

ARTIKEL

Opvolgend werkgeverschap en anciënniteit

S. Palm

1 Inleiding

Opvolgend werkgeverschap strekt voornamelijk tot behoud van anciënniteit. Diverse arbeidsrechtelijke normen bepalen mede aan de hand van anciënniteit of een rechtsgevolg intreedt; denk bijvoorbeeld aan het recht op een transitievergoeding.¹ Indien een werknemer een opvolgende arbeidsovereenkomst sluit met een andere werkgever, verliest hij in beginsel zijn opgebouwde anciënniteit, tenzij een beroep op opvolgend werkgeverschap slaagt. Opvolgend werkgeverschap is de rechtsfiguur waarmee arbeidsrechtelijke regels van overeenkomstige toepassing worden verklaard op opvolgende arbeidsovereenkomsten met *verschillende* werkgevers.² Sinds de introductie van opvolgend werkgeverschap bij wet van 17 december 1953 bestaat onduidelijkheid over het – gewenste – toepassingsbereik.³ Een onderzoek naar de ratio's achter anciënniteit kan meer inzicht geven in

- 1 Ter volledigheid: anciënniteit is geen recht, maar een rechtsfeit. Zie ook: HvJ EG 14 september 2000, ECLI:EU:C:2000:441, C-343/98, JAR 2000/225 (Collino & Chiappero/Telecom Italia); HvJ EU 6 september 2011, ECLI:EU:C:2011:542, C-108/10, JAR 2011/262 (Scattolon/Ministerio dell'Instruzione); R.M. Beltzer & F. Koopman, Overgang van onderneming in een triptiek: economische activiteiten, anciënniteit en cao's, ArA 2012/2, p. 41-46.
- 2 Opvolgend werkgeverschap, zoals in dit artikel omschreven, is een andere rechtsfiguur dan een contractsovergang. Bij een contractsovergang gaat, zo schreef Van Rijssen, 'in beginsel (...) het gehele complex van rechten en verplichtingen dat voortvloeit uit de contractuele positie over (behoud van eenheid) terwijl de afzonderlijke rechten en verplichtingen hun identiteit behouden' (G. van Rijssen, Contractsovername (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 58, 132-135, 142 en 227-228). In het arbeidsrecht is contractsovergang mogelijk onder algemene titel (erfopvolging, juridische fusie en splitsing) en onder bijzondere titel (contractsovername, overgang van onderneming en een concessieverlening als bedoeld in artikelen 36 e.v. Wet personenvervoer 2000). Zie voor het onderscheid tussen verkrijging onder algemene en bijzondere titel: P.C. van Es, Groene Serie Vermogensrecht, commentaar op artikel 80 Boek 3 BW. Contractsovergang is een rechtsovergang binnen één overeenkomst; in een geval van opvolgend werkgeverschap sluit de opvolgende werkgever een *nieuwe* arbeidsovereenkomst. Het verschil is duidelijk zichtbaar bij de toepassing van de ketenregeling als bedoeld artikel 7:668a BW. Vindt tijdens de looptijd van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bijvoorbeeld een overgang van onderneming plaats (een contractsovergang), dan ontstaat voor wat betreft de ketenregeling geen nieuwe arbeidsovereenkomst. Zie: W.H.A.C.M. Bouwens, Opvolgend werkgeverschap en faillissement, SMA 2007-3, p. 101-108; A.R. Houweling, SDU Commentaar Arbeidsrecht Thematisch, 72 BW Boek 7, art. 668a, 2015, C.2; S. Palm, JIN Geannoteerd 2015/73 (annotatie bij Hof Amsterdam 24 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:516), RAR 2015/76. Overigens beschouwt J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, p. 4-5, een contractsovergang in de context van zijn dissertatie als een variant van opvolgend werkgeverschap.
- 3 Wet van 17 december 1953, Stb. 1953, 619; S. Palm, De zoektocht naar een juiste interpretatie van het leerstuk opvolgend werkgeverschap na Van Tuinen/Wolters, ArA 2014/1, p. 16-50.

S. Palm

de werkelijke bedoeling en het gewenste bereik van opvolgend werkgeverschap. Vanuit die invalshoek behandelt dit artikel de volgende probleemstelling: *Waarom – en hoe – kunnen de ratio’s achter anciënniteit als gezichtspunten dienen voor de vaststelling van de werkelijke bedoeling en het gewenste toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap?*

Paragraaf 2 bevat een analyse van de normen die via opvolgend werkgeverschap tevens van toepassing zijn op opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers. Deze analyse toont aan dat nagenoeg al deze normen mede aan de hand van anciënniteit rechten en verplichtingen toekennen. Tevens blijkt uit diezelfde analyse de onduidelijkheid en verscheidenheid bij de toepassing van opvolgend werkgeverschap en het belang van andere uitgangspunten bij de interpretatie van opvolgend werkgeverschap, bijvoorbeeld via de ratio’s achter anciënniteit. Paragraaf 3 verkent de ratio’s achter de toekenning van rechten en verplichtingen op grond van anciënniteit. Paragraaf 4 geeft een toelichting op hoe deze ratio’s als gezichtspunten kunnen dienen voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap. Paragraaf 5 bevat een conclusie.

2 Normen met anciënniteit als rechtsfeit en de toepassing van opvolgend werkgeverschap

2.1 Opzet

Deze paragraaf bevat een analyse van de normen waarbij opvolgend werkgeverschap wordt toegepast. Zoals in de inleiding al is opgemerkt, toont deze analyse aan dat al deze normen anciënniteit als een van de voornaamste rechtsfeiten hanteren; alleen bij de zogeheten Ragetlie-regel ligt dat meer genuanceerd. De behandeling gaat in op de bedoeling van de wetgever achter anciënniteit, zoals die kenbaar is uit de wetsgeschiedenis, alsmede op de (onduidelijkheid bij de) toepassing van opvolgend werkgeverschap.⁴ Aan het slot van deze paragraaf volgt een korte samenvatting van de (gebrekkige) motivering van de wetgever, ten aanzien van zowel de keuze voor anciënniteitsgerelateerde rechten als de criteria voor opvolgend werkgeverschap.

2.2 Loonrisicoverdeling

Artikel 7:628 lid 5 van het Burgerlijk Wetboek (BW) biedt de werkgever de ruimte om gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst de wettelijke risicoverdeling omtrent het recht op loon volledig voor rekening van de werknemer te laten komen. De beperking tot in beginsel zes maanden houdt verband

4 Buiten beschouwing blijven: (1) normen omtrent anciënniteit waarbij opvolgend werkgeverschap geen rol speelt, en (2) al dan niet algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen. Zo valt ook anciënniteit als beloningsinstrument, zoals opgenomen in veel cao’s, bijvoorbeeld buiten de reikwijdte van dit artikel (zie hierover: F.G. Laagland, Intra-concernmobiliteit met contractswissel, in: Preadvies inzake concernwerkgeverschap van de Vereniging voor Arbeidsrecht, p. 15, voetnoot 56, concept is online raadpleegbaar via: www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl; F.G. Laagland, Gelijke beloning voor gelijke arbeid: van hard naar zachter, in: C.J.H. Jansen & L.G. Verburg, Onderneming en beloning, Deventer: Kluwer 2014, p. 290-291).

met het uitgangspunt dat naarmate de arbeidsrelatie langer voortduurt, voor een eenzijdige afwenteling van het loonrisico op de werknemer minder rechtvaardiging bestaat, aldus de wetgever.⁵ De bescherming van de werknemer neemt toe naarmate de arbeidsrelatie voortduurt. Tot 1 januari 2015 kon deze periode bij cao ongelimiteerd worden verlengd. Door de invoering van de Wet werk en zekerheid kan deze periode op grond van artikel 7:628 lid 7 BW slechts worden verlengd voor in de cao te bepalen functies, mits de aan die functies verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben. De wetgever maakt voor de afwijkingsmogelijkheid aldus een onderscheid tussen enerzijds arbeid van (in beginsel) structurele aard en anderzijds werkzaamheden die van incidentele aard zijn en geen vaste omvang hebben. Waarom maakt de wetgever voor de eerste zes maanden dit onderscheid niet? Het antwoord van de regering is dat de arbeidsomvang bij de aanvang van de arbeidsovereenkomst niet altijd eenduidig is vast te stellen.⁶

Op de contractuele afwijkingsmogelijkheid gedurende de eerste zes maanden is de ketenregeling als bedoeld in artikel 7:668a BW van overeenkomstige toepassing verklaard via artikel 7:628 lid 6 BW. De overeenkomstige toepassing van de ketenregeling betekent overigens niet dat, zolang tussen partijen nog geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan, bij elke opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd opnieuw voor de duur van zes maanden mag worden afgeweken van de wettelijke risicoverdeling. De toepassing van artikel 7:668a BW heeft uitsluitend betrekking op de berekening van de periode van zes maanden.⁷ De toepassing van dit wetsartikel brengt tevens mee dat arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers moeten worden samengeteld indien deze werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn. (De uitleg van opvolgend werkgeverschap in relatie tot artikel 7:628 BW komt nader aan de orde in paragraaf 2.4 over de ketenregeling.)

Artikel 7:691 lid 7 BW sluit voor uitzendovereenkomsten de toepassing van artikel 7:628 lid 5 tot en met 7 BW volledig uit en bevat een eigen regeling. Op grond van artikel 7:691 lid 7 BW kan ten hoogste de eerste 26 weken waarin de werknemer arbeid verricht, worden afgeweken van artikel 7:628 lid 1 BW. Op grond van het achtste lid van artikel 7:691 BW kan deze termijn worden verlengd tot ten

- 5 Nota Flexibiliteit en zekerheid (advies van 3 april 1996, Stichting van de Arbeid, publicatienr. 2/96), Den Haag: SER-huisdrukkerij 1996, p. 27, online raadpleegbaar via: www.stvda.nl; Kamerstukken II 1996/97, 25263, 3, p. 6 (MvT).
- 6 De wetgever geeft specifieke voorbeelden, maar Beltzer e.a. merkten terecht op dat het recht ongeclausuleerd is (Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 19-20 (MvT); R.M. Beltzer e.a., Handboek Wet werk en zekerheid, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 30-31).
- 7 D.J.B. de Wolff, De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1999, p. 106-107 en 175-176; Kamerstukken II 1997/98, 25263, 38 (gewijzigd amendement van het lid Van Nieuwenhoven ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 16). Zie ook: J.M. van Slooten, Het recht op loondoorbetaling van flexwerkers, *ArbeidsRecht* 1998/54. Anders: volgens Beltzer e.a. (2015, p. 30-31) mag 'de schriftelijke afwijking maar één keer (...) worden overeengekomen', dus alleen bij de eerste arbeidsovereenkomst.

S. Palm

hoogste 78 weken. De afwijkende loonrisicoverdeling in artikel 7:691 BW bevat niet de rechtsfiguur van opvolgend werkgeverschap. Weliswaar komt opvolgend werkgeverschap ook in artikel 7:691 BW terug, maar uitsluitend in relatie tot de ketenregeling en het zogeheten uitzendbeding. De parlementaire geschiedenis bevat geen argumenten voor deze uitsluiting van opvolgend werkgeverschap.

2.3 Proeftijdregeling

Artikel 7:652 lid 5 aanhef en onder a en b BW bepaalt dat een proeftijdbeding niet langer mag zijn dan één respectievelijk twee maanden. Volgens de memorie van toelichting bij het voorstel voor de Wet op de arbeidsovereenkomst is de proeftijd een periode waarbij 'de arbeider eerst "op proef" bij den werkgever in dienst zal treden, alvorens eene definitieve arbeidsovereenkomst tot stand komt'.⁸ Bouwens en Duk spreken van een 'kennismakingsperiode'.⁹ Een nieuw proeftijdbeding in een opvolgende arbeidsovereenkomst tussen dezelfde partijen is niet toegestaan, tenzij die overeenkomst duidelijk andere vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist, zo bepaalt artikel 7:652 lid 8 aanhef en onder d BW. Indien sprake is van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers is een proeftijdbeding op grond van artikel 7:652 lid 8 aanhef en onder e BW evenmin toegestaan. Bij de toepassing van artikel 7:652 lid 8 BW lijkt nog steeds de maatstaf uit het arrest Van Tuinen/Wolters van belang. De Hoge Raad oordeelde dat 'in de regel' sprake is van opvolgend werkgeverschap indien enerzijds de nieuwe arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist als de vorige arbeidsovereenkomst, en anderzijds tussen de vorige en nieuwe werkgever zodanige banden bestaan dat het door de vorige werkgever op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoeda-

8 A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, Geschiedenis der wet van den 13den juli 1907 (deel 4), Den Haag: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1907, p. 59.

9 W.C.L. van der Grinten/W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Arbeidsovereenkomstenrecht 2015/29.2; zie ook HR 2 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8102, NJ 1988/233 (Pons/Technisch Handelsburo Meerman Junior). Al tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel voor de Wet op de arbeidsovereenkomst werd overigens aangestipt dat een proeftijd van twee maanden voor complexere functies wellicht te kort is (Bles1907, p. 60-65).

nigheden en geschiktheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.¹⁰

De wetgever lijkt bij de proeftijdregeling aldus tot uitgangspunt te nemen dat de vermogensrechtelijke vereisten voor de totstandkoming van een overeenkomst als zodanig niet toereikend zijn voor een arbeidsovereenkomst. Totstandkoming van een 'volwaardige' arbeidsovereenkomst heeft kennelijk tijd nodig; partijen kunnen pas na een samenwerking van enige tijd vaststellen of zij een langdurige relatie willen aangaan.¹¹ Pas na één of twee maanden heeft een werknemer een volwaardige ontslagbescherming. Omgekeerd kan deze ontslagbescherming nadien niet worden weggenomen door de totstandkoming van een geheel nieuwe arbeidsovereenkomst tussen dezelfde partijen (tenzij die opvolgende overeenkomst duidelijk andere vaardigheden en verantwoordelijkheden van een werknemer vereist). Die opgebouwde bescherming blijft zelfs bestaan bij een opvolgende arbeidsovereenkomst met een andere werkgever, mits tussen beide werkgevers 'zodanige banden' bestaan.¹² In tegenstelling tot alle andere varianten van opvolgend werkgeverschap vermeldt de proeftijdregeling niets over een onderbrekingsperiode. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat het tijdsverloop tussen twee arbeidsovereenkomsten slechts een van de omstandigheden is die meewegen bij het oordeel over de geldigheid van een proeftijdbeding.¹³ Bouwens en Duk achten een aansluiting bij de onderbrekingsperiode van de ketenregeling en Ragetlie-regel verdedigbaar.¹⁴

- 10 HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, JAR 2012/150 (Van Tuinen/Wolters). De zaak Van Tuinen/Wolters ging over opvolgend werkgeverschap in relatie tot de ketenregeling, maar de Hoge Raad verwees uitdrukkelijk naar zijn proeftijdjurisprudentie (zie ook: Beltzer e.a. 2015, p. 27). Ter volledigheid: de Hoge Raad hield in de zaak Van Tuinen/Wolters de mogelijkheid open dat de nieuwe werkgever langs andere weg inzicht in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer heeft gekregen en er daarom sprake is van opvolgend werkgeverschap (dus: eigen inzicht, geen toerekening via het criterium 'zodanige banden'). Ook sloot de Hoge Raad niet uit dat opvolgend werkgeverschap kan worden aangenomen, omdat in een concreet geval misbruik wordt gemaakt van het identiteitsverschil tussen twee werkgevers. Het criterium 'zodanige banden' is dus niet exclusief. Ter illustratie: Ktr. Maastricht 3 juni 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:4423, AR-Updates 2015/0520, maakte bij eenzelfde doorstart na een faillissement zelfs onderscheid tussen enerzijds werknemers bij wie via het criterium 'zodanige banden' het inzicht kon worden toegerekend aan de nieuwe werkgever, en anderzijds werknemers bij wie via een andere weg door de nieuwe werkgever zelf dat inzicht was verkregen (dit betrof de bodemzaak van Ktr. Heerlen (vzr.) 21 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:9106, Prg. 2014/36).
- 11 Volgens de wetgever is in sommige gevallen zelfs eerst een voorafgaande arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd nodig om vast te stellen of partijen zich voor onbepaalde duur willen binden.
- 12 Het criterium 'zodanige banden' is niet altijd goed toepasbaar. Werkgevers zouden dit criterium namelijk eenvoudig kunnen omzeilen indien zij bij een doorstart via de inschakeling van een uitzendbureau de zodanige banden alsnog kunnen 'verbreken'. Zou in een dergelijk geval niet moeten worden beoordeeld of er tussen de oude formele werkgever en de inlener zodanige banden bestaan? Zie bijvoorbeeld mijn nog te verschijnen annotatie bij Ktr. Assen (vzr.) 29 september 2015, ECLI:RBNNE:2015:4460 en Ktr. Assen 29 september 2015, ECLI:RBNNE:2015:4459 in JIN Geannoteerd.
- 13 HR 8 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0597, JAR 1992/24 (Van Summeren/Ozkan). In die zaak sloot de werknemer overigens een opvolgende arbeidsovereenkomst met dezelfde werkgever.
- 14 W.C.L. van der Grinten/W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, Arbeidsovereenkomstenrecht 2015/29.2.

