

# 122. Opvolgend werkgeverschap en overgangsrecht: oude gevallen opnieuw beoordeeld?

MR. S. PALM

Opvolgend werkgeverschap is door de Wet werk en zekerheid (Wwz) aanzienlijk gewijzigd sinds 1 juli 2015. Die wijziging heeft consequenties voor de ketenregeling (artikel 7:668a BW), Ragetlie-regel (artikel 7:667 lid 4-5 BW), transitievergoeding (artikel 7:673 en verder BW), ontslagvolgorde bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden (paragraaf 4 Ontslagregeling, in het bijzonder het afspiegelingsbeginsel), opzegtermijn (artikel 7:667 lid 4 BW, artikel 7:668a lid 4 BW) en redelijke termijn voor herplaatsing (artikel 7:669 lid 1 BW en artikel 10 lid 1 Ontslagregeling). De inhoudelijke consequenties kwamen in een eerder artikel in dit tijdschrift aan bod.<sup>1</sup> Dit artikel gaat nader in op de overgangsrechtelijke problematiek.

## 1. Inleiding

De vraag is hoe – naar huidig recht – opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015, maar met verschillende werkgevers, moeten worden beoordeeld.<sup>2</sup> Paragraaf 2 behandelt kort de wijziging van opvolgend werkgeverschap per 1 juli 2015. Daarna volgen in paragraaf 3 en 4 besprekingen van de uitgangspunten en beginselen bij overgangsrecht respectievelijk het relevante overgangsrecht onder de Wwz. De volgende drie paragrafen geven een overzicht van zowel de argumenten voor als tegen de oude en nieuwe maatstaf voor opvolgend werkgeverschap in algemene zin (paragraaf 5), bij de ketenregeling, de transitievergoeding en het afspiegelingsbeginsel (paragraaf 6) en bij de Ragetlie-regel (paragraaf 7). Paragraaf 8 bevat een analyse van de gepubliceerde rechtspraak. De conclusie volgt in paragraaf 9. De opzegtermijn en redelijke termijn voor herplaatsing worden in dit artikel niet afzonderlijk behandeld, omdat opvolgend werkgeverschap daar slechts indirect – via de ketenregeling en Ragetlie-regel – een rol speelt.

1 S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht', TAP 2015/117.

2 Andere vindplaatsen van opvolgend werkgeverschap zijn: artikel 7:652 lid 8 BW, artikel 7:691 lid 5 BW en Wet flexibel werken. Artikel 7:691 lid 5 BW en de Wet flexibel werken vallen buiten de vraagstelling, omdat op basis van de wettekst, parlementaire behandeling en gepubliceerde rechtspraak niet kan worden vastgesteld dat de interpretatie van opvolgend werkgeverschap voor die normen door de Wwz is gewijzigd. Artikel 7:652 lid 8 BW wordt niet behandeld, aangezien de parlementaire behandeling van de Wwz juist uitdrukkelijk bevestigt dat de interpretatie van opvolgend werkgeverschap in die norm geen verandering heeft ondergaan en een codificatie van de bestaande jurisprudentie is (S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht', TAP 2015/117).

## 2. Wijziging maatstaf opvolgend werkgeverschap

Tot 1 juli 2015 gold voor de ketenregeling op grond van artikel 7:668a lid 2 BW de volgende formulering van opvolgend werkgeverschap:

*'Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaanders opvolger te zijn.'*

Voor de Ragetlie-regel gold tot diezelfde datum een vergelijkbare formulering.<sup>3</sup> De Hoge Raad overwoog in het arrest *Van Tuinen/Wolters* ten aanzien van het tot 1 juli 2015 geldende artikel 7:668a lid 2 BW onder meer:

*'Dit betekent dat aan de eis dat de nieuwe werkgever redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn, in de regel is voldaan indien enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, en anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoeda-*

3 Ter volledigheid, het tot 1 juli 2015 geldende artikel 7:667 lid 5 BW luidde als volgt: 'Van een voortgezette arbeidsovereenkomst als bedoeld in lid 4 is eveneens sprake indien eenzelfde werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaanders opvolger te zijn.'

*nigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.*<sup>4</sup>

De door de Hoge Raad geformuleerde criteria – kort aangeduid als: ‘dezelfde werkzaamheden’ en ‘zodanige banden’ – brengen mee dat bij een wisseling van werkgevers als gevolg van een aanbestedingsprocedure niet snel sprake was van opvolgend werkgeverschap. Tussen de winnaar en de verliezer van een aanbesteding bestaan vaak geen zodanige banden.<sup>5</sup> Ook bij een doorstart na faillissement zijn in veel gevallen geen zodanige banden aanwezig ingeval een niet gelieerde ondernemer de activiteiten van de gefailleerde werkgever overneemt.<sup>6</sup> Uit het arrest *Leerorkest* van de Hoge Raad uit 2016 blijkt dat de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* ook van toepassing is bij het tot 1 juli 2015 geldende artikel 7:667 lid 5 BW.<sup>7</sup> De tot 1 juli 2015 geldende Beleidsregels Ontslagtaak UWV bevatten voor de bepaling van de ontslagvolgorde bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden (het afspiegelingsbeginsel) een geheel eigen interpretatie en uitwerking van opvolgend werkgeverschap.<sup>8</sup>

Met ingang van 1 juli 2015 is de formulering van opvolgend werkgeverschap in de ketenregeling, de Ragetlie-regel en het afspiegelingsbeginsel gewijzigd. Opvolgend werkgeverschap bevat sindsdien de volgende toevoeging: ‘ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer’. Deze gewijzigde formulering is ook opgenomen in artikel 7:673 lid 4 BW (transitievergoeding) en in artikel 15 lid 2 Ontslagregeling.<sup>9</sup> Door deze toevoe-

ging vervalt volgens de regering het criterium ‘zodanige banden’. Gezien de nieuwe formulering en de tijdens parlementaire behandelingen genoemde voorbeelden lijkt voor de aanvaarding van opvolgend werkgeverschap in beginsel voldoende dat de werknemer ‘zijn’ werkzaamheden voortzet via een opvolgende arbeidsovereenkomst met een andere werkgever. Wel moet de aanleiding van de overstap bij (een van) de werkgever(s) liggen.<sup>10</sup> Een werkgeverswissel als gevolg van een aanbestedingsprocedure en faillissement leidt onder de nieuwe maatstaf tot opvolgend werkgeverschap, mits de werkzaamheden niet wezenlijk veranderen – ook als tussen de werkgevers geen enkele band bestaat.<sup>11</sup>

### 3. Uitgangspunten en beginselen overgangsrecht

Voor nieuwe wetgeving geldt volgens het overgangsbeleid van de regering als uitgangspunt onmiddellijke (ook wel: exclusieve) werking. Onmiddellijke werking is in aanwijzing 166 van de Aanwijzingen voor de regelgeving als volgt gedefinieerd:

- ‘1. Een nieuwe regeling is niet slechts van toepassing op hetgeen na haar inwerkingtreding voorvalt, doch ook op hetgeen bij haar inwerkingtreding bestaat, zoals bestaande rechtsposities en verhoudingen (onmiddellijke werking).
2. Indien beoogd wordt af te wijken van het eerste lid, wordt dit uitdrukkelijk bepaald.’

