

individuele schuldeiser uit hoofde van dezelfde onrechtmatige daad, die niet binnen de reikwijdte van de Insolventieverordening valt, op grond van Rome II aan een ander recht onderworpen kan zijn dan de *Peeters/Gatzen*-vordering. Dat zou betekenen dat een derde jegens de gezamenlijke schuldeisers wel aansprakelijk zou kunnen zijn op grond van de *lex concursus* maar niet jegens de individuele schuldeiser op grond van de *lex causae*, of *vice versa*.

Zoals reeds hiervoor is besproken lijkt de Hoge Raad die uitkomst wat wrang te vinden. Zijn derde vraag is dan ook of de derde zich kan verweren met een beroep op de *lex causae*. Mocht het Europese Hof tot de conclusie komen dat de *Peeters/Gatzen*-vordering wel onder de Insolventieverordening valt, dan lijkt mij een escape als valt af te leiden uit de derde vraag (namelijk: dat de derde zich dan steeds moet kunnen beroepen op de *lex causae*) billijk en passen binnen het systeem van de Insolventieverordening.

Mr. L.F.A. Welling-Steffens

Faillissementsrecht/arbeidsrecht

Ondernemingsrecht 2018/27

Hoge Raad (Civiele kamer) 17 november 2017, nr. 16/06096 m.nt. mr. S. Palm¹

TRA 2018/22
RvdW 2017/1198
Prg. 2018/8
RAR 2018/27
NJB 2017/2289
ECLI:NL:HR:2017:2905
ECLI:NL:PHR:2017:1252

De kwalificatie van de aanzegging als opzegging en de overgangsrechtelijke problematiek bij opvolgend werkgeverschap.

Constar Plastics

1. Feiten²

De werknemer (verzoeker tot cassatie) is (naar mag worden aangenomen) voor onbepaalde tijd in dienst van Constar International Holland (Plastics) B.V. Deze vennootschap gaat op 28 mei 2014 failliet. De curator zegt de arbeidsovereenkomsten op. Een derde neemt een deel van de activiteiten over en richt daarvoor een vennootschap op: Constar Plastics B.V. In totaal treden 23 van de 51 werknemers van de failliete werkgever op 10 juni 2014 in dienst bij Constar

Plastics (de nieuwe werkgever), waaronder ook de werknemer in kwestie. De arbeidsovereenkomst met Constar Plastics is aangegaan voor de duur van drie maanden en wordt vervolgens voor een jaar verlengd tot 10 september 2015. De financiële resultaten na de doorstart vallen tegen. Constar Plastics besluit haar activiteiten te beëindigen. Bij brief van 13 augustus 2015 bericht Constar Plastics aan de werknemer dat de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd, omdat 'de onderneming wegens tegenvallende resultaten zal worden gestaakt'. Constar Plastics bericht volledigheidshalve 'dat deze brief een aanzegging is als bedoeld in artikel 7:668 lid 1 BW'.

2. Beslissing

2.1 Standpunt werknemer en procesverloop

Volgens de werknemer is bij de indienstreding bij de doorstarter sprake van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW en artikel 7:673 lid 4 BW. Op basis van artikel 7:668a lid 2 BW geldt de arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd. Opvolgend werkgeverschap brengt volgens de werknemer ook mee dat de dienstjaren bij de vorige werkgever meetellen voor de vaststelling van het recht op en de hoogte van de transitievergoeding. De brief van 13 augustus 2015 moet worden beschouwd als een opzegging en de transitievergoeding is verschuldigd, aldus de werknemer. In eerste aanleg wijst de rechter het verzoek tot toekenning van de transitievergoeding toe.³ Hof Arnhem-Leeuwarden wijst in hoger beroep het verzoek alsnog af. De brief van 13 augustus 2015 is volgens het hof onmiskenbaar gericht op het verstrekken van informatie over het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst en geen opzeggingshandeling. Indien het hof – 'veronderstellenderwijs' – uitgaat van de juistheid van de stelling van de werknemer dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, is deze overeenkomst niet opgezegd of ontbonden, aldus het hof. De transitievergoeding is derhalve niet verschuldigd.⁴ In cassatie komen twee thema's aan de orde: (i) de kwalificatie van de aanzegging als opzegging; en (ii) de overgangsrechtelijke problematiek bij opvolgend werkgeverschap.

2.2 Beslissing in cassatie omtrent de aanzegging

De eerste beslissing van de Hoge Raad gaat over de verhouding tussen de aanzegging en de opzegging. Een werkgever moet uiterlijk een maand voordat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt, de werknemer informeren over het al dan niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst.⁵ Deze verplichte aanzegging, zoals vastgelegd in artikel 7:668 lid 1 BW, is dus geen opzegging van de arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad merkt allereerst op dat deze aanzegging in relatie tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zinledig is. Volgens de Hoge Raad is dat

¹ Steven Palm is advocaat te Rotterdam.

