

# 117. Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht

MR. S. PALM

**De Wet werk en zekerheid ('WWZ') wijzigt – vrij fundamenteel – de uitleg en het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap. Dit artikel beantwoordt de vraag hoe opvolgend werkgeverschap in verschillende situaties, zoals uitzendconstructies, aanbestedingen en faillissementssituaties, wordt uitgelegd. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan de verschillende, naast elkaar bestaande, interpretaties van opvolgend werkgeverschap onder de WWZ en de gevolgen daarvan.**

## 1. Inleiding

Sommige regelingen verbinden bepaalde rechtsgevolgen aan een arbeidsovereenkomst, indien partijen al eerder een of meer arbeidsovereenkomsten met elkaar sloten. De wetgever verklaart deze regelingen vervolgens vaak van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, mits deze werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze als elkaars opvolger kunnen worden beschouwd. Deze formulering staat bekend als opvolgend werkgeverschap.<sup>1</sup> Hoe moet opvolgend werkgeverschap worden uitgelegd en wat zijn de consequenties? Dit artikel behandelt zo veel als mogelijk het recht zoals dat zal gelden na volledige inwerkingtreding van de WWZ, inclusief de reparaties via de Verzamelwet SZW 2015.<sup>2</sup>

## 2. Regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt

Hierna volgt een korte omschrijving van de regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt.<sup>3</sup> De onderstaande opsomming heeft dus alleen betrekking op de situatie dat de arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever zijn gesloten. De uitleg en consequenties van opvolgend werkgeverschap komen in de volgende paragrafen aan bod.

- Proeftijdbeding: op grond van art. 7:652 lid 8 aanhef en onder d Burgerlijk Wetboek ('BW') is een proeftijdbeding nietig, indien het beding is opgenomen in een opvolgende arbeidsovereenkomst met dezelfde werkgever, tenzij die overeenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden van een werknemer vereist.
- Ragetlieregel: art. 7:667 lid 4 BW bepaalt dat als een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, voor beëindiging van de opvolgende arbeidsovereenkomst opzegging nodig is, tenzij de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door opzegging door de werkgever (of curator) dan wel door ontbinding via de rechter is geëindigd.
- Ketenregeling: op basis van art. 7:668a lid 1 BW vindt bij het aangaan van een derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd automatisch een omzetting naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd plaats. Ook indien bij opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in totaal een periode van meer dan 24 maanden (inclusief tussenpozen van niet meer dan zes maanden) is verstreken, converteert de laatste arbeidsovereenkomst na 24 maanden van rechtswege in een overeenkomst voor onbepaalde tijd.
- Opzegtermijn: indien de Ragetlieregel of ketenregeling van toepassing is, tellen eerdere arbeidsovereenkomsten mee voor de bepaling van de lengte van de opzegtermijn.<sup>4</sup>
- Termijnen voor uitzendkrachten: art. 7:691 lid 1 BW bepaalt dat de ketenregeling eerst van toepassing wordt, zodra de uitzendwerknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht. Het derde lid bepaalt dat een uitzendbeding zijn kracht verliest, indien de werknemer

1 Opvolgend werkgeverschap binnen het ambtenarenrecht blijft buiten beschouwing.

2 Wet werk en zekerheid (wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216) en Verzamelwet SZW 2015 (wet van 26 november 2014, *Stb.* 2014, 504).

3 Tot 1 januari 2015 was opvolgend werkgeverschap ook verbonden aan de vaststelling van het recht op ouderschapsverlof, te weten: het thans vervallen art. 6:3 Wet arbeid en zorg. Ook in de vervallen en zeer onbekende Wet financiering loopbaanonderbreking speelde opvolgend werkgeverschap een rol (wet van 11 juni 1998, *Stb.* 1998, 411).

4 Art. 7:667 lid 4, tweede volzin, BW en art. 7:668a lid 4 BW.

in meer dan 26 weken arbeid voor de uitzendwerkgever heeft verricht.<sup>5</sup>

- Transitievergoeding: via art. 7:673 BW bouwt een werknemer gedurende de looptijd van zijn arbeidsovereenkomst een transitievergoeding op. Ex art. 7:673 lid 4 aanhef en onder b BW worden voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst opvolgende arbeidsovereenkomsten samengeteld.
- Aanpassing arbeidsduur: de Wet aanpassing arbeidsduur biedt de werknemer in beginsel het recht tot aanpassing van de arbeidsduur, mits de werknemer ten minste een jaar voorafgaand aan het beoogde tijdstip van ingang van de aanpassing in dienst is geweest van de werkgever. Elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten worden bij elkaar opgeteld.
- Afspiegelingsbeginsel: bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen bepaalt het afspiegelingsbeginsel de ontslagvolgorde. Voor het afspiegelingsbeginsel is onder meer de duur van het dienstverband relevant. De Beleidsregels Ontslagtaak UWV geven twee hoofdregels voor de berekening van de duur dienstverband. De eerste hoofdregel is dat bij een ononderbroken dienstverband bij één werkgever de duur van het dienstverband gelijk is aan de periode die is gelegen tussen de datum indiensttreding en de peildatum voor afspiegeling. De tweede hoofdregel is dat bij onderbroken dienstverbanden het UWV in beginsel alleen de duur van het laatste dienstverband in aanmerking neemt. Bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, volgt het UWV echter de systematiek van de ketenregeling. De eerdere arbeidsovereenkomsten tellen dan wel mee. En ingeval een arbeidsovereenkomst voor *bepaalde tijd* volgt op een voor *onbepaalde tijd* aangegane arbeidsovereenkomst, bepaalt de aanvang van de eerste arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de datum van indiensttreding. Het UWV past hierbij de Ragetlieregels analoog toe. Bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten, die alle zijn aangegaan voor *onbepaalde tijd*, telt alleen de duur van het laatste dienstverband mee. Volgens het UWV is bij de beëindiging van de eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd namelijk al ‘*onderling afgerekend*’, bijvoorbeeld via het volgen van een ontslagprocedure, inachtneming van de opzegtermijn of het betalen van een ontslagvergoeding. Het afspiegelingsbeginsel is tot 1 juli 2015 vastgelegd in art. 4:2 Ontslagbesluit en nader uitgewerkt in de Beleidsregels Ontslagtaak UWV. Op grond van het per 1 juli 2015 geldende art. 7:669 lid 5 aanhef en onder b BW kan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid regels stellen voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen. De idee dat ‘*onderling is afgerekend*’ verhoudt zich slecht tot de berekening van de transitievergoeding, omdat voor wat betreft de transitievergoeding immers zowel

arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd als arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd meetellen. Mijn verwachting is dat de minister de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst voor wat betreft het afspiegelingsbeginsel op een gelijke wijze gaat uitleggen als bij de transitievergoeding.

