

ANNOTATIE

De bijzondere positie van artikel 7:663 BW

R.M. Beltzer**De feiten**

De werknemer in kwestie werkte sinds 1978 in dienst van de rechtsvoorganger van Holland Wapeningsstaal (verder: Holland). Holland was ingevolge de voor beide partijen geldende UTA-CAO gehouden een WAO-gatverzekering voor de werknemer af te sluiten. Begin 1999 werd en bleef de werknemer arbeidsongeschikt. Bij brief van 28 mei 1999 werd de werknemer per brief (in een P.S.) medegedeeld dat hij in dienst was gekomen van de tot hetzelfde concern als Holland behorende vennootschap B. Vanaf dat moment betaalde B het loon van de werknemer; in de relevante correspondentie werd B ook steeds als werkgever genoemd.

In 2002 ontving de werknemer een WAO-vervolguitkering. Toen bleek dat Holland de WAO-gatverzekering niet had afgesloten. De werknemer maande B aan zijn verplichtingen te diër zake te voldoen. B vulde de WAO-uitkering aan tot 1 februari 2005. Op 16 februari werd B failliet verklaard. In de tussentijd was de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en B per 1 november 2002 beëindigd door opzegging door B.

In faillissement stelde werknemer zich op het standpunt dat Holland jegens hem aansprakelijk was wegens het verzuim de WAO-gatverzekering te sluiten en hij stelde Holland aansprakelijk voor de schade die hij vanaf 1 februari 2005 zou lijden, de datum waarna B niet langer de aanvulling had betaald. Holland verweerde zich met de stelling dat niet zij, maar B, en wel op grond van artikel 7:663 BW, werkgever was geworden, zodat Holland geen verplichtingen meer jegens de werknemer had: alle rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst waren immers op B overgegaan. Voorts zou sprake zijn van verjaring en rechtsverwerking.

Oordeel van het Hof Arnhem

De Kantonrechter Almelo achtte het beroep op rechtsverwerking gegrond. Het arrest van het Hof Arnhem is in een aantal opzichten mistig, hetgeen de A-G ertoe bracht een aantal scenario's te behandelen, afhankelijk van hoe het arrest gelezen zou moeten worden. Eerst onderzocht het hof of sprake was geweest van een overgang van onderneming – en betrok daarbij (in r.o. 5.1-5.3) voor de toepassing van artikel 7:662 BW irrelevante omstandigheden – om vervolgens te oordelen dat ook indien van een overgang van onderneming geen sprake

was geweest, de werknemer niettemin in dienst was gekomen van B en B als (opvolgend) werkgever gehouden was de uit het nalaten van Holland voortvloeiende schade te vergoeden. Op welke juridische grond een dergelijke aansprakelijkheid zou moeten worden gebaseerd, werd echter niet vermeld.

Oordeel van de Hoge Raad

In cassatie slaagt het eerste onderdeel van het middel tegen 's hofs hiervoor beschreven vaststelling. Buiten het geval van overgang van onderneming als bedoeld in de artikelen 7:662 e.v. BW brengt een overgang van een dienstverband niet mee dat reeds ontstane rechten en verplichtingen overgaan op de nieuwe werkgever. Dat B de schade van de werknemer heeft vergoed tot 1 februari 2005 maakt dit niet anders, maar betekent slechts dat de werknemer tot die datum geen vordering heeft op Holland, omdat zijn schade reeds tot die datum is vergoed. Zou sprake zijn geweest van schuld- of contractovername door B, dan zou de verplichting tot het vergoeden van de schade wel op B zijn overgegaan, maar uit de feiten blijkt niet dat daarvan sprake is geweest, noch heeft het hof een dergelijk overname aan zijn oordeel ten grondslag gelegd, aldus de Hoge Raad. Reeds daarom kan het arrest van het hof geen stand houden. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Arnhem en verwijst de zaak naar het Hof 's-Hertogenbosch.

Was sprake van overgang van onderneming?

Uit de gepubliceerde feiten wordt mij onvoldoende duidelijk of sprake zou kunnen zijn geweest van een overgang van onderneming. Holland was daar zelf ook vaag over. Wat het Hof Arnhem als factoren heeft genoemd, is in ieder geval niet dragend voor de conclusie dat daarvan sprake is geweest. Het moet gaan om de overgang van een georganiseerd geheel van middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, aldus het op Richtlijn 2001/23 gebaseerde artikel 7:662 BW. Kortom: een economische activiteit van Holland moet zijn overgegaan naar B. Na het Albron-arrest dient men er wel rekening mee te houden dat indien de werknemer feitelijk bij de ene concernmaatschappij werkte, maar zijn arbeidsovereenkomst bij een andere maatschappij was ondergebracht, hij voor de toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW geacht wordt (mede) een rechtens relevante betrekking te hebben bij het concernonderdeel waar hij feitelijk werkt (zie het commentaar van Even bij Hof Amsterdam 25 oktober 2011, AR 2011-0896, m.nt. J.H. Even).

