

STEVEN PALM

Opvolgend werkgeverschap

BAKELS REEKS

Boomjuridisch


BAKELS INSTITUUT

Opvolgend werkgeverschap is van grote invloed op de werknemersbescherming bij allerhande uitzendconstructies en bij werkgeverswissels als gevolg van bijvoorbeeld een bedrijfsovername, faillissement, aanbesteding (concessie) of overstap binnen een concern.

De juridische consequenties van opvolgend werkgeverschap kunnen verstrekkend zijn, bijvoorbeeld voor de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomisch ontslag, de hoogte van de transitievergoeding, de lengte van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn en de toepasselijkheid van de 'preventieve ontslagtoets' door het UWV of de rechter.

Dit onderzoek richt zich niet alleen op de criteria en juridische gevolgen van opvolgend werkgeverschap, maar ook op de grondslagen (de ratio) en de verhouding tot andere concepten binnen het algemeen vermogensrecht. Dit boek is relevant voor iedere jurist die zich bezighoudt met het arbeidsrecht.

Steven Palm is werkzaam als advocaat te Rotterdam.

De Bakelsreeks wordt uitgegeven vanwege het Bakelsinstituut. Het instituut, een gezamenlijk studiecentrum van de secties arbeidsrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam, de Rijksuniversiteit Groningen en een aantal advocatenkantoren, richt zich op het initiëren en uitvoeren van grensverkennend onderzoek op het terrein van het arbeidsrecht.

ISBN 978-94-6290-660-0



9 789462 906600 >

Boomjuridisch

Opvolgend werkgeverschap

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2019 Steven Palm | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-660-0
ISBN 978-94-6274-478-3 (e-book)
www.boomjuridisch.nl

OPVOLGEND WERKGEVERSCHAP

Successive Employership

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus
prof. dr. R.C.M.E. Engels
en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 20 juni 2019 om 13.30 uur
door

Steven Palm
geboren te Delft

Promotiecommissie

Promotoren: prof. mr. dr. A.R. Houweling
prof. mr. dr. C.J. Loonstra

Overige leden: prof. mr. dr. G.C. Boot
prof. mr. dr. L. Timmerman
prof. mr. dr. M.A. Verbrugh

VOORWOORD

Opvolgend werkgeverschap is van grote invloed op de werknemersbescherming bij allerhande uitzendconstructies en bij werkgeverswissels als gevolg van bijvoorbeeld een bedrijfsovername, faillissement, aanbesteding (concessie) of overstap binnen een concern. De juridische consequenties van opvolgend werkgeverschap kunnen verstrekkend zijn, bijvoorbeeld voor de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomisch ontslag, de hoogte van de transitievergoeding, de lengte van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn en de toepasselijkheid van de ‘preventieve ontslagtoets’ door het UWV of de rechter.

Dit onderzoek richt zich niet alleen op de criteria en juridische gevolgen van opvolgend werkgeverschap, maar ook op de grondslagen (de ratio) en de verhouding tot andere concepten binnen het algemeen vermogensrecht. Een beter begrip van de ratio van opvolgend werkgeverschap en een vergelijking met andere juridische concepten bieden richting aan het verdere discours over de criteria en gevolgen van opvolgend werkgeverschap.

De afronding van dit onderzoek was mogelijk dankzij de steun van velen. Ik ben bijzonder veel dank verschuldigd aan mijn promotoren Ruben Houweling en Cees Loonstra, voor hun gesprekken, adviezen en enthousiasme. Tevens ben ik uitzonderlijke dank verschuldigd aan mijn collega’s bij Windt Le Grand Leeuwenburgh alsook mijn oud-collega’s bij Ploum Lodder Princen, voor de geboden tijd en ruimte voor dit onderzoek.

Tot slot dank ik Karla, Sebastiaan, Sander en – bovenal – mijn ouders, voor hun liefde en steun. Ik draag dit boek op aan mijn lieve ouders, Huib en Els.

Steven Palm
Rotterdam, 11 maart 2019

INHOUD

Afkorting	11
Verkort aangehaalde werken	13
1 Onderzoeksopzet	15
1.1 Inleiding	15
1.2 Probleemstelling en onderzoeksvraag	16
1.3 Onderzoeksmethode	20
1.4 Afbakening onderzoek	22
2 Context	27
2.1 Inleiding	27
2.2 'Andere' regelingen en het verschil met opvolgend werkgeverschap	27
2.3 Regelingen met opvolgend werkgeverschap	31
2.4 Overzicht	41
2.5 Ontwikkeling van opvolgend werkgeverschap	44
2.5.1 Beginfase: beperkte rol van opvolgend werkgeverschap	44
2.5.2 Proeftijdjurisprudentie: eerste uitbreiding van toepassingsbereik	48
2.5.3 Eerste wettelijke uitbreidingsgolf	49
2.5.4 Discussie over reikwijdte: doorstartscenario's en strengere criteria	51
2.5.5 Tweede wettelijke uitbreidingsgolf en versoepeling van de maatstaf	55
2.5.6 Discussie omtrent overgangsrecht	56
2.5.7 Verschuldigdheid transitievergoeding <i>tijdens</i> werkgeverswissel	59
2.6 Conclusie	62
3 Criteria	65
3.1 Inleiding	65
3.2 Bestanddelen en inhoud van de arbeidsovereenkomsten	67
3.2.1 <i>Nieuwe</i> arbeidsovereenkomst	67
3.2.2 <i>Opvolgende</i> arbeidsovereenkomst (inclusief onderbrekingsperiode)	69
3.2.3 Andere voorafgaande arbeidsrelaties	72
3.2.4 Dezelfde arbeidsvoorwaarden (waaronder salaris)	73
3.2.5 Dezelfde werkzaamheden	76

3.3	Connectie tussen werkgevers	83
3.3.1	‘Zodanige banden’	83
3.3.2	Aanleidingscriterium of ‘werknemer is zijn werk gevolgd’	92
3.3.3	Employability-beleid	99
3.3.4	Misbruikconstructies	104
3.4	Driekwart dwingend recht	104
3.5	Overzicht	109
3.6	Conclusie	111
4	Ratio	115
4.1	Inleiding	115
4.2	Bescherming van ‘eigen’ arbeid?	115
4.3	Bescherming van anciënniteit: functies en effecten	117
4.4	Grondslagen van anciënniteit	119
4.4.1	Selectie grondslagen en subcategorieën	119
4.4.2	Grondslag: voorkoming van willekeur door de werkgever	121
4.4.3	Grondslag: evenwichtige verdeling	125
4.4.4	Grondslag: (toenemende) zorgplicht van de werkgever	133
4.4.5	Overzicht	141
4.5	Nieuwe interpretatie opvolgend werkgeverschap	144
4.5.1	Dezelfde arbeidsorganisatie	144
4.5.2	Concernverhoudingen	148
4.5.3	Driepartijenconstructies	149
4.6	De Ragetlie-regel: overblijfsel	150
4.7	Conclusie	152
5	Vermogensrechtelijke beschouwing	155
5.1	Inleiding	155
5.2	Opvolgend werkgeverschap en rechtsopvolging	157
5.2.1	Rechtsopvolging: onderscheid algemene titel en bijzondere titel	157
5.2.2	Rechtsopvolging: overgang rechten en verplichtingen	159
5.2.3	Rechtsopvolging: beperkingen aan overgang rechten en verplichtingen	160
5.2.4	Resumé van kenmerken rechtsopvolging	165
5.2.5	Betekenis voor opvolgend werkgeverschap	166
5.3	Opvolgend werkgeverschap en vereenzelviging	168
5.3.1	Kenmerken vereenzelviging	168
5.3.2	Betekenis voor opvolgend werkgeverschap	175
5.4	Opvolgend werkgeverschap en toerekening	177
5.4.1	Kenmerken toerekening	177
5.4.2	Betekenis voor opvolgend werkgeverschap	179
5.5	Conclusie	180

6	Conclusie	183
6.1	Inleiding	183
6.2	Juridische eigenschappen: rechtsfeit, rechtsgevolg en vereenzelviging	183
6.3	Varianten van opvolgend werkgeverschap: geen uniformiteit	186
6.4	De ratio van opvolgend werkgeverschap en van anciënniteit	191
6.5	Geen overtuigende basis, wel noodzakelijk	193
6.6	Aanpassing en uniformering criteria	196
6.7	Slotopmerking: aanpassing of grondige herziening?	199
	Samenvatting	201
	Summary	205
	Literatuur	209
	Jurisprudentie	231
	De Bakelsreeks	241

AFKORTINGEN

<i>AB</i>	<i>AB Rechtspraak Bestuursrecht</i>
<i>ABKort</i>	<i>ABkort</i>
<i>AR (Updates)</i>	<i>Arbeidsrecht Updates</i>
<i>ArA</i>	<i>Arbeidsrechtelijke Annotaties</i>
<i>Ars Aequi</i>	<i>Ars Aequi. Juridisch studentenblad</i>
<i>Bb</i>	<i>Bedrijfsjuridische berichten</i>
<i>BNB</i>	<i>Beslissingen in Belastingzaken. Nederlandse Belastingrechtspraak</i>
<i>BW</i>	<i>Burgerlijk Wetboek</i>
<i>cao</i>	<i>collectieve arbeidsovereenkomst</i>
<i>CAR-UWO</i>	<i>Collectieve Arbeidsvoorwaardenregeling (CAR) en een Uitwerkingsovereenkomst (UWO)</i>
<i>CRvB</i>	<i>Centrale Raad van Beroep</i>
<i>diss.</i>	<i>dissertatie</i>
<i>ECLI</i>	<i>European Case Law Identifier</i>
<i>EG</i>	<i>Europese Gemeenschap(pen)</i>
<i>ESB</i>	<i>Economisch Statistische Berichten</i>
<i>EU</i>	<i>Europese Unie</i>
<i>EV</i>	<i>eindverslag</i>
<i>FED</i>	<i>FED Fiscaal Weekblad</i>
<i>FIP</i>	<i>Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk</i>
<i>Hof</i>	<i>gerechtshof</i>
<i>HR</i>	<i>Hoge Raad der Nederlanden</i>
<i>HvJ EG</i>	<i>Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen</i>
<i>HvJ EU</i>	<i>Hof van Justitie van de Europese Unie (sinds 1 december 2009)</i>
<i>ILC</i>	<i>International Labour Conference</i>
<i>ILO</i>	<i>International Labour Organization</i>
<i>Infobulletin</i>	<i>Belastingdienst informatieblad Infobulletin</i>
<i>IPA Review</i>	<i>Institute for Public Affairs Review Articles</i>
<i>JAR</i>	<i>Jurisprudentie arbeidsrecht</i>
<i>JIN</i>	<i>Jurisprudentie in Nederland</i>
<i>JOR</i>	<i>Jurisprudentie Onderneming en Recht</i>

KG	<i>Kort Geding</i>
Ktr.	kantonrechter
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
MvV	<i>Maandblad voor Vermogensrecht</i>
NEV	nota naar aanleiding van het eindverslag
NJ	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
NJB	<i>Nederlands Juristenblad</i>
NtEr	<i>Nederlands tijdschrift voor Europees recht</i>
NV	nota naar aanleiding van het verslag
O&F	<i>Onderneming en Financiering</i>
Ondernemingsrecht	<i>Ondernemingsrecht. De Naamlooze Vennootschap • TVVS</i>
PbEG	<i>Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen</i>
PbEU	<i>Publicatieblad van de Europese Unie</i>
PJ	<i>Pensioenjurisprudentie</i>
Prg.	<i>De Praktijkgids. Kantonrechtspraak voor de rechtspraak</i>
RAR	<i>Rechtspraak Arbeidsrecht</i>
Rb.	rechtbank
RM Themis	<i>Rechtsgeleerd Magazijn Themis</i>
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
RvdW	<i>Rechtspraak van de Week</i>
SEW	<i>SEW. Tijdschrift voor Europees en economisch recht</i>
SMA	<i>Sociaal Maandblad Arbeid</i>
SR	<i>Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht</i>
Stb.	<i>Staatsblad</i>
Stcrt.	<i>Staatscourant</i>
TAP	<i>Tijdschrift voor de Arbeidsrechtpraktijk</i>
TAR	<i>Tijdschrift voor Ambtenarenrecht</i>
TRA	<i>Tijdschrift Recht en Arbeid</i>
Trb.	<i>Tractatenblad</i>
TvI	<i>Tijdschrift voor Insolventierecht</i>
TvO	<i>Tijdschrift voor Ontslagrecht</i>
TVVS	<i>TVVS. Maandblad voor Ondernemingsrecht en rechtspersonen</i>
USZ	<i>Uitspraken Sociale Zekerheid</i>
UWV	Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen
V-N	<i>Vakstudie Nieuws</i>
VNG	Vereniging van Nederlandse Gemeenten
VV	voorlopig verslag
VvA	Vereniging voor Arbeidsrecht
WFR	<i>Weekblad voor Fiscaal Recht</i>
WPNR	<i>Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie</i>
Wwz	Wet werk en zekerheid

VERKORT AANGEHAALDE WERKEN

- Asser/Bartels & Van Mierlo* 3-IV 2013. S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.
- Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-II 2013. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Kluwer 2013.
- Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-III 2014. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.
- Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-IV 2015. A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
- Asser/Heerma van Voss* 7-V 2015. G.J.J. Heerma van Voss, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
- Asser/Lutjens* 7-XI 2016. E. Lutjens, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- Asser/Maeijer & Kroeze* 2-I* 2015. M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015.
- Asser/Maeijer & Van Olffen* 7-VII 2017. J.M.M. Maeijer & M. van Olffen, Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VII. Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

- Asser/Perrick 4* 2013. S. Perrick, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking, Deventer: Kluwer 2013.
- Asser/Scholten Algemeen deel** 1974. G.J. Scholten, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel *, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.
- Asser/Sieburgh 6-I* 2016. C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- Asser/Vranken Algemeen deel**** 2005. J.B.M. Vranken, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel ***, Deventer: Kluwer 2005.
- Asser/Vranken Algemeen deel***** 2014. J.B.M. Vranken, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel ****. Een synthese, Deventer: Kluwer 2014.
- Asser Procesrecht/Asser 3* 2013. W.D.H. Asser, *Asser Procesrecht 3 Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013.
- Assink e.a., *Toekomst ondernemingsrecht (IVOR nr. 99)* 2015. B. Assink, K. Haak, M. de Jongh, M. Kroeze & A. Schild, *De toekomst van het ondernemingsrecht. Het ondernemingsrecht van de toekomst (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 99)*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
- Bartman e.a., *Van het concern* 2016. S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn & M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- Bouwens & Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2015. W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
- Flexibele arbeidsrelaties*. *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer (online).
- Schrage, *Misbruik van bevoegdheid* (Mon. BW nr. A4) 2012. E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid* (Monografieën BW nr. A4), Deventer: Kluwer 2012.
- T&C Arbeidsrecht* 2018. J.M. van Slooten, M.S.A. Vegter & E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

1.1 INLEIDING

Juristen reserveren de aanduiding ‘opvolgend werkgeverschap’ veelal voor regelingen die van overeenkomstige toepassing zijn (verklaard) op opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers.¹ De wet van 17 december 1953 over de herziening van het ontslagrecht introduceerde de eerste variant.² Sindsdien is het aantal vindplaatsen aanzienlijk gegroeid. De meest recente uitbreidingen vloeien voort uit de Wet werk en zekerheid, de Verzamelwet SZW 2015 en de Ontslagregeling.³ Een bekend

-
- 1 Een ander – ruimer – gebruik van de term opvolgend werkgeverschap is overigens zeer goed mogelijk. Zo omschrijft Zwemmer in zijn dissertatie opvolgend werkgeverschap als een van de twee vormen van pluraliteit van werkgeversaansprakelijkheid, namelijk de variant waarbij aan werkgeverskant ‘na elkaar verschillende partijen betrokken zijn bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst van de werknemer’. De andere vorm van pluraliteit van werkgeversaansprakelijkheid is volgens Zwemmer de gelijktijdige aansprakelijkheid van twee verschillende partijen aan werkgeverszijde (J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, p. 4-5).
- 2 Wet van 17 december 1953, houdende wijzigingen van de bepalingen omtrent het ontslag bij arbeidsovereenkomsten, *Stb.* 1953, 619.
- 3 Wet van 14 juni 2014 tot wijziging van verschillende wetten in verband met de hervorming van het ontslagrecht, wijziging van de rechtspositie van flexwerkers en wijziging van verschillende wetten in verband met het aanpassen van de Werkloosheidswet, het verruimen van de openstelling van de Wet inkomensvoorziening oudere werklozen en de beperking van de toegang tot de Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers (Wet werk en zekerheid), *Stb.* 2014, 216; wet van 26 november 2014 tot wijziging van enkele wetten van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, het Ministerie van Financiën en het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (Verzamelwet SZW 2015), *Stb.* 2014, 504; regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000102290, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding (Ontslagregeling), *Stcrt.* 2015, 12685, laatstelijk gewijzigd bij regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 juni 2016, nr. 2016-0000141518, tot wijziging van de Ontslagregeling in verband met de afschaffing van de VAR en enkele andere wijzigingen, *Stcrt.* 2016, 34013. Het (na afronding van dit onderzoek verschenen) voorstel van wet tot wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, de Wet financiering sociale verzekeringen en enige andere wetten om de balans tussen vaste en flexibele arbeidsovereenkomsten te verbeteren (Wet arbeidsmarkt in balans), *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 1-64; *Kamerstukken I* 2018/19, 35074, A, leidt mogelijk tot een nieuwe uitbreiding van het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap (vóór de afronding van het onderzoek was alleen de conceptversie van dit wetsvoorstel online te raadplegen).

voorbeeld van opvolgend werkgeverschap is artikel 7:668a lid 2 BW, inzake de ketenregeling. Deze bepaling luidt sinds 1 juli 2015 als volgt:

‘Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn.’

Het aantal vindplaatsen van opvolgend werkgeverschap neemt toe, maar de systematiek en kenmerken van opvolgend werkgeverschap en vooral de achterliggende bedoeling (de ratio) blijven een *black box*. Het discours gaat voornamelijk over de criteria en gevolgen van opvolgend werkgeverschap en slechts zelden over de vraag wat opvolgend werkgeverschap eigenlijk is. Wat is de ratio van opvolgend werkgeverschap? Is deze ratio gebaseerd op overtuigende argumenten? Hoe verhoudt opvolgend werkgeverschap zich tot andere concepten binnen het algemeen vermogensrecht? Wat is de toegevoegde waarde van opvolgend werkgeverschap? Waarom volstaan die andere juridische concepten niet? Dit onderzoek beoogt juist die vragen te beantwoorden. Tegelijkertijd bieden die antwoorden richting voor het verdere discours over de criteria en gevolgen van opvolgend werkgeverschap.

1.2 PROBLEEMSTELLING EN ONDERZOEKSVRAAG

Het Nederlandse recht kent een veelheid aan regelingen die de rechtsbetrekking van een werkgever en werknemer (mede) aan de hand van de rechtsbetrekking tussen deze werknemer en een vorige werkgever vormgeven. Die regelingen zijn óf arbeidsrechtelijk van aard, zoals de overgang van een onderneming ex artikel 7:662 en verder BW, óf ingebed in het algemeen vermogensrecht, zoals de contractsoverneming op basis van artikel 6:159 BW. Opvolgend werkgeverschap heeft binnen dat spectrum aan regelingen een bescheiden rol. Tegelijkertijd breidt het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap zich alsmaar uit en zijn de consequenties vergaand. Zo worden – sinds 1 juli 2015 – doorstarters na een faillissement en winnaars van een aanbesteding bij de overname van personeel in vrijwel alle gevallen geconfronteerd met latente betalingsverplichtingen ex artikel 7:673 BW waarvan de hoogte is gebaseerd op de (vele) dienstjaren bij één of meer vorige werkgevers.

Sommige auteurs concluderen op basis van de parlementaire geschiedenis van de Wet werk en zekerheid dat de wetgever voor de beantwoording van de vraag of sprake behoort te zijn van opvolgend werkgeverschap vooral van belang vindt of de werknemer zijn werk voortzet.⁴ Een werkgeverswissel mag voor de werknemer niet negatief uitpakken, indien hij zijn werk blijft uitvoeren via een – formeel gezien – andere

4 J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 210. D.J.L. Siegers, ‘Opvolgend werkgeverschap in de Wwz: over de grens van flexbescherming’, TRA 2016/34, denkt dat de reikwijdte van opvolgend werkgeverschap met de Wet werk en zekerheid voornamelijk is uitgebreid in verband met de niet-toepasselijkheid van de bescherming via

werkgever. De Stichting van de Arbeid nam in de opmaat naar de Wet werk en zekerheid een vergelijkbaar standpunt in.⁵ Opvolgend werkgeverschap lijkt bescherming te (moeten) bieden in situaties waarin de regeling omtrent overgang van onderneming niet altijd van toepassing is, zoals bij een aanbestedingsprocedure.⁶ Maar is opvolgend werkgeverschap daadwerkelijk bedoeld als een aanvullende bescherming, bovenop een regeling als artikel 7:662 en verder BW?

De gevolgen van opvolgend werkgeverschap blijven een onderwerp van discussie, waaronder bij faillissementen. Artikel 7:666 BW sluit in beginsel de verplichte overname van personeel met behoud van arbeidsvoorwaarden uit in geval van een doorstart na faillissement.⁷ Diezelfde doorstarter wordt via opvolgend werkgeverschap vervolgens alsnog geconfronteerd met verplichtingen die mede zijn gebaseerd op voorafgaande arbeidsovereenkomsten met de gefailleerde werkgever. Opvolgend werkgeverschap bevordert een doorstart niet.⁸ Uit onderzoek blijkt dat velen verwachten dat doorstarters eerder geneigd zijn minder personeel aan te trekken of juist personeel van elders aan te trekken als gevolg van de toepassing van opvolgend werk-

artikel 7:662 en verder BW bij faillissementssituaties en de onduidelijkheid bij werkgeverswissels als gevolg van concessies en aanbestedingen.

- 5 '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), Den Haag: 2013, online: stvda.nl, p. 24. Het toenmalige kabinet bleek die visie slechts in een afgezwakte vorm te delen. In de brief van 11 april 2013 merkte 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, randnummer 56).
- 6 Op de toepassing van artikel 7:662 en verder BW bij aanbestedingen bestaat overigens veel kritiek, net als op de gedwongen overgang van personeel bij concessies in het personenvervoer ex artikel 36 en verder Wet personenvervoer 2000. Een verplichte overgang van personeel met behoud van arbeidsvoorwaarden bij aanbestedingen zou marktversturend werken, tot veel praktische problemen bij de uitvoering leiden en in strijd kunnen zijn met het vrij verkeer van diensten. Zie over deze knelpunten onder meer: R.M. Beltzer, 'Dertig jaar overgang van onderneming – een lijst van wensen', *SMA* 2007-2, p. 59 e.v.; I. Lintsen, 'De werkzekerheid in gedrang bij publieke aanbestedingen?', *ArbeidsRecht* 2017/28. 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; Twijnstra & Gudde 2005, *Evaluatie Wp2000. Eindrapport functionele en doelmatigheidstoets*, bijlagen bij *Kamerstukken II* 2005/06, 30421, 1, in het bijzonder p. 35, 42 en 65; RebelGroup Advisory 2005, *Juridisch-technische toetsing van de Wet personenvervoer 2000*, bijlagen bij *Kamerstukken II* 2005/06, 30421, 1, p. 14 en 20.
- 7 Volgens HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, C-126/16, *JAR* 2017/189 (*Smallsteps*), sluit een zogeheten pre-pack de toepasselijkheid van Richtlijn 2001/23/EG overigens niet uit. Zie ook: L.G. Verburg, 'Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft', *FIP* 2017/334; P.R.W. Schaink, 'Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?', *ArbeidsRecht* 2017/34; P.R.W. Schaink, 'Het arrest van het Hof van Justitie inzake FNV c.s./Smallsteps', *TvI* 2017/22; M. Hoogendoorn & D. Ninck Blok, 'FNV/Smallsteps; door overgang van onderneming, naar ondergang van ondernemingen?', *NtEr* 2017-8, p. 211-218.
- 8 Zie onder meer W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal & D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, Amsterdam 2015, online: rijksoverheid.nl, p. 61-62, bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 33695, 9.

geverschap bij de ketenregeling en de transitievergoeding.⁹ De voortgezette ‘opbouw van rechten’ kan bij een doorstart ook tot gevolg hebben dat alleen aan werknemers met relatief weinig anciënniteit een arbeidsovereenkomst wordt aangeboden.¹⁰

Tegenover de kritiek op de gevolgen van opvolgend werkgeverschap klinkt de veelgehoorde klacht dat werknemers bij aanbestedingen en faillissementen juist te weinig bescherming genieten.¹¹ Voor degenen die van mening zijn dat werknemers bij aanbestedingen en faillissementen meer bescherming behoren te genieten, is de toepassing van opvolgend werkgeverschap wellicht een kleine stap in de goede richting. Maar biedt opvolgend werkgeverschap daadwerkelijk een structurele oplossing voor een gebrek aan bescherming? Zo is opvallend dat de Stichting van de Arbeid in haar nadere verkenning uit 2016 rondom het gebrek aan bescherming van werknemers bij aanbestedingen (contractswisselingen), uitbestedingen en (schijn)faillissementen verschillende opties de revue laat passeren, maar opvolgend werkgeverschap wordt niet genoemd.¹²

Het antwoord op de vraag of werknemers tijdens faillissementen en aanbestedingen – alsmede in alle andere gevallen waarin een werknemer van werkgever wisselt – via opvolgend werkgeverschap moeten worden beschermd, vereist meer dan een analyse van de criteria en rechtsgevolgen van opvolgend werkgeverschap. Het antwoord vereist inzicht in de ratio – de achterliggende bedoeling – van opvolgend werkgeverschap: wat beoogt opvolgend werkgeverschap eigenlijk te beschermen en waarom? Alleen met inzicht in zowel de criteria en rechtsgevolgen als de achterliggende bedoeling (de ratio) van opvolgend werkgeverschap kan worden beoordeeld of bij een werkgeverswissel de argumenten voor en tegen de toepassing van opvolgend werkgeverschap steekhoudend zijn.

Niet alleen de *situaties* waarin opvolgend werkgeverschap al dan niet bescherming moet bieden (zoals bij aanbestedingen en faillissementen), zijn een onderwerp van discussie. Ook de door de wetgever en rechter geformuleerde *criteria* zijn onderwerp

9 L.G. Verburg e.a., *Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers*, Nijmegen: Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit 2016, kenmerk WODC: 2599/624436/15, p. 65 en 67. Ter volledigheid: de onderzoekers merken op dat de effecten van de Wet werk en zekerheid niet in hun onderzoek zijn meegewogen (p. 58).

10 Selectie op basis van anciënniteit kan overigens leiden tot een verboden indirect onderscheid op grond van leeftijd (College voor de Rechten van de Mens 9 februari 2017, 2017-11; zie hierover ook F.B. Bosvelt & M.E. ten Brinke, ‘Retailfaillissementen. Interview met de curatoren in de faillissementen van DA, Macintosh, McGregor, Miss Etam, MS Mode, USG en V&D’, *TvI* 2017/29; vergelijk A. Looijenga & E.C. van Fenema, ‘Knelpunten bij opvolgend werkgeverschap’, *TvO* 2017-2, p. 98-99).

11 In relatie tot aanbestedingen: E. Wits, ‘Arbeidsrecht vs marktwerking 0:1? De rechtspositie van thuiszorgmedewerksters bij aanbesteding’, *TRA* 2014/14. De zaken *Smallsteps* en *DA Retailgroep* kunnen worden gezien als beslissingen van het Europese Hof van Justitie respectievelijk de Hoge Raad om balans te brengen tussen het belang van enerzijds een snelle doorstart en anderzijds werknemersbescherming (HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, C-126/16, *JAR* 2017/189 (*Smallsteps*), respectievelijk HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, *JAR* 2017/172 (*DA Retailgroep*)).

12 *Verkenning: Overgang van werknemers en hun arbeidsvoorwaarden bij aanbesteding, uitbesteding en (schijn) faillissement* (advies van 16 december 2016, Stichting van de Arbeid), Den Haag: 2016, online: stvda.nl.

van een aanhoudend debat en ondergaan continu veranderingen. Een – wellicht naïeve – vraag is waarom bijvoorbeeld de ketenregeling en de opbouw van de transitievergoeding eigenlijk niet van overeenkomstige toepassing zijn op alle opvolgende werkgevers, ongeacht of is voldaan aan specifieke criteria. Zo verleent artikel 7:641 lid 3 BW aan een werknemer jegens zijn nieuwe werkgever aanspraak op vakantie zonder behoud van loon gelijk aan het resterend aantal vakantiedagen dat deze werknemer bij de vorige werkgever heeft opgebouwd. De wetgever tracht zo te voorkomen dat een werknemer aan het einde van zijn arbeidsovereenkomst wordt gedwongen zijn vakantiedagen op een ongunstig tijdstip op te nemen omdat deze dagen anders verloren gaan.¹³ Artikel 7:641 lid 3 BW vereist geen bijzondere relatie met de vorige werkgever en noemt geen criteria.¹⁴ Waarom zijn de ketenregeling en de regeling omtrent de transitievergoeding alleen van overeenkomstige toepassing op verschillende werkgevers indien voldaan is aan specifieke criteria, waaronder het criterium dat de werknemer na de werkgeverswissel dezelfde werkzaamheden verricht?

Deze vragen schetsen een beeld van opvolgend werkgeverschap als een concept met een steeds prominentere maar tegelijkertijd onduidelijke plaats binnen het arbeidsrecht. Waarom ondergaat dit concept sinds de wet van 17 december 1953 zo vaak een verandering qua reikwijdte en uitleg? Zijn die veranderingen het gevolg van voortschrijdend inzicht en wijzigende omstandigheden? Of komen de wetgever en Hoge Raad niet tot een tijdsbestendige en uniforme uitleg omdat de ratio van opvolgend werkgeverschap onduidelijk is? Daarnaast is het de vraag of opvolgend werkgeverschap überhaupt een arbeidsrechtelijk verschijnsel is. Misschien komt hetzelfde concept eveneens voor in het algemeen vermogensrecht en verandert dit concept door de bril van de arbeidsrechtjurist slechts van kleur. Een vergelijking met andere concepten die een functie vervullen in het algemeen vermogensrecht (te weten: Boek 3 tot en met Boek 6 BW) kan tot de conclusie leiden dat het debat over opvolgend werkgeverschap is vertroebeld door – ten onrechte – veronderstelde bijzonderheden. Die vergelijking kan evenzeer tot de tegenovergestelde slotsom leiden, namelijk dat opvolgend werkgeverschap juist bijzondere – arbeidsrechtelijke – beginselen beschermt. Deze vragen raken de kern van de probleemstelling van dit onderzoek, want zonder een diepgaand begrip van de juridische eigenschappen en de ratio van opvolgend werkgeverschap ontbreekt een rechtvaardiging voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap. Dit onderzoek heeft tot doel deze juridische eigenschappen en ratio in kaart te brengen.

13 *Kamerstukken II 1962/63, 7168, 3, p. 7 (MvT); Kamerstukken II 1997/98, 26079, 3, p. 7 (MvT).*

14 Het zeer ruime toepassingsbereik van artikel 7:641 lid 3 BW zou verband kunnen houden met het doel van vakantie, namelijk recuperatie. Vakantie is niet louter een beloningscomponent, maar moet – in de woorden het Europese Hof van Justitie – ‘worden beschouwd als een bijzonder belangrijk beginsel van sociaal recht van de Europese Unie’ en is vastgelegd in artikel 31 lid 2 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (HvJ EU 22 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:351, C-539/12, *JAR* 2014/163 (*Lock/British Gas*)). Het jaarlijkse recht op vakantie met behoud van loon is opgenomen in een richtlijn die als doel heeft de verbetering van de veiligheid, de hygiëne en de gezondheid van de werknemers op het werk. Dit doel mag niet aan overwegingen van zuiver economische aard ondergeschikt worden gemaakt, aldus de vierde overweging van Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd.

De rechtsontwikkeling en rechtspraktijk zijn daarbij gebaat. De onderzoeksvraag luidt:

Wat zijn de criteria en juridische gevolgen van opvolgend werkgeverschap en hoe verhouden deze criteria en gevolgen zich tot de ratio van opvolgend werkgeverschap respectievelijk andere concepten binnen het algemeen vermogensrecht?

De beantwoording van de onderzoeksvraag is opgeknipt in vier delen, te weten: (1) de context en ontwikkeling, (2) de criteria, (3) de ratio en (4) de vermogensrechtelijke beschouwing. Aan elk deel is een apart hoofdstuk gewijd.

Hoofdstuk 2 richt zich op de context en ontwikkeling van opvolgend werkgeverschap. Dit hoofdstuk geeft allereerst een overzicht van een aantal andere regelingen die de rechtsbetrekking van een werkgever en werknemer (mede) aan de hand van de rechtsbetrekking tussen deze werknemer en een vorige werkgever vormgeven, en beschrijft op welke wijze opvolgend werkgeverschap zich van deze regelingen onderscheidt. Vervolgens komen kort alle regelingen aan bod waar opvolgend werkgeverschap voorkomt en worden tegelijkertijd de juridische gevolgen van opvolgend werkgeverschap in kaart gebracht. Dit overzicht is vervolgens gecombineerd met een beschrijving van de historische ontwikkeling van opvolgend werkgeverschap. De context en ontwikkeling van opvolgend werkgeverschap – zoals in hoofdstuk 2 omschreven – vormen de opmaat tot hoofdstuk 3 en 4, welke hoofdstukken meer evaluatief van aard zijn. Hoofdstuk 3 bevat een evaluatie van de criteria die in het wetgevingsproces en de rechtspraak de revue zijn gepasseerd. De centrale vraag bij deze evaluatie is: wat zijn de thans geldende criteria? En in het verlengde daarvan: hoe moeten deze criteria worden uitgelegd en toegepast in verschillende situaties? Hoofdstuk 4 gaat vervolgens weer een stap verder en behandelt twee vragen. De eerste vraag: wat is de ratio van opvolgend werkgeverschap? De tweede vraag: is die ratio gebaseerd op overtuigende argumenten? Het antwoord op deze twee vragen heeft uiteraard zijn weerslag op de criteria van opvolgend werkgeverschap. Hoofdstuk 5 behandelt het laatste deel van de onderzoeksvraag: de vermogensrechtelijke beschouwing. Wat zijn de gelijkenissen en verschillen met andere concepten binnen het algemeen vermogensrecht? Is opvolgend werkgeverschap een bijzonder – arbeidsrechtelijk – fenomeen? Hoofdstuk 6 bevat de conclusies van dit onderzoek.

1.3 ONDERZOEKSMETHODE

Dit onderzoek neemt een rechtspositivistisch perspectief als vertrekpunt. De rechtspositivist toetst de geldigheid van een regeling, in dit geval opvolgend werkgeverschap, en daarmee de aanspraak op gezag en juistheid van die regeling. Deze toets is tweeledig. Ten eerste: is een bevoegd orgaan tot normstelling overgegaan? Ten tweede: hoe verhoudt deze norm zich tot andere regels van hetzelfde rechtstelsel?¹⁵ Deze vragen

¹⁵ Het verschil tussen deze twee vragen valt samen met de statische en dynamische theorie van het recht (zie bijvoorbeeld H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (een vertaling van de

vormen de basis van hoofdstuk 2 en 3 (omtrent de context respectievelijk de criteria van opvolgend werkgeverschap). Qua onderzoeksmethode is in deze hoofdstukken gekozen voor een analyse – meer specifiek: ordening, interpretatie, onderlinge vergelijking en evaluatie – van de relevante rechtsbronnen. De primaire rechtsbronnen bij deze analyse zijn de wet, zowel in formele als materiële zin (inclusief de totstandkomingsgeschiedenis), en de jurisprudentie, in het bijzonder de rechtspraak van de Hoge Raad vanwege zijn taak op het gebied van de rechtsontwikkeling ex artikel 81 RO. Literatuur en publicaties van adviesorganen vormen een belangrijke secundaire bron.¹⁶

Een strikt positivistische benadering brengt geen volledige beantwoording van de onderzoeksvraag, want die vraag richt zich evenzeer op de ratio van opvolgend werkgeverschap en de vergelijking met andere concepten binnen het vermogensrecht. Voor de beantwoording moet de rechtspositivist – in de woorden van Nieuwenhuis – ‘doorstoten naar dieperliggende lagen: beginselen, belangen, waarden’.¹⁷ Hoofdstuk 4 richt zich op die ‘dieperliggende lagen’ – de ratio. Mogelijke grondslagen van opvolgend werkgeverschap worden onderzocht, te weten:

1. bescherming van de ‘eigen’ arbeid;
2. bescherming (behoud) van anciënniteit.

‘Bescherming (behoud) van anciënniteit’ is vervolgens onderverdeeld in de volgende – wederom: mogelijke – grondslagen voor de op anciënniteit gebaseerde rechtsbescherming van de werknemer:

3. voorkoming van willekeur;
4. evenwichtige verdeling tussen werknemersbescherming en risico’s werkgever;
5. (toenemende) zorgplicht werkgever.

De eerste aanknopingspunten voor deze mogelijke grondslagen volgen uit een verkenning van de primaire bronnen (formele rechtsbronnen, inclusief wetsgeschiedenis) en de secundaire bronnen (literatuur). De centrale vraag in dit vierde hoofdstuk is: bieden deze grondslagen een overtuigende basis voor opvolgend werkgeverschap? En – onder de assumptie dat (één of meer van) deze grondslagen een overtuigende basis bieden – de vervolgvraag: passen de door de wetgever en rechter gehanteerde criteria

eerste editie van *Reine Rechtslehre*), Oxford: Oxford University Press 2002, in het bijzonder p. 55-58 en 91-92). De geldigheid van opvolgend werkgeverschap wordt volgens de dynamische theorie bepaald door het antwoord op de vraag of een bevoegd orgaan tot de normstelling is overgegaan. Een conform de formele bevoegdheidsregels genomen beslissing is volgens die theorie geldig. Een rechtspositivist die desondanks spreekt van een rechtens onjuist oordeel, analyseert deze beslissing in samenhang met andere regels van hetzelfde rechtstelsel. Hij stapt dan over op een statische theorie van het recht (een statisch normstelsel). In een statisch normstelsel is een norm geldig indien deze norm via logische redeneren afleidbaar is uit een andere geldige norm.

16 Secundaire bronnen, zoals de literatuur, zeggen in de woorden van Vranken iets over deze primaire bron (*Asser/Vranken Algemeen deel***** 2014/94). De scheidslijn tussen primaire en secundaire bronnen is een vloeiende, denk bijvoorbeeld aan publicaties van adviserende organen zoals de Stichting van de Arbeid. In veel gevallen ligt een nota, advies of convenant van de Stichting van de Arbeid ten grondslag aan een arbeidsrechtelijke wetwijziging. Voor de interpretatie van een wet zijn die publicaties onmisbaar. Zie ook *Asser/Scholten Algemeen deel** 1974/19.

17 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 4.

bij deze grondslagen of is een andere interpretatie van opvolgend werkgeverschap geboden? Bij de resultaten van deze grondslagenanalyse is voorzichtigheid vereist. Ten eerste, vanuit een strikt positivistisch perspectief kan slechts beperkt gezag worden toegekend aan argumenten uit secundaire bronnen, terwijl juist deze secundaire bronnen bij de uitgevoerde analyse – vanwege het gebrek aan duidelijke grondslagen in de formele rechtsbronnen – een prominente rol spelen. Ten tweede, de argumenten waarop deze grondslagen zijn gebaseerd, moeten tevens berusten op aannames die feitelijk juist zijn. Voor de beoordeling van dergelijke aannames is mogelijk andersoortig (bijvoorbeeld: multidisciplinair) onderzoek nodig.¹⁸

Hoofdstuk 5 zet de evaluatie voort vanuit een vermogensrechtelijke beschouwing van opvolgend werkgeverschap. Deze beschouwing vindt plaats aan hand van een vergelijking met een drietal juridische concepten binnen het algemeen vermogensrecht, welke concepten op het eerste oog verband lijken te houden met opvolgend werkgeverschap, te weten:

1. rechtsopvolging;
2. vereenzelviging;
3. toerekening.

De wijze van onderzoek zou aldus kunnen worden samengevat als (1) een analyse van de regelgeving en rechtspraak omtrent opvolgend werkgeverschap, (2) een evaluatie van de grondslagen en (3) een vermogensrechtelijke vergelijking. Deze drie benaderingen moeten – tezamen beschouwd – een antwoord geven op de onderzoeksvraag en leiden tot een betere afweging van de argumenten voor en tegen de toepassing van opvolgend werkgeverschap.

1.4 AFBAKENING ONDERZOEK

Het onderzoek beperkt zich tot het Nederlandse recht. Die beperking betekent niet dat opvolgend werkgeverschap qua concept als zodanig een nationaal fenomeen is.¹⁹ Opvolgend werkgeverschap kan bovendien relevant zijn bij internationale arbeidsverhoudingen. Zo paste de Rechtbank Amsterdam opvolgend werkgeverschap toe in een grensoverschrijdende concernverhouding.²⁰ De beperking tot het Nederlandse

18 Zie over de toegevoegde waarde van multidisciplinair onderzoek bijvoorbeeld: Asser/Vranken *Algemeen deel**** 2005/118; Asser/Vranken *Algemeen deel***** 2014/158-166.

19 Zo kent het Verenigd Koninkrijk een regeling voor opvolgende arbeidsovereenkomsten en opvolgend werkgeverschap, namelijk Part XIV, Chapter I van de *Employment Rights Act 1996* over 'continuous employment'. Artikel 210 lid 1 *Employment Rights Act 1996* bepaalt dat '[r]eferences in any provision of this Act to a period of continuous employment are (unless provision is expressly made to the contrary) to a period computed in accordance with this Chapter'. Omtrent werkgeverswissels ('change of employer') schrijven artikel 218 lid 2 en verder *Employment Rights Act 1996* voor in welke gevallen elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers niet mogen worden beschouwd als een onderbreking van de 'continuity of the period of employment'.

20 Rb. Amsterdam 30 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO0119, *JAR* 2010/237. Zie ook: Rb. Oost-Brabant 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4893, *JAR* 2016/239 (het enkele feit dat de eerste

recht hoeft, gezien de onderzoeksvraag, echter geen beperkingen omtrent de resultaten op te leveren. Het onderzoek gaat immers over de betekenis, ratio en kenmerken van opvolgend werkgeverschap als onderdeel van het Nederlandse arbeidsrecht.

Het belastingrecht en ambtenarenrecht blijven eveneens (grotendeels) buiten beschouwing. Voor de volledigheid volgen voor de geïnteresseerden hierna niettemin enkele opmerkingen en verwijzingen naar opvolgend werkgeverschap binnen het belastingrecht en ambtenarenrecht.

Het belastingrecht kent bijvoorbeeld de jubileumgratificatie. Deze gratificatie is bij een diensttijd van ten minste 25 respectievelijk 40 jaar tot een bepaald bedrag uitgezonderd van het loonbegrip (de diensttijd-vrijstelling).²¹ Het uitgangspunt is de diensttijd bij dezelfde werkgever, maar de Hoge Raad heeft in zijn fiscale jurisprudentie overwogen dat diensttijd bij elkaar opvolgende werkgevers onder omstandigheden moet worden samengeteld.²² Die samentelling kan worden gezien als een vorm van opvolgend werkgeverschap.

Opvolgend werkgeverschap komt tevens voor in het ambtenarenrecht. In de eerste plaats is van belang om voor de volledigheid op te merken dat de Wet flexibel werken voor zowel werknemers als ambtenaren geldt. Daarnaast kennen veel ambtelijke regelingen een vergelijkbare variant van opvolgend werkgeverschap, zoals blijkt uit het Algemeen Rijksambtenarenreglement, de Collectieve arbeidsvoorwaardenregeling met bijbehorende Uitwerkingsovereenkomst (CAR-UWO) en de gepubliceerde jurisprudentie.²³

werkgever een vennootschap naar Turks recht was en Turks recht op de eerste arbeidsovereenkomst van toepassing was, staat niet aan de toepassing van artikel 7:667 lid 5 BW in de weg); Hof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3372, JAR 2017/13.