### Mijn verwachting is dat de minister de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst voor wat betreft het afspiegelingsbeginsel op een gelijke wijze gaat uitleggen als bij de transitievergoeding

Voor de Ragetlieregels, ketenregeling, termijnen voor uitzendkrachten en transitievergoeding tellen de voorliggende arbeidsovereenkomsten niet mee, indien tussen de elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten een periode van meer dan zes maanden is verstreken. Bij de Wet aanpassing arbeidsduur is deze termijn drie maanden. Het proeftijdbeding bevat geen (voorgescreven) onderbrekingsperiode. Bij de hiervoor genoemde regelingen is in bijna alle gevallen de anciënniteit (de duur van de arbeidsrelatie) bepalend voor het intreden van het rechtsgevolg. Deze regelingen zouden gemakkelijk zijn te omzeilen althans het effect van deze regels zou aanzienlijk worden beperkt, indien een werknemer de opvolgende arbeidsovereenkomst telkens met een formeel andere werkgever sluit, terwijl in feite hetzelfde werk wordt voortgezet en/of tussen de verschillende werkgevers zeer nauwe banden bestaan. Opvolgend werkgeverschap beoogt de werknemer daartegen te beschermen. De volgende paragrafen beschrijven welke criteria aan de toepassing van opvolgend werkgeverschap worden gesteld, te weten: de gelijkenissen tussen opvolgende arbeidsovereenkomsten (paragraaf 3) en de vereiste banden tussen beide werkgevers (paragraaf 4).

### 3. De gelijkenissen tussen opvolgende arbeidsovereenkomsten

Bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met *dezelfde* werkgever is voor de hiervoor genoemde regelingen irrelevant of de contracten qua aard, inhoud en arbeidsvoorwaarden (grotendeels) aan elkaar gelijk zijn, met uitzondering van het proeftijdbeding en (mogelijk ook) de Ragetlieregels.<sup>6</sup> Indien de nieuwe overeenkomst duidelijk andere vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist, is een nieuw proeftijdbeding wel geldig. Bij de Ragetlieregels is onduidelijk of de gelijkenissen tussen beide overeenkomsten (nog steeds) relevant zijn. Art. 7:667 lid 4 BW is een codificatie van het arrest Ragetlie/SLM.<sup>7</sup> In dit arrest oordeelde de Hoge Raad, dat ingeval een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst werd voortgezet voor bepaalde tijd, voor de beëindiging van deze voortgezette ar-

5 Een uitzendbeding is een schriftelijke afspraak inhoudende dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling op verzoek van de inleener eindigt (art. 7:691 lid 2 BW).

6 Zie voor wat betreft de transitievergoeding: *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, 3, p. 111 (MvT) en ten aanzien van de ketenregeling: Asser/Heerma van Voss 7-V, 2012/318.

7 HR 4 april 1986, NJ 1987/678 (Ragetlie/SLM).

beidsovereenkomst voorafgaande opzegging noodzakelijk was.<sup>8</sup> Volgens de rechtbank was echter geen sprake van een ‘voortzetting’ en daarom was voorafgaande opzegging niet vereist. De eerdere arbeidsovereenkomst verschilde namelijk niet alleen qua tijdsduur, ‘maar ook voor wat betreft de salaris- en secundaire arbeidsvoorwaarden’ te zeer van de latere arbeidsovereenkomst. Een dergelijke

## Waarom zou een werknemer geen recht hebben op de ontslagbescherming uit art. 7:667 lid 4 BW, ingeval de opvolgende arbeidsovereenkomst een nieuwe functie en/of andere arbeidsvoorwaarden met zich brengt?

waardering van feitelijke aard gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De wetgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur bevestigen de gedachte dat art. 7:667 lid 4 BW vereist dat de nieuwe arbeidsovereenkomst niet te veel afwijkt van de vorige arbeidsovereenkomst.<sup>9</sup> Per 1 juli 2015 vervangt de Verzamelwet SZW 2015 in de Ragetlieregel de aanduiding ‘voortgezette arbeidsovereenkomst’ door ‘opvolgende arbeidsovereenkomst’. Met deze wijziging wil de regering aansluiten bij de formulering uit art. 7:668a lid 1 onder a BW (de ketenregeling).<sup>10</sup> Art. 7:668a lid 1 onder a BW vereist in tegenstelling tot de Ragetlieregel niet dat opvolgende arbeidsovereenkomsten qua aard, inhoud of arbeidsvoorwaarden gelijkenissen vertonen. Door deze wijziging is onzeker of de gelijkenissen tussen beide arbeidsovereenkomsten voor art. 7:667 lid 4 BW nog relevant zijn. Vanuit de beschermingsgedachte van de werknemer is een ruime toepassing van de Ragetlieregel wellicht wenselijk. Waarom zou een werknemer geen recht hebben op de ontslagbescherming uit art. 7:667 lid 4 BW, ingeval de opvolgende arbeidsovereenkomst een nieuwe functie en/of andere arbeidsvoorwaarden met zich brengt?

Vooraf in het vooruitzicht van die felbegeerde promotie tegen een hoger salaris of het door de werkgever gestelde verval van zijn huidige functie, kan een werknemer zich genoodzaakt voelen zijn ontslagbescherming te laten varen. Bij opvolgend werkgeverschap is wel in alle gevallen vereist dat de elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten qua werkzaamheden – of vaardigheden en verantwoordelijkheden – grotendeels ongewijzigd blijven. Tijdens de parlementaire behandeling van de WWZ merkte de regering over art. 7:652 lid 8 aanhef en onder e BW (het proeftijdbeding) op dat het vereiste van ‘wezenlijke dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden’ volgens haar zit ‘ingebakken’ in de woorden ‘ten aanzien van de verrichte arbeid’.<sup>11</sup> In relatie tot de ketenregeling en transitievergoeding schreef de regering in haar nota van wijziging bij de WWZ dat in de formulering van opvolgend werkgeverschap ‘tevens [is] vervat dat de werknemer bij de opvolgende werkgever vergelijkbare arbeid dient te gaan verrichten’.<sup>12</sup> Bij de parlementaire behandeling van eerdere wetten heeft de regering zich nooit uitdrukkelijk uitgelaten over de betekenis van de bewoordingen ‘ten aanzien van de verrichte arbeid’, maar gaf zij wel voorbeelden waarbij (veelal) sprake was van dezelfde werkzaamheden.<sup>13</sup> Ook in de rechtspraak en literatuur tot aan de WWZ kwam het vereiste van dezelfde werkzaamheden vaak terug.<sup>14</sup> De Beleidsregels Ontslagtaak UWV bevatten overigens een eigen uitwerking van de definitie opvolgend werkgeverschap, maar noemen eveneens als een van de drie vereiste factoren dat ‘de (aard van de) verrichte werkzaamheden’ vrijwel ongewijzigd moet(en) blijven. Dezelfde arbeidsvoorwaarden lijken voor de vaststelling van opvolgend werkgeverschap niet van belang.<sup>15</sup> Alleen met betrekking tot de Ragetlieregel is nog onzeker of de arbeidsvoorwaarden relevant zijn (zie vorige alinea). In relatie tot de ketenregeling is nog van belang, dat in tegenstelling tot art. 7:668a lid 1 BW, bij de toepassing van het tweede lid ook arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd meetellen.<sup>16</sup>