² Deze annotatie is deels een bewerking van een begin 2018 te verschijnen artikel: S. Palm, 'Constar Plastics: aanzegging of opzegging – overgangsrecht en opvolgend werkgeverschap', *Tijdschrift voor Ontslagrecht* 2018, p. 8-15.

³ Zie voor de overwegingen van de rechter in eerste aanleg het citaat onder randnummer 2.3 van de conclusie van advocaat-generaal L. Timmerman van 14 juli 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1252.

⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 27 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7767, Prg. 2016/295.

⁵ Zie voor uitzonderingen artikel 7:668 lid 2 BW.

laatste relevant voor de beantwoording van de vraag of de werknemer de brief van Constar Plastics mocht opvatten als een opzegging. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat een aan de zijde van de werkgever bestaande misvatting over de looptijd van de arbeidsovereenkomst, die tot gevolg heeft dat de mededeling van de werkgever 'niet adequaat en (daardoor) niet eenduidig is, bij de uitleg van die mededeling niet zonder meer ten nadele van' de werknemer mag werken. Bij de uitleg van de mededeling zijn volgens de Hoge Raad immers alle omstandigheden van het geval van belang. De in de brief aangekondigde bedrijfsbeëindiging kan volgens de Hoge Raad bijdragen aan het oordeel dat de werknemer de mededeling mocht opvatten als een opzegging. Een werknemer mag een schriftelijk medegedeelde aanzegging – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – dus als een opzegging opvatten.⁶ De Hoge Raad verwijst de zaak naar Hof 's-Hertogenbosch, omdat het in cassatie bestreden oordeel van Hof Arnhem-Leeuwarden volgens de Hoge Raad is gebaseerd op een onjuiste rechtsopvatting, althans onbegrijpelijk is. Omdat na verwijzing het thema opvolgend werkgeverschap aan de orde kan komen, ziet de Hoge Raad aanleiding ook in te gaan op de overgangsrechtelijke problematiek rondom opvolgend werkgeverschap.

2.3 *Beslissing in cassatie omtrent opvolgend werkgeverschap en overgangsrecht*

Opvolgend werkgeverschap speelt onder meer een rol bij artikel 7:668a BW (de ketenregeling) en artikel 7:673 en verder BW (de transitievergoeding). De ketenregeling beperkt het gebruik van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tussen dezelfde partijen. Indien aan de in artikel 7:668a BW gestelde voorwaarden is voldaan, converteert een opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De ketenregeling geldt op grond van artikel 7:668a lid 2 BW ook indien de werknemer een opvolgende arbeidsovereenkomst sluit met een andere werkgever, mits sprake is van opvolgend werkgeverschap.⁷ De duur van de arbeidsovereenkomst is eveneens relevant voor de vaststelling van het recht op en de hoogte van de transitievergoeding. Elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever worden voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst samengeteld, tenzij de onderbrekingsperiode tussen twee arbeidsovereenkomsten langer dan zes maanden is. Indien sprake is van opvolgend werkgeverschap, tellen via

artikel 7:673 lid 4 aanhef en onder b BW elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers ook mee.

De maatstaf voor de beoordeling van opvolgend werkgeverschap in artikel 7:668a lid 2 BW is met ingang van 1 juli 2015 gewijzigd. Tot 1 juli 2015 gold de strengere maatstaf uit het arrest *Van Tuinen/Wolters*. Deze maatstaf hield in dat 'in de regel' sprake is van opvolgend werkgeverschap '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'.⁸ Het tweede vernoemde vereiste uit *Van Tuinen/Wolters*, veelal aangeduid als het zodanige banden-criterium, geldt sinds 1 juli 2015 niet meer als vereiste voor de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW.⁹ De wetgever heeft zich overigens niet heel scherp uitgelaten over de sinds 1 juli 2015 geldende criteria, maar in elk geval is duidelijk dat de maatstaf is versoepeld. De nieuwe maatstaf geldt niet alleen voor de ketenregeling, maar ook voor een aantal andere regelingen, zoals artikel 7:673 BW omtrent de transitievergoeding.¹⁰

Sinds 1 juli 2015 geldt derhalve een soepelere maatstaf, maar hoe moeten werkgeverswissels die plaatsvonden voor 1 juli 2015 worden beoordeeld: op basis van de oude of de nieuwe maatstaf? In de zaak *Constar Plastics* waren de opvolgende arbeidsovereenkomsten aangegaan voor 1 juli 2015. De Hoge Raad kiest voor de oude maatstaf en baseert zijn keuze op een passage uit de parlementaire geschiedenis van de Overgangswet nieuw BW. In de memorie van toelichting van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW (elfde gedeelte) schrijft de regering onder het kopje 'Geen terugwerkende kracht' dat – voor de vaststelling van de periode voor de verkrijgende verjaring – het bezit van een goed vóór de inwerkingtreding naar de maatstaven van oud recht moet worden beoordeeld en pas na de inwerkingtreding naar de maatstaven van nieuw recht. Volgens de regering is bezit een 'zeker juridisch gekwalificeerd feit' en een herbeoordeling van een dergelijk rechtsverschijnsel zou

6 Ter volledigheid: de korte vervaltermijnen uit artikel 7:686a lid 4 BW zijn volgens de Hoge Raad geen reden voor een andersluidend oordeel.