S. Palm

2.4 *Ketenregeling*

De ketenregeling moest volgens de regering tegemoetkomen ‘aan de algemene economische behoefte van werkgevers aan meer mogelijkheid van flexibiliteit in (kortdurende) arbeidsrelaties en – op termijn – aan meer arbeidsrechtelijke zekerheid voor flexibele werknemers’. De wetgever koos bewust niet voor een bepaling waarbij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen mogelijk is als het desbetreffende werk van tijdelijke aard is. Dat zou een bron van juridische geschillen vormen. Tevens was de regering van oordeel dat partijen meerdere legitieme redenen kunnen hebben om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te sluiten, bijvoorbeeld als proefperiode voor een complexe functie, bij een in tijd of hoeveelheid beperkt werkaanbod en bij vervanging van een werknemer die langdurig verlof heeft.¹⁵ De toenmalige regering formuleerde de basisgedachte als volgt: ‘naarmate de werknemer langer in dienst is bij een werkgever, ontstaat voor hem meer zekerheid.’¹⁶ Voor de volledigheid, de regering merkte dus op dat een werknemer bij een langer dienstverband meer zekerheid heeft, maar stelde niet dat de behoefte aan meer zekerheid bij een langer dienstverband toeneemt.

De via anciënniteit en elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten opgebouwde bescherming blijft op grond van artikel 7:668a lid 2 BW behouden ingeval een werknemer een arbeidsovereenkomst met een opvolgende werkgever sluit en die nieuwe werkgever ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moet worden de opvolger te zijn. Artikel 7:668a lid 2 BW bevat sinds 1 juli 2015 de toevoeging: ‘ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer’. De toevoeging is een belangrijke koerswijziging ten opzichte van het arrest Van Tuinen/Wolters. Met dit arrest stond vast dat bij een contractswissel of aanbesteding in beginsel geen sprake was van opvolgend werkgeverschap, omdat in die gevallen tussen beide werkgevers vaak geen zodanige banden bestaan. Voor andere situaties – zoals een doorstart na een faillissement – bleef de uitkomst ook met de nadere uitleg van de Hoge Raad in een concrete casus onzeker. Met de toevoeging ‘ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer’ bedoelt de wetgever dat opvolgend werkgeverschap geen zodanige banden tussen beide werkgevers vereist. Een aanleiding, zoals een aanbesteding, is voldoende.¹⁷ De werkzaamheden moeten wel ongewijzigd blijven, dat ligt volgens de regering besloten in de woorden ‘ten aanzien van de verrichte arbeid’.¹⁸ Van Slooten, Zaal en Zwemmer schreven in hun recente handboek over de Wet werk en zekerheid dat ingeval een werknemer op eigen initiatief bij een nieuwe werkgever arbeid gaat verrichten, de aanleiding niet bij een van de werkgevers ligt. De auteurs merkten vervolgens op: ‘Dat is aan de orde

15 Kamerstukken II 1996/97, 25263, 6, p. 12 (NV); Kamerstukken I 1997/98, 25263, 132b, 4, p. 4 en 20-21 (MvA).

16 Kamerstukken I 1997/98, 25263, 132b, 4, p. 20 (MvA).

17 Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 14 en 105 (MvA); Kamerstukken I 2013/14, 33818, E, p. 4 (NV).

18 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). ‘Dezelfde arbeidsvoorwaarden’ is overigens geen vereiste voor de toepassing van de ketenregeling.

wanneer de werknemer vrijwillig besluit de arbeidsovereenkomst met een werkgever op te zeggen en een arbeidsovereenkomst met een andere werkgever aangaat, ook al is de aard van de door de werknemer te verrichten werkzaamheden niet anders dan bij zijn vroegere werkgever. Is echter sprake van omstandigheden aan werkgeverskant die de aanleiding vormden van de indiensttreding bij de andere werkgever, dan is wel sprake van opvolgend werkgeverschap.¹⁹

Het criterium ‘aanleiding’ roept net als het criterium ‘zodanige banden’ ook weer vragen op. Wat als een werknemer vanwege bedrijfseconomische redenen wordt ontslagen en vervolgens bij een willekeurige derde aan de slag gaat en dezelfde werkzaamheden gaat verrichten, maar op een andere locatie, voor andere klanten en in een andere organisatie? Ligt de aanleiding dan bij de werkgever(s)? En wat als een werknemer door een andere werkgever wordt gevraagd om over te stappen en daar dezelfde werkzaamheden te doen voor andere klanten? De parlementaire geschiedenis van de Wet werk en zekerheid biedt geen aanwijzingen dat ook in die gevallen sprake is van opvolgend werkgeverschap. De door de regering genoemde voorbeelden van opvolgend werkgeverschap kenmerken zich door een ‘overgang’ van de werkzaamheden, zoals een contractswissel, aanbesteding of een doorstart na faillissement. Van Slooten, Zaal en Zwemmer merkten op dat de wetgever vooral van belang vindt of het werk in feite is voortgezet; een situatie die volgens hen enigszins vergelijkbaar is met een overgang van onderneming, ook als niet aan de criteria van artikel 7:662 e.v. BW is voldaan.²⁰

2.5 Termijnen voor uitzendkrachten

Artikel 7:691 lid 1 BW bepaalt dat de ketenregeling eerst van kracht wordt zodra de uitzendwerknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht. Lid 3 van dat artikel bepaalt dat een zogeheten uitzendbeding zijn kracht verliest zodra de werknemer in meer dan 26 weken arbeid voor de uitzendwerkgever heeft verricht. Op grond van artikel 7:691 lid 4 BW worden perioden, met tussenpozen van ten hoogste zes maanden, voor de toepassing van lid 1 en lid 3 samengeteld. Door ‘het verlicht arbeidsrechtelijk regime’ wordt ‘recht gedaan aan de flexibiliteit die zo kenmerkend is voor uitzendarbeid en die inherent is aan de alternatieve functie van de uitzendwerkgever’, aldus Van Slooten, Zaal en Zwemmer.²¹

19 J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, Handboek Nieuw ontslagrecht, Deventer: Kluwer 2015, p. 31-33.

20 Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 210. De vraag is of er sprake is van opvolgend werkgeverschap indien een werknemer naar aanleiding van een vacature op een intranetsite van een groep waartoe zijn werkgever behoort, overstapt naar een andere groepsmaatschappij om daar (nagenoeg) dezelfde werkzaamheden te verrichten. De werkgever *volgt* dan immers niet zijn werk – er is geen *overgang* van werkzaamheden. Daarnaast is in dit voorbeeld verdedigbaar dat ook het initiatief voor de overstap (deels) bij de werknemer ligt. Op basis van de uitleg van de wetgever is verdedigbaar dat er dan geen sprake is van opvolgend werkgeverschap (S. Palm, Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht, TAP 2015/117, paragraaf 4.1; zie in dit verband ook: Beltzer e.a. 2015, p. 39-40).

21 Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 47; Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 28-30 (NV).

S. Palm

Op grond van artikel 7:691 lid 5 BW is opvolgend werkgeverschap van toepassing bij de berekening van de termijnen in lid 1 en 3. Opvolgend werkgeverschap, zoals omschreven in artikel 7:691 lid 5 BW, bevat niet de toevoeging ‘ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer’. Onduidelijk is of daarom het criterium ‘zodanige banden’ geldt. Daarnaast biedt artikel 7:691 lid 8 BW cao-partijen de mogelijkheid om de toepassing van opvolgend werkgeverschap geheel uit te sluiten.²² Artikel 7:668a lid 6 BW bevat overigens eveneens die afwijkingmogelijkheid.²³ De aard van een uitzendovereenkomst alsmede alle andere incidentele arbeid zonder vaste omvang rechtvaardigen mogelijk een ‘verlicht regime’ voor wat betreft de *termijnen* en het *aantal* opvolgende arbeidsovereenkomsten in de artikelen 7:268, 7:668a en 7:691 BW. Maar die gewenste flexibiliteit biedt geen verklaring – laat staan een rechtvaardiging – voor de ruimte om ook van het begrip (de *definitie*) opvolgend werkgeverschap af te wijken.

2.6 Berekening van de opzegtermijnen

De wet van 17 december 1953 voerde de verlengde opzegtermijn voor werkgevers en werknemers in.²⁴ Het toenmalige artikel 1639j (oud) BW bepaalde dat de opzegtermijn afhankelijk was van de duur van de arbeidsovereenkomst. In de memorie van toelichting schreef de minister dat ‘[h]oe langer de dienstbetrekking duurt des te nauwer worden arbeider en patroon aan elkaar verbonden’. Met de duur van de dienstbetrekking groeien ook de (morele) verplichtingen van partijen.²⁵ Ook in het voorlopig verslag onderkende de vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht van de Tweede Kamer dat de strekking van de wet was om ‘meer bestaanszekerheid [te verschaffen] aan personen, die reeds geruime tijd bij dezelfde werkgever in dienst zijn’ en dat ‘de band tussen (...) onderneming en arbeider (...) sterker wordt naarmate de dienstbetrekking langer duurt’.²⁶ De regering dacht voornamelijk aan arbeidsovereenkomsten die zeer lang geduurd hebben; tegenover een ‘oudgediende’ kan een langere opzegtermijn geleverd worden.²⁷

Ter voorkoming van wetsontduiking voerde de wetgever artikel 1639f lid 3 (oud) BW in. Dit artikellid stipuleerde dat bij een voor bepaalde tijd voortgezette

22 Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 49; Beltzer e.a. 2015, p. 25; Palm 2015, paragraaf 4.4, voetnoot 45.

23 Over de wenselijkheid om via artikel 7:668a lid 6 BW ten nadele van de werknemer af te wijken, is de regering tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel Wet werk en zekerheid zeer kritisch geweest (Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 105 (MvA); Kamerstukken I 2013/14, 33818, E, p. 4-5 (NV)). In relatie tot artikel 7:668a lid 6 BW is dat logisch, omdat lid 5 van artikel 7:668a BW bijzondere eisen stelt voor een afwijking van de ketenregeling ten nadele van de werknemer (namelijk alleen bij arbeid van incidentele aard en zonder vaste omvang). Via artikel 7:668a lid 6 BW zouden die vereisten niet moeten kunnen worden omzeild.

24 Wet van 17 december 1953, Stb. 1953, 619.

25 Kamerstukken II 1947/48, 881, 3, p. 5 (MvT). De reden dat de duur van de opzegtermijn voor werkgever en werknemer niet gelijk is, houdt verband met de ongelijkheid in de maatschappelijke positie van de werkgever en werknemer (M.G. Levenbach, Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht, Alphen aan den Rijn: N. Samson N.V. 1954, p. 14-16).

26 Kamerstukken II 1949/50, 881, 4, p. 13 respectievelijk p. 16 (VV).

27 Kamerstukken II 1951/52, 881, 6, p. 29 (MvA).

arbeidsovereenkomst voorafgaande opzegging noodzakelijk is, zodat de opzeggingstermijnen die gelden voor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet kunnen worden ondermijnd.²⁸ In aanvulling daarop bepaalde artikel 1639k lid 1 (oud) BW dat elkaar binnen een termijn van niet meer dan 31 dagen opvolgende arbeidsovereenkomsten voor de toepassing van de opzegtermijn worden geacht ‘eenzelfde, niet onderbroken dienstbetrekking’ te vormen. Volgens diezelfde bepaling is eveneens sprake van eenzelfde, niet onderbroken dienstbetrekking indien elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten worden gesloten met verschillende werkgevers, die redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn.²⁹ Onder het huidige recht tellen eerdere arbeidsovereenkomsten, al dan niet via opvolgend werkgeverschap, nog steeds mee voor de vaststelling van de duur van de opzegtermijn. Artikel 7:667 lid 4 tweede volzin BW en artikel 7:668a lid 4 BW bepalen daartoe dat de opzegtermijn wordt berekend vanaf de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd respectievelijk vanaf de eerste arbeidsovereenkomst in de keten. Als gevolg van deze twee – naast elkaar bestaande – normen over de berekening van de opzegtermijn zijn verschillende uitkomsten mogelijk:

- 1 Bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, opgevolgd door een voor bepaalde tijd aangegane overeenkomst met dezelfde werkgever, wordt de opzegtermijn via artikel 7:667 lid 4 BW berekend vanaf de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.³⁰
- 2 Bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met dezelfde werkgever wordt de opzegtermijn ex artikel 7:668a lid 4 BW berekend vanaf de eerste arbeidsovereenkomst voor bepaald tijd. Een eventueel daaraan voorafgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd telt niet mee (tenzij die overeenkomst alsnog via artikel 7:667 lid 4 BW meetelt).
- 3 Bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers wordt de opzegtermijn ex artikel 7:668a lid 2 jo. lid 4 BW of via artikel 7:667 lid 4 jo. lid 5 BW berekend vanaf de eerste arbeidsovereenkomst, ongeacht of deze eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd is.
- 4 Van de onder 3 genoemde termijn kan via artikel 7:668a lid 6 BW worden afgeweken. Dit betekent dat de voorliggende arbeidsovereenkomsten met de vorige werkgevers niet (volledig) meetellen, tenzij deze alsnog via artikel 7:667 lid 4 jo. lid 5 BW wel meetellen. De Ragetlie-regel bevat namelijk geen mogelijkheid om van opvolgend werkgeverschap af te wijken.

Het verschil in uitkomsten verhoudt zich lastig tot de gedachte van de wetgever achter de verlengde opzegtermijn, namelijk dat morele verplichtingen gedurende de arbeidsrelatie toenemen. De eerste datum van indiensttreding ligt als startdatum voor de berekening van de opzegtermijn meer voor de hand.

28 De minister merkte uitdrukkelijk op dat deze bepaling ook van toepassing is bij een voortzetting zonder oogmerk tot wetsontduiking (Kamerstukken II 1947/48, 881, 3, p. 7 (MvT); S. Gerbrandy, *Het nieuwe ontslagrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954, p. 7).

29 Kamerstukken II 1947/48, 881, 3, p. 8 (MvT).

30 Tenzij de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op een van de daartoe in artikel 7:667 lid 4 BW genoemde gronden is geëindigd.