- 8 Dit arrest is gewezen onder het tot 1 januari 1999 geldende ontslagrecht. Op grond van het toenmalige art. 7:668 lid 3 BW (tot 1 april 1997: art. 7a:1639f oud BW) gold dat als een voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst werd voortgezet voor bepaalde tijd, voor de beëindiging van de voortgezette arbeidsovereenkomst voorafgaande opzegging noodzakelijk was.
- 9 Parlementaire geschiedenis: *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, 3, p. 4 (MvT); *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, 5, p. 4 (Verslag); *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, 7, p. 7 (NV); *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, 12, p. 9 en 19 (stenografisch verslag van een wetgevingsoverleg). Rechtspraak: Ktr. Apeldoorn 20 september 1994, ECLI:NL:KTGAPD:1994:AI9234, *Prg.* 1995/4398; Hof Arnhem 11 maart 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF6330, «JAR» 2003/104; Hof Arnhem 15 april 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AO1842, «JAR» 2003/197; Hof Leeuwarden 24 maart 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI0886, «JAR» 2009/127; Hof Arnhem 7 september 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN7436, «JAR» 2010/288; Hof Arnhem-Leeuwarden (locatie Arnhem) 17 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9721, *RAR* 2014/66. Literatuur: C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 491; F.K. Doornbos, ‘Ik wou dat ik één hondje was gebleven’, *ArbeidsRecht* 2004/20; R.M. Beltzer, ‘De uitleg van de Ragetlie-regel door de Hoge Raad: better safe than sorry of Klukklukiaans?’, *ArA* 2014-2, p. 51 en S. Palm, «JIN» Geannoteerd 2014/1.
- 10 *Kamerstukken II 2013/14*, 33988, 3, p. 11 (MvT).

- 11 *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, 3, p. 3 (MvT).
- 12 *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818, 8, p. 15 (nota van wijziging); *Kamerstukken I 2013/14*, 33 818, C, p. 105 (MvA). Door de Verzamelwet SZW 2015 geldt dezelfde definitie van opvolgend werkgeverschap ook voor de Ragetlieregel (*Kamerstukken II 2013/14*, 33 988, 3, p. 11 (MvT)).
- 13 Bedrijfsovername of wijziging rechtsvorm: *Kamerstukken II 1947/48*, 881, 3, p. 8 (MvT); *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, 3, p. 9 en 26 (MvT). Draaieurconstructies: *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, 3, p. 34 (MvT); *Kamerstukken II 1996/97*, 25 263, 6, p. 11 (NV); *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, 132b, p. 18 en 20 (MvA); *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, 132d, p. 10-11 (nadere memorie van antwoord); *Kamerstukken II 1998/99*, 26 257, 3, p. 5 (MvT); *Kamerstukken II 1998/99*, 26 358, 3, p. 14-15 (MvT).
- 14 Zie in relatie tot art. 7:668a lid 2 BW: S. Palm, ‘De zoektocht naar de juiste interpretatie van opvolgend werkgeverschap na Van Tuinen/Wolters’, *ArA* 2014-1, p. 38-41 en de daar aangehaalde literatuur en rechtspraak. En nadien: Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2237.
- 15 Voor wat betreft het proeftijdbeding volgt dit mijns inziens uitdrukkelijk uit HR 23 april 1993, «JAR» 1993/120 (Braber/IndeBus Reklame). Hof Arnhem-Leeuwarden (locatie Leeuwarden) 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5359, oordeelde recentelijk dat art. 7:668a lid 2 BW niet vereist dat de arbeidsvoorwaarden hetzelfde blijven.
- 16 Zie hierover in de parlementaire behandeling: *Kamerstukken II 1996/97*,

## 4. Zijn nog bepaalde banden tussen de werkgevers vereist?

### 4.1 Proeftijd: zodanige banden

Voor de uitleg van opvolgend werkgeverschap in relatie tot het proeftijdbeding verwees de regering tijdens de parlementaire behandeling van de WWZ naar het arrest Van Tuinen/Wolters. In deze zaak oordeelde de Hoge Raad, dat ‘in de regel’ sprake is van een opvolgende werkgever als bedoeld in art. 7:668a lid 2 BW, indien enerzijds de nieuwe arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist en anderzijds tussen de oude en de nieuwe werkgever zodanige banden bestaan dat het door de vorige werkgever verkregen inzicht in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer in redelijkheid kan worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.<sup>17</sup> Deze uitleg van opvolgend werkgeverschap ontleende de Hoge Raad aan zijn jurisprudentie over de geldigheid van een proeftijdbeding.<sup>18</sup> De nieuwe werkgever hoeft op basis van deze nauwe banden met de oude werkgever niet *zelf* inzicht te verkrijgen in het functioneren van de werknemer, maar het door de oude werkgever verkregen inzicht moet vanwege de nauwe banden aan de nieuwe werkgever worden toegerekend, zo blijkt uit de proeftijdjurisprudentie.<sup>19</sup> ‘Zodanige banden’ lijken voornamelijk aanwezig binnen concernverhoudingen.<sup>20</sup> Bij een overname van (een onderdeel van) een onderneming na faillissement is vaak onzeker of sprake is van zodanige banden. De Kantonrechter Amsterdam lijkt voorop te stellen dat geen sprake is van opvolgend werkgeverschap, ingeval een willekeurige derde een deel van de activa overneemt en de daaraan verbonden activiteit voortzet.<sup>21</sup> Volgens de Kantonrechter Utrecht was wel sprake van opvolgend werkgeverschap, omdat in dat geval twee directeuren van de failliet een doorstart maakten

met een deel van de activa in een nieuwe rechtspersoon en de desbetreffende werknemer dezelfde werkzaamheden ging verrichten.<sup>22</sup> Andere rechters lijken voornamelijk van belang te vinden of de nieuwe werkgever een sollicitatieprocedure heeft verricht (minder snel sprake van opvolgend werkgeverschap) en of dezelfde leidinggevenden bij de nieuwe werkgever zijn betrokken (sneller sprake van opvolgend werkgeverschap).<sup>23</sup> Bij aanbestedingen is in de regel niet voldaan aan het criterium zodanige banden. De winnaar van een aanbesteding is vaak niet meer dan een concurrent.<sup>24</sup> De hiervoor genoemde lagere rechtspraak had overigens betrekking op de ketenregeling. Sinds de WWZ is duidelijk dat het criterium zodanige banden alleen nog in relatie tot het proeftijdbeding van toepassing is. Voor de andere regelingen geldt een ander criterium. In het arrest Van Tuinen/Wolters overwoog de Hoge Raad ook nog dat het hof terecht had geoordeeld dat is gesteld noch gebleken dat de nieuwe werkgever misbruik heeft gemaakt van het identiteitsverschil. De Hoge Raad laat de mogelijkheid open om opvolgend werkgeverschap aan te nemen in misbruiksituaties die niet voldoen aan de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie.<sup>25</sup>

**De Hoge Raad laat de mogelijkheid open om opvolgend werkgeverschap aan te nemen in misbruiksituaties die niet voldoen aan de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie**

### 4.2 Ketenregeling, Ragetlieregel en transitievergoeding: mens volgt werk

De ketenregeling, Ragetlieregel en transitievergoeding vereisen per 1 juli 2015 geen (althans niet langer) zodanige banden tussen de oude en nieuwe werkgever, dat het door de vorige werkgever verkregen inzicht in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer in redelijkheid kan worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. Art. 7:667 lid 5 BW, art. 7:668a lid 2 BW en art. 7:673 lid 4 BW bevatten daartoe per 1 juli 2015 de toevoeging: ‘*ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van*

25 263, 3, p. 26 (Mvt); Kamerstukken II 1996/97, 25 263, 6, p. 10 (NV); Kamerstukken I, 1997/98, 25 263, 132c, p. 7 (nader voorlopig verslag); Kamerstukken I, 1997/98, 25 263, 132d, p. 10 (nadere memorie van antwoord).