7 Het tweede lid van artikel 7:668a BW kent overigens een belangrijk verschil met het eerste lid: in geval van opvolgend werkgeverschap tellen namelijk ook arbeidsovereenkomsten voor *onbepaalde* tijd met de vorige werkgever mee in de keten (*Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 6, p. 11 (NV); *Kamerstukken I* 1997/98, 25263, 132d, p. 10 (nadere memorie van antwoord); *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 4 (NV)). Rechters hebben overigens in het verleden – gelet op de parlementaire geschiedenis: ten onrechte – tot uitgangspunt genomen dat artikel 7:668a lid 2 BW alleen betrekking heeft op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (Rb. 's-Hertogenbosch 12 mei 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AP4708, *JOR* 2004/281; Rb. Maastricht 9 maart 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AT4876, *JAR* 2005/93; Rb. Dordrecht 21 februari 2006, ECLI:NL:RBDOR:2006:AV7033, *JAR* 2006/72; Rb. Roermond 5 april 2007, ECLI:NL:RBROE:2007:BA3448, *JOR* 2007/279).

8 HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, *JOR* 2012/278 (*Van Tuinen/Wolters*). Zie ook HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9601, *RvdW* 2012/783.

9 Zie over het zodanige banden-criterium onder meer: D.J.B. de Wolff, 'Opvolgend werkgeverschap: onduidelijkheid blijft', *ArbeidsRecht* 2013/41; J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?' *ArbeidsRecht* 2013/38; S. Palm, 'De zoektocht naar de juiste interpretatie van opvolgend werkgeverschap na Van Tuinen/Wolters', *ArA* 2014-1, p. 16-50.

10 Zie over de nieuwe maatstaf onder andere: R.M. Beltzer e.a., *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 17-18 en 39; J.M. van Slooten, I. Zaaij & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 31-33 en 209-212; S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht', *TAP* 2015/117.

leiden tot terugwerkende kracht.¹¹ Naar het oordeel van de Hoge Raad is opvolgend werkgeverschap ook een 'juridisch gekwalificeerd feit'. Daarom moet – in relatie tot de ketenregeling – een werkgeverswissel die heeft plaatsgevonden voor 1 juli 2015 worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters*.¹² De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat onvoldoende redenen bestaan om voor de transitievergoeding een andere maatstaf te aanvaarden. Volgens de Hoge Raad is opvolgend werkgeverschap ook in relatie tot artikel 7:673 BW een 'juridisch gekwalificeerd feit'. 'Daar komt bij dat de wettelijke omschrijving van het opvolgend werkgeverschap in beide regelingen (...) identiek is', aldus de Hoge Raad. Deze gedachtegang – die dus ziet op situaties voor 1 juli 2015 – is niet heel logisch. De formulering is sinds 1 juli 2015 weliswaar hetzelfde, maar de regeling omtrent de transitievergoeding is nieuw ingevoerd per 1 juli 2015. Opvolgend werkgeverschap kent in relatie tot artikel 7:673 lid 4 BW überhaupt geen voorganger. De Hoge Raad overweegt tot slot dat uiteenlopend overgangsrecht voor deze regelingen de hanteerbaarheid van het recht niet ten goede komt.¹³

3. Commentaar

3.1 Inleidende opmerkingen

Dit commentaar beperkt zich tot één onderwerp: opvolgend werkgeverschap, meer in het bijzonder bij een doorstart na faillissement.¹⁴ De Hoge Raad verschaft duidelijkheid over het toepasselijke overgangsrecht, maar tegelijkertijd blijven veel vragen onbeantwoord.¹⁵ De volgende vragen staan hierna centraal. Wat betekent de toepassing van zowel de oude als de nieuwe maatstaf voor een doorstart na faillissement? En wat zijn de consequenties van *Constar Plastics* voor andere regelingen waar opvolgend werkgeverschap terugkeert? Ter volledigheid: met opvolgend werkgeverschap wordt in

deze context niet bedoeld de regeling omtrent overgang van onderneming zoals opgenomen in artikel 7:662 en verder BW. Artikel 7:666 BW sluit de verplichte overname van personeel met behoud van arbeidsvoorwaarden uit in geval van een doorstart door een nieuwe werkgever na faillissement, zij het dat het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat bij een zogeheten pre-pack wel sprake is van een overgang van onderneming.¹⁶ Deze uitsluiting van de verplichte personeels-overname bij faillissement biedt de doorstarter vrijheid bij de selectie van het personeel. De doorstarter kan met betrekking tot het geselecteerde personeel vervolgens wel worden geconfronteerd met opvolgend werkgeverschap (zie hierna).

