

# 362. De transitievergoeding en aanbestedingsprocedures: een eerlijke verdeling van de schulden?

MR. S. PALM

Artikel 7:673 BW biedt weinig ruimte voor nuance. Bij een werkgeverswissel als gevolg van een aanbestedingsprocedure zou deze rigide norm tot een oneerlijke verdeling van verplichtingen kunnen leiden. Dit artikel richt zich op de argumenten voor een evenwichtigere toepassing van artikel 7:673 BW bij elkaar opvolgende werkgevers als gevolg van een aanbestedingsprocedure.

## 1. Inleiding

Artikel 7:673 BW biedt weinig ruimte voor nuance. Een werknemer heeft recht op een transitievergoeding of niet. En voor de vaststelling van de hoogte van de transitievergoeding zijn alleen de duur van de (opvolgende) arbeidsoverkomst(en) en het loon relevant. Bij een werkgeverswissel als gevolg van een aanbestedingsprocedure zou deze rigide norm tot een oneerlijke verdeling van verplichtingen kunnen leiden. Dit artikel richt zich op de argumenten voor een evenwichtigere toepassing van artikel 7:673 BW bij elkaar opvolgende werkgevers als gevolg van een aanbestedingsprocedure, in het bijzonder in gevallen waarin werknemers hun werkzaamheden slechts kunnen voortzetten voor een kleinere urenomvang en/of een lager salaris.

Bij de behandeling van deze argumenten blijven buiten beschouwing de aanbestedingsprocedures die (tevens) zijn aan te merken als een overgang van onderneming bedoeld in artikel 7:662 BW en/of een overgang van een concessie op grond van artikel 37 Wet personenvervoer 2000. Evenmin worden de situaties besproken waarin een collectieve arbeidsovereenkomst dwingend voorschrijft dat de winnaar van de aanbesteding een opvolgende – en qua rechten en verplichtingen: gelijklopende – arbeidsovereenkomst aan de werknemers moet aanbieden.

## 2. Artikel 7:673 BW: een systeem zonder grondslag

Artikel 7:673 lid 1 BW bepaalt – onder meer – dat een werknemer recht heeft op een transitievergoeding indien de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en de arbeidsovereenkomst (i) door de werkgever is opgezegd, (ii) door de rechter op verzoek van de werkgever wordt ontbonden of (iii) van rechtswege is geëindigd. Bij een einde van rechtswege is de transitievergoeding slechts

verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever niet aansluitend is voortgezet en voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst geen opvolgende arbeidsovereenkomst is aangegaan.<sup>1</sup> Artikel 7:673 BW is – zo op het eerste oog – een *hard and fast rule* met weinig ruimte voor een afweging van alle omstandigheden van het geval.<sup>2</sup>

Volgens de regering dient de transitievergoeding ter opvang van de financiële gevolgen van het ontslag en als ondersteuning in de transitie naar een andere baan.<sup>3</sup> Dit hybride doel is in wezen een vorm van nadeelcompensatie, maar het doel verklaart niet *waarom* de werkgever die compensatie moet betalen. Die compensatie zou ook via publieke middelen kunnen worden gefinancierd.<sup>4</sup> Qua

- 1 Art. 7:673 lid 1 BW vereist tevens dat die opvolgende arbeidsovereenkomst tussentijds opzegbaar is en ingaat na een tussenpoos van ten hoogste zes maanden. Als de arbeidsrelatie op een termijn van maximaal zes maanden wordt voortgezet, is de werknemer weer verzekerd van werk, aldus de regering. In een dergelijke situatie zag de regering geen reden om een transitievergoeding toe te kennen (*Kamerstukken II 2014/15, 34108, 10, p. 3-4* (tweede nota van wijziging)). De parlementaire behandeling wijst wel uit dat een werknemer recht heeft op een transitievergoeding, indien de aangeboden arbeidsovereenkomst niet "gelijkwaardig of beter" is (*Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 39* (MvT)).
- 2 Zie over de gevolgen van *hard and fast rules* onder de Wet werk en zekerheid: S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2014, <http://hdl.handle.net/1887/32200>.
- 3 *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 38* (MvT). Aldus ook: *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 69* (NV); A.R. Houweling (red.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag; Boom Juridische uitgever, p. 696-699; P. de Casparis, *Flexibele arbeidsrelaties*, C.40.8.2, laatst bijgewerkt op 8 september 2016.
- 4 Beltzer merkt op dat de grondslag voor de transitievergoeding schimmig is (R.M. Beltzer, 'Waarom zijn we normaal gaan vinden wat niet normaal is?', *ArA 2015-4*, p. 43). Zie over de grondslagen van de ontslagvergoeding onder meer: A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2009; C.J. Loonstra, 'De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen', *ArbeidsRecht 2001*, 43; J.P.H. Zwemmer, 'De

motivering kwam de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid niet veel verder dan een algemene verwijzing naar een zorgplicht op grond van goed werkgeverschap.<sup>5</sup> Een nieuw conceptwetsvoorstel bevat voor een ‘ontslag om persoonlijke redenen’ een aanvullende motivering. Het concept betreft een voorstel van wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid. (Ten tijde van het schrijven van dit artikel was dit concept online te raadplegen, maar niet op de website van de Rijksoverheid.<sup>6</sup>) De regering schrijft in dit concept dat “bij ontslagen om persoonlijke redenen de transitievergoeding mede bedoeld is als compensatie voor eventuele verwijtbaarheid aan het ontslag van de zijde van de werkgever en daarmee tevens als stimulans voor een individuele werkgever om zorgvuldig met zijn personeel om te gaan”. Bij een ontslag om persoonlijke redenen is volgens de regering derhalve de eventuele verwijtbaarheid een rechtvaardiging voor het feit dat de werkgever de kosten van de transitievergoeding moet dragen, ongeacht of daadwerkelijk sprake is van verwijtbaarheid.