- 21 Artikel 11 lid 1 aanhef en onder o Wet op de loonbelasting 1964. Omdat voor de heffing van de inkomstenbelasting hetzelfde loonbegrip geldt als in de Wet op de loonbelasting 1964, geldt deze vrijstelling ook voor de heffing van inkomstenbelasting (J. de Bleeck e.a. (red.), *Vakstudie Loonbelasting en Premieheffingen*, art. 11 Wet LB 1964, aant. 1.6, Deventer: Kluwer (online, bijgewerkt 11 december 2016). Zie over dit onderwerp ook M.J.G.A.M. Weerepas, *Cursus Belastingrecht* (Loonbelasting), LB.2.2.2.f De diensttijd-vrijstelling (art. 11, lid 1, onderdeel o), Deventer: Kluwer (online, bijgewerkt 4 april 2016).
- 22 HR 16 april 1964, ECLI:NL:HR:1964:AX7004, BNB 1969/114 (*Oranje-Nassaumijnen*). Zie ook HR 4 februari 1970, ECLI:NL:HR:1970:AX5239, BNB 1970/65 (*Oranje-Nassaumijnen voortzetting*). Alleen jaren in loondienst tellen overigens mee (HR 1 november 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX2898, BNB 1978/314 (*Machinefabriek X NV*); HR 18 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9006, NJ 1986/177 (*DGA/inspector*)). De toets is of de samentelling als 'normaal' kan worden beschouwd en 'het normale moet zijn grondslag vinden in de verhouding tussen de werkgevers of hun ondernemingen', aldus J. Lodder, 'De factor diensttijd bij jubileum- en afscheidsgeschenken', *WFR* 1970/320. Zie over hetzelfde onderwerp ook: Hof Den Haag 3 juli 1987, ECLI:NL:GHSGR:1987:AX0998, V-N 1987/2282, 27; *FED* 1988/74; Hof Den Haag 25 april 1966, ECLI:NL:GHSGR:1966:AX6903, BNB 1966/245; Hof Amsterdam 6 november 1992, nr. 91/4203, *Infobulletin* 93/165. Uit rechtspraak van de Hoge Raad blijkt eveneens dat voor de berekening van de diensttijd onder omstandigheden korte onderbrekingsperiodes mogen worden meegeteld (HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4102, *FED* 2005/48 (*schildersbedrijf*)).
- 23 Het Algemeen Rijksambtenarenreglement regelt de materiële rechtspositie voor rijksambtenaren. De CAR-UWO normeert de rechtspositie van gemeenteambtenaren (zie voor uitzonderingen: B.B.B. Lanting (red.), *Inleiding Nederlands Ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 33-35).

Zo bevatten veel regelingen een bepaling die vergelijkbaar is met de civielrechtelijke ketenregeling.²⁴ Over deze ambtelijke ketenregelingen is jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep gepubliceerd.²⁵ De gepubliceerde lagere rechtspraak bevat daarnaast voorbeelden van de vraag of – aan een arbeidsovereenkomst voorafgaande – ambtelijke aanstellingen meetellen voor de civielrechtelijke ketenregeling of de ontslagvergoeding.²⁶ En ook omgekeerde situaties komen voor in de gepubliceerde lagere rechtspraak.²⁷ Naast de keten van arbeidsrelaties speelt in veel ambtelijke regelingen de vraag of eerdere dienstjaren bij een andere overheidswerkgever moeten meetellen voor bijvoorbeeld de ambtelijke varianten op het afspiegelingsbeginsel.²⁸ Denk tevens aan de re-integratiefase uit de CAR-UWO; het aantal dienstjaren is voor die regeling relevant en daarmee ook de vraag of de eerdere dienstjaren bij een andere gemeente meetellen.²⁹ En – tot slot – speelt de duur van de aanstelling een rol bij de financiële

-
- 24 Zie over de invoering van de ketenregeling in het ambtenarenrecht T. van Peijpe, 'Nieuwe regeling van de aanstelling voor bepaalde tijd', *TAR* 2002/175.
- 25 Omtrent 'voorafgaande' uitzendovereenkomsten: CRvB 8 december 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU9157, *TAR* 2012/75; CRvB 18 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2389, *TAR* 2014/2; CRvB 8 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:391, *ABkort* 2018/71. Omtrent 'tussenliggende' uitzendovereenkomsten: CRvB 24 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2181, *TAR* 2014/1. Zie voor het verschil tussen voorafgaande en tussenliggende uitzendperioden ook P.J. Schaap, 'Af door de draaideur', *TAR* 2014/198. Een interessant onderscheid met het civiele arbeidsrecht betreft overigens de visie van de Centrale Raad van Beroep op detachering vanuit een ambtelijke aanstelling. Terwijl een uitzendovereenkomst volgens de Centrale Raad van Beroep niet op één lijn kan worden gesteld met een ambtelijke aanstelling voor bepaalde tijd met de inlener, ontstaat bij een tijdelijke detachering vanuit een ambtelijke aanstelling in een volwaardige functie bij het inlenende bestuursorgaan in veel gevallen tevens een tijdelijke aanstelling bij de inlener (CRvB 17 april 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AF8422, *TAR* 2003/123; CRvB 11 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR6912, *TAR* 2005/9).
- 26 Onder meer: Rb. Den Haag 20 juli 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU3027, *JAR* 2005/211 (ambtelijke aanstelling telt mee voor de keten); Rb. Den Haag 15 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK7581, *AR Updates* 2009-0998 (voor de berekening van de vergoeding op basis van de kantonrechtersformule telt de ambtelijke aanstelling niet mee omdat door de werknemer tijdens de ambtelijke aanstelling andere werkzaamheden werden verricht); Rb. Almelo 3 januari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV0155, *JAR* 2012/41 (ambtelijke aanstelling telt mee voor de keten); Rb. Noord-Nederland 11 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:746, *JAR* 2014/154 (idem); Hof Den Haag 1 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3264, *JAR* 2016/299 (de dienstjaren tijdens de ambtelijke aanstelling tellen mee voor de berekening van de transitievergoeding); Rb. Limburg 20 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9191 (de dienstjaren tijdens de ambtelijke aanstelling tellen niet mee voor de berekening van de transitievergoeding).
- 27 Onder meer: Rb. Den Haag 15 oktober 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO1384 (voorafgaande uitzendperiode telt niet mee voor de ketenregeling zoals opgenomen in de Arbeidsvoorwaardenregeling gemeente Den Haag); Rb. Den Haag 28 januari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ0163, *TAR* 2011/49 (voorafgaande uitzendperiode telt niet mee voor de ketenregeling zoals opgenomen in de CAR-UWO); Rb. Den Haag 2 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ0160, *TAR* 2011/51 (idem).
- 28 De sector Rijk is overgestapt van het *last in, first out* principe naar het afspiegelingsbeginsel (T.A. Karssen, 'TAR 2015/januari, Van reorganisatiebesluit tot plaatsing van medewerkers', *TAR* 1-a). Voor de gemeentesector heeft het College voor Arbeidszaken van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten voor reorganisaties een Model Sociaal Statuut opgesteld (Model Sociaal Statuut, ECCVA/U201300961, online: vng.nl; zie hierover ook P.J. Schaap, 'Ontslagvolgorde CAR-UWO geschrapt', *SR* 2006/62). Zie ook M.L.M. van de Laar, 'Reorganiseren bij de overheid', *SR* 2007/10.
- 29 Artikel 10d:6 lid 4 CAR-UWO bepaalt dat de re-integratiefase bij ontslag op grond van onbekwaamheid of ongeschiktheid, anders dan wegens ziekte of gebreken, afhankelijk is van de duur van het dienstverband bij de gemeente, waaruit ontslag plaatsvindt. Zie ook: J.J. Blanken, 'Vereenvoudiging

compensatie voor ontslag en moet dus worden beoordeeld of eerdere dienstjaren bij andere overheidswerkgevers relevant zijn.³⁰ Het onderhavige onderzoek beperkt zich als gezegd tot het civiele arbeidsrecht, maar door het aankomende normaliseringsproces zijn de resultaten van dit onderzoek ook voor de publieke sector van belang.³¹

Als slotopmerking, dit onderzoek is afgesloten op 1 november 2018.³²

was niet wenselijk, oftewel: het gewijzigde hoofdstuk 10d CAR/UWO en het VWNW-traject (deel 1); TAR 2014/205, p. 247-255; J.J. Blanken, 'Vereenvoudiging was niet wenselijk, oftewel: het gewijzigde hoofdstuk 10d CAR/UWO en het VWNW-traject (deel 2)', TAR 2014/207, p. 327-337. CRvB 21 juli 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR3277, TAR 2012/19, overwoog dat de eerdere dienstjaren bij een gemeente die met de latere gemeente is gefuseerd ook meetellen. Indien de diensttijd is onderbroken en de ambtenaar tijdens die onderbreking elders in dienst is geweest, telt de diensttijd van vóór de onderbreking niet mee, aldus CRvB 14 maart 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ4297, TAR 2013/127.

30 De aanvullende uitkering op grond van de CAR-UWO is bijvoorbeeld afhankelijk van de anciënniteit (zie onder meer artikel 10d:32 CAR-UWO). Ook bij een zogeheten ontslag op andere gronden heeft een ambtenaar aanspraak op een aanvullende compensatie, indien het bestuursorgaan een overwegend aandeel had in de aanleiding tot het ontslag. Volgens de Centrale Raad van Beroep behoort het bestuursorgaan 'bij de vaststelling van de hoogte van de vergoeding rekening te houden met de hoogte van het maandsalaris en ook met de duur van het dienstverband bij het desbetreffende bestuursorgaan (en dienst directe rechtsvoorganger [bedoeld zal zijn: 'diens', toevoeging SPI])' (CRvB 28 februari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ2043, TAR 2013/71; zie ook: CRvB 28 februari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ2044, TAR 2013/72; K.P.D. Vermeulen, 'Breaking news februari 2013 CRvB introduceert ontslagformule', TAR 2013/202).

31 Wet van 9 maart 2017 tot wijziging van de Ambtenarenwet en enige andere wetten in verband met het in overeenstemming brengen van de rechtspositie van ambtenaren met die van werknemers met een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht (Wet normalisering rechtspositie ambtenaren), *Stb.* 2017, 123. Zie over de argumenten voor en tegen harmonisatie onder meer: A.R. Houweling & G.W. van der Voet, 'Uniform of gedifferentieerd arbeidsrecht', *ArA* 2013-2, p. 11-13; S.F.H. Jellinghaus, 'De ambtenaar', in: A.R. Houweling & G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 65-68; L.C.J. Sprengers, 'Wet normalisering rechtspositie ambtenaren: ambtenaar krijgt een arbeidsovereenkomst, maar blijft ambtenaar', *TRA* 2011/35; B. Barentsen, 'Normalisering ambtelijke rechtspositie', *NJB* 2017/420. Zie over de gevolgen van de Wet werk en zekerheid in de publieke sector: B. Barentsen, 'De Wwz in de publieke sector', *TRA* 2016/87; B. Barentsen, 'All quiet aan het normaliseringsfront? Implementatie van de Wet normalisering ambtelijke rechtspositie', *TRA* 2018/20 (Barentsen merkt overigens op dat bij normalisering geen sprake is van opvolgend werkgeverschap, want de formele werkgever wisselt niet).

32 Delen van dit onderzoek zijn reeds gepubliceerd. Artikelen: S. Palm, 'De noodzaak tot afschaffing van de Ragetlieregel en het inperken van de reikwijdte van de ketenregeling', *TAP* 2012, p. 56-61; S. Palm, 'De zoektocht naar de juiste interpretatie van opvolgend werkgeverschap', *ArA* 2014-1, p. 16-50; S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht', *TAP* 2015/117, p. 4-12; S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap en anciënniteit', *ArA* 2015-3, p. 3-38; S. Palm, 'De transitievergoeding en aanbestedingsprocedures: een eerlijke verdeling van de schulden?', *TAP* 2016/362, p. 12-19; S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap en overgangsrecht: oude gevallen opnieuw beoordeeld?', *TAP* 2017/122; S. Palm, 'Constar Plastics: aanzegging of opzegging – overgangsrecht en opvolgend werkgeverschap', *TvO* 2018, p. 8-15; S. Palm, 'European Sport Services – de gevolgen van anciënniteitsafhankelijke werknemersbescherming', *ArbeidsRecht* 2019/17 (bij afronding van dit onderzoek nog niet verschenen). Annotaties: S. Palm, Annotatie bij Hoge Raad, *JIN Geannoteerd* 2014/1; S. Palm, Annotatie bij Hof Den Bosch, *JIN Geannoteerd* 2014/28; S. Palm, Annotatie bij Hof Amsterdam, *JIN Geannoteerd* 2015/73; S. Palm, Annotatie bij Rechtbank Noord-Nederland, *JIN Geannoteerd* 2015/194 en 195; S. Palm, Annotatie bij Hof Den Haag, *JIN Geannoteerd* 2016/214; S. Palm, Annotatie bij Hof Den Haag, *JIN Geannoteerd* 2017/3; S. Palm, Annotatie bij Hoge Raad, *Ondernemingsrecht* 2018/27.

2.1 INLEIDING

De aanduiding opvolgend werkgeverschap is in het inleidende hoofdstuk gereserveerd voor regelingen die van overeenkomstige toepassing zijn (verklaard) op opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers. Het arbeidsrecht kent echter veel meer regelingen die de rechtsbetrekking van een werkgever en werknemer (mede) aan de hand van de rechtsbetrekking tussen deze werknemer en een vorige werkgever vormgeven. In dit hoofdstuk volgt daarom eerst een overzicht van deze regelingen en het onderscheid tussen deze regelingen en opvolgend werkgeverschap (2.2). Vervolgens richt dit hoofdstuk zich op de plaatsen waar opvolgend werkgeverschap in het arbeidsrecht voorkomt. Opvolgend werkgeverschap is gekoppeld aan specifieke regelingen. Een goed begrip van de context van opvolgend werkgeverschap vereist inzicht in – en een overzicht van – deze regelingen (2.3). De systematiek van deze regelingen is ook in een tabel samengevat (2.4). Na de beschrijving van de regelingen waar opvolgend werkgeverschap voorkomt, wordt ingezoomd op de rechtshistorische ontwikkeling van opvolgend werkgeverschap (2.5). Ter afsluiting volgt een conclusie (2.6).

2.2 ‘ANDERE’ REGELINGEN EN HET VERSCHIL MET OPVOLGEND WERKGEVERSCHAP

‘Andere’ regelingen

Het Nederlandse recht kent als gezegd naast opvolgend werkgeverschap een scala aan regelingen die de rechtsbetrekking van een werkgever en werknemer (mede) aan de hand van de rechtsbetrekking tussen deze werknemer en een vorige werkgever vormgeven. Sommige van deze regelingen zijn van algemeen vermogensrechtelijke aard, te weten: de vrijwillige contractsoverneming, de juridische fusie, de juridische splitsing en erfopvolging. Bij een vrijwillige contractsoverneming ex artikel 6:159 BW gaan in beginsel alle rechten en verplichtingen van een partij bij een overeenkomst over op een derde.¹ Het arrest *Nijboer/Holland Wapeningsstaal* rechtvaardigt de conclusie dat

¹ Voor de volledigheid: een rechtssubject kan als ‘medewerkgever’ toetreden tot een bestaande arbeidsovereenkomst, zoals veelvuldig gebeurt bij een arbeidsovereenkomst tussen een maatschap

artikel 6:159 BW eveneens in het arbeidsrecht geldt.² Ook door een juridische fusie of splitsing kunnen in beginsel alle rechten en verplichtingen uit een arbeidsovereenkomst voor de werkgever overgaan op een andere rechtspersoon.³ Tot slot, door het overlijden van een werkgever volgen de erfgenamen de werkgever van rechtswege op.⁴ Alle rechten en verplichtingen van de overleden werkgever die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst gaan in beginsel over op erfgenamen.⁵ De erfrechtelijke regeling beperkt zich gezien haar aard tot natuurlijke personen als werkgever.

Het arbeidsrecht kent specifieke regelingen die de rechtspositie van een opvolgende werkgever bepalen, zoals de overgang van een onderneming en de overgang van een concessie in het openbaar vervoer. Via een overgang van een onderneming als bedoeld in artikel 7:662 en verder BW gaan de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder van een onderneming voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst over op de verkrijger van de onderneming. Deze regeling is gebaseerd op (de voorgangers van) Richtlijn 2001/23/EG.⁶ In beginsel gaan alle rechten en verplichtingen over, maar voor

en een werknemer. Zie over toetredende vennoten bij personenassociaties onder meer: *Asser/Maeijer & Van Olfen* 7-VII 2017/277; HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588, NJ 2015/241 (*Carlande Dienstverlening CV*); HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, NJ 2013/290 (*Biek Holdings*).

- 2 HR 10 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7249, JAR 2012/72 (*Nijboer/Holland Wapeningsstaal*). De medewerking van de wederpartij bij een contractsoverneming kan in beginsel in elke vorm (*Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-II 2013/308). Volgens Hoogeveen moet de medewerking van een werknemer echter duidelijk en ondubbelzinnig blijken (E.M. Hoogeveen, 'De inlener en het werkgeverschap', *ArA* 2007-3, p. 30, voetnoot 87). Rb. Haarlem 12 mei 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ4250, *Prg.* 2011/199, oordeelde dat een stilzwijgende medewerking van een werknemer voldoende kan zijn ingeval sprake is van een 'formele herlocatie, waarbij de materiële band met het (...) concern werd gehandhaafd'. Zie ook Rb. Midden-Nederland 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4239, *RAR* 2017/167.
- 3 Artikel 2:309 BW respectievelijk artikel 2:334a lid 2 en 3 BW bepalen dat het vermogen bij een juridische fusie of splitsing onder algemene titel wordt verkregen door een andere rechtspersoon. Deze overgang kent wel beperkingen. Zo kan een rechter bij een fusie of splitsing een overeenkomst wijzigen of ontbinden indien voortzetting ten gevolge van de fusie of splitsing onredelijk bezwarend wordt (artikel 2:322 BW respectievelijk artikel 2:334r BW; *Asser/Maeijer & Kroeze* 2-I* 2015/441 en 485).
- 4 Door overlijden volgen erfgenamen van rechtswege de erflater op in zijn voor overgang vatbare rechten en in zijn bezit en houderschap, aldus artikel 4:182 lid 1 BW. De erfgenamen worden daarnaast van rechtswege schuldenaar van de schulden van de erflater die niet met zijn dood tenietgaan, zo bepaalt artikel 4:182 lid 2 BW.
- 5 Een uitzondering op dit uitgangspunt is artikel 7:675 BW. Zie voor een globaal overzicht van de gewijzigde rechtsbetrekkingen bij erfopvolging *Asser/Perrick* 4 2013/443.
- 6 Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (*PbEG* 2001, L 82/20). Een overdracht van een onderneming moet op grond van artikel 1 lid 1 onder a Richtlijn 2001/23/EG 'krachtens overeenkomst of fusie' plaatsvinden. Het Europese Hof van Justitie legt het begrip overeenkomst (en fusie) zeer ruim uit (HvJ EG 19 mei 1992, ECLI:EU:C:1992:220, C-29/91, NJ 1992/476 (*Dr. Sophie Redmond Stichting*); HvJ EG 24 januari 2002, ECLI:EU:C:2002:48, C-51/00, JAR 2002/47 (*Temco*); HvJ EG 13 september 2007, ECLI:EU:C:2007:512, C-458/05, JAR 2007/252 (*Jouini*)). Nederlandse rechters hebben bij aanbestedingen in het verleden overigens overwogen dat het ontbreken van een overeenkomst tussen de vervreemder en verkrijger relevant is voor de beoordeling of sprake is van een overgang van onderneming (Rb. Arnhem 21 mei 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA5526, *RAR* 2007/104; Hof Amsterdam 18 november 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AT4872, JAR 2005/95; Rb. Haarlem 3 januari 1997, ECLI:NL:RBHAA:1997:AG1497, JAR 1997/198). De aanduiding 'onderdeel van

pensioenen en rechten en verplichtingen die samenhangen met cao's bestaan enkele uitzonderingen.⁷ In geval van faillissement alsmede enkele bijzondere noodsituaties in de financiële sector sluit artikel 7:666 BW de toepasselijkheid van deze regeling uit. Voor de overgang van een concessie in het openbaar vervoer gelden artikel 36 en verder Wet personenvervoer 2000.⁸ Die bepalingen resulteren in – kort samengevat – de verplichte overgang van het betrokken personeel.⁹ Die verplichting leidt tot extra bescherming, omdat niet bij alle concessies artikel 7:662 en verder BW van toepassing zijn.¹⁰ De wet kent nog andere regelingen die van invloed zijn op de rechtspositie van een werkgever als zijnde de opvolger van een andere werkgever. Zo kan de nieuwe werkgever op grond van artikel 7:641 lid 3 BW worden geconfronteerd met een werknemer die aanspraak maakt op (onbetaalde) vakantie, gebaseerd op vakantiedagen die de werknemer bij zijn vorige werkgever heeft opgebouwd. En artikel 6:2 lid 2 Wet arbeid en zorg heeft bijvoorbeeld een omgekeerd effect. Een werknemer die als ouder in familierechtelijke betrekking staat tot een kind, heeft recht op verlof zonder behoud van loon, maar eerder opgenomen verlof bij een vorige werkgever komt op dit recht in mindering.

In aanvulling op de wet zijn cao-verplichtingen vermeldenswaardig. Diverse cao-bepalingen verplichten de winnaar van een aanbesteding om de aan de aanbesteding toe te rekenen werknemers, die in dienst zijn van de verliezer, een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Deze cao-bepalingen komen vaak voor in branches als de contractcatering, schoonmaak, zorg en maatschappelijke dienstverlening. De reikwijdte van dergelijke bepalingen hangt af van de in de desbetreffende cao gehan-

een onderneming' heeft geen zelfstandige betekenis (R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 38-41; R.M. Beltzer, 'Ex nihilo nihil fit', *AR Updates* 2014-0218).

- 7 Denk bijvoorbeeld ook aan de discussie over dynamisch geformuleerde incorporatiebedingen: HvJ EU 18 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:521, C-426/11, *JAR* 2013/216 (*Parkwood*); HvJ EU 27 april 2017, ECLI:EU:C:2017:317, C-680/15, *JAR* 2017/152 (*Asklepios*); J.H. Even, 'Incorporeren na *Parkwood*', *TAP* 2013, p. 325; A. Stege, 'Annotatie. Arrest *Parkwood* (HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11)', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2013-4, p. 123; N. Jansen, 'Parkwood: (vooral) oude wijn in nieuwe zakken', *ArA* 2014-1, p. 92-93; R.M. Beltzer, 'Het *Parkwood*-arrest: over statische incorporatie, noodzakelijke aanpassingen en vrijheid van ondernemerschap', *ArbeidsRecht* 2014/20; A.G. Veldman, 'Dynamisch incorporeren na *Asklepios*', *TAP* 2017/339.
- 8 Een concessie is het recht om met uitsluiting van anderen openbaar vervoer te verrichten in een bepaald gebied gedurende een zeker tijdvak, zo bepaalt artikel 1 Wet personenvervoer 2000. In de gevallen waarin een concessieovergang ook tot een overgang van een onderneming leidt, geldt volgens de regering zowel het BW als – voor zover nodig in aanvulling daarop – de Wet personenvervoer 2000 (*Kamerstukken II* 1998/99, 26456, 3, p. 68 (MvT); *Kamerstukken II* 1999/2000, 26456, 7, p. 87 (NV)).
- 9 Zie voor een algemene toelichting op de Wet personenvervoer 2000: G.W.A. van de Meent & A. Stellingwerff Beintema (red.), *Wet personenvervoer 2000. Tekst en toelichting*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 21-41. Zie voor een algemene toelichting op artikel 36 en verder Wet personenvervoer 2000: B. Schouten & C.M. van der Velden-Rijnsburger, 'Overgang van personeel bij concessiewisselingen in het openbaar vervoer: een analyse van de spelregels', *TRA* 2018/27.
- 10 HvJ EG 25 januari 2001, ECLI:EU:C:2001:59, C-172/99, *JAR* 2001/68 (*Liikenne*); Rb. Den Bosch 4 mei 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA4503, *JAR* 2007/172; Rb. Breda 10 februari 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL6656; Rb. Leeuwarden 3 november 2010, ECLI:NL:RBLLE:2010:BO3223, *RAR* 2011/24.

teerde definities.¹¹ Hoewel juridisch gezien een volledig nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand komt met de winnaar van een aanbesteding, vertonen de rechtsgevolgen grote gelijkenissen met de regelingen waarin de bestaande rechten en verplichtingen van de werkgever overgaan op een andere werkgever. Sommige cao's bevatten geen verplichte personeelsovername (meer), maar wel de verplichting dezelfde arbeidsvoorwaarden, waaronder het salaris en de dienstjaren, toe te kennen ingeval de werkgever personeel overneemt (en de personeelsovername voldoet aan de overige voorwaarden uit de cao).¹²

Juridisch-technisch verschil met opvolgend werkgeverschap

Een groot verschil tussen opvolgend werkgeverschap en het merendeel van de hiervoor genoemde regelingen is juridisch-technisch van aard. Ter illustratie: een ander rechtssubject *wordt* een opvolgende werkgever (het *rechtsgevolg*), indien aan de criteria van artikel 7:662 en verder BW is voldaan. Bij opvolgend werkgeverschap zoals onder meer opgenomen in artikel 7:668a lid 2 BW (de ketenregeling) is de systematiek omgekeerd. Als een nieuwe werkgever kan worden aangemerkt als een opvolger in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW, dan tellen één of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten met een andere werkgever mee voor de beoordeling of de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd converteert in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het *zijn* van een opvolgende werkgever is voor de toepassing van artikel 7:668a

11 Zie onder meer de volgende rechtspraak over cao's en aanbestedingen: HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3039, *JAR* 2007/213 (*ISS Aviation/Lavos*) (geen aanbestedingsplicht, omdat geen sprake was van een 'heraanbesteding' door dezelfde opdrachtgever); Rb. Amsterdam 13 augustus 1998, ECLI:NL:RBAMS:1998:AH7641, *KG* 1998/245 (de verliezer van een aanbesteding kan ook jegens de winnaar in rechte naleving eisen van een dergelijke cao-regeling); Hof Leeuwarden 6 oktober 1999, ECLI:NL:GHLEE:1999:AG2550, *JAR* 1999/254 (*idem*); Rb. Amsterdam 10 november 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AG2335, *JAR* 1999/270 (geen aanbestedingsplicht indien de opdrachtgever naar een andere locatie verplaatst); Rb. Groningen 27 juli 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX7936 (*idem*); Hof Arnhem-Leeuwarden 15 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3131 ('dezelfde opdracht' moet ter bescherming van de werknemer ruim worden uitgelegd); Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2165 (een werknemer kan ook worden toegerekend aan het overgedragen object indien hij arbeidsongeschikt is, maar uitzicht heeft op herstel); Hof Den Haag 6 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4129, rechtsoverweging 4.3 (een betrokken werknemer moet aan het desbetreffende cateringcontract worden toegerekend); Rb. Zeeland-West-Brabant 28 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8391 (de cao spreekt over de 'benodigde' werknemers, maar die bepaling biedt de winnaar van de aanbesteding geen ruimte om eigen personeel in te zetten); Rb. Rotterdam 21 oktober 2016 en 19 mei 2017, *JAR* 2017/180 (omtrent de uitleg van het op het object werkzame personeel); Hof Amsterdam 11 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2728 (ook omtrent toerekening personeel). Literatuur: R.M. Beltzer & J.P.H. Zwemmer, 'De uitleg van artikel 43 van de schoonmaakcao: geen misbruik, geen overgang van onderneming?', *ArA* 2008-1, p. 99-111; I. Lintsen, 'Werknemer-volgt-werk bij aanbestedingen: loze belofte?', *TRA* 2018/68 (de auteur concludeert op basis van een rechtspraak-analyse dat overnameverplichtingen in cao's soms onbedoeld toepassing missen).

12 Zie artikel 12.2 lid 2 collectieve arbeidsovereenkomst voor de Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg en Jeugdgezondheidszorg 2017/2018 (CAO VVT), opgenomen in het besluit van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 19 oktober 2017 tot wijziging van het besluit tot algemeen verbindendverklaring van bepalingen van de collectieve arbeidsovereenkomst voor de Verpleeg-, Verzorgingshuizen en Thuiszorg en Jeugdgezondheidszorg, UAW Nr. 11898, *Stcrt.* 2017, 55137.

lid 2 BW een van de *rechtsfeiten*.¹³ Het *zijn* van een opvolgende werkgever is overigens niet alleen bij opvolgend werkgeverschap relevant, denk bijvoorbeeld aan artikel 7:641 lid 3 BW en artikel 6:2 lid 2 Wet arbeid en zorg. Toch is – omwille van de afbakening van het onderzoek – gekozen om bepalingen zoals artikel 7:641 lid 3 BW en artikel 6:2 lid 2 Wet arbeid en zorg niet verder te bestuderen. Artikel 7:641 lid 3 BW en artikel 6:2 lid 2 Wet arbeid en zorg verschillen trouwens wel van opvolgend werkgeverschap, aangezien deze twee bepalingen – in tegenstelling tot opvolgend werkgeverschap – van toepassing zijn op *alle* opvolgende werkgevers (zonder nadere beoordeling van de omstandigheden). Ter vergelijking: voor artikel 7:641 lid 3 BW is voldoende dat de werkgever een andere werkgever in tijd opvolgt, terwijl voor de ketenregeling onder meer noodzakelijk is dat de nieuwe werkgever ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moet worden de opvolger te zijn.

2.3 REGELINGEN MET OPVOLGEND WERKGEVERSCHAP

Deze paragraaf behandelt uitsluitend de huidige regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt.¹⁴ In een aantal gevallen is opvolgend werkgeverschap in

13 Ter nuancering: het feit dat personeel van de vorige werkgever vrijwillig is overgenomen kan ook relevant zijn voor de beoordeling of sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 en verder BW (HvJ EG 10 december 1998, ECLI:EU:C:1998:595, C-173/96 en C-247/96 (*Sánchez Hidalgo*); ook: HvJ EG 10 december 1998, ECLI:EU:C:1998:594, C-127/96, C-229/96 en C-74/97, JAR 1999, 16 (*Hernández Vidal*)).

14 Ter volledigheid: opvolgend werkgeverschap werd tot 1 januari 2015 ook toegepast bij de Wet arbeid en zorg. Het tot 1 januari 2015 geldende artikel 6:3 lid 1 van de Wet arbeid en zorg bepaalde dat een werknemer recht had op ouderschapsverlof indien de arbeidsverhouding ten minste een jaar heeft geduurd. Op basis van artikel 6:3 lid 2 Wet arbeid en zorg moesten, voor de berekening van de termijn van een jaar, perioden waarin arbeid voor een werkgever werd verricht en die elkaar opvolgden met een onderbreking van niet meer dan drie maanden worden samengeteld. Die samenstelling gold ook voor perioden waarin voor verschillende werkgevers arbeid werd verricht, indien sprake was van opvolgend werkgeverschap. Bij wet van 17 december 2014, houdende modernisering regelingen voor verlof en arbeidstijden, *Stb.* 2014, 565, is artikel 6:3 Wet arbeid en zorg vervallen. Het vereiste dat een werknemer ten minste een jaar in dienst behoorde te zijn, vormde volgens de regering een belemmering om het verlof voort te zetten bij een nieuwe werkgever (*Kamerstukken II* 2010/11, 32855, 3, p. 4 (MvT)). Direct na indiensttreding – en dus ongeacht of sprake is van opvolgend werkgeverschap – kan een werknemer verzoeken om opname van het (resterende deel) van het ouderschapsverlof. Opvolgend werkgeverschap kwam ook voor in de onderbenutte en onbekende Wet financiering loopbaanonderbreking. Een werknemer kon onder deze inmiddels vervallen wet aanspraak maken op een vanuit de overheid gefinancierd verlof indien de werkgever voor de duur van het verlof een werkloze of herintreder inschakelde (wet van 11 juni 1998, *Stb.* 1998, 411, houdende bepalingen inzake de financiering van de loopbaanonderbreking (Wet financiering loopbaanonderbreking)). De werknemer kon dan met continuering van zijn inkomsten de arbeid geheel of gedeeltelijk onderbreken ten behoeve van zorg of educatie. De voorganger van het UWV kende de financiële tegemoetkoming toe. Een van de vereisten voor een aanspraak op deze tegemoetkoming was dat de verlofganger ten minste twaalf maanden voorafgaand aan het moment waarop hij verlof opneemt in dienst was van dezelfde werkgever. Voor de vaststelling van de duur van twaalf maanden waren lid 1 en lid 2 van artikel 7:668a BW (waaronder dus ook opvolgend werkgeverschap) van overeenkomstige toepassing. De Wet financiering loopbaanonderbreking verviel op grond van artikel XXIX lid 1 van de Invoeringswet arbeid en zorg.

de regeling zelf opgenomen (de ‘directe vindplaatsen’), namelijk in de volgende regelingen:

1. proeftijdregeling (artikel 7:652 lid 8 BW);
2. Ragetlie-regel (artikel 7:667 lid 5 BW);
3. ketenregeling (artikel 7:668a lid 2 BW);
4. regeling omtrent de transitievergoeding (artikel 7:673 lid 4 BW);
5. termijnen voor uitzendkrachten (artikel 7:691 lid 5 BW);
6. Wet flexibel werken (artikel 2 lid 1 van deze wet);
7. afspiegelingsbeginsel (artikel 15 lid 2 en 3 Ontslagregeling).

In een aantal andere regelingen is opvolgend werkgeverschap niet in de regeling zelf opgenomen, maar vloeit de toepasselijkheid voort uit een verwijzing naar een andere regeling (de ‘indirecte vindplaatsen’), namelijk bij de volgende regelingen:

8. loonrisicoverdeling (artikel 7:628 lid 6 BW verwijst naar artikel 7:668a BW);
9. berekening van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn (via verwijzing in artikel 7:667 lid 4 BW en artikel 7:668a lid 4 BW);
10. berekening herplaatsingstermijn (door gelijkstelling aan de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn ingevolge artikel 10 lid 1 Ontslagregeling);
11. wachttijd en drempelperiode voor verwerving ouderdomspensioen (artikel 14 lid 2 Pensioenwet verwijst naar artikel 7:691 lid 5 BW).¹⁵

Hierna volgt een nadere toelichting op deze afzonderlijke regelingen.¹⁶

Directe vindplaatsen

Proeftijdregeling – Artikel 7:652 BW bepaalt dat een proeftijdbeding niet langer mag zijn dan één respectievelijk twee maanden. Een proeftijdbeding is alleen geldig als dit bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst is overeengekomen.¹⁷ Bij een arbeidsovereenkomst van zes maanden of korter is een proeftijdbeding nietig. Een verlenging of opschorting van de wettelijke termijn voor een proeftijd (bijvoorbeeld in verband met een ziekmelding) is niet geldig.¹⁸ Bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten

15 Het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans voegt – indien het voorstel ook door de Eerste Kamer wordt aangenomen – een nieuwe vindplaats van opvolgend werkgeverschap toe. Op grond van dit wetsvoorstel bepaalt opvolgend werkgeverschap mede of een werkgever verplicht is een aanbod tot een vaste arbeidsomvang te doen.

16 De mogelijke gevolgen van het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans zijn voor zover relevant zeer kort en slechts op enkele plaatsen in voetnoten opgenomen.

17 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 90-91 (MvT).

18 HR 9 april 1954, NJ 1954/446 (*Oranje/Monroe*); HR 23 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4721, NJ 1984/332 (*Keizer/Van Dijk's Vlees- en Vleeswarenbedrijf*); HR 18 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0372, NJ 1992/3 (*Hajo Kommunikatie/Beyersbergen*). Over de vraag of de werkgever een arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd kan opzeggen en vervolgens rechtsgeldig een nieuwe arbeidsovereenkomst voor kortere duur kan sluiten, lopen de meningen uiteen. Volgens Bouwens & Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2015/29.2, bijgewerkt 9 juli 2015, neemt de rechtspraak soms te snel wetsontduiking aan. D.J.B. de Wolff, ‘Werk en zekerheid deel 1: “flexrecht” deels herzien’, *ArbeidsRecht* 2014/37, sluit niet uit dat eerder dan vóór de Wet werk en zekerheid sprake zal zijn van misbruik, omdat een proeftijdbeding bij arbeidsovereenkomsten van zes maanden of korter niet langer is toegestaan. De wetsystematiek bevat een argument voor het standpunt dat een voortzetting voor een kortere periode wel

met verschillende werkgevers is een proeftijdbeding ex artikel 7:652 lid 8 aanhef en onder e BW evenmin toegestaan indien sprake is van opvolgend werkgeverschap.¹⁹ De proeftijdregeling vermeldt niets over een onderbrekingsperiode tussen opvolgende arbeidsovereenkomsten. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat het tijdsverloop tussen twee arbeidsovereenkomsten slechts een van de omstandigheden is die meeweegt bij het oordeel over de geldigheid van een proeftijdbeding.²⁰ Bouwens en Duk achten een aansluiting bij de onderbrekingsperiode van de ketenregeling en Ragetlie-regel verdedigbaar.²¹

Ragetlie-regel – Op grond van artikel 7:667 lid 1 BW eindigt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege. Artikel 7:667 lid 4 BW – bekend als de Ragetlie-regel – bevat daarop een uitzondering. Voor de beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is een voorafgaande opzegging nodig, indien aan de navolgende criteria is voldaan.²² Criterium één: aan de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ging een arbeidsovereenkomst voor *onbepaalde* tijd tussen dezelfde partijen vooraf. Criterium twee: beide arbeidsovereenkomsten volgen elkaar op met een tussenpoos van ten hoogste zes maanden. Criterium drie: de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is *niet* geëindigd (a) door opzegging als bedoeld in artikel 7:671 lid 1 onder a tot en met h BW of artikel 40 Faillissementswet, kort gezegd: opzegging door werkgever of curator, (b) door ontbinding door de rechter of (c) wegens het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd van de werknemer op grond van een daartoe strekkend beding. De Ragetlie-regel is via artikel 7:667 lid 5 BW van overeenkomstige toepassing op een opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een andere werkgever indien sprake is van opvolgend werkgeverschap.

Ketenregeling – Artikel 7:668a BW staat bekend als de ketenregeling. Indien bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd een periode van 24 maanden is verstreken, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd. Ook bij meer dan drie elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd. De keten wordt onderbroken, ingeval tussen elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten een periode van meer dan zes maanden is verstreken.²³ De opgebouwde bescherming blijft op grond van artikel 7:668a lid 2 BW behouden ingeval een werknemer een

toelaatbaar is. Artikel 7:667 lid 4 BW bepaalt dat voor een voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst geen voorafgaande opzegging is vereist, indien een daaraan voorafgaande voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst door een opzegging als bedoeld in artikel 7:671 lid 1 onder a tot en met h BW is geëindigd. Daaronder valt ook een opzegging tijdens de proeftijd. Zie ook Rb. Gelderland 12 april 2018, AR 2018-0670 (arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na proeftijdontslag leidt niet tot misbruik van proeftijdregeling).

19 Het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans leidt mogelijk tot een andere nummering.

20 HR 8 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0597, JAR 1992/24 (*Van Summeren/Ozkan*). In die zaak sloot de werknemer overigens een opvolgende arbeidsovereenkomst met dezelfde werkgever.

21 Bouwens & Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2015/29.2, bijgewerkt 9 juli 2015.

22 De Ragetlie-regel is uitvoerig behandeld door R.M. Beltzer, 'De uitleg van de Ragetlie-regel door de Hoge Raad: better safe than sorry of Klukklukiaans?', *ArA* 2014-2, p. 50-62.

23 Het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans beoogt de periode van 24 maanden te verlengen naar 36 maanden.

opvolgende arbeidsovereenkomst met een andere werkgever sluit en sprake is van opvolgend werkgeverschap. Artikel 7:668a lid 2 BW kent daarnaast een belangrijk verschil met het eerste lid. Voor lid 2 tellen ook arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd mee in de keten.²⁴

Transitievergoeding – 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 (1) door de werkgever is opgezegd, (2) door de rechter op verzoek van de werkgever wordt ontbonden of (3) van rechtswege is geëindigd.²⁵ Bij een einde van rechtswege is de transitievergoeding slechts verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever niet aansluitend is voortgezet en vóór het eindigen van de arbeidsovereenkomst geen opvolgende arbeidsovereenkomst is aangegaan.²⁶ Artikel 7:673 BW biedt nauwelijks ruimte voor een afweging van de omstandigheden van het geval. De duur van de arbeidsovereenkomst is van invloed op zowel het ontstaan van het recht op de transitievergoeding als op de hoogte daarvan.²⁷ Artikel 7:673 lid 1 BW geeft pas recht op

24 Zie hierover in de parlementaire behandeling: *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 6, p. 11 (NV): ‘Het is de bedoeling, zoals ook op blz. 9 van de memorie van toelichting is opgemerkt, dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, wordt meegeteld in de keten van lid 1. De formulering van lid 2 van artikel 668a is in dit opzicht niet duidelijk. In verband daarmee wordt bij nota van wijziging voorgesteld in dit lid de zinsnede “aangegaan voor bepaalde tijd” te schrappen.’ *Kamerstukken I*, 1997/98, 25263, 132d, p. 10 (nadere memorie van antwoord): ‘Artikel 668a lid 2 geldt zowel voor arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd als voor arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Om die reden zijn bij de eerste nota van wijziging (TK 1996/97, 25 263, nr. 7) de woorden “aangegaan voor bepaalde tijd” geschrapt.’ Zie ook de bevestiging tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid: *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 4 (NV). Overigens hebben rechters in het verleden – gelet op de parlementaire geschiedenis: ten onrechte – tot uitgangspunt genomen dat artikel 7:668a lid 2 BW alleen betrekking heeft op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd: Rb. Den Bosch 12 mei 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AP4708, *JAR* 2004/140; Rb. Maastricht 9 maart 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AT4876, *JAR* 2005/93; Rb. Dordrecht 21 februari 2006, ECLI:NL:RBDOR:2006:AV7033, *JAR* 2006/72; Rb. Roermond 5 april 2007, ECLI:NL:RBROE:2007:BA3448, *RAR* 2007/95.

25 Zie echter ook HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, *JAR* 2018/257 (*Kolom*) – hoger beroep van: Hof Amsterdam 7 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:752.

26 Artikel 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 daarom geen reden 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)).

27 Bij de tot 1 juli 2015 geldende artikelen 7:681 BW en 7:685 lid 8 BW (inclusief: de aanbevelingen van de kring van kantonrechters (de kantonrechtersformule)) waren zowel de toekenning als de hoogte van een ontslagvergoeding mede afhankelijk van de duur van de arbeidsrelatie. Diensttijd bij verschillende werkgevers speelde bij die regels ook een rol. Enkele voorbeelden: Ktr. Utrecht 15 januari 1997, ECLI:NL:KTGUTR:1997:AM1906, *JAR* 1997/45; Rb. Den Bosch 15 juni 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AU0831, *JAR* 2005/180 (dienstjaren bij andere Rabobank-coöperaties tellen mee in de correctiefactor van kantonrechtersformule); Rb. Den Haag 5 juli 2005, ECLI:NL:RBGR:2005:AU7212, *JAR* 2005/254; Rb. Utrecht 14 oktober 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BH0826, *JAR* 2009/3 (in de voor-

een transitievergoeding indien de arbeidsovereenkomst ten minste twee jaar heeft geduurd, omdat volgens de regering ‘een werkgever alleen bij langer durende arbeidsrelaties gehouden is tot het betalen van een vergoeding’.^{28, 29} Lid 2 van artikel 7:673 BW geeft een berekeningsmaatstaf waarbij aan de hand van de duur van de arbeidsovereenkomst de hoogte van de transitievergoeding wordt vastgesteld. Elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever worden voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst samengeteld, tenzij de onderbrekingsperiode langer dan zes maanden is. Voor de samentelling van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever is irrelevant of de werkzaamheden hetzelfde blijven.³⁰ De samentelling van opvolgende arbeidsovereenkomsten kent een belangrijk verschil met artikel 7:668a BW. De tussenpozen tellen voor het recht op en de hoogte van de transitievergoeding namelijk niet mee.³¹ Tot slot, via artikel 7:673 lid 4 aanhef en onder b BW tellen elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers mee voor de vaststelling van het recht op transitievergoeding alsmede de hoogte daarvan, indien sprake is van opvolgend werkgeverschap.