3.2 Doorstart vóór 1 juli 2015

De Hoge Raad oordeelt – zonder enig voorbehoud – dat een werkgeverswissel die plaatsvond voor 1 juli 2015 moet worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* (een arrest uit 2012). Vereist is dan dus dat tussen beide werkgevers zodanige banden bestaan dat het door de eerste werkgever op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de opvolgende werkgever. De vaststelling van 'zodanige banden' en de 'toerekening' van het inzicht zijn lastig, in het bijzonder bij een doorstart na faillissement. De Hoge Raad heeft het zodanige banden-criterium in relatie tot een doorstart na faillissement nooit nader toegelicht. *Van Tuinen/Wolters* ging over een werkgeverswissel als gevolg van een aanbestedingsprocedure. Eerder, in 2006, heeft de Hoge Raad in het arrest *Boekenvoordeel/Isik* overwogen dat opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement niet is uitgesloten. Onduidelijk is echter of de Hoge Raad toen – in 2006 – (nog) van oordeel was dat elke doorstart na faillissement als opvolgend werkgeverschap kan worden aangemerkt (en de Hoge Raad later met het arrest *Van Tuinen/Wolters* – in 2012 – het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap in relatie tot doorstartscenario's heeft willen beperken).¹⁷ Van der

11 *Kamerstukken II* 1984/85, 18998, 1-3, p. 25 (MvT), inzake: Aanvulling van de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW elfde gedeelte). Ook te raadplegen via W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 15. Wet van 2 april 1991, *Stb.* 1991, 197 (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw B.W. (elfde gedeelte)).

12 De toepassing van de oude maatstaf is volgens de Hoge Raad ook in lijn met een aantal andere overgangsrechtelijke bepalingen uit de Wet werk en zekerheid.

13 Het overgangsrecht in artikel XXII lid 8 Wet werk en zekerheid brengt de Hoge Raad niet tot een ander oordeel. Dit overgangsrecht heeft namelijk geen betrekking op opvolgend werkgeverschap.

14 Zie over het andere onderwerp uit deze beschikking – aanzegging of opzegging? – onder meer: A.R. Houweling, 'Twee rauwelijke opzeggingen uit de Grillroom van Ramses', *AR-Updates* 2015-1132; A. Stamouliis & R. de Vos, Annotatie bij HR, *JIN* 2016/24; R. de Vos, Annotatie bij Rb. Amsterdam, *JIN* 2016/218; J. Dop, Annotaties bij Rb. Amsterdam, *JAR* 2016/235 en Rb. Oost-Brabant, *JAR* 2016/239; S. Palm, 'Constar Plastics: aanzegging of opzegging – overgangsrecht en opvolgend werkgeverschap', *Tijdschrift voor Ontslagrecht* 2018, p. 8-15.

15 De Hoge Raad legt overigens niet uit wanneer een werkgeverswissel voor 1 juli 2015 plaatsvond. De overstep naar de nieuwe werkgever kan bijvoorbeeld hebben plaatsgevonden op of na 1 juli 2015, terwijl de werknemer en de nieuwe werkgever (ruim) voor 1 juli 2015 de opvolgende arbeidsovereenkomst zijn aangegaan. Verdedigbaar is dat ook in dit voorbeeld alle relevante rechtsfeiten (wat het verschijnsel opvolgend werkgeverschap betreft) zich voor 1 juli 2015 hebben voorgedaan en daarom de oude maatstaf geldt.

16 HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, C-126/16, *JAR* 2017/189 (*SmallSteps*). Zie ook: L.G. Verburg, 'SmallSteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft', *FIP* 2017/334; P.R.W. Schaïnk, 'Het SmallSteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?', *ArbeidsRecht* 2017/34; P.R.W. Schaïnk, 'Het arrest van het Hof van Justitie inzake FNV c.s./SmallSteps', *Tvl* 2017/22; M. Hoogendoorn & D. Ninck Blok, 'FNV/SmallSteps; door overgang van onderneming, naar ondergang van ondernemingen?', *NtER* 2017-8, p. 211-218.