Het doel achter de transitievergoeding vormt evenmin een verklaring – laat staan: een rechtvaardiging – waarom de hoogte afhankelijk is van de duur van de arbeidsovereenkomst (en het salaris). Anciënniteit is immers als zodanig geen recht van een werknemer dat bescherming verdient en evenmin een rechtsbeginsel. De veelgebruikte aanduiding ‘anciënniteitsbeginsel’ is misleidend; de verheffing van ‘het aantal dienstjaren’ tot een rechtsbeginsel leidt af van de vraag waarom rechtsgevolgen moeten worden verbonden aan de duur van een arbeidsovereenkomst.

De wetgever heeft bewust gekozen voor een scherpe regel. De regering beoogt daarmee discussies over de verwijtbaarheid van het ontslag tot een minimum te beperken. Die beperking vereenvoudigt het ontslagrecht en voorkomt procedures.<sup>7</sup> Bij een werkgeverswissel als gevolg van een aanbestedingsprocedure speelt verwijtbaarheid meestal geen rol, althans in mindere mate. De vraag is veeleer of de werknemer zijn werkzaamheden volledig of gedeeltelijk kan voortzetten en tegen welk salaris. In die situaties leidt een nuancering op de strikte systematiek van artikel 7:673 BW niet per definitie tot eindeloze discussies over verwijtbaarheid. Een genuanceerde benadering zou dus niet per se in strijd zijn met de bedoeling van de wetgever. De vraag welke uitzonderingen of nuancerings bij aanbestedingen

gerechtvaardigd zijn, hangt echter mede af van de grondslagen achter het systeem van artikel 7:673 BW. En in die toelichting op de grondslagen schiet de wetgever tekort. Artikel 7:673 BW is een strak systeem, maar zonder een duidelijke grondslag voor de afzonderlijke factoren.

### 3. Bescherming van de werknemer bij aanbestedingen

Indien werknemers na een aanbestedingsprocedure hun werkzaamheden bij de winnaar van de aanbesteding kunnen voortzetten, is in beginsel sprake van opvolgend werkgeverschap als bedoeld in artikel 7:673 lid 4 onderdeel b laatste volzin BW.<sup>8</sup> De winnaar van een aanbesteding moet bij een eventueel toekomstig ontslag daarom rekening houden met de dienstjaren die de werknemer bij de voorliggende werkgever(s) heeft doorgebracht. Verdedigbaar is dat een werkgeverswissel voor de werknemer niet negatief zou mogen uitpakken, omdat hij in wezen hetzelfde werk blijft doen voor een formeel andere werkgever. Een dergelijk standpunt heeft de Stichting van de Arbeid in de opmars naar de Wet werk en zekerheid ingenomen.<sup>9</sup> Echter, opvolgend werkgeverschap

### Het doel achter de transitievergoeding vormt geen verklaring waarom de hoogte afhankelijk is van de duur van de arbeidsovereenkomst

brengt geen gedwongen contractsovergang mee, noch een verplichting voor de nieuwe werkgever om een gelijklopende of gelijkwaardige arbeidsovereenkomst aan te bieden. De winnaar van een aanbesteding is dus vrij in zijn keuze om een arbeidsovereenkomst aan te bieden aan een werknemer die als gevolg van een aanbesteding boventallig is geworden. Die keuzevrijheid geldt ook ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden en arbeidsomvang. Alleen door een overgang van onderneming bedoeld in artikel 7:662 BW, een overgang van een concessie op grond van artikel 37 Wet personenvervoer 2000 of een

ontslagvergoeding en de corrigerende werking van arbeidsmarktperspectieven’, *ArbeidsRecht* 2007, 47.

5 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 38 (MvT); *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 73 (NV).

6 Via de website [www.vaan.ar-updates.nl](http://www.vaan.ar-updates.nl) (onder het kopje ‘wetgeving’) is een concept te raadplegen van het voorstel van wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid (<https://assets.budh.nl/updates/wetgeving/concept-wetsvoorstel-transitievergoeding-wwz.pdf>). Bij de Tweede Kamer is – ten tijde van het schrijven van dit artikel – derhalve (nog) geen wetsvoorstel ingediend.

7 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 64-65 (NV).

8 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 8, p. 15 (nota van wijziging); *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 14 en 105 (MvA); *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 4 (NV); R. Schepers & E.C. van Fenema, ‘Transitievergoeding bij contracts- en werkgeverswissel: doorrekenen of afrekenen?’, *ArbeidsRecht* 2016, 36; S. Palm, ‘Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht’, *TAP* 2015/117.

9 “Bij aanbesteding, uitbesteding of (schijn)faillissement volgen de werknemers, die het betreffende werk doen, het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden. Bezien zal worden of, en zo ja hoe, de Wet overgang van onderneming moet worden aangepast”, aldus het: *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020. Verantwoordelijkheid nemen én dragen, kansen creëren én benutten* (notitie van 11 april 2013, Stichting van de Arbeid), p. 24, [www.stvda.nl](http://www.stvda.nl) > Publicaties > Akkoord, Convenant en Verklaring > 2013. Het kabinet lijkt die visie slechts in een afgezwakte vorm te delen. In de brief van 11 april 2013 merkt de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op dat in relatie tot aanbestedingen zal worden “bezien of er aanleiding is tot het aanpassen van de regels inzake overgang van ondernemingen” (*Kamerstukken II* 2012/13, 33566, 15, p. 18, nr. 56).

verplichting in een collectieve arbeidsovereenkomst wordt de werknemer daadwerkelijk meer bescherming geboden.<sup>10</sup> De bescherming via opvolgend werkgeverschap is dus relatief beperkt.

