2009 bij X. Aluminium Techniek BV in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 1 oktober 2010 als kwaliteitsmanager (in de arbeidsovereenkomst wordt

vermeld keurmeester). Deze arbeidsovereenkomst wordt niet verlengd. Werknemer stelt zich op het standpunt dat sprake is van opvolgend werkgeverschap ex art. 7:668a BW.

Het hof oordeelt als volgt. Voor zover X. Aluminium Techniek BV in hoger beroep bedoelt te stellen dat art. 7:668a BW toepassing mist vanwege het enkele feit dat slechts 30% van de functie bij Y. Engineering BV vergelijkbaar is met de functie bij X. Aluminium Techniek BV, faalt die stelling. Het gaat er immers om of wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden waren vereist. Daarbij kan de omvang van het kwaliteitsaspect in de functie bij Y. Engineering BV mogelijk van invloed zijn op de vraag wat de vaardigheden en verantwoordelijkheden waren en in hoeverre inzicht bestond in de geschiktheid van werknemer voor dat werk, bij Y. Engineering BV en/of bij X. Aluminium Techniek BV. De zaak wordt aangehouden om tot nadere bewijsvoering te komen of sprake is van 'wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden'.

Wat de 'zodanige banden' betreft uit het arrest van 11 mei 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BV9603 (Van Tuinen/Wolters)), oordeelt het hof als volgt. Als onbetwist staat vast dat aandeelhouder Z voormalig (mede)aandeelhouder was van Y. Engineering BV en dat aandeelhouder Z aandeelhouder is van Bergrust BV. Voorts heeft de kantonrechter vastgesteld dat aandeelhouder Z actief betrokken was bij het reilen en zeilen van X. Aluminium Techniek BV en dat de brief aan werknemer van 7 september 2010 waarmee wordt meegedeeld dat de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd, afkomstig is van aandeelhouder Z en dat aandeelhouder Z dit met werknemer heeft besproken. Dat heeft naar het oordeel van het hof tot gevolg dat het door Y. Engineering BV verkregen inzicht in de hoedanigheden en geschiktheid van werknemer, in redelijkheid moet worden toegerekend aan X. Aluminium Techniek BV. Om die reden is niet relevant of aandeelhouder Z feitelijk leiding gaf aan Y. Engineering BV en op de werkvloer aanwezig was (stelling werknemer) of dat de heren A en B de leiding hadden bij Y. Engineering BV (stelling X. Aluminium Techniek BV) en deze laatstgenoemde heren niet bij X. Aluminium Techniek BV betrokken zijn.

[appellant], wonende te [woonplaats],
appellant in principaal hoger beroep,
geïntimeerde in incidenteel hoger beroep,
hierna: [appellant],
advocaat: mr. B.J.F. Hofmans te Gennepe,
tegen
[X.] Aluminium Techniek BV, gevestigd te [vestigingsplaats],
geïntimeerde in principaal hoger beroep,
appellante in incidenteel hoger beroep,
hierna: [X. Aluminium Techniek BV],
advocaat: mr. M.M.C. van de Ven te [vestigingsplaats].

Hof:

(...; Red.)

5 Het verloop van de procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenarrest van 31 juli 2012 waarbij het hof een comparitie na aanbrengen heeft gelast;
- het proces-verbaal van comparitie van 5 september 2012;
- de memorie van grieven met vier grieven;
- de memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in incidenteel hoger beroep met één grief en vijf producties;
- de memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep;
- de akte in incidenteel hoger beroep van [X. Aluminium Techniek BV] met één productie;
- de antwoordakte in incidenteel hoger beroep van [appellant].

Partijen hebben arrest gevraagd. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg

6 De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grieven wordt verwezen naar de beide memories.

7 De beoordeling

in principaal en incidenteel hoger beroep

7.1. In overweging 2 heeft de kantonrechter uitvoerig vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. Daartegen zijn geen grieven gericht, zodat het hof ook van deze feiten zal uitgaan. Het hof zal hierna eerst kort samengevat uiteenzetten waar het in deze zaak om gaat.

7.1.1. [appellant] is op 30 oktober 1987 bij [Y. Engineering BV] Konstrukties BV in dienst getreden. Op 31 december 1996 is [appellant] bij [Y. Engineering BV] Engineering BV in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. [appellant] heeft verschillende functies uitgeoefend. Laatstelijk was [appellant] manager productie.