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. Een werknemer mag niet ‘dubbel vangen’, zo is

waardelijke ontbindingsprocedure); Rb. Leeuwarden 11 februari 2009, ECLI:NL:RBL EE:2009:BI9640, JAR 2009/153; Rb. Amsterdam 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2945, JAR 2012/279. Voor een analyse van de rechtspraak over anciënniteit en ontslagvergoedingen onder het ontslagrecht voor 1 juli 2015: R.A.C.G. Martens, ‘Anciënniteit en concernverband’, *ArbeidsRecht* 1997/48; J.J.W. van Ladesteijn, ‘De A-factor van de kantonrechttersformule nader beschouwd’, *ArbeidsRecht* 2006/26; P. Kruit, ‘Voorliggende dienstjaren en het bepalen van de anciënniteit’, *ArbeidsRecht* 2012/11; E.H. van Stigt Thans, ‘Reactie op het artikel “Voorliggende dienstjaren en het bepalen van de anciënniteit”’, *ArbeidsRecht* 2012/40.

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

29 Het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans laat deze gedachte los. Een werknemer heeft op grond van dit wetsvoorstel ook recht op een transitievergoeding indien de arbeidsovereenkomst nog geen twee jaar heeft geduurd. Daarnaast stijgt op grond van dit wetsvoorstel de opbouw van de hoogte van transitievergoeding niet langer sneller indien een arbeidsovereenkomst meer dan tien jaar heeft geduurd. In aanloop naar de Tweede Kamerverkiezingen van 15 maart 2017 hebben diverse politieke partijen gepleit voor een recht op een transitievergoeding vanaf de eerste werkdag (zie het overzicht van E.T. Visser, ‘Het ontslagrecht als onderwerp van de verkiezingsprogramma’s: terugblik en overzicht’, *TvO* 2017-1, p. 43-44).

30 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 111-112 (MvT). Daarnaast tellen ook eerdere arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd mee, zij het dat Rb. Rotterdam 31 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4534, JIN 2018/127, inmiddels heeft overwogen dat een eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet meetelt als deze door de werknemer is opgezegd (en geen sprake is van een opzegging wegens ernstig verwijtbaar handelen en nalaten van de werkgever). J.A. Tersteeg, Annotatie bij Rechtbank Rotterdam, JIN 2018/127, onderschrijft het oordeel van de Rechtbank Rotterdam en maakt de vergelijking met de uitleg die de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid heeft gegeven aan opvolgend werkgeverschap (inhoudende dat geen sprake zou zijn van opvolgend werkgeverschap indien de werkgever op eigen initiatief dezelfde arbeid bij een andere werkgever gaat verrichten).

31 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 14 (MvA).

de gedachte.³² Bij de vermindering op grond van het vijfde lid gaat het om de door de vorige werkgever betaalde transitievergoeding, maar zonder de kosten die de vorige werkgever op grond van artikel 7:673 lid 6 BW van de te betalen transitievergoeding heeft afgetrokken.³³

Termijnen voor uitzendkrachten – Artikel 7:691 lid 1 BW bepaalt dat de ketenregeling eerst van kracht wordt zodra de uitzendwerknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht. Op grond van lid 2 van hetzelfde artikel kan in de uitzendovereenkomst schriftelijk worden bedongen dat die overeenkomst van rechtswege eindigt doordat de terbeschikkingstelling van de werknemer door de werkgever aan de derde (de inlener) op verzoek van die derde ten einde komt (een zogeheten uitzendbeding). Een uitzendbeding verliest zijn kracht zodra de werknemer in meer dan 26 weken arbeid voor de uitzendwerkgever heeft verricht, zo bepaalt artikel 7:691 lid 3 BW. Op grond van artikel 7:691 lid 4 BW worden perioden, met tussenpozen van ten hoogste zes maanden, voor de toepassing van lid 1 en lid 3 samengeteld. Perioden waarin de werknemer voor verschillende werkgevers werkt, worden op grond van artikel 7:691 lid 5 BW samengeteld indien sprake is van opvolgend werkgeverschap.³⁴

Wet flexibel werken – De Wet flexibel werken bepaalt dat het verzoek van de werknemer tot aanpassing van de arbeidsduur, arbeidsplaats en werktijd slechts onder de in die wet genoemde voorwaarden door een werkgever kan worden geweigerd. Een verzoek valt echter alleen onder deze wet indien de werknemer ten minste 26 weken voorafgaande aan het beoogde tijdstip bij de werkgever in dienst is getreden.³⁵ Ter voorkoming dat deze termijn niet wordt bewerkstelligd, worden afzonderlijke perioden waarin arbeid wordt verricht samengeteld, mits deze perioden niet worden onderbroken door meer dan zes maanden.³⁶ Deze samentelling is van overeenkomstige toepassing op perioden waarin voor verschillende werkgevers arbeid wordt verricht, mits sprake is van opvolgend werkgeverschap.

32 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's II*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 100; Bouwens & Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2015/§ 33.3, bijgewerkt 9 juli 2015.

33 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 95 (MvA).

34 Het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans beperkt de reikwijdte van artikel 7:691 BW, omdat payrollovereenkomsten op grond van een nieuw in te voeren artikel 7:692a BW worden uitgesloten van het toepassingsbereik van artikel 7:691 BW. Een payrollovereenkomst is volgens een nieuw in te voeren artikel 7:692 BW 'de uitzendovereenkomst, waarbij de overeenkomst van opdracht tussen de werkgever en de derde niet tot stand is gekomen in het kader van het samenbrengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt en waarbij de werkgever alleen met toestemming van de derde bevoegd is de werknemer aan een ander ter beschikking te stellen'.

35 Tot 1 januari 2016 gold een termijn van 52 weken. Ter verbetering van de combinatie van werk en privé is deze termijn met ingang van 1 januari 2016 verkort naar 26 weken. De opstellers van deze wetswijziging hebben deze verkorting niet nader toegelicht (*Kamerstukken II* 2010/11, 32889, 3 (MvT); *Kamerstukken II* 2011/12, 32889, 5 (gewijzigde memorie van toelichting naar aanleiding van het advies van de Raad van State)).

36 *Kamerstukken II* 1998/99, 26358, 3, p. 15 (MvT). De onderbrekingstermijn was eerst drie maanden, maar is inmiddels via Verzamelwet SZW 2016 op zes maanden gesteld, net als bij de ketenregeling en Ragetlie-regel (*Handelingen I* 2014/15, 27, item 6, p. 4 en 11; wet van 25 november 2015 tot wijziging van enkele wetten van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (Verzamelwet SZW 2016), *Stb.* 2015, 464).

Afspiegelingsbeginsel – De ontslagvolgorde bij verval van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden is vastgelegd in paragraaf 4 Ontslagregeling, bekend als het afspiegelingsbeginsel.³⁷ Artikel 11 Ontslagregeling bevat een uitwerking van het afspiegelingsbeginsel en bepaalt dat bij een verval van arbeidsplaatsen binnen een categorie onderling uitwisselbare functies per leeftijdsgroep de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking komen. Bij die vaststelling moet het aantal werknemers dat per leeftijdscategorie voor ontslag in aanmerking komt zoveel mogelijk overeenkomen met de onderlinge verhouding van het aantal werknemers in elk van de leeftijdsgroepen in die categorie onderling uitwisselbare functies. Voor de vaststelling van de duur van het dienstverband moeten op grond van artikel 15 lid 1 Ontslagregeling opvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever worden samengeteld, tenzij de onderbrekingsperiode langer dan zes maanden is geweest. Lid 2 en 3 van datzelfde artikel bevatten twee aanvullende regelingen voor gevallen van opvolgend werkgeverschap.

Indirecte vindplaatsen

Loonrisicoverdeling – Artikel 7:628 lid 5 BW biedt de werkgever de contractuele ruimte om gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst het risico op het niet verrichten van arbeid volledig voor rekening van de werknemer te laten komen.³⁸ Op de contractuele afwijkmogelijkheid gedurende de eerste zes maanden is de ketenregeling van overeenkomstige toepassing verklaard via artikel 7:628 lid 6 BW. De overeenkomstige toepassing van de ketenregeling betekent overigens niet dat, zolang tussen partijen nog geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan, bij elke opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd opnieuw voor de duur van zes maanden mag worden afgeweken van de wettelijke risicoverdeling. De toepassing van artikel 7:668a BW heeft uitsluitend betrekking op de berekening van de periode van zes maanden.³⁹ Verdedigbaar is dat de verwijzing naar artikel 7:668a BW meebrengt dat arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers moeten worden samengeteld indien sprake is van opvolgend werkgeverschap.⁴⁰

37 De wettelijke grondslag voor deze paragraaf is artikel 7:669 lid 5 aanhef en onder b BW.

38 Deze periode kan op grond van artikel 7:628 lid 7 BW worden verlengd voor bij cao te bepalen functies, mits de aan die functies verbonden werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben. De afwijkmogelijkheid geldt ook voor regelingen door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan.

39 D.J.B. de Wolff, *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1999, p. 106-107 en 175-176; *Kamerstukken II* 1997/98, 25263, 38 (gewijzigd amendement van het lid Van Nieuwenhoven ter vervanging van dat gedrukt onder nr. 16). Zie ook: J.M. van Slooten, 'Het recht op loondoorbetaling van flexwerkers', *ArbeidsRecht* 1998/54. Een andere uitleg: volgens R.M. Beltzer e.a., *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 30-31, mag 'de schriftelijke afwijking maar één keer (...) worden overeengekomen', dus alleen bij de eerste arbeidsovereenkomst.

40 Een zeer strikte toepassing van artikel 7:668a BW houdt wellicht in dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met dezelfde werkgever conform het eerste lid van artikel 7:668a BW niet meetelt voor artikel 7:628 lid 5 BW, maar die uitleg lijkt niet te stroken met de bedoeling van artikel 7:628 BW.

Voor de uitzendovereenkomst geldt overigens een eigen regeling.⁴¹ Op grond van artikel 7:691 lid 7 BW kan tot ten hoogste de eerste 26 weken waarin de werknemer arbeid verricht, worden afgeweken van artikel 7:628 lid 1 BW. Op grond van het achtste lid van artikel 7:691 BW kan deze termijn worden verlengd tot ten hoogste 78 weken. De afwijkende loonrisicoverdeling in artikel 7:691 BW bevat geen verwijzing naar opvolgend werkgeverschap. Dit leidt tot de conclusie dat niet met een verwijzing naar de wettekst een beroep op opvolgend werkgeverschap kan worden gedaan. Opvolgend werkgeverschap is weliswaar in artikel 7:691 BW opgenomen, maar uitsluitend in relatie tot de ketenregeling en het zogeheten uitzendbeding. De parlementaire geschiedenis bevat geen verklaring voor het ontbreken van een verwijzing.⁴²

Berekening opzegtermijn – De door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn wordt op grond van artikel 7:672 BW berekend aan de hand van de duur van de arbeidsovereenkomst.⁴³ De Ragetlie-regel (artikel 7:667 lid 4 tweede volzin BW) en de ketenregeling (artikel 7:668a lid 4 BW) bepalen in aanvulling op artikel 7:672 BW dat de opzegtermijn voor de werkgever wordt berekend vanaf de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd respectievelijk vanaf de eerste arbeidsovereenkomst in de keten. Via de Ragetlie-regel en de ketenregeling kunnen derhalve voorafgaande arbeidsovereenkomsten met een andere werkgever mogelijk meetellen voor de berekening van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn. Door de koppeling met de Ragetlie-regel en de ketenregeling lijkt het antwoord op de vraag of een eerdere arbeidsovereenkomst met een andere werkgever meetelt, afhankelijk van het antwoord op de vraag of de Ragetlie-regel of ketenregeling in het concrete geval van toepassing is.⁴⁴

41 Artikel 7:691 lid 7 BW sluit voor uitzendovereenkomsten de toepassing van artikel 7:628 lid 5 tot en met 7 BW volledig uit.

42 Het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans bevat voor payrollovereenkomsten een aparte regeling voor de loonrisicoverdeling, opgenomen in een nieuw in te voeren artikel 7:692a lid 3 BW. Deze bepaling verwijst voor elkaar opvolgende payrollovereenkomsten wel naar artikel 7:668a BW. Het nieuw in te voeren artikel 7:692a lid 3 BW noemt alleen de *payrollovereenkomst*. De letterlijke tekst van artikel 7:692a lid 3 BW wekt derhalve de suggestie dat een voorafgaande arbeidsovereenkomst – niet zijnde tevens een payrollovereenkomst – niet meetelt (ook al is sprake van opvolgend werkgeverschap).

43 Voor de werknemer geldt in beginsel een opzegtermijn van een maand, tenzij schriftelijk op grond van artikel 7:672 lid 6 BW een langere termijn is overeengekomen. De maximale termijn voor de werknemer is zes maanden. Indien voor de werknemer een verlengde opzegtermijn wordt overeengekomen, moet voor de werkgever minimaal de dubbele termijn zijn bedongen (tenzij bij cao of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan op grond van artikel 7:672 lid 8 BW voor de werkgever weer een kortere termijn geldt). Indien alleen voor de werknemer een langere opzegtermijn is bedongen en niet voor de werkgever, dan kan de werknemer zijn langere opzegtermijn vernietigen, aldus HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1192, JAR 2015/131 (*Flextronics Logistics*). De Hoge Raad liet zich in dit arrest niet uitdrukkelijk uit over de vraag of de werknemer een beroep kan doen op artikel 3:42 BW en daarmee de opzegtermijn voor de werkgever kan converteren in een langere opzegtermijn die wel voldoet aan artikel 7:672 lid 7 BW. Volgens *Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/404* is conversie niet mogelijk, maar in een latere annotatie bij hetzelfde arrest komt Heerma van Voss op dit standpunt terug (G.J.J. Heerma van Voss, Annotatie bij Hoge Raad, NJ 2016/379).

44 Artikel 7:691 BW omtrent uitzendkrachten maakt deze 'getrapte' systematiek voor de berekening van de opzegtermijn bij opvolgende arbeidsovereenkomsten mogelijk nog complexer. Op grond van artikel 7:691 lid 1 BW is artikel 7:668a BW (waaronder dus mogelijk ook het vierde lid van deze bepaling) eerst op de uitzendovereenkomst van toepassing zodra de werknemer in meer dan 26 weken

Zo oordeelde de Rechtbank Rotterdam in 2015 dat een eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet meetelt bij de berekening van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn, omdat de eerdere en de latere arbeidsovereenkomst allebei waren aangegaan voor onbepaalde tijd. De ketenregeling was niet van toepassing en artikel 7:668a lid 4 BW – een onderdeel van de ketenregeling – dus evenmin.⁴⁵ Advocaat-generaal De Bock heeft een genuanceerdere opvatting, zo blijkt uit de zaak *European Sport Services*. Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werd in deze zaak opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een andere werkgever. Artikel 7:668a lid 2 BW heeft dus niet tot conversie geleid. De advocaat-generaal bepleit in de conclusie van 6 juli 2018 dat een eerdere arbeidsovereenkomst in een dergelijk geval niettemin behoort mee te tellen bij de berekening van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn, indien (1) sprake is van opvolgend werkgeverschap en (2) de ‘eerdere arbeidsovereenkomst(en) niet beëindigd zijn met inachtneming van een opzegtermijn’. Indien de eerdere arbeidsovereenkomst wel is beëindigd met inachtneming van een opzegtermijn, is de eerdere opzegtermijn ‘verwerkt’. De opzegtermijn kan niet twee keer worden ingezet, aldus de advocaat-generaal.⁴⁶ De conclusie van de advocaat-generaal laat in het midden hoe dient te worden omgegaan met situaties waarin de voorafgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door de *werknemer* is opgezegd of met wederzijds goedvinden zonder inachtneming van de fictieve opzegtermijn is beëindigd. De opzegtermijn van de werkgever is dan niet ‘verwerkt’, maar eigenlijk ‘prijsgegeven’ door de werknemer. Volgens Tersteeg moet de opzegtermijn altijd worden geacht te zijn verwerkt indien de werknemer de voorafgaande arbeidsovereenkomst heeft opgezegd.⁴⁷ De vraag is overigens of kan worden gespro-

arbeid heeft verricht. Die termijn kan op grond van artikel 7:691 lid 8 BW bij cao worden verlengd tot ten hoogste 78 weken.

45 Rb. Rotterdam 31 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4534, *JIN* 2018/127. Dominicus is kritisch over de opvatting dat een eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet behoort mee te tellen en verwijst naar de parlementaire behandeling van de Reparatiwet behorende bij de Wet flexibiliteit en zekerheid (*Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 12, p. 20 (Verslag); J.F. Dominicus, Annotatie bij CRvB 30 november 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU6530, *JIN* 2012/73, deze uitspraak ging overigens over de zogeheten fictieve opzegtermijn; zie ook CRvB 21 september 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR2157, *USZ* 2011/297).

46 Voor deze uitleg geeft de advocaat-generaal de volgende argumenten: (1) in de parlementaire geschiedenis van de Reparatiwet behorende bij de Wet flexibiliteit en zekerheid wordt betoogd dat als twee arbeidsovereenkomsten ‘in feite als één arbeidsovereenkomst moeten worden beschouwd’, ook de eerdere arbeidsovereenkomst behoort mee tellen, (2) de uitleg is consistent met de veel ingrijpendere consequenties van opvolgend werkgeverschap, zoals bij de regeling omtrent de transitievergoeding, waarbij eerdere arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd meetellen, (3) de uitleg leidt tot een overzichtelijk systeem en (4) de uitleg doet ‘recht aan de strekking van de regeling van opvolgend werkgeverschap, namelijk behoud van anciënniteit van de werknemer’ (Concl. A-G R.H. de Bock, ECLI:NL:PHR:2018:786 (*European Sport Services*)). De advocaat-generaal verwijst nog naar de volgende uitspraken over deze kwestie: Hof Amsterdam 15 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:976 (omtrent ‘verbruiken’ eerdere opzegtermijn); Hof Den Haag 3 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:876, *RAR* 2017/101 (idem); Rb. Gelderland 7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4252, *JAR* 2017/229 (verwijzing naar parlementaire geschiedenis: eerdere arbeidsovereenkomst telt in beginsel niet mee); Hof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3371 (eerdere arbeidsovereenkomsten tellen in geval van opvolgend werkgeverschap mee voor de berekening van de opzegtermijn); Hof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3372, *JAR* 2017/13 (idem).

47 J.A. Tersteeg, Annotatie bij Rechtbank Rotterdam, *JIN* 2018/127.

ken van een ‘verwerkte’ opzegtermijn ingeval bijvoorbeeld de curator met inachtneming van de opzegtermijn de arbeidsovereenkomst opzegt, maar de werknemer zijn werkzaamheden zowel tijdens de opzegtermijn als nadien voor de doorstarter (de nieuwe werkgever) voortzet. Deze opzegtermijn kan dan niet worden beschouwd als een ‘compensatie’ voor ontslag.^{48, 49}

Berekening herplaatsingstermijn – De herplaatsingstermijn is gelijk aan de lengte van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn. Een gerechtvaardigd ontslag op initiatief van de werkgever vereist op grond van artikel 7:669 lid 1 BW in beginsel dat de werkgever aantoont dat herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn in een andere passende functie niet mogelijk is. De redelijke termijn is op grond van artikel 10 Ontslagregeling ‘gelijk aan de opzegtermijn, bedoeld in artikel 672, tweede lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek’. Artikel 10 Ontslagregeling verwijst niet tevens naar artikel 7:667 lid 4 BW of artikel 7:668a lid 4 BW, maar verdedigbaar is dat een uitdrukkelijke verwijzing niet nodig is.⁵⁰

Wachttijd en drempelperiode voor verwerving ouderdomspensioen – Op grond van artikel 14 lid 2 Pensioenwet mag een pensioenovereenkomst voorzien in een beperkte wachttijd of drempelperiode voor de verwerving van het ouderdomspensioen. De wachttijd of drempelperiode is ten hoogste twee maanden of, indien sprake is van een uitzendovereenkomst, tot de werknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht.⁵¹ Artikel 14 Pensioenwet berekent de termijn van twee maanden vanaf de datum van ‘indienst-treding’. Indien werkgever en werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst sluiten die direct volgt op de vorige arbeidsovereenkomst, is verdedigbaar dat de werknemer – voor wat de berekening van de wachttijd of drempelperiode betreft – niet opnieuw in dienst treedt en dat een nieuwe wachttijd of drempelperiode daarom nietig is. Ingeval tussen beide arbeidsovereenkomsten een onderbrekingsperiode ligt, is de situatie anders. Deelneming kan in een dergelijk geval tussen beide overeenkomsten

48 Rb. Rotterdam 31 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8047, weegt ook mee dat de werknemer heeft door-gewerkt na de opzegging door de curator.

49 Na afronding van dit onderzoek zijn de aanvullende conclusie van de advocaat-generaal van 9 november 2018 en de beschikking van de Hoge Raad van 30 november 2018 in de zaak *European Sport Services* gepubliceerd (HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2222, *RvdW* 2018/1293 (*European Sport Services*)). De Hoge Raad heeft geoordeeld – met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis – dat ‘het samenstel van de leden 1, 2 en 4 van art. 7:668a BW ook ziet op (elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden) opvolgende arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd tussen een werknemer en werkgevers die worden geacht elkaars opvolger te zijn’. De door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn moet in dat geval dus ook worden berekend vanaf de totstandkoming van de eerste arbeidsovereenkomst (rechtsoverweging 3.8.4). ‘De lengte van die opzegtermijn wordt (...) niet beperkt door eerdere opzeggingen in de keten van overeenkomsten met dergelijke werkgevers’, aldus de Hoge Raad (rechtsoverweging 3.8.5). Door dit oordeel is ook de door de advocaat-generaal geopperde systematiek van de verwerkte opzegtermijn voor opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers niet langer relevant. (Voor opvolgende arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd met dezelfde werkgever ligt de beoordeling volgens de Hoge Raad genuanceerder; zie rechtsoverweging 3.8.5.)

50 Vergelijk de na afronding van dit onderzoek gepubliceerde beschikking *European Sport Services* (HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2222, *RvdW* 2018/1293).

51 Zie algemeen *Asser/Lutjens* 7-XI 2016/661-662.

eindigen.⁵² Bij een uitzendovereenkomst geldt een andere berekeningsmethode. Een uitstel is toelaatbaar totdat de werknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht. Lid 4 en 5 van artikel 7:691 BW zijn van overeenkomstige toepassing verklaard. Voor uitzendovereenkomsten moeten afzonderlijke perioden waarin arbeid wordt verricht derhalve mede in aanmerking worden genomen, mits deze perioden elkaar opvolgen in een periode van ten hoogste zes maanden. Artikel 7:691 lid 5 BW inzake opvolgend werkgeverschap is eveneens toepassing. Deze schakelbepaling roept vragen op. Geldt door deze schakel tussen artikel 14 lid 2 Pensioenwet en artikel 7:691 lid 5 BW ook dezelfde interpretatie van opvolgend werkgeverschap? De wetsgeschiedenis geeft geen antwoord op deze vraag. En waarom is geen verwijzing naar artikel 7:691 lid 8 BW opgenomen? Op grond van artikel 7:691 lid 8 BW kan van de termijnen en van het begrip opvolgend werkgeverschap ten nadele van de werknemer worden afgeweken.⁵³ Een andere vraag: waarom is opvolgend werkgeverschap alleen bij uitzendovereenkomsten van toepassing verklaard? De wetsgeschiedenis bevat evenmin een antwoord op deze vraag.

2.4 OVERZICHT

De kenmerken van de hiervoor beschreven regelingen, waarbij opvolgend werkgeverschap relevant is, zijn in tabel 1 geclusterd.⁵⁴

52 Onder omstandigheden kan een nieuwe wachttijd bij een opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ex artikel 7:649 BW resulteren in een ongeoorloofd onderscheid naar arbeidsduur. Zie ook: E. Lutjens, 'De pensioenovereenkomst', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet – Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, p. 138; M. Heemskerk, 'Gelijke behandeling en pensioen', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet – Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, p. 515-517; E.M.F. Schols-van Oppen, *Inleiding pensioenrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 259-260; Commissie gelijke behandeling 11 oktober 2006, 2006-211; Commissie gelijke behandeling 17 oktober 2006, 2007-73; Commissie gelijke behandeling 31 juli 2003, 2004-76.

53 Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten lijkt in elk geval tot uitgangspunt te nemen dat zij de bevoegdheden ex artikel 7:691 lid 8 BW wel heeft, hoewel een uitdrukkelijke verwijzing ontbreekt. Zo heeft de stichting in haar statuten de onderbrekingsperiode van 26 weken verkort naar 13 weken. De statuten verstaan – voor zover hier van belang – onder opvolgend werkgeverschap: 'de situatie waarbij de werknemer achtereenvolgens in dienst is bij verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn. De werkgever is geen opvolger van de vorige werkgever indien de onderbreking tussen twee arbeidsovereenkomsten dertien weken of meer heeft geduurd.' Online: stippensioen.nl. Zie voor de verplichtstelling: besluit van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid tot wijziging van de verplichtstelling tot deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor Personeelsdiensten van 22 december 2014, *Stcrt.* 2014, 37623; rectificatie: *Stcrt.* 2014, 37623-n1 (publicatie 11 maart 2016).

54 De mogelijke gevolgen van het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans zijn opgenomen in de voetnoten.

Regeling	Wat is – onder meer – een relevant rechtsfeit voor deze regeling?	Maximale periode van onderbreking ⁵⁵	Telt de periode van onderbreking ook mee?	Telt een (eerdere) arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd mee?	Vindplaats opvolgend werkgeverschap
Proeftijdregeling	Duur van arbeids-overeenkomst	Afhankelijk van omstandigheden	Niet relevant	Ja	Artikel 7:652 lid 8 BW ⁵⁶
Rageltie-regel	Overstap van onbepaalde tijd naar bepaalde tijd	Zes maanden	Niet van toepassing	Alleen relevant bij omzetting onbepaalde tijd in bepaalde tijd	Artikel 7:667 lid 5 BW
Ketenregeling	Aantal en totale duur van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten	Zes maanden	Ja	Bij dezelfde werkgever niet, bij opvolgend werkgeverschap wel	Artikel 7:668a lid 2 BW
Vaststelling van recht op transitie-vergoeding ⁵⁷	Duur van arbeids-overeenkomst	Zes maanden	Nee	Ja	Artikel 7:673 lid 4 BW
Berekening van hoogte van transitievergoeding	Duur van arbeids-overeenkomst	Zes maanden	Nee	Ja	Artikel 7:673 lid 4 BW

55 Let onder meer op het overgangsrecht omtrent de onderbrekingsperiode en op de bijzonderheden in artikel 7:668a lid 13 BW. Overgangsrecht omtrent de *ketenregeling*: leden 2 en 3 van artikel XXIIe Wet werk en zekerheid verlenen eerbiedigende werking aan 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 (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 128-129 (MvT)). Overgangsrecht omtrent de *transitievergoeding*: op grond van artikel XXII lid 8 Wet werk en zekerheid worden in afwijking van artikel 7:673 lid 4 BW voorafgaande arbeidsovereenkomsten niet meegeteld als: (1) 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 (2) 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 aangaan van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd te bevorderen (*Kamerstukken II* 2014/15, 34108, 10, (tweede nota van wijziging)). Overgangsrecht omtrent het *afspiegelingsbeginsel*: op grond van artikel 15 lid 4 Ontslagregeling worden voorafgaande arbeidsovereenkomsten die voor 1 juli 2015 zijn aangegaan, niet samengeteld als deze arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van meer dan drie maanden.

56 Wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans: aangepaste nummering, namelijk artikel 7:652 lid 6 aanhef en onder c BW.

57 Wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans: de drempelperiode van 24 maanden vervalt.

Regeling	Wat is – onder meer – een relevant rechtsfeit voor deze regeling?	Maximale periode van onderbreking	Telt de periode van onderbreking ook mee?	Telt een (eerdere) arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd mee?	Vindplaats opvolgend werkgeverschap
Termijnen voor uitzendkrachten ⁵⁸	Weken waarin arbeid is verricht	Zes maanden	Nee, alleen de weken waarin arbeid is verricht	Ja	Artikel 7:691 lid 5 BW
Wet flexibel werken	Weken waarin arbeid is verricht	Zes maanden	Nee, alleen de weken waarin arbeid is verricht	Ja	Artikel 2 lid 1 Wet flexibel werken
Afspiegelingsbeginsel	Duur van arbeids-overeenkomst	Zes maanden	Nee	Ja	Artikel 15 lid 2 en 3 Ontslagregeling
Loonrisico-verdeling ⁵⁹	Duur van arbeids-overeenkomst	Zes maanden	Ja (via keten-regeling)	Bij dezelfde werkgever mogelijk niet, bij opvolgend werkgeverschap wel	Via verwijzing in artikel 7:628 lid 5 BW naar artikel 7:668a BW
Berekening opzegtermijn van de werkgever	Duur van arbeids-overeenkomst	Zes maanden	Ja (via keten-regeling of Ragetlie-regel)	Afhankelijk van de toe te passen regeling ⁶⁰	Via artikel 7:667 lid 4 BW of artikel 7:668a lid 4 BW
Berekening van herplaatsings-termijn	Duur van arbeids-overeenkomst	Zes maanden	Ja (via keten-regeling of Ragetlie-regel)	Afhankelijk van de toe te passen regeling	Via verwijzing in artikel 10 lid 1 Ontslagregeling naar artikel 7:672 BW
Wachttijd en drempelperiode verwerving pensioen	Weken waarin arbeid is verricht	Zes maanden	Nee, alleen de weken waarin arbeid is verricht	Ja	Via verwijzing in artikel 14 lid 2 Pensioenwet naar artikel 7:691 lid 5 BW

Tabel 1 **Overzicht kenmerken van regelingen met opvolgend werkgeverschap als rechtsfeit**

Uit dit overzicht blijkt dat opvolgend werkgeverschap inmiddels op talloze plaatsen voorkomt en bij zeer uiteenlopende regelingen. Bij vrijwel al deze regelingen is de vaststelling van de duur van de arbeidsovereenkomst relevant, maar de rechtsgevolgen zijn zeer verschillend. De vraag is waarom opvolgend werkgeverschap bij deze rege-

58 Wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans: payrollovereenkomsten worden uitgesloten op grond van een nieuw in te voeren artikel 7:692a BW.

59 Wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans: een aparte regeling voor payrollovereenkomsten wordt opgenomen in artikel 7:692a lid 3 BW.

60 Zie ook de na afronding van dit onderzoek verschenen beschikking *European Sport Services* (HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2222, *RvdW* 2018/1293).

lingen een prominente plaats heeft gekregen. De volgende paragraaf analyseert de motieven van de wetgever en de Hoge Raad (als 'plaatsvervangend wetgever').

2.5 ONTWIKKELING VAN OPVOLGEND WERKGEVERSCHAP

2.5.1 *Beginfase: beperkte rol van opvolgend werkgeverschap*

De Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 kende geen opvolgend werkgeverschap noch andere regels over bijvoorbeeld een overgang van een onderneming of een aanbesteding.⁶¹ De toenmalige regering achtte een bijzondere voorziening niet noodzakelijk en nam het volgende standpunt in:

'Bijzondere voorzieningen ten aanzien van het geval, dat de onderneming des werkgevers in andere handen overgaat, kwamen niet noodzakelijk voor. De arbeider toch komt dan in dienst van een anderen werkgever en, tenzij met wederzijdsch goedvinden een ander persoon treedt in alle de rechten en verplichtingen des vroegeren werkgevers, zoodat alles zijn gewonen gang blijft gaan, zullen alle bepalingen omtrent het eindigen der dienstbetrekking ook hier van toepassing zijn.'⁶²

De wetgever introduceert opvolgend werkgeverschap bijna een halve eeuw later. De wet van 17 december 1953 voerde per 1 juli 1954 een regeling voor verlengde opzegtermijnen in. De berekening van de opzegtermijn werd in deze wet bepaald aan de hand van de duur van de arbeidsovereenkomst (hetgeen voor de werkgever nu nog het geval is). Elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen werden voor de berekening samengeteld. Die samentelling gold ook als de arbeidsovereenkomsten elkaar met korte onderbrekingen opvolgden. Anders zouden werkgevers door korte onderbrekingen de verlengde opzegtermijn bij langdurige arbeidsrelaties kunnen ontduiken, aldus de regering.⁶³ Een voorafgaande arbeidsovereenkomst met een andere werkgever telde op grond van artikel 1639k lid 1 aanhef en onder b Oud BW eveneens mee voor de berekening van de duur van de opzegtermijn, indien:

61 Wet van 13 juli 1907 tot wijziging en aanvulling van de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek omtrent huur van dienstboden en werklieden en daarmee samenhangende artikelen in dat wetboek, alsmede in de Wetboeken van Koophandel en van Burgerlijke Regtsvordering, in de Wet op de Registerlijke Organisatie en het Beleid der Justitie, en in de Faillissementswet, *Stb.* 1907, 193.

62 A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, Geschiedenis der wet van den 13den juli 1907 (deel 3)*, Den Haag: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1907, p. 407. Tevergeefs drongen verenigingen van handelsreizigers nog aan op een regeling van de rechten van een werknemer in geval van een overgang van de onderneming (A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, Geschiedenis der wet van den 13den juli 1907 (deel 4)*, Den Haag: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1907, p. 456).

63 *Kamerstukken II 1947/48*, 881, 3, p. 8 (MvT). De minister merkte uitdrukkelijk op dat deze bepaling ook van toepassing is bij een voortzetting zonder oogmerk tot wetsontduiking (*Kamerstukken II 1947/48*, 881, 3, p. 7 (MvT); S. Gerbrandy, *Het nieuwe ontslagrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954, p. 7).

‘een zelfde arbeider achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers, die redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkanders opvolgers te zijn’.

Deze bepaling zag op gevallen waarbij – in de woorden van de regering – formeel sprake was van een nieuwe arbeidsovereenkomst, maar ‘maatschappelijk gezien een zelfde dienstbetrekking wordt voortgezet’. De regering koos bewust een vage terminologie voor de omschrijving van (wat later bekend is geworden als) opvolgend werkgeverschap. De regering gaf wel enkele voorbeelden:

‘Gedacht is in de eerste plaats aan de gevallen, waarin een bedrijf wordt overgenomen, van rechtsvorm verandert of met een ander wordt samengevoegd zonder dat juridische overneming van de arbeidsovereenkomst aangetoond kan worden. Een omschrijving, die het criterium zou zoeken in het werkzaam zijn in hetzelfde bedrijf, zou echter te eng zijn. Ook bij arbeid, die niet in een bedrijf wordt verricht, kunnen zich gevallen voordoen van dienstbetrekkingen bij opeenvolgende werkgevers, die in wezen één dienstbetrekking vormen, b.v. de klerk op een notariskantoor, werkzaam bij elkaar in hun ambt opvolgende notarissen, en de dienstbode, werkzaam in hetzelfde huis bij elkaar opvolgende generaties van één familie (en wel in die gevallen waarin niet de gezamenlijke erfgenamen als werkgever opvolgen; doen zij dit wel dan is er (...) geen sprake van een formeel nieuwe dienstbetrekking.’⁶⁴

De regering dacht dus in de eerste plaats aan een overgang of samenvoeging van een bedrijf of gevallen waarin de rechtsvorm van een bedrijf verandert.⁶⁵ Onder het huidige recht vallen deze gevallen al snel onder de reikwijdte van artikel 7:662 en verder BW.⁶⁶ De overgang van een onderneming is aldus de rechtvaardiging voor de vaststelling dat de nieuwe werkgever in redelijkheid als opvolger kan worden beschouwd en de voorafgaande arbeidsovereenkomst(en) met een andere werkgever mee moet(en) tellen voor de berekening van de opzegtermijn.

Tegelijkertijd blijkt uit diezelfde parlementaire behandeling dat de toenmalige regering opvolgend werkgeverschap niet beschouwde als een (voorloper van de) regeling

⁶⁴ *Kamerstukken II* 1947/48, 881, 3, p. 8 (MvT).

⁶⁵ De Stichting van de Arbeid noemt deze voorbeelden ook al in haar advies van 29 juli 1947, waarop de wet van 17 december 1953 is gebaseerd (*Herziening van het ontslagrecht, advies uitgebracht door het bestuur van de Stichting van de Arbeid aan de Minister van Justitie* (advies van 29 juli 1947, Stichting van de Arbeid), Den Haag: Stichting van de Arbeid 1947, p. 10, online: stvda.nl).

⁶⁶ De gepubliceerde rechtspraak over opvolgend werkgeverschap in relatie tot de berekening van de duur van de opzegtermijn onder het toenmalige artikel 1639k lid 1 aanhef en onder b Oud BW is schaars. Voor zover rechtspraak gepubliceerd is, heeft deze voornamelijk betrekking op situaties waarin sprake was van een overgang van een onderneming (Rb. Zwolle 21 maart 1971, ECLI:NL:RBZWO:1971:AI6223, *Prg.* 1971/670; Hof Arnhem 9 oktober 1974, ECLI:NL:GHARN:1974:AC1034, *NJ* 1976/42). Vele jaren later maakt Ktr. Nijmegen 25 november 1988, ECLI:NL:KTGNMG:1988:AL1914, *Prg.* 1989/3023, nog de analogie met de regeling omtrent overgang van onderneming. Vanwege die analogie oordeelt de kantonrechter dat dienstjaren vóór faillissement niet meetellen voor de berekening van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn. De regeling omtrent overgang van onderneming is namelijk niet van toepassing bij faillissement (zie voor de nuance sinds de pre-pack: HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, C-126/16 (*Smallsteps*), *JAR* 2017/189).

omtrent overgang van onderneming. Deze zienswijze (te weten: opvolgend werkgeverschap is geen voorloper van de regeling omtrent overgang van onderneming) volgt uit de toelichting van de regering op het vereiste van voorafgaande opzegging bij een voortgezette arbeidsovereenkomst. In verband met de invoering van de verlengde opzegtermijn achtte de regering een voorziening nodig die moest voorkomen dat werkgevers de verlengde opzegtermijn konden ontlopen door telkens opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd loopt immers van rechtswege af. Die voorziening vond haar uitwerking in artikel 1639f lid 3 en 4 Oud BW. Deze artikelleden bepaalden dat indien een werkgever een voor bepaalde tijd overeengekomen arbeidsovereenkomst vervolgens voor bepaalde tijd voortzette, deze voortgezette arbeidsovereenkomst slechts kon eindigen door voorafgaande opzegging (en dus met inachtneming van de opzegtermijn).⁶⁷ De wetgever zag bewust af van een uitbreiding van het vereiste van voorafgaande opzegging naar de situatie dat een *andere* werkgever de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voortzet. De regering gaf tijdens de parlementaire behandeling de volgende toelichting:

'Anders dan in het geval, behandeld in artikel 1639j [*omtrent de berekening van de duur van de opzegtermijnen, toevoeging SP*], is hier de fictie niet uitgebreid tot de gevallen van dienstbetrekkingen bij elkander opvolgende werkgevers en van herplaatsing. Ten eerste zouden die gevallen bij toepassing van art. 1639f [*omtrent de voorafgaande opzegging bij een voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, toevoeging SP*] slechts betekenis hebben, wanneer de overgang van werkgevers, resp. herplaatsing, zou geschieden op hetzelfde ogenblik dat de eerste periode van de dienstbetrekking voor bepaalde tijd afliep. Voorts zouden zodanige bepalingen waarschijnlijk aanleiding geven tot onzekerheid omtrent de vraag of bij overgang van werkgevers of herplaatsing gedurende de loop van die eerste periode, de bepaling van het derde lid [*omtrent de voortgezette arbeidsovereenkomst, toevoeging SP*] van toepassing zou worden. Tenslotte is de bepaling van art. 1639f tweezijdig; wat bedoeld is als een bescherming van de arbeider zou, wanneer de voornoemde gevallen zouden worden opgenomen, op diens benadeling kunnen uitlopen.'⁶⁸

De toenmalige regering lijkt impliciet tot uitgangspunt te hebben genomen dat een werknemer in beginsel een arbeidsovereenkomst sluit met de werkgever die tevens de onderneming drijft. Binnen die onderneming is de werknemer werkzaam. Indien de werkgever de onderneming drijft, kan een werkgever de verplichting tot voorafgaande opzegging inderdaad niet eenvoudig ontlopen. Niet snel zal een jaarlijkse overgang van de onderneming of een herplaatsing bij een andere werkgever worden ingezet om (uitsluitend) de verplichting tot voorafgaande opzegging te ontduiken.

Samengevat, de toenmalige regering achtte het enerzijds redelijk dat bij een overgang van de onderneming het arbeidsverleden bij een vorige werkgever meetelt voor de berekening van de opzegtermijn, maar zag anderzijds in opvolgend werkgeverschap geen geschikt en noodzakelijk instrument ter voorkoming van eventuele misbruik-

⁶⁷ Kamerstukken II 1947/48, 881, 3, p. 7 (MvT).

⁶⁸ Kamerstukken II 1947/48, 881, 3, p. 7 (MvT).

situaties. De wet vertoonde – zo bleek later – een hiaat waarvan werkgevers via zogeheten draaideurconstructies misbruik maakten. Immers: niet zozeer de verlengde opzegtermijn, maar het vereiste van voorafgaande opzegging bij een voortgezette arbeidsovereenkomst was – in combinatie met de preventieve ontslagtoets – voor werkgevers een groot struikelblok.