#### 4. Uitzondering op de toekenning van de transitievergoeding

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat opvolgend werkgeverschap tijdens een aanbestedingsprocedure mogelijk ook een 'neveneffect' heeft. De regering nam namelijk tijdens de parlementaire behandeling van artikel 7:673 BW het standpunt in dat werknemers die hun werkzaamheden bij de winnaar van een aanbesteding voortzetten jegens de verliezer van de aanbesteding geen aanspraak kunnen maken op een transitievergoeding, ook niet als hun vorige werkgever – de verliezer – de arbeidsovereenkomst formeel opzegt (en dus aan de formele criteria van artikel 7:673 BW is voldaan). De wetsgeschiedenis wijkt op dit punt dus af van de tekst van artikel 7:673 BW.<sup>11</sup> De wet vereist immers slechts een formele opzegging.<sup>12</sup> Opvolgend werkgeverschap vertoont als gevolg van dit neveneffect veel trekken van een overgang van een voorwaardelijke verplichting.<sup>13</sup> Immers, wat is het verschil tussen enerzijds een contractuele verplichting tot betaling van een vergoeding bij ontslag, waarbij rekening wordt gehouden met dienstjaren; welke verplichting bijvoorbeeld via artikel 7:663 BW overgaat op een andere werkgever, en anderzijds de toepassing van artikel 7:673 lid 4 BW als gevolg waarvan het arbeidsverleden bij de vorige

werkgever meetelt voor de transitievergoeding? Deze uitzondering op artikel 7:673 BW leidt tot onduidelijkheid over de verschuldigdheid van reeds uitbetaalde transitievergoedingen. Is een door de voormalige werkgever reeds uitbetaalde transitievergoeding onverschuldigd betaald, ingeval de werknemer bij de opvolger zijn werkzaamheden voortzet? Betoogd zou kunnen worden dat het recht op de transitievergoeding (alsnog) komt te vervallen op het moment dat de werknemer een arbeidsovereenkomst sluit met de winnaar van de aanbesteding en zijn werkzaamheden aldaar voortzet.<sup>14</sup> De regering nam bijvoorbeeld tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid tot uitgangspunt dat een als gevolg van een opzegging uitbetaalde transitievergoeding als onverschuldigd betaald moet worden aangemerkt indien deze opzegging later in rechte wordt vernietigd.<sup>15</sup> Die redenering kan wellicht analoog worden toegepast bij een werkgeverwissel na een aanbestedingsprocedure, zelfs al komt de arbeidsovereenkomst met de opvolgende werkgever tot stand na de opzegging door de vorige werkgever. Een verschil is uiteraard wel dat bij een aanbestedingsprocedure de opzegging niet door een rechter wordt vernietigd. Ook zou in artikel 7:673 lid 5 BW juist de bevestiging kunnen worden gelezen dat een transitievergoeding niet onverschuldigd is betaald. Op grond van artikel 7:673 lid 5 BW kan een eerder betaalde transitievergoeding in mindering worden gebracht op een eventuele transitievergoeding die dezelfde werkgever of – in geval van opvolgend werkgeverschap – de opvolgende werkgever op een later moment is verschuldigd. In ieder geval dwingt die onzekerheid een verliezer van de aanbesteding mogelijk tot een zo lang mogelijk uitstel van de betaling van een transitievergoeding.

#### 5. Uitzondering op de uitzondering of een beoordeling van het 'initiatief'

Op de door de regering beoogde uitzondering heeft de Rechtbank Midden-Nederland vervolgens weer een uitzondering aangebracht. Volgens de rechtbank nam de regering tijdens de parlementaire behandeling namelijk tot uitgangspunt dat de werknemers hun werkzaamheden tegen een gelijk loon en eenzelfde urenomvang kunnen voortzetten; in een dergelijke situatie lijden de werknemers als gevolg van de aanbestedingsprocedure geen inkomens-

10 Zie over de wenselijkheid van meer werknemersbescherming bij aanbestedingsprocedures: 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*, i.h.b. p. 35, 42 en 65; Rapport RebelGroup Advisory 2005, *Juridisch-technische toetsing van de Wet personenvervoer 2000*, i.h.b. p. 14 en 20 (bijlagen bij *Kamerstukken II 2005/06*, 30421, 1); S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap en anciënniteit', *ArA* 2015-3, 29, voetnoot 72.

11 *Kamerstukken I 2013/14*, 33818, C, p. 14-15 (MvA); *Kamerstukken I 2013/14*, 33818, E, p. 6-7 en 12 (NV). Een vergelijkbaar standpunt neemt de regering in over een uitzendkracht die vervolgens bij de inlener in dienst treedt (*Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 7, p. 73 (NV)). Aldus ook: J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 210-212; R.M. Beltzer e.a., *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 39-40; F.G. Laagland & I. Lintsen, 'Werkgeverschap in concernverhoudingen', *TRA* 2016/13; P. de Casparis, *Flexibele arbeidsrelaties*, C.40.8.2, laatst bijgewerkt op 8 september 2016; S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht', *TAP* 2015/117.

12 Zie echter ook: Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2590 (hoger beroep van Rb. Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2465, «JAR» 2016/144); Rb. Den Haag 9 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10561.