17 In HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3782, *JOR* 2006/227 (*Boekenvoordeel/Isik*) beantwoordt de Hoge Raad twee vragen. Sluit een rechtsgeldige opzegging door de curator de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW uit? En is artikel 7:668a lid 2 BW alleen van toepassing in misbruiksituaties, meer in het bijzonder bij draaieurconstructies? Het antwoord van de Hoge Raad op de eerste vraag: een opzegging door de curator staat niet aan de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW in de weg. Het antwoord op de tweede vraag: artikel 7:668a lid 2 BW beperkt zich naar tekst en strekking niet tot gevallen waarin werkgevers de constructie van opvolgende werkgevers misbruiken. Artikel 7:666 BW sluit weliswaar de regeling omtrent de overgang van een onderneming uit in geval van faillissement, maar die bepaling voorkomt niet de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad laat zich in *Boekenvoordeel/Isik* niet (expliciet) uit over de vraag of elke doorstart kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap.

Pijl merkt overigens op dat Hoge Raad in *Constar Plastics* geen andere benadering kiest voor werkgeverswissels die plaatsvonden vóór het arrest *Van Tuinen/Wolters*.¹⁸ Indien de Hoge Raad inderdaad bedoelt dat alle werkgeverswissels die plaatsvonden voor 1 juli 2015 in relatie tot de ketenregeling en de transitievergoeding moeten worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters*, dan is voor de rechtspraak niet langer relevant of op basis van het arrest *Boekenvoordeel/Isik* een andere (soepelere) maatstaf gold.

Veel rechtbanken en hoven zijn van oordeel dat bij een (vrijwel ongewijzigde) doorstart van de activiteiten na faillissement – als zodanig – nog niet is voldaan aan het zodanige banden-criterium, zo blijkt uit de gepubliceerde rechtspraak.¹⁹ Verschillende auteurs hebben geprobeerd het zodanige banden-criterium nader uit te werken. Van der Pijl heeft bijvoorbeeld een gezichtspuntencatalogus opgesteld. Die gezichtspunten richten zich op doorstartsituaties. Volgens Van der Pijl wegen de volgende factoren mee bij het zodanige banden-criterium: (a) de betrokkenheid van bestuurder/aandeelhouder van de gefailleerde werkgever bij de doorstarter; (b) de verschillende werkgevers zijn geen voormalige 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; en (f) vertegenwoordigers van de oude werkgever zijn betrokken bij de sollicitatieprocedures dan wel selectie van de werknemers door de doorstarter.²⁰ Van Haelst schrijft dat indien de tot aanstelling bevoegde functionaris bij de nieuwe werkgever reeds inzicht verkreeg in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer gedurende zijn arbeidsovereenkomst bij zijn vorige werkgever, sprake zou moeten zijn van opvolgend werkgeverschap.²¹ De suggestie van Van Haelst lijkt uit te gaan van een criterium waarbij de nieuwe werkgever daadwerkelijk inzicht heeft in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. De vraag is of de Hoge Raad een zo strikte toepassing van het criterium verlangt. In een arrest uit 1993 overwoog de Hoge Raad over opvolgend werkgeverschap in relatie tot het proeftijdbeding dat het zodanige banden-criterium niet vereist dat de nieuwe werkgever daadwerkelijk inzicht moet hebben verkregen.

Het inzicht van de oude werkgever moet op basis van de nauwe banden *in redelijkheid* kunnen worden *toegerekend* aan de nieuwe werkgever.²² Bouwens schreef – overigens ruim vóór het arrest *Van Tuinen/Wolters* – dat sprake zou moeten zijn van opvolgend werkgeverschap ingeval in feite dezelfde ondernemer de onderneming na faillissement voortzet, althans overneemt, en niet als een willekeurige derde de onderneming overneemt.²³ De vraag is of deze suggesties inderdaad meer (althans: de juiste) handvatten bieden. Is bijvoorbeeld geen sprake van opvolgend werkgeverschap indien een willekeurige derde – een investeerder – na een zeer beperkt *due diligence* onderzoek de onderneming van een failliete werkgever volledig intact overneemt? Tussen de investeerder en de failliete werkgever bestond tot kort vóór de overname geen enkele band, maar de werknemer blijft na de overname wel werkzaam binnen dezelfde organisatie en voor dezelfde klanten. En zou het antwoord anders zijn als deze investeerder wel een uitvoerig *due diligence* onderzoek heeft uitgevoerd en de directie van de failliete werkgever in een vroeg stadium is betrokken? Een prudente investeerder zou op die manier worden 'afgestraft'. Zonder een nadere toelichting van de Hoge Raad blijft in veel gevallen onzeker of een doorstart, die plaatsvond voor 1 juli 2015, moet worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap.

