

Opvolgend werkgeverschap?

Willem van Tongeren¹

In mei 2012 wees de Hoge Raad het arrest *Van Tuinen/Taxicentrale Wolters*.² Per 1 april 2008 gunde de gemeente Leeuwarden het tot dan door Connexion verrichtte personenvervoer aan Wolters. Van Tuinen trad daarop per 1 april 2008 in dienst bij Wolters. In juli 2006 wees de Hoge Raad het arrest *Boekenvoordeel/Isik*.³ De werkgever van Isik faillieerde en Isik trad daarop in dienst van Boekenvoordeel. Noch chauffeur Van Tuinen noch winkelbediende Isik ging automatisch mee over omdat er geen sprake was van een overgang van een onderneming, in het geval van Van Tuinen om de simpele reden dat de arbeidsovereenkomst afliep op 31 maart 2008, één dag voor de 'overgang', in het geval van Isik vanwege koop van de ondernemingsactiviteiten uit een failliete boedel (art. 7: 666 BW).

De posities van Van Tuinen en van Isik leken veel op elkaar. In beide gevallen werd de arbeidsovereenkomst na de 'overgang' tweemaal verlengd, in het geval van Van Tuinen met telkens 1 jaar. In het geval van Van Tuinen was er sprake in totaal van 5 overeenkomsten voor bepaalde tijd, in het geval van Isik van 4, met aanvankelijk in haar geval een voorafgaande oproepcontractperiode.

Isik kreeg ontslagbescherming omdat Boekenvoordeel een opvolgend werkgever was in de zin van art. 7: 668a lid 2 BW. Van Tuinen kreeg het niet, omdat Wolters redelijkerwijze ten aanzien van de verrichte arbeid niet de opvolger van Connexion was. Naar de kern genomen liet de Hoge Raad dat afhangen van het antwoord op de vraag of Wolters gelijk te stellen is met een opvolgend werkgever die rechtsgeldig een (nieuwe) proeftijd zou mogen bedingen, waarbij hij nadrukkelijk verwees naar Hoge Raad 24 oktober 1986, *NJ* 1987-293, in welke zaak het er over ging of met een werknemer die heen en weer ging tussen een moeder- resp. dochterondernemingen een nieuwe proeftijd mocht worden overeengekomen. Omdat er tussen Wolters en Connexion niet zodanige banden bestonden, zij waren immers concurrent, konden, kort gezegd, de ervaringen van Connexion met Van Tuinen wat betreft haar geschiktheid als werknemer niet aan Wolters worden toegerekend en dus was Wolters niet te beschouwen als opvolgend werkgever.

Het verschil in positie tussen Van Tuinen en Isik is te klein om het grote verschil in uitkomst te rechtvaardigen.

Met een al of niet gevoerd dan wel een al of niet succesvol 'er mocht een proeftijd worden bedongen-verweer' bewerkstelligt een 'opvolgend' werkgever al of niet een breuk in de keten van art. 7:668 lid 1 BW. In de praktijk zal het vaststellen van de gegrondheid van een dergelijk verweer vaak niet eenvoudig zijn en bij partijen tot onzekerheid leiden. Zou de ervaring van Connexion wat betreft de geschiktheid van Van Tuinen wél aan Wolters kunnen worden toegerekend als bijvoorbeeld ook de bedrijfsleider, die voor de 'overgang' dagelijks met Van Tuinen werkte, bij Wolters in dienst trad? Anders dan Isik moest Van Tuinen, terwijl zij hetzelfde werk bleef doen, ná 3 overeenkomsten

voor bepaalde tijd opnieuw beginnen aan de opbouw van haar keten, hetgeen te meer onwenselijk is nu in de praktijk overeenkomsten voor bepaalde tijd, waarvan Van Tuinen er al 3 achter de rug had, in zekere zin al een proeftijd-karakter zullen hebben. Werknemers in een gelijke positie als die van Van Tuinen zouden dus jarenlang in onzekerheid zijn of zij wel een vaste aanstelling krijgen/hebben.

De weg die door de Hoge Raad is gekozen om het gewenste resultaat te bereiken, in navolging van de door prof. Bouwens bepleit aansluiting bij de proeftijdjurisprudentie,⁴ is onwenselijk.⁵ Wat een proeftijd betreft stelt de wet qua tijd uitdrukkelijk paal en perk aan een proef met een (nieuwe) werknemer. In relatief korte tijd moeten de werkgever en de werknemer elkaars geschiktheid beoordelen en besluiten of zij met elkaar doorgaan.

Nadat de Hoge Raad in de zaak Isik er, terecht, voor had gekozen in geval van koop van ondernemingsactiviteiten en voortzetting van de arbeidsovereenkomst de keten van art. 7: 668a lid 2 BW ongebroken te laten, zou het veel eerder voor de hand hebben gelegen om in de zaak van Van Tuinen die lijn voort te zetten en het 'onbekend zijn met de geschiktheid van de werknemer-verweer' te verwerpen. Als de Hoge Raad op dat punt al de deur had willen openlaten dan was het openzetten op een kier voldoende geweest en zou de Hoge Raad hebben kunnen beslissen dat Wolters met Van Tuinen een proeftijd van maximaal 1 maand had mogen afspreken in de eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, als dat tenminste de wens van Wolters zou zijn geweest. Aldus zou de keten van art. 7: 668a lid 1 BW in stand zijn gebleven en zou er een minder grove inbreuk zijn gemaakt op de gedachte achter het recht op het bedingen van een proeftijd.

Als bij de Hoge Raad al zou hebben meegespeeld dat in de praktijk al een bepaalde mening zou hebben postgevat over wanneer er niet en wanneer er wel sprake is van opvolgend werkgeverschap bij een dergelijke 'overgang' van een onderneming had hij de techniek van de *prospective overruling*⁶ kunnen hanteren zodat de praktijk zou hebben geweten waaraan zij toe was in alle vanaf de datum van zijn arrest in de toekomst volgende soortgelijke gevallen. ●

Auteur

1. Mr. W.J.M. van Tongeren is advocaat te Twello, info@advocaatvantongeren.nl

Noten

- Hoge Raad 11 mei 2012, *LJN* BV9603, *JAR* 2012/150
- Hoge Raad 14 juli 2006, *NJ* 2007/101
- W.H.A.C.M. Bouwens, 'Opvolgend werkgeverschap na faillissement', *SMA*

2007, pag. 201 e.v. Vgl. Ook zijn noot onder het arrest in *AA* 2012, pag. 933 e.v.

- Vgl. A.R. Houweling, noot onder *JIN* 2012/111, G.W. Voet 'Een uniforme uitleg van het begrip 'Opvolgend werkgeverschap', *AR Updates* commentaar 2012/470 en E. Loesberg, noot onder *JOR* 2012/278, voor kritisch onthaal van arrest in de zaak Van Tuinen
- Vgl. Hoge Raad 27 november 1981, *NJ* 1982-503, Boon-Van Loon