13 Een transitievergoeding betreft overigens geen voorwaardelijke verbintenis als bedoeld in art. 6:21 BW. Het recht op een transitievergoeding vloeit immers voort uit de wet en niet uit een rechtshandeling (vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I\* 2012/162).

14 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/428.

15 *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 3, p. 39 en 117 (MvT); D.M.A. Bij de Vaate, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:681 BW, aantekening 2.2, laatst bijgewerkt op 18 december 2015. Bij een beschikking tot herstel van de arbeidsovereenkomst lijkt dat minder eenvoudig, aangezien de wet niet voorziet in een terugbetalingsverplichting van de transitievergoeding in geval van herstel van de arbeidsovereenkomst. Van Tuyl van Serooskerken wijst hier ook op (Hof Den Bosch 30 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2643, «JAR» 2016/196, m.nt. C.F.J. van Tuyl van Serooskerken). A.R. Houweling (red.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 718, nemen tot uitgangspunt dat een herstel niet leidt tot een terugbetaling.

verlies.<sup>16</sup> In de casus van de Rechtbank Midden-Nederland moet de verliezer van de aanbesteding de – volledige – transitievergoeding betalen, omdat de werknemers bij de nieuwe werkgever zijn gaan werken voor een kleinere urenomvang en een lager loon.

Hoewel de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland lijkt te zijn bedoeld om werknemers te beschermen, wijst Stamhuis op de eventuele negatieve gevolgen voor werknemers als gevolg van deze uitspraak. Mogelijk gaan winnaars van een aanbesteding juist een lager salaris en/of kleinere arbeidsomvang aan werknemers aanbieden om zodoende hun risico op een toekomstige betaling van een transitievergoeding deels af te wentelen op de oude werkgever.<sup>17</sup> Een gevolg dat de wetgever juist beoogt te voorkomen.

Nadien heeft ook het Hof Den Bosch geoordeeld dat opvolgend werkgeverschap niet aan een ‘tussentijdse’ uitbetaling van de transitievergoeding in de weg staat. Anders dan de Rechtbank Midden-Nederland richt het hof zich niet op de vraag of de werknemer zijn werkzaamheden tegen een gelijke arbeidsomvang en/of een gelijk loon kan voortzetten. Voor de toekenning van een transitievergoeding is op grond van artikel 7:673 lid 1 BW doorslaggevend op wiens initiatief de arbeidsovereenkomst is geëindigd, aldus het hof. Opvolgend werkgeverschap kan een belangrijke aanwijzing zijn ter ondersteuning van de conclusie dat het initiatief bij de werknemer ligt. In de aan het hof voorgelegde casus kon de werknemer via een ander uitzendbureau dezelfde werkzaamheden bij dezelfde inlener voortzetten. Een situatie waarin voor de toepassing van artikel 7:673 BW zeer waarschijnlijk sprake is van opvolgend werkgeverschap. De arbeidsovereenkomst met het vorige uitzendbureau (de eerste werkgever) liep van rechtswege af. De verloren opdracht was volgens het hof echter niet de reden dat de eerste werkgever de arbeidsovereenkomst niet heeft verlengd. De eerste werkgever bood geen nieuwe arbeidsovereenkomst aan, omdat hij geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wenste aan te gaan. De wens tot een beëindiging van de arbeidsverhouding lag daarom bij de eerste werkgever en niet bij de werknemer. Het hof merkt in zijn uitspraak ook nog op dat een ruime toepassing van het neveneffect van opvolgend werkgeverschap tot gevolg heeft dat de eerste werkgever nooit een transitievergoeding hoeft te betalen. Het vijfde lid van artikel 7:673 BW zou dan zinledig zijn.<sup>18</sup>

De rechtsgevolgen van de beschikking van het Hof Den Bosch kunnen in de praktijk door de eerste werkgever wellicht (te) eenvoudig worden ontweken. De eerste werkgever kan gemakkelijk meedelen dat de reden voor de beëindiging, althans het niet voortzetten van de ar-

beidsovereenkomst, is gelegen in de verloren opdracht of aanbesteding. Hoe achterhaalt een rechter vervolgens de werkelijke reden van de werkgever? Alleen als de verliezer van een aanbestedingsprocedure de werknemer de gelegenheid biedt zijn arbeidsovereenkomst voort te zetten (bijvoorbeeld door hem te plaatsen op een andere aanbesteding van diezelfde werkgever) en de werknemer stapt toch over, ligt het initiatief tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst daadwerkelijk bij de werknemer. Zo'n verstrekkende conclusie heeft het hof – vooralsnog – niet getrokken.

De gedachte om bij het einde van de arbeidsovereenkomst een transitievergoeding te betalen – ook al zet de werknemer zijn werkzaamheden bij de winnaar van de aanbesteding voort – lijkt beter aan te sluiten bij systematiek van artikel 7:673 BW. Bij de vaststelling van het recht op de transitievergoeding wordt immers op geen enkele wijze

### Is een door de voormalige werkgever reeds uitbetaalde transitievergoeding onverschuldigd betaald, ingeval de werknemer bij de opvolger zijn werkzaamheden voortzet?

rekening gehouden met de gevolgen van het ontslag in een concreet geval (met uitzondering van de tijdig aangeboden verlenging als bedoeld in artikel 7:673 lid 1 onderdeel a onder 3 BW). Een werknemer met een uitstekende arbeidsmarktpositie, die daadwerkelijk direct na zijn ontslag een baan elders vindt, ontvangt ook een transitievergoeding. Het neveneffect van opvolgend werkgeverschap is daarom een opmerkelijke uitzondering. Ook Schepers en Fenema zijn voor een vaste ‘tussentijdse’ uitbetaling van een transitievergoeding bij werkgeverswissels als gevolg van een aanbestedingsprocedure (zie over hun suggestie: paragraaf 9 van dit artikel). Maar wordt door een tussentijdse uitbetaling de last tussen elkaar opvolgende werkgevers wel eerlijk verdeeld?