7.1.2. [Y.] Engineering BV (hierna: [Y. Engineering BV]) is (evenals andere dochtermaatschappijen van het concern) op 22 juli 2009 in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de arbeidsovereenkomst met [appellant] bij brief van 23 juli 2009 opgezegd tegen 3 september 2009. De curator heeft een beperkte doorstart gerealiseerd.

7.1.3. [appellant] is op 1 oktober 2009 bij [X. Aluminium Techniek BV] in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 1 oktober 2010 als kwaliteitsmanager (in de arbeidsovereenkomst wordt vermeld keurmeester).

7.1.4. Bij brief van 7 september 2010 heeft [X. Aluminium Techniek BV] aan [appellant] medegedeeld dat het contract voor bepaalde tijd niet wordt verlengd en afloopt per 30 september 2010.

7.1.5. Bij brief van 18 november 2010 heeft de raadsman van [appellant] aan [X. Aluminium Techniek BV] medegedeeld dat de arbeidsovereenkomst heeft te gelden als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op grond van artikel 7:668a BW, zodat de opzegging nietig is en [X. Aluminium Techniek BV] gehouden is tot doorbetaling van het loon na 1 oktober 2010. [X. Aluminium Techniek BV] heeft daarop afwijzend gereageerd.

7.1.6. [appellant] heeft in kort geding loondoorbetaling gevorderd. Bij vonnis van 15 februari 2011 in kort geding heeft de kantonrechter [vestigingsplaats] de vorderingen van [appellant] afgewezen.

7.2. [appellant] heeft daarna de onderhavige procedure aanhangig gemaakt en kort gezegd, doorbetaling van het loon gevorderd. Bij het bestreden vonnis heeft de kantonrechter de vorderingen van [appellant] afgewezen. [appellant] is tijdig van dat vonnis in hoger beroep gekomen. [appellant] heeft in hoger beroep gevorderd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en [X. Aluminium Techniek BV] zal veroordelen om het aan [appellant] toekomstige salaris c.a. vanaf 1 oktober 2010 tot 1 maart 2011 te vermeerderen met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente aan [appellant] te betalen en [X. Aluminium Techniek BV] te veroordelen in de proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep en ook in de proceskosten van het kort geding, nakosten daaronder begrepen. Hoewel het dictum van het bestreden vonnis voor [X. Aluminium Techniek BV] gunstig was heeft [X. Aluminium Techniek BV] incidenteel hoger beroep ingesteld en geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met veroordeling van [appellant] in de kosten van beide instanties.

7.3. [appellant] is kennelijk in de veronderstelling dat de procedure in kort geding onderdeel uitmaakt van de onderhavige procedure, nu zijn vordering tot veroordeling in de proceskosten ook betrekking heeft op het kort geding en hij het procesdossier van het kort geding naar het hof heeft gestuurd. Dat is een misvatting. Het hof kan alleen kennisnemen van de stukken die onderdeel uitmaken van het onderhavige geding door overlegging daarvan onder verwijzing daarnaar in de processtukken. Aldus heeft het hof kennis genomen van de volgende in het kort geding gewisselde stukken:

– het vonnis in kort geding van 15 februari 2011 (prod. 16 bij inleidende dagvaarding);

– de pleitnota van [X. Aluminium Techniek BV] (prod. 1 [X. Aluminium Techniek BV] eerste aanleg);

– de producties 1 tot en met 3 van [X. Aluminium Techniek BV] in kort geding, zoals toegestuurd aan de voorzieningenrechter bij twee faxbrieven van 24 januari 2011 (prod. 2 en 3 [X. Aluminium Techniek BV] eerste aanleg).

Voor een proceskostenveroordeling in het kort geding ziet het hof, ongeacht de uitkomst van dit hoger beroep, geen mogelijkheid. Dat zou immers onverenigbaar zijn met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Die vordering van [appellant] zal dus worden afgewezen.

7.4. Kern van het geschil is de vraag of [X. Aluminium Techniek BV] als opvolgend werkgever dient te worden beschouwd van [Y. Engineering BV] ten aanzien van de door [appellant] verrichte arbeid in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW. Deze bepaling luidt als volgt:

Lid 1 is van overeenkomstige toepassing 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.

