

De Hoge Raad en de voortgezette arbeids- overeenkomst voor bepaalde tijd: beschouwingen naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 14 juli 2006

**HR 14 juli 2006, JOR 2006, 227; JIN 2006/316
(Boekenvoordeel/Isik)**

*Ketenregeling 668a; doorstart na faillissement; opvolgend werkge-
ver; Ragetlie-regel; arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*

Het arrest van de Hoge Raad in de zaak Boekenvoordeel/Isik¹ heeft veel stof doen opwaaien.² Het arrest betreft de vraag of artikel 7:668a BW ook van toepassing is in geval van een doorstart³ tijdens faillissement. In het hiernavolgende schets ik allereerst de casus die in het arrest moest worden beoordeeld. Daarna bespreek ik de relevante wetsbepalingen. Vervolgens noem ik de overwegingen van de Hoge Raad. Ten slotte geef ik commentaar op het arrest van de Hoge Raad; daarbij ga ik in op het recente artikel van Bouwens over dit onderwerp.

1 De casus

Isik is als oproepkracht op 22 februari 1997⁴ bij Octagon B.V. in dienst getreden in het filiaal van Knaakland in Enschede. Op 25 september 2000 kwam

1 JOR 2006, 227; JIN 2006/316 m.nt. Houweling.

2 Zie W.H.A.C.M. Bouwens, Opvolgend werkgeverschap na faillissement, SMA maart 2007; P. Willems, Voortgezet dienstverband ook na faillissement: een pyrrusoverwinning?, ArbeidsRecht 2007/2, p. 26-30; A.M. Helstone, Actualiteiten ontslagrecht bij doorstart na faillissement, Arbeid Integraal 2006/4, p. 5-13; Lianne de Hoog, Doorstart na faillissement minder aantrekkelijk, Advocatenblad 2006, p. 772-775; C.H. Hugenholtz, Doorstart na faillissement en opvolgend werkgeverschap, Vennootschap & Onderneming 2006/10, p. 187-190; E.W. de Groot, Doorstart na faillissement en art. 7:668a BW, SR 2006, p. 301-303.

3 Onder een doorstart wordt veelal verstaan een voortzetting van de onderneming door een ander dan de oorspronkelijke ondernemer.

4 Artikel XIX van de Wet van 14 mei 1998, S. 300 (Flexibiliteit en Zekerheid) bepaalt in lid 1: 'Op arbeidsovereenkomsten die op de datum van inwerkingtreding van deze wet voldoen aan de voorwaarden, bedoeld in artikel 668a lid 1, is art. 668a eerst dan van toepassing, indien een volgende arbeidsovereenkomst wordt aangegaan met een tussenpoos van niet meer dan drie maanden'. Gesteld dat de verhouding tussen Isik en Octagon vanaf 22 februari 1997 gebaseerd was op een arbeidsovereenkomst – onder het voor 1 januari 1999 geldende recht werd wel aangenomen dat alleen sprake was van arbeidsovereenkomsten met de oproepkracht met betrekking tot periodes dat daadwerkelijk werd gewerkt – is deze arbeidsovereenkomst dan ook van belang omdat na 1 januari 1999 – de datum waarop de Wet flexibiliteit en zekerheid in werking is getreden – wederom arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tussen Isik en Octagon tot stand zijn gekomen.

tussen Isik en Octagon een arbeidsovereenkomst voor drie maanden tot stand, waarbij Isik werd aangesteld als filiaalchef. Op 25 december 2000 werd tussen partijen een arbeidsovereenkomst voor negen maanden gesloten. Na het faillissement van Octagon heeft de curator de arbeidsovereenkomst met Isik tegen 1 juli 2001 opgezegd.

Boekenvoordeel heeft van de curator een deel van de onderneming van Octagon gekocht. Zij heeft Isik aangeboden bij haar in dienst te treden. Tussen Isik en Boekenvoordeel is op 23 juli 2001 een arbeidsovereenkomst voor zes maanden tot stand gekomen. Aansluitend aan deze arbeidsovereenkomst zijn Isik en Boekenvoordeel een arbeidsovereenkomst voor een jaar overeengekomen. Boekenvoordeel heeft Isik op 13 januari 2003 geïnformeerd dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege op 21 januari 2003 eindigt.