### 6. (On)eerlijke verdeling tussen elkaar opvolgende werkgevers?

De vraag is of het redelijk is dat de verliezer van de aanbesteding de volledige last van de betaling van de transitievergoeding moet dragen, terwijl de nieuwe werkgever gebruiktmaakt van zijn voormalige werknemers, zij het mogelijk voor minder uren en/of een lager salaris. Zou het redelijk zijn als de verliezer vervolgens (een deel van) de transitievergoeding op de winnaar van de aanbesteding kan verhalen? Artikel 7:673 BW biedt daartoe als zodanig geen grondslag. Een beroep op ongerechtvaardigde verrijking ex artikel 6:212 BW lijkt evenmin eenvoudig. Want waaruit bestaat de verrijking van de opvolgende werkgever? Betoogd zou kunnen worden dat bij een ontslag de investeringen van de werknemer in specifieke – op de onderneming van vorige werkgever toegespitste – kennis en vaardigheden (ook wel aangeduid als *firm-specific skills*) in beginsel hun waarde verliezen. Die verloren investeringen

16 I.h.b. r.o. 4.9-4.11 van Rb. Midden-Nederland 25 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2901, «JAR» 2016/153, m.nt. A.M. Helstone, *TRA* 2016/72, m.nt. J.N. Stamhuis, «JOR» 2016/254, m.nt. E. Loesberg.

17 J.N. Stamhuis, 'Verschuldigdheid transitievergoeding na werkgeverswisseling (nadat een vervoersopdracht aan een ander vervoersbedrijf is gegund)', *TRA* 2016/72.

18 Hof Den Bosch 27 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4808, i.h.b. r.o. 3.14-3.16.

moeten worden gecompenseerd, zo kan worden gesteld. Bij opvolgend werkgeverschap gaan die investeringen wellicht niet verloren, althans niet volledig. In sommige gevallen is het denkbaar dat de winnaar van een aanbesteding van de bedrijfsspecifieke kennis en vaardigheden van de werknemer kan profiteren, bijvoorbeeld als de klanten en systemen zijn overgegaan en de werknemer met dezelfde personen samenwerkt. (Dergelijke gevallen vertonen veel gelijkenissen met een overgang van onderneming.) Naast de opvolgende werkgever kan ook de werknemer in een dergelijk geval (in ieder geval deels) blijven profiteren van de investeringen.<sup>19</sup>

Het verlies van die verloren investeringen valt echter moeilijk te rijmen met het (hybride) doel van de transitievergoeding. Wellicht zou de compensatie voor verloren investeringen kunnen worden geschaard onder het tweede doel van de transitievergoeding, te weten de financiële ondersteuning bij de transitie naar een andere baan. Maar die transitie heeft al plaatsgevonden of – in geval van voortzetting voor een beperkt aantal uren – gedeeltelijk plaatsgevonden. Daarnaast is het de vraag of het profijt door de opvolgende werkgever van deze investering kan worden beschouwd als een verrijking die ten koste van de vorige werkgever is gegaan; ontslag bij de verliezer is in veel gevallen immers onafwendbaar. Bovendien is een geslaagd beroep op artikel 6:212 BW onlogisch. Voor zover de transitievergoeding een compensatie is voor *verloren* – niet terug te verdienen – investeringen in *firm-specific skills* kan geen sprake zijn van een verrijking door de nieuwe werkgever. En voor zover de investeringen na de werkgeverswissel niet verloren zijn gegaan, vervalt überhaupt de rechtvaardiging voor de toekenning van een volledige transitievergoeding op het moment van de werkgeverswissel. Een eerlijkere verdeling tussen beide werkgevers kan wellicht beter worden bereikt door een gedeeltelijke – *pro rata* – betaling van de transitievergoeding tijdens de werkgeverswissel, namelijk in gevallen waarin de werknemer bij de opvolgende werkgever een lager salaris ontvangt. Een *pro rata*-betaling sluit in ieder geval beter aan op de in paragraaf 4 geopperde gedachte van onverschuldigde betaling.<sup>20</sup> Een *pro rata*-betaling past echter niet bij de zienswijze van het Hof Den Bosch. Volgens het hof is namelijk niet de achteruitgang van het loon doorslaggevend, maar de vraag op wiens initiatief de arbeidsovereenkomst

is geëindigd. Binnen die visie lijkt weinig ruimte voor een *pro rata*-betaling. Op de argumenten voor een *pro rata*-betaling wordt in paragraaf 8 nader ingegaan.

Bij een volledige tussentijdse betaling kan een opvolgende werkgever, die een lager salaris betaalt, door de toepassing van artikel 7:673 lid 5 BW vervolgens ook ten nadele van de werknemer profiteren, zo zal hierna blijken. Anders gezegd, zowel de vorige werkgever als de werknemer worden in sommige gevallen door een volledige tussentijdse betaling benadeeld.