In zijn arrest 11 mei 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BV9603 Van Tuijn/Wolters) heeft de Hoge Raad over deze bepaling het volgende overwogen:

“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, 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.”

7.5. [appellant] heeft verschillende functies uitgeoefend bij [Y. Engineering BV]. Hij heeft zich uiteindelijk ontwikkeld tot manager productie. In deze functie hield [appellant] zich naar zijn zeggen voor 40% van zijn tijd bezig met richtlijnen voor veiligheid, certificaten, testprogramma's bij laboratoria, het regelen van documentatie en tekenwerk, verslaglegging en rapportage. Ongeveer 30% van zijn tijd besteedde [appellant] volgens hem aan kwaliteit en ISO-certificering en de resterende 30% aan het zijn van manager, werkvoorbereiding, het leiden van de productie en het bedrijfsbureau en de medewerkers in de werk-

plaats, lasserij en zagerij. [appellant] was bij [X. Aluminium Techniek BV] kwaliteitsmanager.

7.6. Het enkele feit dat [appellant] zich zowel bij [Y. Engineering BV] als bij [X. Aluminium Techniek BV] bezig heeft gehouden met kwaliteitsmanagement is onvoldoende om toepassing te geven aan het bepaalde in artikel 7:668a lid 2 BW. Immers, de stelling van [appellant] dat hij 30% van zijn tijd bij [Y. Engineering BV] aan kwaliteitsaspecten besteedde zegt nog niets over de inhoud van dat werk en de daarvoor vereiste vaardigheden. [appellant] dient een overzicht te verstrekken waarin een zo gedetailleerd mogelijke omschrijving wordt gegeven van zijn werkzaamheden (dus inclusief het geven van leiding, zodat het hof een zo duidelijk mogelijk beeld krijgt van de functie) bij [Y. Engineering BV], die hij in de laatstelijk door hem aldaar verrichte functie heeft uitgevoerd (uitsluitend zijn laatstelijk verrichte functie is in dit geschil immers aan de orde). Het dient daarbij te gaan om werkzaamheden zoals deze daadwerkelijk door [appellant] zijn verricht, onder vermelding van de vaardigheden die voor die werkzaamheden vereist waren, de met die werkzaamheden gepaard gaande verantwoordelijkheden en de daarmee gemoeide tijd – indien mogelijk voorzien van bewijsstukken.

7.7. [X. Aluminium Techniek BV] heeft gesteld dat de functie van [appellant] in haar onderneming niet meer inhield dan het maken van een kwaliteitshandboek. Volgens [appellant] was zijn taak bij [X. Aluminium Techniek BV] veel uitvoeriger. Daartoe heeft hij verwezen naar paragraaf 5.2.2. van het handboek. De enkele vermelding in het handboek van taken, wil echter nog niet zeggen dat al die taken ook daadwerkelijk door [appellant] werden verricht. [appellant] dient ook van de bij [X. Aluminium Techniek BV] verrichte werkzaamheden een zo gedetailleerd mogelijke omschrijving te geven, op een vergelijkbare wijze als in rov. 7.6 omschreven.

7.8. Voor zover [X. Aluminium Techniek BV] in hoger beroep nog steeds bedoelt te stellen dat artikel 7:668a BW toepassing mist vanwege het enkele feit dat slechts 30% van de functie bij [Y. Engineering BV] vergelijkbaar is met de functie bij [X. Aluminium Techniek BV], faalt die stelling. Het gaat er immers om of wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden waren vereist. Daarbij kan de omvang van het kwaliteitsaspect in de functie bij [Y. Engineering BV] mogelijkterwijs van invloed zijn op de vraag wat de vaardigheden en verantwoordelijkheden waren en in hoeverre inzicht bestond in de geschiktheid van [appellant] voor dat werk, bij [Y. Engineering BV] en /of bij [X. Aluminium Techniek BV].