De Hoge Raad riep in het arrest *Bootsma/Campina* uit 1991 de draaideurconstructies een halt toe. De Hoge Raad omschreef de draaideurconstructie als een situatie waarin de werkgever gedurende een langere periode ('een aantal jaren') werk in zijn onderneming laat uitvoeren door werknemers met wie hij een aantal malen achtereenvolgende arbeidsovereenkomsten sluit, afgewisseld door perioden waarin diezelfde werknemers hetzelfde werk in zijn onderneming verrichten als uitzendkrachten.⁶⁹ Een dergelijke constructie leent zich naar haar aard ertoe te ontkomen aan de werking van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen die beogen de werknemer ontslagbescherming te bieden, aldus de Hoge Raad. Naar de letter van de wet heeft een werknemer bij de toepassing van deze constructie immers geen ontslagbescherming. Volgens de Hoge Raad brengt een 'redelijke, met het stelsel van de wet en de strekking van vorenbedoelde wetsbepalingen strokende toepassing' echter mee dat een dergelijke constructie niet tot gevolg heeft dat deze werknemers hun door de wet gewaarborgde ontslagbescherming wordt ontnomen. De relatie van de werknemers moet, voor wat betreft de wettelijke regels die gelden voor beëindiging van deze relatie, worden aangemerkt als een voortgezette dienstbetrekking, aldus de Hoge Raad.⁷⁰ De Hoge Raad verwijst in zijn arrest niet naar opvolgend werkgeverschap. Het effect is niettemin vergelijkbaar.⁷¹

69 De uitzendperioden zijn dan – met het oog op het toenmalige artikel 1639f lid 4 Oud BW – langer dan 31 dagen.

70 HR 22 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0421, NJ 1992/707 (*Campina/Bootsma*). Nadien achtten Ktr. Alkmaar 24 december 1993, ECLI:NL:KTGALK:1993:AI8923, JAR 1994/24, en Rb. Den Bosch 12 april 1996, ECLI:NL:RBSHE:1996:AG1173, JAR 1996/113, ook andere constructies van Campina ontoelaatbaar. De Hoge Raad bevestigt in 1996 overigens dat de bedoeling van de werkgever bij draaideurconstructies irrelevant is (HR 12 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2034, JAR 1996/114 (*Spreeuwenberg Steigerbouw*)). Ktr. Bergen op Zoom 2 september 1992, ECLI:NL:KTGBOZ:1992:AG0305, JAR 1992/79, betrof het oogmerk van de werkgever eerder wel uitdrukkelijk in de beoordeling. Uit verscheidene uitspraken van de Hoge Raad volgt dat in essentie de vraag is of uit objectieve omstandigheden blijkt dat het handelen van een werkgever kan worden beschouwd als een ontoelaatbare inbreuk op de bescherming van de werknemer, zodat een voor bepaalde tijd voortgezette arbeidsovereenkomst slechts behoort te eindigen door voorafgaande opzegging. Het repeterende karakter is een vereiste (HR 27 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0771, JAR 1992/148 (*Volvo/Braam*); HR 25 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2179, JAR 1996/234 (*Frico Domo*); W.L. Harenberg, 'De draaideurconstructie: ontwikkelingen ná Campina', *ArbeidsRecht* 1994/33; W.L. Harenberg, 'Vier draaideurarresten op een rij: contouren van de verboden constructie worden zichtbaar', *ArbeidsRecht* 1997/4). Dit vereiste komt ook voor in lagere rechtspraak: Vaste Commissie voor het Boekenuitgeverijbedrijf 8 oktober 1992, JAR 1992/103; Ktr. Utrecht 14 oktober 1992, ECLI:NL:KTGUTR:1992:AG0352, JAR 1992/124 (slechts sprake van een toevallige samenloop van omstandigheden); Scheidsgerecht voor het bankbedrijf 9 december 1992, *Prg.* 1993/3826; Ktr. Den Bosch 29 juni 1995, ECLI:NL:KTGSHE:1995:AG1219, JAR 1996/16.

71 De Kantonrechter Arnhem en in hoger beroep de Rechtbank Arnhem gebruikten *Bootsma/Campina* zelfs om te komen tot een uitspraak die veel weg heeft van de huidige ketenregeling. Beide rechters zagen in *Bootsma/Campina* een aanwijzing om in geval van draaideurconstructies de arbeidsovereenkomst te beschouwen als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met alle rechtsgevolgen van

2.5.2 Proeftijdjurisprudentie: eerste uitbreiding van toepassingsbereik

Ofschoon de Hoge Raad in *Campina/Bootsma* niet uitdrukkelijk verwees naar opvolgend werkgeverschap, deed de Hoge Raad dat een aantal jaren eerder in zijn proeftijdjurisprudentie wel. Daar ging overigens een stap aan vooraf. In 1984 oordeelde de Hoge Raad allereerst dat het bedingen van een proeftijd in een nieuwe arbeidsovereenkomst tussen dezelfde partijen onder omstandigheden is toegestaan, met name als de nieuwe overeenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden eist waarover de ervaringen gedurende de vorige arbeidsovereenkomst onvoldoende inzicht hebben gegeven.⁷² Vervolgens moest de Hoge Raad in 1986 in het arrest *Slijkoord/Hekkema BV* oordelen over de geldigheid van een proeftijdbeding in een opvolgende arbeidsovereenkomst met een andere werkgever.⁷³ De casus was als volgt. Op 14 april 1980 trad werknemer Slijkoord voor onbepaalde tijd in dienst bij werkgever Hekkema. Vervolgens trad Slijkoord op 25 augustus 1980 voor onbepaalde tijd in dienst bij Cleaning, een aan Hekkema gelieerde onderneming. Op 7 december 1982 verzocht Cleaning aan de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau haar toestemming te verlenen de arbeidsovereenkomst met Slijkoord op te zeggen wegens een beëindiging en liquidatie van het bedrijf. De toestemming werd niet verleend, omdat de directeur van het Gewestelijk Arbeidsbureau vond dat vooralsnog onvoldoende was aangetoond dat ontslag de enige oplossing was. Vanaf 16 december 1982 verrichtte Slijkoord weer werkzaamheden bij Hekkema en per 28 februari 1983 trad Slijkoord (formeel) bij Hekkema in dienst. De arbeidsovereenkomst werd vervolgens tijdens de proeftijd door Hekkema opgezegd. De vraag was of de proeftijd rechtsgeldig was overeengekomen. De Hoge Raad oordeelde dat in de regel sprake is van een nietig proeftijdbeding indien enerzijds de nieuwe arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist als de vorige arbeidsovereenkomst,

dien (Ktr. Arnhem 20 januari 1992 en Rb. Arnhem 22 oktober 1992, ECLI:NL:KTGARN:1992:AI8704, *Prg.* 1992/3763; aldus ook Ktr. Leeuwarden 20 september 1994, ECLI:NL:KTGLEE:1994:AI9054, *Prg.* 1994/4185, zij het niet met een uitdrukkelijke verwijzing naar *Campina/Bootsma*). In cassatie – bekend als de zaak *Agfa/Schoolderman* – laat de Hoge Raad het oordeel van de Rechtbank Arnhem in stand en ging daarmee in feite nog verder dan *Bootsma/Campina*. Zoals de advocaat-generaal in zijn conclusie stelde: ‘Een flexibele relatie die wel op papier bestaat maar die in haar feitelijk functioneren niet te onderscheiden is van de contracten met het vaste personeel, verliest haar flexibele karakter.’ HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, *JAR* 1994/94 (*Agfa/Schoolderman*), wordt veelal aangehaald als een bron van het beginsel van gelijke beloning voor gelijke arbeid, maar houdt dus evenzeer verband met het gegeven dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd volgens velen het uitgangspunt behoort te zijn. Twee jaar later oordeelden Ktr. Schiedam 2 april 1996, ECLI:NL:KTGSCH:1996:AI9355, *Prg.* 1996/4551, en in hoger beroep Rb. Rotterdam 6 februari 1997, ECLI:NL:RBROT:1997:AJ0461, *Prg.* 1997/4723, overigens dat indien sprake is van een draaieurconstructie, deze conclusie slechts met zich brengt dat sprake is van een voortgezette arbeidsovereenkomst en deze overeenkomst niet transformeert in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

72 HR 14 september 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4861, *NJ* 1985/244 (*Hardchroom/Yigit*). Zie ook HR 6 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AB9600, *NJ* 1986/230 (*Benton & Bowles*).

73 Voordat de Hoge Raad in 1986 moest oordelen over de toepasselijkheid van opvolgend werkgeverschap bij de beoordeling van de geldigheid van een proeftijdbeding, hadden lagere rechters in diverse gevallen reeds geoordeeld dat een proeftijdbeding met een nieuwe werkgever niet rechtsgeldig was, zo blijkt uit de gepubliceerde rechtspraak (Ktr. Tilburg 14 juni 1979, ECLI:NL:KTGTIL:1979:AJ0484, *Prg.* 1980/1512; Rb. Roermond 9 september 1982, ECLI:NL:RBROE:1982:AI7043, *Prg.* 1982/1828).

en anderzijds tussen de nieuwe en de oude werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. De Hoge Raad overwoog in zijn arrest dat opvolgend werkgeverschap zich niet beperkt tot de berekening van de opzegtermijn:

‘Dat in de wet de “fictie van opvolging bij arbeidsovereenkomsten” alleen is opgenomen in art. 1639k BW met betrekking tot de duur van de opzegtermijn, brengt niet (zonder meer) met zich mee dat voor de geldigheid van een proeftijdbeding niet eveneens relevant of doorslaggevend is of verschillende werkgevers redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolgers te zijn.’⁷⁴

Na de proeftijdjurisprudentie en de problematiek omtrent draaideurconstructies was de wetgever weer aan zet.

2.5.3 Eerste wettelijke uitbreidingsgolf

Op 1 januari 1999 traden artikel 7:668a BW (de ketenregeling) en artikel 7:667 lid 4 en 5 BW (de Ragetlie-regel) in werking. De ketenregeling is een flexibilisering ten opzichte van het tot 1 januari 1999 geldende vereiste van voorafgaande opzegging bij de voortzetting van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.⁷⁵ De Stichting van de Arbeid bepleitte in 1996 in haar nota ‘Flexibiliteit en zekerheid’ dat een bepaling over opvolgend werkgeverschap noodzakelijk was ter voorkoming van draaideurconstructies bij de ketenregeling. Onder opvolgend werkgeverschap schaarde de Stichting van de Arbeid tevens de situatie ‘waarin het dienstverband van een ter beschikking gestelde arbeidskracht overgaat van een werkgever op een andere werkgever die tot dezelfde groep (als bedoeld in art. 2:24b BW) behoort’. Deze uitleg voorkomt volgens de Stichting van de Arbeid dat bijvoorbeeld binnen een uitzendonderneming die bestaat uit meerdere organisatorische/juridische eenheden, uitzendkrachten van de ene naar de andere vennootschap worden geschoven met als doel de opbouw van rechten te voorkomen.⁷⁶ De regering volgt de toelichting van de Stichting van de Arbeid en schrijft in de memorie van toelichting over het tweede lid van artikel 7:668a BW het volgende:

‘Met dit lid wordt beoogd de opbouw van rechten van werknemers te beschermen van wie het dienstverband van de ene werkgever overgaat op een andere werkgever, terwijl de werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid te beschouwen zijn als elkaars opvolgers. Gedacht kan worden aan bedrijfsovernames, maar de betreffende werkgevers kunnen bijvoorbeeld ook verschillende organisatorische/juridische eenheden zijn die tot eenzelfde, grotere organisatie behoren.’⁷⁷

74 HR 24 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9537, NJ 1987/293 (*Slijkoord/Hekkema BV*).

75 Die flexibilisering is later weer beperkt via de Wet werk en zekerheid, maar wordt naar verwachting weer verruimd door het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans.

76 *Nota Flexibiliteit en zekerheid* (advies van 3 april 1996, Stichting van de Arbeid publicatienr. 2/96), Den Haag: SER-huisdrukkerij 1996, p. 18, online: stvda.nl.

77 *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, 3, p. 9 en 26 (MvT).

Op een later moment tijdens de parlementaire behandeling merkt de regering op dat het tweede lid van artikel 7:668a BW (ook) strekt ter ondervanging van draaideurconstructies en verwijst zij naar *Bootsma/Campina*.⁷⁸ De toevoeging van lid 2 heeft volgens de regering tot doel niet met de jurisprudentie over draaideurconstructies te breken.⁷⁹ De wetgever nam voor aansluitende uitzendovereenkomsten met opvolgende werkgevers tevens het concept opvolgend werkgeverschap op in artikel 7:691 lid 5 BW. 'Dit ter vermijding van de zogenoemde draaideurconstructies', aldus de regering.⁸⁰ Opvolgend werkgeverschap is via artikel 7:667 lid 5 BW ook van toepassing op de Ra-getlie-regel. Met betrekking tot artikel 7:667 lid 5 BW merkte de regering eveneens op dat deze bepaling ter bestrijding van de draaideurconstructie is en dat het artikellid tevens van toepassing is als de werknemer na beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst, anders dan door rechtsgeldige opzegging of ontbinding, binnen een termijn van drie maanden (via de Wet werk en zekerheid aangepast naar zes maanden) bij dezelfde onderneming gaat werken op basis van een uitzendovereenkomst.⁸¹

De wetgever heeft opvolgend werkgeverschap ook ingevoerd bij de Wet arbeid en zorg en de Wet flexibel werken (toen nog genaamd: Wet aanpassing arbeidsduur). Bij de invoering van de Wet arbeid en zorg gaf de regering geen nadere toelichting op opvolgend werkgeverschap.⁸² Inmiddels speelt opvolgend werkgeverschap geen rol meer bij

78 *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 6, p. 11 (NV).

79 *Kamerstukken I* 1997/98, 25263, 132b, p. 18 en 20 (MvA); *Kamerstukken I* 1997/98, 25263, 132d, p. 10-11 (nadere memorie van antwoord).

80 *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3, p. 34 (MvT).

81 *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 3, p. 5 (MvT).

82 Bij de voorganger van die wet ontstond wel een parlementaire discussie over de verhouding tussen de overgang van een onderneming ex artikel 7:662 en verder BW en opvolgend werkgeverschap. De voorganger van hoofdstuk 6 Wet arbeid en zorg was artikel 1638oo Oud BW (ingevoerd via de wet van 21 november 1990, houdende regelen betreffende de aanspraak op ouderschapsverlof (Wet op het Ouderschapsverlof), *Stb.* 1990, 562) en trad op 1 januari 1991 in werking. De Wet op het Ouderschapsverlof regelde eveneens het ouderschapsverlof voor werknemers die langer dan een jaar in dienst waren. Tweede Kamerleden van de CDA-fractie merkten vervolgens op dat deze bepaling nadelig zou zijn voor werknemers met opvolgende arbeidsovereenkomsten. Een overeenkomstige toepassing van artikel 1639k Oud BW loste volgens deze Kamerleden het probleem op (*Kamerstukken II* 1987/88, 20528, 4, p. 13 (VV)). Het toenmalige artikel 1639k Oud BW bepaalde, als gezegd, dat de opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor de berekening van de opzegtermijn als één dienstbetrekking werden beschouwd. De regering deelde het standpunt van deze Kamerleden niet, omdat volgens de regering het recht op ouderschapsverlof een duurzaam karakter vereist en daarvan is bij elkaar opvolgende (korte) arbeidsovereenkomsten geen sprake. En voor het geval dat een nieuwe werkgever in de plaats treedt van de oude werkgever als gevolg van een overgang van onderneming, slaagt een beroep op artikel 7:662 en verder BW (*Kamerstukken II* 1987/88, 20528, 5, p. 12 (MvA)). De leden van de CDA-fractie antwoordden vervolgens dat bij een overgang eveneens sprake is van een situatie als bedoeld onder artikel 1639k lid 1 aanhef en onder b Oud BW (opvolgend werkgeverschap). Als artikel 1639k Oud BW niet van toepassing wordt verklaard, zou derhalve het idee kunnen postvatten dat ook artikel 7:662 en verder BW niet van toepassing zouden zijn, zo vreesden deze Kamerleden (*Kamerstukken II* 1987/88, 20528, 6, p. 7-8 (EV)). De regering deelde deze vrees niet, omdat artikel 7:662 en verder BW van rechtswege van toepassing zijn (*Kamerstukken II* 1987/88, 20528, 7, p. 8 (NEV)). De CDA-fractie stelde echter dat ook in gevallen als bedoeld in artikel 1639k lid 1 aanhef en onder a en c Oud BW sprake kan zijn van een duurzame arbeidsrelatie. Sub a behandelde de situatie waarin arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen met een tussenlig-

de Wet arbeid en zorg. In de memorie van toelichting van de op 1 juli 2000 in werking getreden Wet flexibel werken schrijft de regering dat het samentellen van perioden waarin de werknemer arbeid voor verschillende werkgevers verricht, tot doel heeft te voorkomen dat een werkgever ‘door ten aanzien van dezelfde arbeid af te wisselen met een andere werkgever (bijvoorbeeld een uitzendbureau) bewerkstelligt dat de termijn van een jaar niet wordt bereikt’ (deze termijn is inmiddels gewijzigd in 26 weken).⁸³ Met andere woorden, draaideurconstructies moeten worden voorkomen.⁸⁴

2.5.4 Discussie over reikwijdte: doorstartscenario's en strengere criteria

Nadien kwamen vragen op over de reikwijdte van opvolgend werkgeverschap.⁸⁵ In zijn arrest *Boekenvoordeel/Isik* geeft de Hoge Raad een antwoord op een aantal van die

gende periode van niet meer dan 31 dagen elkaar opvolgden. Sub c betrof de situatie waarin sprake was van een herstel van de arbeidsovereenkomst (*Kamerstukken II* 1987/88, 20528, 6, p. 8 (EV)). Voor wat betreft die situaties was de regering het bij nader inzien met de CDA-fractie eens (*Kamerstukken II* 1987/88, 20528, 7, p. 8 (NEV)). Vervolgens voegde de regering aan het wetsvoorstel toe dat artikel 1639k lid 1 Oud BW van overeenkomstige toepassing is (*Kamerstukken II* 1987/88, 20528, 8, p. 8 (nota van wijziging)). Daarmee was ook sub b inzake opvolgend werkgeverschap van overeenkomstige toepassing. Artikel 7:644 BW verving op 1 april 1997 artikel 1639oo Oud BW. En vanaf 1999 verwees artikel 7:644 BW voor wat betreft de berekening van de duur van een arbeidsovereenkomst naar het toenmalige artikel 7:668a lid 1 en 2 BW en het toenmalige artikel 7:672 lid 9 BW. Bij de invoering van de Wet arbeid en zorg verviel artikel 7:644 BW en sindsdien regelt hoofdstuk 6 Wet arbeid en zorg het recht op ouderschapsverlof. De regering koos toen uitdrukkelijk niet voor een verwijzing, maar nam in navolging van de Wet flexibel werken (toen nog genaamd: Wet aanpassing arbeidsduur) de berekeningsregel bij opvolgende werkgevers in de Wet arbeid en zorg zelf op (*Kamerstukken II* 1999/2000, 27207, 3, p. 57-58 (MvT)).

83 *Kamerstukken II* 1998/99, 26358, 3, p. 14-15 (MvT).

84 Ter volledigheid: opvolgend werkgeverschap wordt voorafgaande aan de tweede wettelijke uitbreidingsgolf ook nog ingevoerd bij de Pensioenwet en de inmiddels vervallen Wet financiering loopbaanonderbreking. De wetgever gaf bij de keuze voor opvolgend werkgeverschap in de Pensioenwet geen nadere toelichting (*Kamerstukken II* 2007/08, 31226, 10 (tweede nota van wijziging)). Ook de parlementaire geschiedenis van de Wet financiering loopbaanonderbreking biedt geen inzicht in de visie van de wetgever op opvolgend werkgeverschap.

85 Zie over de discussie omtrent de reikwijdte inzake de ketenregeling onder meer het volgende. Ktr. Terneuzen 18 juli 2001, ECLI:NL:KTGTRN:2001:AG2885, *JAR* 2001/167; deze rechter vond dat artikel 7:668a lid 1 en 2 BW slechts strekt tot bescherming tegen misbruikconstructies. De werknemer in kwestie nam zelf ontslag, trad bij een zustersvennootschap in dienst en kon daarom geen beroep doen op de ketenregeling. Ook Rb. Zwolle-Lelystad 14 maart 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AX5372, *JAR* 2006/150, zag in artikel 7:668a lid 2 BW een misbruikbepaling die beoogt draaideurconstructies tegen te gaan. Omdat de werknemer zelf een voortzetting van de werkzaamheden vanwege een conflict niet zag zitten, was de arbeidsovereenkomst met de oude werkgever beëindigd en was de werknemer vervolgens bij de nieuwe werkgever in dienst getreden. Rb. Amsterdam 30 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO0119, *JAR* 2010/237, overwoog daarentegen dat voor de vraag of sprake is van een opvolgende werkgever in de zin van de ketenregeling irrelevant is of de werknemer zelf zijn arbeidsovereenkomst met de vorige werkgever heeft opgezegd. Zie over de discussie omtrent de reikwijdte inzake de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomisch ontslag onder meer: Rb. Zwolle 18 juni 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AO0158, *JAR* 2003/174; deze rechter oordeelde dat – in relatie tot het voorheen geldende principe *last in, first out* – de anciënniteit bij de vorige (gefaillieerde) werkgever meetelde. Zie over de discussie omtrent de reikwijdte inzake de ontbindingsvergoeding onder meer: Rb. Den Haag 1 juli 2003, ECLI:NL:RBSCR:2003:AO0209, *JAR* 2003/183, zag geen opvolging in de

vragen.⁸⁶ Het bedrijf Boekenvoordeel nam enkele vestigingen en werknemers over van het gefailleerde Octagon B.V. Boekenvoordeel bood deze werknemers een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan. Een van deze werknemers stelde met een beroep op artikel 7:668a lid 2 BW dat hij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de nieuwe werkgever had. In cassatie kwamen twee vragen aan de orde. Vraag (1): Sluit een rechtsgeldige opzegging door de curator de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW uit? Vraag (2): Is artikel 7:668a lid 2 BW alleen van toepassing in misbruik-situaties, meer in het bijzonder bij draaieurconstructies?⁸⁷ Het antwoord van de Hoge Raad op de eerste vraag: een opzegging door de curator staat niet aan de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW in de weg. Het antwoord op de tweede vraag: artikel 7:668a lid 2 BW beperkt zich naar tekst en strekking niet tot gevallen waarin werkgevers de constructie van opvolgende werkgevers misbruiken. Artikel 7:666 BW sluit weliswaar de regeling omtrent de overgang van een onderneming uit in geval van faillissement, maar die bepaling voorkomt niet de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad laat zich in *Boekenvoordeel/Isik* niet uit over de vraag of *elke* doorstart kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap. *Boekenvoordeel/Isik* verschaftte derhalve enige verduidelijking, maar liet nog steeds belangrijke vragen onbeantwoord, zoals: wat zijn de concrete criteria voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap bij de ketenregeling? In het arrest *Van Tuinen/Wolters* probeert de Hoge Raad die vraag te beantwoorden.⁸⁸

doorstart, en de jaren voorafgaand aan het faillissement telden daarom niet mee voor de hoogte van de ontbindingsvergoeding op basis van het tot 1 juli 2015 geldende artikel 7:685 BW.

86 HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3782, *JAR* 2006/190 (*Boekenvoordeel/Isik*).

87 Deze discussie ging dus niet over de vraag of een arbeidsovereenkomst voor *onbepaalde* tijd die door een curator is opgezegd nog meetelt in de keten. In *Boekenvoordeel/Isik* werd namelijk een arbeidsovereenkomst voor *bepaalde* tijd door de curator opgezegd. In veel lagere rechtspraak is door rechters overigens uitdrukkelijk geoordeeld dat ook een eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die door een curator is opgezegd, kan meetellen voor de ketenregeling: Rb. Arnhem 28 februari 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO0107, *JAR* 2003/270; Rb. Groningen 14 juli 2005, ECLI:NL:RBGRO:2005:AT9355, *JAR* 2005/181; Hof Den Bosch 7 november 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BA4209, *RAR* 2007/90; Rb. Den Bosch 17 juli 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB3878, *JAR* 2007/218; Rb. Dordrecht 5 maart 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BC7458, *JAR* 2008/97; Rb. Utrecht 14 oktober 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BH0826, *JAR* 2009/3; Hof Den Haag 3 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH5977, *JAR* 2009/108; Hof Den Haag 16 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM5878, *RAR* 2010/116; Rb. Roermond 19 januari 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BR1694, *JAR* 2011/182; ECLI:NL:RBZUT:2012:BY3283, *Prg.* 2013/23; Rb. Midden-Nederland 2 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1755, *JAR* 2014/152; Rb. Overijssel 20 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:232, *JAR* 2017/46 (ander oordeel in tussenbeschikking: Rb. Overijssel 29 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5284). Anders gezegd, een rechtsgeldige opzegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door een curator voorkomt weliswaar de toepasselijkheid van artikel 7:667 lid 5 BW, maar niet die van artikel 7:668a lid 2 BW.

88 Anders: A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 303, schrijven dat de Hoge Raad 'in zijn arrest *Boekenvoordeel/Isik* nog uitdrukkelijk opvolgend werkgeverschap aannam, ondanks het in die situatie ontbreken van "zodanige banden"'. De vraag of in die concrete situatie sprake was van opvolgend werkgeverschap is echter niet door de Hoge Raad beantwoord. De Hoge Raad heeft geen opvolgend werkgeverschap 'aangenomen', maar slechts een tweetal rechtsvragen beantwoord (omtrekt de verhouding tussen de opzegging van de curator respectievelijk artikel 7:666 BW enerzijds en artikel 7:668a lid 2 BW anderzijds).

In *Van Tuinen/Wolters* stond centraal de vraag of de arbeidsovereenkomst tussen Taxi-centrale L. Wolters B.V. en Van Tuinen moest worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd.⁸⁹ Voordat Van Tuinen in dienst trad bij Wolters, had Van Tuinen op basis van drie opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voor Connexxion gewerkt. De laatste arbeidsovereenkomst tussen Connexxion en Van Tuinen liep af op 31 maart 2008. Op deze datum eindigden tevens de vervoersactiviteiten van Connexxion, want de gemeente gunde na een aanbestedingsprocedure het vervoer aan Wolters. Wolters nam geen activa, zoals kantoor en voertuigen, over van Connexxion. Wolters bood Van Tuinen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan, met als aanvangsdatum 1 april 2008. Deze arbeidsovereenkomst werd vervolgens eenmaal verlengd tot en met 31 maart 2010. Wolters wenste de arbeidsovereenkomst niet nog een keer te verlengen en stelde zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege was geëindigd. De laatste arbeidsovereenkomst tussen Wolters en Van Tuinen was slechts de tweede arbeidsovereenkomst in de keten, aldus Wolters. Voor zover in deze casus al sprake was van een overgang van onderneming, kon Van Tuinen niet via artikel 7:663 BW een beroep op het eerste lid van artikel 7:668a BW doen, zo oordeelden respectievelijk het Hof Leeuwarden en de Hoge Raad. Van Tuinen was op het tijdstip van de overgang immers niet in dienst van Connexxion. De arbeidsovereenkomst met Connexxion eindigde namelijk voorafgaand aan de dag waarop Wolters het vervoer overnam. De resterende vraag was of de eerdere arbeidsovereenkomsten met Connexxion via het tweede lid van artikel 7:668a BW alsnog meetelden in de keten. Anders gezegd, was sprake van opvolgend werkgeverschap?

Volgens het Hof Leeuwarden was er geen sprake van opvolgend werkgeverschap. Onvoldoende was dat Van Tuinen na indiensttreding bij Wolters dezelfde werkzaamheden was blijven verrichten voor dezelfde doelgroep. De oude en de nieuwe werkgever hadden namelijk niets met elkaar van doen en waren slechts elkaars concurrent, aldus het hof. Daaropvolgend overweegt het hof dat gebleken was dat de nieuwe werkgever geen activa (kantoor of voertuigen) van de vorige werkgever had overgenomen. Ofschoon de werknemer werkzaamheden als chauffeur 'op de weg' uitvoerde, moet volgens het hof bij de beoordeling of sprake is van opvolgend werkgeverschap wel degelijk rekening worden gehouden met de plaats van waaruit de werkzaamheden werden geleid en de opdrachten die aan de werknemer werden verstrekt, alsmede met de middelen waarmee de kernactiviteiten werden verricht. Wellicht had het hof opvolgend werkgeverschap wel aangenomen indien de nieuwe werkgever het kantoor en de voertuigen van de vorige werkgever had overgenomen.

In cassatie richt het debat zich in essentie op de vraag of voor opvolgend werkgeverschap meer wordt vereist dan dat alleen de werkzaamheden ongewijzigd blijven. De advocaat-generaal komt tot de volgende slotsom:

⁸⁹ 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.

[V]oor de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap is in de eerste plaats van belang (...) dat de te verrichten arbeid ongewijzigd is gebleven. Dit feit alleen is niet voldoende. Er dient bijvoorbeeld daarnaast, aansluitend bij de “proeftijdjurisprudentie”, voor de nieuwe werkgever enig inzicht in de hoedanigheid en geschiktheid van de desbetreffende werknemer te zijn (al dan niet “via” de oude werkgever). Opvolgend werkgeverschap kan ook worden aangenomen als, naast het ongewijzigd gebleven van de aard van de arbeid, de locatie waar de arbeid wordt verricht en de bedrijfsmiddelen waarmee de arbeid wordt uitgevoerd hetzelfde zijn gebleven. Deze vereisten impliceren m.i. dat er enige band tussen de elkaar opvolgende werkgevers dient te bestaan. Daarop wijzen ook de in de parlementaire geschiedenis genoemde voorbeelden van in een concern verbonden werkgevers en het geval van de bedrijfsovername.⁹⁰

In elk geval moet volgens de advocaat-generaal ‘enige band’ tussen beide werkgevers bestaan. De Hoge Raad komt vervolgens tot het volgende oordeel omtrent de uitleg en toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW:

‘Bij de uitleg van deze bepaling dient aansluiting te worden gezocht bij de in het licht van het Europese recht ook thans nog juist te achten maatstaf die de Hoge Raad in zijn arrest van 24 oktober 1986, LJN AC9537, NJ 1987/293 heeft ontwikkeld met het oog op de beantwoording van de vraag, kort gezegd, of een proeftijdbeding rechtsgeldig is in geval van rechtsopvolging aan de zijde van de werkgever.

Het gaat in de onderhavige zaak immers om dezelfde afweging van belangen die aan de orde was in het arrest van 24 oktober 1986. 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 hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

Tegen deze achtergrond heeft het hof terecht en op goede gronden geoordeeld dat de omstandigheid dat Van Tuinen na indiensttreding bij Wolters dezelfde (vervoers)werkzaamheden is blijven verrichten voor dezelfde doelgroep als zij voorheen in dienst van Connexxion verrichtte, onvoldoende is om opvolgend werkgeverschap in de zin van art. 7:668a lid 2 aan te nemen. Eveneens terecht heeft het hof geoordeeld dat het feit dat Wolters en Connexxion niets anders met elkaar van doen hebben dan dat zij elkaars concurrent zijn, aan toepasselijkheid van deze bepaling in de weg staat, nu is gesteld noch gebleken dat Wolters langs andere weg inzicht had in de hoedanigheden en geschiktheid van Van Tuinen, of dat Wolters in enig opzicht heeft getracht misbruik te maken van het identiteitsverschil tussen haarzelf en Connexxion.⁹¹

90 Randnummer 3.21 van de conclusie van de advocaat-generaal.

91 Rechtsoverweging 3.4, tweede tot en met vierde alinea, van de Hoge Raad.

Het oordeel van de Hoge Raad maakt niet duidelijk of in de door de advocaat-generaal genoemde gevallen wel sprake zou kunnen zijn van opvolgend werkgeverschap. De advocaat-generaal noemt het geval waarin dezelfde arbeid op dezelfde locatie met dezelfde bedrijfsmiddelen wordt verricht, en verwijst ook naar twee in de wetsgeschiedenis genoemde gevallen (personeelsverschuiving binnen een concern en een bedrijfsovername). Daarnaast laat de Hoge Raad aan het slot van de hiervoor geciteerde rechtsoverweging de mogelijkheid open om opvolgend werkgeverschap aan te nemen in misbruiksituaties die niet voldoen aan de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie.

2.5.5 Tweede wettelijke uitbreidingsgolf en versoepeling van de maatstaf

Het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap is aanzienlijk uitgebreid en gewijzigd door de Wet werk en zekerheid. De belangrijkste wijzigingen in relatie tot opvolgend werkgeverschap zijn de invoering van de transitievergoeding en de versoepeling van de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters*. Daarnaast is de proeftijdjurisprudentie gecodificeerd in artikel 7:652 BW. De invoering van de transitievergoeding geeft opvolgend werkgeverschap een nieuwe dynamiek. Naarmate de werknemer langer in dienst is, heeft hij recht op een hogere transitievergoeding. Voor de berekening van de diensttijd moeten elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers worden samengeteld in geval van opvolgend werkgeverschap.

In het aanvankelijke wetsvoorstel sloot de regering voor wat betreft de proeftijd, ketenregeling en transitievergoeding nog expliciet aan bij de maatstaf van opvolgend werkgeverschap uit *Van Tuinen/Wolters*.⁹² In de nota naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer en de nota van wijziging komt de regering, met betrekking tot de ketenregeling en de transitievergoeding, terug op haar keuze voor aansluiting bij dit arrest. De regering schrijft in haar nota dat met de uitleg uit *Van Tuinen/Wolters* een te beperkte invulling wordt gegeven aan het begrip opvolgend werkgeverschap en dat constructies die door de leden van de CDA-fractie en D66-fractie werden omschreven, niet kunnen worden voorkomen met die uitleg.⁹³ De CDA-fractie had gevraagd: hoe beoordeelt de regering de situatie dat bedrijven van de ketenregeling zullen afwijken door het aanbieden van arbeidsovereenkomsten via verschillende besloten vennootschappen? De leden van de D66-fractie vroegen zich af of van de ketenregeling kon worden afgeweken doordat een uitzendbureau twee besloten vennootschappen opricht en de werknemer telkens van de ene naar de andere vennootschap wordt verschoven.⁹⁴ De toelichting die de regering vervolgens zelf geeft op de voorgenomen wijziging reikt echter verder dan de door fracties genoemde voorbeelden. Een situatie waarin volgens de regering onder de soepelere maatstaf sprake is van opvolgend werkgeverschap is bijvoorbeeld de werkgeverswissel als gevolg van een aanbestedingsprocedure (concessie); aan de hand van de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* was bij een aanbestedingsprocedure in beginsel juist geen sprake van opvol-

92 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 90, 95 en 111-112 (MvT).

93 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 23 (NV).

94 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 5, p. 11 (Verslag).

gend werkgeverschap. Volgens de regering moet 'ook sprake (...) zijn van opvolgend werkgeverschap, als bijvoorbeeld het werk van een werknemer overgaat naar een andere werkgever, anders dan bij overgang van onderneming'. Zodanige banden zijn niet langer vereist, maar er moet in de woorden van de regering 'wel een aanleiding (...) zijn waardoor de werknemer van de oude naar de nieuwe werkgever overgaat'.⁹⁵ De nota van wijziging bevat voor artikel 7:668a lid 2 BW het volgende tekstvoorstel voor opvolgend werkgeverschap:

'Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn.'

Met de Verzamelwet SZW 2015 volgt voor de Ragetlie-regel dezelfde wijziging van opvolgend werkgeverschap.⁹⁶ En in de op de Wet werk en zekerheid gebaseerde Ontslagregeling wordt dezelfde soepelere maatstaf geïntroduceerd voor de berekening van de duur van het dienstverband bij het afspiegelingsbeginsel. Artikel 15 lid 3 Ontslagregeling bevat – in aanvulling op die nieuwe maatstaf – ook nog een uitbreiding van opvolgend werkgeverschap indien sprake is van, kort gezegd, een *employability*-beleid binnen een concern. Voor de beoordeling van de geldigheid van een proeftijdbeding blijft de oude maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie van toepassing.⁹⁷ De definities van opvolgend werkgeverschap in artikel 7:691 lid 5 BW (omtrent de berekening van de termijnen voor uitzendkrachten) en de Wet flexibel werken zijn tijdens de Wet werk en zekerheid en nadien niet aan bod gekomen (beide regelingen bevatten nog steeds de oorspronkelijke formulering van opvolgend werkgeverschap).

2.5.6 Discussie omtrent overgangsrecht

De in veel regelingen gewijzigde formulering van opvolgend werkgeverschap heeft geleid tot vragen van overgangsrechtelijke aard. De vraag is hoe – naar huidig recht – opvolgende arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan voor 1 juli 2015, maar met verschillende werkgevers, moeten worden beoordeeld. Voor nieuwe wetgeving geldt volgens het overgangsbeleid van de regering als uitgangspunt onmiddellijke (ook wel: exclusieve) werking.⁹⁸ Een ander uitgangspunt is dat een wet in beginsel geen terugwerkende kracht heeft.⁹⁹ Bij terugwerkende kracht 'laat [de wet] haar rechtsgevolg in de tijd terugwerken', zo merkt De Die op.¹⁰⁰ De definities van onmiddellijke werking en terugwerkende kracht alsmede het onderscheid tussen beide begrippen zijn onder-

95 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 8, p. 14-15 (nota van wijziging). Zie ook Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 105 (MvA).

96 De regering sluit uitdrukkelijk aan bij de gewijzigde definitie van artikel 7:668a lid 2 BW (Kamerstukken II 2013/14, 33818, C, p. 8 en 117 (MvA); Kamerstukken II 2013/14, 33988, 3, p. 11 (MvT)).

97 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 7, p. 26 (NV).

98 Onmiddellijke werking is in aanwijzing 166 van de Aanwijzingen voor de regelgeving gedefinieerd.

99 Artikel 4 Wet algemene bepalingen. Zie ook aanwijzing 167 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

100 B.C. de Die, 'Beginselen van Overgangsrecht', *Ars Aequi* 1991, p. 818-829, in het bijzonder p. 819-820.

werpen van een langlopend debat.¹⁰¹ Volgens Engelsman en Van Slooten is onmiddellijke werking onder de Wet werk en zekerheid de hoofdregel.¹⁰² Voor de regelingen waar opvolgend werkgeverschap voorkomt bevat de Wet werk en zekerheid uitgebreid overgangsrecht, maar dit overgangsrecht ziet niet op de te hanteren maatstaf van opvolgend werkgeverschap.¹⁰³ In de literatuur werd in elk geval in relatie tot de transitievergoeding tot uitgangspunt genomen dat alle werkgeverswissels (voor 1 juli 2015 en nadien) aan de hand van de ruimere uitleg moeten worden beoordeeld.¹⁰⁴ De lagere rechtspraak vertoonde uiteenlopende uitkomsten.¹⁰⁵

- 101 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. Beide begrippen vertonen karakters trekken van *essentially contested concepts* (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). Het zijn in ieder geval begrippen waarover schrijvers geen consensus kunnen bereiken. Auteurs kennen aan terugwerkende kracht een enge of ruime betekenis toe (C.J.H. Brunner, 'Algemene beginselen van overgangsrecht nieuw vermogensrecht', *WPNR* 1991/6007, p. 342-347, in het bijzonder p. 342). De te hanteren definitie van een overgangssituatie is eveneens relevant. Zonder een overgangssituatie geldt immers geen overgangsrecht (H.L. van der Beek, *Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1992, p. 16-26).
- 102 J.S. Engelsman & J.M. van Slooten, 'Het overgangsrecht van de Wet werk en zekerheid: technisch en belangrijk!', *TRA* 2015/3 en *TRA* 2015/13.
- 103 De relevante overgangsrechtelijke bepalingen zijn: artikel XXIIe Wet werk en zekerheid (omtrent de ketenregeling), artikel XXII lid 8 Wet werk en zekerheid (omtrent de transitievergoeding) en artikel 15 lid 4 Ontslagregeling (omtrent het afspiegelingsbeginsel). Voor de transitievergoeding is ook nog specifiek overgangsrecht opgenomen in artikel 7:673a BW, artikel 7:673d BW en het Besluit overgangsrecht transitievergoeding, *Stb.* 2015, 172, gebaseerd op artikel XXII lid 7 Wet werk en zekerheid.
- 104 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. Schaink, 'Arbeidsrecht in opmars in het insolventierecht', *TvI* 2017/2; P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht* (Recht & Praktijk nr. InsR4), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 251-253.
- 105 Inzake de ketenregeling (dan wel artikel 7:668a lid 4 BW over de opzegtermijn) is in de volgende zaken geoordeeld dat de oude maatstaf van toepassing is: Rb. Midden-Nederland 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7344; Rb. Gelderland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190, *JAR* 2016/48; Rb. Overijssel 20 januari 2017, ECLI:NL:ROOVE:2017:232, *JAR* 2017/46 met tussenbeschikking: Rb. Overijssel 29 november 2016, ECLI:NL:ROOVE:2016:5284; Hof Den Bosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:859, *JAR* 2017/91; Hof Den Bosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3681, *JOR* 2017/310. Inzake de transitievergoeding is in de volgende zaken geoordeeld dat de oude maatstaf van toepassing is: 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:ROOVE:2017:232, *JAR* 2017/46, met tussenbeschikking: Rb. Overijssel 29 november 2016, ECLI:NL:ROOVE:2016:5284; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1984; Hof Den Bosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:859, *JAR* 2017/91; Hof Den Bosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3681, *JOR* 2017/310. Inzake de transitievergoeding is in de volgende zaken geoordeeld dat de nieuwe maatstaf van toepassing is: 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; Rb. Zeeland-West-Brabant 21 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8235; Rb. Gelderland 7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4252, *JAR* 2017/229; Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3064. Onduidelijk maar kritisch over de toepassing van de nieuwe maatstaf bij de ketenregeling en transitievergoeding: Rb. Midden-Nederland 26 mei 2016,

De Hoge Raad heeft op 17 december 2017 in de zaak *Constar Plastics* de knoop doorgehakt.¹⁰⁶ De Hoge Raad kiest voor de oude maatstaf, zowel bij de ketenregeling als bij de transitievergoeding, en baseert zijn keuze op een passage uit de parlementaire geschiedenis van de Overgangswet nieuw BW. In de memorie van toelichting van de Invoeringswet Boeken 3, 5 en 6 nieuw BW (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.¹⁰⁷ Naar het oordeel van de Hoge Raad is opvolgend werkgeverschap ook een 'juridisch gekwalificeerd feit'. Daarom moet – in relatie tot de ketenregeling – een werkgeverswissel die heeft plaatsgevonden voor 1 juli 2015 worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters*.¹⁰⁸ De Hoge Raad oordeelt vervolgens in diezelfde zaak dat onvoldoende redenen bestaan om voor de transitievergoeding een andere maatstaf te aanvaarden. Volgens de Hoge Raad is opvolgend werkgeverschap ook in relatie tot artikel 7:673 BW een 'juridisch gekwalificeerd feit'. 'Daar komt bij dat de wettelijke omschrijving van het opvolgend werkgeverschap in beide regelingen (...) identiek is', aldus de Hoge Raad. Tot slot overweegt de Hoge Raad dat uiteenlopend overgangsrecht voor deze regelingen de hanteerbaarheid van het recht niet ten goede komt.¹⁰⁹ Na *Constar Plastics* heeft de Hoge Raad in een andere zaak bevestigd dat de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* ook geldt voor werkgeverswissels die plaatsvonden voordat het arrest *Van Tuinen Wolters* was gewezen.¹¹⁰

De Hoge Raad heeft overigens niet toegelicht of een werkgeverswissel ook wordt geacht vóór 1 juli 2015 te hebben plaatsgevonden ingeval de opvolgende arbeidsovereenkomst met de nieuwe werkgever op of na 1 juli 2015 is ingegaan, maar partijen deze opvolgende arbeidsovereenkomst (ruim) voor 1 juli 2015 zijn aangegaan. Verdedigbaar is dat ook in dat geval alle relevante rechtsfeiten (voor wat het verschijn-

ECLI:NL:RBMNE:2016:2932. Inzake de Ragetlie-regel: Rb. Oost-Brabant 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4893, JAR 2016/239, kende eerder onmiddellijke werking toe aan de nieuwe maatstaf in een zaak waarbij 20 april 2016 als contractuele einddatum gold.

106 HR 17 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905, JAR 2017/311 (*Constar Plastics*). Zie voor een bevestiging van deze uitspraak: HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, JAR 2018/73; HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1909 (*Tzorg*); Hof Den Bosch 18 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:146; Rb. Rotterdam 27 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2008.

107 *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 & 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 BW (elfde gedeelte)).

108 De toepassing van de oude maatstaf is volgens de Hoge Raad ook in lijn met een aantal andere overgangsrechtelijke bepalingen uit de Wet werk en zekerheid.

109 Ook het overgangsrecht in artikel XXII lid 8 Wet werk en zekerheid brengt de Hoge Raad niet tot een ander oordeel. Dit overgangsrecht heeft namelijk geen betrekking op opvolgend werkgeverschap.