Isik stelt dat de beëindiging⁵ van de arbeidsovereenkomst nietig is en houdt zich beschikbaar voor het verrichten van arbeid.⁶ Zij heeft zich er daarbij op beroepen dat zij op grond van artikel 7:668a BW voor onbepaalde tijd in dienst is van Boekenvoordeel.

Boekenvoordeel stelt dat van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geen sprake is. In de eerste plaats merkt zij op dat artikel 7:668a lid 2 BW beoogt draaideurconstructies⁷ tegen te gaan en dat daarvan in de onderhavige casus geen sprake is. In de tweede plaats betoogt zij dat de wetgever een scheidslijn heeft getrokken tussen de periode voor en de periode na het faillissement.

De kantonrechter in Enschede wijst de door Isik gevorderde veroordeling tot toelating tot het werk en doorbetaling van loon af. Het Hof Arnhem vernietigt het vonnis van de kantonrechter. Het hof vindt dat artikel 7:668a BW ook in het geval de vorige werkgever failliet is, van toepassing is. De vorderingen tot toelating tot het werk en doorbetaling van loon worden toegewe-

5 Een mededeling dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, kan niet als een beëindigingshandeling worden gekwalificeerd. Het beroep op de nietigheid van de beëindiging is dan ook een slag in de lucht. De werknemer doet er verstandig aan na het moment waarop de arbeidsovereenkomst volgens de werkgever is geëindigd op het werk te verschijnen. Wordt hij dan naar huis gestuurd, dan kan dat als de beëindigingshandeling worden gezien. Omdat Isik zich op 14 januari 2003 ziek had gemeld, kon zij niet op het werk verschijnen. Verschijnt de werknemer na het moment waarop de arbeidsovereenkomst volgens de werkgever van rechtswege is geëindigd niet op het werk, dan kan mijns inziens niet zonder meer worden geconcludeerd tot een beëindigingsovereenkomst. De werkgever wilde geen beëindigingsovereenkomst sluiten, terwijl volgens vaste jurisprudentie niet snel mag worden aangenomen dat de werknemer akkoord gaat met een voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

6 Strikt genomen hoeft de werknemer in het geval van een nietige beëindiging zijn arbeid niet aan te bieden. Vgl. W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, bewerkt door J.W.M. van der Grinten en W.H.A.C.M. Bouwens, Deventer: Kluwer 2005, p. 100.

7 Vgl. HR 22 november 1991, NJ 1992, 707 (Campina).

zen. Het beroep van Boekenvoordeel op matiging van het loon op grond van artikel 7:680a BW wijst het hof af.

Boekenvoordeel gaat in cassatie en formuleert twee cassatiemiddelen. Het eerste cassatiemiddel vraakt de toepasselijkheid van artikel 7:668a BW. Het tweede cassatiemiddel stelt de toepasselijkheid van artikel 7:680a BW aan de orde.

2 De regelgeving

Artikel 7:668a lid 1 BW biedt de werkgever de mogelijkheid om drie keer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de werknemer overeen te komen voor een periode van maximaal drie jaar. Lid 2 van artikel 7:668a BW bepaalt dat lid 1 '(...) van overeenkomstige toepassing [is] op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn'. Lid 1 is niet alleen van overeenkomstige toepassing als de werknemer voor bepaalde tijd in dienst was van de voorganger van de opvolgende werkgever, maar ook in het geval de werknemer voor onbepaalde tijd in dienst was van de voorganger.⁸ Lid 1 kan alleen van overeenkomstige toepassing zijn als het gaat om dezelfde arbeid. Niet duidelijk is wanneer een werkgever redelijkerwijs opvolger is van een voorganger.⁹ Artikel 7:680a BW bepaalt onder andere dat '[d]e rechter (...) bevoegd [is] een vordering tot doorbetaling van loon die gegrond is op de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst te matigen (...)'