## 7. De onwenselijke gevolgen van artikel 7:673 lid 5 BW

Op grond van artikel 7:673 lid 5 BW kan een werkgever een reeds betaalde transitievergoeding in mindering brengen op een eventueel in de toekomst te betalen transitievergoeding. Indien sprake is van opvolgend werkgeverschap, kan de opvolgende werkgever dus ook de door de vorige werkgever reeds betaalde transitievergoeding in mindering brengen. De gedachte is dat moet worden voorkomen dat een werknemer ‘dubbel vangt’.<sup>21</sup> Door de toepassing van artikel 7:673 lid 5 BW kan een ‘tussentijdse’ uitbetaling van de transitievergoeding bij een werkgeverswissel nadelige effecten hebben voor werknemers. Indien werknemers hun eigen werkzaamheden bij de winnaar van de aanbesteding kunnen voortzetten – maar voor een kleinere arbeidsomvang en een lager loon – is waarschijnlijk nog steeds sprake van opvolgend werkgeverschap. (Uiteraard kan men zich afvragen of nog sprake zou moeten zijn van opvolgend werkgeverschap indien de arbeidsomvang van de werknemers wordt gehalveerd.<sup>22</sup>) De winnaar van de aanbesteding moet op grond van artikel 7:673 lid 4 aanhef en onder b BW voor de vaststelling van de transitievergoeding bij een toekomstig ontslag rekening houden met de dienstjaren bij de vorige werkgever. Op grond van artikel 7:673 lid 5 BW kan de opvolgende werkgever vervolgens wel de door de vorige werkgever betaalde transitievergoeding in mindering brengen op de door de opvolgende werkgever te betalen transitievergoeding.

19 Zie over het verband tussen *firm-specific skills* en ontslag onder meer: J.M. Barendrecht, ‘Civielrechtelijke ontslagbescherming?’, *TVVS* 1994/14; J.M. Barendrecht, ‘Een verfijndere kantonrechttersformule: 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 (ook online [www.wvr.nl](http://www.wvr.nl)); 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; S. Palm, ‘Opvolgend werkgeverschap en anciënniteit’, *ArA* 2015-3, 24-27.

20 Bij een volledige betaling zou vanuit het perspectief van de onverschuldigde betaling meer zijn betaald dan verschuldigd is (Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/426).

21 A.R. Houweling (red.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag; Boom Juridische uitgevers, p. 704; W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2015/§ 33.3, laatst bijgewerkt op 9 juli 2015. Bij de vermindering op grond van het vijfde lid gaat het om de door de vorige werkgever betaalde transitievergoeding, maar zonder de kosten die vorige werkgever op grond van art. 7:673 lid 6 BW van de te betalen transitievergoeding heeft afgetrokken (*Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 95 (MvA)).

22 Een lager salaris lijkt voor de toepasselijkheid van opvolgend werkgeverschap in ieder geval niet relevant (S. Palm, ‘Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht’, *TAP* 2015/117, par. 3 en voetnoot 15). Echter, uit HvJ EU 8 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:133, C-251/11, «*JAR*» 2012/117 (*Huet/Université de Bretagne*) blijkt dat de contractsvrijheid qua arbeidsvoorwaarden onder de ketenregeling niet onbeperkt is. Mogelijk is dit ook relevant voor opvolgend werkgeverschap (bijv.: Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2683, r.o. 4.17). Het Hof Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:476, lijkt in zijn oordeel een gelijkblijvend loon wel mee te wegen bij de beoordeling of sprake is van opvolgend werkgeverschap (r.o. 6.5).

Stel, een werknemer werkt eerst drie jaar tegen een loon van € 2.000 per maand. Nadat de werkgever de aanbesteding verliest, wordt de werknemer ontslagen. Hij ontvangt – conform de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland – een transitievergoeding van € 2.000, want bij de winnaar van de aanbesteding zet hij zijn werkzaamheden voort voor een gehalveerde arbeidsomvang en tegen een salaris van € 1.000 per maand. Als de opvolgende werkgever vervolgens na drie jaar ook de arbeidsovereenkomst opzegt, ontvangt de werknemer geen transitievergoeding. De opvolgende werkgever moet weliswaar de transitievergoeding over zes jaar berekenen (hetgeen neerkomt op een vergoeding van € 2.000), maar hij mag op die vergoeding conform artikel 7:673 lid 5 BW de eerder betaalde transitievergoeding in mindering brengen. De transitievergoeding wordt aldus op nihil vastgesteld.

De strikte systematiek van artikel 7:673 BW kan dus onrechtvaardig uitpakken voor zowel de oude werkgever (die een volledige transitievergoeding moet betalen, terwijl sprake is van een gedeeltelijke voortzetting) als de werknemer (die op termijn via lid 5 wellicht toch benadeeld wordt). Zoals hiervoor al kort aangestipt, de oplossing bij een gedeeltelijke voortzetting van dezelfde werkzaamheden, en dus tegen een lager salaris, is mogelijk een pro rata-betaling dan wel een vermindering pro rata. (De systematiek van een pro rata-betaling of een vermindering pro rata kan ook worden gebruikt als alleen het loon wordt verlaagd, maar de arbeidsomvang hetzelfde blijft.)

## 8. Een eerlijkere verdeling: pro rata-betaling of vermindering pro rata?

De vraag is welke optie beter past bij de systematiek en – voor zover die bekend zijn – de grondslagen van artikel 7:673 BW: (i) een pro rata tussentijdse betaling van de transitievergoeding door vorige werkgever, zonder een latere vermindering ex artikel 7:673 lid 5 BW of (ii) een volledige tussentijdse betaling door de vorige werkgever, maar vervolgens slechts een vermindering van een pro rata-deel van die tussentijdse betaling bij een eventueel ontslag door de opvolgende werkgever? De wettekst en parlementaire geschiedenis wijzen noch in de richting van een pro rata-betaling noch in de richting van een vermindering pro rata.