3.3 Doorstart op of na 1 juli 2015

In de parlementaire toelichting op de Wet werk en zekerheid schrijft de regering dat voor opvolgend werkgeverschap op basis van de nieuwe maatstaf vereist is dat er een 'aanleiding' is 'waardoor de werknemer van de oude naar de nieuwe werkgever overgaat'. Als een van de voorbeelden noemt de regering de werkgeverswissel als gevolg van een aanbesteding (concessie), waarbij de werknemer – in de woorden van de regering – 'meeverhuist' naar de nieuwe werkgever.²⁴ De wetgever lijkt aldus uit te gaan van situaties waarin de werknemer als het ware 'zijn' werk heeft gevolgd, zoals bij een werkgeverswissel na een aanbesteding of concessie vaak het geval is. De regering was over een doorstart na faillissement niet heel duidelijk.²⁵ De combinatie van (i) het loslaten van het zodanig banden-criterium; (ii) het accent op de overgang van het werk van de werknemer; (iii) het arrest *Boekenvoordeel/Isik*; en (iv) de toelichting van de regering tijdens de Wet werk en zekerheid, dwingen evenwel tot de conclusie dat bij een doorstart na faillissement door een nieuwe werkgever in begin-

18 J. van der Pijl, Annotatie bij HR, *JAR* 2017/311.

19 Rb. Amsterdam 28 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529, *JOR* 2013/221; Rb. Amsterdam 13 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA1389, *JAR* 2013/147; Rb. Limburg 21 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:9106, *Prg.* 2014/36; Rb. Midden-Nederland 2 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1755, *JOR* 2014/279; Rb. Noord-Nederland 24 juli 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4628, *JAR* 2014/233; Rb. Limburg 3 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7732, *JOR* 2015/21; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4977, *JOR* 2016/255; Hof Den Haag 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3001, *JOR* 2017/22; Hof's-Hertogenbosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:859, *JOR* 2017/144; Hof's-Hertogenbosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3681, *JOR* 2017/310.

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

21 M.A. van Haelst, 'Reikwijdte 'opvolgend werkgeverschap' na Van Tuinen-arrest', *TAP* 2012, p. 263. Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens, 'Opvolgend werkgeverschap', *Ars Aequi* 2012, p. 937.

22 HR 23 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0938, *JAR* 1993/120 (*Braber/IndeBus Reklame*).

23 W.H.A.C.M. Bouwens, 'Opvolgend werkgeverschap en faillissement', *SMA* 2007-3, p. 101-108.

24 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 8, p. 14-15 (nota van wijziging); *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 105 (MvA).

25 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 3-4 (NV).

sel sprake is van opvolgend werkgeverschap.²⁶ Ook met de nieuwe maatstaf kan bij een doorstart na een faillissement echter een discussie ontstaan over de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap. Een derde kan bijvoorbeeld een deel van de activa en een deel van de werknemers overnemen en vervolgens de werkzaamheden volstrekt anders organiseren en andere klanten gaan bedienen. De vraag is of in een dergelijke situatie nog kan worden volgehouden dat de werknemer 'zijn' werk is gevolgd. Daarnaast blijft voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap vereist dat de werkzaamheden geen wezenlijke verandering ondergaan.²⁷

3.4 Consequenties voor andere regelingen

De beschikking *Constar Plastics* ziet uitsluitend op de ketenregeling en de regeling omtrent de transitievergoeding, maar opvolgend werkgeverschap keert op een vergelijkbare wijze terug bij – onder meer – de proeftijdregeling (artikel 7:652 lid 8 BW), de Ragetlie-regel (artikel 7:667 lid 4-5 BW) en de ontslagvolgorde bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden (paragraaf 4 Ontslagregeling, het afspiegelingsbeginsel).²⁸ Voor de proeftijdregeling is (ook) bij werkgeverswissels op of na 1 juli 2015 nog steeds de oude maatstaf zoals opgenomen in *Van Tuinen/Wolters* van toepassing, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis.²⁹ De toepassing van de oude maatstaf bij de proeftijdregeling

heeft tot gevolg dat bij een doorstart die heeft plaatsgevonden op of na 1 juli 2015 door de opvolgende werkgever mogelijk wel een rechtsgeldig proeftijdbeding met de werknemer kan worden overeengekomen, maar dat bij een proeftijdontslag door deze opvolgende werkgever vervolgens rekening moet worden gehouden met de verschuldigdheid van een (aanzienlijke) transitievergoeding. In relatie tot de transitievergoeding geldt sinds 1 juli 2015 immers een soepelere maatstaf en is dus eerder sprake van opvolgend werkgeverschap (en tellen de jaren in dienst van de failliete werkgever mee). Voor de Ragetlie-regel geldt sinds 1 juli 2015 de nieuwe maatstaf en – in lijn met de gedachtegang van de Hoge Raad in *Constar Plastics* – voordien de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters*.³⁰ De Ragetlie-regel is in veel gevallen bij een doorstart overigens niet relevant, omdat de curator de vorige arbeidsovereenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd. De opzegging door de curator voorkomt echter niet de toepassing van de ketenregeling, zo blijkt ook uit het voornoemde arrest *Boekenvoordeel/Isik*.³¹ Voor de ketenregeling tellen de arbeidsovereenkomsten met failliete werkgever dus mogelijk wel mee.