- 17 HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, «JAR» 2012/150 (Van Tuinen/Wolters). Zie ook: HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9601, *RvdW* 2012/783.
- 18 HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 293 (Slijkoord/Hekkema BV), HR 1 mei 1987, *NJ* 1988/20, en HR 23 april 1993, «JAR» 1993/120. In HR 14 september 1984, *NJ* 1985/244 (Hardchroom/Yigit), oordeelde de Hoge Raad dat het bedingen van een proeftijd in een nieuwe arbeidsovereenkomst tussen *dezelfde* partijen onder omstandigheden is toegestaan, met name als de nieuwe overeenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden eist waarover de ervaringen gedurende de vorige arbeidsovereenkomst onvoldoende inzicht hebben gegeven (zie ook: HR 6 december 1985, *NJ* 1986/230).
- 19 HR 23 april 1993, «JAR» 1993/120.
- 20 Zie recentelijk: Ktr. Almere 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6139, «JAR» 2014/285; Ktr. Arnhem (vzng.) 1 augustus 2014, «JAR» 2014/218. Zie ook: Hof Amsterdam 25 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2350, «JAR» 2013/2010; Ktr. Amsterdam (vzng.) 12 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ2403.
- 21 Ktr. Amsterdam (vzng.) 13 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA1389, «JAR» 2013/147; Ktr. Amsterdam (vzng.) 28 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529, «JAR» 2013/182. Zie ook: Ktr. Groningen 13 september 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:8269.

- 22 Ktr. Utrecht 2 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1755, «JAR» 2014/152.
- 23 Ktr. Maastricht 3 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7732, «JAR» 2014/251; Ktr. Groningen (vzng.) 24 juli 2014, «JAR» 2014/233; Ktr. Heerlen (vzng.) 21 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:9106, *Prg.* 2014/36.
- 24 Zie het arrest Van Tuinen/Wolters. De lagere rechtspraak bevestigt deze conclusie: Ktr. Groningen (vzng.) 13 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI2789; Hof Leeuwarden 12 oktober 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO0521, «JAR» 2010/313; Ktr. Heerenveen 24 november 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO5134; Hof Leeuwarden 19 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW8942, *Prg.* 2012/202; Ktr. Heerenveen 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0814, *RAR* 2013/24. Anders: Ktr. Heerenveen (vzng.) 11 november 2009, «JAR» 2010/6.
- 25 De Hoge Raad hanteerde het criterium zodanige banden overigens niet ingeval een werknemer na een uitzendperiode formeel in dienst trad bij de inlener (HR 13 september 1991, *NJ* 1992/230 (Dingler/Merkelbach)). De Hoge Raad overwoog dat de huidige werkgever zich gedurende de uitzendperiode op de hoogte heeft kunnen stellen van de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, zodat geen rechtvaardiging bestaat voor een proeftijdbeding. Toerekening van inzicht is dan niet nodig, omdat de werkgever dit inzicht zelf heeft verworven.

*de werknemer*'. Uit deze toevoeging blijkt als zodanig niet dat het criterium zodanige banden niet meer geldt. De Hoge Raad vereiste in zijn proeftijdjurisprudentie immers niet dat de nieuwe werkgever *zelf* inzicht in de hoedanigheid en geschiktheid van werknemer had verkregen, maar dat het inzicht van de oude werkgever in redelijkheid aan de nieuwe werkgever kon worden *toegerekend*. Uit de parlementaire behandeling van de WWZ blijkt echter wel duidelijk een andere uitleg van opvolgend werkgeverschap voor de ketenregeling, Ragetlieregels en transitievergoeding. Volgens de regering is voldoende, dat *'de overgang van de ene naar de andere werkgever het gevolg is van een situatie die voortvloeit uit het handelen van één of beide*

### Uit de aanduiding 'derde' blijkt mijns inziens echter niet dat de regering bedoelde aan te geven dat bij een faillissement in beginsel geen sprake is van opvolgend werkgeverschap

*werkgevers*'.<sup>26</sup> De regering merkte evenwel op dat er sprake moet zijn van een *'aanleiding'* om te kunnen spreken van opvolgend werkgeverschap. Een dergelijke aanleiding kan zijn een organisatorische of andere wijziging die zich bij een van de werkgevers voordoet, zoals in het geval van uitzendconstructies, detachering via een gelieerde vennootschap en aanbestedingen (concessies).<sup>27</sup> In de nota naar aanleiding van het verslag sprak de regering van een *'overgang van werkzaamheden'*. Over faillissementssituaties merkte de regering tijdens de parlementaire behandeling het volgende op:

'Opgemerkt wordt hierbij dat de werkgever die een doorstart maakt na faillissement veelal aangemerkt zal kunnen worden als derde, die opvolgend werkgever is, bijvoorbeeld omdat na faillissement een nieuwe organisatie wordt opgericht. In een dergelijke situatie van opvolgend werkgeverschap, vloeit uit artikel 7:668a, tweede lid, BW voort dat de keten niet doorbroken wordt als een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt aangegaan met een opvolgend werkgever. In die situatie is niet relevant of de voorafgaande arbeidsovereenkomst een overeenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde tijd was, zodat ook de duur van de eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd meetelt voor het berekenen van de termijn waarna (wederom) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.'<sup>28</sup>

Houweling concludeert (mede) op basis van de eerste volzin van dit citaat en het feit dat een faillissement *'tot doel heeft af te rekenen met alle oude rechten'*, er argumenten zijn dat opvolgend werkgeverschap in relatie tot faillissementssituaties nog steeds eng moet worden uitgelegd.<sup>29</sup> Uit de

aanduiding *'derde'* blijkt mijns inziens echter niet dat de regering bedoelde aan te geven dat bij een faillissement in beginsel geen sprake is van opvolgend werkgeverschap. De regering lijkt met de aanduiding *'derde'* een onderscheid te hebben willen maken met de situatie waarin *dezelfde* werkgever een doorstart maakt. De laatste zin van de hieraan voorafgaande paragraaf luidt namelijk: *'Als de werknemer voor het faillissement een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had, dan ontstaat bij het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met dezelfde werkgever na een doorstart een nieuwe keten. Artikel 668a, eerste lid, BW ziet immers alleen op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.'*