3 De Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.4.2 dat het eerste cassatiemiddel – waarin gesteld wordt dat Boekenvoordeel ten aanzien van de verrichte arbeid niet redelijkerwijs geacht moet worden opvolgend werkgever van Octagon te zijn – faalt. In deze overweging wordt een drietal strijdpunten beslecht. In de eerste plaats overweegt de Hoge Raad – als ik het goed zie buiten het cassa-

8 Zie (bijvoorbeeld) Nadere Memorie van Antwoord, Kamerstukken I 1997/98, 25 263, nr. 132d, p. 10-11.

9 De formulering is afkomstig uit het amendement van de (toenmalige) leden van de Tweede Kamer Brouwer en Zijlstra. Kamerstukken II 1991/92, 21 479, nr. 32. De toelichting bij het amendement zegt: 'Het komt voor, dat werknemers na een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tewerk worden gesteld via een uitzendbureau, waarbij zij op dezelfde werkplek dezelfde werkzaamheden blijven verrichten. Na verloop van tijd krijgen zij weer een contract voor bepaalde tijd aangeboden. In diverse vormen komen deze constructies voor, waarmee de opzeggelingen in het huidige artikel 1639 f BW worden omzeild. Dit amendement strekt ertoe om deze constructies niet langer toe te staan. Er blijven ruimschoots mogelijkheden aanwezig om iemand voor bepaalde tijd in dienst te nemen.'

tiemiddel om – dat '[i]n art. 7:666 BW (...) art. 7:668a lid 2 BW niet uitgesloten [wordt] van toepassing op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort'. In de tweede plaats overweegt de Hoge Raad – naar aanleiding van het middel – dat '(...) toepassing van art. 7:668a lid 2 BW naar tekst en strekking van die bepaling niet beperkt [is] tot de in het middel bedoelde gevallen waarin, kort gezegd, opvolging van werkgevers wordt misbruikt bij de hantering van tijdelijke arbeidsovereenkomsten'. In de derde plaats overweegt de Hoge Raad – mijns inziens eveneens buiten het middel om – dat '[a]n de in het tweede lid van art. 7:668a BW voorgeschreven overeenkomstige toepassing van de in het eerste lid bepaalde omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, (...) in een geval als het onderhavige niet in de weg [staat] dat de curator de arbeidsovereenkomst van Isik met Octagon regelmatig heeft opgezegd'.

Met betrekking tot het tweede cassatiemiddel overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.5.2. dat de rechter ingevolge artikel 7:680a BW slechts bevoegd is '(...) om een vordering tot doorbetaling van loon te matigen indien deze is gegrond op de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst (vgl. HR 26 maart 2004, (...) NJ 2004, 322, rov.3.3) of daarmee op een lijn te stellen gevallen van het ontbreken van een rechtsgeldige opzegging (vgl. HR 23 september 2005, (...) JOL 2005, 511'.

4 Eigen beschouwing

Het valt op dat de Hoge Raad met betrekking tot de toepasselijkheid van artikel 7:668a BW met een tamelijk apodictische overweging komt. De motivering van zijn beslissingen is wat mij betreft dan ook erg dun. Dat '(...) toepassing van art. 7:668a lid 2 BW naar tekst en strekking van die bepaling niet beperkt [is] tot de in het middel bedoelde gevallen (...)’ zegt niet waarom dat zo is. Hetzelfde geldt met betrekking tot de overweging dat '[a]n de in het tweede lid van art. 7:668a BW voorgeschreven overeenkomstige toepassing van de in het eerste lid bepaalde omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, (...) in een geval als het onderhavige niet in de weg [staat] dat de curator de arbeidsovereenkomst van Isik met Octagon regelmatig heeft opgezegd'. De Hoge Raad laat daarmee een specifiekere motivering over aan zijn advocaat-generaal, zonder de conclusie van de A-G over te nemen of zelfs maar te noemen. Wat mij betreft valt dat te betreuren.