S. Palm

2.7 Vaststelling en berekening van de transitievergoeding

Bij het recht op een transitievergoeding is anciënniteit niet alleen van invloed op het ontstaan van dit recht, maar ook op de hoogte daarvan.³¹ Artikel 7:673 lid 1 BW geeft recht op een transitievergoeding indien de arbeidsovereenkomst ten minste twee jaar heeft geduurd. Dit recht heeft volgens de regering als uitgangspunt 'dat een werkgever alleen bij langer durende arbeidsrelaties gehouden is tot het betalen van een vergoeding'.³² Lid 2 van artikel 7:673 BW geeft vervolgens een berekeningsmaatstaf waarbij aan de hand van de duur van de arbeidsovereenkomst de hoogte van de transitievergoeding wordt vastgesteld. Elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten worden voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst samengeteld, tenzij de onderbrekingsperiode langer dan zes maanden is.³³

Via artikel 7:673 lid 4 aanhef en onder b BW tellen elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze als elkaars opvolger kunnen worden beschouwd mee voor de hoogte van de transitievergoeding. De wet en parlementaire geschiedenis wijzen op eenzelfde uitleg van opvolgend werkgeverschap als bij de ketenregeling (zie paragraaf 2.4). Dit brengt bijvoorbeeld mee, zoals hierna nader wordt behandeld, dat de opbouw van de transitievergoeding na een doorstart van de onderneming doorloopt, terwijl de failliete werkgever ex artikel 7:673c lid 1 BW geen transitievergoeding is verschuldigd. De samentelling van opvolgende arbeidsovereenkomsten kent een belangrijk verschil met artikel 7:668a BW; de tussenpozen tellen voor het recht op en de hoogte van de transitievergoeding niet mee.

2.8 Ragetlie-regel

Bij de Ragetlie-regel is het antwoord op de vraag of anciënniteit een rol speelt afhankelijk van de betekenis die aan deze regel wordt toegedicht. De Ragetlie-regel vloeit voort uit een bij voornoemde wet van 17 december 1953 ingevoerde regeling die voorschreef dat een voor bepaalde tijd voortgezette arbeidsovereenkomst slechts eindigt door voorafgaande opzegging. Met deze regeling trachtte de wetgever te voorkomen dat de met de duur van de arbeidsovereenkomst oplopende opzegtermijn werd ontdoken via opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (zie ook paragraaf 2.6). In 1986 oordeelde de Hoge Raad dat ook in het geval de eerdere arbeidsovereenkomst voor *onbepaalde tijd* was aangegaan en werd voortgezet voor bepaalde tijd, voorafgaande opzegging noodzakelijk was (Ragetlie/SLM).³⁴ Wie de Ragetlie-regel beschouwt als een historisch overblijfsel

- 31 Bij de tot 1 juli 2015 geldende artikelen 7:681 BW en 7:685 lid 8 BW (inclusie: de aanbevelingen van de kring van kantonrechters (de kantonrechtersformule)) waren de toekenning en hoogte van een ontslagvergoeding ook mede afhankelijk van de duur van de arbeidsrelatie.
- 32 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 38 (MvT); Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 73 (NV).
- 33 Voor de samentelling van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten bij dezelfde werkgever is irrelevant of de werkzaamheden hetzelfde blijven (Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 111-112 (MvT)).
- 34 HR 4 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AB8727, NJ 1987/678 (Ragetlie/SLM).

uit het oude BW, zou dus kunnen stellen dat anciënniteit ook bij de Ragetlie-regel van betekenis is. Echter, met het arrest Ragetlie/SLM lijkt zich een (nieuwe) regel te hebben ontwikkeld. De werknemer wordt tegen zichzelf in bescherming genomen, zodat de werknemer niet – zonder zich daarvan bewust te zijn – zijn ontslagbescherming verliest bij een omzetting van zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.³⁵ In deze moderne betekenis houdt de Ragetlie-regel geen verband met anciënniteit.

Het arrest Ragetlie/SLM is via de reparatiewet behorende bij de Wet flexibiliteit en zekerheid gecodificeerd in artikel 7:667 lid 4 BW. Door de Wet werk en zekerheid is het toepassingsbereik gewijzigd. Zo is het arrest De Witte/Pekel gecodificeerd. In De Witte/Pekel oordeelde de Hoge Raad dat een opzegging door de werknemer de toepassing van de Ragetlie-regel niet uitsluit.³⁶ Daarnaast bepaalt artikel 7:667 lid 4 BW sinds 1 juli 2015 dat de Ragetlie-regel niet van toepassing is indien de arbeidsovereenkomst wordt voortgezet nadat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd is geëindigd. Opvolgend werkgeverschap is opgenomen in artikel 7:667 lid 5 BW. De uitleg van opvolgend werkgeverschap is gelijk aan die van de ketenregeling en de transitievergoeding, zo blijkt uit de wettekst en wetgeschiedenis.³⁷

2.9 *Wet flexibel werken*

De Wet flexibel werken (tot 1 januari 2016 genaamd: Wet aanpassing arbeidsduur) bepaalt dat het verzoek van de werknemer tot aanpassing van de arbeidsduur (en vanaf 1 januari 2016 ook: de arbeidsplaats en werktijd) slechts onder daar genoemde voorwaarden door een werkgever kan worden geweigerd. Een verzoek tot aanpassing valt alleen onder deze wet indien de werknemer ten minste 52 weken voorafgaande aan het beoogde tijdstip in dienst is getreden (vanaf 1 januari 2016: 26 weken). Deze termijn garandeert volgens de regering dat er sprake is van 'een zekere binding met de werkgever'. De eis van een jaar creëert een balans tussen de belangen van de werkgever en die van de werknemer, aldus de wetgever. Wat die belangen precies zijn, vermeldde de regering niet.³⁸ Ter voorkoming dat deze termijn niet wordt bewerkstelligd, worden afzonderlijke perioden waarin arbeid wordt verricht samengeteld, mits deze perioden niet worden onderbroken door meer dan drie maanden.³⁹ Deze samentelling is van overeenkomstige toepassing op perioden waarin voor verschillende werkgevers arbeid wordt verricht, mits deze werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaanders opvolger te zijn. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever met opvolgend werkgeverschap voornamelijk beoogde zogeheten draaieurconstructies tegen te gaan.⁴⁰ In tegenstelling tot de

35 Zie uitgebreid: R.M. Beltzer, De uitleg van de Ragetlie-regel door de Hoge Raad: better safe than sorry of Klukklukiaans?, ArA 2014/2, p. 51.

36 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2127, JAR 2014/34 (De Witte/Pekel).

37 Zie daarover: Palm 2015, paragraaf 4.2.

38 Kamerstukken I 1999/2000, 26358, 52c, p. 12 (MvA).

39 Kamerstukken II 1998/99, 26358, 3, p. 15 (MvT).

40 Palm 2014, p. 31-31; Kamerstukken II 1998/99, 26358, 3, p. 14-15 (MvT).

S. Palm

ketenregeling, transitievergoeding en Ragetlie-regel bevat de Wet flexibel werken niet de toevoeging: ‘ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer’. Uit het ontbreken van deze toevoeging kan niet worden afgeleid dat daarom de (in veel gevallen: striktere) toets uit Van Tuinen/Wolters geldt. De wetgever heeft bij de invoering van de Wet flexibel werken niet een andere uitleg voor ogen gehad dan bij de ketenregeling. Niet ondenkbaar is dat de wetgever bij de invoering van de Wet werk en zekerheid simpelweg niet heeft nagedacht over opvolgend werkgeverschap in relatie tot het recht op aanpassing van de arbeidsduur, arbeidsplaats en werktijd.

2.10 Wachtijd en drempelperiode voor de verwerving van ouderdomspensioen

Op grond van artikel 14 lid 2 van de Pensioenwet (PW) mag een pensioenovereenkomst voorzien in een wachtijd of drempelperiode voor de verwerving van het ouderdomspensioen. De wachtijd of drempelperiode is ten hoogste twee maanden of, indien sprake is van een uitzendovereenkomst, tot de werknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht. Gedurende een wachtijd verwerft een werknemer geen ouderdomspensioen. Bij een drempelperiode verwerft een werknemer met terugwerkende kracht pensioenaanspraken vanaf de indiensttreding. De wachtijd en drempelperiode zijn bedoeld om de relatieve hoge administratieve lasten voor kleine pensioenen te beperken, aldus de wetgever.⁴¹ De langere termijn van 26 weken voor uitzendovereenkomsten houdt verband met de aard van deze bedrijfstak, waarin kortdurende arbeidsovereenkomsten de regel zijn. De uitvoeringskosten van pensioenuitvoerders zouden bij een wachtijd of drempelperiode van twee maanden met 50% toenemen, terwijl de opgebouwde aanspraken in veel gevallen beneden de afkoopgrens zouden blijven, aldus de regering.⁴² De argumenten van de regering voor een langere wachtijd of drempelperiode – en dus anciënniteit – zien op de toenemende kosten van de pensioenuitvoerder(s). Niet de belangen van werkgevers en werknemers, maar de belangen van pensioenuitvoerders en daarmee de bedrijfstak staan centraal bij de verlengde wachtijd of drempelperiode.

Artikel 14 PW berekent de termijn van twee maanden, de reguliere wachtijd of drempelperiode, vanaf de datum van ‘indiensttreding’. Indien een werkgever en werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst sluiten die aansluit op de vorige arbeidsovereenkomst, is verdedigbaar dat een werknemer niet opnieuw in dienst treedt. Een nieuwe wachtijd of drempelperiode is dan nietig. Ingeval tussen beide arbeidsovereenkomsten een onderbrekingsperiode ligt, is de situatie anders. Deelneming kan in een dergelijk geval tussen beide overeenkomst eindigen. Onder omstandigheden kan een nieuwe wachtijd bij een opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ex artikel 7:649 BW resulteren in een ongeoorloofd

41 Kamerstukken II 2005/06, 30413, 3, p. 103 (MvT).

42 Kamerstukken II 2007/08, 31226, 3, p. 1 (MvT); Kamerstukken II 2007/08, 31226, 7, p. 1-2 (NV). Zie ook: H. de Graaf, Pensioenopbouw in uitzendarbeid, *ArbeidsRecht* 2008/52.

onderscheid naar arbeidsduur.⁴³ Voor uitzendovereenkomsten moeten afzonderlijke perioden waarin arbeid wordt verricht mede in aanmerking worden genomen, mits deze perioden elkaar opvolgen in een periode van ten hoogste zes maanden. Artikel 14 lid 2 PW verklaart eveneens artikel 7:691 lid 5 BW, inzake opvolgend werkgeverschap, van overeenkomstige toepassing. Voor de uitleg van opvolgend werkgeverschap geldt derhalve dezelfde uitleg als bedoeld in artikel 7:691 lid 5 BW. Interessant is dat de statuten van de voor de bedrijfstak door de minister verplicht gestelde Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten (StiPP) onder opvolgend werkgeverschap verstaan:

‘de situatie waarbij de werknemer achtereenvolgens in dienst is bij verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn. De werkgever is geen opvolger van de vorige werkgever indien de onderbreking tussen twee arbeidsovereenkomsten dertien weken of meer heeft geduurd. In afwijking van het bepaalde onder g. van dit artikel is de vorige werkgever niet noodzakelijk een uitzendonderneming, maar kan ook sprake zijn van opvolging na een arbeidsovereenkomst met een reguliere werkgever in de zin van artikel 7:610 BW.’⁴⁴

Heeft StiPP de bevoegdheid om de onderbrekingstermijn van 26 weken te verkorten naar 13 weken? Artikel 14 lid 2 PW bevat daartoe geen wettelijke grondslag. Artikel 14 lid 2 PW verwijst niet naar artikel 7:691 lid 8 BW, waarin de mogelijkheid is opgenomen om bij cao af te wijken van de definitie van opvolgend werkgeverschap. Tot slot is opmerkelijk dat alleen bij uitzendovereenkomsten opvolgend werkgeverschap van toepassing is verklaard. De wetsgeschiedenis bevat hieromtrent geen nadere motivering.

2.11 Afspiegelingsbeginsel

Het afspiegelingsbeginsel bepaalt bij bedrijfseconomisch ontslag binnen een categorie uitwisselbare functies de ontslagvolgorde aan de hand van de duur van de arbeidsovereenkomst en de leeftijd van de werknemers. Voor de vaststelling van deze duur worden elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten samengeteld, zo volgt uit artikel 15 Ontslagregeling. Tot de invoering van het afspiegelingsbeginsel bepaalde het anciënniteitsbeginsel de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomisch ontslag uitsluitend aan de hand van de duur van het dienstverband (*last in, first out*), en niet aan de hand van de leeftijd. De Hoge Raad oordeelde in de zaak

- 43 Zie ook: E. Lutjens, De pensioenovereenkomst, in: E. Lutjens (red.), Pensioenwet – Analyse en Commentaar, Deventer: Kluwer 2013, p. 138; M. Heemskerk, Gelijke behandeling en pensioen, in: E. Lutjens (red.), Pensioenwet – Analyse en Commentaar, Deventer: Kluwer 2013, p. 515-517; E.M.F. Schols-van Oppen, Inleiding pensioenrecht, Deventer: Kluwer 2015, p. 259-260; Commissie gelijke behandeling 11 oktober 2006, 2006-211; Commissie gelijke behandeling 17 oktober 2006, 2007-73; Commissie gelijke behandeling 31 juli 2003, 2004-76.
- 44 Online raadpleegbaar via: www.stippenpensioen.nl. Zie voor de verplichtstelling: besluit van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot wijziging van de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor Personeelsdiensten van 22 december 2014, Stcrt. 2014, 37623.

S. Palm

Cemsto/El Azzouti dat de ratio achter deze anciënniteitsregeling (*last in, first out*) is dat (1) de omvang van de zorgplicht van de werkgever toeneemt naargelang de werknemer langer in dienst is, (2) de toepassing van de anciënniteitsregeling willekeurig van de werkgever voorkomt, en (3) veelal oudere werknemers een langdurig dienstverband hebben en bij het zoeken naar ander werk in een ongunstige positie terechtkomen.⁴⁵ De overstap van de anciënniteitsregel naar het afspiegingsbeginsel is mede ter bescherming van nieuwkomers op de arbeidsmarkt met een zwakke arbeidsmarktpositie. De regering noemde herintredende vrouwen, jongeren, allochtonen en arbeidsgehandicapten. Daarnaast waarborgt het afspiegingsbeginsel een betere leeftijdsopbouw na ontslag.⁴⁶ De bescherming van oudere werknemers en een toenemende zorgplicht bij een langer dienstverband hebben door de invoering van het afspiegingsbeginsel een minder prominente rol gekregen.

Voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst worden op grond van artikel 15 lid 1 Ontslagregeling één of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, samengeteld. In lid 2 van dit artikel is voor situaties van opvolgend werkgeverschap een formulering opgenomen. De formulering is vergelijkbaar met de tekst bij de ketenregeling, Ragetlie-regel en transitievergoeding. Artikel 15 lid 3 Ontslagregeling bevat een uitbreiding op opvolgend werkgeverschap. Arbeidsovereenkomsten worden op grond van die uitbreiding eveneens geacht elkaar te hebben opgevolgd als de werknemer:

‘achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die deel uitmaken van een groep, indien bij collectieve arbeidsovereenkomst is overeengekomen dat van werknemers die in dienst zijn bij deze werkgevers verwacht wordt dat zij regelmatig binnen deze groep van functie veranderen.’

In de toelichting op de Ontslagregeling wordt hierover het volgende opgemerkt:

‘De ratio van deze bepaling is hierin gelegen dat er concerns zijn die een employability-beleid voeren waarbij van de werknemer in beginsel wordt verwacht dat zij regelmatig van functie veranderen. Het is in dat geval redelijk om eerdere dienstverbanden binnen dezelfde groep mee te tellen bij de berekening van de duur van het dienstverband ook als er geen sprake is van elkaar ten aanzien van de arbeid opvolgende werkgevers.’