110 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, JAR 2018/73. Deze vraag was eerder aan de orde gesteld door J. van der Pijl, Annotatie bij Hoge Raad, JAR 2017/311.

sel opvolgend werkgeverschap betreft) zich voor 1 juli 2015 hebben voorgedaan en daarom de oude maatstaf geldt. Partijen sluiten de arbeidsovereenkomst immers voor 1 juli 2015 en moeten dus het tijdens die rechtshandeling geldende recht in acht nemen. Die gedachtegang (te weten: het moment van totstandkoming van de overeenkomst is doorslaggevend voor het toepasselijke recht) sluit ook aan bij het overgangsrecht voor de ketenregeling, zoals opgenomen in artikel XXIIe lid 2 en 3 Wet werk en zekerheid. Dit overgangsrecht gaat ook uit van het moment van *aangaan* (en niet het moment van *ingaan*) van de arbeidsovereenkomst.¹¹¹

2.5.7 Verschuldigdheid transitievergoeding tijdens werkgeverswissel

Een ander discussiepunt betreft de verschuldigdheid van de transitievergoeding door de oude werkgever indien sprake is van opvolgend werkgeverschap. De regering nam tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid 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 oude werkgever is bij een aanbesteding geen transitievergoeding verschuldigd, indien de werknemer een arbeidsovereenkomst met de nieuwe werkgever aangaat, aldus de regering.¹¹² Een vergelijkbaar standpunt nam de regering in over een uitzendkracht die vervolgens bij de inlener in dienst treedt.¹¹³ Dit ‘neven-effect’ van opvolgend werkgeverschap – bekend als de ‘Asscher-fictie’ – blijkt niet uit de wettekst. Artikel 7:673 BW vereist slechts een formele opzegging. Waarom zou op dit uitgangspunt bij (sommige) gevallen van opvolgend werkgeverschap een uitzondering moeten worden gemaakt? De transitievergoeding dient volgens de regering ter opvang van de financiële gevolgen van het ontslag en als ondersteuning bij de transitie naar een andere baan.¹¹⁴ Die compensatie lijkt in geval van opvolgend werkgeverschap minder noodzakelijk en dus minder gerechtvaardigd.¹¹⁵ Bij de vaststelling

111 Uit het arrest *Leerorkest* – een uitspraak van vóór de beschikking *Constar Plastics* – bleek overigens dat de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters* ook van toepassing is op artikel 7:667 lid 5 BW, zoals dat luidde tot 1 juli 2015 (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).

112 *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 14-15 (MvA); *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 6-7 en 12 (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, bijgewerkt 8 september 2016.

113 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 73 (NV).

114 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 38 (MvT). Aldus ook: *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 69 (NV); A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's II*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 91; P. de Casparis, *Flexibele arbeidsrelaties*, C.40.8.2, bijgewerkt 8 september 2016.

115 Beltzer merkt overigens 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 voor vergelijkbare kritiek op de grondslag van de ontbindingsvergoeding op grond van het tot 1 juli 2015 geldende artikel 7:685 BW R.M. Beltzer, ‘Over sinterklazen en de paashaas’, *SMA* 2007-6, p. 211 e.v., randnummer 9). De regering kwam niet veel verder dan een algemene verwijzing naar een zorgplicht op grond van

van het recht op de transitievergoeding wordt echter op geen enkele wijze 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 uitzondering voor opvolgend werkgeverschap past dus slecht bij deze strikte systematiek en leidt bovendien tot onduidelijkheid over de verschuldigdheid van reeds uitbetaalde transitievergoedingen. Uit de uitspraak *Kolom* omtrent een gedeeltelijk ontslag blijkt echter dat de Hoge Raad bereid is deze strikte systematiek te nuanceren. In geval van een zogeheten deeltijdontslag heeft een werknemer recht op een gedeeltelijke transitievergoeding, aldus de Hoge Raad.¹¹⁶

Op de door de regering beoogde uitzondering van het recht op een transitievergoeding bij opvolgend werkgeverschap heeft de Rechtbank Midden-Nederland vervolgens weer een uitzondering aangebracht. Volgens de rechtbank dacht de regering tijdens de parlementaire behandeling aan situaties waarin werknemers hun werkzaamheden tegen een gelijk loon en eenzelfde urenomvang kunnen voortzetten. In dergelijke situaties lijden werknemers als gevolg van de aanbestedingsprocedure geen inkomensverlies. In de casus van de Rechtbank Midden-Nederland moet de verliezer van de aanbesteding de – volledige – transitievergoedingen betalen, omdat de werknemers bij de nieuwe werkgever zijn gaan werken voor een kleinere urenomvang en een lager loon.¹¹⁷ 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, maar meer ook niet. De eerste werkgever bood geen nieuwe arbeidsovereenkomst

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

- 116 Ook het vereiste van een formele opzegging is in diezelfde zaak door de Hoge Raad genuanceerd. Een werknemer heeft – onder de door de Hoge Raad genoemde omstandigheden – recht op een gedeeltelijke transitievergoeding bij een zogeheten deeltijdontslag, ‘ongeacht of in het gegeven geval de vermindering van de arbeidsduur heeft plaatsgevonden in de vorm van (i) een gedeeltelijke beëindiging, (ii) een algeheel ontslag gevolgd door een nieuwe, aangepaste arbeidsovereenkomst dan wel (iii) een aanpassing van de arbeidsovereenkomst’ (HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, *JAR* 2018/257 (*Kolom*) – hoger beroep van: Hof Amsterdam 7 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:752). Alle eerdere zaken waarin de rechter beoordeelde of de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer al dan niet heeft ingestemd met de gedeeltelijke beëindiging zijn sinds de beschikking *Kolom* dus achterhaald (zoals: Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2590, *JAR* 2016/265, *JIN* 2016/214 (hoger beroep van Rb. Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2465, *JAR* 2016/144), welke zaak door de Hoge Raad is vernietigd op andere (formele) gronden (HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264, *JAR* 2018/37 (*SIPOR*); Rb. Den Haag 9 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10561; Rb. Amsterdam 14 april 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2945, *RAR* 2017/116).
- 117 Rb. Midden-Nederland 25 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2901, *JAR* 2016/153. Zie over deze uitspraak J.N. Stamhuis, ‘Verschuldigdheid transitievergoeding na werkgeverswisseling (nadat een vervoersopdracht aan een ander vervoersbedrijf is gegund)’, *TRA* 2016/72.

aan, omdat deze werkgever 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, aldus nog steeds het Hof Den Bosch.¹¹⁸ Bij een einde van rechtswege van een arbeidsovereenkomst met de eerste werkgever en een aansluitende overstap naar de winnaar van de aanbesteding (de opvolgende werkgever) moet volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden eerst worden vastgesteld waarom de arbeidsovereenkomst bij de oude werkgever niet is verlengd.¹¹⁹ In de literatuur zijn verschillende oplossingen voor dit vraagstuk aangedragen.¹²⁰ De wetgever of Hoge Raad is nu aan zet.

-
- 118 Hof Den Bosch 27 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4808, *JAR* 2016/284. Het hof merkt 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.
- 119 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2334, *JAR* 2018/87 (hoger beroep van Rb. Overijssel 13 juli 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2780, *JAR* 2017/196). Een aantal andere werknemers, van wie de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege was geëindigd maar door de verliezer van de aanbesteding was opgezegd, hadden vanwege deze opzegging sowieso aanspraak op een ontslagvergoeding. De ontslagvergoeding *als gevolg van opzegging* was namelijk vastgelegd in een cao en het hof beschouwde de regeling in deze cao als een gelijkwaardige regeling ex artikel 7:673b BW. Het hof merkt over deze ontslagvergoeding in de cao het volgende op: ‘De bewoordingen zijn duidelijk: bij opzegging met toestemming van het UWV om een reden zoals hier aan de orde is, ontvangt de ontslagen werknemer de vergoeding conform de cao. Er staat niet dat de aanspraak vervalt bij (mogelijk) “baanbehoud”, in welk juridisch jasje dan ook.’ Zie over deze cao ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2335, *RAR* 2018/89; Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2336; Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2337; Hof Den Bosch 31 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2305. Zie omtrent het initiatief tot beëindiging dan wel geen verlenging ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7526, *JAR* 2017/271; Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3497, *JAR* 2018/123. I. Lintsen, ‘De transitievergoeding en elkaar opvolgende werkgevers: de wetgever is aan zet’, in: C.C. de Kluiver & M.Th. Beumers (red.), *Vijftig weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 319-325, legt de wetsgeschiedenis omtrent het neveneffect van opvolgend werkgeverschap zo uit dat bepalend is wie materieel het initiatief tot beëindiging neemt.
- 120 R. Schepers & E.C. van Fenema, ‘Transitievergoeding bij contracts- en werkgeverswissel: doorrekenen of afrekenen?’, *ArbeidsRecht* 2016/36, pleiten voor een vaste ‘tussentijdse’ uitbetaling van een transitievergoeding bij werkgeverswissels als gevolg van een aanbestedingsprocedure. Een andere oplossing voor het geval waarin de werknemer na de werkgeverswissel tegen een kleinere urenomvang en/of een lager loon gaat werken, is bijvoorbeeld een pro rata tussentijdse betaling van de transitievergoeding door de vorige werkgever, zonder een latere vermindering ex artikel 7:673 lid 5 BW. In relatie tot het zogeheten ‘deeltijdontslag’ en voortzetting bij dezelfde werkgever is de mogelijkheid van pro-ratabetaling door de Hoge Raad aanvaard (HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, *JAR* 2018/257 (*Kolom*); zie ook: brochure van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, *De transitievergoeding*, rijksoverheid.nl; Rb. Amsterdam 14 april 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2945, *RAR* 2017/116; Rb. Oost-Brabant 17 april 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1833, *JAR* 2018/119; C.S.M. Allegra, ‘Deeltijdontslag en transitievergoeding: is bij deeltijdontslag de gehele transitievergoeding verschuldigd?’, *ArbeidsRecht* 2016/13). Een pro-ratabetaling of een pro-ratavermindering leidt niet in alle gevallen tot de ‘gewenste’ uitkomst. 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. De opvolgende werkgever wordt dan met de ‘volledige schuld’ opgezaald.

2.6 CONCLUSIE

In de eerste plaats is duidelijk dat opvolgend werkgeverschap in juridisch-technische zin een andere functie vervult dan veel van de andere regelingen die de rechtspositie van de opvolgende werkgever vormgeven. Het *zijn* van een opvolgende werkgever is bij opvolgend werkgeverschap een van de rechtsfeiten. Anders gezegd: opvolgend werkgeverschap is de juridische oorzaak die vervolgens leidt tot een specifiek juridisch gevolg. Bij de meeste andere regelingen die de rechtsbetrekking van een werkgever en werknemer (mede) aan de hand van de rechtsbetrekking tussen deze werknemer en een vorige werkgever vormgeven, is de situatie omgekeerd: als aan de criteria is voldaan, dan *wordt* een rechtssubject een opvolgende werkgever. De Hoge Raad beschouwt opvolgend werkgeverschap overigens als een 'juridisch gekwalificeerd feit'. Is een werkgeverswissel eenmaal als opvolgend werkgeverschap 'gekwalificeerd' – of juist niet – dan kan een latere wetswijziging de 'kwalificatie' van die eerdere werkgeverswissel niet meer veranderen, tenzij een andersluidende bedoeling uitdrukkelijk uit de wet blijkt.

Opvolgend werkgeverschap is opgenomen bij een bonte verzameling van regelingen. Qua rechtsgevolgen vertonen deze regelingen weinig samenhang. De gevolgen van bijvoorbeeld de Wet flexibel werken en de regeling omtrent de transitievergoeding zijn totaal verschillend. De eerste regeling biedt de werknemer meer zeggenschap over de arbeidsomvang, de arbeidstijden en de plaats waar de arbeid wordt verricht. De tweede regeling, vastgelegd in artikel 7:673 en verder BW, bepaalt of een werknemer recht heeft op een ontslagvergoeding. Een andere vergelijking: de toepassing van de ketenregeling heeft een ander juridisch gevolg dan het afspiegelingsbeginsel. Artikel 7:668a BW bepaalt of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, vanwege één of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten, converteert in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Paragraaf 4 van de Ontslagregeling bepaalt hoe de ontslagvolgorde aan de hand van het afspiegelingsbeginsel moet worden vastgesteld. De verschillen in rechtsgevolgen zijn groot. Tegelijkertijd hebben bijna al deze regelingen een gemeenschappelijk kenmerk, namelijk de duur van de arbeidsrelatie als rechtsfeit. Voor de vaststelling van de duur van deze arbeidsrelatie tellen in geval van opvolgend werkgeverschap voorafgaande arbeidsovereenkomsten met andere werkgevers mee.

De wetgever heeft met opvolgend werkgeverschap nooit beoogd alle bestaande rechten en verplichtingen van werknemers bij een overgang van de onderneming veilig te stellen. Tegelijkertijd dacht de regering tijdens de parlementaire behandeling van de wet van 17 december 1953, waarmee opvolgend werkgeverschap werd geïntroduceerd, in de eerste plaats wel aan een overgang van een onderneming als voorbeeld van opvolgend werkgeverschap. Moet opvolgend werkgeverschap daarom toch worden beschouwd als een variant op althans een onderdeel van artikel 7:662 en verder BW, inzake overgang van onderneming, of wellicht als een voorloper daarvan? Het antwoord op die vraag luidt: waarschijnlijk niet. De parlementaire geschiedenis en jurisprudentie noemen namelijk ook veel voorbeelden van opvolgend werkgeverschap die niet onder het bereik van artikel 7:662 en verder BW vallen – en andersom. Het toepas-

singsbereik en de gevolgen van opvolgend werkgeverschap verschillen derhalve in te grote mate van artikel 7:662 en verder BW (alook van alle andere regelingen die de rechtspositie van een opvolgende werkgever vormgeven).

De wetgever en – in het verlengde daarvan – de Hoge Raad lijken überhaupt geen eenduidige functie aan opvolgend werkgeverschap toe te kennen. Diverse gedachten komen in de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie voor. Opvolgend werkgeverschap zou een werknemer bijvoorbeeld moeten beschermen tegen draaideurconstructies en misbruiksituaties, maar ook bij een bedrijfsopvolging, personeelsverschuiving, overplaatsing binnen een concern, een voortzetting van werkzaamheden door een derde, een gedwongen overstap, een aanbesteding (concessie) en een doorstart na faillissement. En niet alleen de genoemde *voorbeelden* zijn divers. Ook de *criteria* ondergaan een continue verandering, met als gevolg een bijzonder ingewikkeld overgangsrecht. De parlementaire geschiedenis en rechtspraak bieden slechts ten dele een duidelijke aanleiding voor deze veranderingen. Zo is de bescherming van werknemers tegen draaiconstructies een evidente aanjager geweest voor de uitbreiding van het toepassingsbereik via nieuwe wetgeving. Maar de beweegredenen voor de keuze van de Hoge Raad in *Van Tuinen/Wolters* voor een uitleg die opvolgend werkgeverschap bij een aanbesteding in beginsel uitsluit en vervolgens de keuze van de wetgever voor een tegenovergestelde uitleg, volgen niet duidelijk uit de parlementaire geschiedenis en rechtspraak. De wetgevende en rechterlijke macht hebben telkens – in uiteraard wisselende politieke en personele samenstellingen – een andere invulling gegeven aan opvolgend werkgeverschap.

3.1 INLEIDING

Dit hoofdstuk bevat een evaluatie van de criteria die in het wetgevingsproces en de rechtspraak de revue zijn gepasseerd. De centrale vraag is: wat zijn de thans geldende criteria? En in het verlengde daarvan: hoe moeten deze criteria worden uitgelegd en worden toegepast in verschillende situaties?

De wet kent drie formuleringen van opvolgend werkgeverschap. Die formuleringen kunnen kortweg worden aangeduid als de ‘originele variant’, de ‘variant Wet werk en zekerheid’ en de ‘*employability*-variant’. Naast deze drie varianten spelen ook driekwart dwingend recht en het overgangsrecht een rol.

Originele variant – De originele variant is nu nog te vinden in de proeftijdregeling (artikel 7:652 BW), de termijnen voor uitzendkrachten (artikel 7:691 BW) en de Wet flexibel werken. Zo bepaalt artikel 7:652 BW dat het proeftijdbeding nietig is, indien:

‘het beding is opgenomen in een opvolgende arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en een andere werkgever die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moet worden de opvolger van de vorige werkgever te zijn’.

Variant Wet werk en zekerheid – Aan de originele versie is in deze nieuwe variant de volgende zinsnede toegevoegd: ‘ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer’. Deze toevoeging leidt tot een verruiming van het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap, aldus de regering. De nieuwe formulering is thans te vinden bij de Ragetlie-regel (artikel 7:667 lid 4 en 5 BW), de ketenregeling (artikel 7:668a BW), de transitievergoeding (artikel 7:673 BW) en de ontslagvolgorde bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden (paragraaf 4 Ontslagregeling, het afspiegelingsbeginsel). Zo luidt artikel 7:668a lid 2 BW sinds 1 juli 2015 als volgt:

‘Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn.’

Employability-variant – In aanvulling op deze nieuwe variant heeft de minister voor de vaststelling van de ontslagvolgorde bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden (het afspiegelingsbeginsel) nog een extra versoepeling geïntroduceerd. Op grond van artikel 15 lid 3 Ontslagregeling worden opvolgende arbeidsovereenkomsten ook samengeteld, indien:

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

Driekwart dwingend recht – In relatie tot de ketenregeling (artikel 7:668a lid 6 BW) en de berekening van de termijnen voor uitzendovereenkomsten (artikel 7:691 lid 8 BW) lijkt zich bovendien een mogelijkheid voor te doen dat bij cao (of een regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan) kan worden afgeweken van de criteria van opvolgend werkgeverschap.

De drie formuleringen verschaffen als zodanig geen duidelijke handvatten, laat staan scherpe criteria. De rechtzoekende zal zich moeten wenden tot de parlementaire stukken en rechtspraak. Die bronnen noemen omstandigheden die relevant kunnen zijn bij uitleg van deze formuleringen. De discussie over de (juiste) criteria voor opvolgend werkgeverschap centreert zich – in zowel de wetsgeschiedenis als de rechtspraak – rondom een tweetal thema’s, te weten: (1) de ‘bestanddelen en inhoud’ van de eerste arbeidsovereenkomst en de opvolgende arbeidsovereenkomst respectievelijk (2) de ‘connectie’ tussen de verschillende werkgevers.

Criteria eerste thema – In relatie tot het eerste thema (bestanddelen en inhoud van de eerste arbeidsovereenkomst en de opvolgende arbeidsovereenkomst) komen hierna (in 3.2) de volgende – mogelijke – criteria aan bod:

1. *nieuwe* arbeidsovereenkomst;
2. *opvolgende* arbeidsovereenkomst (inclusief onderbrekingsperiode);
3. andere voorafgaande arbeidsrelaties;
4. dezelfde arbeidsvoorwaarden (waaronder het salaris);
5. dezelfde werkzaamheden.

Criteria tweede thema – In relatie tot het tweede thema (de connectie tussen de verschillende werkgevers) komen hierna (in 3.3) de volgende criteria aan de orde:

1. zodanige banden;
2. aanleiding, veelal geïnterpreteerd als ‘de werknemer is zijn werk gevolgd’;
3. *employability*-beleid;
4. misbruikconstructies.

De mogelijkheid tot afwijking via driekwart dwingend recht komt separaat aan de orde (3.4). Tot slot volgt een overzicht waarin per regeling is aangegeven welke criteria gelden (3.5) en een conclusie (3.6).

3.2 BESTANDDELEN EN INHOUD VAN DE ARBEIDSOVEREENKOMSTEN

3.2.1 *Nieuwe arbeidsovereenkomst*

De aanduiding ‘opvolgende arbeidsovereenkomst’ is te vinden bij veel regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt.¹ De vraag of sprake is van een opvolgende arbeidsovereenkomst is niet altijd gemakkelijk te beantwoorden, omdat soms onduidelijk is of sprake is van een *nieuwe* arbeidsovereenkomst, die een eerdere arbeidsovereenkomst – in tijd – opvolgt. Die onduidelijkheid ontstaat doordat de term ‘overeenkomst’ meerdere betekenissen heeft en de arbeidsovereenkomst een duurelement bevat.

Artikel 6:213 BW definieert een overeenkomst als ‘een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan’. Een overeenkomst – waaronder dus ook een arbeidsovereenkomst – is derhalve een specifieke vorm van een rechtshandeling als bedoeld in artikel 3:33 BW. De overeenkomst heeft ook een andere betekenis, namelijk de uit de meerzijdige rechtshandeling voortvloeiende rechtsbetrekking. De overeenkomst als rechtsbetrekking bestaat uit één of meer verbintenissen.² Deze verbintenis ziet op een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen twee of meerdere partijen, krachtens welke de een tot iets gerechtigd is, waartoe de ander verplicht is.³ Ter volledigheid, met de term ‘overeenkomst’ kan ook het papieren – of elektronische – document worden bedoeld waaruit de meerzijdige rechtshandeling en daaruit voortvloeiende verbintenissen blijken. Men gebruikt de term overeenkomst dan als synoniem voor de (elektronische) akte als bedoeld in artikel 156 en 156a Rv. De arbeidsovereenkomst – in verbintenisrechtelijke zin – is

1 Namelijk bij de proeftijdregeling (artikel 7:652 lid 8 BW), de Ragetlie-regel (artikel 7:667 lid 5 BW), de ketenregeling (artikel 7:668a lid 2 BW), de transitievergoeding (artikel 7:673 lid 4 BW) en de ontslagvolgorde bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden (artikel 15 Ontslagregeling). Op een tweetal plaatsen noemt de wetgever niet de opvolgende arbeidsovereenkomst, maar het aantal weken waarin door de werknemer voor de werkgever arbeid is verricht (namelijk bij de Wet flexibel werken en de termijnen voor uitzendkrachten, artikel 7:691 lid 3, 5 en 8 BW).

2 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/8 en 679.

3 Op gelijke wijze kunnen ook aan het begrip ‘partij’ twee betekenissen worden toegekend, namelijk: (1) een partij bij een meerzijdige rechtshandeling tot het aangaan van een verbintenis en (2) een partij bij één of meer verbintenissen die uit de meerzijdige rechtshandeling voortvloeien. Een ander onderscheid tussen partijen is uiteraard mogelijk. Du Perron maakt bijvoorbeeld een onderscheid tussen ontstaanspartijen bij de overeenkomst, rechtsopvolgers van ontstaanspartijen, toetredingspartijen en partijen bij verbintenissen. Als partijen bij een overeenkomst moeten volgens Du Perron op basis van ‘het beginsel van de relativiteit van de contractswerking diegenen [worden beschouwd] die de overeenstemming door toestemming over en weer hebben gesloten’. Diegene waren partij ‘bij de overeenkomst als rechtshandeling’. Een zogeheten rechtsopvolger van een contractspartij kan volgens Du Perron daarmee op één lijn worden gesteld. Diegene die een contractspartij enkel opvolgt in de schuldeisers- of schuldenaarspositie (zoals bij een cessie of een schuldoverneming) is geen partij bij de overeenkomst, maar is slechts een partij bij een enkele verbintenis uit een overeenkomst. Dit andersoortige onderscheid vloeit voort uit de invalshoek van Du Perron. Zijn invalshoek is het beginsel van de relativiteit van de contractswerking; Du Perron zet het begrip ‘partij’ af tegen het begrip ‘derde’ (C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 37-70).

daarnaast een duurovereenkomst. Het kenmerkende element van een duurovereenkomst is een rechtsverhouding waarbij partijen zich hebben verbonden gedurende een bepaalde of onbepaalde tijd over en weer één of meer prestaties te verrichten. Die prestatie is voortdurend, telkens terugkerend of opvolgend, zo merken Hammerstein en Vranken op.⁴

Het repeterende karakter van de duurovereenkomst maakt het onderscheid tussen een nieuwe (al dan niet opvolgende) en een gewijzigde arbeidsovereenkomst tussen dezelfde partijen niet eenvoudig. Afhankelijk van de aard van de desbetreffende regeling resulteert een meerzijdige rechtshandeling in een wijziging van een bestaande arbeidsovereenkomst of een nieuwe (opvolgende) arbeidsovereenkomst.⁵ Bij de ketenregeling als bedoeld in artikel 7:668a BW leidt een aanpassing van de einddatum (naar een later tijdstip) van een bestaande arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bijvoorbeeld tot een nieuwe schakel: een nieuwe overeenkomst in de keten. Werkgevers zouden de ketenregeling namelijk (te) gemakkelijk kunnen omzeilen ingeval een wijziging naar een latere einddatum niet tot een nieuwe schakel in de keten zou leiden.⁶ In andere gevallen, zoals bij één of meer tijdelijke wijzigingen van de urenomvang, is minder eenvoudig vast te stellen of een wijziging moet worden gezien als een aparte schakel in de keten.⁷

4 A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking* (Monografie nieuw BW A10), Deventer: Kluwer 2003, nr. 47, p. 36-37; T.H. Tanja-van den Broek, 'Gemeente De Ronde Venen/Stedin c.s.: versoepeling van de mogelijkheden tot opzegging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd?', *MvV* 2012, p. 18-22.

5 Zie ook: J. Mannoury, 'De identiteit van de arbeidsovereenkomst', in: M.G. Levenbach e.a., *Aspecten van arbeidsrecht* (Jubileumbundel Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1971), Alphen aan den Rijn/Brussel: Samsom uitgeverij N.V. 1971, p. 197-214; M. Margadant & P.C. Vas Nunes, 'Ik wou dat ik twee hondjes was', *ArbeidsRecht* 2003/56.

6 Zie voor een bijzonder geval Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5148, *JAR* 2017/184 (een nieuwe detacheringsovereenkomst leidt in deze casus volgens het hof niet tot een nieuwe arbeidsovereenkomst).

7 Volgens Rb. Zutphen 2 juli 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AL2151, *JAR* 2003/170, betrof een urenuitbreiding tijdens een bestaande arbeidsovereenkomst geen opvolgende arbeidsovereenkomst in de keten. Rb. Maastricht 27 februari 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BC5549, *USZ* 2008/146, oordeelde dat elkaar in tijd opvolgende urenverhogingen bovenop een bestaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet kunnen leiden tot een tweede arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De werknemer viel na het aflopen van de laatste tijdelijke verhoging dus terug op de (beperkte) urenomvang van de bestaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Rb. Zwolle-Lelystad 3 maart 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BH5911, *JAR* 2009/102, oordeelde daarentegen dat elkaar in tijd opvolgende urenuitbreidingen wel kunnen leiden tot een (tweede) arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Rb. Utrecht 20 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN6216, *JAR* 2010/192, zag aanhangsels tijdens een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet als een geheel nieuwe arbeidsovereenkomst in de keten. Rb. Limburg 27 mei 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:4499, *RAR* 2016/123, overwoog: 'De woorden "keten", "reeks" en "opvolgen" impliceren een lijn in tijd van, van elkaar onderscheiden, eenheden. (...) Van "opvolgen" in de zin van artikel 7:668a lid 1 onder b BW is in beginsel slechts sprake indien de nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aanvangt nadat de eerder overeengekomen bepaalde tijd is verstreken. Indien tijdens de duur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een wijziging in de arbeidsovereenkomst wordt overeengekomen zonder dat de einddatum daarbij later wordt gesteld, zal het van de bedoeling van partijen afhangen of het slechts gaat om een wijziging van de inhoud van de bestaande arbeidsovereenkomst dan wel om een beëindiging van

Bij een voortdurende arbeidsrelatie met *eenzelfde* werkgever moet dus per regeling worden beoordeeld of sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst of een wijziging van de bestaande arbeidsovereenkomst.⁸ Ook een werkgeverswissel leidt niet noodzakelijkerwijs tot een nieuwe arbeidsovereenkomst, noch in de zin van een meerzijdige rechtshandeling noch in de zin van een verbintenis. Deze gedachte (te weten: geen nieuwe arbeidsovereenkomst bij een werkgeverswissel) kan worden toegelicht aan de hand van een overgang van een onderneming ex artikel 7:662 en verder BW. Op grond van artikel 7:663 BW treedt een werknemer van rechtswege in dienst bij de verkrijger van de onderneming. De rechten en verplichtingen van de nieuwe werkgever (de verkrijger van de onderneming) vloeien voort uit een meerzijdige rechtshandeling tussen de vervreemder en de werknemer. Een nieuwe arbeidsovereenkomst – in de zin van een meerzijdige rechtshandeling – is niet noodzakelijk. Eveneens is verdedigbaar dat de arbeidsverhouding met de nieuwe werkgever geen nieuwe (opvolgende) arbeidsovereenkomst in verbintenisrechtelijke zin schept. Omdat de werkgeverswissel op grond van artikel 7:662 en verder BW niet leidt tot een nieuwe arbeidsovereenkomst, is evenmin sprake van een nieuwe schakel in de keten als bedoeld in artikel 7:668a BW (en dus ook geen opvolgend werkgeverschap).⁹

3.2.2 Opvolgende arbeidsovereenkomst (inclusief onderbrekingsperiode)

Naast de vraag of sprake is van een *nieuwe* arbeidsovereenkomst, kan in concrete gevallen onduidelijkheid ontstaan over de vraag of sprake is van een *opvolgende* arbeidsovereenkomst. De vraag of sprake is van zowel een nieuwe als een opvolgende

de oude en het aangaan van een (aansluitende/opvolgende) nieuwe arbeidsovereenkomst.’ Zie over de urenuitbreiding in relatie tot de ketenregeling ook S.E.M. Meijer, ‘De tijdelijke urenuitbreiding onder het bereik van art. 7:668a BW’, *ArbeidsRecht* 2018/14. Ook in het ambtenarenrecht treft men vergelijkbare voorbeelden aan. Als voorafgaande uitzendovereenkomsten op grond van de desbetreffende ambtelijke variant van de ketenregeling meetellen, moeten volgens de Centrale Raad van Beroep twee of meer opvolgende uitzendovereenkomsten als één ambtelijke aanstelling worden beschouwd, indien de ‘splitsing’ in meerdere uitzendovereenkomsten uitsluitend interne betekenis heeft gehad in de relatie tussen betrokkene en het uitzendbureau en niet berust op een nieuwe inlening door het bestuursorgaan (CRvB 8 november 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ3051, TAR 2007/24). Vermeldenswaardig is tevens dat een aanstellingsbesluit niet op een later moment alsnog door het bestuursorgaan mag worden verkort om onder gevolgen van de ketenregeling uit te komen (CRvB 4 mei 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AX3160, TAR 2006/122). Ter volledigheid: ook de omzetting van een tijdelijke aanstelling op proef in een aanstelling voor een eenmalig en uniek project, ter voorkoming van een conversie van rechtswege in een aanstelling voor onbepaalde tijd, is niet geldig. De aanstelling voor een eenmalig en uniek project kan alleen bij de eerste aanstelling (CRvB 10 april 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC9906, AB 2008/199).

8 Men kan zich derhalve afvragen of de ‘opvolgende arbeidsovereenkomst’ als vereiste gerelateerd is aan opvolgend werkgeverschap of aan de regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt.

9 Eveneens is verdedigbaar dat nog steeds moet worden doorgeteld onder artikel 7:668a lid 1 BW als de verkrijger – nadat de werknemer op grond van een overgang van onderneming bij die verkrijger in dienst is getreden (en dus nog steeds sprake is van dezelfde arbeidsovereenkomst) – vervolgens een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met deze werknemer sluit. Eerdere arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd tussen de vervreemder en deze werknemer tellen dan niet alsnog mee via lid 2 van artikel 7:668a BW. Zie over dit onderwerp ook: W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Opvolgend werkgeverschap en faillissement’, *SMA* 2007-3, p. 101-108; A.R. Houweling, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, 72 BW Boek 7, art. 668a, 2015, C.2.

arbeidsovereenkomst, kan worden toegelicht aan de hand van het volgende voorbeeld. Stel, een ondernemer verricht zorgwerkzaamheden in zogeheten serviceflats. Ter spreiding van zijn risico's richt de ondernemer voor de dienstverlening in elke serviceflat een aparte vennootschap op. Diezelfde ondernemer is aandeelhouder, bestuurder en feitelijk leidinggevende binnen elke vennootschap. Een werknemer sluit een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een van deze vennootschappen. Op basis van deze arbeidsovereenkomst verricht de werknemer voor 20 uur per week zorgwerkzaamheden in serviceflat A. Vervolgens gaat de werknemer een tweede arbeidsovereenkomst aan met een andere vennootschap binnen hetzelfde concern. De werknemer verricht op grond van die tweede arbeidsovereenkomst soortgelijke zorgwerkzaamheden voor 10 uur per week in serviceflat B. De eerste arbeidsovereenkomst is niet geëindigd. Kan bij het aangaan van deze tweede arbeidsovereenkomst rechtsgeldig een proeftijd worden bedongen? Strikt gezien is de tweede arbeidsovereenkomst geen *opvolgende* arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:652 lid 8 onder e BW. De tweede vennootschap is – chronologisch gezien – evenmin een *opvolgende* werkgever. Een nieuwe proeftijd lijkt echter wel strijdig met de gedachte achter de proeftijdregeling. En als voor de proeftijdregeling sprake is van opvolgend werkgeverschap, geldt dat dan ook voor andere regelingen zoals de ketenregeling? Het Hof Amsterdam overwoog in 2015 bijvoorbeeld dat aan de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW niet in de weg staat dat de arbeidsovereenkomst met de eerste werkgever voor beperkte urenomvang is voortgezet naast een nieuwe arbeidsovereenkomst met de tweede werkgever.¹⁰ De nieuwe werkgever kan dus ook voor een gedeelte van de arbeid een opvolger zijn. Maar hoe had het hof geoordeeld indien de arbeidsomvang bij de eerste werkgever niet werd beperkt en het aantal arbeidsuren van een werknemer door een nieuwe arbeidsovereenkomst met een tweede werkgever slechts werd uitgebreid? De tweede werkgever is in een dergelijk geval geen opvolger. De uren bij de tweede werkgever komen 'bovenop' de reeds bestaande arbeidsovereenkomst. Een antwoord op deze vragen vereist meer inzicht in de ratio van opvolgend werkgeverschap en de regeling in kwestie (zie hoofdstuk 4).

Andere vragen zijn (1) of *alle* voorafgaande arbeidsovereenkomsten met de vorige werkgever behoren mee te tellen en (2) of een voorafgaande arbeidsovereenkomst met de vorige werkgever voor de *volledige* duur behoort mee te tellen. Bij uitzendkrachten – die vaak achtereenvolgens voor verschillende inleners werkzaam zijn – is het wellicht niet redelijk dat alle voorafgaande arbeidsovereenkomsten met een vorige werkgever meetellen. Stel, een werknemer werkt eerst op basis van drie uitzendovereenkomsten met uitzendwerkgever A voor inlener X. Vervolgens werkt hij op basis van een vierde uitzendovereenkomst met uitzendwerkgever A voor inlener Y. Zijn volgende – vijfde – uitzendovereenkomst sluit hij met uitzendwerkgever B, maar hij blijft feitelijk werkzaam voor inlener Y. Verdedigbaar is dat sprake is van opvolgend werkgeverschap, maar dat alleen de vierde uitzendovereenkomst met uitzendwerkgever A zou moeten meetellen. Alleen tijdens die uitzendovereenkomst was de werknemer immers werkzaam voor dezelfde inlener. Hetzelfde geldt indien de werknemer op

10 Hof Amsterdam 24 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:516, JIN 2015/73.

basis van één uitzendovereenkomst met uitzendwerkgever A achtereenvolgens werkzaam is voor inlener X en Y en daarna een uitzendovereenkomst sluit met uitzendwerkgever B (en zijn werkzaamheden voor inlener Y voortzet). Ook dan zou kunnen worden betoogd dat alleen de periode bij de laatste inlener meetelt. Uiteraard speelt deze kwestie niet alleen bij uitzendovereenkomsten, maar deze situatie komt in de uitzendbranche waarschijnlijk wel vaker voor. In de parlementaire geschiedenis is deze vraag een enkele keer aan de orde gekomen. Tijdens de parlementaire behandeling van de Reparatiewet behorende bij de Wet flexibiliteit en zekerheid besprak de regering – in het kader van de ketenregeling – de situatie waarin een werknemer na een uitzendperiode in dienst treedt bij de inlener. In dat geval telt volgens de regering alleen die uitzendperiode mee waarin de werknemer reeds voor de inlener werkzaam was.¹¹ Kennelijk was de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid van mening dat opvolgend werkgeverschap in een dergelijk geval geen betrekking heeft op die periode dat een uitzendkracht voor andere ondernemingen heeft gewerkt. Het voorbeeld uit de parlementaire behandeling had echter geen betrekking op de overstap van de ene naar de andere uitzendwerkgever (maar van de uitzendwerkgever naar de inlener). Voor de ketenregeling is deze discussie overigens te voorkomen via driekwart dwingend recht ex artikel 7:668a lid 6 BW en artikel 7:691 lid 8 BW (zie ook hierna 3.4). Maar voor andere regelingen, waaronder de regeling omtrent de transitievergoeding, is afwijking via een cao (of een regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan) niet mogelijk. De vraag in welke mate de voorafgaande arbeidsovereenkomst behoort mee te tellen hangt dan af van de ratio van opvolgend werkgeverschap en de regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt (zie hoofdstuk 4).

Tot slot wordt – voor de volledigheid – nog opgemerkt dat een opvolgende arbeidsovereenkomst niet hetzelfde is als een op de vorige arbeidsovereenkomst direct *aansluitende* arbeidsovereenkomst. In alle regelingen is expliciet opgenomen dat de onderbrekingsperiode de toepasselijkheid van deze regeling niet uitsluit, met uitzondering van de proeftijdregeling. Voor de proeftijdregeling blijkt evenwel uit de jurisprudentie van de Hoge Raad dat een onderbrekingsperiode niet tot gevolg heeft dat in alle gevallen een nieuw proeftijdbeding mag worden bedongen.¹² Zoals in het vorige hoofdstuk is opgemerkt bedraagt de maximale onderbrekingsperiode voor alle andere regelingen thans in beginsel zes maanden en achten Bouwens en Duk voor de proeftijdregeling een vergelijkbare onderbrekingsperiode verdedigbaar.¹³

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

12 HR 8 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0597, JAR 1992/24 (*Van Summeren/Ozkan*).

13 Bouwens & Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2015/29.2, bijgewerkt 9 juli 2015.

3.2.3 *Andere voorafgaande arbeidsrelaties*

De vraag is of andere voorafgaande arbeidsrelaties (niet zijnde arbeidsovereenkomsten) behoren mee te tellen voor de regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt. Ten aanzien van de ambtelijke aanstelling is in hoofdstuk 1 reeds opgemerkt dat in de gepubliceerde lagere rechtspraak voorbeelden zijn te vinden over de vraag of – aan een arbeidsovereenkomst voorafgaande – ambtelijke aanstellingen meetellen voor de civielrechtelijke ketenregeling of de ontslagvergoeding.¹⁴ Bij de Wet flexibel werken blijkt uit de wettekst zelf dat ambtelijke aanstellingen meetellen. Alle overige regelingen verwijzen slechts naar arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 7:610 BW. Toch lijkt – met het oog op het in hoofdstuk 1 genoemde normalisatieproces – niet goed vol te houden dat een (aan een arbeidsovereenkomst voorafgaande) ambtelijke aanstelling als zodanig niet meetelt, temeer nu materieel nauwelijks een onderscheid valt te maken tussen een ambtelijke aanstelling en een arbeidsovereenkomst.

Ten aanzien van werknemers die eerst op basis van bijvoorbeeld een opdrachtovereenkomst, een vervoerovereenkomst of een aannemingsovereenkomst werkzaam waren, is de situatie minder eenvoudig. Deze gevallen gaan in de kern over de vraag of het gerechtvaardigd is dat deze vormen van arbeid (grotendeels) worden uitgesloten van de arbeidsrechtelijke bescherming. Die vraag ligt buiten het bestek van dit onderzoek. Desalniettemin zijn in het kader van dit onderzoek de volgende twee aandachtspunten relevant. Het eerste aandachtspunt houdt verband met driepartijenrelaties. Een voorbeeld: een manager werkt via een vennootschap waarvan hij zelf de aandelen bezit (zijn ‘management-bv’) voor een opdrachtgever. Tegelijkertijd heeft deze manager om fiscale redenen een arbeidsovereenkomst gesloten met zijn eigen management-bv. Als die manager vervolgens in dienst treedt bij zijn (voormalige) opdrachtgever op basis van een arbeidsovereenkomst en hetzelfde werk voortzet, kan worden betoogd dat sprake is van twee elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten (en van opvolgend werkgeverschap). Het tweede aandachtspunt ziet op de ratio van de regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt. De aard van die regeling kan wel degelijk rechtvaardigen dat een andere overeenkomst dan een arbeidsovereenkomst meetelt. Stel dat de manager uit het eerste voorbeeld rechtstreeks – dus niet via een management-bv – een opdrachtovereenkomst sluit met de opdrachtgever en vervolgens diezelfde werkzaamheden op basis van een arbeidsovereenkomst voortzet bij zijn (voormalige) opdrachtgever. Een nieuwe proeftijd lijkt dan niet gerechtvaar-

14 Onder meer: Rb. Den Haag 20 juli 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU3027, *JAR* 2005/211 (ambtelijke aanstelling telt mee voor de keten); Rb. Den Haag 15 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK7581, *AR Updates* 2009-0998 (voor de berekening van de vergoeding op basis van de kantonrechtersformule telt de ambtelijke aanstelling niet mee omdat door de werknemer andere werkzaamheden werden verricht tijdens de ambtelijke aanstelling); Rb. Almelo 3 januari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV0155, *JAR* 2012/41 (ambtelijke aanstelling telt mee voor de keten); Rb. Noord-Nederland 11 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:746, *JAR* 2014/154 (ambtelijke aanstelling telt mee voor de keten); Hof Den Haag 1 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3264, *JAR* 2016/299 (de dienstjaren tijdens de ambtelijke aanstelling tellen mee voor de berekening van de transitievergoeding); Rb. Limburg 20 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9191 (de dienstjaren tijdens de ambtelijke aanstelling tellen niet mee voor de berekening van de transitievergoeding).

digd. De opdrachtovereenkomst kan voor de toepassing van artikel 7:652 BW worden beschouwd als de voorafgaande arbeidsovereenkomst. Per regeling zou moeten worden afgewogen of een andere overeenkomst dan een arbeidsovereenkomst behoort mee te tellen.

3.2.4 *Dezelfde arbeidsvoorwaarden (waaronder salaris)*

Uit de gepubliceerde lagere rechtspraak blijkt dat rechters voor de toepasselijkheid van opvolgend werkgeverschap (heel) soms als eis stellen dat de arbeidsvoorwaarden, waaronder het salaris, na de werkgeverswissel niet wezenlijk mogen veranderen.¹⁵ De vraag is echter of deze eis als een geldend criterium moet worden beschouwd. Deze eis volgt immers niet uit de wettekst noch uit de parlementaire geschiedenis. Ook voor de regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt, lijkt een wijziging van de arbeidsvoorwaarden niet relevant (met uitzondering van wellicht de Ragetlie-regel). Zo tellen eerdere arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever, maar tegen een substantieel lager salaris, volledig mee voor de berekening van de hoogte van de transitievergoeding. Voor wat de proeftijd betreft, heeft de Hoge Raad in het arrest *Braber/IndeBus Reklame* zelfs expliciet benadrukt dat de arbeidsvoorwaarden niet van belang zijn voor beoordeling van de geldigheid van een proeftijdbeding. Zo overweegt de Hoge Raad:

‘Daaromtrent heeft de rechtbank in de eerste plaats geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst tussen Braber en Indebus afwijkt van die tussen Braber en Indebus Drachten met name op het punt van de provisieregeling. Met dat oordeel geeft de rechtbank ervan blijk een onjuiste maatstaf aan te leggen. Voor het antwoord op de vraag of een nieuwe proeftijd gerechtvaardigd is, is — onder meer — van belang of de nieuwe overeenkomst dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, doch niet of de arbeidsvoorwaarden geheel of gedeeltelijk overeenstemmen.’¹⁶

Voor de Ragetlie-regel werd lange tijd als eis aangenomen dat het loon en de overige arbeidsvoorwaarden ongewijzigd moeten blijven. Deze eis vloeit dan niet voort uit opvolgend werkgeverschap, maar uit de Ragetlie-regel. Maar ook in relatie tot de Ragetlie-regel overtuigt deze eis niet. De oorsprong van de Ragetlie-regel ligt in artikel 1639f lid 3 en 4 Oud BW, omtrent de voorafgaande opzegging bij een voor bepaalde tijd voortgezette arbeidsovereenkomst. Uit de parlementaire geschiedenis en de toenmalige wettekst blijkt dat het woord voortzetting in deze bepaling niet hetzelfde salaris en dezelfde arbeidsvoorwaarden betekent, maar slechts opvolging in

15 Rb. Den Haag 20 juli 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU3027, *JAR* 2005/211; Rb. Zutphen 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY3283, *Prg.* 2013/23; Rb. Amsterdam 13 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA1389, *JAR* 2013/147; Hof Den Haag 16 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3339, *JAR* 2013/230. Rb. Zwolle-Lelystad 14 maart 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AX5372, *JAR* 2006/150, woog de beloning mee als een van de relevante omstandigheden voor de beoordeling of sprake was van eenzelfde functie. Ook Hof Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:476, overwoog dat voor de beoordeling van opvolgend werkgeverschap in relatie tot de ketenregeling voorts van belang was dat de werknemer bij beide werkgevers een gelijke beloning ontving.