Een ander uitgangspunt is dat een wet in beginsel geen terugwerkende kracht heeft. Zo bepaalt artikel 4 Wet algemene bepalingen dat een wet alleen voor het toekomstige verbindt en geen terugwerkende kracht heeft. Aanwijzing 167 van de Aanwijzingen voor de regelgeving vermeldt – voor zover van belang – het volgende:

- ‘1. Aan een regeling wordt slechts terugwerkende kracht verleend, indien daarvoor een bijzondere reden bestaat.
2. Door het verlenen van terugwerkende kracht aan een regeling worden de in die regeling voorziene rechtsgevolgen

4 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. De Hoge Raad baseerde deze maatstaf op zijn proeftijdjurisprudentie, te weten: HR 24 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9537, *NJ* 1987/293 (*Slijkoord/Hekkema BV*); HR 23 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0938, «JAR» 1993/120 (*Braber/IndeBus Reklame*).

5 Zie bijvoorbeeld: Rb. Groningen 13 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI2789; Hof Leeuwarden 12 oktober 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO0521, «JAR» 2010/313; Rb. Leeuwarden 24 november 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO5134; Hof Leeuwarden 19 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW8942, *Prg.* 2012/202; Rb. Leeuwarden 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0814, «RAR» 2013/24; Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6089. Anders: Rb. Leeuwarden 11 november 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BK9351, «JAR» 2010/6.

6 Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 28 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529, «JAR» 2013/182; Rb. Amsterdam 13 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA1389, «JAR» 2013/147; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4977, «JAR» 2016/192 – hoger beroep van Rb. Gelderland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190, «JAR» 2016/48.

7 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, «JAR» 2017/16 (*Leerorkest*) – hoger beroep van Hof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1287.

8 S. Palm, ‘Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht’, *TAP* 2015/117, paragraaf 4.3.

9 Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 2014, 216. Zie uitgebreid over de nieuwe maatstaf: R.M. Beltzer e.a., *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 17-18 en 39; J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 31-33 en 209-212; S. Palm, ‘Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht’, *TAP* 2015/117.

10 Zie onder meer: *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 8, p. 14-15 (nota van wijziging); *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 105 (MvA).

11 In de literatuur lijken de meeste auteurs tot uitgangspunt te nemen, dat onder de WWZ in vrijwel alle doorstartsituaties na faillissement sprake is van opvolgend werkgeverschap voor wat betreft de ketenregeling en transitievergoeding: S. Jansen en 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. Schaink, ‘Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter’, *Tvl* 2015/16; J. van der Pijl, ‘De Wet werk en zekerheid en de gevolgen voor de insolventierechtspraktijk’, *Tvl* 2015/22; D.B.M. Pinedo en C.C.M. van Brach, ‘Insolventieontslag onder de Wet Werk en Zekerheid’, *ArbeidsRecht* 2016/4; P.R.W. Schaink, ‘Arbeidsrecht in opmars in het insolventierecht’, *Tvl* 2017/2. De gepubliceerde rechtspraak na 1 juli 2015 lijkt ook van een ruime toepassing uit te gaan: Rb. Oost-Brabant 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4849, *Prg.* 2016/268; Rb. Midden-Nederland 21 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4242, «JAR» 2016/219.

gerekend te zijn ingetreden vanaf een nader aangeduid tijdstip voorafgaande aan de inwerkingtreding van die regeling. (...)<sup>12</sup>

### De definities van onmiddellijke werking en terugwerkende kracht alsmede het onderscheid tussen beide begrippen zijn onderwerpen van een langlopend debat

Bij terugwerkende kracht 'laat [de wet] haar rechtsgevolg in de tijd terugwerken', zo merkt De Die op.<sup>13</sup> De definities van onmiddellijke werking en terugwerkende kracht alsmede het onderscheid tussen beide begrippen zijn onderwerpen van een langlopend debat.<sup>14</sup> Beide begrippen vertonen karaktertrekken van *essentially contested concepts*.<sup>15</sup> Auteurs kennen aan terugwerkende kracht een enge of ruime betekenis toe, ook wel aangeduid als terugwerkende kracht in formele zin en materiële zin. De onmiddellijke werking van een wet kan – hoewel geen sprake is van terugwerkende kracht in formele zin – volgens Brunner wel degelijk terugwerkende kracht in materiële zin tot gevolg hebben.<sup>16</sup> Onmiddellijke werking heeft immers ook rechtsgevolgen voor bestaande rechtsverhoudingen die hun oorsprong in het (verre) verleden hebben. De uitleg van terugwerkende kracht en onmiddellijke werking wordt tevens ingekleurd door de definitie van een overgangssituatie. Zonder een overgangssituatie geldt immers geen overgangsrecht. Bij een stringente uitleg van een overgangssituatie is overgangsrecht alleen bedoeld voor situaties waarin alle rechtsfeiten zich reeds voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet hebben voorgedaan en door de inwerkingtreding van de nieuwe wet het rechtsgevolg intreedt (al dan niet met terugwerkende kracht).<sup>17</sup>

### Onmiddellijke werking heeft immers ook rechtsgevolgen voor bestaande rechtsverhoudingen die hun oorsprong in het (verre) verleden hebben

- 12 De Aanwijzingen voor de regelgeving zijn laatstelijk gewijzigd bij Regeling van de Minister-President, Minister van Algemene Zaken van 1 april 2011, nr. 3102255, houdende vaststelling van de negende wijziging van de Aanwijzingen voor de regelgeving, *Stcrt.* 2011, 6602.
- 13 B.C. de Die, 'Beginselen van Overgangsrecht', *Ars Aequi* 1991, p. 818-829, in het bijzonder 819-820.
- 14 Zie voor een overzicht bijvoorbeeld M. Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid. Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, paragraaf 2.4-2.5.
- 15 Deze aanduiding is geïntroduceerd door Walter Bryce Gallie (1912-1998) in W.B. Gallie, 'Essentially Contested Concepts', *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, Vol. 56 (1955-1956), p. 167-198.
- 16 C.J.H. Brunner, 'Algemene beginselen van overgangsrecht nieuw vermogensrecht', *WPNR* 1991/6007, p. 342-347, in het bijzonder p. 342.
- 17 H.L. van der Beek, *Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1992, p. 16-26.

Onmiddellijke werking kan in strijd zijn met diverse beginselen, zoals het vertrouwensbeginsel en de rechtszekerheid, maar ook met de redelijkheid en billijkheid. De wetgever kan daarom – na een afweging van alle belangen – bijvoorbeeld kiezen voor eerbiedigende werking voor overgangssituaties of uitgestelde werking van een nieuwe wet. Volgens de toelichting op aanwijzing 166 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, moeten afwijkingen van de hoofdregel (onmiddellijke werking) in beginsel in de regeling zelf worden neergelegd. Per onderdeel van een regeling kunnen verschillende overgangsregimes gelden, aldus diezelfde toelichting.