7.9. Het hof zal de zaak verwijzen naar de rol voor een door [appellant] te nemen akte waarmee hij genoemde overzichten in het geding kan brengen. [X. Aluminium Techniek BV] zal daarop bij antwoordakte mogen reageren. Het hof zal daarna beoordelen of ten aanzien van de arbeid bij [X. Aluminium Techniek BV] wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden waren vereist als ten aanzien van de arbeid bij [Y. Engineering BV], waarvoor nadere bewijslevering niet wordt uitgesloten.

7.10. Het incidenteel hoger beroep van [X. Aluminium Techniek BV] heeft betrekking op de vraag of tussen [X. Aluminium Techniek BV] en [Y. Engineering BV] zodanige banden bestaan dat het door [Y. Engineering BV] verkregen inzicht in de vaardigheden en geschiktheid van [appellant] in redelijkheid moet worden toegerekend aan [X. Aluminium Techniek BV] (zie de hiervoor in rov. 7.4 weergegeven door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf). Met het incidenteel hoger beroep wordt door [X. Aluminium Techniek BV] betoogd dat de kantonrechter heeft miskend dat de activiteiten van [X. Aluminium Techniek BV] geheel anders waren dan die van [Y. Engineering BV]. [X.

Aluminium Techniek BV] heeft aangevoerd dat zij zich, kort gezegd, bezig houdt met metalen deuren en kozijnen, terwijl de bedrijfsactiviteiten van [Y. Engineering BV] waren gericht op ventilatiesystemen en dakconstructies. [appellant] heeft dat betwist.

7.11. Het hof is van oordeel dat [X. Aluminium Techniek BV] te weinig heeft gesteld om ervan uit te kunnen gaan dat haar bedrijfsactiviteiten zich beperken tot metalen deuren en kozijnen. Daartoe is de omschrijving in het handelsregister niet doorslaggevend en overigens wordt daarin tevens vermeld: “Overige gespecialiseerde werkzaamheden in de bouw n.e.g.”. Voorts heeft [appellant] erop gewezen dat [X. Aluminium Techniek BV] in haar pleitnota ten behoeve van het kort geding heeft gesteld “De activiteiten van [X. Aluminium Techniek BV] bestaan voornamelijk uit de toelevering van aluminiumproducten aan producenten van ventilatiesystemen” en “door het wegvallen van [Y. Engineering BV]-bedrijven kwam zochten derden automatisch naar een andere producent van aluminiumproducten en dat was [X. Aluminium Techniek BV]”. Het hof gaat er dus vanuit dat [X. Aluminium Techniek BV] zich wel degelijk (ook), althans sedert 7 oktober 2009, richt op ventilatie.

7.12. De kantonrechter heeft uitvoerig in het feitenrelaas, onder verwijzing naar het verslag van de curator, uiteengezet wat de doorstart van het failliete [Y. Engineering BV] concern inhield. Het hof verwijst daarnaar. Kort en goed komt het erop neer dat een indirect aandeelhouder, Bergrust BV, activa heeft gekocht, twintig werknemers in dienst heeft genomen en de activiteiten elders heeft voortgezet. Bij het oordeel over het opvolgend werkgeverschap heeft de kantonrechter doorslaggevend geacht dat [X. Aluminium Techniek BV] na de aandelenoverdracht op 7 oktober 2009 deel is gaan uitmaken van het Bergrust-concern. De door [X. Aluminium Techniek BV] in eerste aanleg aangevoerde verweren over dit onderwerp (aan de beoordeling waarvan het hof in dit geval ook zonder incidenteel appel aan toegekomen zou zijn) heeft de kantonrechter naar het oordeel van het hof goed gemotiveerd verworpen en het hof neemt de overwegingen van de kantonrechter (rov. 4.7 tot en met 4.12) volledig over en maakt deze tot de zijne. In hoger beroep zijn geen andere dan de hiervoor besproken en verworpen grieven tegen dat oordeel gericht.