45 HR 28 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG1395, JAR 1997/90 (Cemsto/El Azzouti).

46 Notitie heroverweging van het last-in/first-out beginsel bij bedrijfseconomisch ontslag, behorende bij brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (ongedateerd) naar aanleiding van de motie van de leden Verburg, Weekers, Bakker en Noordman-den Uyl, Kamerstukken II 2003/04, 29200, 48. Kritisch en verdeeld: Advies inzake een heroverweging van de anciënniteitsregel bij bedrijfseconomisch ontslag (advies van 1 december 2004, Stichting van de Arbeid, publicatienr. 13/04), Den Haag: SER-huisdrukkerij 2004, online raadpleegbaar via: www.stvda.nl.

Met deze uitbreiding lijkt de minister voornamelijk de overstap naar een *andere* functie binnen de groep voor ogen te hebben. Ingeval een werknemer *dezelfde* werkzaamheden bij een andere werkgever binnen de groep voortzet, is immers al sprake van opvolgend werkgeverschap op basis van artikel 15 lid 2 Ontslagregeling. Onduidelijk is waarom deze aanvulling op opvolgend werkgeverschap alleen geldt voor de Ontslagregeling.

2.12 *Recht op ouderschapsverlof*

Het tot 1 januari 2015 geldende artikel 6:3 lid 1 van de Wet arbeid en zorg (WAZO) bepaalde dat een werknemer recht had op ouderschapsverlof, mits de arbeidsverhouding ten minste een jaar heeft geduurd.⁴⁷ De regering vond deze minimumperiode nodig, omdat ‘de werkgever bij gebruikmaking van het recht organisatorische voorzieningen moet treffen en de arbeidsplaats voor een bepaalde periode moet “reserveren”’. De regering achtte de gevraagde voorzieningen onredelijk indien ‘de arbeidsverhouding zich niet gestabiliseerd heeft’. Een ‘zekere binding’ is vereist, aldus de regering.⁴⁸ Op 1 januari 2015 verviel artikel 6:3 WAZO. Het vereiste dat een werknemer ten minste een jaar in dienst behoorde te zijn, vormde volgens de regering een belemmering om het verlof voort te zetten bij een nieuwe werkgever. Direct na indiensttreding – en dus ongeacht of sprake is van opvolgend werkgeverschap – kan een werknemer verzoeken om opname van het (resterende deel) van het ouderschapsverlof. De overstap van de wetgever naar een anciënniteitsonafhankelijk recht op ouderschapsverlof is een ommezwaai in vergelijking tot het initiële standpunt van de regering bij invoering van het recht op ouderschapsverlof. De regering was aanvankelijk tegen de samentelling van opvolgende arbeidsovereenkomsten met *dezelfde* werkgever, omdat het recht op ouderschapsverlof een duurzaam karakter vereist. Bij elkaar opvolgende (korte) arbeidsovereenkomsten zou daarvan geen sprake zijn. Uiteindelijk ging de regering om en moesten opvolgende arbeidsovereenkomsten toch worden samengeteld.⁴⁹

2.13 *Wet financiering loopbaanonderbreking*

Een werknemer kon onder de inmiddels vervallen Wet financiering loopbaanonderbreking aanspraak maken op een vanuit de overheid gefinancierd verlof indien de werkgever voor de duur van het verlof een werkloze of herintreder inschakelde (een ‘loopbaanonderbrekingsfinanciering’).⁵⁰ Met instandhouding van de arbeids-

47 Bij wet van 17 december 2014, houdende modernisering regelingen voor verlof en arbeidstijden, Stb. 2014, 565, is deze bepaling komen te vervallen. Clause 3 lid 1 aanhef en onder b van de Raamovereenkomst inzake ouderschapsverlof (herzien), bijlage bij Richtlijn 2010/18/EU, staat het overigens wel toe dat lidstaten het recht op ouderschapsverlof pas toekennen na ‘een werken/of anciënniteitsperiode van ten hoogste één jaar’ en dat als lidstaten daarvan gebruikmaken ‘de som van deze overeenkomsten in aanmerking zal worden genomen bij het berekenen van de anciënniteitsperiode’.

48 Kamerstukken II 1987/88, 20528, A, p. 5 (MvT Algemeen); Kamerstukken II 1987/88, 20528, 3, p. 6 (MvT).

49 Zie voor een samenvatting van dit parlementaire debat: Palm 2014, p. 31, voetnoot 39.

50 Wet van 11 juni 1998, Stb. 1998, 411, houdende bepalingen inzake de financiering van de loopbaanonderbreking (Wet financiering loopbaanonderbreking).

S. Palm

overeenkomst kon een werknemer de arbeid geheel of gedeeltelijk onderbreken ten behoeve van zorg of educatie. De voorganger van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen kende aan de verlofganger een financiële tegemoetkoming toe, mits aan de gestelde voorwaarden was voldaan. Een van deze voorwaarden was dat de verlofganger ten minste twaalf maanden voorafgaand aan het moment waarop hij verlof opneemt in dienst is van dezelfde werkgever. Met een verwijzing naar het recht op ouderschapsverlof gaf de regering ook hier aan dat er sprake moet zijn van een ‘zekere binding met de arbeidsorganisatie’ alvorens een werknemer in aanmerking komt voor loopbaanonderbrekingsfinanciering.⁵¹ Voor de vaststelling van de duur van twaalf maanden was artikel 7:668a lid 1 en 2 BW van overeenkomstige toepassing.⁵² Deze volstrekt onderbenutte en onbekende wet is met de invoering van de Wet arbeid en zorg vervallen.⁵³

2.14 Motiveringsgebrek

Het toepassingsbereik van de rechtsfiguur opvolgend werkgeverschap breidt zich gaandeweg steeds verder uit. Deze uitbreiding houdt gelijke tred met de toename van het aantal normen waarbij anciënniteit een van de rechtsfeiten is. De wet – met inbegrip van de parlementaire geschiedenis en de rechtspraak van in het bijzonder de Hoge Raad – geeft uiteenlopende criteria voor toepassing van opvolgend werkgeverschap. Die criteria zijn onduidelijk en de toelichting van de wetgever biedt weinig verdere inzichten. Zo is het criterium ‘dezelfde werkzaamheden’ een van de voornaamste vereisten, maar is onduidelijk waarom. Voor veel normen, zoals de proeftijdregeling, ketenregeling, transitievergoeding en Ragetlie-regel, merkte de regering op dat de werkzaamheden geen verandering mogen ondergaan. De wetgever geeft geen nadere motivering voor de toepassing van dit criterium. Bij het afspiegelingsbeginsel maakt de wetgever vervolgens een uitzondering op dit criterium, namelijk ingeval de werkgever deel uitmaakt van een groep en binnen deze groep via een cao een employabilitybeleid geldt op basis waarvan verwacht wordt dat een werknemer regelmatig van functie verandert. Waarom geldt die uitzondering op opvolgend werkgeverschap uitsluitend bij het afspiegelingsbeginsel? En waarom alleen bij een employabilitybeleid?

Ook het criterium ‘zodanige banden’ en het criterium ‘aanleiding bij een van de werkgevers’ geven weinig handvatten. Het criterium ‘zodanige banden’ geldt nu in ieder geval nog voor de proeftijdregeling. Het criterium ‘aanleiding bij een van de werkgevers’ geldt nu voor de ketenregeling, de Ragetlie-regel, het afspiegelingsbeginsel, de transitievergoeding, de loonrisicoverdeling en de berekening van de opzegtermijn. De Wet werk en zekerheid verving daarmee bij veel normen een vaag criterium (zodanige banden) voor een nog vager criterium (aanleiding bij een

51 Kamerstukken II 1996/97, 25477, 3, p. 13 (MvT).

52 Artikel 7:668a lid 1 en 2 BW werd van overeenkomstige toepassing verklaard via de Veegwet SZW 1998. Voorafgaande aan de invoering van die wet werd verwezen naar artikel 7:673 lid 1 (oud) BW.

53 Zie ook de brief van de staatsecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 15 oktober 1999, Kamerstukken II 1999/2000, 26447, 28. De Wet financiering loopbaanonderbreking verviel met de invoering van artikel XXIX lid 1 van de Invoeringswet arbeid en zorg.

van de werkgevers). In relatie tot de termijnen voor uitzendkrachten, de wachttijd en drempelperiode voor de verwerving van ouderdomspensioen en de Wet flexibel werken heeft de regering zich tijdens parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid überhaupt niet uitgelaten over de toepassing van opvolgend werkgeverschap. Voor die normen is onduidelijk welke criteria gelden.

Evenmin geeft de wetgever een goede motivering waarom bij sommige normen via een cao een uitzondering op de toepassing van opvolgend werkgeverschap mogelijk is. Artikel 7:668a lid 6 BW en artikel 7:691 lid 8 BW verlenen cao-partijen de bevoegdheid om van het begrip opvolgend werkgeverschap af te wijken, maar waarom geldt die bevoegdheid niet voor andere normen? In het verlengde daarvan ligt de meer fundamentele vraag: waarom kan überhaupt van het begrip – de definitie – opvolgend werkgeverschap ten nadele van de werknemer worden afgeweken? En waarom is opvolgend werkgeverschap bij de afwijking van de loonrisicoverdeling niet van toepassing verklaard op uitzendkrachten, en is bij de wachttijd en drempelperiode voor de verwerving van ouderdomspensioen opvolgend werkgeverschap juist weer alleen van toepassing op uitzendovereenkomsten? De wetsgeschiedenis geeft hierop geen (bevredigend) antwoord.

De wetsgeschiedenis bevat ook geen verklaring voor de keuze voor verschillende termijnen. Bij de Wet flexibel werken geldt nog de ‘oude’ onderbrekingsperiode van drie maanden, en voor het proeftijdbeding is onbekend hoe lang de tussenpoos moet zijn om de toepassing van opvolgend werkgeverschap uit te sluiten. Voor de ketenregeling (en indirect ook voor de berekening van de opzegtermijnen) telt de onderbrekingsperiode in tegenstelling tot alle andere normen mee voor de vaststelling van de anciënniteit.

Een beter inzicht in de werkelijke bedoeling achter opvolgend werkgeverschap – en dus de juiste toepassingscriteria – kan wellicht worden verkregen via de ratio’s achter anciënniteit. Opvolgend werkgeverschap strekt namelijk in nagenoeg alle gevallen tot behoud van anciënniteit. De motivering van de wetgever achter het gebruik van anciënniteit als berekeningsinstrument is echter eveneens summier. Tijdens de parlementaire behandeling is door de regering slechts sporadisch een toelichting gegeven. Zo is bij de loonrisicoverdeling volgens de regering een zekere anciënniteit onder sommige omstandigheden nodig voor de vaststelling van de arbeidsomvang. In relatie tot het proeftijdbeding acht de wetgever een zekere kennismakingsperiode gewenst voor de totstandkoming van een definitieve arbeidsovereenkomst. Bij de ketenregeling lijkt anciënniteit in elk geval deels bedoeld te zijn voor de berekening van de maximale ‘verlengde proeftijd’. Eveneens is anciënniteit bij de ketenregeling bedoeld als maximum ter voorkoming van misbruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Bij het afspiegelingsbeginsel is voornamelijk de bescherming tegen willekeur van belang. Voor werknemersrechten die een aanpassing vereisen van de organisatie van de werkgever neemt de wetgever tot uitgangspunt dat eerst een zekere binding met de werkgever (of onderneming) moet bestaan (thans: de Wet flexibel werken). Bij de berekening van de opzegtermijn lijkt de wetgever voornamelijk de toenemende morele verplichtingen bij langdurende arbeidsrelaties voorop te stel-

S. Palm

len. In relatie tot de transitievergoeding ontbreekt een toelichting op anciënniteit als berekeningsinstrument volledig. Voor de wachttijd en drempelperiode voor de verwerving van ouderdomspensioen brengt de regering anciënniteit in verband met het belang van pensioenuitvoerders om de administratieve kosten zo laag mogelijk te houden.

De onduidelijkheid over de interpretatie van opvolgend werkgeverschap en de relevante criteria lijkt (in elk geval voor een gedeelte) verband te houden met het feit dat de wetgever evenmin een goed inzicht biedt in de ratio's achter (het behoud van) anciënniteit. Een beter inzicht in de gedachte achter de toekenning van rechten aan de hand van anciënniteit kan van pas komen bij de beantwoording van de vraag wat opvolgend werkgeverschap beoogt te beschermen, en dus ook van de vraag welke criteria bij de toepassing van opvolgend werkgeverschap een rol moeten spelen. De volgende paragraaf verkent enkele van de mogelijke ratio's achter anciënniteit.

3 Verkenning van ratio's achter anciënniteit

3.1 *Welke ratio's?*

De mogelijke ratio's achter anciënniteit verschillen per norm. Deze verkenning beperkt zich tot de in paragraaf 2 behandelde normen. Die beperking betekent dat sommige ratio's mogelijk niet (volledig) worden behandeld. Zo blijft de rol van anciënniteit in cao's buiten beschouwing. Daarvoor is namelijk eerst een onderzoek naar de bedoeling van cao-partijen bij het gebruik van anciënniteit noodzakelijk. Bijvoorbeeld: is de met de dienstjaren stijgende beloning in cao's gekoppeld aan trouwe dienst of aan meer ervaring? En is die ervaring gebonden aan de functie van de werknemer of aan de kennis van de organisatie? Het antwoord op die vragen kan per cao verschillen. Dit artikel beperkt zich tot de wettelijke normen waarbij opvolgend werkgeverschap een rol speelt en zal dus niet ingaan op de bedoeling van de cao-partijen. Bovendien geldt bij cao-bepalingen meer contractsvrijheid, dus ook voor wat betreft de toepassing van opvolgend werkgeverschap.⁵⁴ Bij sommige normen wordt de periode waarin arbeid wordt verricht overigens niet gerelateerd aan de werkgever, maar aan de werkzame periode binnen een beroep, een bedrijfstak of de arbeidsmarkt. In die gevallen gaat het echter niet om de anciënniteit van een werknemer in relatie tot zijn werkgever. Toepassing van de rechtsfiguur opvolgend werkgeverschap, zoals in dit artikel omschreven, ligt dan ook niet voor de hand. Daarom is de toepassing van opvolgend werkgeverschap bij de wachttijd en drempelperiode voor de verwerving van ouderdomspensioen opmerkelijk. Bij de wachttijd en drempelperiode staan als gezegd de belangen van de pensioenuitvoerders centraal en niet die van de individuele werkgevers. Opvolgend werkgeverschap in relatie tot de wachttijd en drempelperiode blijft derhalve ook buiten beschouwing, omdat dit eerst een nader onderzoek ver-

54 Uit HvJ EU 8 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:133, C-251/11, JAR 2012/117 (Huet/Université de Bretagne) blijkt evenwel dat de contractsvrijheid qua arbeidsvoorwaarden onder de ketenregeling niet onbeperkt is; dit zou dus ook voor opvolgend werkgeverschap relevant kunnen zijn.

eist naar de pensioenrechtelijke relatie tussen werkgever, werknemer en pensioenuitvoerder. Evenmin wordt het streven naar een juiste balans tussen flexibiliteit en zekerheid in deze paragraaf beschouwd als een ratio achter anciënniteit. Vele normen, zoals de invoering van de ketenregeling en de termijnen voor uitzendkrachten, zijn weliswaar een gevolg van het streven naar een betere balans tussen flexibiliteit en zekerheid, maar verklaren niet de keuze voor anciënniteit als rechtsfeit. Voor de geselecteerde en geclusterde ratio's is gekeken naar de in paragraaf 2 genoemde normen, inclusief wetsgeschiedenis, en naar de literatuur. Met inachtneming van het voorgaande zijn de mogelijke ratio's achter anciënniteit in deze paragraaf als volgt onderverdeeld:

- 1 bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie;
- 2 ter vaststelling van een volwaardige – en bestendige – arbeidsrelatie met de werkgever;
- 3 compensatie voor trouwe dienst bij ontslag;
- 4 een eerlijkere risicoverdeling bij ontslag (bescherming van relatiespecifieke investeringen).