In relatie tot het afspiegelingsbeginsel geldt voor werkgeverswissels die plaatsvonden op of na 1 juli 2015 de soepelere toets. Voor een werkgeverswissel die vóór die datum plaatsvond, dwingt de opvatting van de Hoge Raad (opvolgend werkgeverschap is een 'juridisch gekwalificeerd feit') tot de toepassing van het oude recht. Voor het afspiegelingsbeginsel is de oude maatstaf minder eenvoudig te achterhalen. De tot 1 juli 2015 door het UWV gehanteerde Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012 kenden een uitleg van opvolgend werkgeverschap die afweek van *Van Tuinen/Wolters*.³² De Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012 verwezen weliswaar naar de oude formulering uit artikel 7:668a lid 2 BW (inzake de ketenregeling), maar noemden vervolgens andere criteria dan de criteria uit *Van Tuinen/Wolters*. Volgens paragraaf 13.6 van deze beleidsregels was (in beginsel) sprake van opvolgend werkgeverschap indien de volgende factoren (vrijwel) hetzelfde bleven: (i) de (aard van de) verrichte werkzaamheden; (ii) de locatie waarin de werkzaamheden worden uitgeoefend; en (iii) de bedrijfsmiddelen waarmee de activiteiten worden uitgeoefend. Daarnaast tellen op grond van deze beleidsregels eerdere arbeidsovereenkomsten die rechtsgeldig zijn beëindigd niet mee en tellen dienstjaren voorafgaand aan een doorstart na

26 In de literatuur lijken de meeste auteurs tot uitgangspunt te nemen, dat onder de Wet werk en zekerheid in vrijwel alle doorstartsituaties sprake is van opvolgend werkgeverschap voor wat de ketenregeling en transitievergoeding betreft: S. Jansen & S.W.G. Wolters, 'Wet Werk en Zekerheid: arbeidsrechtelijke veranderingen met gevolgen voor de insolventiepraktijk', *FIP* 2014/368; C.J.H. de Groot, 'De flexmaatregelen van de Wet werk en zekerheid', *TAP* 2014/267; P.R.W. Schaink, 'Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter', *Tvl* 2015/16; J. van der Pijl, 'De Wet werk en zekerheid en de gevolgen voor de insolventierechtspraktijk', *Tvl* 2015/22; D.B.M. Pinedo & C.C.M. van Brach, 'Insolventieontslag onder de Wet Werk en Zekerheid', *ArbeidsRecht* 2016/4; P.R.W. Schaink, 'Arbeidsrecht in opmars in het insolventierecht', *Tvl* 2017/2. Zie voor een ruime toepassing van opvolgend werkgeverschap sinds 1 juli 2015 in relatie tot een doorstart na faillissement bijvoorbeeld: Rb. Midden-Nederland 21 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4242, *JOR* 2016/293; Rb. Oost-Brabant 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4849, *Prg.* 2016/268.

27 Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid nam de regering aan dat het vereiste van dezelfde werkzaamheden ligt besloten in de woorden 'ten aanzien van de verrichte arbeid' (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 90 (MvT); *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 8, p. 15 (nota van wijziging); *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 105 (MvA)).

28 Opvolgend werkgeverschap keert ook terug in artikel 7:691 lid 5 BW en de Wet flexibel werken. In relatie tot artikel 7:691 lid 5 BW en de Wet flexibel werken is onduidelijk welke maatstaf geldt, zowel voor 1 juli 2015 als sindsdien. De Hoge Raad heeft zich nooit uitgelaten over de toepasselijke maatstaf in relatie tot die twee regelingen. Ter volledigheid: artikel 7:668a lid 6 BW en artikel 7:691 lid 8 BW bevatten een mogelijkheid tot afwijken de criteria voor opvolgend werkgeverschap, ten nadele van de werknemer. Deze afwijkende criteria kunnen bij cao (of bij een regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan) worden vastgesteld. In lijn met de gedachtegang van de Hoge Raad blijft die eerdere werkgeverswissel altijd geregeerd door de maatstaf uit de cao die tijdens de werkgeverswissel van toepassing was. Ook oudere cao's dienen dus bij beoordeling van opvolgend werkgeverschap in relatie tot artikel 7:668a BW en artikel 7:691 BW geraadpleegd te worden.

29 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 26 (NV). De maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* is gebaseerd op de proeftijdjurisprudentie van de Hoge Raad (HR 24 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9537, *NJ* 1987/293 (*Slijkoord/Hekkema BV*); HR 23 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0938, *JAR* 1993/120 (*Braber/IndeBus Reklame*)).

30 Uit HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, *RvdW* 2016/1238 (*Leerorkest*) bleek namelijk al dat de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* ook van toepassing is op artikel 7:667 lid 5 BW, zoals dat luidde tot 1 juli 2015.