7.13. Als onbetwist staat vast dat de heer [aandeelhouder Z.] voormalig (mede)aandeelhouder was van [Y. Engineering BV] en dat [aandeelhouder Z.] aandeelhouder is van Bergrust BV. Voorts heeft de kantonrechter – en dat is in hoger beroep niet bestreden – vastgesteld dat [aandeelhouder Z.] actief betrokken was bij het reilen en zeilen van [X. Aluminium Techniek BV] en dat de brief aan [appellant] van 7 september 2010 waarmee wordt medegedeeld dat de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd, afkomstig is van [aandeelhouder Z.] en dat [aandeelhouder Z.] dit met [appellant] heeft besproken. Dat heeft naar het oordeel van het hof tot gevolg dat het door [Y. Engineering BV] verkregen inzicht in de hoedanigheden en geschiktheid van [appellant], in redelijkheid moet worden toegerekend aan [X. Aluminium Techniek BV]. Om die reden is niet relevant of [aandeelhouder Z.] feitelijk leiding gaf aan [Y. Engineering BV] en op de werkvloer aanwezig was (stelling [appellant]) of dat de heren [A.] en [B.] de leiding hadden bij [Y. Engineering BV] (stelling [X. Aluminium Techniek BV]) en deze laatstgenoemde heren niet bij [X. Aluminium Techniek BV] betrokken zijn.

7.14. De slotsom luidt dat de zaak zal worden verwezen naar de rol voor aktewisseling. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

8 De uitspraak

Het hof:

op het principaal en incidenteel hoger beroep verwijst de zaak naar de rol van 25 februari 2014 voor akte aan de zijde van [appellant] met de hiervoor in rov. 7.6 en 7.7 vermelde doeleinden, waarna [X. Aluminium Techniek BV] in de gelegenheid zal worden gesteld hierop bij antwoordakte te reageren;
houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

1. De Hoge Raad heeft in het arrest *Boekenvoordeel/Isik* geoordeeld dat een opzegging door de curator niet aan toepassing van art. 7:668a lid 2 BW in de weg staat (HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3782, «JAR» 2006/190). In het arrest *Van Tuinen/Wolters* bepaalde de Hoge Raad vervolgens dat bij de uitleg van het begrip ‘opvolgend werkgever’ als bedoeld in art. 7:668a lid 2 BW aansluiting moet worden gezocht bij de maatstaf die de cassatierechter heeft ontwikkeld voor de geldigheid van een proeftijdbeding bij opvolgend werkgeverschap (HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, «JAR» 2012/150). 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.

2. Met voornoemde arresten is weliswaar duidelijk dat in geval van een doorstart na een faillissement sprake kan zijn van opvolgend werkgeverschap, maar onduidelijk blijft hoe de maatstaf uit het arrest *Van Tuinen/Wolters* in concrete gevallen moet worden toegepast (zie onder andere J. van der Pijl, ‘Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?’, *ArbeidsRecht* 2013, 38). De maatstaf speelde ook een rol in het arrest van het Hof ‘s-Hertogenbosch van 28 januari 2014 (ECLI:NL:GHSHE:2014:172). In deze zaak stond de vraag centraal of X. Aluminium BV als opvolgend werkgever als bedoeld in art. 7:668a lid 2 BW kon worden beschouwd van het gefailleerde Y. Engineering BV. De zaak is ook van belang met het oog op de door de regering aangekondigde wijziging van art. 7:668a lid 2 BW, welke wijziging een onderdeel vormt van het voorstel voor de Wet werk en zekerheid.

3. Wat waren de relevant feiten in deze zaak? De werknemer sloot in 1996 een arbeidsovereenkomst met Y. Engineering BV., welke vennootschap op 22 juli 2009 in staat van faillissement is verklaard. De curator van Y. Engineering BV heeft vervolgens de arbeidsovereenkomst met de werknemer opgezegd tegen 3 september 2009. Op 1 oktober 2009 trad diezelfde werknemer voor bepaalde tijd tot 1 oktober 2009 in dienst van X. Aluminium BV als kwaliteitsmanager. In hoger beroep moest het Hof ‘s-Hertogenbosch oordelen of sprake was van opvolgend werkgeverschap.

4. Wat betreft het vereiste dat van de werknemer wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden gevraagd worden, heeft het hof de zaak voor een door de werknemer te nemen akte naar de rol verwezen, waarop X. Aluminium Techniek BV vervolgens bij antwoordakte mag reageren. De akte van de werknemer dient een zo gedetailleerd mogelijke omschrijving te bevatten van zijn werkzaamheden bij Y. Engineering BV respectievelijk X. Aluminium Techniek BV. Daarnaast verwierp het

hof de stelling van X. Aluminium Techniek BV inhoudende dat art. 7:668a lid 2 BW toepassing zou missen omdat slechts 30% van de functie bij Y. Engineering BV, te weten de kwaliteitsaspecten, vergelijkbaar zou zijn met de functie bij X. Aluminium Techniek BV Volgens het arrest *Van Tuinen/Wolters* is immers slechts vereist dat sprake is van dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden en daarbij kan de omvang van kwaliteitsaspect mogelijkterwijs van invloed zijn.