16 HR 23 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0938, *JAR* 1993/120 (*Braber/IndeBus Reklame*).

tijd.¹⁷ Daarnaast kan op basis van grammaticale en systematische argumenten worden betoogd dat de woorden ‘voortgezet’ en ‘voortgezette’ in elk geval niet meebrengen dat de arbeidsvoorwaarden gelijklopend moeten zijn.¹⁸ De Hoge Raad zag het in de zaak *Ragetlie/SLM* echter genuanceerder. Volgens de rechtbank was in deze zaak geen sprake van ‘voortzetting’ aangezien de voorgaande arbeidsovereenkomst ‘te zeer, immers niet alleen voor wat betreft de tijdsduur, maar ook voor wat betreft de salaris- en secundaire arbeidsvoorwaarden verschilde’ van de (nieuwe) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Dit oordeel gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste opvatting. Dit arrest biedt ruimte om de arbeidsvoorwaarden mee te laten wegen.¹⁹ Tijdens parlementaire behandeling van artikel 7:667 lid 4 BW – de codificatie van *Ragetlie/SLM* – kwam de uitleg van de voortgezette dienstbetrekking wederom aan bod. De regering liet toen verschillende geluiden horen.²⁰ In de tot 1 juli 2015 gepubliceerde lagere rechtspraak komen verschillende interpretaties van de *Ragetlie*-regel voor.²¹ Op 1 juli 2015 verving de Verzamelwet SZW 2015 de woorden ‘voortgezet’ en

17 Volgens de toenmalige regering was artikel 1639f lid 3 Oud BW namelijk ook van toepassing indien ‘de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk, al of niet op dezelfde voorwaarden, is vernieuwd’ (*Kamerstukken II* 1947/48, 881, 3, p. 7 (MvT)). De tekst van artikel 1639f lid 4 Oud BW ondersteunt die conclusie. Dit artikellid luidde: ‘Voor de toepassing van het bepaalde in het vorige lid worden dienstbetrekkingen tussen dezelfde partijen, welke elkander met tussenpozen van niet meer dan 31 dagen zijn opgevolgd, geacht een voortgezette dienstbetrekking te vormen (...)’.

18 Een opmerking als ‘partijen zetten de arbeidsovereenkomst onder geheel andere voorwaarden voort’ lijkt taalkundig immers juist. En onder de thans geldende wetgeving neemt de wetgever bij de aanzegverplichting in artikel 7:668 lid 1 BW tot uitgangspunt dat van een voortzetting ook sprake kan zijn als de voorwaarden wijzigen. De werkgever is op grond van dat artikel verplicht de werknemer te informeren ‘over de voorwaarden waaronder hij de arbeidsovereenkomst wil voortzetten’.

19 HR 4 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AB8727, NJ 1987/678 (*Ragetlie/SLM*).

20 Van voortzetting is volgens de toenmalige regering alleen sprake ‘indien de opvolgende arbeidsovereenkomst, anders dan qua rechtskarakter, niet wezenlijk verschilt van de voorafgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd’. De identiteit van de arbeidsovereenkomsten mag niet te zeer verschillen, aldus de regering. Een te groot verschil ‘kan bijvoorbeeld het geval zijn voor wat betreft de overeengekomen arbeid of de salaris- en andere arbeidsvoorwaarden’ (*Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 3, p. 4 (MvT)). Deze interpretatie heeft geleid tot kritiek uit de Tweede Kamer, omdat werkgevers dan zeer gemakkelijk de ontslagbescherming kunnen omzeilen door in de nieuwe arbeidsovereenkomst andere bepalingen op te nemen (*Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 5, p. 4 (Verslag)). In een reactie op vragen van de SP-fractie schrijft de regering nadien echter dat bij ‘een wijziging van de salarisvoorwaarden’ nog geen wezenlijk verschil bestaat tussen beide arbeidsovereenkomsten, tenzij ook de aard van de arbeid wijzigt (*Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 7, p. 7 (NV)). Bij een wijziging van de arbeidsvoorwaarden kan dus nog steeds sprake zijn van een voortzetting. Helemaal zeker van haar gewijzigde zienswijze is de regering niet, want tijdens een wetgevingsoverleg lijkt de minister weer te bevestigen dat geen sprake is van voortzetting indien partijen de nieuwe arbeidsovereenkomst niet aangaan voor dezelfde arbeid en hetzelfde salaris (*Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 12, p. 19 (verslag van een wetgevingsoverleg)).

21 Zo achtte de Rechtbank Den Haag zowel de werkzaamheden als het salaris relevant voor de beoordeling of sprake is van een voortgezette arbeidsovereenkomst (Rb. Den Haag 16 augustus 1995, ECLI:NL:RBSGR:1995:AG1096, JAR 1995/196; deze zaak zag weliswaar op elkaar opvolgende werkgevers, maar de rechtbank lijkt ook voor het begrip voortzetting zowel de werkzaamheden als het salaris relevant te achten; zie ook het oordeel van de Rechtbank Den Haag zoals opgenomen in HR 13 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4291, JAR 2002/247 (*Da Silva/Heineken*)). Het Hof Arnhem woog voor de toepassing van de *Ragetlie*-regel in twee zaken de inhoud van de werkzaamheden, het salaris, de werkplek en de werktijden mee (Hof Arnhem 11 maart 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF6330,

‘voortgezette’ in artikel 7:667 lid 4 BW voor ‘opgevolgd’ en ‘opvolgende’. De wetgever wenst daarmee aan te sluiten bij de formulering van artikel 7:668a BW (de ketenregeling). De wetsgeschiedenis bevat geen verdere toelichting. Het Hof Den Haag heeft zich gebogen over deze tekstuele wijziging. Volgens het hof is de inhoud van de elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten sinds de wijziging van het ontslagrecht per 1 juli 2015 niet meer relevant.²² De zienswijze van het hof sluit beter aan bij de gedachte achter de huidige Ragetlie-regel, te weten: behoud van de voorafgaande toets van het ontslag door UWV of rechter.²³ Het belang van een voorafgaande toets neemt niet af indien de aard van de arbeid of de arbeidsvoorwaarden wijzigen. Juist in situaties waarin de inhoud van de arbeidsovereenkomst wijzigt, kan de werknemer in een positie verkeren waarin hij zich gedwongen voelt met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd genoeg te nemen.²⁴

Let wel: de aard van de werkzaamheden en de arbeidsvoorwaarden (met inbegrip van het loon) zijn dus niet relevant voor de toepasselijkheid van de Ragetlie-regel *als zodanig* (te weten: artikel 7:667 lid 4 BW), maar voor de toepassing van de Ragetlie-regel bij een *werkgeverswissel* (te weten: artikel 7:667 lid 5 BW inzake opvolgend werkgeverschap) is wel relevant of de werkzaamheden een verandering ondergaan (zie hierna: 3.2.5). Noch opvolgend werkgeverschap noch de regelingen waar opvolgend werkgeverschap wordt gebruikt, vereisen dat na een werkgeverswissel het loon en de arbeidsvoorwaarden ongewijzigd blijven.

JAR 2003/104; ook Hof Arnhem 7 september 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN7436, JAR 2010/288). Volgens hetzelfde hof was in een andere zaak geen sprake van een voortzetting vanwege een verschil in salaris en urenomvang (Hof Arnhem 15 april 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AO1842, JAR 2003/197). Kantonrechter Apeldoorn oordeelde – overigens voorafgaande aan de codificering van de Ragetlie-regel – minder strikt. Volgens deze rechter was in dit geval sprake van een voortgezette arbeidsovereenkomst. De werkzaamheden waren weliswaar veranderd, maar het salaris bleef gelijk en daarmee was sprake van gelijkwaardige arbeid (Ktr. Apeldoorn 20 september 1994, ECLI:NL:KTGAPD:1994:AI9234, Prg. 1995/4398). Volgens Rb. Zwolle 6 december 1995, ECLI:NL:RBZWO:1995:AI9325, Prg. 1996/4512, brengt een grammaticale uitleg van ‘voortzetting’ mee dat elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd dezelfde grondslag moeten hebben, bijvoorbeeld vervanging tijdens ziekte. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9721, RAR 2014/66, oordeelde dat geen sprake was van een voortzetting omdat de werknemer na de verkoop van de onderneming niet langer werkzaam was als ‘statutair bestuurder’, maar bij de opvolgende werkgever was benoemd als ‘bakker’ en geen leidinggevende functie meer had. Daarop stuitte een beroep op de Ragetlie-regel af, aldus het hof. In deze zaak lijkt de rechter niet zozeer het salaris en de arbeidsvoorwaarden, maar de inhoud van de werkzaamheden te beoordelen.

22 Hof Den Haag 14 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2676, JIN 2017/3 (hoger beroep van Rb. Den Haag 21 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5600, JAR 2016/151). Onder een ‘voortgezette’ arbeidsovereenkomst, zoals uitgelegd tot 1 juli 2015, moet volgens het hof eveneens worden verstaan de herplaatsing van een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer in een andere passende functie bij dezelfde werkgever. Volgens Rb. Oost-Brabant 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4893, JAR 2016/239, verdraagt een strikte uitleg van het begrip ‘opvolgende arbeidsovereenkomst’ zich in redelijkheid niet met de door de wetgever beoogde ontslagbescherming via artikel 7:667 lid 4 en 5 BW.

23 Die gedachte blijkt uit HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2127, JAR 2014/34 (*De Witte/Pekel*).

24 Denk aan een promotie naar een beter betaalde functie of een herplaatsing vanwege boventaligheid.

3.2.5 *Dezelfde werkzaamheden*

Dezelfde arbeidsvoorwaarden zijn dus zeer waarschijnlijk irrelevant, maar wat zijn de gevolgen van een wijziging van de aard van de werkzaamheden voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap? Anders gezegd, is alleen sprake van opvolgend werkgeverschap indien de aard van de werkzaamheden geen wezenlijke verandering ondergaat? En zo ja, geldt dit criterium in alle gevallen van opvolgend werkgeverschap? Uiteraard kunnen de werkzaamheden ook als een arbeidsvoorwaarde worden opgevat, maar in relatie tot opvolgend werkgeverschap lijken de werkzaamheden een aparte betekenis te hebben.

Wettekst en wetsgeschiedenis: 'ten aanzien van de verrichte arbeid'

Velen schrijven dat de aard van de werkzaamheden geen wezenlijke verandering mag ondergaan en onderbouwen deze stelling met een verwijzing naar de woorden 'ten aanzien van de verrichte arbeid'. Die woorden komen voor in alle formuleringen van opvolgend werkgeverschap, met uitzondering van artikel 15 lid 3 Ontslagregeling. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid nam de regering aan dat het vereiste van dezelfde werkzaamheden ligt besloten in deze woorden.²⁵ Het eenvoudigste antwoord is derhalve – met een verwijzing naar de parlementaire stukken van de Wet werk en zekerheid – dat opvolgend werkgeverschap dezelfde werkzaamheden vereist, behalve bij de zogeheten *employability*-variant als bedoeld in artikel 15 lid 3 Ontslagregeling.²⁶ In de gepubliceerde rechtspraak sinds de invoer-

25 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 90 (MvT); *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 8, p. 15 (nota van wijziging); *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 105 (MvA).

26 Ook tijdens de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid vermeldde de regering een enkele keer uitdrukkelijk dat voor de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW vereist is dat 'steeds hetzelfde werk verricht is'. Het door de regering gegeven voorbeeld zag op een situatie waarbij de werknemer tijdelijk via een uitlener hetzelfde werk verrichtte (*Kamerstukken II* 1997/98, 25263, 33, p. 5 (brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 29 oktober 1997)). De regering schrijft: 'Daarvoor worden perioden waarin de werknemer voor een andere werkgever hetzelfde werk heeft verricht, en die redelijkerwijs de opvolger van de werkgever kan worden geacht, meegeteld. In de geschetste casus zou dit betekenen dat, mits steeds hetzelfde werk is verricht en tussen de verschillende contracten niet meer dan 3 maanden zit, er in de laatste schakel sprake is van een vierde contract bij de werkgever/inlener en er dus sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.' Ook in de door de regering genoemde draaieurconstructies verricht de werknemer steeds hetzelfde werk (*Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 6, p. 11 (NV); *Kamerstukken I* 1998/99, 26257, 110b, p. 5 (NV)). Willems en Loesberg onderschrijven dat het vereiste van dezelfde werkzaamheden uit de parlementaire geschiedenis blijkt. Zij schrijven dat de formulering van artikel 7:668a lid 2 BW afkomstig is uit een amendement op het wetsvoorstel van 15 maart 1990 over een herziening van het ontslagrecht (P.W.H.M. Willems, 'De verhouding tussen de Ragetlie-regel versus de ketenregeling', *ArbeidsRecht* 2009/34; E.M. Loesberg, 'De Hoge Raad en de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd: beschouwingen naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 14 juli 2006', *ArA* 2007-1, p. 104, noot 9). De opstellers van dit amendement verwezen naar draaieurconstructies waarin eenzelfde werknemer dezelfde werkzaamheden afwisselend op uitzendbasis en dan weer op basis van een arbeidsovereenkomst uitvoert (*Kamerstukken II* 1991/92, 21479, 32 (gewijzigd amendement van de leden Brouwer en Zijlstra ter vervanging van de amendementen onder 28); *Kamerstukken II* 1989/90, 21479, 2 (voorstel van wet)). De formulering is – zo blijkt uit de wet van 17 december 1953 – echter veel ouder. Het amendement waarnaar Willems en Loesberg verwijzen, betreft bovendien een gesneuveld wetsvoorstel.

ring van de Wet werk en zekerheid staat dit vereiste qua rechtsgeldigheid niet meer ter discussie.²⁷ Maar volgt dit vereiste inderdaad uit de formulering van opvolgend werkgeverschap, meer in het bijzonder uit de woorden ‘ten aanzien van de verrichte arbeid’? Bij de introductie van opvolgend werkgeverschap lijken de woorden ‘ten aanzien van de verrichte arbeid’ een andere functie te hebben gehad. De regering heeft in de memorie van toelichting bij de wet van 17 december 1953 niet alleen voorbeelden van opvolgend werkgeverschap omschreven, maar tevens haar keuze voor de woorden ten aanzien van de verrichte arbeid toegelicht. Deze toelichting – zoals ook al in het vorige hoofdstuk geciteerd – luidt:

‘Gedacht is in de eerste plaats aan de gevallen, waarin een bedrijf wordt overgenomen, van rechtsvorm verandert of met een ander wordt samengevoegd zonder dat juridische overneming van de arbeidsovereenkomst aangetoond kan worden. Een omschrijving, die het criterium zou zoeken in het werkzaam zijn in hetzelfde bedrijf, zou echter te eng zijn. Ook bij arbeid, die niet in een bedrijf wordt verricht, kunnen zich gevallen voordoen van dienstbetrekkingen bij opeenvolgende werkgevers, die in wezen één dienstbetrekking vormen, b.v. de klerk op een notariskantoor, werkzaam bij elkaar in hun ambt opvolgende notarissen, en de dienstbode, werkzaam in hetzelfde huis bij elkaar opvolgende generaties van één familie (en wel in die gevallen waarin niet de gezamenlijke erfgenamen als werkgever opvolgen; doen zij dit wel dan is er (...) geen sprake van een formeel nieuwe dienstbetrekking.’²⁸

Deze keuze ondersteunt het argument dat het dezelfdewerkzaamheden criterium niet besloten ligt in de woorden ten aanzien van de verrichte arbeid. Indien een werknemer na een (formele) werkgeverswissel werkzaam blijft in hetzelfde bedrijf, is sprake van opvolgend werkgeverschap, zo blijkt uit dit citaat. De woorden ‘werkzaam zijn in hetzelfde bedrijf’ duiden niet op een vereiste van ongewijzigde werkzaamheden. Een werknemer kan werkzaam blijven in hetzelfde bedrijf, terwijl zijn werkzaamheden een substantiële wijziging ondergaan. Niet de specifieke werkzaamheden van de werknemer, maar het desbetreffende bedrijf staat derhalve centraal bij de beantwoording van de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap. De toenmalige regering heeft (uiteindelijk) weliswaar niet gekozen voor de woorden ‘hetzelfde bedrijf’, maar de keuze voor de – vervangende – woorden ‘ten aanzien van de arbeid’ moet volgens deze regering louter worden beschouwd als een *uitbreiding* van het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap en niet als een beperking. De uitbreiding beschermt – in aanvulling op werknemers die na de werkgeverswissel binnen hetzelfde bedrijf

27 Zo nam Rb. Amsterdam 30 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5648, bij twee opvolgende werkgeverswissels alleen bij de tweede werkgeverswissel opvolgend werkgeverschap (ex artikel 7:673 lid 5 BW) aan en niet bij de eerste werkgeverswissel. Bij de eerste werkgeverswissel veranderden de werkzaamheden en locatie. Zie ook: Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2683 (zag nog op het tot 1 juli 2015 geldende artikel 7:668a lid 2 BW); Hof Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:476 (zag nog op het tot 1 juli 2015 geldende artikel 7:668a lid 2 BW); Hof Den Bosch 23 augustus 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3759 (zag nog op het tot 1 juli 2015 geldende artikel 7:668a lid 2 BW); Rb. Limburg 24 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1729 (de bewijslast ligt bij de werknemer als verzoekende partij).

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

werkzaam blijven – werknemers werkzaam binnen bijvoorbeeld een notaris kantoor en een huishouden (organisatievormen die door deze regering niet als een bedrijf werden beschouwd).²⁹

Kortom, de memorie van toelichting behorende bij de wet waarmee opvolgend werkgeverschap is geïntroduceerd, bevat een aanknopingspunt dat ongewijzigde werkzaamheden geen (noodzakelijk) vereiste voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap vormen. Tegelijkertijd kan – op basis van de meer recente parlementaire stukken – worden betoogd dat de wetgever inmiddels aan de woorden ‘ten aanzien van de verrichte arbeid’ een andere (althans nadere) invulling heeft gegeven, te weten: de werkzaamheden mogen bij de overstap naar een andere werkgever niet wezenlijk veranderen. Die recente parlementaire geschiedenis bevat echter geen inhoudelijke argumenten voor het standpunt dat de woorden ‘ten aanzien van de verrichte arbeid’ meebrengen dat de arbeid bij de overstap naar de opvolgende werkgever geen wijziging mag ondergaan.

Gedachtegang Hoge Raad

Ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad treft men het dezelfde werkzaamheden-criterium aan – eerst in de proeftijdjurisprudentie. In 1984 overwoog de Hoge Raad dat een nieuw proeftijdbeding in een opvolgende arbeidsovereenkomst met dezelfde werkgever is toegestaan indien de nieuwe overeenkomst duidelijk *andere* vaardigheden of verantwoordelijkheden vereist.³⁰ Een wijziging in de vaardigheden en verantwoordelijkheden weegt de Hoge Raad in een arrest van twee jaar later mee bij de beoordeling of in relatie tot de proeftijdregeling sprake is van opvolgend werkgeverschap.³¹ Dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden impliceert dezelfde werkzaamheden. Maar het dezelfde werkzaamheden-criterium vloeit – in de gedachtegang van de Hoge Raad – dus niet voort uit opvolgend werkgeverschap maar uit de aard van de proeftijdregeling. Andere vaardigheden en verantwoordelijkheden (en dus andere werkzaamheden) rechtvaardigen volgens de Hoge Raad immers een nieuw proeftijdbeding in een opvolgende arbeidsovereenkomst. Vanwege de relatie tussen het dezelfde werkzaamheden-criterium en de proeftijdregeling zou men verwachten dat het dezelfde werkzaamheden-criterium daarom niet per se voor andere regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt relevant zou zijn. De Hoge Raad dacht daar echter anders over. In *Van Tuinen/Wolters* oordeelde de Hoge Raad dat de maatstaf uit de proeftijdjurisprudentie ook van toepassing is bij artikel 7:668a lid 2 BW, omdat sprake zou zijn van eenzelfde belangenafweging als bij de proeftijdregeling.

29 Volgens C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 485, betekenen de woorden ‘ten aanzien van de verrichte arbeid’ in het tweede lid van artikel 7:668a BW ‘dezelfde soort arbeid’, maar zij pleiten niettemin voor een andere uitleg bij de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW. Ook ingeval een werknemer verschillende functies heeft verricht, zou volgens hen sprake kunnen zijn van opvolgend werkgeverschap.

30 HR 14 september 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4861, NJ 1985/244 (*Hardchroom/Yigit*). Zie ook HR 6 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AB9600, NJ 1986/230 (*Benton & Bowles*).

31 HR 24 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9537, NJ 1987/293 (*Slijkoord/Hekkema BV*).

En uit het arrest *Leerorkest* blijkt dat de Hoge Raad de toets uit *Van Tuinen/Wolters* eveneens van toepassing acht op artikel 7:667 lid 5 BW, zoals dat luidde tot 1 juli 2015.³²

Diverse schrijvers plaatsen kritische kanttekeningen bij het arrest *Van Tuinen/Wolters*, in het bijzonder bij de overweging van de Hoge Raad dat aan de proeftijdregeling en de ketenregeling eenzelfde belangenafweging ten grondslag ligt. Een opvolgende werkgever heeft minder belang bij een proeftijdbeding dan bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, aldus De Wolff.³³ Loesberg vindt dat artikel 7:668a BW ‘weinig althans niet alleen te maken [heeft] met de werkgever de kans te geven om proefondervindelijk inzicht te krijgen in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer’. Het belang van de werknemer om niet onbeperkt werkzaam te

32 Ook in het merendeel van de tot aan de Wet werk en zekerheid gepubliceerde uitspraken achtten lagere rechters voor de beoordeling of sprake is van opvolgend werkgeverschap relevant of na de werkgeverswissel (nagenoeg) dezelfde werkzaamheden worden uitgevoerd. Vóór *Van Tuinen/Wolters* onder meer: Rb. Arnhem 28 februari 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO0107, *JAR* 2003/270; Rb. Rotterdam 24 april 2003, *JAR* 2003/122; Rb. Amsterdam 16 februari 2004, *JAR* 2004/55; Rb. Breda 16 februari 2005, *JAR* 2005/71; Rb. Den Haag 20 juli 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU3027, *JAR* 2005/211; Rb. Zwolle-Lelystad 14 maart 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AX5372, *JAR* 2006/150; Hof Den Bosch 7 november 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BA4209, *RAR* 2007/90; Rb. Den Haag 9 november 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ5219, *Prg.* 2007/12; Rb. Den Bosch 17 juli 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB3878, *JAR* 2007/218; Hof Amsterdam 26 juli 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB5948, *JAR* 2007/243 (in deze uitspraak werd beoordeeld of de eerdere en de latere functie onderling uitwisselbaar waren); Rb. Dordrecht 5 maart 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BC7458, *JAR* 2008/97; Hof Den Haag 3 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH5977, *JAR* 2009/108 (onder de vastgestelde feiten staat vermeld dat het om ‘exact dezelfde werkzaamheden’ gaat); Rb. Groningen 13 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI2789 (aansluiting bij proeftijdjurisprudentie); Rb. Leeuwarden 11 november 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BK9351, *JAR* 2010/6; Hof Den Haag 16 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM5878, *RAR* 2010/116; Rb. Amsterdam 30 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO0119, *JAR* 2010/237; Hof Leeuwarden 12 oktober 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO0521, *JAR* 2010/313; Rb. Leeuwarden 24 november 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO5134; Rb. Maastricht 2 november 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BW8463, *Prg.* 2012/201; Rb. Almelo 3 januari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV0155, *JAR* 2012/41 (de arbeid bleef hetzelfde; wel was sprake van een “natuurlijk” verdergaande ontwikkeling van de functie’). Na *Van Tuinen/Wolters* en tot aan de Wet werk en zekerheid: Rb. Arnhem 26 juni 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW9944, *RAR* 2012/139; Hof Leeuwarden 26 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW9837, *JAR* 2012/206; Rb. Leeuwarden 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY0814, *RAR* 2013/24; Rb. Zutphen 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY3283, *Prg.* 2013/23; Rb. Amsterdam 28 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529, *JAR* 2013/182; Rb. Midden-Nederland 1 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ6335; Rb. Amsterdam 13 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA1389, *JAR* 2013/147; Hof Amsterdam 25 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4690, *JAR* 2013/210; Hof Den Bosch 28 januari 2014, ECLI:GHSHE:2014:172, *JIN* 2014/28. Ook V.G.G. Bergwerf, W.F. van Dijk & A.R. Houweling, ‘Tien jaar Wet Flexibiliteit en Zekerheid: reden voor een feestje?’, *TAP* 2009-3 Special, p. 10, stellen op basis van hun analyse van tien jaar ‘flexrechtspraak’ sinds de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid vast dat voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap van groot belang is dat de werknemer dezelfde werkzaamheden voortzet. Slechts in een relatief beperkt aantal gepubliceerde uitspraken van voor de invoering van de Wet werk en zekerheid kwam – in relatie tot de ketenregeling – de vraag of sprake was van dezelfde werkzaamheden niet (uitdrukkelijk) aan de orde. Onder meer: Hof Leeuwarden 17 maart 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AO8745, *JAR* 2004/99; Rb. Maastricht 9 maart 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AT4876, *JAR* 2005/93; Rb. Groningen 14 juli 2005, ECLI:NL:RBGRO:2005:AT9355, *JAR* 2005/181; Rb. Roermond 5 april 2007, ECLI:NL:RBROE:2007:BA3448, *RAR* 2007/95; Rb. Roermond 19 januari 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BR1694, *JAR* 2011/182.

33 D.J.B. Wolff, ‘Opvolgend werkgeverschap: onduidelijkheid blijft’, *ArbeidsRecht* 2013/41.

zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is in de woorden van Loesberg minder pregnant dan het belang van de werknemer dat de proeftijd niet (te) lang duurt.³⁴ Bouwens merkt daarentegen op dat de regering bij de totstandkoming van de Wet flexibiliteit en zekerheid afzag van een verruiming van de toegestane duur van de proeftijd omdat de ketenregeling werd ingevoerd. Bouwens lijkt (impliciet) tot uitgangspunt te nemen dat de wetgever uitging van eenzelfde belangenafweging.³⁵ De toenmalige regering benadrukte inderdaad dat zij niet koos voor een verruiming van de duur van het proeftijdbeding omdat werkgevers gebruik kunnen maken van de ketenregeling.³⁶ De wetgever zag een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd echter niet uitsluitend als een verlengde proeftijd voor complexe functies. De regering gaf ook andere redenen voor het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Van der Voet ziet geen reden het tweede lid van artikel 7:668a BW te beperken tot dezelfde werkzaamheden, omdat het eerste lid die eis ook niet stelt.³⁷ Doornbos acht de band tussen beide werkgevers voor de ketenregeling veel belangrijker dan de vraag of de werkzaamheden overeenstemmen.³⁸

De keuze van de Hoge Raad voor de 'proeftijdtoets' bij artikel 7:668a lid 2 BW – bestaande uit 'dezelfde werkzaamheden' en 'zodanige banden' (over dat tweede criterium in de volgende paragraaf meer) – is niet gebaseerd op de kenmerken van opvolgend werkgeverschap, maar op de *verwantschap* tussen de proeftijdregeling en de ketenregeling. Aan andere regelingen, zoals inzake de transitievergoeding ex artikel 7:673 en verder BW, ligt niet zonder meer eenzelfde belangenafweging ten grondslag. Het dezelfdewerkzaamhedencriterium kan voor die regelingen daarom niet steunen op de argumenten uit *Van Tuinen/Wolters*. Daar komt nog bij dat de wetgever voor wat betreft het tweede criterium – de 'zodanige banden' – voor veel regelingen inmiddels uitdrukkelijk afstand heeft genomen van de proeftijdjurisprudentie (daarover meer in 3.3.1). En zonder het zodanigebandencriterium komt het ook eerste criterium – 'dezelfde werkzaamheden' – in de lucht te hangen. Dezelfde werkzaamheden waren immers relevant voor de toerekening van het inzicht in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer aan een andere werkgever. Zowel de wetgever als de Hoge Raad lijkt echter niet gevoelig voor het argument dat het dezelfdewerkzaamhedencriterium geen verband houdt met opvolgend werkgeverschap (maar met de proeftijdregeling). De wetgever gaat immers uit van de gedachte

34 E. Loesberg, Annotatie bij Hoge Raad, *JOR* 2012/278.

35 W.H.A.C.M. Bouwens, 'Opvolgend werkgeverschap en faillissement', *SMA* 2007-3, p. 101-108; W.H.A.C.M. Bouwens, 'Opvolgend werkgeverschap', *Ars Aequi* 2012, p. 936.

36 De Stichting van de Arbeid beargumenteerde dat vooral in meer complexe functies de gerechtvaardigde behoefte kan bestaan aan een langere proefperiode. Voor het bereiken van een lange proefperiode kunnen werkgevers één of meer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met een werknemer sluiten (*Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3, p. 7 (MvT)).

37 G.W. van der Voet, 'Een uniforme uitleg van het begrip "opvolgend werkgeverschap"?', *AR Updates* 2012-0004.

38 F.K. Doornbos, 'Ik wou dat ik één hondje was gebleven', *ArbeidsRecht* 2004/20. Ook A. Avci & B.H.E. Veldmaat, 'Dobbelen met factor A na doorstart vanuit faillissement', *ArbeidsRecht* 2009/44, achten de banden tussen twee werkgevers belangrijker dan gelijkenissen tussen de werkzaamheden voor en na de werkgeverswissel.

dat dit criterium zit ingebakken in de woorden ‘ten aanzien van de verrichte arbeid’. En de Hoge Raad heeft in zijn uitspraken *Leerorkest* en *Constar Plastics* de toets uit de proeftijdjurisprudentie expliciet uitgebreid tot de Ragetlie-regel en de regeling omtrent de transitievergoeding, namelijk voor de beoordeling van werkgeverswissels die voor 1 juli 2015 plaatsvonden.³⁹

Overige kritiek op de zelfdewerkzaamhedencriterium

Zelfs bij de proeftijdregeling is het de zelfdewerkzaamhedencriterium niet overtuigend. Maakt een nieuw proeftijdbeding immers geen ongeoorloofde inbreuk op de verworven ontslagbescherming, in het bijzonder als inmiddels tussen partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan? Werkgevers verwachten bovendien vaak een flexibele inzet van hun personeel, hetgeen tussentijdse wijzigingen van de werkzaamheden meebrengen (de *employability* van de werknemer). De Ontslagregeling bevat een vergelijkbaar argument tegen het de zelfdewerkzaamhedencriterium. Voor het afspiegelingsbeginsel geldt dit vereiste namelijk niet indien sprake is van een groep als bedoeld in artikel 2:24b BW en op basis van een *employability*-beleid wordt verwacht dat werknemers regelmatig binnen de groep van functie veranderen.⁴⁰ De wetgever heeft deze uitzondering weliswaar niet opgenomen bij alle andere regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt, maar de gedachte achter deze uitbreiding is een erkenning dat veeleer relevant is (althans zou moeten zijn) of de werknemer voor dezelfde arbeidsorganisatie – in dit geval opgevat als alle nauw met elkaar verbonden ondernemingen in een groep – blijft werken en niet of de werkzaamheden hetzelfde blijven.

Daarnaast verhoudt een nieuw proeftijdbeding zich slecht tot de vergaande bescherming van de werknemer bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Op een werkgever rust een verzwaarde onderzoeksplicht ten aanzien van de instemming van de werknemer met de beëindiging, zo blijkt uit de rechtspraak.⁴¹ Een werknemer heeft bovendien op grond van artikel 7:670b lid 2 BW respectievelijk artikel 7:671 lid 2 BW een termijn van twee weken om de beëindigingsovereenkomst te ontbinden respectievelijk zijn instemming met de opzegging te herroepen. En die bedenkingstermijn bedraagt drie weken indien de werknemer niet schriftelijk door de werkgever op deze termijn is gewezen (artikel 7:670b lid 3 BW res-

39 HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, *JAR* 2017/16 (*Leerorkest*); HR 17 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905, *JAR* 2017/311 (*Constar Plastics*).

40 Vergelijk Hof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3372, *JAR* 2017/13. Bij een internationale overstap binnen het Shell-concern was sprake van opvolgend werkgeverschap voor wat betreft de hoogte van de transitievergoeding en de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn. Het hof achtte onder meer van belang dat het ‘binnen het Shellconcern gebruikelijk is om diensttijd bij de diverse Shell-entiteiten wereldwijd, ongeacht functie, samen te tellen bij de berekening van afvloeiingsregelingen’. Het hof baseert de verruiming weliswaar op het beleid binnen het concern, maar een dergelijk beleid benadrukt evenzeer dat een overstap gebruikelijk is en werkgevers binnen een concern een dergelijke overstap van hun werknemers verlangen.

41 Zie over de rechtspraak van de Hoge Raad: R.A.A. Duk, ‘De Hoge Raad en het ontslag met wederzijds goedvinden’, *TRA* 2012/34. Zie ook R. van Vliet, ‘Het schriftelijkheidsvereiste van de beëindigingsovereenkomst: oude wijn in nieuwe zakken?’, *ArbeidsRecht* 2017/8.

pectievelijk artikel 7:671 lid 3 BW). Waarom zou deze vergaande werknemersbescherming via een nieuwe proeftijd mogen worden omzeild?⁴² Ook verhoudt een nieuw proeftijdbeding zich slecht tot de gedachte achter de Ragetlie-regel. De wetgever neemt immers tot uitgangspunt dat een werknemer zijn ontslagbescherming dient te behouden ingeval zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zo blijkt uit artikel 7:667 lid 4 BW. Via een nieuw proeftijdbeding zou een werkgever deze ontslagbescherming kunnen omzeilen. In tegenstelling tot de letterlijke tekst van artikel 7:652 BW is daarom verdedigbaar dat een nieuw proeftijdbeding ongeldig zou moeten zijn in een opvolgende arbeidsovereenkomst indien de werknemer werkzaam blijft voor dezelfde arbeidsorganisatie, tenzij de werknemer uitdrukkelijk en schriftelijk door de werkgever is gewezen op de mogelijke consequenties van een proeftijdbeding alvorens hij tot acceptatie van het beding is overgegaan.⁴³

Tot slot, Kruit en Sap merken op dat een werkgever in het kader van zijn herplaatsingsverplichting een geheel andere functie kan (laten) aanbieden bij een andere groepsmaatschappij. De werknemer zou na aanvaarding zijn anciënniteit verliezen omdat niet is voldaan aan het dezelfdewerkzaamhedencriterium en dus geen sprake is van opvolgend werkgeverschap. Daardoor kan de nieuwe werkgever – hoewel onderdeel van hetzelfde concern – opnieuw een proeftijd bedingen en een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd sluiten. En bij een eventueel einde van deze opvolgende arbeidsovereenkomst is de nieuwe werkgever geen of slechts een zeer beperkte transitievergoeding verschuldigd.⁴⁴ Deze gevolgen zijn om verschillende redenen ongewenst. Ten eerste, bij een herplaatsing in een andere functie bij dezelfde werkgever zou wel sprake zijn van een continuering van het dienstverband (dezelfde werkgever kan wel een nieuwe proeftijd bedingen, maar moet bij een eventueel proeftijdontslag in het kader van de berekening van de transitievergoeding wel rekening houden met alle dienstjaren). Voor dit verschil bij een herplaatsing bij de eigen werkgever en een andere werkgever binnen hetzelfde concern heeft de wetgever geen (goede) argumenten aangedragen. Ten tweede, het is niet uitgesloten dat binnen het concern op basis van het hiervoor genoemde *employability*-beleid wordt verwacht dat werknemers

42 Overigens is verdedigbaar dat op grond van het huidige recht een nieuw proeftijdbeding sowieso alleen is toegestaan als de vorige arbeidsovereenkomst is geëindigd. Alleen bij het *aangaan* van een arbeidsovereenkomst kunnen partijen namelijk een proeftijd overeenkomen. Die gedachtegang brengt tevens mee dat als de vorige arbeidsovereenkomst niet via een schriftelijke overeenkomst is beëindigd, partijen terugvallen op deze arbeidsovereenkomst indien de opvolgende arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd wordt opgezegd door de werkgever. Weliswaar zou kunnen worden betoogd dat de totstandkoming van een nieuwe arbeidsovereenkomst leidt tot een beëindiging van de vorige arbeidsovereenkomst, maar dit betoog is niet sterk. De werknemer moet zijn instemming immers ondubbelzinnig kenbaar maken.

43 S.F. Sagel, 'Het ontslag op staande voet en de WWZ (II)', *TRA* 2015/56, merkt op dat uit de rechtspraak blijkt dat steeds vaker waarschuwingsverplichtingen en informatieverplichtingen op de werkgever rusten ingeval zwaarwegende belangen van de werknemer zijn betrokken. In voetnoot 8 verwijst Sagel onder meer naar Hof Den Bosch 18 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY7239, *RAR* 2013/43. In deze zaak oordeelde het hof dat in dit geval op de werkgever de verplichting rustte de werknemer op het proeftijdbeding in de cao te wijzen.

44 P. Kruit & J. Sap, 'De herplaatsingsplicht in de praktijk', *TvO* 2018, p. 32-42.

regelmatig binnen de groep van functie veranderen. Anciënniteit telt dan wel mee voor het afspiegelingsbeginsel, maar niet voor – onder meer – de proeftijdregeling, de ketenregeling en de regeling omtrent de transitievergoeding. Dat is tegenstrijdig. Ten derde, deze (voor werknemers nadelige) gevolgen motiveren werknemers niet een andere functie te aanvaarden. Tegen deze redenen zou kunnen worden ingebracht dat deze beperkte uitleg van opvolgend werkgeverschap er wel toe leidt dat andere werkgevers binnen een concern eerder bereid zijn een functie aan te bieden. Maar die gedachtegang is niet overtuigend. De herplaatsingsverplichting binnen concernverband bestaat namelijk los van de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap. Anders gezegd, voor de werkgever is opvolgend werkgeverschap geen valide argument om een andere functie niet aan te bieden. En voor zover valide bezwaren bestaan tegen opvolgend werkgeverschap, dan houden die bezwaren veeleer verband met de op anciënniteit gebaseerde mate van rechtsbescherming als zodanig. Die bezwaren komen in hoofdstuk 4 aan de orde.

Samenvattend

Op basis van de recente parlementaire stukken van de Wet werk en zekerheid en de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden geconcludeerd dat het dezelfdewerkzaamheden criterium voor alle gevallen van opvolgend werkgeverschap lijkt te gelden, met uitzondering van artikel 15 lid 3 Ontslagregeling (het afspiegelingsbeginsel). Tegelijkertijd biedt wetgever noch Hoge Raad overtuigende argumenten voor dit vereiste. Het vereiste lijkt voort te vloeien uit de aard van de proeftijdregeling en niet uit opvolgend werkgeverschap. En zelfs bij de proeftijdregeling past dit vereiste niet goed in de door de wetgever gecreëerde systematiek van ontslagbescherming en het belang van flexibel inzetbare werknemers (*employability*). Bij veel in de parlementaire stukken genoemde voorbeelden van opvolgend werkgeverschap, zoals draaideurconstructies, zullen de werkzaamheden weliswaar niet wijzigen. Maar deze voorbeelden bieden geen doorslaggevende argumenten om voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap dezelfde werkzaamheden te vereisen. Dezelfde werkzaamheden zijn wellicht een indicatie dat sprake is van een misbruiksituatie, maar meer niet.

3.3 CONNECTIE TUSSEN WERKGEVERS

3.3.1 'Zodanige banden'

Het zodanigebanden criterium vloeit – net als het dezelfdewerkzaamheden criterium – voort uit de proeftijdjurisprudentie van de Hoge Raad. Tussen beide werkgevers moeten zodanige banden bestaan dat het door de vorige werkgever op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer in redelijkheid kan worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

Reikwijdte criterium

Ofschoon het zodanigebanden criterium duidelijk verband houdt met het proeftijdbeding, heeft de Hoge Raad het toepassingsbereik van dit criterium uitgebreid naar andere regelingen waar opvolgend werkgeverschap wordt gebruikt. In *Van Tuinen/*

Wolters heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de dubbele toets uit de proeftijdjurisprudentie (dezelfde werkzaamheden en zodanige banden) ook geldt voor de ketenregeling (hetgeen sinds de Wet werk en zekerheid is beperkt tot werkgeverswissels voor 1 juli 2015). Vervolgens heeft de Hoge Raad in het arrest *Leerorkest* overwogen dat deze dubbele toets ook geldt voor de Ragetlie-regel (eveneens beperkt tot werkgeverswissels voor 1 juli 2015). Uit de beschikking *Constar Plastics* blijkt dat het zodanigebandencriterium (tezamen met het zelfdewerkzaamhedencriterium) tevens geldt voor de regeling omtrent de transitievergoeding ingeval de werkgeverswissel voor 1 juli 2015 plaatsvond. De gedachtegang van de Hoge Raad in *Constar Plastics* heeft bovendien consequenties voor de andere regelingen waar opvolgend werkgeverschap wordt gebruikt.

De eerste consequentie is dat in relatie tot (vrijwel) alle regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt, de werkgeverswissels die plaatsvonden voor 1 juli 2015 (althans waarbij de opvolgende arbeidsovereenkomsten met de verschillende werkgevers zijn aangegaan voor 1 juli 2015) moeten worden beoordeeld aan de hand van het zodanigebandencriterium. De Hoge Raad heeft in *Constar Plastics* namelijk allereerst overwogen dat het zodanigebandencriterium in relatie tot de ketenregeling blijft gelden voor werkgeverswissels die voor 1 juli 2015 plaatsvonden – ook al blijkt uit de sinds 1 juli 2015 geldende tekst van artikel 7:668a lid 2 BW dat het zodanigebandencriterium niet langer geldt. Opvolgend werkgeverschap is volgens de Hoge Raad namelijk een ‘juridisch gekwalificeerd feit’. Daarom kan een werkgeverswissel niet door een latere regeling opnieuw worden beoordeeld, tenzij de wetgever uitdrukkelijk anders bepaalt. De Hoge Raad heeft vervolgens overwogen dat ook voor artikel 7:673 lid 4 BW (de transitievergoeding) het zodanigebandencriterium geldt voor de beoordeling van werkgeverswissels vóór 1 juli 2015. En juist die overweging bevestigt dat voor (vrijwel) alle regelingen het zodanigebandencriterium van toepassing is voor de beoordeling van werkgeverswissels die voor 1 juli 2015 plaatsvonden. De regeling omtrent de transitievergoeding is namelijk volledig nieuw ingevoerd per 1 juli 2015. Anders dan bij de ketenregeling (en veel andere regelingen) is de formulering van opvolgend werkgeverschap in artikel 7:673 lid 4 BW dus niet per 1 juli 2015 *gewijzigd* maar *geïntroduceerd*. De Hoge Raad kan in relatie tot de transitievergoeding alleen ‘terugvallen’ op het zodanigebandencriterium door de toets van opvolgend werkgeverschap los te koppelen van de concrete regeling. De Hoge Raad introduceert aldus een uniforme toets voor opvolgend werkgeverschap en het zodanigebandencriterium was een onderdeel van die uniforme toets tot 1 juli 2015. Daarom geldt dit criterium voor alle regelingen waar moet worden beoordeeld of een werkgeverswissel vóór 1 juli 2015 kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap.