De vraag of deze ratio's zijn gebaseerd op een juiste hypothese, ligt buiten het bestek van dit artikel. Deze paragraaf bevat uitsluitend een nadere analyse van het verband tussen anciënniteit en deze ratio's. De invloed van deze ratio's op opvolgend werkgeverschap komt in paragraaf 4 aan de orde.

3.2 *Bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie*

De vaststelling van de anciënniteit – als objectief gegeven – kan werknemers beschermen tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie door de werkgever. Als een van de drie door een lidstaat te kiezen varianten tegen misbruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd noemt clause 5 van Richtlijn 1999/70/EG bijvoorbeeld dat een lidstaat een maximale duur van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd vaststelt. Diezelfde gedachte ligt ook (mede) ten grondslag aan de ketenregeling, die overigens tot stand kwam voordat Richtlijn 1999/70/EG in werking trad.⁵⁵ De maximering van het aantal opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd dient ook ter voorkoming van misbruik. Anciënniteit strekt eveneens bij het afspiegelingsbeginsel ter bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie. De vaststelling van de ontslagvolgorde aan de hand van objectieve gegevens – waaronder anciënniteit – voorkomt dat de werkgever bijvoorbeeld doelbewust de werknemer met het hoogste salaris of een ziekte of handicap zou kunnen selecteren voor ontslag.

De toepassing van anciënniteit als bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie is op haar beurt vrij arbitrair. De bevoordeling van werknemers met langdurige dienstverbanden – en dus meer anciënniteit – kan immers leiden tot ongelijke kansen voor nieuwkomers op de arbeidsmarkt, waaronder bepaalde groepen werknemers met een zwakke arbeidsmarktpositie. Daarnaast kan bij het afspiegelingsbeginsel ter voorkoming van willekeur, misbruik en

55 Richtlijn 1990/70/EG noemt overigens niet de rechtsfiguur van opvolgend werkgeverschap als preventie tegen misbruik.

S. Palm

ongeoorloofde discriminatie met evenveel recht tot uitgangspunt worden genomen dat juist de werknemers met het langste dienstverband binnen een categorie uitwisselbare functies moeten worden geselecteerd voor ontslag. Het kortste dienstverband is even 'objectief' vast te stellen. Tot slot geeft anciënniteit als meetinstrument (in die gevallen waarin anciënniteit is bedoeld ter voorkoming van misbruik van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd) nog geen rechtvaardiging of verklaring voor de toekenning van meer bescherming bij langdurige arbeidsrelaties.

Overigens wordt anciënniteit ook in verband gebracht met de bescherming van oudere werknemers, zoals in het arrest Cemsto/El Azzouti. Voor zover oudere werknemers bijvoorbeeld vanwege een zwakkere arbeidsmarktpositie meer recht op bescherming moeten hebben, dan is de koppeling met de duur van de arbeidsovereenkomst niet alleen overbodig, maar ook onjuist. Een oudere werknemer kan een kort dienstverband hebben, terwijl een relatief jonge werknemer mogelijk al voor een langere duur bij dezelfde werkgever werkt. Bovendien blijkt uit de gelijkebehandelingswetgeving dat leeftijdsafhankelijke werknemersbescherming als ongewenst wordt beschouwd.⁵⁶

3.3 *Ter vaststelling van een volwaardige – en bestendige – arbeidsrelatie*

Het feit dat veel arbeidsrechtelijke normen pas bescherming verlenen nadat een arbeidsrelatie een zekere periode heeft geduurd, lijkt tot uitdrukking te brengen dat de wetgever aanbod en aanvaarding voor de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst met alle bijbehorende rechten onvoldoende acht. De wetgever gebruikt anciënniteit als meetinstrument voor de beoordeling of een 'volwaardige' en 'bestendige' arbeidsrelatie tot stand is gekomen. Zo refereerde de regering tijdens de parlementaire behandeling van de invoering van het proeftijdbeding aan de gedachte dat pas na een gewenningsperiode een volwaardige arbeidsrelatie tot stand komt. Na die gewenningsperiode heeft een werknemer pas recht op ontslagbescherming. Bij de ketenregeling lijkt anciënniteit in elk geval deels bedoeld voor de beoordeling of tussen partijen een volwaardige arbeidsrelatie bestaat, namelijk voor die gevallen waarin een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (tevens) is bedoeld als een verlengde proeftijd. Voor een beroep op het recht op aanpassing van de arbeidsduur, arbeidsplaats en werktijden moet volgens de regering eveneens een bestendige arbeidsrelatie bestaan. Tot voor kort gold deze gedachte ook voor het recht op ouderschapsverlof en het recht op financiering tijdens de loopbaanonderbreking. Daarnaast lijkt dit ook een rol te spelen bij de loonrisicoverdeling. Pas als na een periode van zes maanden met zekerheid is vast te stellen dat de arbeid van structurele aard is en de arbeidsomvang een vast karakter heeft gekregen, mag een werkgever niet meer contractueel afwijken van de loonrisicoverdeling. Overigens, ook uit het wettelijke rechtsvermoeden over de aard van de arbeidsrelatie als bedoeld in artikel 7:610a BW blijkt dat de wetgever bij een arbeidsovereenkomst uitgaat van een duurzaam karakter.

56 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid. Zie hierover onder andere: I.P. Asscher-Vonk & A.C. Hendriks (red.), *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 340-343.

Iemand die gedurende een periode van drie opeenvolgende maanden wekelijks dan wel gedurende ten minste 20 uur per maand arbeid verricht voor een ander, wordt vermoed deze arbeid op grond van een arbeidsovereenkomst te verrichten.

De wetgever verbindt aan een duurzame arbeidsrelatie meer rechtsbescherming voor de werknemer. Een werknemer die net in dienst is getreden, moet zijn plek binnen de arbeidsorganisatie door zijn inzet gedurende een zekere periode 'verdiene'. Anciënniteit zou aldus kunnen worden gezien als een uitwerking van het institutionele beginsel. Het arbeidsrecht moet de werknemer als economisch zwakkere partij tegen de werkgever beschermen (ongelijkheidscompensatie). Het institutionele beginsel corrigeert op zijn beurt deze ongelijkheidscompensatie. Omdat de werknemer deel uitmaakt van een arbeidsorganisatie, behoren wijzigingen in die organisatie door te werken in de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst wordt beschouwd als een 'entreebiljet' tot de arbeidsorganisatie.⁵⁷ Terwijl een wijziging van de arbeidsorganisatie op grond van het institutionele beginsel een rechtvaardiging kan zijn voor een aanpassing van de arbeidsovereenkomst, zou hetzelfde beginsel ook bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst een rol kunnen spelen. Het institutionele beginsel is derhalve niet alleen van invloed op de vraag of een arbeidsovereenkomst mag worden gewijzigd, maar beïnvloedt eveneens de wijze waarop een arbeidsovereenkomst met alle bijbehorende wettelijke rechten tot stand komt. Voor die totstandkoming moet een werknemer daadwerkelijk zijn toegetreten tot – deel zijn gaan uitmaken van – de arbeidsorganisatie. Die volwaardige toetreding vereist dat hij een zekere periode werkzaam is voor die organisatie. Anciënniteit kan dan als berekeningsinstrument worden gebruikt.

Uit de rechtspraak blijkt dat een duurzaam karakter zelfs kan leiden tot een verplichting van een werkgever tot aanbidding van een arbeidsovereenkomst. Zo oordeelde de Kantonrechter Groningen in 2007 in kort geding dat na zeventien jaar als reisleidster op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voor dezelfde werkgever werkzaam te zijn geweest, de arbeidsrelatie een duurzaam karakter heeft gekregen. Die werkgever had daarom in beginsel de verplichting een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te bieden.⁵⁸ Ook de Kantonrechter

57 A.R. Houweling, *Eigenaardig arbeidsrecht. De grondslagen van een modern arbeidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 13-21. Een voorbeeld van het institutionele beginsel is volgens Houweling de doorwerking van collectieve afspraken met werknemersverenigingen en ondernemingsraden in de individuele arbeidsovereenkomst. Zie ook: A.R. Houweling & C.J. Loonstra, *Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?*, TAP 2011/5, p. 172-181; A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in een vermogensrechtelijk perspectief* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2008, p. 191-200; W.A. Zondag, *Institutioneel arbeidsrecht?*, RM Themis 2002/1, p. 3-16.

58 Ktr. Groningen (vzr.) 14 maart 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BA1435, JAR 2007/102. In diezelfde zaak oordeelde het Hof Leeuwarden 18 december 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY7478, JAR 2013/52, in de bodemprocedure dat de werkgever de verplichting had een arbeidsovereenkomst aan te bieden, omdat: (1) de arbeidsrelatie al zeventien jaar had geduurd, (2) de werknemer voor haar inkomen afhankelijk was geworden van deze werkgever, (3) gesteld noch gebleken was dat er geen werk voorhanden was, en (4) de werknemer niet gewaarschuwd was dat de samenwerking zou eindigen.

S. Palm

Den Haag achtte de werkgever verplicht een arbeidsovereenkomst aan te bieden vanwege het door tijdsverloop verkregen duurzame karakter van de arbeidsrelatie en vanwege het feit dat het inkomen en de uitgaven van de werknemer daardoor op deze seizoensarbeid waren afgestemd.⁵⁹ Deze uitspraken nemen tot uitgangspunt dat in het daaropvolgende seizoen bij vacante posities allereerst de werknemers van het jaar daarvoor een positie moet worden aangeboden.⁶⁰ Bij deze verplichting tot aanbidding van een arbeidsovereenkomst wordt het duurzame karakter niet alleen gebruikt voor de beoordeling van de *totstandkoming* van een volwaardige arbeidsrelatie. De verplichting tot aanbidding van een nieuwe arbeidsovereenkomst heeft evenzeer betrekking op de vraag of een werkgever een arbeidsrelatie met een permanent karakter *de facto* mag beëindigen door niet opnieuw een arbeidsovereenkomst aan te bieden.

3.4 Een compensatie voor trouwe dienst en een eerlijkere risicoverdeling bij ontslag

In de derde plaats kan anciënniteit in verband worden gebracht met 'trouwe dienst', zoals bij de berekening van de opzegtermijn en de ontslagvergoeding en wellicht ook bij de vaststelling van de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomische redenen. Als een van de grondslagen voor het recht op een ontslagvergoeding noemt Loonstra dat 'trouwe dienst moet worden beloond'. Het is, zo vervolgt Loonstra, een 'algemeen menselijk gegeven' dat naarmate de tijd voortschrijdt, de onderlinge afhankelijkheid in relaties toeneemt. Met die toename mogen ook de wederzijdse verwachtingen toenemen.⁶¹

Sommige auteurs maken de vergelijking met een huwelijk.⁶² Net als dat bij een echtscheiding een verdeling van het gezamenlijk vermogen ('the couple's property') moet worden gemaakt, is bijvoorbeeld volgens Howe verdedigbaar dat het juridisch oordeel bij het einde van de arbeidsovereenkomst is gericht op:

- 59 Ktr. Den Haag (vzr.) 15 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4514, JAR 2015/119. Andere vergelijkbare uitspraken: Ktr. Heerenveen (vzr.) 20 november 1996, ECLI:NL:KTGHRV:1996:AG1534, JAR 1997/17; Ktr. Amsterdam (vzr.) 26 maart 1998, ECLI:NL:KTGAMS:1998:AG2128, JAR 1998/155. In plaats van een verplichting tot aanbidding van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd nam Ktr. Utrecht (vzr.) 12 december 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BG9194, JAR 2009/31, misbruik van recht aan in een casus waarin een docente achttien jaar lang op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd werkte. De rechter oordeelde dat inmiddels een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen. Ter volledigheid: uit HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2504, JAR 2007/215 (Simpson/Greenpeace) blijkt dat gebruikmaking van de onderbrekingsperiode uit de ketenregeling als zodanig niet leidt tot misbruik van artikel 7:668a BW. Hof Arnhem 28 juni 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR2729, JAR 2011/224, nam in een zaak waarin sprake was van jarenlange seizoensarbeid geen verplichting aan om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te bieden.
- 60 Uit Ktr. Roermond (vzr.) 14 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8853, JIN 2014/3, blijkt dat dit permanente karakter ook bij een opvolgende arbeidsovereenkomst met een andere werkgever van invloed kan zijn.
- 61 C.J. Loonstra, De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen, *ArbeidsRecht* 2001/43.
- 62 De vergelijking met een echtscheiding wordt overigens ook gebruikt voor de onderbouwing dat overheidsbemoeienis met een ontslagprocedure ongewenst is (bijvoorbeeld: Grace Collier, *Time to Embrace No-Fault Dismissal*, *IPA Review* 2011, januari, p. 39-41).

‘the nature of parties’ respective contribution to the employment relationship and how, in the context of this, the job property rights of the employer and employee should be divided.’⁶³

Met ‘job property rights’ heeft Howe geen zuiver eigendomsrecht op een baan voor ogen, evenmin een recht op arbeid.⁶⁴ *Job property*, zoals door Howe aangehaald, slaat terug op een eerder artikel van Njoya. Het artikel van Njoya gaat over ‘employee ownership’. Njoya beschouwt ‘ownership as an analytical tool in analyzing different claims in the firm’. De beslissende vraag is volgens Njoya niet ‘who is the owner’, maar welke rechten verschillende partijen in ‘the resource’ hebben, in dit geval de onderneming. Anders gezegd, meerdere partijen hebben aanspraken die voortvloeien uit hun respectievelijke bijdragen in de onderneming. Maar welke bijdragen van werknemers moeten dan in aanvulling op het reeds betaalde loon worden vergoed? En wat is de relatie tot anciënniteit? Moet een werkgever een werknemer bij het einde van de arbeidsovereenkomst financieel compenseren voor niet terugverdiende investeringen of goodwill?⁶⁵ Volgens Van Zanten-Baris ligt een compensatie voor niet terugverdiende investeringen niet voor de hand, omdat de werknemer voor zijn investeringen (de verrichte arbeid) al loon ontving. Ook goodwill behoort volgens haar niet te worden gecompenseerd, omdat het loon van de werknemer in beginsel ook niet is gerelateerd aan het bedrijfsre-

- 63 J. Howe, Poles apart? The Contestation between the Ideas of No Fault Dismissal and Unfair Dismissal for Protecting Job Security, *Industrial Law Journal* 2013, 2, p. 122-150, in het bijzonder p. 139-148.
- 64 Het recht op arbeid wordt door velen beschouwd als een van de voornaamste sociale grondrechten (zie bijvoorbeeld: N. Zekić, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2014, p. 52-62). Het recht op arbeid is verankerd in onder meer artikel 23 van de Universele verklaring van de rechten van de mens, artikel 6 van het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, artikel 1 van het Europees Sociaal Handvest (herzien) en artikel 19 van de Grondwet. Heerma van Voss ziet in het recht op arbeid ook een norm tot rechtstreekse bescherming van de werknemer. Een ontslag is aldus een beperking van de uitoefening van dit grondrecht, waarvoor zwaarwegende omstandigheden moeten zijn. Het recht op arbeid kan ook worden beschouwd als een sociaal grondrecht en niet als een norm die zich rechtstreeks tot werkgever en werknemer richt. Het recht op arbeid is een verplichting voor de (inter)nationale rechtsgemeenschap om voor een goed arbeidsrechtelijk kader te zorgen ter bescherming van de werknemer. Zie bijvoorbeeld J.J.M. van der Ven, *The Right to Work as a Human Right*, *Howard Law Journal* 1965, 2, p. 409: ‘It indeed obliges the government to promote a social and economic policy which has to lead to full employment with fair wages and other working conditions. (...) Recognizing the right but failing to realize it in its social and economic politics the government does not live up to its obligations, obligations with positive force of justice even though the right is not legally enforceable.’
- 65 Niet terugverdiende investeringen en goodwill houden ook verband met een van de andere door Loonstra genoemde rechtsgronden voor ontslag, namelijk: het bedrijfsresultaat komt ook aan de werknemer toe. Zie hierover ook: F.B.J. Grapperhaus, *De positie van de bestuurder van de Nederlandse beursvennootschap*, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 416-423. De derde door Loonstra genoemde rechtsgrond zijn de postcontractuele zorgplichten, maar die worden in dit artikel niet afzonderlijk behandeld. Zie over deze postcontractuele zorgplichten ook: J.P.H. Zwemmer, *De ontslagvergoeding en de corrigerende werking van arbeidsmarktperspectieven*, *ArbeidsRecht* 2007/47, en A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2009, p. 138-142.