Visie van de A-G op artikel 7:663 BW kritisch tegen het licht gehouden

De conclusie van A-G Huydecoper is lezenswaardig. Hij wijst op de bijzondere positie die artikel 7:663 BW in ons recht inneemt. Die bijzondere positie vloeit voort uit de Europese oorsprong van de bepaling. Een vergelijkbare figuur, waarbij zonder toestemming van de wederpartij diens overeenkomst kan worden overgedragen aan een ander, en de oude contractspartij tot een jaar na de overgang aansprakelijk blijft, ontbreekt in ons recht. Wat de arbeidswetgeving betreft opent verder alleen artikel 7:675 BW de mogelijkheid tot contractovername van rechtswege. De A-G ziet de werkelijke reikwijdte van artikel 7:663 BW

overigens niet scherp. Onder punt 12 en verder bespreekt hij die reikwijdte en stelt onder andere:

‘men (zou) licht kunnen denken dat met deze regel bedoeld is dat de “oude” werkgever nog een jaar na de overgang aansprakelijk blijft voor de alsdan opkomende verplichtingen uit de desbetreffende arbeidsovereenkomsten – dus dat de werknemers pas na een jaar zijn aangewezen op de “nieuwe” werkgever als hun enige debiteur en verhaalsbron. Het HvJEG heeft de regel echter zo uitgelegd, dat die (mede) ziet op de nog vóór de overgang ten laste van de “oude” werkgever opgekomen verplichtingen: (ook) die gaan op de nieuwe werkgever over, en ook daarvoor geldt dus een beperkte, want na één jaar eindigende, aansprakelijkheid van de “oude” werkgever. Wat dat betreft valt niet zo makkelijk in te zien dat werknemers nadere bescherming wordt geboden. Zij krijgen immers een nieuwe debiteur en zij verliezen – althans na een jaar – hun aanspraak op de oude debiteur. Dat kan, zoals de onderhavige zaak illustreert, onder omstandigheden heel goed nadeel voor de werknemer opleveren. De aldus uit te leggen regel wijkt ook af van wat overigens bij het van rechtswege “overgaan” van duurcontracten pleegt te worden aangenomen. Als het om huur en verhuur gaat, wordt bij toepassing van art. 7:226 BW aangenomen dat de verkrijgende partij gerechtigd en verplicht wordt terzake van de ná de verkrijging opeisbaar wordende prestaties, terwijl de vervreemdende partij voor de voordien opeisbaar geworden prestaties gerechtigd c.q. verplicht blijft. Deze zich als tot op zekere hoogte voor de hand liggend opdringende uitleg van de betekenis van een overgang-van-rechtswege, gaat voor de door art. 7:663 BW beoogde overgang dus niet op.’

Enkele opmerkingen hierover. Hoe men ‘licht zou kunnen denken’ dat de oude werkgever aansprakelijk blijft voor na de overgang opkomende verplichtingen, zie ik niet direct. De wettekst spreekt duidelijk van ‘rechten en verplichtingen die *op dat moment* (dat is het moment van overgang, RMB) voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst’. Verplichtingen die derhalve voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst na het moment van overgang, vallen niet onder de regel van artikel 7:663 BW, inhoudende dat de oude werkgever tot een jaar na overgang aansprakelijk blijft. Voorts is het gebruik door de A-G van de woorden ‘mede’ en ‘ook’, ook al staan deze tussen haken, misleidend. Deze woorden zijn immers uitbreidend van aard, terwijl de rechtsregel een dergelijke uitbreiding niet toelaat: de oude werkgever blijft immers *slechts* ten aanzien van de op het moment van overgang bestaande rechten en verplichtingen tot een jaar na de overgang aansprakelijk. Voor alles wat daarna ontstaat, is alleen de nieuwe werkgever aan te spreken (zie o.a. HvJ EG 5 mei 1988, NJ 1989, 712 (Besi Mill)). Dat past ook bij de gedachte dat de arbeidsovereenkomst geheel wordt overgedragen, op welk moment de oude werkgever dus van zijn werkgeversverplichtingen is bevrijd.

Het risico is dan inderdaad, zoals de A-G aan het einde van het hierboven opgenomen citaat weergeeft, dat de nieuwe werkgever een non-valeur blijkt te zijn. De werknemer heeft dan de keuze, maar alleen ten aanzien van oude rechten, binnen een jaar zijn oude werkgever aan te spreken. Spreekt de werknemer zijn nieuwe werkgever hierop aan, dan kan deze laatste hem niet verwijzen naar zijn oude werkgever. De werknemer heeft immers de keuze uit twee debiteuren. Betaalt de nieuwe werkgever na de overgang aan de overgegangene werknemer een