Ten aanzien van deze eerste consequentie (inhoudende dat voor alle regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt, de werkgeverswissels die plaatsvonden voor 1 juli 2015 moeten worden beoordeeld aan de hand van het zodanigebandencriterium) kunnen zich twee uitzonderingen voordoen. De eerste uitzondering vloeit voort uit artikel 7:668a lid 6 BW en artikel 7:691 lid 5 BW (de ketenregeling en de termijnen voor uitzendkrachten). Voor deze twee regelingen geldt mogelijk een afwijkende formulering op grond van een cao of een regeling door of namens een daartoe bevoegd

bestuursorgaan (welke cao of regeling voor 1 juli 2015 geldend was). De tweede uitzondering volgt uit het door het UWV gekozen beleid. Het UWV heeft in zijn besluit van 17 juli 2018 (strekken tot wijziging van de uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen) kenbaar gemaakt dat in relatie tot het afspiegelingsbeginsel, zoals opgenomen in de Ontslagregeling, het zodanigebandencriterium niet geldt voor werkgeverswissels die voor 1 juli 2015 plaatsvonden.⁴⁵ Het UWV schrijft in de toelichting op dit besluit dat ‘de regeling over opvolgend werkgeverschap in de toenmalige Beleidsregels ontslagtaak UWV op dit punt vergelijkbaar is met de huidige regeling van artikel 15 van de Ontslagregeling’. De vraag is of die toenmalige beleidsregels inderdaad vergelijkbaar waren. De tot 1 juli 2015 door het UWV gehanteerde Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012 bevatten namelijk niet de toevoeging ‘ongeacht of inzicht bestond in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer’. Dit verschil duidt juist op verschillende interpretaties van opvolgend werkgeverschap. Men zou als tegenargument kunnen opwerpen dat de uitleg in paragraaf 13.6 van de oude beleidsregels wel erg lijkt op de nieuwe (sinds de Wet werk en zekerheid geldende) variant van opvolgend werkgeverschap. Volgens paragraaf 13.6 van de oude beleidsregels was (in beginsel) sprake van opvolgend werkgeverschap indien de volgende factoren (vrijwel) hetzelfde bleven: (1) de (aard van de) verrichte werkzaamheden, (2) de locatie waarin de werkzaamheden worden uitgeoefend en (3) de bedrijfsmiddelen waarmee de activiteiten worden uitgeoefend. In die oude beleidsregels werd echter ook bepaald dat eerdere arbeidsovereenkomsten die rechtsgeldig zijn beëindigd niet meetellen voor het afspiegelingsbeginsel en dat dienstjaren voorafgaand aan een doorstart na faillissement evenmin meetellen. Onder de nieuwe formulering van opvolgend werkgeverschap, zoals opgenomen in de Ontslagregeling, tellen eerdere dienstjaren in die twee gevallen juist wel mee. Men kan vervolgens weer stellen dat die twee gevallen (rechtsgeldige beëindiging en faillissement) niet zozeer betrekking hebben op de uitleg van opvolgend werkgeverschap, maar op de vraag of de wijze van beëindiging van een arbeidsovereenkomst relevant is voor de vraag welke arbeidsovereenkomsten meetellen.⁴⁶ Het onderscheid tussen de uitleg van opvolgend werkgeverschap en de wijze van beëindiging is echter niet overtuigend. Het effect is immers dat in bepaalde gevallen dienstjaren onder de huidige beleidsregels meetellen voor het afspiegelingsbeginsel, welke dienstjaren niet hadden meegeteld ingeval het ontslag nog onder de oude beleidsregels had plaatsgevonden. Jovović en Zwemmer vinden overigens dat het zodanigebandencriterium wel behoort te gelden voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel indien de werkgeverswissel plaatsvond voor 1 juli 2015. Zij merken op dat de oude beleidsregels niet waren gebaseerd op een zelfstandige regelgevende bevoegdheid van het UWV. ‘Opvolgend werkgeverschap op grond van de criteria in de Beleidsregels kan dan niet als een juridisch gekwalificeerd feit worden aangemerkt’, aldus de auteurs. Daarom zou – in lijn met de beschikking *Constar Plastics* – volgens deze auteurs bij werkgeverswissels die plaatsvonden voor 1 juli 2015 ook voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel kunnen

45 Besluit tot wijziging van het Besluit uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen 2015 van 17 juli 2018 van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, *Stcrt.* 2018, 42714.

46 Besluit beleidsregels ontslagtaak UWV 2012 van 31 juli 2012 van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, *Stcrt.* 2012, 16614.

worden aangesloten bij de originele variant van opvolgend werkgeverschap (te weten: ‘dezelfde werkzaamheden’ en ‘zodanige banden’).⁴⁷ De uitspraak *Constar Plastics* biedt overigens nog een ander argument voor de toepassing van de originele variant van opvolgend werkgeverschap in relatie tot het afspiegelingsbeginsel ingeval de werkgeverswissel plaatsvond voor 1 juli 2015. Uiteenlopend overgangsrecht komt volgens de Hoge Raad de hanteerbaarheid van het recht namelijk niet ten goede. Het UWV volgt met zijn besluit van 17 juli 2018 dus niet de lijn uit *Constar Plastics* en de vraag is of rechters het UWV gaan volgen. De rechter is niet gebonden aan de (oude en nieuwe) beleidsregels van het UWV.⁴⁸

De tweede consequentie van de uitspraak *Constar Plastics* is dat het zodanigebanden criterium blijft gelden voor alle regelingen waarin de formulering van opvolgend werkgeverschap per 1 juli 2015 niet is veranderd. De gedachte van de Hoge Raad lijkt immers te zijn dat in de oude formulering van opvolgend werkgeverschap het zodanigebanden criterium ligt besloten. Bij regelingen waar deze originele variant van opvolgend werkgeverschap nog steeds geldt (en dus niet de tekst – ‘ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer’ – is toegevoegd), moeten werkgeverswissels die op of na 1 juli 2015 plaatsvonden derhalve worden beoordeeld aan de hand van het zodanigebanden criterium (en het dezelfde-werkzaamheden criterium). Voor de proeftijdregeling, de Wet flexibel werken en de termijnen omtrent uitzendkrachten (en indirect ook voor de wachttijd en drempelperiode voor de verwerving van pensioen, via artikel 7:691 lid 5 BW in samenhang met artikel 14 lid 2 Pensioenwet) blijft het zodanigebanden criterium derhalve leidend voor werkgeverswissels die plaatsvonden op of na 1 juli 2015. Ten aanzien van de proeftijdregeling koos de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid trouwens uitdrukkelijk voor het behoud van de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf, bestaande uit ‘dezelfde werkzaamheden’ en ‘zodanige banden’.⁴⁹

Tegen de gevolgtrekking dat het zodanigebanden criterium nog steeds geldt voor de Wet flexibel werken en de termijnen omtrent uitzendkrachten kan worden ingebracht dat de wetgever noch de Hoge Raad zich ooit heeft uitgelaten over de toepasselijk-

47 M. Jovović & J.P.H. Zwemmer, ‘Opvolgend werkgeverschap in de Ontslagregeling en de banden met het BW’, *ArbeidsRecht* 2018/18 (ook M. Jovović, Annotatie bij Rechtbank Den Haag, *JAR* 2018/172). Zie over de uitspraak *Constar Plastics* ook: E.W. de Groot, ‘Opvolgend werkgeverschap en overgangsrecht, hoe zit dat nou? De Hoge Raad geeft uitsluitsel!’, *TRA* 2018/18; M.D. Ruizeveld, ‘De Hoge Raad over aanzeggen = opzeggen en het overgangsrecht bij opvolgend werkgeverschap’, *TRA* 2018/22.

48 De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen 2015 zijn aan te merken als beleidsregels voor het UWV, maar dat die beleidsregels niet bindend zijn voor de rechter (HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1212, *JAR* 2018/202 (ANWB), rechtsoverweging 3.4.5; zie ook Hof Amsterdam 26 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2122, *JAR* 2018/197). Volgens HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, *JAR* 2018/72 (*Decor Handelsmaatschappij*), mag een rechter overigens op de oude beleidsregels (Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012) wel acht slaan, want uit ‘de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz valt immers af te leiden dat de in art. 7:669 lid 3 BW omschreven ontslaggronden aan deze oude regelgeving zijn ontleend en dat op dat punt geen wijziging is beoogd’ (rechtsoverweging 3.4.7).

49 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 26 (NV).

heid van het zodanigebandencriterium in relatie tot die regelingen. Vooral het stilzwijgen van de wetgevende macht tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid rechtvaardigt de vraag of de wetgever wel degelijk de bedoeling heeft gehad dat het zodanigebandencriterium ook – en nog steeds – geldt voor deze twee regelingen. En in relatie tot artikel 7:691 lid 5 BW (over de termijnen omtrent uitzendkrachten) bestaat nog een aanvullend argument tegen de toepassing van het zodanigebandencriterium bij werkgeverswissels die op of na 1 juli 2015 plaatsvonden. Artikel 7:691 lid 5 BW heeft namelijk betrekking op onder meer het uitstellen van de toepasselijkheid van de ketenregeling en bij de ketenregeling is het zodanigebandencriterium juist weggeschreven. Aangezien artikel 7:691 lid 5 BW en artikel 7:668a lid 2 BW deels over hetzelfde onderwerp gaan, ligt eenzelfde uitleg van opvolgend werkgeverschap voor de hand, zo kan worden verdedigd.

Naast de hiervoor genoemde nuances die specifiek gelden in relatie tot de Wet flexibel werken en artikel 7:691 lid 5 BW geeft de rechtspraak van de Hoge Raad ook nog twee argumenten voor een nuancering van de reikwijdte van het zodanigebandencriterium als zodanig.

Ten eerste, het zodanigebandencriterium lijkt vooral te zijn bedoeld voor de beoordeling van de geldigheid van een proeftijdbeding in een opvolgende arbeidsovereenkomst met een *gelieerde* werkgever, en niet voor driepartijenconstructies. Zodanigebanden betekenen niet dat de nieuwe werkgever daadwerkelijk inzicht moet hebben verkregen in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. Het inzicht van de oude werkgever moet op basis van deze nauwe banden tussen beide werkgevers ‘in redelijkheid’ kunnen worden toegerekend aan de nieuwe werkgever, zo overweegt de Hoge Raad in *Braber/IndeBus Reklame*.⁵⁰ Voor de beoordeling van opvolgend werkgeverschap in geval van een uitzendconstructie lijkt het zodanigebandencriterium niet te zijn bedoeld, terwijl het juist voor de hand ligt in die situaties uit te gaan van opvolgend werkgeverschap. Het uitzendbureau en de inlener (de materiële werkgever) zijn in veel gevallen niet aan elkaar gelieerd. Tussen het uitzendbureau en de inlener bestaat weliswaar een contractuele relatie, een overeenkomst van opdracht, maar die relatie lijkt onvoldoende om te kunnen spreken van ‘zodanige banden’.⁵¹ In het arrest *Dingler/Merkelbach* uit 1991 had de Hoge Raad waarschijnlijk om die reden

50 HR 23 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0938, JAR 1993/120 (*Braber/IndeBus Reklame*).

51 Tot het arrest *Dingler/Merkelbach* bestond onduidelijkheid in de lagere rechtspraak. Ktr. Bergen op Zoom 23 maart 1988, ECLI:NL:KTGBOZ:1988:AD0239, NJ 1989/46, en Rb. Breda 11 augustus 1989, ECLI:NL:RBBRE:1989:AH2813, KG 1989/338 (kort geding), overwogen in dezelfde casus op grond van de uitleg van de Hoge Raad dat een proeftijdbeding in een arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en diens voormalige inlener, thans werkgever, wel geldig was. Een feitelijke of juridische band tussen het uitzendbureau en de latere werkgever ontbreekt volgens deze rechters en bovendien leidt het vrijblijvende karakter van een uitzendperiode ertoe dat een inlener tijdens die periode ook niet zorgvuldig hoeft te controleren op geschiktheid. Ktr. Zuidbroek 13 april 1989, ECLI:NL:KTGZUI:1989:AI8118, Prg. 1989/3082, en Rb. Den Haag 11 juli 1990, ECLI:NL:RBSGR:1990:AC2069, NJ 1991/371, zagen wel zodanige banden tussen het uitzendbureau en de inlener, waardoor het inzicht van de vorige werkgever (het uitzendbureau) aan de nieuwe werkgever (de voormalige inlener) kon worden toegerekend.

geoordeeld dat zodanige banden niet zijn vereist voor de vaststelling dat sprake is van opvolgend werkgeverschap indien de werknemer bij de inlener in dienst treedt, nadat hij dezelfde werkzaamheden eerst via een uitzendovereenkomst had verricht. De huidige werkgever (de voormalige inlener) heeft zich gedurende de uitzendperiode op de hoogte kunnen stellen van de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, zodat geen rechtvaardiging bestaat voor een proeftijdbeding.⁵² Toerekening van het inzicht is dus niet vereist (en ook niet nodig).⁵³

De tweede nuance is dat de Hoge Raad in *Van Tuinen/Wolters* heeft geoordeeld dat ook sprake kan zijn van opvolgend werkgeverschap omdat (1) de nieuwe werkgever 'langs andere weg' – dus niet via toerekening op basis van zodanige banden – inzicht heeft verkregen in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer of (2) de nieuwe werkgever 'heeft getracht misbruik te maken van het identiteitsverschil tussen' beide werkgevers. De woorden 'langs andere weg' bieden ruimte voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap in situaties waarin de werknemer na een uitzendovereenkomst vervolgens een arbeidsovereenkomst met de voormalige inlener sluit.⁵⁴ De tweede variant – misbruik van het identiteitsverschil – biedt wellicht ruimte voor bijzondere uitleenconstructies waarin bijvoorbeeld de huidige uitlener niet aan de vorige uitlener is gelieerd en de rechter wel van oordeel is dat misbruik wordt gemaakt van het identiteitsverschil tussen beide uitleners (een situatie waarin de toepassing van het zodanigebandencriterium gekunsteld zou zijn).⁵⁵

52 P.L.M. Schneider, 'Het loondoorbetalingsbeding, het proeftijdbeding en het concurrentiebeding in de Wet werk en zekerheid', *TAP* 2014/2, acht het in een dergelijke situatie een 'onlogische exercitie (...) om nog eens te toetsen of het inzicht van de formele werkgever aan de materiële werkgever' kan worden toegerekend.

53 HR 13 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0331, *NJ* 1992/130 (*Dingler/Merkelbach*). Volgens de Hoge Raad blijft wel vereist dat zowel tijdens de uitzendperiode als de latere arbeidsovereenkomst met de voormalige inlener dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden van de werknemer worden verlangd. De latere uitspraak van Rb. Zwolle 18 maart 1992, ECLI:NL:RBZWO:1992:AG0260, *JAR* 1992/31, inhoudende dat een beroep op de proeftijdjurisprudentie van de Hoge Raad moet worden verworpen omdat tussen het uitzendbureau en de werkgever geen zodanige banden bestonden, is onjuist. De rechtbank had naar alle waarschijnlijkheid nog geen kennis genomen van het arrest van 13 september 1991. Ktr. Zaandam 17 februari 1994, ECLI:NL:KTGZAA:1994:AG0658, *JAR* 1994/96, en Rb. Arnhem 13 mei 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ3854, *JAR* 2009/175, beoordeelden uitsluitend de aard van de werkzaamheden nadat de werknemer eerst via een uitzendbureau voor de werkgever had gewerkt.

54 Ter illustratie: Rb. Limburg 3 juni 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:4423, maakte bij eenzelfde doorstart na een faillissement zelfs onderscheid tussen enerzijds werknemers bij wie via het zodanigebandencriterium inzicht kon worden toegerekend aan de nieuwe werkgever, en anderzijds werknemers bij wie door de nieuwe werkgever via een andere weg zelf dat inzicht was verkregen (dit betrof de bodemzaak van het kort geding Rb. Limburg 21 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:9106, *Prg.* 2014/36). Een ander voorbeeld: Rb. Midden-Nederland 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7344, oordeelde dat bij een doorstart na faillissement niet was gebleken van zodanige banden tussen de oude en de nieuwe werkgever, maar de nieuwe werkgever had wel 'langs een andere weg zelf inzicht (...) gekregen in de hoedanigheden en geschiktheid van' de werknemer. De werkgever had zich namelijk verdiept in de organisatie en gesprekken gevoerd met de werknemer en daardoor 'onmiskenbaar inzicht verkregen in de competenties en vaardigheden van' de werknemer.

55 Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2683, oordeelde overigens dat tussen twee uitleners zodanige banden bestaan, omdat de werknemer op verzoek van de inlener zijn

Nadere interpretatie zodanigebandencriterium

De vaststelling van zodanige banden is in concrete gevallen niet (altijd) eenvoudig. De banden tussen beide werkgevers lijken bijvoorbeeld strikter te moeten zijn dan bijvoorbeeld 'de overgang, ten gevolge van een overeenkomst' als bedoeld in artikel 7:662 lid 2 onder b BW. De ruime interpretatie van het begrip 'overeenkomst' in de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie sluit bijvoorbeeld een overgang van een onderneming bij een aanbesteding geenszins uit, terwijl het arrest *Van Tuinen/Wolters* bevestigt dat bij een aanbesteding in beginsel geen sprake is van zodanige banden.⁵⁶ De winnaar van een aanbesteding (de nieuwe werkgever) is in veel gevallen niet meer dan een concurrent van de verliezer (de vorige werkgever).⁵⁷ Dezelfde activiteiten en een overname van personeel zijn niet voldoende.⁵⁸ Tegelijkertijd omvat het zodanigebandencriterium ook weer situaties die niet kunnen worden beschouwd als een overgang van onderneming. De Wolff merkt bijvoorbeeld op dat de regeling omtrent een overgang van onderneming geen bescherming biedt indien werknemers verschuiven binnen een concern, maar dat in een dergelijk geval wel sprake is van opvolgend werkgeverschap.⁵⁹

werkzaamheden voortzet via een andere inlener. Waar die zodanige banden tussen beide werkgevers uit bestaan, blijft in deze zaak onduidelijk. Ook Rb. Limburg 24 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1729, overwoog dat tussen twee uitzendbureaus zodanige banden bestaan, maar in die zaak waren de uitzendbureaus aan elkaar gelieerd. Volgens Rb. Gelderland 31 augustus 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4114, moet aan de werkgever (zijnde de voormalige inlener) worden toegerekend dat hij inzicht heeft verkregen in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, gelet op de voorafgaande inleenovereenkomst. De Rechtbank Gelderland noemt weliswaar het woord 'toerekening', maar lijkt uit te gaan van een situatie waarin toerekening niet nodig is omdat de werkgever het inzicht tijdens de inleenovereenkomst zelf heeft verkregen.

56 Vergelijk HvJ EG 19 mei 1992, ECLI:EU:C:1992:220, C-29/91, NJ 1992/476 (*Dr. Sophie Redmond Stichting*).

57 Zie ook de lagere gepubliceerde rechtspraak rondom de zaak *Van Tuinen/Wolters*: 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 (anders: Rb. Leeuwarden 11 november 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BK9351, JAR 2010/6). En van latere datum: Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6089, in het bijzonder rechtsoverweging 5.4; Rb. Rotterdam 27 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2008; Hof Arnhem-Leeuwarden 28 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7838, in het bijzonder rechtsoverweging 5.6 (alleen door de werking van een cao-bepaling was de opvolgende werkgever verplicht een arbeidsovereenkomst met de werknemer te sluiten, maar dat is onvoldoende om zodanige banden aan te nemen).

58 Zo blijkt ook uit Rb. Noord-Holland 4 mei 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3807 (tussenbeschikking: Rb. Noord-Holland 16 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3806).

59 D.J.B. de Wolff, 'Opvolgend werkgeverschap: onduidelijkheid blijft', *ArbeidsRecht* 2013/41. In gevallen waarin de werkgevers via dezelfde aandeelhouders, bestuurders of leidinggevendenden aan elkaar gelieerd zijn, blijken de meeste rechters snel geneigd te concluderen dat sprake is van zodanige banden, zo blijkt uit gepubliceerde lagere rechtspraak (Hof Den Bosch 9 oktober 1990, ECLI:NL:GHSHE:1990:AL1978, Prg. 1991/3446; Hof Leeuwarden 26 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW9837, JAR 2012/206; Hof Leeuwarden 10 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX1976, JAR 2012/242 (contractuele functie en werklocatie waren hetzelfde gebleven en dezelfde directeur sloot de arbeidsovereenkomsten namens beide werkgevers); Rb. Amsterdam 12 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ2403; Rb. Midden-Nederland 1 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ6335 (één ondernemer dreef twee ondernemingen); Hof Amsterdam 25 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2350, JAR 2013/2010; Rb. Gelderland 1 augustus 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5590, JAR 2014/218; Rb. Midden-Nederland

Het probleem is dat het zodanigebandencriterium de ruimte biedt voor een volledig vrije interpretatie. Verschillende auteurs hebben geprobeerd die vrije ruimte in te vullen. Zo heeft Van der Pijl een gezichtspuntencatalogus opgesteld. Die gezichtspunten richten zich uitsluitend, althans in het bijzonder, op doorstartsituaties. Volgens Van der Pijl wegen de volgende factoren mee bij het zodanigebandencriterium, namelijk: (a) de betrokkenheid van bestuurder/aandeelhouder van de gefailleerde werkgever bij de doorstarter, (b) de verschillende werkgevers zijn geen voormalige concurrenten, (c) de doorstart is voorbereid, (d) de leidinggevende van de werknemer gaat mee over naar de nieuwe werkgever, (e) de personeelsfunctionarissen gaan mee over van de oude op de nieuwe werkgever, en (f) vertegenwoordigers van de oude werkgever zijn betrokken bij de sollicitatieprocedures dan wel selectie van de werknemers door de doorstarter.⁶⁰ Van Haelst schrijft dat indien de tot aanstelling bevoegde functionaris bij de nieuwe werkgever reeds inzicht verkreeg in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer gedurende zijn arbeidsovereenkomst bij zijn vorige werkgever, sprake zou moeten zijn van opvolgend werkgeverschap.⁶¹ Bouwens schreef dat sprake zou moeten zijn van opvolgend werkgeverschap ingeval in feite dezelfde ondernemer de onderneming na faillissement voortzet, althans overneemt, maar niet als een willekeurige derde de onderneming overneemt.⁶² De vraag is of deze suggesties inderdaad meer handvatten bieden. Ook met deze aanvullende gezichtspunten blijft immers de meer principiële vraag – waarom eigenlijk ‘zodanig banden’? – onbeantwoord. Een nadere uitleg van het zodanigebandencriterium lijkt een onmogelijke opgave zonder een antwoord op die meer principiële vraag. De woorden ‘zodanige banden’ wijzen op zichzelf namelijk niet in een specifieke richting. Het zodanigebandencriterium roept juist vragen op. Is bijvoorbeeld geen sprake van opvolgend werkgeverschap

27 augustus 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6139, *JAR* 2014/285; Hof Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:476 (zodanige banden waren aanwezig, omdat – onder meer – de werknemer bij de wisselende werkgevers telkens dezelfde leidinggevende had en die leidinggevende ook steeds als bestuurder een centrale rol speelde)). Een winkel-in-winkelconcept, waarbij een werkgever een winkel heeft binnen een winkel van een andere werkgever, was volgens Rb. Utrecht 12 juli 2004, ECLI:NL:RBUTR:2004:AR3837, *JAR* 2004/230, daarentegen onvoldoende voor toerekening van kennis van de ene werkgever aan de andere werkgever. Soms kijkt de rechter concreet naar de wijze waarop de overstap plaatsvindt, om vervolgens te concluderen dat zodanige banden tussen beide werkgevers bestaan. Zo achtte de Rechtbank Rotterdam bij een werkgeverswissel binnen concern onder meer doorslaggevend voor de aanwezigheid van zodanige banden, dat (1) de leidinggevende van de voormalige werkgever nauw betrokken was bij de overstap naar de nieuwe werkgever en (2) de nieuwe werkgever kennelijk volledig vertrouwde op de referentie van die leidinggevende, aangezien de nieuwe werkgever zelf geen selectiegesprekken voerde (Rb. Rotterdam 13 september 2016, *JAR* 2016/260). Voordat het zodanigebandencriterium door de Hoge Raad in *Van Tuinen/Wolters* van toepassing werd verklaard op artikel 7:668a lid 2 BW, leken rechters in relatie tot de ketenregeling al impliciet te toetsen of tussen beide werkgevers zodanige banden bestaan (Rb. Amsterdam 30 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO0119, *JAR* 2010/237 (een grensoverschrijdende concernverhouding); Rb. Maastricht 2 november 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BW8463, *Prg.* 2012/201 (‘Specsavers presenteert zich naar buiten toe als zijnde één grote organisatie’, aldus de rechtbank)).

60 J. van der Pijl, ‘Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?’ *Arbeids-Recht* 2013/38.

61 M.A. van Haelst, ‘Reikwijdte “opvolgend werkgeverschap” na Van Tuinen-arrest’, *TAP* 2012, p. 263. Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Opvolgend werkgeverschap’, *Ars Aequi* 2012, p. 937.

62 W.H.A.C.M. Bouwens, *Opvolgend werkgeverschap en faillissement*, *SMA* 2007-3, p. 101-108.

indien een willekeurige derde – een investeerder – na een zeer beperkt onderzoek de onderneming volledig intact van een failliete werkgever overneemt en ongewijzigd voortzet? Tussen de investeerder en de failliete werkgever bestond tot kort vóór de overname geen enkele band, maar de werknemer blijft na de overname wel werkzaam binnen dezelfde arbeidsorganisatie en voor dezelfde klanten. Als deze werknemer feitelijk voor hetzelfde management werkzaam blijft, is op zijn minst opmerkelijk dat diezelfde manager de dag na de overname van de onderneming de werknemer tijdens een nieuw bedongen proeftijd mag ontslaan. En zou het antwoord anders zijn als deze investeerder wel een uitvoerig onderzoek heeft verricht en de directie van de failliete werkgever in een vroeg stadium is betrokken? Een prudente investeerder zou op die manier worden ‘afgestraft’, want hij krijgt door de eerdere dienstjaren van de werknemers een potentiële schuld in zijn schoot geworpen. Zonder een nadere toelichting van de Hoge Raad blijft onzeker in welke gevallen bij een doorstartsituatie sprake is van opvolgend werkgeverschap. Veel rechtbanken en hoven zijn in elk geval van oordeel dat bij een (vrijwel ongewijzigde) doorstart van de activiteiten na faillissement – als zodanig – nog niet is voldaan aan het zodanigebanden criterium, zo blijkt uit de gepubliceerde rechtspraak.⁶³

63 Rb. Amsterdam 28 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529, JAR 2013/182 (geen opvolgend werkgeverschap, want: (1) voortzetting van exploitatie is als zodanig onvoldoende, (2) de directeur, tevens eigenaar van de nieuwe werkgever, had geen specifieke kennis van de vorige werkgever, (3) de vorige werkgever behoorde niet tot hetzelfde concern, en (4) gesteld noch gebleken was dat de voormalige directeur van de gefailleerde werkgever aanwezig was geweest bij het sollicitatiegesprek van de werknemer bij de nieuwe werkgever, of op een andere wijze voorafgaand aan de indiensttreding inhoudelijk met de nieuwe werkgever had gesproken over de werknemers); Rb. Amsterdam 13 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA1389, JAR 2013/147 (ook strikte toets: werknemer moet stellen en bij betwisting bewijzen dat de werkgever inzicht had in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer of heeft getracht misbruik te maken van het identiteitsverschil); Rb. Limburg 21 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:9106, *Prg.* 2014/36; Hof Den Bosch 28 januari 2014, ECLI:GHSHE:2014:172, JIN 2014/28 (het hof toetst naast de vraag of de activiteit is voortgezet ook of de ondernemer banden had met de vorige – inmiddels gefailleerde – werkgever); Rb. Midden-Nederland 2 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1755, JAR 2014/152 (opvolgend werkgeverschap, want twee directeurs van de failliet maakten een doorstart met een deel van de activa in een nieuwe rechtspersoon en de desbetreffende werknemer ging dezelfde werkzaamheden verrichten); Rb. Noord-Nederland 24 juli 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4628, JAR 2014/233; Rb. Limburg 3 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7732, JAR 2014/251; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4977, JAR 2016/192 (de betrokkenheid van een directeur van de voormalige werkgever bij de selectie van het personeel na een doorstart is onvoldoende om zodanige banden tussen beide werkgevers aan te nemen – hoger beroep van: Rb. Gelderland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190, JAR 2016/48); Hof Den Haag 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3001, JAR 2016/298 (zodanige banden aanwezig, omdat de directeur van de vorige werkgever (1) al 34 jaar met de werknemer samenwerkte, (2) de laatste vier jaar vanuit zijn functie inzicht in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer had, (3) voorafgaand aan het faillissement al oriënterend met de koper had gesproken – dus mocht worden aangenomen dat hij ook betrokken was bij de doorstart, (4) een lijst van relevante projecten en werknemers heeft verstrekt aan koper en (5) aanwezig was bij het aanbieden van de arbeidsovereenkomsten); Hof Den Bosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:859 (sprake van zodanige banden, omdat: (1) kort voorafgaande aan het faillissement al vergaande overnamegesprekken waren gevoerd en toen ook het personeel onderwerp van gesprek is geweest, (2) de activa en een groot deel van het personeel zijn overgenomen, (3) de gesloten arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht is ingegaan, (4) met de werknemer geen sollicitatiegesprek is gevoerd en (5) de werknemer op dezelfde locatie werkzaamheden is blijven verrichten); Hof 's-Hertogenbosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:

Samenvattend

Indien moet worden beoordeeld of een werkgeverswissel die plaatsvond voor 1 juli 2015 kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap lijkt voor het merendeel van alle regelingen het zodanigebandencriterium relevant. Mogelijke uitzonderingen gelden voor het afspiegelingsbeginsel en afwijkingen op grond van cao's (afwijkingen op grond van cao's zijn uitsluitend mogelijk bij de ketenregeling en de termijnen voor uitzendkrachten). Vanaf 1 juli 2015 is het zodanigebandencriterium alleen blijven gelden bij de proeftijdregeling en wellicht ook bij de Wet flexibel werken en de termijnen voor uitzendkrachten (en via een schakelbepaling bij de wachttijd en drempelperiode voor pensioenopbouw). Vooral in relatie tot de termijnen voor uitzendkrachten bestaan echter goede argumenten voor het standpunt dat de nieuwe maatstaf (en dus niet het zodanigebandencriterium) geldt voor werkgeverswissels die plaatsvonden op of na 1 juli 2015.

De keuze voor het zodanigebandencriterium is overigens niet gebaseerd op overtuigende (inhoudelijke) argumenten. Ten eerste, het criterium is nauw verbonden met de proeftijdregeling en voor andere regelingen is de toepasselijkheid van dit criterium minder goed te rechtvaardigen. Ten tweede, de Hoge Raad lijkt met het zodanigebandencriterium wellicht alleen een (zeer belangrijk) gezichtspunt te willen bieden, maar geen universeel criterium dat van toepassing is onder alle omstandigheden. Ten derde, het criterium geeft weinig richting (vooral bij uitzendconstructies is de toepassing van het criterium gekunsteld en bij een doorstart na faillissement is volstrekt onduidelijk wanneer sprake is van zodanige banden). Het zodanigebandencriterium kan beter worden afgeschaft (althans worden vervangen voor een geschikter criterium).

3.3.2 *Aanleidingscriterium of 'werknemer is zijn werk gevolgd'*

Opvatting regering

De wetgever heeft het zodanigebandencriterium bij veel regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt per 1 juli 2015 vervangen voor een toets die vaak kortheidshalve wordt aangeduid als het 'aanleidingscriterium'. Alleen voor de proeftijdregeling en mogelijk ook de Wet flexibel werken en de termijnen voor uitzendkrachten (alsmede via een schakelbepaling: de wachttijd en drempelperiode voor pensioenopbouw) blijft het zodanigebandencriterium gelden. De regering gaf in een nota van wijziging de volgende toelichting op het aanleidingscriterium:

GHSHE:2017:3681, JOR 2017/310; Rb. Limburg 2 februari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:1079 (voor de vaststelling van zodanige banden is relevant of de nieuwe werkgever toegang had tot de gegevens van de werknemer via de oude werkgever); Rb. Rotterdam 31 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8047 (wel sprake van zodanige banden via bestuurder); Hof Amsterdam 11 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3454 (wel sprake van zodanige banden, want gelieerde vennootschap neemt bedrijf over en directeur van gelieerde vennootschap had voorafgaande aan de doorstart al met het gefailleerde bedrijf en de werknemer te maken gehad). Zie ook Rb. Den Bosch 10 augustus 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AR2586, JAR 2004/213 (zodanige banden werden niet uitdrukkelijk genoemd, maar er was een doorstart na een faillissement, waarbij dezelfde werkzaamheden op dezelfde locatie met dezelfde collega's werden uitgevoerd en onder verantwoordelijkheid van dezelfde directie – daarom was het proeftijdbeding niet geldig).

(...) Bij nader inzien is de regering tot de conclusie gekomen dat de invulling die in deze jurisprudentie [*te weten: Van Tuinen/Wolters, toevoeging SP*] gegeven wordt aan het opvolgend werkgeverschap voor de toepassing van de ketenbepaling (en in het verlengde daarvan de bepaling met betrekking tot de transitievergoeding) te beperkt is. De regering is van mening dat voor de ketenbepaling ook sprake moet zijn van opvolgend werkgeverschap, als bijvoorbeeld het werk van een werknemer overgaat naar een andere werkgever, anders dan bij overgang van onderneming (waarbij de arbeidsovereenkomst immers in stand blijft). De situatie dat een concessie wordt verleend aan een andere werkgever en de werknemer "meeverhuist" naar de nieuwe werkgever, doet zich met enige regelmaat voor. Gelet op het doel van de ketenbepaling, namelijk dat een werknemer na zekere tijd, of een aantal tijdelijke contracten, moet kunnen beschikken over de zekerheid van een vast contract, is het, in het licht van jurisprudentie, wenselijk uitdrukkelijk te bepalen dat om als opvolgend werkgever te worden aangemerkt in het kader van de ketenbepaling en de transitievergoeding geen inzicht hoeft te bestaan in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. In het verlengde van de aanpassing van de ketenbepaling zal voor de transitievergoeding dezelfde regeling gelden, zodat in het gegeven voorbeeld de opbouw van de transitievergoeding doorloopt bij de nieuwe werkgever. Als bij de overgang naar de opvolgende werkgever reeds een transitievergoeding is betaald, dan kan deze, op grond van het voorgestelde artikel 7:673, vijfde lid, BW overigens wel in mindering gebracht worden op een eventueel op enig moment door de opvolgend werkgever te betalen transitievergoeding.

Voorts merkt de regering op dat constructies om de bepaling betreffende het opvolgend werkgeverschap te omzeilen, met de voorgestelde wijziging worden bestreden. Bij dat laatste wordt onder meer gedacht aan constructies waarin een werknemer na een dienstverband bij een werkgever, via een derde weer bij diezelfde werkgever, of bij een aan hem gelieerde BV aan de slag gaat.

Aldus wordt voorgesteld in artikel 7:668a, tweede lid, BW en in artikel 7:673, vierde lid, onderdeel b, BW (...) te regelen dat ook sprake is van het doorlopen van de keten respectievelijk de opbouw van de transitievergoeding, als de opvolgende werkgever geen inzicht heeft in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. Er hoeven niet zodanige banden te bestaan tussen de opvolgende werkgevers, dat deze kennis over de werknemer beschikbaar is. Dit neemt niet weg dat er wel een aanleiding moet zijn waardoor de werknemer van de oude naar de nieuwe werkgever overgaat. Dit verband zal er vaak zijn als de aanleiding van het overgaan van de oude naar de nieuwe werkgever ingegeven is door een organisatorische of andere wijziging die zich bij een van de werkgevers voordoet. Dit is bijvoorbeeld aan de orde als de werknemer eerst als uitzendkracht voor een werkgever werkt, om vervolgens bij diezelfde werkgever in dienst te treden. Maar ook als een concessie wordt verleend aan de nieuwe werkgever, of een opdracht die eerder door de oude werkgever werd vervuld wordt aanbesteed aan de nieuwe werkgever, als gevolg waarvan de werknemer in dienst komt bij die nieuwe werkgever, is sprake van een aanleiding die bij de opvolgende werkgevers ligt. Dit is in het nieuw voorgestelde artikellid verrat doordat bepaald wordt dat de werkgevers redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn ten aanzien van de verrichte arbeid. Daarin is tevens verrat dat de werknemer bij de opvolgende werkgever vergelijkbare arbeid dient te gaan verrichten. Van opvolgend werk-

geverschap is uiteraard geen sprake als de werknemer op eigen initiatief dezelfde arbeid bij een nieuwe werkgever gaat verrichten. De aanleiding voor het overgaan naar een nieuwe werkgever is dan immers niet gelegen bij een van de werkgevers.⁶⁴

De regering merkte ter nadere toelichting het volgende op:

‘Voorts merkt de regering (...) op (...) dat er alleen sprake kan zijn van opvolgend werkgeverschap, als de overgang van de ene naar de andere werkgever het gevolg is van een situatie die voortvloeit uit het handelen van één of beide werkgevers. De aanleiding voor de overgang van de ene naar de andere werkgever ligt dan bij de werkgever. Concreet is daarbij gewezen op de situatie waarin een werknemer eerst als uitzendkracht voor een werkgever werkt om vervolgens bij diezelfde werkgever in dienst te treden. Ook is genoemd dat als een concessie wordt verleend aan de nieuwe werkgever, of een opdracht die eerder door de oude werkgever werd vervuld wordt aanbesteed aan de nieuwe werkgever, als gevolg waarvan de werknemer in dienst komt bij die nieuwe werkgever, sprake is van een aanleiding die bij de opvolgende werkgevers ligt en dus niet primair bij de werknemer. Dit betreft dus specifieke situaties waarin voorop staat dat het werk overgaat naar een andere werkgever en de werknemer het werk volgt. Daarmee is verduidelijkt dat als een werknemer vrijwillig besluit om de arbeidsovereenkomst met een werkgever op te zeggen en een arbeidsovereenkomst met een andere werkgever aan te gaan, zonder dat er sprake is van overgang van werkzaamheden, logischerwijs geen sprake is van opvolgend werkgeverschap, ook al is de aard van de door de werknemer te verrichten werkzaamheden niet anders dan bij zijn vroegere werkgever.’⁶⁵

Uit deze citaten blijkt dat de aanleiding van de werkgeverswissel altijd bij een of beide werkgevers moet liggen (anders is er geen sprake van opvolgend werkgeverschap). Bij een overstap op initiatief van de werknemer is aan dit aanleidingscriterium niet voldaan. Maar wanneer is sprake van een initiatief van de werknemer en wanneer ligt de aanleiding bij de werkgever? Van Slooten, Zaal en Zwemmer schrijven over deze overstap op eigen initiatief het volgende:

‘Dat is aan de orde wanneer de werknemer vrijwillig besluit de arbeidsovereenkomst met een werkgever op te zeggen en een arbeidsovereenkomst met een andere werkgever aangaat, ook al is de aard van de door de werknemer te verrichten werkzaamheden niet anders dan bij zijn vroegere werkgever. Is echter sprake van omstandigheden aan werkgeverskant die de aanleiding vormden van de indiensttreding bij de andere werkgever, dan is wel sprake van opvolgend werkgeverschap.’⁶⁶

Of een aanleiding al dan niet bij een van de werkgevers ligt, is niet altijd goed vast te stellen. Is bijvoorbeeld aan dit criterium voldaan ingeval een werknemer vanwege een

64 *Kamerstukken II 2013/14, 33818, 8, p. 14-15 (nota van wijziging). Dit standpunt is herhaald in Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 105 (MvA).*

65 *Kamerstukken II 2013/14, 33818, E, p. 4 (NV).*

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

reorganisatie boventallig wordt en vervolgens besluit over te stappen naar de concurrent om daar dezelfde soort werkzaamheden te verrichten, maar met nieuwe collega's en voor andere klanten? Verdedigbaar is dat de aanleiding voor de werkgeverswissel bij de eerste werkgever ligt, maar de vraag is of de regering dit scenario had willen aanmerken als opvolgend werkgeverschap. De werknemer verricht weliswaar hetzelfde werk, maar 'zijn' werk gaat niet over op de concurrent. Met 'zijn' werk wordt dan bedoeld: de werkzaamheden van een werknemer binnen een arbeidsorganisatie, met dezelfde middelen en voor dezelfde klanten. Een ander voorbeeld: hoe moet een situatie worden beoordeeld waarin een werknemer met een zeer aantrekkelijk aanbod wordt overgehaald over te stappen naar een concurrent om daar dezelfde werkzaamheden te gaan verrichten? De aanleiding voor de overstap ligt dan bij de nieuwe werkgever die graag een getalenteerde werknemer van de concurrent overneemt, zo kan worden betoogd. Maar ook dit scenario lijkt de regering niet voor ogen te hebben gehad.⁶⁷ De vraag is of de regering daadwerkelijk doorslaggevend acht of de aanleiding voor de werkgeverswissel bij een of beide werkgevers ligt. Volgens de regering – zo blijkt uit bovenstaande citaten – zou ook sprake moeten zijn van opvolgend werkgeverschap als 'bijvoorbeeld het werk van een werknemer overgaat naar een andere werkgever, anders dan bij overgang van onderneming' – anders gezegd: geen overgang van onderneming, maar een overgang van de arbeid van de werknemer. De toelichting van de regering lijkt derhalve te hinken op twee verschillende gedachten. Aan de ene kant lijkt te moeten worden beoordeeld of de aanleiding voor de overstap bij een of beide werkgevers ligt. Aan de andere kant dwingen de door de regering gegeven voorbeelden van opvolgend werkgeverschap tot een andere toets, namelijk of de werknemer 'zijn werk is gevolgd', dat wil zeggen: blijft de werknemer hetzelfde werk doen, met grotendeels dezelfde collega's en voor dezelfde klanten?

Nadere analyse nieuw criterium

De gepubliceerde rechtspraak geeft beperkte houvast. Zo overweegt de Rechtbank Oost-Brabant dat de aanleiding bij de opvolgende werkgever ligt, omdat de werknemer bekend was met de werkzaamheden en de ondernemer en daarom direct aan de slag kon.⁶⁸ Op grond van die overweging zou echter vrijwel elke overstap binnen een branche tot opvolgend werkgeverschap leiden. In een andere zaak was volgens de Rechtbank Midden-Nederland niet voldaan aan het aanleidingscriterium, omdat het werk niet is overgegaan en de nieuwe werkgever een willekeurige derde is.⁶⁹ Deze rechter toetst onder de noemer van het aanleidingscriterium in wezen of de werknemer zijn werk heeft gevolgd – en daarnaast of tussen beide werkgevers zodanige banden bestaan (terwijl het zodanigebanden criterium sinds de Wet werk en zekerheid

67 R.A. Koster-Mulder, 'Opvolgend werkgeverschap en de uitzendovereenkomst', *ArbeidsRecht* 2015/19, merkt naar aanleiding van de parlementaire geschiedenis van de Wet werk en zekerheid bijvoorbeeld op dat als een inlener een uitzendkracht verzoekt zijn uitzendovereenkomst op te zeggen om vervolgens bij de inlener in dienst te treden mogelijk geen sprake is van opvolgend werkgeverschap. Het initiatief tot beëindiging ligt dan namelijk bij de werknemer. Verdedigbaar is dat in het voorbeeld van Koster-Mulder de aanleiding voor de overstap echter nog steeds bij een van de werkgevers ligt, namelijk de opvolgende werkgever.