5. Volgens het hof stond in ieder geval wel vast dat sprake was van zodanige banden tussen beide werkgevers dat het door Y. Engineering BV verkregen inzicht in de hoedanigheden en geschiktheiden van de werknemer in redelijkheid moest worden toegerekend aan X. Aluminium Techniek BV Aan het criterium 'zodanige banden' was dus voldaan. Een indirect aandeelhouder van X. Aluminium Techniek BV was namelijk tevens (mede)aandeelhouder van Y. Engineering BV en deze aandeelhouder had de activiteiten van Y. Engineering BV 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 reilen van X. Aluminium Techniek BV en deze aandeelhouder ook degene was die de werknemer bij brief meedeelde dat de arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd en deze brief met de werknemer heeft 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 X. Aluminium Techniek BV betrokken zijn.

6. Het hof lijkt voor wat betreft het criterium 'zodanige banden' de vraag centraal te stellen of sprake is van een voortzetting van een activiteit door een ondernemer die banden heeft met de voorgaande, gefailleerde werkgever. Deze beoordeling sluit aan bij de suggestie van Bouwens. Kort samengevat, heeft Bouwens voorgesteld dat in geval van een faillissement sprake zou moeten zijn van opvolgend werkgeverschap indien in feite dezelfde ondernemer de onderneming na faillissement voortzet althans overneemt en niet als een willekeurige derde de onderneming overneemt (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. 937).

7. Naast de beoordeling of sprake is van zodanige banden, ging het hof ook uitgebreid in op de vraag of sprake is van een voortzetting van de activiteiten. X. Aluminium Techniek BV had namelijk gesteld dat de kantonrechter in eerste instantie had miskend dat de activiteiten geheel anders waren dan die van Y. Engineering BV. Naar eigen zeggen hield X. Aluminium Techniek BV zich bezig met metalen deuren en kozijnen, de bedrijfsactiviteiten van Y. Engineering BV zouden zich hebben gericht op ventilatiesystemen en dakconstructies. Het hof volgde deze stelling niet en oordeelde dat X. Aluminium Techniek BV 'zich wel degelijk (ook), althans sedert 7 oktober 2009, richt op ventilatie'. Voor uitleg van het criterium 'zodanige banden' lijkt in een geval van faillissement dus relevant of de nieuwe werkgever de activiteiten heeft voortgezet en de activa en (een deel van) de werknemers heeft overgenomen.

8. Het oordeel dat irrelevant was of de aandeelhouder ook feitelijk leiding gaf bij de vorige werkgever is in mijn optiek een juiste toepassing van de maatstaf uit het arrest *Van Tuinen/Wolters*. De maatstaf is immers afkomstig uit de proeftijdjurisprudentie en de Hoge Raad heeft met betrekking tot het proeftijdbeding geoordeeld dat voor de kwalificatie 'opvolgend werkgevers' niet bepalend is 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 (HR 23 april 1993, «JAR» 1993/120).

9. Overigens oordeelde Kantonrechter Amsterdam in 2013 dat de werknemer moet stellen en zo nodig moet bewijzen dat de nieuwe werkgever bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst inzicht had in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer (Ktr. Amsterdam (vzr.) 13 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA1389, «JAR» 2013/147). In die zaak kon de werknemer dat niet bewijzen, waarbij de kantonrechter onder andere relevant achtte dat gemotiveerd was betwist dat deze nieuwe werkgever inzicht had in de personeelsdossiers en voorafgaande aan de aanbidding van de arbeidsovereenkomst door de oude, gefailleerde werkgever over het functioneren van de werknemster was geïnformeerd. Ook in een andere zaak vond Kantonrechter Amsterdam van belang dat gesteld noch gebleken was dat de directeur van 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 oude werkgever had gesproken over de werknemers (Ktr. Amsterdam (vzr.) 28 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529, «JAR» 2013/182). De vraag is of het Hof 's-Hertogenbosch in het onderhavige geval minder streng heeft getoetst dan de Kantonrechter Amsterdam eerder deed. In ieder geval lijkt de beoordeling anders, omdat het hof het accent heeft gelegd op de banden tussen beide werkgevers via een gemeenschappelijke aandeelhouder en dus niet de vraag heeft gesteld of het inzicht van de individuele aandeelhouder aan de nieuwe werkgever kan worden toegerekend, terwijl de Kantonrechter Amsterdam heeft beoordeeld of het inzicht van individuele betrokkenen aan de nieuwe werkgever kon worden toegerekend.