S. Palm

sultaat. De werknemer ontvangt zijn loon in zowel goede als slechte tijden. Alleen in gevallen waarin het bedrijfsresultaat wel meeweegt in de hoogte van het loon zou een compensatie geboden kunnen zijn.⁶⁶ Auteurs als Barendrecht en Njoya gaan uit van een compensatie voor 'firm-specific human capital'. De werknemer doet gedurende zijn arbeidsovereenkomst relatiespecifieke investeringen die buiten de arbeidsovereenkomst met de huidige werkgever niets waard zijn.⁶⁷ Barendrecht merkte hierover op:

'De werkgever kan dus zolang dat voor hem doelmatig is de capaciteiten van de werknemer volledig benutten, maar de risico's, verbonden aan een ontwikkeling van de werknemer in een bepaalde richting of aan het feit dat de werknemer enigszins uitgeblust raakt, door een ontslag bij de werknemer terecht laten komen. Betaling van een vergoeding maakt het mogelijk dat deze risico's over beide partijen worden gespreid.'

En:

'Een koppeling aan het aantal dienstjaren heeft daarbij als voordeel dat er een zekere evenredigheid is tussen de vergoeding en de mate waarin de werknemer zich juist in het belang van de werkgever in een bepaalde richting heeft ontwikkeld en de mate waarin hij overigens arbeidskracht in de onderneming heeft geïnvesteerd.'⁶⁸

In zijn zienswijze wordt niet zozeer trouwe dienst beloond of gecompenseerd bij ontslag, maar wordt met behulp van anciënniteit als berekeningsinstrument een eerlijkere risicoverdeling tussen werkgever en werknemer bij ontslag bewerkstelligd (in dit artikel aangeduid als de vierde ratio achter anciënniteit). De vergoeding is bedoeld voor investeringen die niet contractueel (kunnen) worden beschermd. De literatuur geeft daarvoor verscheidene verklaringen.⁶⁹ Zo is er voor de werknemer geen prikkel om bij aanvang van zijn arbeidsovereenkomst toe te zeggen dat hij in dienst blijft indien de onderneming in hem zal blijven investeren. Tegelijkertijd heeft de werkgever geen prikkel om een compensatie overeen te komen voor werknemers die investeren in *firm-specific skills*. En nadat een werknemer eenmaal heeft geïnvesteerd in *firm-specific skills*, is er voor een werkgever geen noodzaak voor de toekenning van een beloning voor deze investe-

66 Van Zanten-Baris 2009, p. 126-132.

67 J.M. Barendrecht, Civielrechtelijke ontslagbescherming?, TVVS 1994/14; J.M. Barendrecht, Een verwijzende kantonrechtformule: de beste basis voor ontslagbescherming, *ArbeidsRecht* 2004/38; W. Njoya, Employee Ownership and Efficiency: An Evolutionary Perspective, *Industrial Law Journal* 2004, 3, p. 211-241; D. Scheele, J.J.M. Theeuwes & G.J.M. de Vries (red.), *Arbeidsflexibiliteit en ontslagrecht*, Den Haag/Amsterdam: WRR/Amsterdam University Press 2007, p. 239-254, online raadpleegbaar via: www.wvr.nl.

68 Barendrecht 1994.

69 Njoya 2004, p. 211-241, in het bijzonder p. 219-230; M.M. Blair, Firm-Specific Human Capital and Theories of the Firm, in: M.M. Blair & M.J. Roe (red.), *Employee and Corporate Governance*, Washington DC: Brookings Institution Press 1999, p. 58-90.

ring. De werkgever weet dat deze investering buiten het dienstverband met de werkgever geen waarde heeft en niet elders kan worden benut. De risico's die verbonden zijn aan relatiespecifieke investeringen kunnen derhalve niet via een contract eerlijk tussen partijen worden verdeeld. Een wettelijke regeling is daartoe vereist. De idee van een eerlijkere risicospreiding is in het arbeidsrecht trouwens geen onbekend verschijnsel. De werkgever is bijvoorbeeld aansprakelijk voor een arbeidsongeval of door de werknemer aangerichte schade in de uitvoering van zijn werkzaamheden; schuld van de werknemer is irrelevant, tenzij er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Een werknemer hoeft in de onderlinge verhouding tussen werknemer en werkgever niet bij te dragen in de compensatie van schade, althans de schade niet deels zelf te dragen. Het risico dat een werknemer in de uitvoering van zijn werkzaamheden schade toebrengt aan een ander of zichzelf staat niet in verhouding tot het ontvangen loon.⁷⁰

4 De ratio's achter anciënniteit als gezichtspunten voor opvolgend werkgeverschap

4.1 Deelvragen

Wanneer is een werkgever te beschouwen als een opvolgende werkgever ten aanzien van de anciënniteit? Paragraaf 4.2 behandelt deze vraag aan de hand van een aantal voorbeelden, waarbij telkens de ratio's achter anciënniteit als gezichtspunten dienen. Indien enkele of alle ratio's achter anciënniteit pleiten voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap, is vervolgens de vraag of er toch nog goede argumenten te bedenken zijn om in een concreet geval geen opvolgend werkgeverschap te aanvaarden. In paragraaf 4.3 komt deze kwestie aan de orde in relatie tot faillissementssituaties. Met dit voorbeeld blijkt dat de ratio's weliswaar als gezichtspunten kunnen dienen bij opvolgend werkgeverschap, maar zeker niet allesbeslissend kunnen of moeten zijn. Uitzonderingen op opvolgend werkgeverschap zijn soms nodig. Als via de ratio's achter anciënniteit is vastgesteld dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap – en er geen uitzonderingsgronden zijn –, is de vervolgvraag in welke mate de anciënniteit bij de vorige werkgever behoort mee te tellen. Paragraaf 4.4 bespreekt die vraag aan de hand van een voorbeeld van een uitzendkracht die voor verschillende ondernemingen heeft gewerkt. Paragraaf 4.5 gaat vervolgens in op de vraag of het voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap relevant zou moeten zijn of de werkzaamheden van de werknemer wezenlijk hetzelfde blijven, zowel voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap als zodanig als voor de mate waarin de anciënniteit bij de vorige werkgever meetelt. Aan het slot behandelt paragraaf 4.6 de vraag of opvolgend werkgeverschap uniform dan wel pluriform moet worden uitgelegd.

Sommige vragen en situaties komen niet of slechts zijdelings aan de orde, zoals opvolgend werkgeverschap binnen concernverhoudingen. De bespreking daarvan

70 Zie bijvoorbeeld: HR 26 juni 1959, ECLI:NL:HR:1959:AG2039, NJ 1959/551 (De Bont/Zuid-Ooster), en B. Schouten, De systematiek van bewuste roekeloosheid als schuld criterium bij arbeidsrechtelijke aansprakelijkheidskwesties, ArA 2014/3, p. 48 en 60.

S. Palm

vereist eerst een nadere duiding van de begrippen concern, onderneming en organisatie. Dat gaat het bestek van dit artikel te buiten, ook omdat de behandeling van de navolgende vragen een ander doel heeft. Het doel is aan te tonen dat de ratio's achter anciënniteit als gezichtspunten kunnen worden gebruikt voor de totstandkoming van een beter gemotiveerd oordeel of in een specifieke situatie sprake is van opvolgend werkgeverschap. Daarnaast is het doel om inzichtelijk te maken dat de door de regering gebezigde criteria, zoals 'dezelfde werkzaamheden' en 'zodanige banden' of 'een aanleiding bij een van de werkgevers', geen richting bieden en zelfs tot resultaten kunnen leiden die in strijd zijn met de bedoelingen achter het behoud van anciënniteit.

4.2 Wanneer is een werkgever een opvolger ten aanzien van de anciënniteit?

Indien een werknemer voor zijn indiensttreding al werkzaam is geweest voor de onderneming van diezelfde werkgever (bijvoorbeeld als uitzendkracht), dwingen alle ratio's achter anciënniteit tot de toepassing van opvolgend werkgeverschap. In de eerste plaats: als opvolgend werkgeverschap niet wordt aangenomen, zou dat snel tot misbruiksituaties kunnen leiden via bijvoorbeeld draaieurconstructies. Opvolgend werkgeverschap voorkomt dan willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie. In de tweede plaats: de werknemer was voor zijn indiensttreding al werkzaam voor dezelfde onderneming. Indien anciënniteit wordt gebruikt ter vaststelling van een volwaardige arbeidsrelatie, telt die voorliggende periode ook mee. In de derde plaats: de werknemer werkte weliswaar eerst via een andere formele werkgever, maar hij blijft loyaal aan de onderneming van de werkgever. Vanuit de ratio dat trouwe dienst moet worden gecompenseerd, tellen alle voorgaande jaren bij diezelfde onderneming mee. In de vierde plaats: de werknemer investeerde al voor zijn indiensttreding in *firm-specific skills* ten behoeve van de onderneming van de werkgever. Vanuit het oogpunt van het streven naar een eerlijkere risicoverdeling en bescherming van relatiespecifieke investeringen wegen alle dienstjaren voor dezelfde onderneming mee. De werkgever profiteert immers als voormalige inlener van deze relatiespecifieke investeringen, terwijl de werknemer daarvoor geen beloning heeft ontvangen. Zou het antwoord anders zijn als de overstap volledig op initiatief van de werknemer zou hebben plaatsgevonden? Weliswaar zou dan niet snel sprake zijn van een misbruiksituatie, maar de andere drie ratio's ('volwaardige arbeidsrelatie', 'trouwe dienst' en 'een eerlijkere risicoverdeling; bescherming van relatiespecifieke investeringen') dwingen dan nog steeds tot opvolgend werkgeverschap.

Verandert de situatie indien de werknemer na een uitzendperiode niet in dienst treedt bij de inlener, maar als gevolg van een aanbesteding of contractswissel overstapt naar een andere uitzendwerkgever maar zijn werkzaamheden voor dezelfde inlener continueert? Inleners verlenen regelmatig de inhuur van uitzendkrachten na een aanbestedingsprocedure aan een andere uitzendwerkgever. Indien de opbouw van anciënniteit niet via opvolgend werkgeverschap zou worden beschermd, heeft de uitzendkracht – met een relatief zwakke arbeidsmarktpositie – wel erg weinig bescherming. De regering noemde een contractswissel (en concessie) tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid

uitdrukkelijk als een schoolvoorbeeld van opvolgend werkgeverschap.⁷¹ Wordt de toepassing opvolgend werkgeverschap in dergelijke situaties ook gesteund vanuit de ratio's achter anciënniteit? De bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie lijkt op het eerste gezicht niet voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap te pleiten. Van evidente misbruiksituaties door een van beide uitzendwerkgevers zal niet snel sprake zijn, tenzij de uitzendwerkgevers tot hetzelfde concern behoren. Voor zover de kans op misbruik, willekeur of ongeoorloofde discriminatie toeneemt, zal dat veeleer het gevolg zijn van de vrijheid van de opvolgende werkgever om vrijelijk te selecteren uit de werknemers die bij de verliezer van een contractswissel of aanbesteding boventallig zijn geworden. In tegenstelling tot een gedwongen contractsovergang via bijvoorbeeld een overgang van onderneming biedt opvolgend werkgeverschap daartoe geen bescherming.⁷² Voor de normen waarbij anciënniteit strekt tot vaststelling van een volwaardige arbeidsovereenkomst geldt dat in verhouding tot de nieuwe uitzendwerkgever geen bestendige arbeidsrelatie bestaat, maar tussen de inlener en de uitzendkracht mogelijk wel. De vraag is echter of een bestendige relatie tussen de uitzendkracht en de inlener van invloed behoort te zijn op de *totstandkoming* van een volwaardige arbeidsovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en de uitzendkracht. Aan de ene kant kan worden betoogd dat met de formele werkgever geen bestendige relatie bestaat en de anciënniteit niet meetelt. Aan de andere kant bestaat met de onderneming, waar de werknemer feitelijk werkzaam is, mogelijk wel een volwaardige arbeidsrelatie. Ook is van belang dat de nieuwe uitzendwerkgever ten opzichte van deze terbeschikkingstelling geen allocatiefunctie heeft vervuld; vraag en aanbod waren al bij elkaar gebracht.⁷³ Men zou zelfs

71 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 8, p. 14-15 (nota van wijziging).

72 De vraag naar bescherming via een gedwongen contractsovergang speelt bij een contractswissel of aanbesteding daarom een pregnante rol. Zonder een gedwongen contractsovergang (of een verplichting voor de opvolgende werkgever om een aanbod tot indiensttreding te doen) is de opvolgende werkgever geheel vrij in zijn keuze om een arbeidsovereenkomst aan te bieden aan een werknemer die bij zijn vorige werkgever als gevolg van die contractswissel of aanbesteding boventallig is geworden. Dit gebrek aan bescherming betreft niet zozeer anciënniteitsbehoud, maar voornamelijk de bescherming van verworven rechten uit een arbeidsovereenkomst. Een overgang van onderneming vult slechts voor een gedeelte deze leemte op; bij een contractswissel of aanbesteding is namelijk niet altijd sprake van een overgang van onderneming. Tegelijkertijd kan een verplichte personeelsovername van in het bijzonder indirect personeel bij een contractswissel of aanbesteding juist de belangen van zowel werknemers als werkgevers veronachtzamen. Zie over deze knelpunten in relatie tot gedwongen contractsovergang bij contractswissels en aanbestedingen onder meer: E. Wits, *Arbeidsrecht vs marktwerking 0:1? De rechtspositie van thuiszorgmedewerkers bij aanbesteding*, TRA 2014/14; R.M. Beltzer, *Dertig jaar overgang van onderneming – een lijst van wensen*, SMA 2007, p. 59 e.v. Zie specifiek in relatie tot concessiewissels in het personenvervoer: J.F. van Nouhuys, *Zes jaar Wet personenvervoer 2000: voldoende stof tot nadenken!*, SEW. Tijdschrift voor Europees en economisch recht 2007/49; Rapport Twijnstra & Gudde 2005, *Evaluatie Wp2000*, Eindrapport functionele en doelmatigheidstoets, in het bijzonder p. 35, 42 en 65, en Rapport RebelGroup Advisory 2005, *Juridisch-technische toetsing van de Wet personenvervoer 2000*, in het bijzonder p. 14 en 20 (bijlagen bij Kamerstukken II 2005/06, 30421, 1).

73 Zie over de relatie tussen de allocatiefunctie en de uitzendovereenkomst onder meer: J.P.H. Zwemmer, *Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is*, TRA 2009/12; Zwemmer 2012, paragraaf 4.5.2.