Terecht overweegt de Hoge Raad dat toepasselijkheid van artikel 7:668a BW in artikel 7:666 BW¹⁰ niet wordt uitgesloten. De Hoge Raad suggereert –

10 Artikel 7:666 BW codificeert het arrest van de Hoge Raad van 30 oktober 1987, NJ 1988, 191 (Happe/Scheepstra).

maar zegt dat niet met zoveel woorden – dat artikel 7:668a BW ook van toepassing kan zijn in het geval de (vorige) werkgever failliet is en de onderneming tot de boedel behoort. Omdat toepasselijkheid van artikel 7:668a lid 2 BW in dat geval in artikel 7:668a BW niet wordt uitgesloten, vormt het feit dat de (vorige) werkgever failliet is wat mij betreft geen argument om te concluderen dat de werknemer die in dienst treedt van de opvolgende werkgever zich niet op artikel 7:668a BW kan beroepen.¹¹ Het faillissement van de (vorige) werkgever leidt er alleen toe dat de werknemers niet van rechtswege in dienst treden van de verkrijger.^{12, 13}

Zoals uit het citaat blijkt, laat de Hoge Raad het oordeel van het hof dat Boekenvoordeel redelijkerwijs geacht moet worden opvolger van Octagon te zijn, in stand. Hij meent dat de bepaling niet tot misbruik beperkt is. Van belang is dat buiten faillissement Isik van rechtswege in dienst zou zijn getreden van Octagon en hij zich op artikel 7:668a lid 1 BW had kunnen beroepen. Artikel 7:668a lid 2 BW is overgenomen uit een amendement op Wetsvoorstel 21479,¹⁴ dat door de regering is ingetrokken. Volgens de toelichting bij het amendement gaat het erom dat de werknemer op dezelfde werkplek dezelfde werkzaamheden blijft verrichten. Omdat de genoemde toelichting niet zegt dat het moet gaan om gevallen van misbruik, heeft de

11 Uitsluiting van toepasselijkheid van artikel 7:668a lid 2 BW had – in het geval dat de wetgever dat wenselijk had gevonden – mijns inziens niet in artikel 7:666 BW moeten worden opgenomen. Dat artikel betreft alleen de vraag of de werknemers van rechtswege in dienst treden van de verkrijger in het geval van een overgang van onderneming tijdens het faillissement van de vorige werkgever.

12 In beginsel is de verkrijger vrij de (voormalige) werknemers van de (vorige) werkgever al dan niet een arbeidsovereenkomst aan te bieden. In het geval dat de curator met de verkrijger afspraken heeft gemaakt met betrekking tot behoud van werkgelegenheid, is dat mogelijk anders. Vgl. HR 1 oktober 2004, NJ 2005, 499 (Taxicentrale Middelburg/Gesink).

13 Ik ben het dan ook niet eens met degenen die zeggen dat het faillissement in alle opzichten tot een cesuur leidt en de werknemers die in dienst treden van de verkrijger hun bij de (vorige) werkgever opgebouwde anciënniteit kwijt zijn. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft in zijn arrest van 7 februari 1985, NJ 1985, 900 (Abels) uitgemaakt dat toepassing van Richtlijn 77/187/EEG (betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan) contraproductief zou kunnen zijn en de richtlijn daarom niet dwingend van toepassing is op een overgang die plaatsvindt in het kader van een faillissement, dat gericht is op een vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie. Dat de richtlijn niet dwingend van toepassing is, wil niet zeggen dat ook andere wetgeving bijvoorbeeld van een nationale overheid evenmin van toepassing zou zijn. Bovendien zegt in zijn in noot 1 genoemd artikel in SMA dat het grootste bezwaar van toepasselijkheid van de richtlijn tijdens faillissement is dat de verkrijger dan belast zou worden met de schulden van de failliet. Wat mij betreft is vaak veel bezwaarlijker dat dan de werknemers van de failliet van rechtswege in dienst zouden treden van de verkrijger. Te hoge loonkosten kunnen een belangrijke oorzaak van een faillissement zijn. Omdat de werknemers niet van rechtswege in dienst treden van de verkrijger, kan hij kiezen welke werknemers hij een arbeidsovereenkomst aanbiedt en op welke voorwaarden.