10. Indien het voorstel van de Wet werk en zekerheid tot wet wordt verheven, leidt dat in ieder geval tot een minder strenge toepassing van het criterium 'zodanige banden'. Uit de nota naar aanleiding van het verslag en de nota van wijziging blijkt dat de regering voldoende acht dat sprake is van een voortzetting van de werkzaamheden (*Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 7 respectievelijk 8). In de nota van wijziging merkte de regering bij onderdeel 6 op dat zij van mening is "dat voor de ketenbepaling ook sprake moet zijn van opvolgend werkgeverschap, als bijvoorbeeld het werk van een werknemer overgaat naar een andere werkgever". De regering heeft het criterium 'zodanige banden' vervangen voor de vraag wie van de partijen aanleiding heeft gegeven voor het overgaan naar de nieuwe werkgevers. Volgens de regering is wel sprake van opvolgend werkgeverschap indien de aanleiding tot het overgaan is gelegen bij een van de werkgevers, maar bijvoorbeeld niet als de werknemer zelf het initiatief heeft genomen om bij een nieuwe werkgever in dienst te treden.

11. De regering wijkt daarmee uitdrukkelijk af van de maatstaf die de Hoge Raad in het arrest *Van Tuinen/Wolters* heeft geïntroduceerd voor de uitleg van art. 7:668a lid 2 BW. Art. 7:668a lid 2 BW zal daartoe na de invoering van de Wet werk en zekerheid als volgt komen te luiden:

"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."

De bedoeling van de regering is duidelijk, maar de gekozen bewoordingen lijken wat ongelukkig gekozen. De Hoge Raad heeft immers nooit de eis gesteld dat de nieuwe werkgever inzicht heeft in de hoedanigheid en geschiktheid van de

werknemer. Het inzicht van de oude werkgever moet aan de nieuwe werkgever worden toegerekend.

12. De voorgestelde wijziging van de uitleg van het leerstuk opvolgend werkgeverschap geldt overigens alleen voor art. 7:668a lid 2 BW en voor de transitievergoeding. Op grond van dit wetsvoorstel bouwt een werknemer 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 art. 7:673 lid 4 aanhef en onder b BW. Volgens diezelfde regel is de berekeningsmethode ook van toepassing in geval van opvolgend werkgeverschap. Voor andere bepalingen waarin het leerstuk opvolgend werkgeverschap wordt toegepast, zoals art. 7:667 lid 5 BW en art. 7:691 lid 5 BW, heeft de regering geen wijziging voorgesteld. Toepassing van de gewijzigde visie van de regering zou voor art. 7:667 lid 5 BW ook lastig zijn, omdat de Hoge Raad in het arrest *De Witte/Pekel* van 20 december 2013 (ECLI:NL:HR:2013:2127, «JAR» 2014/34) heeft bepaald dat onder een 'rechtsgeldige opzegging' als bedoeld in art. 7:667 lid 4-5 BW niet valt een opzegging door de werknemer, terwijl de regering in gewijzigde visie op opvolgend werkgeverschap de vraag vooropstelt bij wie de aanleiding tot het overgaan naar de nieuwe werkgever is gelegen.