Daarnaast vermeldt hetzelfde citaat dat die derde *'opvolgend werkgever is'* (en niet: indien die derde een opvolgende werkgever is), en dat *'[i]n een dergelijke situatie van opvolgend werkgeverschap'* art. 7:668a lid 2 BW van toepassing is. In combinatie met het loslaten van het criterium zodanig banden, het accent op de *'overgang van werkzaamheden'* en het arrest Boekenvoordeel/Isik (waarin de Hoge Raad de toepassing van art. 7:668a lid 2 BW bij een faillissement uitdrukkelijk niet uitsloot), duidt dit citaat eerder op een bevestiging dat bij een doorstart na faillissement in beginsel sprake is van opvolgend werkgeverschap.<sup>30</sup> Wel is opvallend dat de regering tijdens de parlementaire behandeling voornamelijk (en herhaaldelijk) de concessiewissel aanhaalde als het voorbeeld van de uitbreiding van opvolgend werkgeverschap en de regering voor wat betreft faillissementen de rechtspraak met een nogal cryptische toelichting achterlaat. Wellicht dat de regering ten aanzien van faillissementssituaties niet een eenduidig antwoord kon of wilde geven. In ieder geval ontbreekt in de parlementaire geschiedenis een goede motivering waarom de transitievergoeding als *'schuld'* over zou moeten gaan op de nieuwe werkgever, terwijl art. 7:666 BW de overgang van rechten en verplichtingen bij faillissementssituaties volledig uitsluit. Het terechte argument van Houweling dat een faillissement tot doel heeft dat daarna *'met een schone lei kan worden gestart'*, is tijdens de parlementaire behandeling ten onrechte onbesproken gebleven.<sup>31</sup>

Van opvolgend werkgeverschap is volgens de regering *'uiteraard geen sprake als de werknemer op eigen initiatief dezelfde arbeid bij een nieuwe werkgever gaat*

26 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, E, p. 4 (NV).

27 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, C, p. 14 en 105 (MvA).

28 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, E, p. 4 (NV).

29 A.R. Houweling 2015, *SDU Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, 72 BW Boek 7, art. 668a, C.2.

30 HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3782, «JAR» 2006/190 (Boekenvoordeel/Isik).

31 In de literatuur lijken de meeste auteurs tot uitgangspunt te nemen, dat onder de WWZ in vrijwel alle doorstartsituaties sprake is van opvolgend werkgeverschap voor wat betreft de ketenregeling en transitievergoeding: S. Jansen & S.W.G. Wolters, 'Wet Werk en Zekerheid: arbeidsrechtelijke veranderingen met gevolgen voor de insolventiepraktijk', «FIP» 2014/368; C.J.H. de Groot, 'De flexmaatregelen van de Wet werk en zekerheid', «TAP» 2014/267, P.R.W. Schaïnk, '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.

verrichten'.<sup>32</sup> De uitleg van de regering heeft veel weg van de idee 'mens volgt werk'. De vraag is of binnen deze visie bijvoorbeeld nog sprake is van opvolgend werkgeverschap, indien een werknemer naar aanleiding van een vacature op de intranetsite van de groep waartoe zijn werkgever behoort, besluit over te stappen naar een andere groepsmaatschappij om daar (nagenoeg) dezelfde werkzaamheden te verrichten. De werknemer volgt dan immers niet zijn werk – er is geen overgang van werkzaamheden – terwijl eveneens verdedigbaar is dat het initiatief voor de overstap bij de werknemer ligt. In dit voorbeeld ontstaat waarschijnlijk ook een vacature bij de oude werkgever. (Op grond van de proeftijdjurisprudentie is in dit voorbeeld waarschijnlijk wel sprake van opvolgend werkgeverschap, omdat sprake is van zodanige banden.<sup>33</sup>) Een ander voorbeeld geeft Koster-Mulder over een inlener die een uitzendkracht verzoekt zijn uitzendovereenkomst op te zeggen om vervolgens bij de inlener in dienst te treden.<sup>34</sup> In mijn optiek is in de situatie van deze voormalige uitzendkracht op grond van de parlementaire geschiedenis wel goed verdedigbaar dat sprake is van opvolgend werkgeverschap. De werknemer verricht immers niet alleen dezelfde werkzaamheden, maar vervult ook nog steeds dezelfde arbeidsplaats; daarnaast volgt de overstap mede naar aanleiding van het verzoek (en dus het handelen) van de nieuwe werkgever. Overigens merk ik nog op dat voor wat betreft de ketenregeling art. 7:668a lid 6 BW de mogelijkheid biedt om bij cao ten nadele van de werknemer af te wijken en is opvolgend werkgeverschap dus weg te contracteren.<sup>35</sup>

32 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 8, p. 15 (nota van wijziging).

33 Vergelijk: Ktr. Almere 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6139, «JAR» 2014/285. Recentelijk oordeelde Hof Amsterdam 24 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:516, bijvoorbeeld dat sprake was van opvolgend werkgeverschap ex art. 7:668a lid 2 BW, omdat een receptioniste via een gelieerde vennootschap dezelfde werkzaamheden ernaast ging verrichten binnen een andere serviceflat. De vraag is of onder het nieuwe recht kan worden gesproken van opvolgend werkgeverschap; de werkzaamheden van werknemer zijn immers niet 'overgegaan'.

34 R.A. Koster-Mulder, 'Opvolgend werkgeverschap en de uitzendovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2015/19.

35 De regering gaat er overigens van uit dat cao-partijen bij afspraken die afwijken van de wettelijke regeling niet tevens zullen afwijken van het begrip 'opvolgend werkgever' alsmede dat cao-partijen op een verantwoord manier met afwijkingen via een cao zullen omgaan. De regering gaf twee voorbeelden die in haar optiek niet als verantwoord kunnen worden beschouwd. In het eerste voorbeeld verklaren cao-partijen de bepaling geheel buiten toepassing. Het tweede voorbeeld betreft de situatie waarin een uitzendovereenkomst volgt op een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een reguliere werkgever en de uitzendwerkgever niet wordt aangemerkt als een opvolgende werkgever (*Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, E, p. 4-5 (NV); Notitie van 24 maart 2014, Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland, p. 15, [www.vaan-arbeidsrecht.nl](http://www.vaan-arbeidsrecht.nl) -> 'Wetsvoorstel werk en zekerheid: het VAAN dossier'). Onzeker blijft of art. 7:668a lid 6 BW alleen een afwijking met betrekking tot de ketenregeling zelf toestaat (dus qua aantal arbeidsovereenkomsten en duur van 24 maanden) en dus niet van de definitie van opvolgend werkgeverschap – of dat de regering simpelweg alleen evidente misbruiksituaties ontoelaatbaar acht. De Wolff vindt de uitleg van de regering in ieder geval te streng en acht denkbaar dat in bepaalde sectoren afwijking bij doorstart of concessiewissel aanvaardbaar kan zijn. Ook Richtlijn 1999/70/EG inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde

De vraag op wiens initiatief de overstap plaatsvindt, verhoudt zich trouwens lastig tot de Ragetlieregel. In de zaak De Witte/Pekel overwoog de Hoge Raad dat alleen bij een opzegging door een werkgever of bij een ontbinding de ontslagbescherming wordt geëffectueerd. De WWZ codificeert dit arrest. Art. 7:667 lid 4 BW is daarom eveneens van toepassing ingeval de voorafgaande arbeidsovereenkomst door de werknemer is opgezegd. Beltzer schreef dat de Ragetlieregel lijkt te zijn bedoeld ter bescherming van de werknemer tegen zijn eigen lichtzinnigheid. Met een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in het vooruitzicht zou een werknemer te gemakkelijk akkoord kunnen gaan met de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of kunnen worden bewogen zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op te zeggen.<sup>36</sup> Wanneer het initiatief tot beëindiging vervolgens wel relevant is bij

### De vraag op wiens initiatief de overstap plaatsvindt, verhoudt zich lastig tot de Ragetlieregel

art. 7:667 lid 5 BW (opvolgend werkgeverschap), wordt de beoogde bescherming deels weer tenietgedaan.