14 Zie noot 9.

Hoge Raad terecht overwogen dat artikel 7:668a lid 2 BW niet tot misbruik is beperkt. De opvolgende werkgever kan aan toepassing van artikel 7:668a BW ontkomen door de werknemer een (geheel) andere functie dan hij bij de voorganger vervulde, aan te bieden.¹⁵ De opvolgende werkgever kan toepassing van artikel 7:668a BW ook voorkomen door na het einde van de arbeidsovereenkomst met de voorganger, drie maanden te wachten voordat hij de werknemer in dienst neemt.¹⁶ Dat toepassing van artikel 7:688a BW kan worden voorkomen door de werknemer op een andere plaats te laten werken, lijkt mij onwaarschijnlijk.¹⁷

In r.o. 3.4.2 overweegt de Hoge Raad ten slotte dat aan toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW niet in de weg staat dat '(...) de curator de arbeidsovereenkomst van Isik met Octagon regelmatig¹⁸ heeft opgezegd'. Ik denk dat in de tekst van het arrest een fout is geslopen en dat de Hoge Raad bedoelt te zeggen dat aan de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW niet in de weg staat dat de curator van Octagon de arbeidsovereenkomst met Isik rechtsgeldig heeft opgezegd.¹⁹ Ik heb verdedigd '(...) dat de keten van art. 7:668a BW (...) doorbroken [is] doordat de curator de arbeidsovereenkomsten tussen de werknemers en [de failliet rechtsgeldig] heeft opgezegd'.²⁰ Daarbij heb ik mij beroepen op artikel 7:667 lid 4 BW dat – kort gezegd – bepaalt dat de voor bepaalde tijd voortgezette arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet van rechtswege eindigt, tenzij de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd rechtsgeldig is opgezegd of door ontbinding door de rechter is geëindigd. Hetzelfde geldt volgens artikel 7:667 lid 5 BW indien de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt gesloten met een werkgever die 'redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid (...) de opvolger van de

15 Artikel 7:668a lid 2 BW heeft het immers over de opvolgende werkgever ten aanzien van de verrichte arbeid, terwijl de Toelichting bij het amendement op Wetsvoorstel 21479 zegt dat het moet gaan '(...) om dezelfde werkzaamheden'. Loonstra en Zondag bepleiten dat artikel 7:668a lid 2 BW ook van toepassing kan zijn in het geval van verschillende functies. C.J. Loonstra & W.A. Zondag, Arbeidsrechtelijke themata, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 369.

16 Artikel 7:668a lid 1 BW bepaalt immers dat de daar genoemde regel geldt met betrekking tot arbeidsovereenkomsten die '(...) elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd (...)'.
17 De toelichting bij het amendement op Wetsvoorstel 21479 zegt weliswaar dat het moet gaan om het blijven verrichten van dezelfde werkzaamheden op dezelfde werkplek, maar ik kan mij niet goed voorstellen dat toepassing van artikel 7:668a BW wordt voorkomen door de werkplek van de werknemer te verplaatsen. Het maakt wat mij betreft niet uit op welke plek de werknemer zijn werkzaamheden verricht.

18 Een opzegging is onregelmatig in het geval de opzegtermijn te kort is. Vgl. artikel 7:677 lid 2 BW.
19 Ook de A-G heeft het – wat mij betreft ten onrechte – over een regelmatige opzegging. Zie de kop boven de nrs. 2.13-2.15 van zijn conclusie.

20 Noot bij Ktr. Groningen 14 juli 2005, JOR 2005, 255 (Van Uhm/HCG). Ten onrechte verwijst Bouwens in noot 37 van zijn artikel in SMA van maart 2007 naar mijn noot onder een ander vonnis.

vorige werkgever te zijn. Ik meen dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator een rechtsgeldige opzegging is in de zin van artikel 7:667 lid 4 BW en de tussen de werknemer en de verkrijger van de onderneming gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd door het verstrijken van de bepaalde tijd eindigt.²¹ Wat mij betreft is artikel 7:667 lid 4 BW ook van toepassing in het geval een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor het verstrijken van de bepaalde tijd door opzegging door de curator rechtsgeldig is geëindigd. In dat geval heeft de werknemer immers de mogelijkheid gehad om zijn ontslagbescherming te realiseren.^{22, 23} Mijns inziens kan artikel 7:668a BW niet naast artikel 7:667 BW worden toegepast en is voor de vraag of de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen de werknemer en de verkrijger geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd, niet van belang dat de werknemer in dienst van de failliet is geweest. Uit r.o. 3.4.2 blijkt dat de Hoge Raad daar anders over denkt.²⁴