Verdedigbaar is dat nieuwe wetgeving met inachtneming van de Aanwijzingen voor de regelgeving moet worden uitgelegd. De door de regering en ministers opgestelde wetsvoorstellen of regelingen zijn immers geschreven met inachtneming van deze aanwijzingen, althans daar mag men in redelijkheid van uitgaan. Bij nieuwe wetgeving kan derhalve tot uitgangspunt worden genomen dat de wetgever in beginsel onmiddellijke werking heeft beoogd, tenzij de desbetreffende wet anders bepaalt.

#### 4. Overgangsrecht Wwz

Volgens Engelsman en Van Slooten is onmiddellijke werking onder de Wwz de hoofdregel. De Wwz 'geldt niet alleen voor arbeidsovereenkomsten die worden gesloten op of na de inwerkingtreding, maar ook voor arbeidsovereenkomsten die al bestaan op het moment dat de WWZ in werking treedt', aldus Engelsman en Van Slooten.<sup>18</sup> De Wwz bevat voor diverse onderdelen gedetailleerd overgangsrecht. Voor opvolgend werkgeverschap zijn van belang: artikel XXIIe Wwz (omtrent de ketenregeling), artikel XXII lid 8 Wwz (omtrent de transitievergoeding) en artikel 15 lid 4 Ontslagregeling (omtrent het afspiegelingsbeginsel).<sup>19</sup>

Artikel XXIIe lid 1 Wwz bepaalt dat artikel 7:668a BW, zoals dat luidde voor 1 juli 2015, van toepassing blijft, indien in een op 30 juni 2015 geldende cao de 'oude' ketenregeling van toepassing is verklaard of rechtsgeldig van de oude ketenregeling is afgeweken. Deze afwijking geldt voor de duur van de looptijd van de cao, doch uiterlijk tot 1 juli 2016. Op arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan op of na 1 juli 2015 en doorlopen na de looptijd van de cao respectievelijk na 30 juni 2016 (de uiterste datum) is na ommekomst het nieuwe artikel 7:668a BW 'onmiddellijk van toepassing', aldus de regering.<sup>20</sup> Naast deze specifieke uitzondering voor cao's gelden op grond van artikel XXIIe lid 2 en 3 Wwz twee algemene uitzonderingen op de toepas-

- 18 J.S. Engelsman en J.M. van Slooten, 'Het overgangsrecht van de Wet werk en zekerheid: technisch en belangrijk!', *TRA* 2015/3 en *TRA* 2015/13.
- 19 Zie over deze bepalingen ook: R.M. Beltzer e.a., *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 16-17 en 57-63; J.M. van Slooten, I. Zaal en J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 39-41.
- 20 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 128-129 (MvT).

sing van de nieuwe ketenregeling, namelijk ten aanzien van de termijn van 24 maanden voor de duur van de keten (voorheen: 36 maanden) en de termijn van zes maanden voor de onderbrekingsperiode (voorheen: drie maanden). Artikel XXIII lid 2 Wwz bepaalt dat de termijn van 24 maanden pas geldt indien op of na 1 juli 2015 een nieuwe arbeidsovereenkomst is aangegaan. Indien partijen op of na 1 juli 2015 een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaan, tellen de voorliggende arbeidsovereenkomsten alsnog mee voor de berekening van de duur van 24 maanden. De regering licht deze overgang als volgt toe:

*‘Als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op 1 juli 2014 [de door de regering in eerste instantie beoogde datum van inwerkingtreding, toevoeging SP] nog niet de periode van 24 maanden is gepasseerd, maar dit wel tijdens de duur van deze arbeidsovereenkomst gebeurt, dan blijft het oude artikel 7:668a BW van toepassing op die arbeidsovereenkomst. De regering acht dit redelijk en wenselijk vanwege de rechtszekerheid, zodat de werkgever (en werknemer) na inwerkingtreding van deze onderdelen van het wetsvoorstel nog een keuzemoment hebben voordat er sprake is [van, toevoeging SP] een omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.’<sup>21</sup>*

Artikel XXIII lid 2 en 3 Wwz verlenen eerbiedigende werking voor de onderbrekingsperioden tussen opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015. Indien deze tussenpozen onder het oude recht hebben geleid tot een doorbreking van de keten, dan blijft deze keten onder het nieuwe recht doorbroken. Ook als partijen op of na 1 juli 2015 een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaan, blijft voor de beoordeling van de onderbrekingsperioden tussen opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015 het oude recht van toepassing. De regering schrijft in de memorie van toelichting daarover onder meer het volgende:

*‘Om te voorkomen dat de keten die in het verleden al doorbroken was, doordat er een tussenpoos van meer dan drie maanden is geweest, nu ineens niet meer doorbroken zou zijn (doordat de keten met terugwerkende kracht pas na een tussenpoos van langer dan zes maanden doorbroken zou zijn) wordt in het derde lid het volgende geregeld; voor tussenpozen die gelegen zijn tussen arbeidsovereenkomsten gesloten vóór de inwerkingtreding van dit onderdeel blijft gelden, conform het huidige recht, dat deze zijn onderbroken als de tussenpoos langer is dan drie maanden.’<sup>22</sup>*

Het overgangsrecht uit artikel XXIIIe Wwz verwijst uitsluitend naar artikel 7:668a lid 1 BW. Het tweede lid van artikel 7:668a BW wordt nergens genoemd.

De regeling omtrent de transitievergoeding heeft onmiddellijke werking en is daarom van toepassing op alle arbeids-

overeenkomsten die op of na 1 juli 2015 bestaan. Artikel XXII lid 8 Wwz bevat alleen overgangsrecht omtrent de onderbrekingsperioden. In afwijking van artikel 7:673 lid 4 BW worden voorafgaande arbeidsovereenkomsten niet meegeteld als: (i) zij elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van meer dan drie maanden, of een langere tussenpoos dan de tussenpoos die gold op grond van een cao (waarin is afgeweken van het voor 1 juli 2015 geldende artikel 7:668a BW), en (ii) deze arbeidsovereenkomsten zijn geëindigd voor 1 juli 2012. Met deze overgangsbepaling sluit de wetgever aan bij de termijnen uit de oude ketenregeling. Als de voorafgaande arbeidsovereenkomsten zijn geëindigd voor 1 juli 2015 en ten hoogste zes maanden na het einde van de laatste (voorafgaande) arbeidsovereenkomst een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ingegaan, tellen alle voorafgaande arbeidsovereenkomsten die zijn geëindigd voor 1 juli 2015 niet mee. Met deze tweede uitzondering beoogt de regering het op of na 1 juli 2015 aangaan van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd te bevorderen.<sup>23</sup> Artikel XXII lid 8 Wwz bepaalt niet dat voor werkgeverswissels, die plaatsvonden bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015, de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* geldt.

Artikel 15 lid 4 Ontslagregeling bepaalt dat voorafgaande arbeidsovereenkomsten die voor 1 juli 2015 zijn aangegaan niet worden samengeteld als zij elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van meer dan drie maanden. Ook voor het afspiegelingsbeginsel geldt kennelijk dat een onder het oude recht doorbroken keten onder het nieuwe recht doorbroken blijft. De Ontslagregeling bevat geen specifieke overgangsbepaling voor opvolgend werkgeverschap.