Overigens is de vraag – op wiens initiatief is de overstap gemaakt? – niet gelijk aan *wie* de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. Zo kan bij een aanbesteding sprake zijn van opvolgend werkgeverschap, terwijl de werknemer zijn huidige arbeidsovereenkomst opzegt en vervolgens in dienst treedt bij de winnaar. Het initiatief ligt nog steeds bij de werkgevers, want de nieuwe werkgever besluit om via een aanbestedingsprocedure de werkzaamheden voort te zetten en neemt in dat kader het initiatief om de werknemer een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Echter, indien de verliezer van de aanbesteding (en niet werknemer zelf) de arbeidsovereenkomst opzegt, is het wel de vraag of een transitievergoeding is verschuldigd. Art. 7:673 lid 1 BW bepaalt immers dat een transitievergoeding is verschuldigd, indien de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt (en de overeenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd). Volgens de regering is in dit voorbeeld geen transitievergoeding verschuldigd. Door de aanvaarding van een nieuwe arbeidsovereenkomst bij de winnaar van een aanbesteding, wordt het beëindigen dan wel niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst met de oude werkgever namelijk geacht op initiatief van de werknemer te hebben plaatsgevonden. De oude werkgever is bij een aanbesteding geen transitievergoeding verschuldigd, indien de werknemer een arbeids-

tijd biedt volgens De Wolff daartoe de ruimte (D.J.B. de Wolff, 'De (opvolgende) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', *ArbeidsRecht* 2014/49). Zie voor een recent voorbeeld over deze afwijking: Hof 's-Gravenhage 16 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3339, «JAR» 2013/230.

36 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2127, «JAR» 2014, 34 (De Witte/Pekel). Zie voor een uitgebreide annotatie: R.M. Beltzer, 'De uitleg van de Ragetlieregel door de Hoge Raad: better safe than sorry of Klukkluki-aans?', *ARA* 2014-2, p. 50-62 (ook: S. Palm, «JIN» Geannoteerd 2014/1). Omtrent de noodzaak van de Ragetlieregel: S. Palm, 'De noodzaak tot afschaffing van de Ragetlieregel en het inperken van de reikwijdte van de ketenregeling', «TAP» 2012-2, p. 56-61. Zie voor een recente uitspraak op basis van De Witte/Pekel: Ktr. Den Haag 1 oktober 2014, «JAR» 2014/284.

overeenkomst van de nieuwe werkgever accepteert, aldus de regering.<sup>37</sup> Anders gezegd: de overstap vindt voor wat betreft de toepassing van opvolgend werkgeverschap plaats op initiatief van de werkgevers, maar tegelijkertijd ligt het initiatief tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst in relatie tot de verschuldigdheid van de transitievergoeding bij de werknemer. Een ingewikkelde nuance die niet uit wettekst blijkt. Opvolgend werkgeverschap heeft daarmee zelfs een ‘omgekeerd effect’. Opvolgend werkgeverschap vrijwaart de oude werkgever – soms zelfs de concurrent – van de verschuldigdheid van de transitievergoeding en begint daarmee karaktertrekken te vertonen van een contractsoverneming.<sup>38</sup>

Bij de ketenregeling en de transitievergoeding speelt nog de vraag welke voorliggende arbeidsovereenkomsten of dienstjaren meetellen. Zo merkte de regering tijdens de parlementaire behandeling van de invoering van de

andere functie telt dan niet mee. Deze zienswijze doet echter wel afbreuk aan het doel van opvolgend werkgeverschap, te weten: de bescherming van opgebouwde rechten.

#### 4.3 *Het afspiegelingsbeginsel: mens volgt werkplek, tenzij faillissement?*

De Beleidsregels Ontslagtaak UWV geven een eigen uitwerking van opvolgend werkgeverschap. Naast de (aard van de) verrichte werkzaamheden, moet volgens het UWV de locatie waarin de werkzaamheden worden uitgeoefend en bedrijfsmiddelen waarmee de activiteiten worden uitgeoefend, grotendeels ongewijzigd blijven. De beleidsregels lijken ‘mens volgt werkplek’ tot uitgangspunt te nemen. Voor faillissementssituaties bevatten de beleidsregels een uitzondering. Indien de curator de arbeidsovereenkomst van de werknemer ex art. 40 Faillissementswet heeft opgezegd, is opvolgend werkgeverschap uitgesloten. ‘[A]nciënniteitsrechten [kunnen] de doorstartende werkgever ervan (...) weerhouden om bepaalde werknemers van de gefailleerde onderneming een arbeidsovereenkomst aan te bieden’, aldus de beleidsregels. Deze gedachte is ook terug te vinden in de jurisprudentie van het Hof van Justitie over Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van onderneming. Een faillissementsprocedure is – in tegenstelling tot een surseance van betaling – primair gericht op afwikkeling van de boedel. De werkgelegenheid zou volgens het Hof van Justitie bij toepassing van deze richtlijn in gevaar kunnen komen. Potentiële kopers zouden door de toepassing van de richtlijn kunnen worden afgeschrikt.<sup>40</sup> Onduidelijk is hoe het UWV tegen de pre-pack aankijkt. Verdedigbaar is, dat bij een pre-pack niet de afwikkeling van de boedel, maar het behoud van continuïteit van de onderneming (en behoud van werkgelegenheid) het primaire doel is, welk doel zonder een faillissement niet kan worden bereikt.<sup>41</sup> Een faillietverklaring is dan een instrument tot reorganisatie.<sup>42</sup> Deze uitzondering in de beleidsregels voor faillissementssituaties wordt door de ruime toepassing van opvolgend werkgeverschap in relatie tot de transitievergoeding mogelijk van beperktere waarde. Ik verwacht dat de minister deze (uitdrukkelijke) uitzondering onder de WWZ ook niet zal handhaven.