- 21 Bouwens heeft gelijk dat een rechtsgeldige opzegging in de zin van artikel 7:667 lid 4 BW een opzegging is die niet (meer) vernietigbaar is. Vgl. Kamerstukken II 1998/99, 26 257, p. 5. De wetgever wenst dat de werknemer in geval van voortzetting voor bepaalde tijd van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zich op zijn ontslagbescherming heeft kunnen beroepen. Omdat de curator een machtiging van de rechter-commissaris nodig heeft en de door de curator ontslagen werknemer zich op de vernietigbaarheid van de opzegging zonder machtiging kan beroepen, dan wel beroep kan aantekenen tegen de machtiging van de rechter-commissaris, heeft de werknemer rechtsbescherming tegen het ontslag door de curator. Daarom noem ik de machtiging van de rechter-commissaris in mijn noot onder Ktr. Helmond 12 mei 2004, JOR 2004, 281 (Kharbouch/Texmowa). Dat een werknemer meestal geen rechtsbescherming heeft in het geval van een opzegging tijdens de proeftijd is een ander verhaal.
- 22 Ik geef graag toe dat de tekst van artikel 7:667 lid 4 BW niet ziet op opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De wet heeft – als ik het goed zie – geen rekening gehouden met (voortijdige) opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Stel bijvoorbeeld dat werkgever A met werknemer X een arbeidsovereenkomst voor vier jaar is overeengekomen. Wordt de onderneming door A na drie jaar aan B vervreemd, dan eindigt de arbeidsovereenkomst tussen X en B van rechtswege nadat X een jaar in dienst van B is geweest. Zou artikel 7:667 lid 4 BW niet zien op de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator van A (op het moment dat X drie jaar in dienst is van A), dan kan B slechts een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met X aangaan. Het arrest inzake Boekenvoordeel/Isik leidt tot die conclusie en is wat mij betreft dan ook niet juist.
- 23 Het verwijt van Bouwens in zijn artikel in SMA van maart 2007 dat in mijn visie de werknemer die voor onbepaalde tijd in dienst is van de failliet minder beschermd wordt dan de werknemer die voor bepaalde tijd in dienst is van de failliet, is dan ook niet juist.
- 24 De A-G bespreekt in de nrs. 2.13-2.15 van zijn conclusie mijn argumentatie. Hij betoogt onder meer dat hij geen reden ziet '(...) aan duidelijke wetsteksten en toelichtingen voorbij te gaan. Ik vind het bij een doorstart voor de verkrijger van een onderneming wel enigszins bezwaarlijk, maar niet heel bezwaarlijk dat art. 7:668a, lid 2 BW conversie van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan meebrengen (...)'. Wat mij betreft heeft 'napleiten' geen zin. In mijn noot bij Ktr. Groningen 14 juli 2005, JOR 2005, 255 (Van Uhm/HCG) heb ik mijn visie beargumenteerd. Ik begrijp dat voor de A-G de wetsgeschiedenis belangrijk is en mijn argumentatie hem niet heeft kunnen overtuigen. Dat de Hoge Raad veel waarde toekent aan de parlementaire geschiedenis, blijkt bijvoorbeeld uit HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 97 (Portacabin) en HR 14 november 1997, NJ 1998, 147 (Uitslag/Wolterink).