S. Palm

omgekeerd kunnen redeneren: het is de inlener die via de contractswissel vraag en aanbod, namelijk de uitzendwerkgever en de werknemer, bijeen heeft gebracht. Het gegeven dat de werknemer zijn arbeidsrelatie met dezelfde onderneming voortzet en het feit dat de allocatiefunctie bij de uitzendwerkgever ontbreekt, leveren sterke argumenten op voor de conclusie dat sprake is van de voortzetting van een (inmiddels bestendige en volwaardige) arbeidsrelatie. Met betrekking tot de ratio dat trouwe dienst moet worden gecompenseerd, kan op dezelfde manier worden geredeneerd. De uitzendwerknemer zet trouw zijn werkzaamheden voort en accepteert zonder bezwaar de overstap. In relatie tot het streven naar een eerlijkere risicoverdeling en de bescherming van de relatiespecifieke investeringen is van belang dat de nieuwe uitzendwerkgever profiteert van de reeds gedane relatiespecifieke investeringen van de uitzendkracht in de onderneming waar hij tewerkgesteld is. Door die *firm-specific skills* kan de nieuwe uitzendwerkgever direct een werknemer ter beschikking stellen zonder allocatiekosten te maken. Tegelijkertijd is de uitzendkracht bij de overstap niet voor zijn relatiespecifieke investeringen gecompenseerd. Deze investeringen zijn immers niet verdisconteerd in het salaris bij de huidige of vorige uitzendwerkgever, en bij de beëindiging van de uitzendovereenkomst met de vorige werkgever kan de uitzendkracht geen aanspraak op een transitievergoeding maken, zelfs niet als de *werkgever* de voorliggende uitzendovereenkomst heeft *opgezegd*. Ondanks dat de wettekst uitdrukkelijk stipuleert dat een werknemer aanspraak heeft op een transitievergoeding indien de arbeidsovereenkomst ten minste twee jaar heeft geduurd en de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt, blijkt uit de wetgeschiedenis dat voor aanbestedingen en contractswissels een uitzondering geldt ingeval de werknemer bij de winnaar van de aanbesteding respectievelijk de nieuwe opdrachtgever zijn werkzaamheden voortzet.⁷⁴

Zouden de ratio's achter anciënniteit tot een ander antwoord leiden indien een uitzendkracht op eigen initiatief overstapt naar een andere uitzendwerkgever, maar zijn werkzaamheden continueert voor dezelfde inlener? Een aanleiding voor een overstap zou bijvoorbeeld een hoger salaris kunnen zijn of ontevredenheid over de huidige uitzendwerkgever. Op basis van de uitleg van de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid zou kunnen worden geconcludeerd dat deze uitzendkracht geen beroep kan doen op opvolgend werkgeverschap. De werknemer stapt geheel op eigen initiatief over; de aanleiding ligt dus bij de werknemer. Is deze conclusie ook verdedigbaar vanuit de ratio's achter anciënniteit? Een overstap op initiatief van een werknemer noodzaakt niet tot aanvullende bescherming tegen willekeur, misbruik of ongeoorloofde discriminatie. Het risico op misbruik doet zich niet snel voor. Voor zover anciënniteit strekt tot vaststelling van een volwaardige arbeidsrelatie en tot compensatie van trouwe dienst ligt het antwoord, net als hiervoor, genuanceerd. In relatie tot de inlener is er wel degelijk sprake van een volwaardige arbeidsrelatie en een zekere mate van trouwe dienst, ten opzichte van de uitzendwerkgever niet. Voor wat betreft het

74 Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 14-15 (MvA); Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 73 (NV); Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015, p. 210-212; Palm 2015, paragraaf 4.2.

streven naar een eerlijkere risicoverdeling, de bescherming van relatiespecifieke investeringen, kan men twee kanten op. Aan de ene kant kan worden betoogd dat de werknemer nu wel profiteert van de overstap doordat hij bijvoorbeeld een hoger salaris ontvangt. Zo beschouwd, heeft de werknemer door middel van een hoger loon wel degelijk een vergoeding ontvangen voor relatiespecifieke investeringen. De opbouw van anciënniteit begint opnieuw. Een aanvullend argument is dat een eerlijkere risicoverdeling bij een 'normale' wisseling van baan op initiatief van de werknemer in beginsel ook niet leidt tot een ontslagvergoeding, en de nieuwe werkgever niet wordt geconfronteerd met de anciënniteit bij de vorige werkgever. Deze redenering gaat niet op indien, zoals in de literatuur door sommige schrijvers tot uitgangspunt wordt genomen, het risico op het verlies van relatiespecifieke investeringen van een werknemer niet contractueel kan worden beschermd. Mogelijk betaalt de nieuwe uitzendwerkgever een beter salaris, maar dat hogere salaris strekt niet tot vergoeding of compensatie van eerdere relatiespecifieke investeringen. Indien dat uitgangspunt juist is, profiteert de nieuwe uitzendwerkgever van de relatiespecifieke investeringen zonder dat de werknemer daar op enige manier voor is gecompenseerd.

De hiervoor genoemde voorbeelden bespraken een contractswissel en aanbesteding in relatie tot uitzending. Contractswissels en aanbesteding komen echter veelvuldig voor in situaties waarin geen sprake is van een uitzendovereenkomst. Er is dan geen inlener onder wiens toezicht en leiding de werknemer werkzaam is; de opdrachtgever heeft het werk 'volledig uitbesteed'.⁷⁵ Ten opzichte van de nieuwe werkgever bestaat na de contractswissel of aanbesteding nog geen volwaardige arbeidsrelatie, tenzij de oude en de nieuwe werkgever nauw aan elkaar verbonden groepsmaatschappijen zijn of ingeval de nieuwe werkgever de volledige onderneming van de vorige werkgever overneemt. Evident misbruik door de winnaar of verliezer van een concessie zal zich evenmin snel voordoen. Voor er zover sprake is van een misbruiksituatie, zal dat – zoals hiervoor aangegeven – het gevolg zijn van de mogelijkheid van de opvolgende werkgever om vrijelijk te selecteren uit de boventallige werknemers. Opvolgend werkgeverschap beschermt een werknemer daar niet tegen. Als gevolg daarvan wordt in sommige gevallen de contractuele positie van een werknemer aanzienlijk uitgehold, maar een gedwongen contractsovergang of een verplichting voor de nieuwe werkgever om een arbeidsovereenkomst aan te bieden ligt als bescherming meer voor de hand. Van trouwe dienst is evenmin sprake. Met betrekking tot relatiespecifieke investeringen ligt dat – in sommige gevallen – wellicht anders. Indien kan worden aangetoond dat de werknemer heeft geïnvesteerd in bepaalde *firm-specific skills* die buiten deze specifieke aanbesteding geen waarde hebben, dan is verdedigbaar dat de winnaar van de concessie ook van deze specifieke investeringen profiteert, terwijl de werknemer daarvoor niet is of wordt beloond. Zijn deze relatiespecifieke inves-

75 Zie over de vraag of sprake is van een echte uitbesteding of verkapte uitzending: J.P.H. Zwemmer, Contracting en arbeidsrecht: over schijnconstructies, juridisch houdbare varianten en de gevolgen van de WAS en de WWZ, TAP 2015/118; J.P.H. Zwemmer, Contracting: over afbakeningsproblemen met uitzending, schijnconstructies en juridisch houdbare varianten, AR-Updates 2014/1017.

S. Palm

teringen niet verbonden aan deze specifieke aanbesteding maar aan de voormalige werkgever, dan bestaat er ook geen rechtvaardiging voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap vanuit de ratio van een eerlijkere risicoverdeling.

4.3 *Behoort een faillissement opvolgend werkgeverschap te verbreken?*

Op basis van de wettekst en wetsgeschiedenis van de Wet werk en zekerheid bestaat in de literatuur nagenoeg volledige consensus over de conclusie dat er bij een doorstart van de onderneming of een onderdeel daarvan na een faillissement sprake is van opvolgend werkgeverschap, zeker voor wat de transitievergoeding en ketenregeling betreft.⁷⁶ Ook de ratio's achter anciënniteit (in elk geval: volwaardige arbeidsrelatie, trouwe dienst en een eerlijkere risicoverdeling, de bescherming van relatiespecifieke investeringen) rechtvaardigen een voortzetting van de opbouw van de anciënniteit. De werknemer blijft immers werkzaam voor dezelfde onderneming of een onderdeel van die onderneming. Ten opzichte van die onderneming is er reeds sprake van een volwaardige arbeidsrelatie en trouwe dienst. Daarnaast profiteert de nieuwe ondernemer van de relatiespecifieke investeringen. Een argument tegen de toepassing van opvolgend werkgeverschap is dat het een mogelijke doorstart niet bevordert.⁷⁷ Daarnaast is anciënniteit bij sommige normen, zoals de transitievergoeding en opzegtermijn, weliswaar een berekeningsinstrument voor een compensatie voor trouwe dienst of een vergoeding voor het verlies van relatiespecifieke investeringen, maar een doorstart is juist bedoeld om met een schone lei te beginnen.⁷⁸ Tot slot brengt een vergoeding voor relatiespecifieke investeringen wellicht een eerlijkere risicoverdeling tussen een werkgever en een werknemer mee, maar niet ten opzichte van de werknemers onderling. De werknemers die in dienst treden bij de doorstarter kunnen immers nog gebruikmaken van hun relatiespecifieke investeringen, terwijl de werknemers die na een faillissementsontslag werkloos worden (1) geen ontslagvergoeding ontvangen, (2) hun verdere opbouw ten aanzien van de hoogte van de transitievergoeding verliezen, en (3) hun relatiespecifieke investeringen niet meer kunnen benutten. Dit zijn argumenten om, ondanks dat de ratio's achter anciënniteit voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap pleiten, wellicht toch een uit-

76 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; D.J.B. de Wolff, *De (opvolgende) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*, *ArbeidsRecht* 2014/49; J. van der Pijl, *Misbruik van faillissementsrecht – over gedupeerde werknemers en glad ijs*, FIP 2014/364; P.R.W. Schaink, *Werknemers en hun failliete werkgever*, door de bril van de doorstarter, TvI 2015/16; J. van der Pijl, *De Wet werk en zekerheid en de gevolgen voor de insolventierechtspraktijk*, TvI 2015/22; M.R. van Zanten, *De beoogd curator, uitgegroeid van fly on the wall tot spin in het web*, TvI 2015/35; E. Loesberg, *Enige opmerkingen over de Wet werk en zekerheid en de positie van de werknemer na faillietverklaring van dan wel verlening van (voorlopige) surseance van betaling aan zijn werkgever*, FIP 2015/313; Palm 2015.

77 Zie onder meer: W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal & D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, online raadpleegbaar via: www.rijksoverheid.nl, p. 61-62, Bijlage bij Kamerstukken II 2014/15, 33695, 9.

78 Houweling 2015.

zondering te maken op opvolgend werkgeverschap (in ieder geval voor de transitievergoeding).

4.4 *Welke anciënniteit telt mee indien een werknemer bij de vorige werkgever voor verschillende ondernemingen heeft gewerkt?*

Deze vraag is voornamelijk relevant bij uitzendrelaties; eens te meer omdat een afwijking van opvolgend werkgeverschap bij de ketenregeling via cao mogelijk is, maar bij de toepassing van de transitievergoeding niet. Tijdens de parlementaire behandeling van de reparatiewet behorende bij de Wet flexibiliteit en zekerheid besprak de regering – in het kader van de ketenregeling – de situatie waarin een werknemer na een uitzendperiode in dienst treedt bij de inlener. In dat geval telt volgens de regering alleen die uitzendperiode mee waarin de werknemer reeds voor de inlener werkzaam was.⁷⁹ Wat voor gezichtspunten bieden de ratio's achter anciënniteit voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap? Misbruiksituaties doen zich voornamelijk voor bij draaideurconstructies, waarbij de werknemer feitelijk steeds via een andere formele werkgever voor dezelfde onderneming werkzaam is. Ook de vraag of sprake is van een volwaardige arbeidsrelatie richt zich in wezen op de relatie tussen de werknemer en de onderneming. Voor een compensatie voor trouwe dienst bij een beëindiging van de arbeidsrelatie ligt voor de hand dat de anciënniteit zich richt op de periode waarin de werknemer voor dezelfde onderneming heeft gewerkt, inclusief de periode als uitzendkracht. Voor zover anciënniteit wordt toegepast als instrument voor de bescherming van relatiespecifieke investeringen die niet in de uitzendovereenkomst zijn verdisconteerd, is eveneens verdedigbaar dat alleen de periode bij de laatste inlener, thans werkgever, meetelt. Na eerdere uitzendingen naar andere inleners volgde immers geen ontslag. De werknemer is door de uitzendwerkgever steeds bij een andere inlener tewerkgesteld. De relatiespecifieke investeringen ten behoeve van vorige inleners zijn weliswaar verloren gegaan, maar het risico op ontslag heeft zich toen niet verwezenlijkt. Tegelijkertijd profiteert de laatste inlener, thans werkgever, niet van de relatiespecifieke investeringen bij voorliggende inleners. In het kader van een eerlijkere risicoverdeling tussen enerzijds de relatiespecifieke investeringen die een werknemer heeft gedaan en anderzijds de mate waarin de opvolgende werkgever van deze relatiespecifieke investeringen profiteert, hoeft de opbouw van anciënniteit niet verder terug te gaan dan de laatste inlener. Concluderend: indien de werknemer na een uitzendovereenkomst vervolgens met diezelfde inlener een arbeidsovereenkomst sluit, rechtvaardigen de ratio's achter anciënniteit dat opvolgend werkgeverschap slechts teruggaat tot de periode waarin de werknemer voor het eerst voor deze inlener werkzaam was.

Wat voor gezichtspunten bieden de ratio's achter anciënniteit ingeval de uitzendkracht als gevolg van een aanbesteding of contractswissel overstapt naar een andere uitzendwerkgever om daar zijn werkzaamheden voor dezelfde inlener

79 De regering merkte op: 'Ingevolge het bepaalde in artikel 668a lid 2 Boek 7 BW wordt alleen de uitzendperiode meegeteld die de werknemer bij werkgever X [de inlener; toevoeging SP] heeft gewerkt, omdat werkgever X slechts voor de in die periode verrichte arbeid als opvolgend werkgever kan worden beschouwd' (Kamerstukken I 1998/99, 26257, 110b, p. 5-6 (NV)).

S. Palm

voort te zetten? In paragraaf 4.2 is uiteengezet dat de ratio's achter anciënniteit in een dergelijke situatie lijken te pleiten voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap, maar daarmee is nog geen antwoord gegeven op de vraag in welke mate de anciënniteit meetelt. Indien niet het volledige arbeidsverleden wordt meegeteld, zou dat voor uitzendkrachten in sommige gevallen zeer onbillijk kunnen zijn. Als een uitzendkracht bij de vorige uitzendwerkgever eerst lange tijd voor andere inleners heeft gewerkt, behoudt de uitzendkracht bij de overstap naar een andere uitzendwerkgever niet alleen zijn relatief zwakke rechtspositie, maar verliest hij eveneens een aanzienlijk deel van zijn anciënniteit. Een overstap naar een nieuwe uitzendwerkgever zal zich eerder voordoen in gevallen waarin organisaties arbeidskrachten langdurig via een uitzendwerkgever inlenen. Terwijl de relatie met de inlener in feite een, in de woorden van Zwemmer, 'permanent en exclusief karakter' heeft gekregen, blijven werkgevers gebruik (en in sommige gevallen: misbruik) maken van een uitzendovereenkomst.⁸⁰ In gevallen waarbij de nieuwe uitzendwerkgever geen allocatiefunctie heeft vervuld, is wellicht verdedigbaar dat het volledige arbeidsverleden meetelt, om zo het risico op misbruik te voorkomen, maar ook ter voorkoming van evident onbillijke situaties. In die zin zou de ratio achter anciënniteit ter voorkoming van willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie (in het bijzonder misbruik) kunnen dwingen tot het meetellen van het volledige arbeidsverleden. Maar deze redenering is niet erg sterk, omdat niet snel sprake is van evidente misbruiksituaties. De andere ratio's achter anciënniteit sluiten het meetellen van de anciënniteit bij een andere onderneming in elk geval uit. De vaststelling van een volwaardige arbeidsrelatie en de compensatie voor trouwe dienst kan slechts betrekking hebben op de werkzaamheden voor de huidige inlener. Als anciënniteit wordt beschouwd als instrument voor de bescherming van relatiespecifieke investeringen die niet in de uitzendovereenkomst zijn verdisconteerd, ligt eveneens voor de hand dat alleen de periode bij de laatste inlener meetelt. Na de eerdere uitzendingen naar andere inleners via de vorige uitzendwerkgever volgde geen ontslag. Het risico dat verbonden is aan relatiespecifieke investeringen, namelijk ontslag, heeft zich toen niet verwezenlijkt. De nieuwe uitzendwerkgever profiteert ook niet van relatiespecifieke investeringen van de uitzendkracht ten behoeve van voorliggende inleners.