## Opvolgend werkgeverschap vrijwaart de oude werkgever – soms zelfs de concurrent – van de verschuldigdheid van de transitievergoeding

ketenregeling op dat ingeval een uitzendwerknemer na een uitzendperiode in dienst treedt bij de inlener, de periode dat werknemer in dienst was van het uitzendbureau maar nog tewerkgesteld was bij een andere inlener niet meetelt.<sup>39</sup> In het verlengde van dit voorbeeld – en niet specifiek toegespitst op uitzendconstructies – ligt de vraag of het arbeidsverleden bij de vorige werkgever buiten beschouwing blijft voor zover de werknemer wezenlijk andere werkzaamheden verrichtte. Tellen bijvoorbeeld alleen de dienstjaren mee dat de werknemer als verkoopdirecteur bij de vorige werkgever werkzaam was of ook de eerdere jaren toen hij nog verkoper was? Omdat opvolgend werkgeverschap vereist dat min of meer dezelfde arbeid bij de nieuwe werkgever wordt voortgezet, kan worden betoogd dat van het arbeidsverleden bij de vorige werkgever slechts die periode meetelt waarin de werknemer dezelfde arbeid verrichtte. Een eerdere periode bij de vorige werkgever in een volstrekt

37 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, C, p. 14-14 (MvA). Een vergelijkbaar standpunt neemt de regering in over een uitzendkracht die vervolgens bij de inlener in dienst treedt (*Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, 7, p. 73 (NV)).

38 Met betrekking tot de verschuldigdheid van de transitievergoeding is de vraag bij wie de bewijslast rust ten aanzien van het initiatief tot beëindiging. Anders gezegd, moet de werknemer slechts aantonen dat de werkgever heeft opgezegd en is de werkgever vervolgens de transitievergoeding verschuldigd, tenzij de werkgever kan aantonen dat in casu sprake is van opvolgend werkgeverschap? Mijs inziens ligt de bewijslast bij de werknemer, omdat anders een onbalans in de bewijslastverdeling ontstaat. Op de werknemer rust immers ten opzichte van de nieuwe werkgever in ieder geval de bewijslast ten aanzien van de vraag of er sprake is van opvolgend werkgeverschap. Daarnaast beschikt de werknemer in verhouding tot de oude (en nieuwe) werkgever over een informatievoorsprong.

39 *Kamerstukken I* 1998/99, 26 257, 110b, p. 5 (NV). Zie over dit voorbeeld ook: R.A. Koster-Mulder, ‘Opvolgend werkgeverschap en de uitzendovereenkomst’, *ArbeidsRecht* 2015/19.

40 HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55, 135/83, *NJ* 1985/900 (Abels); HvJ EG 25 juli 1991, ECLI:EU:C:1991:326, C-362/89, *NJ* 1994/168 (d’Urso).

41 Zie onder andere: R.M. Beltzer, ‘Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen’, *FIP* 2014/360.

42 Volgens Huffman en Zaal is bij een pre-pack sprake van een overgang van onderneming, omdat het faillissement primair is gericht op voortzetting van de onderneming (P. Huffman & I. Zaal, ‘Insolventie en arbeid: tijd voor een integrale benadering’, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2014/2, p. 47-48; P. Huffman & I. Zaal, ‘De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen’, «TAP» 2014/98). Ook buiten de pre-pack zijn gevallen denkbaar waarin de overgang van de onderneming al voor het faillissement is voorbereid (bijvoorbeeld: Ktr. (vzng.) Leeuwarden 22 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4598, «JAR» 2014/234).

#### 4.4 Termijnen voor uitzendkrachten en recht op aanpassing arbeidsduur: onbekend?

Over opvolgend werkgeverschap in relatie tot de termijnen voor uitzendkrachten en het recht op aanpassing van arbeidsduur is weinig bekend.<sup>43</sup> Art. 7:691 lid 5 BW en de Wet aanpassing arbeidsduur bevatten niet de toevoeging: ‘ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer’. Geldt in dit verband daarom nog steeds de (in veel gevallen: striktere) interpretatie uit het arrest Van Tuinen/Wolters? Voor wat betreft art. 7:691 lid 5 BW pleit een aantal argumenten voor een ruimere uitleg. Allereerst heeft art. 7:691 lid 5 juncto lid 1 BW betrekking op de ketenregeling. Een striktere uitleg van de ketenregeling gedurende de eerste 26 weken van de uitzendarbeid ligt niet voor de hand. De relatief zwakke positie van de uitzendwerknemer zou zelfs een verdergaande bescherming kunnen rechtvaardigen. Ten tweede volgt uit de parlementaire geschiedenis dat de wetgever alleen bij het proeftijdbeding bewust heeft gekozen voor de interpretatie uit Van Tuinen/Wolters. De ratio bij een proeftijdbeding is immers dat een werkgever inzicht moet kunnen verkrijgen in de geschiktheid van de werknemer (en andersom uiteraard) voordat sprake is van een langdurige arbeidsrelatie. Het criterium zodanig banden lijkt hoofdzakelijk bedoeld voor de toerekening van dit inzicht aan een opvolgende werkgever. De met de ketenregeling en art. 7:691 lid 1 en lid 3 BW beoogde flexibiliteit is niet (uitsluitend) bedoeld als ‘proefperiode’.<sup>44</sup> Overigens is, net als bij de ketenregeling, afwijking in een cao ten nadele van werknemers bij opvolgend werkgeverschap via art. 7:691 lid 5 BW mogelijk.<sup>45</sup>

## 5. Samenloop

Door de WWZ moet rekening worden gehouden met meer samenloop van verschillende varianten van opvolgend

werkgeverschap, in het bijzonder bij aanbestedingen en faillissementssituaties. Hier volgen enkele aandachtspunten.

- Proeftijd: een willekeurige derde die bijvoorbeeld een onderdeel van een onderneming van een failliete werkgever overneemt, kan in beginsel rechtsgeldig een proeftijd bedingen in een arbeidsovereenkomst met een werknemer die voorheen in dienst was bij de failliete werkgever (ook al gaat de werknemer exact dezelfde werkzaamheden verrichten). Tussen de failliete werkgever en deze derde bestaan immers niet zodanige banden, dat het inzicht van de oude werkgever in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer in redelijkheid kan worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. Bij diezelfde doorstart is tegelijkertijd mogelijk wel sprake

**Het criterium zodanig banden lijkt hoofdzakelijk bedoeld voor de toerekening van dit inzicht aan een opvolgende werkgever**

van opvolgend werkgeverschap als bedoeld in art. 7:673 lid 4 aanhef en onder b BW. Deze nieuwe werkgever moet bij een proeftijdontslag dus rekening houden met een transitievergoeding. Vergelijkbare gevolgen kunnen zich voordoen bij een aanbesteding van een opdracht aan een andere werkgever (tenzij er sprake is van een overgang van onderneming en de arbeidsovereenkomst op het moment van de overgang nog niet is geëindigd, want dan gaat de werknemer van rechtswege mee over en is een nieuw proeftijdbeding niet geldig).