## 5. Oude versus nieuwe maatstaf: algemeen

Wat zijn de argumenten voor en tegen de oude maatstaf respectievelijk de nieuwe maatstaf voor opvolgend werkgeverschap? In relatie tot alle voornoemde regelingen (ketenregeling, Ragetlie-regel, transitievergoeding en afspiegelingsbeginsel) pleit voor de toepassing van de nieuwe, soepelere maatstaf dat de Wwz geen overgangsbepaling voor opvolgend werkgeverschap bevat. Het uitgangspunt bij nieuwe wetgeving is, als gezegd, onmiddellijke werking. Afwijkingen dienen in beginsel in de regeling zelf te worden neergelegd, zo blijkt uit de Aanwijzingen voor de regelgeving. De soepelere maatstaf is van toepassing op werkgeverswissels, die plaatsvonden bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015, omdat de Wwz geen afwijking voor opvolgend werkgeverschap bevat, zo kan worden betoogd. De Wwz is echter een complex en omvangrijk wetgevingsproject en door de snelle parlementaire behandeling is niet uitgesloten dat de wetgever noodzakelijk overgangsrecht op onderdelen over het hoofd heeft gezien, althans het overgangsrecht niet zorgvuldig heeft geformuleerd.

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 22 (MvT).

<sup>22</sup> Kamerstukken II 2013/14, 33818, 3, p. 128-129 (MvT).

<sup>23</sup> Kamerstukken II 2014/15, 34108, 10, (tweede nota van wijziging).

Het ontbreken van een specifieke overgangsbepaling voor opvolgend werkgeverschap in de Wwz is dus mogelijk een omissie. En wellicht volgt uit het overgangsrecht van de Wwz – met inbegrip van de parlementaire toelichting – dat de wetgever wel degelijk heeft bedoeld om deze werkgeverswissels aan de hand van de oude maatstaf te beoordelen. De vaststelling van die bedoeling vereist een afweging van de argumenten per regeling en volgt in de volgende twee paragrafen.

### Het ontbreken van een specifieke overgangsbepaling voor opvolgend werkgeverschap in de Wwz is dus mogelijk een omissie

Een argument voor de toepassing van de oude maatstaf – en dus tegen het nieuwe recht – op werkgeverswissels, die plaatsvonden bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015, biedt het uitgangspunt dat een wet geen terugwerkende kracht heeft, tenzij uitdrukkelijk anders bepaald. Via de soepelere maatstaf uit de Wwz zou – althans zo kan worden betoogd – een werkgever ten onrechte alsnog met terugwerkende kracht een opvolgende werkgever ‘worden’ voor de toepassing van de ketenregeling, de Ragetlie-regel, de transitievergoeding en het afspiegelingsbeginsel. In dit betoog lijkt het ‘zijn’ van een opvolgende werkgever echter ten onrechte als rechtsgevolg te worden aangeduid. Opvolgend werkgeverschap is een *rechtsfeit* met als *rechtsgevolg* dat voorliggende arbeidsovereenkomsten met andere werkgevers meetellen voor de ketenregeling, de Ragetlie-regel, de transitievergoeding en het afspiegelingsbeginsel. Opvolgend werkgeverschap heeft in tegenstelling tot bijvoorbeeld artikel 7:662 en verder BW niet tot gevolg dat een ander rechtssubject een (opvolgende) werkgever wordt. Van terugwerkende kracht – in deze zin dat de rechtsgevolgen in tijd terugwerken – is derhalve geen sprake.

De parlementaire behandeling van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek biedt wellicht inspiratie voor een ander argument voor de oude maatstaf. De algemene bepalingen uit deze overgangswet en de parlementaire toelichting verschaffen ook voor latere wetgeving, zoals de Wwz, aanknopingspunten voor de uitleg van overgangsrecht. In de memorie van toelichting van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw B.W. (elfde gedeelte) schrijft de regering onder

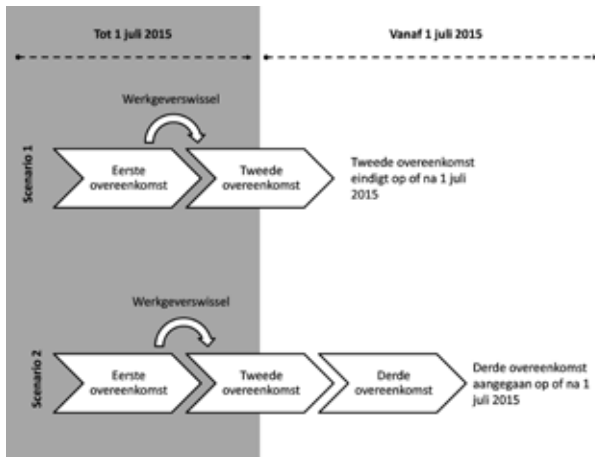
het kopje ‘Geen terugwerkende kracht’ dat voor de vaststelling van de periode voor de verkrijgende verjaring, het bezit van een goed vóór de inwerkingtreding naar de maatstaven van oud recht moet worden beoordeeld en pas na de inwerkingtreding naar de maatstaven van nieuw recht. Volgens de regering is bezit een ‘zeker juridisch gekwalificeerd feit’ en een herbeoordeling van een dergelijk rechtsverschijnsel zou leiden tot terugwerkende kracht.<sup>24</sup> Via eenzelfde gedachtegang zou opvolgend werkgeverschap als een ‘juridisch gekwalificeerd feit’ voor 1 juli 2015 aan de hand van de oude maatstaf moeten worden beoordeeld. De vraag is echter of deze gedachtegang juist is. Een ‘juridisch gekwalificeerd feit’ is in wezen niets anders dan een rechtsfeit: een feit waaraan het recht een rechtsgevolg verbindt. Het door de regering genoemde voorbeeld van verkrijgende verjaring strekt derhalve niet tot voorkoming van terugwerkende kracht in enge zin, maar juist tot (deels) eerbiedigende werking. De – op het moment van inwerkingtreding nog bestaande – situatie wordt deels via de oude maatstaf en deels via de nieuwe maatstaf beoordeeld. De gedeeltelijke toepassing van de oude maatstaf op situaties die na de inwerkingtreding van de wet voortbestaan is een uitzondering op het uitgangspunt van onmiddellijke werking. Een dergelijke uitzondering bevat de Wwz niet voor opvolgend werkgeverschap.<sup>25</sup>

### 6. Oude versus nieuwe maatstaf: ketenregeling, transitievergoeding en afspiegelingsbeginsel

In deze paragraaf volgt een behandeling van de argumenten in relatie tot de ketenregeling, de transitievergoeding en het afspiegelingsbeginsel en in de volgende paragraaf met betrekking tot de Ragetlie-regel. Voor de ketenregeling, de transitievergoeding en het afspiegelingsbeginsel worden twee scenario’s onderscheiden. Scenario 1: de laatste arbeidsovereenkomst is aangegaan voor 1 juli 2015 en eindigt pas op of na die datum. Scenario 2: de laatste arbeidsovereenkomst is aangegaan op of na 1 juli 2015. (In beide scenario’s vindt de werkgeverswissel uiteraard plaats bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015, anders is geen sprake van een overgangssituatie voor wat betreft opvolgend werkgeverschap.) Figuur 1 geeft deze scenario’s schematisch weer.