13. Kortom, de toepassing van het criterium 'zodanige banden' is en blijft complex. Het Hof 's-Hertogenbosch achtte in geval van een faillissement van belang of sprake is van een voortzetting van de activiteiten door een ondernemer die banden heeft met de vorige werkgever. Deze toets lijkt soepeler dan die van de Kantonrechter Amsterdam. De regering heeft met het voorstel Wet werk en zekerheid voor wat betreft art. 7:668a lid 2 BW een nog soepelere toets voor ogen. Volgens de regering zou voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap bij de ketenregeling en de nieuw in te voeren transitievergoeding relevant moeten zijn dat enerzijds sprake is van vergelijkbare arbeid en dat anderzijds de aanleiding tot het overgaan naar de nieuwe werkgever bij een van de werkgevers ligt. De voorgestelde wijziging van de regering heeft echter weer tot gevolg dat het leerstuk 'opvolgend werkgeverschap' bij verschillende bepalingen anders moet worden uitgelegd.

S. Palm
Ploum Lodder Princen

29

Kantonrechter Rotterdam
6 december 2013, nr. 1389146 \ CV EXPL 12-627
ECLI:NL:RBROT:2013:9787
(mr. Frikkee)
Noot C.S. Kehrer-Bot

Arbeidsongeschiktheid. Loondoorbetalingsverplichting. Hoogte loonsanctie. Inkomsten zieke werknemer.

Loondoorbetalingsverplichting ex art. 7:629 BW bedraagt ook tijdens de door het UWV opgelegde loonsanctie 70% van het loon. Uit wettekst art. 7:629 lid 5 BW volgt dat inkomsten werknemer volledig in mindering mogen worden gebracht op loondoorbetalingsverplichting.

[WIA art. 25 lid 9; BW art. 7:629]

Werknemer is sinds 1982 in dienst als automonteur. Op de arbeidsovereenkomst is de cao voor het Motorvoertuigbedrijf en Tweewielerbedrijf van toepassing (hierna: de cao). Met ingang van 6 oktober 2008 is werknemer arbeidsongeschikt geraakt. Vanaf 3 oktober 2010 is aan werkgeefster een loonsanctie opgelegd. Na verkregen toestemming is de arbeidsovereenkomst door werkgeefster op 3 oktober 2011 opgezegd. Partijen verschillen van mening over de hoogte van de loondoorbetalingsverplichting in het derde ziektejaar en over de vraag of het loon van werknemer in het tweede en derde ziektejaar door werkgeefster kan worden gekort met de inkomsten die werknemer – naast zijn dienstverband met werkgeefster – in de betreffende periodes heeft ontvangen. Het geschil betreft de vraag of überhaupt inkomsten mogen worden gekort, de hoogte van de eventueel te korten inkomsten en de wijze waarop de korting dient te worden berekend.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De wettelijke loondoorbetalingsverplichting van art. 7:629 BW bedraagt 70% van het loon, ook in het derde ziektejaar. De toepasselijke cao beperkt de aanvullingsverplichting van de werkgeefster tot 24 maanden en bepaalt niets over een aanvulling gedurende een eventueel sanctiejaar. De vaste lijn in de rechtspraak is dat in het derde ziektejaar geen aanvullingsverplichting geldt voor de werkgeefster.

De arbeidsovereenkomst is opgezegd tegen 1 februari 2012. Werknemer heeft een aantal algemene verweren aangevoerd tegen het verweer van werkgeefster dat zij gerechtigd is om inkomsten te korten op het loon bij ziekte. Een van de meest verstrekkende verweren is dat daar waar werkgeefster zich volstrekt onvoldoende heeft gekweten van haar re-integratieverplichtingen, zij gehouden is het loon aan werknemer door te betalen en daarop geen inkomsten in mindering mag brengen. Dit verweer slaagt niet. Hoewel werkgeefster een loonsanctie is opgelegd, (vooral omdat zij volledig is meegegaan in de wens van werknemer om zijn mogelijkheden als startende zelfstandige in de uitvaartbranche te gaan exploreren en hem niet heeft verplicht om zich te richten op re-integratie in het tweede spoor) kan niet worden gezegd dat werkgeefster "zich volstrekt onvoldoende heeft gekweten van haar re-integratieverplichtingen".

Uit niets blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is geweest dat art. 7:629 lid 5 BW – waarin is bepaald dat de werkgeefster op het loon bij ziekte de inkomsten in mindering mag brengen voor de werkzaamheden die de werknemer tijdens zijn ziekte heeft verricht – niet van toepassing zou zijn gedurende het sanctiejaar. In de li-