- Overgangsrecht: tot 1 juli 2015 geldt voor wat betreft de ketenregeling eenzelfde interpretatie van opvolgend werkgeverschap als bij de proeftijd.<sup>46</sup> In het hiervoor genoemde voorbeeld van faillissement of aanbesteding is dus geen sprake van opvolgend werkgeverschap voor wat betreft de ketenregeling, indien de nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaald tijd voor 1 juli 2015 is aangegaan. Voor het recht op een transitievergoeding is met ingang van 1 juli 2015 mogelijk wel alsnog sprake van opvolgend werkgeverschap en tellen de dienstjaren bij vorige werkgever (de failliet of verliezer van de aanbesteding) mee. De nieuwe werkgever heeft dus rechtsgeldig een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gesloten, maar wordt bij het einde van deze arbeidsovereenkomst wel geconfronteerd met een (hoge) transitievergoeding.
- Afspiegelingsbeginsel: op basis van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV tellen dienstjaren bij een vorige werkgever niet mee, indien die werkgever is gefailleerd en werknemers vervolgens hun werkzaamheden hebben voortgezet bij de werkgever die (het onderdeel van) de onderneming heeft voortgezet. Voor de vaststelling van de hoogte van de transitievergoeding en de lengte

43 Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet aanpassing arbeidsduur schreef de regering dat het samentellen van perioden waarin de werknemer arbeid voor verschillende werkgevers verricht, tot doel heeft te voorkomen dat een werkgever ‘door ten aanzien van dezelfde arbeid af te wisselen met een andere werkgever (bijvoorbeeld een uitzendbureau) bewerkstelligt dat de termijn van een jaar niet wordt bereikt’ (Kamerstukken II 1998/99, 26 358, 3, p. 14-15 (MvT)). Grapperhaus 2014 (T&C Arbeidsrecht), art. 7:691 BW, aant. 7, stelt overigens dat opvolgend werkgeverschap als bedoeld in art. 7:691 lid 5 BW vereist dat sprake is van (i) dezelfde soort werkzaamheden, (ii) bij dezelfde inlener en (iii) een onderbreking tussen beide arbeidsovereenkomsten van maximaal zes maanden.

44 De wetgever had bij de invoering van de ketenregeling – en dus ook van art. 7:691 lid 5 BW – meerdere functies voor ogen. Zie hierover in de relatie tot de ketenregeling: S. Palm, ‘De zoektocht naar de juiste interpretatie van opvolgend werkgeverschap na Van Tuinen/Wolters’, *ARA* 2014-1, p. 38 (par. 6.1).

45 Het per 1 juli 2015 geldende art. 7:691 lid 8 BW bepaalt dat bij cao de termijnen als bedoeld in lid 1 en lid 3 kunnen worden verlengd en dat van lid 5 ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken. Omdat lid 5 apart wordt genoemd, neig ik tot de conclusie dat niet alleen van de termijnen, maar ook van het begrip ‘opvolgend werkgeverschap’ kan worden afgeweken. In de memorie van toelichting bij de WWZ schreef de regering overigens dat van het vijfde lid ‘geheel [kan] worden afgeweken’ (Kamerstukken II 2013/14, 33 818, 3, p. 122).

46 Anticipatie op de WWZ lijkt mij niet aannemelijk (vergelijk: Scheidsrecht Gezondheidszorg 25 februari 2015, *AR* 2015-0274).



van opzegtermijn tellen deze jaren op basis van opvolgend werkgeverschap wel mee. Een ontslagronde bij de nieuwe werkgever zou ertoe kunnen leiden dat deze nieuwe werkgever afscheid moet nemen van werknemers die voor wat betreft het afspiegelingsbeginsel over een relatief kort dienstverband beschikken, maar voor de toepassing van de transitievergoeding juist een zeer lang dienstverleden hebben. Ik verwacht dat de minister deze samenloop zal voorkomen door bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel aan te sluiten bij de berekeningsmethodiek en uitleg van opvolgend werkgeverschap onder de transitievergoeding.

- **Relevantie Ragetlieregule:** sinds het arrest Boekenvoordeel/Isik is duidelijk dat een rechtsgeldige opzegging door de curator de toepassing van de ketenregeling niet uitsluit.<sup>47</sup> Anders gezegd, door een opzegging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door de curator behoeft de daarop volgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de opvolgende werkgever weliswaar niet ex art. 7:667 lid 4 en 5 BW voorafgaande opzegging, maar is op grond van art. 7:668a lid 2 BW waarschijnlijk sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd telt immers mee voor ketenregeling. De Ragetlieregule wordt dus overschaduwd door de ketenregeling. Daarnaast is nog van belang dat de Ragetlieregule ook van toepassing is als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door de *werknemer* is opgezegd en vervolgens wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Is deze nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd echter gesloten met een opvolgende werkgever, dan is de Ragetlieregule mogelijk niet van toepassing, omdat voor de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap relevant is bij wie het *initiatief* tot beëindiging van de voorliggende arbeidsovereenkomst is gelegen. (De toepassing van de Ragetlieregule lijkt op een bepaald punt ook te zijn verruimd, omdat art. 7:667 lid 4 BW waarschijnlijk niet langer vereist dat inhoud van de arbeidsovereenkomst grotendeels ongewijzigd blijft.)

- **Bewijslast:** een proeftijd in een opvolgende arbeidsovereenkomst met dezelfde werkgever is nietig, tenzij de werkgever kan aantonen dat de opvolgende arbeidsovereenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden van de werknemer eist. Bij opvolgend werkgeverschap ligt die bewijslast waarschijnlijk bij de werknemer – de werknemer moet aantonen dat sprake is van zodanige banden en wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden.

## 6. Conclusie

De toepassing van opvolgend werkgeverschap is met de WWZ aanzienlijk uitgebreid. In de eerste plaats omdat opvolgend werkgeverschap ook bij de opbouw van de transitievergoeding relevant is. In de tweede plaats doordat de definitie van opvolgend werkgeverschap in veel opzichten is verbreed in vergelijking met de sinds het arrest Van Tuinen/Wolters gehanteerde toets uit de proeftijdjurisprudentie. Opvolgend werkgeverschap lijkt steeds meer uit te gaan van de idee ‘mens volgt werk’ of een overgang van werkzaamheden. Omdat voor het proeftijdbeding en het afspiegelingsbeginsel nog steeds een afwijkende systematiek geldt voor opvolgend werkgeverschap, is een ingewikkelde (en ongewenste) samenloop mogelijk. Ten aanzien van het afspiegelingsbeginsel zal de minister via zijn regelingsbevoegdheid onder art. 7:669 lid 5 aanhef en onder b BW waarschijnlijk voor een betere afstemming zorgen. Bij aanbestedingen en doorstartsituaties dienen opvolgende werkgevers wel rekening te houden met een (hoge) transitievergoeding.



### Over de auteur

Mr. Steven Palm is advocaat bij Ploum Lodder Princen en promovendus aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

<sup>47</sup> HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3782, «JAR» 2006/190 (Boekenvoordeel/Isik); Hof 's-Gravenhage 3 maart 2009, LJN BH5977, «JAR» 2009/108; Ktr. Apeldoorn 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY3283; Ktr. Amsterdam (vzng.) 28 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529, «JAR» 2013/182; Ktr. Utrecht 2 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1755, «JAR» 2014/152.