4.5 *Verbreekt een wijziging van de werkzaamheden de opbouw van de anciënniteit?*

Waarom vereist de wetgever bij de toepassing van opvolgend werkgeverschap dat de werknemer dezelfde werkzaamheden blijft verrichten? Niet alleen voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap als zodanig, maar ook voor de vraag in welke mate de periode bij de vorige werkgever behoort mee te tellen, is vanuit de verschillende ratio's achter anciënniteit verdedigbaar dat (een wijziging van) de werkzaamheden niet relevant (is) zijn. Ten eerste, indien anciënniteit wordt gebruikt om te beoordelen of een volwaardige (bestendige) arbeidsrelatie tot stand is gekomen, wordt de band tussen de werknemer en de organisatie niet

80 J.P.H. Zwemmer, Annotaties AR-Updates 2015/0371; J.P.H. Zwemmer, Annotaties AR-Updates 2015/0264.

minder sterk wanneer een werknemer promoveert naar een andere functie. Het hiervoor aangehaalde institutionele beginsel brengt zelfs mee dat een wijziging van de arbeid onder omstandigheden van een werknemer mag worden verlangd. Ten tweede, ook vanuit de ratio dat trouwe dienst en relatiespecifieke investeringen bij ontslag moeten worden vergoed, is irrelevant of de werkzaamheden van een werknemer wijzigen. De ontwikkeling die een werknemer tijdens zijn arbeidsovereenkomst doormaakt, zoals een wijziging van zijn werkzaamheden, is evenzeer in het belang van de werkgever. Ten derde biedt de wetsgeschiedenis ook geen goede argumenten voor het vereiste van wezenlijk dezelfde werkzaamheden. De minister heeft met de Ontslagregeling het vereiste van dezelfde werkzaamheden zelfs deels losgelaten, namelijk ingeval er sprake is van een groep als bedoeld in artikel 2:24b BW, en op basis van een employabilitybeleid in een cao wordt verwacht dat werknemers regelmatig binnen de groep van functie veranderen. Men zou hierin ook een erkenning kunnen zien dat het voornamelijk gaat om de vraag of de werknemer voor dezelfde arbeidsorganisatie – in dit geval opgevat als alle nauw met elkaar verbonden ondernemingen in een groep – blijft werken. Uiteraard zullen de werkzaamheden in veel gevallen waarbij de werknemer via een andere formele werkgever voor dezelfde organisatie blijft werken niet wijzigen, maar dat is geen reden om dezelfde werkzaamheden als een (principiële) vereiste voorop te stellen. Het vereiste van dezelfde werkzaamheden betreft hooguit een indicatie dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap of dat via een draaideurconstructie misbruik wordt gemaakt. Niet zozeer dezelfde werkzaamheden zouden een beslissende rol moeten hebben bij de toepassing van opvolgend werkgeverschap, maar de vraag of de werknemer binnen (een deel van) dezelfde organisatie werkzaam is gebleven. Een volwaardige – en bestendige – arbeidsrelatie bestaat immers in relatie tot deze organisatie. Hetzelfde geldt voor de trouwe dienst van de werknemer en de door hem gedane relatiespecifieke investeringen.

Het vereiste van dezelfde werkzaamheden houdt in sterke mate verband met de geldigheid van een proeftijdbeding in een opvolgende arbeidsovereenkomst. Een werkgever mag – zelfs na een dienstverband van vele jaren – opnieuw een proeftijd bedingen, mits duidelijk andere vaardigheden en verantwoordelijkheden van een werknemer worden vereist, zo volgt uit artikel 7:652 lid 8 aanhef en onder d BW. Maar zelfs op dit recht is kritiek mogelijk. Maakt een nieuw proeftijdbeding niet een ongeoorloofde inbreuk op de reeds verworven ontslagbescherming, in het bijzonder als inmiddels tussen partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan? Als de gedachte is dat een werknemer recht heeft op meer ontslagbescherming bij een volwaardige arbeidsrelatie met de onderneming, waarom is een nieuwe proeftijd dan toegestaan als de werkzaamheden wijzigen? Van een werknemer wordt soms ook verwacht of verlangd dat hij andere werkzaamheden in een onderneming gaat verrichten. Daarnaast verhoudt de contractsvrijheid van de werkgever bij het opnieuw aangaan van een proeftijdbeding zich slecht tot de vergaande bescherming van de werknemer bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Op een werkgever rust een vergaande onderzoeksplicht ten aanzien van de instemming van de werkne-

S. Palm

mer met de beëindiging, zo blijkt uit de rechtspraak.⁸¹ Daarnaast heeft een werknemer op grond van artikel 7:670b lid 2 en 3 BW respectievelijk artikel 7:671 lid 2 en 3 BW een termijn van twee of drie weken om de beëindigingsovereenkomst te ontbinden respectievelijk zijn instemming met de opzegging te herroepen. In tegenstelling tot het thans geldende recht, valt goed te verdedigen dat een nieuw proeftijdbeding ongeldig zou moeten zijn in een opvolgende arbeidsovereenkomst indien de werknemer werkzaam blijft voor dezelfde arbeidsorganisatie, tenzij de werknemer uitdrukkelijk en schriftelijk door de werkgever is gewezen op de gevolgen van een proeftijdbeding alvorens hij tot acceptatie van het beding is overgegaan.

4.6 *Uniforme of pluriforme uitleg?*

Via een uniforme uitleg worden verschillende uitkomsten in eenzelfde casus voorkomen. Daarnaast bevordert uniformiteit de rechtszekerheid. De rechtspraak hoeft niet per norm te worden geanalyseerd. Harmonisatie en uniformiteit gelden ook als uitgangspunten in paragraaf 2.6 Aanwijzingen voor de regelgeving. Het arbeidsrecht van het Verenigd Koninkrijk kent een uniforme regeling voor opvolgende arbeidsovereenkomsten en opvolgend werkgeverschap, namelijk Part XIV, Chapter I van de *Employment Rights Act 1996* over 'continuous employment'. Zo bepaalt artikel 201 lid 1 van de *Employment Rights Act 1996* dat '[r]eferences in any provision of this Act to a period of continuous employment are (unless provision is expressly made to the contrary) to a period computed in accordance with this Chapter.' Over een wisseling van werkgever ('change of employer') bepaalt artikel 218 lid 2 e.v. *Employment Rights Act 1996* in welke gevallen elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers niet worden beschouwd als een onderbreking van de 'continuity of the period of employment'. Deze regel onderstreept dat *continuous employment* (opvolgende arbeidsovereenkomsten en anciënniteit) enerzijds en opvolgend werkgeverschap anderzijds een samenhangend geheel zijn.⁸²

81 Zie over de rechtspraak van de Hoge Raad: R.A.A. Duk, De Hoge Raad en het ontslag met wederzijds goedvinden, TRA 2012/34.

82 Daarnaast zou bij een uniforme regeling tevens kunnen worden bepaald of ambtelijke aanstellingen moeten meetellen voor de berekening van anciënniteit en toepassing van opvolgend werkgeverschap. Zie over dit onderwerp de volgende uitspraken: Ktr. Assen (vzr.) 11 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:746, JAR 2014/154 (ambtelijke aanstelling telt mee); Ktr. Enschede 3 januari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV0155, JAR 2012/41, RAR 2012/43 (ambtelijke aanstelling telt mee); Rb. Den Haag (pres.) 2 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ0160, TAR 2011/51 (omgekeerde situatie: voorliggende uitzendperiode telt niet mee voor keten van aanstellingen zoals opgenomen in de CAR-UWO); Rb. Den Haag (pres.) 28 januari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ0163, TAR 2011/49 (omgekeerde situatie: voorliggende uitzendperiode telt niet mee voor keten van aanstellingen zoals opgenomen in de CAR-UWO); Rb. Den Haag (vzr.) 15 oktober 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO1384 (omgekeerde situatie: voorliggende uitzendperiode telt niet mee voor keten van aanstellingen zoals opgenomen in de Arbeidsvoorwaardenregeling gemeente Den Haag); Ktr. Delft 15 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK7581, AR-Updates 2009/0998 (voor de berekening van de vergoeding op basis van de kantonrechtser formule telt de ambtelijke aanstelling niet mee omdat door de werknemer andere werkzaamheden worden verricht); Ktr. Den Haag, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU3027, JAR 2005/211 (ambtelijke aanstelling telt mee).

Maar is een uniforme uitleg mogelijk? De verschillende ratio's kunnen in eenzelfde feitencomplex tot een ander antwoord leiden op de vraag of er sprake moet zijn van opvolgend werkgeverschap. Niet aan alle normen ligt dezelfde ratio ten grondslag. Voorkoming van willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie houdt voornamelijk verband met het afspiegelingsbeginsel en de ketenregeling (zij het dat bij de ketenreling ook andere ratio's een rol spelen). Anciënniteit ter vaststelling van een volwaardige arbeidsrelatie speelt voornamelijk een rol bij de loonrisicoverdeling, de proeftijdregeling, de ketenregeling, de termijn voor uitzendkrachten en de Wet flexibel werken. Anciënniteit als instrument ter compensatie van trouwe dienst bij ontslag en een eerlijkere risicoverdeling spelen hoofdzakelijk een rol bij de opzegtermijn en transitievergoeding. Een verschil in uitkomst aan de hand van deze ratio's zal zich eerder voordoen bij driepartijenrelaties. Hoewel de ratio's achter de normen verschillen, zijn de normen onderling echter wel sterk met elkaar verbonden. Zo houden de ketenregeling, de proeftijdregeling, het afspiegelingsbeginsel, de opzegtermijnen en de transitievergoeding allemaal verband met ontslag. Daarnaast lijkt bij alle normen in beginsel centraal te staan of de werknemer voor dezelfde arbeidsorganisatie of onderneming is blijven werken. Een verschil in uitleg zou bovendien tot nodeloze complexiteit en voor justitiabelen soms tot onbegrijpelijke uitkomsten kunnen leiden. Een uniforme uitleg is daarom goed verdedigbaar. Daarbij zou tevens voor de onderbrekingstermijn voor alle gevallen een termijn van ten hoogste zes maanden kunnen worden aangehouden.

5 Conclusie

De door de wetgever – en de Hoge Raad – genoemde criteria voor opvolgend werkgeverschap geven weinig duidelijkheid en houvast. Daarnaast verschillen de criteria per norm en is in sommige gevallen een afwijking van opvolgend werkgeverschap mogelijk, terwijl noch die norm noch de wetsgeschiedenis daarvoor een goede verklaring – en rechtvaardiging – geeft. Opvolgend werkgeverschap strekt hoofdzakelijk tot behoud van anciënniteit. Als zodanig is anciënniteit geen recht of verplichting, noch een rechtsbeginsel. Normen bepalen aan de hand van anciënniteit als 'objectief' rechtsfeit of een bepaald rechtsgevolg intreedt. De ratio's achter anciënniteit kunnen een beter inzicht geven in de werkelijke bedoeling en het gewenste bereik van opvolgend werkgeverschap. Daarnaast leidt de toepassing van opvolgend werkgeverschap aan de hand van de ratio's achter anciënniteit mogelijk ook tot een beter gemotiveerd en afgewogen oordeel dan de vage criteria die de regering tijdens de parlementaire geschiedenis heeft genoemd.

Dit artikel benoemt een viertal mogelijke ratio's achter anciënniteit, zonder overigens te pretenderen dat deze opsomming uitputtend is. De ratio's zijn: (1) bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie, (2) vaststelling van een volwaardige – en bestendige – arbeidsrelatie met de werkgever, (3) compensatie voor trouwe dienst bij ontslag, en (4) een eerlijkere risicoverdeling bij ontslag in relatie tot relatiespecifieke investeringen van de werknemer.

S. Palm

Als anciënniteit slechts bedoeld zou zijn als objectief gegeven ter voorkoming van willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie, dan zou de toepassing van opvolgend werkgeverschap niet verder hoeven gaan dan noodzakelijk is ter voorkoming van misbruik door werkgevers, zoals draaideurconstructies en wellicht andere evident onbillijke uitkomsten die neigen naar misbruik van recht. Anciënniteit ter vaststelling van een ‘volwaardige – en bestendige – arbeidsrelatie’ lijkt te impliceren dat een werknemer pas na een zekere periode een volwaardige deelnemer binnen een organisatie is geworden. Pas daarna komen een werknemer alle rechten behorende bij een arbeidsovereenkomst toe. Daar waar anciënniteit kan worden beschouwd als meetinstrument ter vaststelling van een volwaardig lid van de arbeidsorganisatie, zou opvolgend werkgeverschap moeten worden toegepast in die gevallen waarin de werknemer deel blijft uitmaken van (een deel van) diezelfde arbeidsorganisatie, maar via een andere werkgever. Tot slot houdt anciënniteit bij sommige normen verband met een compensatie voor trouwe dienst bij ontslag en een betere bescherming van de relatiespecifieke investeringen die de werknemer heeft gedaan (een eerlijkere risicoverdeling bij ontslag). Bij die regelingen waar anciënniteit is bedoeld als rekeninstrument ter compensatie van trouwe dienst of een vergoeding voor relatiespecifieke investeringen, gaat het duidelijk om investeringen van een werknemer in een specifieke organisatie.

De genoemde ratio’s dwingen veelal tot toepassing van opvolgend werkgeverschap voor zover – en voor de duur dat – een werknemer voor dezelfde organisatie werkzaam is. De vraag of de aanleiding voor de overstap bij een van de werkgevers ligt, lijkt vanuit de ratio’s achter anciënniteit minder relevant. Evenmin lijkt bij de ratio’s achter anciënniteit – en daarmee ook: opvolgend werkgeverschap – beslissend of de werkzaamheden wijzigingen ondergaan. In veel gevallen waarin sprake is van opvolgend werkgeverschap, zullen de werkzaamheden van een werknemer uiteraard niet wijzigen. Maar dit gegeven brengt niet met zich dat ongewijzigde werkzaamheden daarom een hard vereiste moeten zijn voor de toepasselijkheid van opvolgend werkgeverschap. Integendeel, een werknemer die voor een lange duur deel blijft uitmaken van eenzelfde organisatie zal juist wijzigingen in zijn werkzaamheden doormaken. Bij aanbestedingen en contractswissels zal vanuit de ratio’s achter anciënniteit niet snel sprake zijn van opvolgend werkgeverschap, tenzij (1) de werknemer in feite voor dezelfde organisatie werkzaam blijft, (2) de werknemer relatiespecifieke investeringen heeft gedaan die buiten deze aanbesteding geen waarde hebben, of (3) zonder de toepassing van opvolgend werkgeverschap sprake zou zijn van misbruik, willekeur of ongeoorloofde discriminatie, althans het risico daarop zal toenemen.

Opvolgend werkgeverschap lijkt zich aldus primair te richten op de vaststelling van de anciënniteit van de werknemer ten behoeve van eenzelfde organisatie en ter voorkoming van misbruiksituaties. Dit lijkt een goed vertrekpunt voor een meer uniforme toepassing van opvolgend werkgeverschap. De uitdaging in de toepassing van opvolgend werkgeverschap zal dan voornamelijk liggen in de definiëring van de arbeidsorganisatie (valt daar voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap bijvoorbeeld ook een concern onder?) en van misbruiksituaties.