24 *Kamerstukken II 1984/85, 18998, 1-3, p. 25 (MvT)*, inzake: Aanvulling van de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW elfde gedeelte). Ook te raadplegen via: W.H.M. Reehuis en E.E. Slob (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 15. Wet van 2 april 1991, *Stb.* 1991, 197 (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw B.W. (elfde gedeelte)).

25 In dezelfde memorie van toelichting schrijft de regering overigens: ‘Men mag niet reeds van terugwerkende kracht spreken, indien de nieuwe wet een (nieuw) rechtsgevolg verbindt aan een feit dat vóór haar inwerkingtreding is geschied en toen geen rechtsgevolg heeft gehad.’ *Kamerstukken II 1984/85, 18998, 1-3, p. 24 (MvT)*, inzake: Aanvulling van de Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 NBW elfde gedeelte). Ook te raadplegen via: W.H.M. Reehuis en E.E. Slob (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 12.



Figuur 1

### 6.1 Argumenten in relatie tot de ketenregeling

Voor de arbeidsovereenkomst aangegaan voor 1 juli 2015 en de daaraan voorafgaande arbeidsovereenkomsten (de eerste en tweede overeenkomst in beide scenario's in figuur 1) blijft de onderbrekingsperiode uit het oude recht van toepassing, ook als op of na 1 juli 2015 een nieuwe arbeidsovereenkomst (de derde overeenkomst in figuur 1, scenario 2) wordt gesloten. De wetgever wenst de duur van die onderbrekingsperiodes door het oude recht te laten regeren. Een door een tussenpoos doorbroken keten blijft altijd doorbroken. Hoewel de Wwz, zoals opgemerkt, geen overgangsrecht voor artikel 7:668a lid 2 BW bevat, is verdedigbaar dat ook werkgeverswissels tussen elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor de inwerkingtreding van het nieuwe artikel 7:668a BW conform het oude recht moeten worden getoetst. Zo blijft een door een werkgeverswissel doorbroken keten eveneens na 30 juni 2015 doorbroken. Voor figuur 1, scenario 1 (de laatste arbeidsovereenkomst is aangegaan voor 1 juli 2015) geldt bovendien dat de wetgever heeft gekozen voor een overgangsregeling, zodat een werkgever nog een keuzemoment heeft voor het al dan niet aanvaarden van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een werkgever zou in sommige gevallen zijn keuzemoment verliezen indien een werkgeverswissel die plaatsvond bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015 – alsnog – aan de soepelere maatstaf wordt getoetst.

Tegen de toepassing van de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* en voor de nieuwe maatstaf pleit als gezegd het uitgangspunt van onmiddellijke werking. In figuur 1, scenario 2 heeft de werkgever daarnaast op of na juli 2015 zijn keuzemoment gehad. Die werkgever heeft dus een afweging kunnen maken ten aanzien van de gevolgen van een volgende arbeidsovereenkomst (de derde overeenkomst in figuur 1, scenario 2) onder de nieuwe ketenregeling, inclusief de soepelere maatstaf voor opvolgend werkgeverschap. Bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst op of na 1 juli 2015 kan derhalve worden betoogd dat alle voorafgaande werkgeverswissels (alsnog) aan de hand van

de nieuwe, ruimere uitleg van opvolgend werkgeverschap moeten worden getoetst.<sup>26</sup>

### 6.2 Argumenten in relatie tot de transitievergoeding

Als wordt aangenomen dat een werkgeverswissel, die plaatsvond bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015, in relatie tot artikel 7:668a lid 2 BW conform *Van Tuinen/Wolters* moet worden beoordeeld, dan lijkt op het eerste oog voor de hand te liggen dat diezelfde werkgeverswissel voor de toepassing van artikel 7:673 lid 4 BW niet anders moet worden getoetst. Tegen die gevolgtrekking kunnen echter de volgende argumenten worden ingebracht. In de eerste plaats strekt het overgangsrecht voor de ketenregeling ertoe de werkgever een keuzemoment te verschaffen voordat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege converteert in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voor de toepassing van artikel 7:673 BW is zeer goed mogelijk dat de arbeidsovereenkomst die is aangegaan voor 1 juli 2015 voor onbepaalde tijd is. Het door de regering genoemde keuzemoment bij de ketenregeling speelt dus niet in alle gevallen een rol bij artikel 7:673 BW. In de tweede plaats lijkt de wet de ruimte te bieden om eenzelfde werkgeverswissel in het kader van de ketenregeling anders te beoordelen dan in het kader van de transitievergoeding. Artikel 7:668a lid 6 BW biedt de ruimte bij cao af te wijken van artikel 7:668a lid 2 BW, ten nadele van de werknemer. Deze contractsvrijheid heeft waarschijnlijk ook betrekking op de definitie – en dus de maatstaf – van opvolgend werkgeverschap.<sup>27</sup> Artikel 7:673 BW bevat geen vergelijkbare afwijkingmogelijkheid. In de derde plaats is goed verdedigbaar dat de ratio's achter de ketenregeling en de transitievergoeding – en de rol die het arbeidsverleden in beide bepalingen speelt – niet (volledig) hetzelfde zijn en dat daarom een verschil in beoordeling gerechtvaardigd is.<sup>28</sup>

Voor de toepassing van de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* geldt nog een ander argument. Als een keten tussen twee arbeidsovereenkomsten op basis van het tot 1 juli 2015 geldende artikel 7:668a BW door een tussenpoos is doorbroken, tellen voor de berekening van de transitievergoeding slechts een beperkt aantal arbeidsovereenkomsten uit het verleden mee. Die regel zou op een vergelijkbare wijze voor opvolgend werkgeverschap kunnen gelden. Indien een keten als gevolg van een werkgeverswissel die plaatsvond bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015 door de toepassing van de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* is doorbroken, is verdedigbaar dat – analoog aan artikel XXII lid 8 Wwz – voor de vaststelling van de transitievergoeding geen arbeidsovereenkomsten meetellen die voor 1 juli 2012 zijn geëindigd.

26 Tenzij de werkgever tot uiterlijk 1 juli 2016 via artikel XXIIe lid 1 Wwz een beroep kan doen op een afwijkende uitleg in een cao.

27 D.J.B. de Wolff, 'De (opvolgende) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', *ArbeidsRecht* 2014/49, paragraaf 3.

28 Zie over de ratio's achter anciënniteit: S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap en anciënniteit', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2015-3, p. 3-38.

Deze analogie leidt echter wel tot een vergaande oprekking van de tekst uit artikel XXII lid 8 Wvz.