Bij een pro rata-betaling draagt de oude werkgever in wezen een potentiële ‘schuld’ over aan de nieuwe werkgever. Of de overdracht van een potentiële schuld gerechtvaardigd is, hangt af van de ratio achter de transitievergoeding, bijvoorbeeld: (i) is een transitievergoeding inderdaad (mede) bedoeld als compensatie van investeringen in *firm-specific skills* die door ontslag hun waarde kunnen verliezen en (ii) kan een werknemer in een concreet geval bij de opvolgende werkgever toch gebruik blijven maken van zijn *firm-specific skills*, bijvoorbeeld omdat de opvolgende werkgever het klantenbestand en specifieke bedrijfsonderdelen heeft overgenomen? Indien beide voorvragen bevestigend kunnen worden beantwoord, zou dat een

rechtvaardiging kunnen zijn voor een pro rata-betaling van de transitievergoeding door de eerste werkgever. Voor de helft van de arbeidstijd kan de werknemer zijn *firm-specific skills* nog gebruiken en kan de opvolgende werkgever daarvan profiteren. (Overigens, zou alleen de tweede voorvraag ontkennend worden beantwoord dan is dat wellicht een argument om in een concreet geval überhaupt geen opvolgend werkgeverschap aan te nemen.)

Een pro rata-betaling door de oude werkgever past gevoelsmatig ook beter bij de gedachte dat een werknemer slechts ‘de helft van zijn baan of salaris’ verliest. Daarnaast is de transitie naar ander werk deels wel geslaagd. In relatie tot het zogeheten ‘deeltijdontslag’ is deze mogelijkheid zelfs door de regering in een informatiebrochure genoemd. Ook Allegra pleit in relatie tot deeltijdontslag voor een pro rata-

## Zowel de vorige werkgever als de werknemer worden in sommige gevallen door een volledige tussentijdse betaling benadeeld

betaling.<sup>23</sup> Zoals in het begin van deze paragraaf opgemerkt, leidt een pro rata-betaling alleen tot een evenwichtiger verdeling in relatie tot de werknemer, indien dit pro rata betaalde deel vervolgens niet ex artikel 7:673 lid 5 BW op een latere transitievergoeding in mindering mag worden gebracht.

Tegen een pro rata-betaling – en daarmee voor een vermindering pro rata – kan worden ingebracht dat een werknemer bij een gedeeltelijke voortzetting van zijn werkzaamheden in een bijzonder nadelige positie terecht komt. Door de halvering van zijn werkzaamheden lijdt hij inkomensverlies. Daarnaast wordt de werknemer door het inkomensverlies mogelijk gedwongen om een tweede baan te zoeken. Bij die zoektocht naar een tweede baan heeft hij wellicht zijn gehele transitievergoeding nodig. Ook kan hij ertoe worden gedwongen om elders een fulltime baan te accepteren, met alle onzekerheden van dien, zoals een proeftijd, een lager startsalarij en een volledig verlies van anciënniteit. Een eventuele vermindering pro rata, indien de werknemer bij de opvolgende werkgever een lager salaris ontvangt, zou ook beter aansluiten bij de hiervoor genoemde beschikking van het Hof Den Bosch. Een andere verdeling via een pro rata-betaling of een vermindering pro rata leidt niet in alle gevallen tot dezelfde uitkomsten. Denk aan een werkgever die failliet gaat of aan wie surseance van betaling is verleend als gevolg van een verloren aanbesteding. Die werkgever hoeft op grond van artikel 7:673c BW geen transitievergoeding te betalen.<sup>24</sup> De opvolgende werkgever kan dan niets in mindering brengen. Ook is het mogelijk dat de vorige werkgever op grond

23 C.S.M. Allegra, ‘Deeltijdontslag en transitievergoeding: is bij deeltijdontslag de gehele transitievergoeding verschuldigd?’, *ArbeidsRecht* 2016, 13; Brochure van ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *De transitievergoeding*, [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl).

24 Bijv.: Rb. Oost-Brabant 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4849, *Prg.* 2016, 268.

van artikel 7:673d BW een lagere transitievergoeding kan betalen. Een bepaling waarvan de opvolger wellicht geen gebruik kan maken. De opvolgende werkgever kan dan slechts een relatief kleine transitievergoeding in mindering brengen. Daarnaast is in het hiervoor genoemde concept van het wetsvoorstel inzake de transitievergoeding bij bedrijfs-economische omstandigheden en langdurige arbeidsonge-

## Zou het redelijk zijn als de verliezer vervolgens (een deel van) de transitievergoeding op de winnaar van de aanbesteding kan verhalen?

schiktheid opgenomen dat (i) een voorziening als bedoeld in artikel 7:673b BW niet langer financieel gelijkwaardig hoeft te zijn en (ii) dat de opvolgende werkgever slechts de tegenwaarde van die voorziening op grond van artikel 7:673 lid 5 BW in mindering mag brengen. De tegenwaarde van die voorziening kan dus (aanmerkelijk) lager zijn dan een transitievergoeding.