31 Via artikel 7:667 lid 4 BW en artikel 7:668a lid 4 BW respectievelijk via artikel 10 lid 1 Ontslagregeling is opvolgende werkgeverschap ook relevant voor de vaststelling van de opzegtermijn respectievelijk de redelijke termijn voor herplaatsing. Artikel 10 Ontslagregeling (omtrent de herplaatsingstermijn) verwijst overigens alleen naar de opzegtermijn bedoeld in artikel 7:672 lid 2 en 3 BW, maar verdedigbaar is dat opvolgend werkgeverschap via artikel 7:667 lid 4 BW en artikel 7:668a lid 4 BW ook voor de herplaatsingstermijn geldt.

32 Besluit beleidsregels ontslagtaak UWV 2012 van 31 juli 2012 van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, *Stcrt.* 2012, 16614.

faillissement evenmin mee.³³ Moet voor werkgeverswissels die plaatsvonden voor 1 juli 2015 de maatstaf uit deze oude beleidsregels worden toegepast, inclusief de uitzondering dat dienstjaren voorafgaand aan (i) een rechtsgeldige beëindiging; en/of (ii) een doorstart niet meetellen? Een bevestigend antwoord ligt voor de hand indien aan de gedachte van opvolgend werkgeverschap als een 'juridisch gekwalificeerd feit' consequent wordt vastgehouden. Voor de praktijk zou de toepassing van de maatstaf uit de oude beleidsregels echter bijzonder onhandig zijn. De oude beleidsregels zouden dan nog vele jaren relevant zijn, terwijl deze beleidsregels bij velen niet (meer) bekend zijn en ook niet (eenvoudig) te raadplegen zijn. Deze oude beleidsregels zouden dan in elk geval weer online gepubliceerd moeten worden. De toepassing van de oude beleidsregels kan ook opmerkelijke consequenties hebben. Indien de werknemers van de failliete werkgever na de doorstart zijn geïntegreerd in een reeds bestaande onderneming van de ondernemer (die de activa en werknemers van de failliete werkgever heeft overgenomen), heeft dat mogelijk tot gevolg dat bij een eventueel ontslag deze overgenomen werknemers voor wat het afspiegelingsbeginsel betreft relatief kort in dienst zijn, maar voor de vaststelling van het recht op en de hoogte van de transitievergoeding relatief lang. De oude beleidsregels sluiten de dienstjaren vóór een doorstart in relatie tot het afspiegelingsbeginsel immers uit, maar de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* laat de mogelijkheid open dat in relatie tot de regeling omtrent de transitievergoeding wel sprake is van opvolgend werkgeverschap. De uitspraak van de Hoge Raad biedt overigens ook een argument voor de toepassing van de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* in relatie tot het afspiegelingsbeginsel: uiteenlopend overgangsrecht komt volgens de Hoge Raad de hanteerbaarheid van het recht niet ten goede.³⁴

3.5 Conclusie

De Hoge Raad neemt twee belangrijke beslissingen in de beschikking *Constar Plastics*. In de eerste plaats: een aanzegging kan onder omstandigheden worden beschouwd als een opzegging. In de tweede plaats: werkgeverswissels die plaatsvonden voor 1 juli 2015 moeten voor de toepassing van de ketenregeling en de regeling omtrent de transitievergoeding worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf uit het arrest *Van Tuinen/Wolters*. Dit commentaar ging in op de consequenties van de tweede beslissing, in het bijzonder op werkgeverswissels als gevolg van een doorstart na faillissement. Een doorstart voor 1 juli 2015 moet volgens de Hoge Raad worden beoordeeld aan de hand de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters*. Die maatstaf is echter niet geschikt voor de beoordeling van een doorstart. Indien de doorstart

voor 1 juli 2015 plaatsvond, blijft daarom onzeker of sprake is van opvolgend werkgeverschap. Bij een doorstart op of na 1 juli 2015 is in veel gevallen sprake van opvolgend werkgeverschap, maar zelfs de nieuwe maatstaf biedt argumenten om in sommige gevallen geen opvolgend werkgeverschap aan te nemen. Tot slot moet – gegeven de gedachtegang van de Hoge Raad – wellicht rekening worden gehouden met de maatstaf zoals opgenomen in de tot 1 juli 2015 geldende Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012 (in relatie tot het afspiegelingsbeginsel).

Mr. S. Palm

³³ De Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012 bevatten overigens ook nog een bijzondere regel voor werkgeverswissels binnen een concern. Deze beleidsregels geven als criterium voor het samentellen van de dienstjaren binnen een concern 'de mate waarin een gezamenlijk employability-beleid wordt gevoerd'. Een vergelijkbare regel geldt thans ook nog op basis van artikel 15 lid 3 Ontslagregeling.

³⁴ Rechtsoverweging 3.8.4 van HR 17 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905, RvdW 2017/1198 (*Constar Plastics*).