Meer argumenten pleiten voor de toepassing van de nieuwe maatstaf (en dus tegen de toepassing van de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters*). In de eerste plaats kan worden betoogd dat überhaupt geen sprake is van een overgangssituatie. De arbeidsovereenkomst die doorloopt na 30 juni 2015 (de tweede overeenkomst in figuur 1) is nog niet geëindigd. Pas als de arbeidsovereenkomst eindigt op een van de in artikel 7:673 lid 1 BW genoemde gronden ontstaat recht op de transitievergoeding. Omdat niet alle rechtsfeiten voor 1 juli 2015 lagen, is strikt gezien geen sprake van een overgangssituatie. Zelfs als deze arbeidsovereenkomst (de tweede overeenkomst in figuur 1) is aangegaan voor bepaalde tijd, heeft de werkgever nog altijd de vrijheid een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden, zodat in beginsel geen transitievergoeding is verschuldigd. In de tweede plaats verschilt de situatie van een werkgever in figuur 1 niet wezenlijk van gevallen waarin alle opvolgende arbeidsovereenkomsten zijn aangegaan met dezelfde werkgever. Ook in die gevallen wordt een werkgever geconfronteerd met een transitievergoeding die is opgebouwd over het verleden en is in materieel opzicht sprake van terugwerkende kracht. In de derde plaats wijst Van der Pijl erop dat de wetgever wel degelijk regelingen voor overgangssituaties heeft getroffen, maar niet voor opvolgend werkgeverschap.<sup>29</sup> Naast artikel XXII lid 8 Wvz is overgangsrecht opgenomen in artikel 7:673a BW, artikel 7:673d BW en het Besluit overgangsrecht transitievergoeding.<sup>30</sup> Betoogd kan worden dat de wetgever – gezien het uitgebreide overgangsrecht – kennelijk niet de bedoeling had voor werkgeverswissels een overgangsregeling te hanteren. In de vierde plaats, artikel 7:673 BW is nieuw ingevoerd per 1 juli 2015 en kent geen voorganger. Partijen kunnen niet zomaar ‘terugvallen’ op de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters*. Die maatstaf heeft nooit gegolden voor de vaststelling van de transitievergoeding. Volgens Van der Pijl en Schaïnk is de juiste uitleg voor opvolgend werkgeverschap in relatie tot de transitievergoeding dat alle werkgeverswissels aan de hand van de ruimere uitleg moeten worden beoordeeld. Het overgangsrecht voor artikel 7:668a BW biedt volgens Schaïnk te weinig aanknopingspunten voor een analoge toepassing bij artikel 7:673 lid 4 BW.<sup>31</sup>

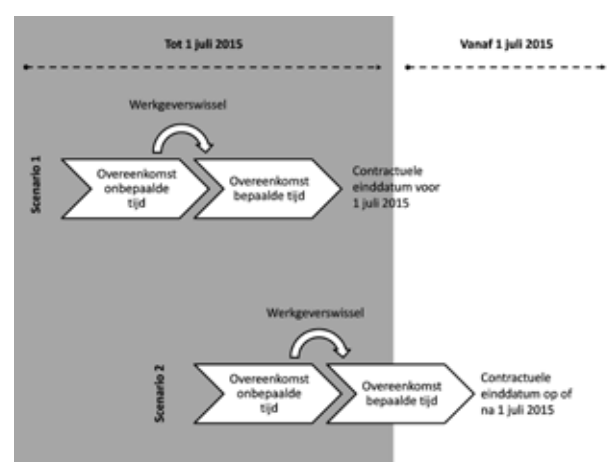
### 6.3 Argumenten in relatie tot het afspiegelingsbeginsel

Net als bij de ketenregeling is verdedigbaar dat werkgeverswissels, die plaatsvonden bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015,

moeten worden beoordeeld aan de hand van het oude recht, omdat voor de eventuele onderbrekingsperioden ook het oude recht geldt. Voor het afspiegelingsbeginsel geldt dan de uitleg van opvolgend werkgeverschap zoals opgenomen in de Beleidsregels Ontslagtaak UWV. Indien echter voor de toepassing van de transitievergoeding bijvoorbeeld wel de soepelere maatstaf geldt, heeft dat tot gevolg dat mogelijk een werknemer voor ontslag wordt geselecteerd omdat hij in zijn leeftijdscategorie het kortste dienstverband heeft, maar voor de berekening van de transitievergoeding het langste dienstverband heeft. Voor justitiabelen is dit verschil niet eenvoudig te rechtvaardigen en verwarrend. Ter voorkoming van dit verschil zou de soepelere maatstaf moeten worden toegepast (althans in ieder geval dezelfde maatstaf als bij de transitievergoeding). Harmonisatie is als zodanig echter geen heel sterk argument. Artikel 15 lid 3 Ontslagregeling bevat voor werkgevers die deel uitmaken van een groep namelijk een nog ruimere definitie van opvolgend werkgeverschap. De wetgever aanvaardt dat de berekening van de duur van het dienstverband voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel tot een andere uitkomst leidt dan bij de transitievergoeding. Voor onmiddellijke werking pleit dat het afspiegelingsbeginsel geen uitdrukkelijk overgangsrecht bevat voor werkgeverswissels.

### 7. Oude versus nieuwe maatstaf: Ragetlie-regel

Voor de Ragetlie-regel zijn eveneens twee scenario's te onderscheiden. Scenario 1: de arbeidsovereenkomst bepaalde tijd is aangegaan voor 1 juli 2015 en de contractuele einddatum ligt tevens voor 1 juli 2015. Scenario 2: de arbeidsovereenkomst bepaalde tijd is aangegaan voor 1 juli 2015 en de contractuele einddatum ligt op of na 1 juli 2015. Figuur 2 geeft deze scenario's schematisch weer.



Figuur 2

Als de opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – contractueel gezien – zou eindigen voor 1 juli 2015 (figuur 2, scenario 1), geldt de maatstaf uit *Van Tuinen/*

29 J. van der Pijl, Annotatie bij Rechtbank Overijssel, «JAR» 2017/46; J. van der Pijl, Annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden, «JAR» 2016/192.

30 Het Besluit overgangsrecht transitievergoeding, *Stb.* 2015, 172, is gebaseerd op artikel XXII lid 7 Wvz.

31 J. van der Pijl, Annotatie bij Rechtbank Overijssel, «JAR» 2017/46; J. van der Pijl, Annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden, «JAR» 2016/192; P.R.W. Schaïnk, 'Arbeidsrecht in opmars in het insolventierecht', *Tvl* 2017/2; P.R.W. Schaïnk, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (Recht en Praktijk nr. InsR4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 251-253.

*Wolters*, zo blijkt uit het arrest *Leerorkest*.<sup>32</sup> Maar hoe zou de Hoge Raad hebben geoordeeld in figuur 2, scenario 2, bij een contractuele einddatum op of na 1 juli 2015? Vanuit de gedachte van onmiddellijke werking en het ontbreken van enig overgangsrecht, zou kunnen worden betoogd dat de werkgeverswissel conform de nieuwe maatstaf moet worden beoordeeld. Een uitspraak van Hof Den Haag biedt een aanvullend argument. Het hof oordeelde dat de gevolgen van de wijziging in artikel 7:667 lid 4 BW van de woorden ‘voortgezet’ en ‘voortgezette’ in de woorden ‘opgevolgd’ en ‘opvolgende’ onmiddellijke werking hebben.<sup>33</sup> Als voor die wijziging sprake is van onmiddellijke werking, dan is verdedigbaar dat ook de werkgeverswissel aan de hand van de nieuwe maatstaf moeten worden beoordeeld. Indien bij de ketenregeling echter een vorm van eerbiedigende werking geldt voor werkgeverswissels, dan is verdedigbaar dat in het kader van de Ragetlie-regel een vergelijkbare overgangsregeling geldt. Bij beide regelingen geldt immers dat de werkgever kennelijk voor 1 juli 2015 de gerechtvaardigde verwachting mocht hebben dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege zou eindigen.