schuld (zoals achterstallig loon) daterend van voor de overgang, dan kan de nieuwe werkgever de oude werkgever aanspreken tot terugbetaling daarvan. Het doet er daarbij niet toe of inmiddels een jaar sinds de overgang is verstreken. De regel van artikel 7:663 BW heeft tot doel werknemers te beschermen door hun gedurende een jaar na de overgang twee hoofdelijk aansprakelijke debiteuren te geven. Dit moet goed worden onderscheiden van de rechtsverhouding tussen de oude en de nieuwe werkgever indien de laatste een schuld betaalt waarvoor de eerste voor de overgang aansprakelijk en draagplichtig was. Artikel 7:663 BW bepaalt niets over die rechtsverhouding. Dat is niet verrassend. Het doel van deze regeling is immers de werknemer te beschermen; zij introduceert dus werknemersbescherming en geen (oude)werkgeversbescherming. Nu de oude en de nieuwe werkgever ingevolge artikel 7:663 BW gedurende een jaar hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren zijn, kan de nieuwe werkgever die een voor de overgang ontstane schuld aan de werknemer heeft betaald een beroep doen op de regeling van de hoofdelijkheid uit de artikelen 6:10 en 6:12 BW. Volgens het eerste lid van artikel 6:10 BW zijn hoofdelijke schuldenaren ieder voor het gedeelte van de schuld dat hun aangaat verplicht in de schuld bij te dragen. Artikel 6:12 BW bepaalt vervolgens dat indien een hoofdelijke schuldenaar aan de schuldeiser (in casu de werknemer) meer betaalt dan het gedeelte dat hem aangaat, hij voor dat gedeelte gesubrogeerd wordt in de rechten van de schuldeiser jegens de medeschuldenaren tot ten hoogste het bedrag dat die medeschuldenaren elk aangaat. Dit betekent dat de nieuwe werkgever de oude kan aanspreken tot terugbetaling van hetgeen hij de werknemer heeft betaald, nu oude schulden hem in het geheel niet aangaan. Het voorgaande neemt niet weg dat het om onduidelijkheid en misverstanden te voorkomen de voorkeur verdient dat de oude en de nieuwe werkgever afspraken maken over ten tijde van de overgang bestaande schulden.

Denkbaar is dat partijen stilzwijgend akkoord waren gegaan met de toepasselijkheid van artikel 7:663 BW. Ik denk dat men met een dergelijke aannahme buitengewoon voorzichtig moet zijn – er worden immers rechtsgevolgen in het leven geroepen die niet bepaald refereren aan de (rechts)intuïtie. Ik wees zojuist op het bijzondere karakter van artikel 7:663 BW. Dat op grond van artikel 7:663 BW de arbeidsovereenkomst automatisch overgaat op de verkrijger is natuurlijk geen argument voor de stelling dat de werknemer dus ook niet behoeft in te stemmen met een consensuele toepasselijkheid van het artikel. De vraag is of de werknemer had ingestemd met het voortzetten van zijn arbeidsovereenkomst door B. Zoals gezegd: de mededeling is hem in een P.S. gedaan bij een brief op briefpapier van een andere concernmaatschappij, welke brief niet de strekking had de werknemer te wijzen op wijzigingen ten aanzien van werkgeverschap. Zeker binnen een concern geldt dat zolang aan de materiële verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst wordt voldaan, het nauwelijks op de weg van de werknemer ligt te protesteren of zich zelfs maar te verdiepen in de ambivalente positie die aan de kant van zijn werkgever werd ingenomen.

Is geen sprake van overgang van onderneming, dan is evenmin sprake van automatische overgang van oude rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst op de nieuwe werkgever, aldus de Hoge Raad. Artikel 6:159 BW had uitkomst kunnen bieden, maar van toepasselijkheid van dat artikel blijkt niets. Het eerste lid van het artikel stelt een akte als

vereiste voor overdracht van een rechtsverhouding. Zonder akte is de contractsoverneming nietig; hetzelfde geldt voor het ontbreken van de door het artikel vereiste medewerking. Die medewerking mag men niet zomaar aannemen (HR 5 maart 2004, *NJ* 2004, 316 (Vagobel)).

Ten slotte: de verplichting tot het sluiten van een WAO-gatverzekering rustte ingevolge een cao op de werkgever. Neemt men aan dat de werknemer inderdaad had ingestemd met een overgang van zijn arbeidsovereenkomst naar B, dan zou die verplichting dus vanaf eind mei 1999 op B – en niet meer op Holland – rusten, ervan uitgaande dat de UTA-CAO niet alleen op Holland, maar ook op B van toepassing was. Die vaststelling was in casu echter irrelevant, omdat de werknemer al arbeidsongeschikt was toen het euvel werd ontdekt (en datzelfde jaar uit dienst ging). Holland, die tijdens de arbeidsovereenkomst met de werknemer had verzuimd de verzekering af te sluiten, was daardoor aansprakelijk voor de door de werknemer te lijden schade, een verplichting die, buiten het geval van artikel 7:663 BW of artikel 6:159 BW, niet voor automatische overgang vatbaar is.