Bouwens bepleit in zijn artikel in SMA van maart 2007 dat artikel 7:668a lid 2 BW aan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de verkrijger alleen in de weg kan staan in het geval tussen de opvolgende werkgever en de failliet '(...) zodanige bestanden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid kan worden toegerekend (...)’ aan de opvolgende werkgever. Daarbij zoekt Bouwens aansluiting bij de proeftijd jurisprudentie van de Hoge Raad.²⁵ Ik vraag mij af of de Hoge Raad de visie van Bouwens – die ik aantrekkelijk vind omdat dan artikel 7:668a lid 2 BW vaker geen obstakel zal zijn voor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – zal volgen. De Hoge Raad hanteert de geciteerde formulering om te voorkomen dat de opvolgende werkgever rechtsgeldig een proeftijd kan bedingen en geeft een regel voor een door de wetgever niet genormeerde casus. Artikel 7:668a lid 2 BW hoeft – als ik de Hoge Raad goed begrijp – niet nader te worden ingevuld. Bouwens gebruikt de formulering van de Hoge Raad om invulling te geven aan de – op het eerste gezicht – vage formulering in artikel 7:668a lid 2 dat het moet gaan om '(...) werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaanders opvolger te zijn'. Zie ik het goed, dan is sprake van opvolgende werkgevers in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW als de werknemer op dezelfde werkplek dezelfde werkzaamheden blijft verrichten.²⁶ In het geval artikel 7:668a lid 2 BW aldus moet worden verstaan, is er geen ruimte voor de nuancering die Bouwens bepleit.

De Hoge Raad meent dat de vordering van Isik tot doorbetaling van loon niet kan worden gematigd, omdat geen sprake is van een (vernietigbare) opzegging. Daarbij verwijst hij naar zijn arresten van 26 maart 2004, NJ 2004, 322 (Warmerdam/Koek) en 23 september 2005, JOL 2005, 511 (Roijakkers/Oomen). Het eerste arrest ziet op een nietig ontslag op staande voet. De Hoge Raad overweegt in dit arrest dat de rechter op grond van artikel 7:680a BW slechts bevoegd is tot matiging: '(...) indien toewijzing in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden'. In het tweede arrest leert de Hoge Raad dat de loonvordering jegens de verkrijger van de onderneming kan worden gematigd in het geval dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de vervreemder zonder gevolg is omdat de onderneming voor de opzegging op de verkrijger is overgegaan en de werknemer van rechtswege in dienst van de verkrijger is getreden. In het tweede arrest was de opzegging van de arbeidsovereenkomst eigenlijk 'een slag in de lucht'. Wat mij betreft is het opvallend dat de verkrijger van de onderneming zich op mati-

25 HR 24 oktober 1986, NJ 1987, 293 (Slijkoord/Hettema) en HR 1 mei 1987, NJ 1988, 20 (Wareman/Demu).

26 Zie noot 9.

ging ex artikel 7:680a BW kon beroepen.²⁷ Omdat artikel 7:680a BW de matigingsbevoegdheid koppelt aan een loonvordering die gegrond is op de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst, is het begrijpelijk dat de Hoge Raad het beroep op matiging in het onderhavige geval niet mogelijk acht. In de onderhavige casus had Boekenvoordeel het beroep op matiging op artikel 6:248 BW kunnen baseren.²⁸

Voor de praktijk is dit arrest van groot belang. In het geval van een doorstart tijdens faillissement treden de werknemers niet van rechtswege in dienst van de verkrijger. De verkrijger kan werknemers die drie jaar of langer in dienst zijn van de failliet, slechts voor onbepaalde tijd in dezelfde functie in dienst nemen. Hetzelfde geldt met betrekking tot werknemers die drie keer achter elkaar met de failliet een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hebben gesloten. Is de werknemer – op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of krachtens minder dan drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd – minder dan drie jaar bij de failliet in dienst, dan kan de bepaalde tijd maximaal gelijk zijn aan het verschil tussen drie jaar en de periode dat de werknemer in dienst van de failliet is geweest.²⁹

*E.M. Loesberg**

27 Vgl. M.E.L. Fikkers, Loonmatiging en procesrecht, SR 2005, nr. 73.

28 Vgl. HR 1 juli 1993, NJ 1993, 666 (Chicopee/Van Gerwen) alsmede J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 257.

29 In een cao of publiekrechtelijke regeling kan van artikel 7:668a BW worden afgeweken en bijvoorbeeld worden bepaald dat ook de vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt. Vgl. artikel 7:668a lid 5 BW.

* Vice-president van de Rechtbank Den Haag en werkzaam als kantonrechter in Den Haag en Gouda.