## 8. De rechtspraak

Diverse rechters hebben zich over het overgangsrecht gebogen, zo blijkt uit de gepubliceerde rechtspraak. Met betrekking tot de ketenregeling zijn de volgende uitspraken van belang. Rechtbank Overijssel merkt op dat artikel 7:668a lid 2 BW, in tegenstelling tot lid 1, geen overgangsrecht kent. Dit verschil zou impliceren dat indien aan een voor 1 juli 2015 aangegane arbeidsovereenkomst meerdere arbeidsovereenkomsten met een andere werkgever vooraf zijn gegaan, voor die werkgeverswissel de soepelere toets van opvolgend werkgeverschap zou moeten gelden. Volgens de rechtbank is de toepassing van de soepelere toets echter in strijd met de rechtszekerheid en de toepassing leidt ‘feitelijk tot terugwerkende kracht’. De maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* blijft volgens de rechtbank derhalve gelden voor deze werkgeverswissel, die plaatsvond voor 1 juli 2015. Volgens deze rechtbank blijft de oude maatstaf voor deze werkgeverswissel zelfs gelden als op of na 1 juli 2015 een nieuwe arbeidsovereenkomst is aangegaan.<sup>34</sup> Hof Den Bosch toetste een werkgeverswissel die plaatsvond voor 1 juli 2015 ook aan de hand van de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters*, omdat aan het nieuwe criterium voor opvol-

gend werkgeverschap geen terugwerkende kracht zou zijn verleend<sup>35</sup>(deze beschikking komt hierna bij de bespreking van enkele uitspraken over de transitievergoeding nader aan de orde). Ook volgens Rechtbank Gelderland geldt het overgangsrecht uit artikel XXIIe lid 2 Wvz eveneens voor artikel 7:668a lid 2 BW. De hoofdregel is weliswaar onmiddellijke werking en artikel XXIIe lid 2 Wvz verwijst alleen naar artikel 7:668a lid 1 BW, maar in de memorie van toelichting bij de Wvz doet de regering een beroep op de rechtszekerheid. De ruimere uitleg van opvolgend werkgeverschap (het loslaten van het criterium ‘zodanige banden’) was bovendien nog niet opgenomen in het aanvankelijke wetsvoorstel en daar was bij de formulering van het overgangsrecht dus ook geen aandacht aan besteed, aldus de rechtbank. De arbeidsovereenkomsten in deze zaak waren overigens allemaal voor 1 juli 2015 aangegaan. Deze rechter maakt bij werkgeverswissels, die plaatsvonden bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015, overigens een duidelijk onderscheid tussen de toepasselijke maatstaf voor de ketenregeling (*Van Tuinen/Wolters*) en de transitievergoeding (de nieuwe maatstaf).<sup>36</sup> Rechtbank Midden-Nederland concludeert in haar uitspraak van 8 oktober 2015 op basis van artikel XXIIe lid 2 Wvz, dat een werkgeverswissel die plaatsvond bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015 aan de hand van de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* moet worden beoordeeld.<sup>37</sup>

Inzake de transitievergoeding laat de gepubliceerde rechtspraak meer verschillen zien. Rechtbank Zeeland-West-Brabant gaat op basis van de wetsgeschiedenis en het bestaande overgangsrecht uit van onmiddellijke werking voor wat betreft de uitleg van opvolgend werkgeverschap bij de transitievergoeding. Het overgangsrecht van artikel 7:673 BW ziet niet op opvolgend werkgeverschap, aldus de rechtbank. Bij een einde van een arbeidsovereenkomst op of na 1 juli 2015, waarbij een werkgeverswissel plaatsvond bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015, geldt dus niet de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters*.<sup>38</sup> Rechtbank Gelderland en Rechtbank Midden-Nederland (althans een van de kantonrechters aldaar) komen op dezelfde gronden tot een gelijkkluidende conclusie.<sup>39</sup> In een eerdere uitspraak liet een andere kantonrechter van Rechtbank Midden-Nederland de vraag of de gewijzigde maatstaf voor opvolgend werkgeverschap voor de transitievergoeding en ketenregeling onmiddellijke

32 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, «JAR» 2017/16 (*Leerorkest*) – hoger beroep van Hof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1287. Ook Rb. Noord-Nederland 12 september 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:8269, paste al voor de inwerkingtreding van de Wvz de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* toe bij artikel 7:667 lid 5 BW.  
33 Hof Den Haag 14 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2676, «JIN» 2017/3.  
34 Rb. Overijssel 20 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:232, «JAR» 2017/46 (tussenbeschikking: Rb. Overijssel 29 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5284). Volgens diezelfde rechter geldt de toets uit *Van Tuinen/Wolters* ook voor de transitievergoeding, indien de werkgeverswissel plaatsvond bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015.

35 Hof Den Bosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:859. Overigens ging de discussie in deze zaak niet over de vraag of een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd was ontstaan, maar of de voorliggende arbeidsovereenkomsten meetelden voor de berekening van de opzegtermijn ex artikel 7:668a lid 4 BW (en de transitievergoeding).  
36 Rb. Gelderland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190, «JAR» 2016/48.  
37 Rb. Midden-Nederland 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7344.  
38 Rb. Zeeland-West-Brabant 21 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8235.  
39 Rb. Gelderland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190, «JAR» 2016/48; Rb. Gelderland 3 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6642, «JAR» 2016/290; Rb. Midden-Nederland 21 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4242, «JAR» 2016/219.



werking heeft, onbeantwoord, maar was de kantonrechter kritisch over de mogelijkheid van onmiddellijke werking. Deze kantonrechter lijkt overigens geen onderscheid te maken tussen opvolgend werkgeverschap bij artikel 7:668a lid 2 BW en artikel 7:673 lid 4 BW.<sup>40</sup> In weer andere uitspraken toetsten rechters werkgeverswissels die plaatsvonden voor 1 juli 2015 voor de toepassing van artikel 7:673 BW aan de hand van het criterium ‘zodanige banden’ uit *Van Tuinen/Wolters*, waaronder Hof Arnhem-Leeuwarden. Die rechters maken evenmin onderscheid tussen de beoordeling van opvolgend werkgeverschap voor de ketenregeling en de transitievergoeding.<sup>41</sup> Ook Hof Den Bosch hanteerde de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* en overwoog onder meer:

*‘Onmiddellijke werking wil zeggen dat het nieuwe recht terstond van toepassing is op dat wat ten tijde van de inwerkingtreding bestaat en op hetgeen zich na inwerkingtreding voordoet (Vgl. Parlementaire geschiedenis BW Inv. 3, 5 en 6 Overgangsrecht 1991, p. 36 (nr. 4), M.v.A. II Inv., W.H.M. Reehuis en E.E. Slob, ten aanzien van artikel 68a). Voor de onderhavige situatie betekent het voorgaande dat indien [Automatisering] [de nieuwe werkgever, toevoeging SP] ten tijde van de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid redelijkerwijs geacht moet worden opvolgend werkgever voor [verweerder] [de vorige werkgever, toevoeging SP] te zijn, de gevolgen die de Wet werk en zekerheid aan dit zijn van opvolgend werkgever verbindt, tenzij (bij overgangsrecht) anders is bepaald, wel onmiddellijk van toepassing zijn op [Automatisering].’*

*De vraag of [Automatisering] op het moment van inwerkingtreding redelijkerwijs geacht moet worden jegens [verweerder] opvolgend werkgever te zijn dient evenwel te worden beantwoord op basis van het recht dat gold vóór de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid. Aan het huidige criterium (dat wil zeggen het criterium onder de Wet werk en zekerheid) op grond waarvan werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moet worden elkaars opvolger te zijn, zoals bepaald in artikel 7:668a BW lid 2, is immers geen terugwerkende kracht verleend.’<sup>42</sup>*

Als een werkgeverswissel vóór de inwerkingtreding van de Wwz niet kan worden beschouwd als opvolgend werkgeverschap, kan die situatie op een later moment niet alsnog als opvolgend werkgeverschap worden beschouwd, zo is

de gedachte van het hof. Toepassing aan de hand van de nieuwe maatstaf leidt binnen die gedachtegang namelijk tot terugwerkende kracht. Ook dit hof maakt voor de toepassing van het overgangsrecht geen onderscheid tussen artikel 7:668a lid 2 BW en artikel 7:673 lid 4 BW.

Voor de Ragetlie-regel bevat de Wwz geen overgangsrecht. Uit het voornoemde arrest *Leerorkest* blijkt dat een werkgeverswissel, die plaatsvond bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015, aan de hand van de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* moet worden beoordeeld. Maar in die zaak liep de laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd – contractueel gezien – af voor 1 juli 2015. Rechtbank Oost-Brabant kent onmiddellijke werking toe aan de nieuwe maatstaf in een zaak waarbij als contractuele einddatum 20 april 2016 gold. Deze rechter past de nieuwe maatstaf toe, omdat overgangsrecht ontbreekt.<sup>43</sup>

Tot zover de gepubliceerde rechtspraak; relevante uitspraken in relatie tot het afspiegelingsbeginsel lijken (nog) niet te zijn gepubliceerd.

Hoe verhoudt deze rechtspraak zich tot de hiervoor genoemde argumenten? Veel rechters lijken geen onderscheid te maken tussen de uitleg van opvolgend werkgeverschap bij de transitievergoeding en de ketenregeling. Kort gezegd is de redenering als volgt: als bij de ketenregeling werkgeverswissels, die plaatsvonden bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015, aan de hand van de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* moeten worden beoordeeld, dan geldt die maatstaf ook voor de transitievergoeding. Die redenering is niet gebaseerd op goede argumenten. Zo kent de ketenregeling de mogelijkheid tot afwijking van de definitie van opvolgend werkgeverschap, terwijl artikel 7:673 BW die ruimte niet heeft. Ook de Ontslagregeling kent een verruiming van het begrip opvolgend werkgeverschap. De wetgever gaat niet uit van een uniforme uitleg van opvolgend werkgeverschap en per regeling zou derhalve moeten worden beoordeeld of de oude of nieuwe maatstaf geldt.

Daarnaast oordelen veel rechters dat de toepassing van de nieuwe maatstaf op werkgeverswissels, die plaatsvonden bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015, zou leiden tot terugwerkende kracht. Daarom zou de oude maatstaf moeten worden gehanteerd. De vraag is of die redenering past bij de beperkte interpretatie van terugwerkende kracht – terugwerkende kracht in formele zin – en de ruime uitleg van onmiddellijke werking. Bij de transitievergoeding lijkt in ieder geval geen sprake van terugwerkende kracht. Het rechtsgevolg is immers de verschuldigdheid van de transitievergoeding en dat gevolg treedt niet met terugwerkende kracht in. Een werkgever is niet verplicht voor een vóór de inwerkingtreding van arti-

40 Rb. Midden-Nederland 26 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2932.

41 Rb. Noord-Nederland 29 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4460, «JIN» 2015/195 (in samenhang met: Rb. Noord-Nederland 29 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4459, «JIN» 2015/194); Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4977, «JAR» 2016/192 (hoger beroep van Rb. Gelderland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190, «JAR» 2016/48); Rb. Den Haag 12 oktober 2016, *AR-updates* 2016-1144; Rb. Overijssel 20 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:232, «JAR» 2017/46, (tussenbeschikking: Rb. Overijssel 29 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5284); Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1984.

42 Hof Den Bosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:859, «JAR» 2017/91.

43 Rb. Oost-Brabant 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4893, «JAR» 2016/239.

kel 7:673 BW geëindigde of beëindigde arbeidsovereenkomst alsnog een transitievergoeding te betalen.

## 9. Conclusie

Voor geen van genoemde regelingen is duidelijk overgangsrecht opgenomen voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap. Aangezien onmiddellijke werking het uitgangspunt is, zouden alle werkgeverswissels die plaatsvonden bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015 aan de hand van de nieuwe maatstaf moeten worden beoordeeld, mits uiteraard op of na 1 juli 2015 nog een arbeidsovereenkomst bestaat. De parlementaire geschiedenis biedt niettemin aanknopingspunten om in sommige gevallen toch nog de oude maatstaf toe te passen. In het bijzonder voor wat betreft de ketenregeling is zeer goed verdedigbaar dat voor werkgeverswissels, die plaatsvonden bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015, de oude maatstaf blijft gelden. Die conclusie lijkt te worden bevestigd in de gepubliceerde rechtspraak. Voor het afspiegelingsbeginsel zou eveneens kunnen worden betoogd dat de oude maat-

staf van toepassing blijft op deze werkgeverswissels – al zijn daarvoor veel minder (sterke) argumenten aan te dragen.

Met betrekking tot de Ragetlie-regel en in het bijzonder de transitievergoeding pleiten de meeste argumenten ervoor deze werkgeverswissels te beoordelen aan de hand van de nieuwe maatstaf. De gepubliceerde rechtspraak over de transitievergoeding is echter zeer verdeeld en twee hoven hebben gekozen voor een vorm van eerbiedigende werking. Die verschillen in juridische oordelen en het vrij onduidelijke overgangsrecht brengen mee dat werkgevers zich in sommige procedures tot op heden met succes op de oude maatstaf kunnen beroepen en werknemers in andere procedures een geslaagd beroep op de nieuwe maatstaf kunnen doen.

### Over de auteur



**Mr. S. Palm**

Advocaat bij Ploum Lodder Princen te Rotterdam.