### 9. Alternatief: een tussentijdse uitbetaling bij elke werkgeverswissel

Schepers en Van Fenema hebben als alternatief voor de pro rata-betaling naar voren gebracht om bij elke aanbesteding die leidt tot een werkgeverswissel, de tot dan toe opgebouwde transitievergoeding uit te keren. Dit alternatief zou bij wetwijziging of bij collectieve arbeidsovereenkomst kunnen worden ingevoerd, aldus de auteurs.<sup>25</sup> Een vaste tussentijdse uitbetaling voorkomt geschillen over de vraag op wiens initiatief de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Tegelijkertijd wordt op die manier nog verder geabstraheerd van het doel van de transitievergoeding, zoals de regering dat heeft voorgesteld (namelijk het opvangen van inkomstenderving en de financiële ondersteuning bij de transitie naar een andere baan). Als de werknemer zijn werkzaamheden bij de winnaar van de aanbesteding namelijk tegen een beter salaris kan voortzetten, heeft hij conform hun suggestie niettemin jegens de oude werkgever aanspraak op een transitievergoeding. Daarmee transformeert de transitievergoeding als het ware in een budget dat elke werknemer gedurende zijn werkende bestaan opbouwt en telkens bij een werkgeverswissel krijgt uitbetaald.

Overigens pleiten Schepers en Van Fenema er wel voor om de opbouw van de transitievergoeding bij een werkgeverswissel door een aanbesteding te laten doorlopen. De nieuwe werkgever kan dan de door de vorige werkgever(s) betaalde transitievergoeding(en) in mindering brengen op grond van artikel 7:673 lid 5 BW. Doordat de opbouw doorloopt heeft ook een werknemer van wie de arbeidsovereenkomst bij de nieuwe werkgever korter dan twee jaar heeft geduurd aanspraak op een transitievergoeding, aldus de auteurs. Die constructie sluit alleen niet uit dat

de transitievergoeding bij de nieuwe werkgever als gevolg van de vermindering ex lid 5 niettemin op een nihil bedrag wordt vastgesteld, namelijk in het geval het nieuwe salaris aanmerkelijk lager is (zie het voorbeeld in paragraaf 7). De werknemer kan dus nog steeds worden benadeeld en de verdeling tussen elkaar opvolgende werkgevers kan nog steeds onevenwichtig zijn. Ook bij dit alternatief zou een latere vermindering dus pro rata moeten plaatsvinden om het mogelijk nadelige effect ten opzichte van de werknemer op te heffen.

Het alternatief van Schepers en Van Fenema kan wel weer tot aanvullende vragen leiden. Stel, de werknemer is zich bij de wisseling van werkgever niet (tijdig) bewust van de aanspraak op een transitievergoeding bij de vorige werkgever en door de strikte termijnen van artikel 7:686a lid 4 BW is het recht op de vergoeding jegens de vorige werkgever inmiddels vervallen. Moet de winnaar van de aanbesteding bij een toekomstige werkgeverswissel dan toch het bij de vorige werkgever opgebouwde deel uitbetalen of mag deze werkgever dan op grond van artikel 7:673 lid 5 BW een fictief bedrag in mindering brengen? (Dit probleem doet zich overigens ook voor bij de onder paragraaf 8 genoemde vermindering pro rata.) Daarnaast leidt dit alternatief tot een dilemma bij de invoering. Moet de 'eerste' werkgever – dat wil zeggen: de werkgever op het moment van invoering van de tussentijdse betaling – bij de vaststelling van de (hoogte van de) transitievergoeding ook rekening houden met de dienstjaren bij alle voorgangers? Die werkgever kan mogelijk geen eerdere transitievergoedingen in mindering brengen, omdat de voorgangers in veel gevallen geen transitievergoeding hebben betaald. De lasten komen dan wel erg zwaar op de eerste werkgever te liggen. Een meer principiële bezwaar tegen de tussentijdse betaling bij *elke* werkgeverswissel is dat het ontslagvergoedingenrecht op die manier nog meer raakt losgezongen van het zoeken naar een eerlijke risicodeling tussen werkgever en werknemer bij ontslag.

### 10. Conclusie

Artikel 7:673 BW pakt niet altijd redelijk uit bij een werkgeverswissel na een aanbestedingsprocedure. Elke uitzondering of nuance op artikel 7:673 BW brengt echter nieuwe vragen en uitdagingen met zich. Of een uitzondering op de strikte toepassing van artikel 7:673 BW gerechtvaardigd is, hangt uiteindelijk af van (i) het doel van de transitievergoeding, (ii) de reden waarom de individuele werkgever deze vergoeding moet betalen en (iii) de keuze om de vaststelling van transitievergoeding afhankelijk te maken van de duur van de arbeidsovereenkomst. De wetgever heeft daaromtrent weinig richting gegeven, waardoor in de toepassing van artikel 7:673 BW – en de uitzonderingen daarop – het gevaar van willekeur schuilt en de schuld op grond van artikel 7:673 BW niet evenwichtig wordt verdeeld. Ondanks het gebrek aan richting door de wetgever, lijken er valide argumenten te bestaan om bij een gedeeltelijke voortzetting van de werkzaamheden bij de

25 R. Schepers & E.C. van Fenema, 'Transitievergoeding bij contracts- en werkgeverswissel: doorrekenen of afrekenen?', *ArbeidsRecht* 2016, 36.

winnaar van een aanbesteding de transitievergoeding op het moment van de werkgeverswissel slechts pro rata uit te betalen (zonder verrekening van dit deel door de nieuwe werkgever op grond van artikel 7:673 lid 5 BW) dan wel dat de opvolgende werkgever op een eventuele transitievergoeding ex artikel 7:673 lid 5 BW slechts een pro rata deel van de door de vorige werkgever betaalde transitievergoeding in mindering kan brengen. Voor verdergaande alternatieven lijkt een wetswijziging noodzakelijk.



**Over de auteur**

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