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

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

voor veel regelingen niet meer geldt). Ook in een ander voorbeeld van de Rechtbank Midden-Nederland komt duidelijk de gedachte naar voren dat sprake is van opvolgend werkgeverschap ingeval de werknemer zijn werk heeft gevolgd. De rechtbank acht in die zaak sprake van opvolgend werkgeverschap ex artikel 7:673 lid 4 BW, omdat de werknemer 'als het ware samen met de horecawerkzaamheden [is] meeverhuisd naar de nieuw opgerichte vennootschap'.⁷⁰

De interpretatie van het aanleidingscriterium als zijnde 'de werknemer is zijn werk gevolgd' maakt de beoordeling niet in alle gevallen eenvoudiger. Is een werknemer bij een werkgeverswissel als gevolg van een aanbestedingsprocedure zijn werk gevolgd, indien hij door de nieuwe werkgever in een andere regio wordt geplaatst en voor andere klanten gaat werken? En hoe zou bijvoorbeeld onder het huidige recht de zaak zijn beoordeeld, die zich voordeed bij het Hof Den Haag vóór de invoering van de Wet werk en zekerheid? Volgens het hof was in die zaak voldaan aan de criteria van artikel 7:668a lid 2 BW. Uit het proces-verbaal blijkt volgens het hof dat de inventaris en voorraad waren verkocht aan de nieuwe werkgever. De werknemer ging zich bij beide werkgevers bezighouden met de installatie van keukens. Maar vóór het faillissement verrichtte de werknemer installatiewerkzaamheden op bouwplaatsen en na het faillissement werkte de werknemer in opdracht van Bruynzeel bij particulieren aan de installatie van keukens. Volgens het hof ging het om dezelfde arbeid en was dus sprake van opvolgend werkgeverschap. Aan dat oordeel doet volgens het hof niet af dat de nieuwe werkgever in een andere branche actief was, er een andere cao van toepassing was en het klantenbestand niet gelijk bleef.⁷¹ Hoe zou deze casus op basis van het nieuwe recht worden beoordeeld? De aanleiding voor de werkgeverswissel ligt, zo is verdedigbaar, in deze casus bij de werkgevers. De nieuwe werkgever nam bovendien de voorraad en inventaris over. Maar volgt de werknemer nog wel zijn werk? Is sprake van een overgang van de arbeid van de werknemer? Wat rechtvaardigt in een dergelijke situatie opvolgend werkgeverschap? Het aanleidingscriterium biedt geen antwoord op die vraag. Dit criterium en de uitleg van de regering maken namelijk niet duidelijk *waarom* een werknemer bij een voortzetting van zijn werk extra bescherming verdient en een werknemer die 'noodgedwongen' bij een willekeurige derde vergelijkbare werkzaamheden gaat verrichten niet.

70 Rb. Midden-Nederland 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4724. In Rb. Midden-Nederland 25 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1864, wordt geen criterium genoemd, maar de werknemer heeft (waarschijnlijk) 'zijn' werk na het faillissement van de eerste werkgever voortgezet. Ook in Rb. Limburg 14 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5521, JAR 2017/175, lijkt de gedachte dat een werknemer zijn werk moet zijn gevolgd, leidend. Rb. Den Haag 3 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:5147, stelt in een kwestie omtrent artikel 7:688a lid 2 BW centraal of de werknemer op hetzelfde object als schoonmaker werkzaam is gebleven. En volgens Hof Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1761, is sprake van opvolgend werkgeverschap, omdat het hof tot uitgangspunt neemt dat de nieuwe werkgever het schoonmaakproject heeft overgenomen van de vorige werkgever en de werknemer tot de destijds overgenomen werknemers behoort.

71 Hof Den Haag 16 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM5878, RAR 2010/116.

Het 'volgen' van zijn werk lijkt er ook op te duiden dat de overgang van het werk niet door de werknemer zelf (actief) mag zijn beïnvloed, zo blijkt eveneens uit een zaak bij de Rechtbank Den Haag. In deze zaak overwoog de rechter dat de werknemer 'in feite zelf werk [heeft] meegenomen'. Hetzelfde werk voor dezelfde klanten – voor en na de werkgeverswissel – kan als zodanig volgens deze rechter nog niet worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap. Deze rechter acht dus tevens van belang of de oude dan wel nieuwe werkgever invloed heeft gehad op de overgang van de klanten.⁷²

Indien het aanleidingscriterium in alle gevallen op één lijn kan worden gesteld met 'het volgen van *zijn* werkzaamheden', leidt dit criterium naast een uitbreiding ten opzichte van de oude uitleg van opvolgend werkgeverschap tevens tot een beperking, namelijk bij een werkgeverswissel binnen een concern. Een werkgeverswissel binnen een concern leidde tot 1 juli 2015 in beginsel tot opvolgend werkgeverschap, mits de werknemer na de werkgeverswissel dezelfde *soort* werkzaamheden verricht. Maar stel nu dat deze werkzaamheden qua aard hetzelfde zijn, maar voor andere klanten en binnen een ander bedrijfsonderdeel. De werknemer is dan niet met zijn werk 'meeverhuisd' (zijn oude positie bij de vorige – gelieerde – werkgever wordt na zijn overstap in veel gevallen door iemand anders vervuld). De werknemer heeft niet *zijn* werkzaamheden gevolgd. De werkgeverswissel binnen het concern leidt dan niet tot opvolgend werkgeverschap. Indien het aanleidingscriterium inderdaad tot deze beperking van het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap zou leiden, is dat mogelijk in strijd met de bedoeling van de wetgever. De parlementaire geschiedenis van de Wet werk en zekerheid wijst namelijk slechts op een beoogde uitbreiding van het toepassingsbereik en niet op een beperking.⁷³

De nieuwe maatstaf en faillissement

Wat zijn de gevolgen van het nieuwe aanleidingscriterium voor de beoordeling van een doorstart door een nieuwe werkgever na faillissement van de vorige werkgever? Bij een doorstart door een nieuwe werkgever na een faillissement van de vorige werkgever was – en is – moeilijk vast te stellen wanneer sprake is van zodanige banden. Is dat met het aanleidingscriterium anders? Over faillissementssituaties merkt de regering tijdens de parlementaire behandeling onder meer het volgende op:

'Als de werknemer voor het faillissement een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had, dan ontstaat bij het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met dezelfde werkgever na een doorstart een nieuwe keten. Artikel 668a, eerste lid, BW ziet immers alleen op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

⁷² RB. Den Haag 4 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:5187, JAR 2018/172.

⁷³ F.G. Laagland & I. Lintsen, 'Werkgeverschap in concernverhoudingen', TRA 2016/13, schrijven overigens dat de woorden 'ten aanzien van de verrichte arbeid' reeds meebrengen dat de werknemer dezelfde werkzaamheden binnen dezelfde organisatiestructuur moet verrichten. Hetzelfde *soort* werk is nooit voldoende, ook niet bij een overstap binnen een concern. R.M. Beltzer & S. Schmeetz, 'Herplaatsing binnen het concern', TvO 2017-2, p. 66-67, volgen het standpunt van Laagland en Lintsen niet.

Opgemerkt wordt hierbij dat de werkgever die een doorstart maakt na faillissement veelal aangemerkt zal kunnen worden als derde, die opvolgend werkgever is, bijvoorbeeld omdat na faillissement een nieuwe organisatie wordt opgericht. In een dergelijke situatie van opvolgend werkgeverschap, vloeit uit artikel 7:668a, tweede lid, BW voort dat de keten niet doorbroken wordt als een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt aangegaan met een opvolgend werkgever. In die situatie is niet relevant of de voorafgaande arbeidsovereenkomst een overeenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde tijd was, zodat ook de duur van de eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd meetelt voor het berekenen van de termijn waarna (wederom) een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.⁷⁴

Houweling concludeert (mede) op basis van de eerste volzin van dit citaat en het feit dat een faillissement 'tot doel heeft af te rekenen met alle oude rechten', dat er argumenten zijn dat opvolgend werkgeverschap in relatie tot faillissementssituaties nog steeds eng moet worden uitgelegd.⁷⁵ Het citaat biedt echter ook ruimte voor een andere interpretatie. De regering lijkt met het woord 'derde' een onderscheid te hebben willen maken met de situatie waarin *dezelfde* (formele) werkgever een doorstart maakt. Daarnaast vermeldt het citaat dat die derde 'opvolgend werkgever is' (en niet: *indien* die derde een opvolgende werkgever is), en dat '[i]n een dergelijke situatie van opvolgend werkgeverschap' artikel 7:668a lid 2 BW van toepassing is. In combinatie met (1) het loslaten van het zodanigebandencriterium, (2) het accent op de overgang van het werk van de werknemer alsmede (3) het al oudere arrest *Boekenvoordeel/Isik* (waarin de Hoge Raad de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW bij een faillissement uitdrukkelijk niet uitsloot), duidt dit citaat van de regering eerder op een bevestiging dat bij een doorstart na faillissement in beginsel sprake is van opvolgend werkgeverschap. Wel is opvallend dat de regering tijdens de parlementaire behandeling voornamelijk (en herhaaldelijk) de concessiewissel aanhaalt als het voorbeeld van de uitbreiding van opvolgend werkgeverschap en de rechtspraktijk voor wat betreft faillissementen achterlaat met een nogal cryptische toelichting.⁷⁶ Wellicht dat de regering om poli-

⁷⁴ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 4 (NV).

⁷⁵ A.R. Houweling, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, 72 BW Boek 7, art. 668a, C.2 (online, bijgewerkt 1 oktober 2016). Ook (maar iets genuanceerder): A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 304.

⁷⁶ In de literatuur lijken de meeste auteurs tot uitgangspunt te nemen dat onder de Wet werk en zekerheid in vrijwel alle doorstartsituaties sprake is van opvolgend werkgeverschap voor wat betreft de ketenregeling en transitievergoeding: S. Jansen & S.W.G. Wolters, 'Wet Werk en Zekerheid: arbeidsrechtelijke veranderingen met gevolgen voor de insolventiepraktijk', *FIP* 2014/368; C.J.H. de Groot, 'De flexmaatregelen van de Wet werk en zekerheid', *TAP* 2014/267; P.R.W. Schaink, 'Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter', *TvI* 2015/16; J. van der Pijl, 'De Wet werk en zekerheid en de gevolgen voor de insolventierechtspraktijk', *TvI* 2015/22; D.B.M. Pinedo & 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', *TvI* 2017/2. De gepubliceerde rechtspraak vanaf 1 juli 2015 lijkt ook van een ruime toepassing uit te gaan: Rb. Midden-Nederland 21 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4242, *JAR* 2016/219; Rb. Oost-Brabant 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4849, *Prg.* 2016/268. Ter volledigheid: voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap is niet relevant dat de gefailleerde werkgever geen transitievergoeding is verschuldigd op grond van artikel 7:673c BW. De opbouw van de transitievergoeding loopt ook door na een door-

tieke redenen ten aanzien van faillissementssituaties geen eenduidig antwoord kon of wilde geven.⁷⁷ In ieder geval ontbreekt in de parlementaire geschiedenis een goede motivering waarom wel sprake is van opvolgend werkgeverschap bij doorstartsituaties.

Resumé

De wetgever heeft geen duidelijk signaal afgegeven met de opmerking dat de aanleiding voor de werkgeverswissel bij één of beide werkgevers moet liggen. De aanleiding is in de praktijk niet altijd eenvoudig vast te stellen. De parlementaire geschiedenis biedt argumenten voor het standpunt dat de regering in wezen vereist dat de werknemer 'zijn' werk is blijven uitvoeren (en dat de aanleiding voor de werkgeverswissel niet althans minder relevant is). Maar wat precies met 'zijn' werk wordt bedoeld, is niet duidelijk. Mogelijk gaat het om de werkzaamheden van een werknemer binnen een bestaande arbeidsorganisatie, met dezelfde middelen en voor dezelfde klanten. In het hoofdstuk 4 komt de vraag aan bod of – op basis van een analyse van de ratio van opvolgend werkgeverschap en de regelingen waar opvolgend werkgeverschap wordt toegepast – een andere uitleg mogelijk is.

3.3.3 *Employability-beleid*

Waarom eigenlijk een aparte variant?

Een aparte – aanvullende – variant van opvolgend werkgeverschap geldt voor het afspiegelingsbeginsel, zoals vastgelegd in artikel 11 en verder Ontslagregeling. Het afspiegelingsbeginsel bepaalt bij bedrijfseconomisch ontslag de ontslagvolgorde aan de hand van de duur van de arbeidsovereenkomst en de leeftijd van de werknemers binnen een categorie uitwisselbare functies. Artikel 15 lid 3 Ontslagregeling bevat een uitbreiding van opvolgend werkgeverschap indien sprake is van een *employability*-beleid binnen een concern. Deze variant geldt in aanvulling op de Wet werk en zekerheid-variant van opvolgend werkgeverschap. Sinds 1 juli 2016 bepaalt artikel 15 lid 3 Ontslagregeling dat arbeidsovereenkomsten eveneens geacht worden elkaar te hebben opgevolgd als de werknemer:

start van de onderneming. Artikel 7:673c BW verbreekt opvolgend werkgeverschap niet (aldus ook: Rb. Gelderland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190, JAR 2016/48; Rb. Midden-Nederland 21 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4242, JAR 2016/219; Rb. Gelderland 3 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6642, JAR 2016/290).

77 Na invoering van de Wet werk en zekerheid heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid overigens als antwoord op Kamervragen zonder enige terughoudendheid bevestigd dat bij een doorstart na faillissement sprake is van opvolgend werkgeverschap voor wat betreft de ketenregeling en transitievergoeding (*Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, 14). Eerder – maar ook na invoering van deze wet – had de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport zich overigens in een brief van 16 december 2015 iets genuanceerder uitgelaten (*Kamerstukken II* 2015/16, 23235, 122). Deze toelichtingen zijn echter niet voorafgaande aan de aanvaarding van het wetsvoorstel beoordeeld door de volksvertegenwoordiging en kunnen daarom niet op democratische gronden meewegen bij de uitleg van de Wet werk en zekerheid.

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

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

‘De ratio van deze bepaling is hierin gelegen dat er concerns zijn die een employability-beleid voeren waarbij van de werknemer in beginsel wordt verwacht dat zij regelmatig van functie veranderen. Het is in dat geval redelijk om eerdere dienstverbanden binnen dezelfde groep mee te tellen bij de berekening van de duur van het dienstverband ook als er geen sprake is van elkaar ten aanzien van de arbeid opvolgende werkgevers.’⁷⁸

Uit de tekst van de Ontslagregeling en de toelichting van de minister blijkt dat deze derde variant van opvolgend werkgeverschap ziet op de overstap naar een *andere* functie binnen een groep. Deze *employability*-variant van opvolgend werkgeverschap roept een drietal vragen op.

De eerste vraag: waarom geldt deze variant van opvolgend werkgeverschap eigenlijk alleen voor de Ontslagregeling en niet voor alle andere regelingen waar opvolgend werkgeverschap wordt toegepast? Die beperking overtuigt niet. De parlementaire geschiedenis biedt zelfs een tegenargument. Al tijdens de parlementaire geschiedenis van de wet van 17 december 1953 (waarbij opvolgend werkgeverschap is geïntroduceerd) kwam de werkgeverswissel binnen een concern aan de orde. De vaste commissie van de Tweede Kamer vroeg de regering toen het volgende:

‘Ongetwijfeld behoort ook indien de arbeider achtereenvolgens bij verschillende van zulke maatschappijen werkt, één dienstbetrekking aanwezig geacht te worden. Zijn zij echter ten aanzien van de verrichte arbeid elkanders rechtsopvolgers? Ware het trouwens niet juist te lezen: ten aanzien van het dienstverband?’⁷⁹

De regering erkende dat de woorden ‘ten aanzien van de verrichte arbeid’ geen fraai Nederlands betroffen, maar vond de gekozen woorden wel duidelijk. In de memorie van antwoord bij deze wet schrijft de regering:

‘Dienstbetrekkingen bij verschillende maatschappijen van één concern zullen doorgaans geacht worden onder het bepaalde in artikel 1639k lid 1, sub b te vallen. Er wordt gesproken van “redelijkerwijze”. Dit zal met name het geval zijn wanneer de arbeider met instemming van alle partijen van de ene maatschappij naar een andere van hetzelfde concern overgaat. Doch wanneer de arbeider ontslagen wordt en toevallig een nieuwe dienstbetrekking vindt bij een andere maatschappij van hetzelfde concern, zal er niet van een ononderbroken

78 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000102290, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding (Ontslagregeling), *Stcrt.* 2015, 12685.

79 *Kamerstukken II* 1949/50, 881, 4, p. 22 (VV).

dienstbetrekking worden gesproken. De woorden “ten aanzien van de verrichte arbeid”, hoewel zij wellicht geen fraai Nederlands zijn, schijnen de ongetekende duidelijk.⁸⁰

Deze toelichting steunt het betoog dat een overstap binnen een concern kan leiden tot opvolgend werkgeverschap ongeacht de werkzaamheden voor en na de overstap. De regering achtte – toentertijd – slechts van belang dat de overstap het gevolg is van de instemming van alle partijen. Anders gezegd, de oorspronkelijke variant van opvolgend werkgeverschap omvat mogelijk al een wisseling van werkgever *en* functie binnen een concern. Pas decennia later is op grond van weinig overtuigende argumenten het dezelfdewerkzaamheden criterium in de formulering van opvolgend werkgeverschap ‘ingelezen’. Daarom is zeer goed verdedigbaar dat deze aanvullende variant van opvolgend werkgeverschap ook voor andere regelingen geldt, althans zou moeten gelden.⁸¹

De tweede vraag heeft betrekking op het vereiste dat in een beleid is vastgelegd dat van de werknemer in beginsel wordt verwacht dat hij regelmatig van functie verandert. Als geen sprake is van een geschreven beleid, maar wel van een bestendige praktijk, zou dan geen sprake zijn van opvolgend werkgeverschap indien de werknemer binnen het concern van functie en werkgever wisselt? Het rechtszekerheidsbeginsel ondersteunt een restrictieve uitleg (dat wil zeggen: alleen opvolgend werkgeverschap bij een duidelijk vastgelegd beleid). En ook uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 15 lid 3 Ontslagregeling kan worden geconcludeerd dat de minister van cruciaal belang acht dat sprake is van een kenbaar – en dus geschreven – beleid. In de van 1 juli 2015 tot 1 juli 2016 geldende formulering van artikel 15 lid 3 Ontslagregeling was zelfs opgenomen dat het *employability*-beleid moest zijn vastgelegd in een toepasselijke cao. De toelichting op de Ontslagregeling biedt echter ook een argument dat een dergelijk beleid niet in alle gevallen is vereist. In sommige gevallen moeten twee werkgevers namelijk als één bedrijfsvestiging worden aangemerkt voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel (zonder dat sprake is van het voornoemde *employability*-beleid).⁸² Het zou dan wel zeer merkwaardig zijn als die werkgevers voor de *indeling* van werknemers in categorieën uitwisselbare functies als één bedrijfsvestiging worden aangemerkt, maar voor de *berekening* van de duur van het dienstverband vervolgens een strikte scheiding moet worden aangebracht tussen beide werkgevers. En los van dit meer technische argument kan worden betoogd dat een ‘moderne’ arbeids-

80 *Kamerstukken II* 1951/52, 881, 6, p. 35 (MvA). Zie ook S. Gerbrandy, *Het nieuwe ontslagrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954, p. 20.

81 Aldus ook F.G. Laagland & I. Lintsen, ‘Werkgeverschap in concernverhoudingen’, *TRA* 2016/13.

82 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000102290, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding (Ontslagregeling), *Stcrt.* 2015, 12685, p. 21: ‘Een volgend voorbeeld betreft de situatie waarin sprake is van verschillende rechtspersonen die zelf geen zelfstandige bedrijfsvoering hebben. Ook dan kan het redelijk zijn dat voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel wordt uitgegaan van de werknemers die bij de verschillende rechtspersonen werkzaam zijn op uitwisselbare functies die komen te vervallen.’ Men zou uiteraard kunnen betogen dat het ontbreken van een zelfstandige bedrijfsvoering voor de afzonderlijke werkgevers meebrengt dat (impliciet) van werknemers wordt verwacht dat zij (regelmatig) binnen deze groep van zowel werkgever als functie wisselen.

relatie wellicht al met zich brengt dat de werknemer met enige regelmaat van functie wijzigt (zonder dat een werkgever daarvoor een uitdrukkelijk beleid hoeft op te stellen).

Overgangsrechtelijke problematiek?

De derde vraag houdt verband met het overgangsrecht: hoe moeten werkgeverswissels op basis van een *employability*-beleid worden beoordeeld in een van de volgende situaties:

1. een werkgeverswissel die plaatsvond vóór 1 juli 2015;
2. een werkgeverswissel die plaatsvond op of na 1 juli 2015, maar voor 1 juli 2016;
3. een werkgeverswissel die plaatsvond voordat het *employability*-beleid is vastgelegd.

Eerste situatie – De eerste situatie (vóór 1 juli 2015) heeft betrekking op de periode voordat de Ontslagregeling in werking is getreden. De tot 1 juli 2015 door het UWV toegepaste beleidsregels bepaalden onder meer het volgende:

‘Indien een (deel van een) concern op structurele basis een kenbaar *employability*-beleid voert zoals hierboven beschreven, telt UWV de dienstverbanden bij de verschillende dochtervennootschappen samen voor de berekening duur dienstverband.’⁸³

Verdedigbaar is dat deze formulering grotendeels gelijk is aan de formulering die thans geldt. Vanuit die gedachte is de toets niet anders dan nu en is dus geen sprake van een overgangssituatie. Volgt men echter het standpunt van Jovović en Zwemmer dan waren de oude beleidsregels niet gebaseerd op een zelfstandige regelgevende bevoegdheid van het UWV en kunnen de criteria in de oude beleidsregels niet worden beschouwd als een juridisch gekwalificeerd feit. Vervolgens – indachtig de lijn uit *Constar Plastics* – zou dan kunnen worden betoogd dat voor werkgeverswissels die plaatsvonden voor 1 juli 2015 in relatie tot het afspiegelingsbeginsel uitsluitend de toets uit *Van Tuinen/Wolters* geldt (dezelfde werkzaamheden en zodanige banden) en niet de *employability*-variant.⁸⁴ Die redenering leidt voor werkgevers en werknemers echter tot een volstrekt onbegrijpelijke uitleg, te weten: tot 1 juli 2015 hanteerde het UWV min of meer dezelfde toets als thans vastgelegd in artikel 15 lid 3 Ontslagregeling, maar toch geldt de toets niet meer voor werkgeverswissels voor 1 juli 2015 omdat (1) opvolgend werkgeverschap een juridisch gekwalificeerd feit is, (2) de oude beleidsregels niet waren gebaseerd op een zelfstandige regelgevende bevoegdheid en (3) voor opvolgend werkgeverschap dus slechts de toets kan gelden die toentertijd wel als rechtsgeldig kan worden beschouwd, te weten: de maatstaf uit *Van Tuinen/Wolters*. Deze gevolgtrekking is wellicht gebaseerd op een consistente redenering, maar bijzonder overtuigend is die redenering niet. Op basis van het besluit van het UWV van 17 juli 2018 (strekken tot wijziging van de uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen) mag men overigens verwachten dat het UWV de *employability*-

⁸³ Besluit beleidsregels ontslagtaak UWV 2012 van 31 juli 2012 van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, *Stcrt.* 2012, 16614.

⁸⁴ M. Jovović & J.P.H. Zwemmer, ‘Opvolgend werkgeverschap in de Ontslagregeling en de banden met het BW’, *ArbeidsRecht* 2018/18 (ook M. Jovović, Annotatie bij Rechtbank Den Haag, *JAR* 2018/172).

variant, zoals thans opgenomen in artikel 15 lid 3 Ontslagregeling, ook gebruikt ter beoordeling van werkgeverswissels die plaatsvonden voor 1 juli 2015.⁸⁵ Het UWV merkt in zijn toelichting op dit besluit namelijk op dat artikel 15 Ontslagregeling geen overgangsrecht bevat en verbindt aan die constatering voor wat betreft artikel 15 lid 2 Ontslagregeling (de Wet werk en zekerheid-variant van opvolgend werkgeverschap) de conclusie dat het oude zodanigebandencriterium niet geldt voor werkgeverswissels die voor 1 juli 2015 plaatsvonden. Op grond van diezelfde reden (te weten: geen overgangsrecht) zal het UWV de *employability*-variant naar verwachting ook toepassen op werkgeverswissels die plaatsvonden voor 1 juli 2015.

Tweede situatie – De tweede situatie (vanaf 1 juli 2015 tot 1 juli 2016) wordt gecompliceerd omdat artikel 15 lid 3 Ontslagregeling in de periode van 1 juli 2015 tot 1 juli 2016 vereiste dat het *employability*-beleid was vastgelegd in een toepasselijke cao. Ook hier zou – conform de gedachtegang uit *Constar Plastics* – kunnen worden geredeneerd dat voor een wisseling van functie en werkgever binnen een concern gedurende die periode alleen voldaan is aan artikel 15 lid 3 Ontslagregeling als het desbetreffende beleid was vastgelegd in een cao. Net als hiervoor opgemerkt omtrent de periode voor 1 juli 2015, is ook deze gevolgtrekking weinig overtuigend. Een redelijke wetsuitleg en redelijke wetstoepassing pleiten voor een – in tijd – uniforme uitleg van de *employability*-variant van opvolgend werkgeverschap.⁸⁶ Die uitleg sluit aan bij het besluit van 17 juli 2018 van het UWV (zie de argumentatie bij de ‘eerste situatie’).⁸⁷

Derde situatie – De derde situatie doet zich voor in de situatie waarbij werknemers binnen een concern van werkgever en functie wisselen, maar die praktijk pas later wordt vastgelegd in een *employability*-beleid. Op het moment dat de werkgeverswissel plaatsvond, werd niet voldaan aan het formele vereiste uit artikel 15 lid 3 Ontslagregeling. In deze situatie kan worden betoogd dat bij de werkgever en werknemer geen gerechtvaardigd vertrouwen mocht bestaan dat deze situatie voldeed aan artikel 15 lid 3 Ontslagregeling. Indien men toch het standpunt inneemt dat ook in deze situatie (alsnog) opvolgend werkgeverschap moet worden aangenomen, dan stelt men zich eigenlijk op het standpunt dat het formele vereiste van een vastgelegd *employability*-beleid niet geldt (en de concernverhouding als zodanig voldoende is voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap).

Resumé

Voor de beperking van het toepassingsbereik van de *employability*-variant tot het afspiegelingsbeginsel bestaan geen overtuigende argumenten. Uit de oudere parlementaire stukken zou zelfs de conclusie kunnen worden getrokken dat deze variant

85 Besluit tot wijziging van het Besluit uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen 2015 van 17 juli 2018 van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, *Stcrt.* 2018, 42714.

86 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 juni 2016, nr. 2016-0000141518, tot wijziging van de Ontslagregeling in verband met de afschaffing van de VAR en enkele andere wijzigingen, *Stcrt.* 2016, 34013.

87 Besluit tot wijziging van het Besluit uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen 2015 van 17 juli 2018 van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen, *Stcrt.* 2018, 42714.

geldt – althans zou moeten gelden – voor alle regelingen waar opvolgend werkgeverschap wordt toegepast. Het formele vereiste van een vastgelegd *employability*-beleid overtuigt evenmin. En tot slot: ook in relatie tot deze variant kan zich een merkwaardige overgangsrechtelijke problematiek voordoen. In ieder geval is verdedigbaar om wisselingen van werkgever en functie binnen een concern zowel vóór als vanaf 1 juli 2015 aan de hand van dezelfde maatstaf te beoordelen.

3.3.4 Misbruikconstructies

Het laatste criterium in relatie tot het tweede thema (de connectie tussen de opvolgende werkgevers) zou kunnen worden verzameld onder de noemer ‘misbruikconstructies’. De toepassing van opvolgend werkgeverschap in misbruiksituaties staat als zodanig niet ter discussie. In *Van Tuinen/Wolters* bevestigt de Hoge Raad dat sprake is van opvolgend werkgeverschap indien de nieuwe werkgever ‘in enig opzicht heeft getracht misbruik te maken van het identiteitsverschil’ tussen de oude en de nieuwe werkgever. Deze opmerking duidt erop dat als sprake is van een evidente bedoeling van de werkgevers om bijvoorbeeld de gevolgen van de ketenregeling te omzeilen sprake is van opvolgend werkgeverschap, zonder dat aan andere eisen, zoals ongewijzigde werkzaamheden, wordt voldaan.

3.4 DRIEKWART DWINGEND RECHT

Twee regelingen bevatten een mogelijkheid tot afwijkende criteria voor opvolgend werkgeverschap, ten nadele van de werknemer, te weten: artikel 7:668a lid 6 BW (inzake de ketenregeling) en artikel 7:691 lid 8 BW (inzake de berekening van de termijnen voor uitzendovereenkomsten). Deze afwijkende criteria kunnen bij cao of een regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden vastgesteld.⁸⁸ De vraag is hoe ver deze afwijkingsmogelijkheid in artikel 7:668a lid 6 BW respectievelijk artikel 7:691 lid 8 BW reikt.

Afwijking ten nadele van werknemer

Waarom zou bij artikel 7:668a BW een verdere beperking van het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap gerechtvaardigd zijn? De regering was tijdens de par-

⁸⁸ Rb. Oost-Brabant 13 juli 2017, *AR Updates* 2018-0077, en Rb. Oost-Brabant 4 januari 2018, *AR Updates* 2018-0078, geven een voorbeeld van afwijking van opvolgend werkgeverschap in de uitzendbranche. Op grond van de toepasselijke cao in de uitzendbranche geldt een mededelingsplicht voor de werknemer omtrent het arbeidsverleden. Indien de werknemer niet aan deze mededelingsplicht voldoet, telt het arbeidsverleden bij de vorige werkgever niet mee (ook al blijft de uitzendkracht werkzaam voor dezelfde inlener en blijft hij dezelfde werkzaamheden verrichten). Zie voor een afwijking bij vaststellingsovereenkomst: Rb. Zeeland-West-Brabant 21 augustus 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:5504, *JIN* 2018/1. Deze uitspraak staat op gespannen voet met: HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:19, *JAR* 2017/36 (*Blue Taxi/ Stichting Sociaal Fonds*), en HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:39, *JAR* 2015/36 (*Coenraad/Heesen Yachts Builders*). Zie E. Aerts, Annotatie bij Rechtbank Zeeland-West-Brabant, *JIN* 2018/1.

lementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid onduidelijk. In de memorie van antwoord gaf de regering de volgende toelichting:

‘Op grond van artikel 7:668a, zesde lid, BW is ongelimiteerde afwijking bij cao mogelijk van de bescherming die artikel 7:668a, tweede lid, BW de werknemer biedt (opvolgend werkgeverschap). De VAAN vraagt of de regering het aanvaardbaar acht dat (de cao het mogelijk maakt dat) werknemers telkens na twee jaar voor korte duur via een andere rechtspersoon of een detacheringsbureau worden ingehuurd om daarna weer van voren af aan te beginnen met het opbouwen van werkzekerheid.

Uit de bij nota van wijziging aangebrachte wijziging van de definitie van opvolgend werkgever in artikel 7:668a en de hierop gegeven toelichting kan worden afgeleid dat de regering het niet aanvaardbaar acht indien dergelijke afspraken worden gemaakt met het vooropgezette doel om de regeling van de ketenbepaling te omzeilen. De regering gaat er vanuit dat de mogelijkheid tot afwijking van de desbetreffende bepaling in de ketenbepaling niet op deze wijze door cao-partijen misbruikt zal worden en dat zij op een verantwoorde wijze met deze afwijkingsmogelijkheid om zullen gaan.’⁸⁹

Later tijdens de parlementaire behandeling is de regering strikter over de ruimte die artikel 7:668a lid 6 BW biedt. De regering merkt op:

‘Het antwoord op de betreffende vraag van de VAAN moet worden gelezen in de context waarin die is gesteld, namelijk in het kader van het aanpassen van het begrip opvolgend werkgever om de ketenbepaling te omzeilen. De regering gaat ervan uit dat cao-partijen bij van de wettelijke regeling afwijkende afspraken niet tevens af zullen wijken van het begrip opvolgend werkgever als thans in het wetsvoorstel gedefinieerd en in die zin op een verantwoorde wijze met de mogelijkheid tot afwijking bij cao zullen omgaan. Andere voorbeelden van afspraken van een niet verantwoorde wijze van omgang met de mogelijkheid tot afwijking zijn, het bijvoorbeeld geheel buiten toepassing verklaren van de regeling van opvolgend werkgeverschap en afspraken op grond waarvan na een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij een reguliere werkgever en een daarop volgende uitzendovereenkomst, de uitzendwerkgever voor de toepassing van de regeling niet als opvolgend werkgever wordt aangemerkt.’⁹⁰

De regering verwacht dat partijen niet *tevens* zullen afwijken van het begrip ‘opvolgende werkgever’. Maar wat bedoelt de regering daarmee? Van de termijnen en het

⁸⁹ Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 105 (MvA).

⁹⁰ Kamerstukken I 2013/14, 33818, E, p. 4-5 (NV); Notitie van 24 maart 2014, Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland, p. 15, online: vaan-arbeidsrecht.nl. Zie ook A.F. Bungener, ‘De nieuwe ketenregeling en de grenzen van flexibiliteit’, TRA 2016/23. Ter volledigheid: het gewijzigde wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans (Kamerstukken I 2018/19, 35074, A) bevat voor artikel 7:668a lid 6 BW de vervanging van de verwijzing naar ‘lid 2’ door een verwijzing naar ‘lid 2, onderdeel a’. De toevoeging ‘onderdeel a’ is door het aangenomen amendement van Kamerlid Smeulders c.s. (Kamerstukken II 2018/19, 35074, 38) echter overbodig. Verdedigbaar is dat deze overbodige toevoeging niet leidt tot een inhoudelijke wijziging van artikel 7:668a lid 6 BW. Deze onjuiste toevoeging wordt wellicht nog gecorrigeerd via reparatiewetgeving.

aantal arbeidsovereenkomsten kan immers op grond van artikel 7:668a lid 5 BW worden afgeweken. Wat is dan het nut van artikel 7:668a lid 6 BW? En brengt de toelichting van de regering mee dat afwijkende criteria voor de maatstaf van opvolgend werkgeverschap, ten nadele van de werknemer, nietig zijn? De tekst van artikel 7:668a lid 6 BW biedt – in tegenstelling tot de toelichting van de regering – geen aanknopingspunten voor een strikte interpretatie. Het zesde lid is immers ongeclausuleerd. Gezien de verschillen tussen de tekst van de wet en de toelichting van de regering zijn twee interpretaties mogelijk. De eerste interpretatie: bij cao mag – ingeval de werkgeverswissel als zodanig kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap – alleen worden afgeweken van de keten van opvolgende arbeidsovereenkomsten, bijvoorbeeld qua aantal arbeidsovereenkomsten, de duur van 24 maanden en het meetellen van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. Tweede interpretatie: bij cao mag (ook) worden afgeweken van het begrip opvolgend werkgeverschap, met als gevolg dat een werkgeverswissel überhaupt niet meer kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap.⁹¹ De Wolff vindt de uitleg van de regering in ieder geval te streng en acht denkbaar dat in bepaalde sectoren afwijkingen bij doorstart of concessiewissel aanvaardbaar kunnen zijn.⁹² Ook Richtlijn 1999/70/EG inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd biedt volgens De Wolff daartoe de ruimte.⁹³ Volgens Lettenga en Te Wierik is alleen een ongeclausuleerde afwijking in een cao in strijd met deze richtlijn.⁹⁴ Zowel De Wolff als Lettenga en Te Wierik lijken uit te gaan van de mogelijkheid van een afwijking van het begrip opvolgend werkgeverschap, maar met mate.

Als gezegd, ook voor de regeling omtrent termijnen bij uitzendovereenkomsten bestaat een specifieke afwijkingsmogelijkheid. Het per 1 juli 2015 geldende artikel 7:691 lid 8 BW bepaalt dat bij cao (of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan) de termijnen als bedoeld in lid 1 en lid 3 kunnen worden verlengd en dat van

91 In het rapport over cao-afspraken in 2017 van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid wordt in relatie tot artikel 7:668a lid 2 BW opgemerkt dat in 41 van de 97 (of 98, het aantal is niet helemaal duidelijk) onderzochte cao's de bepalingen omtrent opvolgend werkgeverschap zijn aangepast. In acht van de cao's tellen uitzendovereenkomsten voorafgaand aan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (met de voormalige inlener) niet mee in de keten. In de andere 33 cao's zijn 'andersoortige afspraken over opvolgend werkgeverschap afgesproken'. Zo wordt in het rapport opgemerkt: '[i]n de meeste gevallen is bij de telling van het aantal en de duur van arbeidsovereenkomsten [sic] voor bepaalde tijd in verband met de ketenbepaling, de meetelling van voorafgaande arbeidsovereenkomsten via uitzendbureaus beperkt: meerdere tijdelijke uitzendovereenkomsten bij hetzelfde bedrijf en voorafgaand aan de arbeidsovereenkomst [sic] voor bepaalde tijd rechtstreeks bij het bedrijf, worden in deze cao's als één arbeidsovereenkomst [sic] voor bepaalde tijd geteld' (Rapportage cao-afspraken 2017 (ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Bijlage bij *Kamerstukken II*, 29544, 835, p. 81).

92 De cao's voor uitzendkrachten bevatten een eigen formulering voor opvolgend werkgeverschap (zie voor een toepassing van deze formulering bijvoorbeeld Hof Den Haag 16 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3339, JAR 2013/230).

93 D.J.B. de Wolff, 'De (opvolgende) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', *ArbeidsRecht* 2014/49. Zie over Richtlijn 1999/70/EG en de Nederlandse wetgeving ook W. Vandeputte, 'Opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd: Hof van Justitie verkiest zekerheid boven flexibiliteit', *ArA* 2007-1, p. 95-97.

94 A. Lettenga & D. te Wierik, 'Art. 7:668a lid 6 BW: de onbegrensde mogelijkheden om bij cao van het opvolgend werkgeverschap af te wijken', *ArbeidsRecht* 2017/30.

lid 5 ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken. Omdat lid 5 (inzake opvolgend werkgeverschap) apart wordt genoemd, lijkt het erop dat niet alleen van de termijnen, maar ook van het begrip opvolgend werkgeverschap kan worden afgeweken. Ook in de memorie van toelichting bij de Wet werk en zekerheid schrijft de regering dat van het vijfde lid ‘geheel [kan] worden afgeweken’.⁹⁵ Wederom is de vraag waarom afwijkende criteria voor opvolgend werkgeverschap, ten nadele van de werknemer, bij cao kunnen worden overeengekomen. Het ‘verlichte regime’ inzake de *termijnen* alsmede het *aantal* opvolgende arbeidsovereenkomsten in artikel 7:668a en 7:691 BW (alsook in artikel 7:628 BW) is te verklaren door de aard van de uitzendovereenkomst. Maar die gewenste flexibiliteit biedt als zodanig nog geen verklaring voor de ruimte om afwijkingen voor de criteria van opvolgend werkgeverschap toe te staan.

Een argument voor een afwijking van opvolgend werkgeverschap bij uitzendovereenkomsten is wellicht dat uitzendkrachten vaak voor verschillende inleners werkzaam zijn en het daarom niet in alle gevallen redelijk is dat alle voorafgaande arbeidsovereenkomsten met een vorige uitzendwerkgever meetellen. Daarbij valt te denken aan het eerder gegeven voorbeeld waarin een werknemer eerst werkt op basis van drie uitzendovereenkomsten met uitzendwerkgever A voor inlener X. Vervolgens werkt diezelfde werknemer op basis van een vierde uitzendovereenkomst met uitzendwerkgever A voor inlener Y. De werknemer sluit zijn volgende – vijfde – uitzendovereenkomst met uitzendwerkgever B, maar hij blijft feitelijk werkzaam voor inlener Y. In dat geval is een afwijking van opvolgend werkgeverschap in een cao voor de uitzendbranche wellicht gerechtvaardigd. Die nadere invulling dan wel afwijking van opvolgend werkgeverschap richt zich dan op de vraag: hoeveel anciënniteit telt mee indien een werknemer bij de vorige werkgever voor verschillende ondernemingen heeft gewerkt?⁹⁶ Zoals eerder opgemerkt, is deze vraag tijdens de parlementaire geschiedenis één keer aan de orde gekomen. Tijdens de parlementaire behandeling van de Reparatiewet behorende bij de Wet flexibiliteit en zekerheid besprak de regering – in het kader van de ketenregeling – de situatie waarin een werknemer na een uitzendperiode in dienst treedt bij de inlener. In dat geval telt volgens de regering alleen die uitzendperiode mee waarin de werknemer reeds voor de inlener werkzaam was.⁹⁷ Kennelijk was de toenmalige regering van mening dat opvolgend werkgeverschap in een dergelijk geval überhaupt geen betrekking heeft op de periode dat een uitzendkracht voor andere ondernemingen (dan de laatste onderneming) heeft gewerkt. Indien opvolgend werkgeverschap inderdaad zo moeten worden uitgelegd dat eerdere perioden waarin voor andere inleners dan de laatste inlener is gewerkt niet meetellen, bestaat dus ook geen noodzaak voor een verdere invulling of afwijking van (het begrip) opvolgend werkgeverschap bij cao.

95 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 122 (MvT).

96 Uiteraard speelt deze vraag niet uitsluitend bij uitzendovereenkomsten, maar deze situatie komt in de uitzendbranche waarschijnlijk wel vaker voor.

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

Gebruik van een afwijkingsmogelijkheid in een cao kan overigens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, zo blijkt bijvoorbeeld uit een casus bij het Hof Leeuwarden. In deze casus verschoof een werknemer naar een ander uitzendbureau met als doel te voorkomen dat alle uitzendovereenkomsten met het vorige uitzendbureau meetelden voor de ketenregeling. Indien de werknemer bij het eerste uitzendbureau in dienst was gebleven, zou de laatste arbeidsovereenkomst van rechtswege converteren in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Omdat de werknemer gedurende de eerste arbeidsovereenkomsten met het eerste uitzendbureau werkzaamheden verrichtte voor een andere inlener, zouden die eerste arbeidsovereenkomsten op grond van de toepasselijke cao namelijk niet meetellen voor de ketenregeling bij het opvolgende uitzendbureau, zodat het opvolgende uitzendbureau nog een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kon aangaan. De uitzendbureaus hebben zich volgens het hof schuldig gemaakt aan ‘moedwillige wetsontduiking’. Het hof laat de onder de cao verschaftte verruiming buiten toepassing en merkt de arbeidsovereenkomst aan als aangegaan voor onbepaalde tijd.⁹⁸ Hoogeveen is kritisch over de rechtspraak waarin de ruimte die artikel 7:668a lid 6 BW biedt, door de rechter alsnog wordt beperkt. Volgens Hoogeveen is geen sprake van misbruik, maar van een toelaatbaar gebruik.⁹⁹

Afwijking ten gunste van werknemer

De omgekeerde vraag is eveneens relevant: kan in alle gevallen ten gunste van de werknemer worden afgeweken van opvolgend werkgeverschap? Met andere woorden, kan contractueel (bij cao of zelfs bij individuele arbeidsovereenkomst) een ruimere maatstaf van opvolgend werkgeverschap worden vastgesteld? Bij de meeste regelingen bestaat geen bezwaar tegen een verruiming. Een ruimere toepassing van opvolgend werkgeverschap resulteert immers in een betere bescherming van de werknemer en indien de werkgever – al dan niet via zijn werkgeversvereniging – instemt met een dergelijke uitbreiding, bestaat daarvoor een juridische grondslag. Alleen voor het afspiegelingsbeginsel ligt dat anders. Een ruimere toepassing van opvolgend werkgeverschap bij het

98 Hof Leeuwarden 26 september 2007, ECLI:NL:GHLEE:2007:BB4428, JAR 2007/267. Zie ook: Hof Den Bosch 19 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1929, in het bijzonder rechtsoverweging 4.21 (geen misbruiksituatie vastgesteld door het hof); Rb. Limburg 14 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8853, JIN 2014/3 (waarin overigens niet langs de lijnen van opvolgend werkgeverschap werd geoordeeld, maar de rechtbank tot het voorlopige oordeel komt dat de werknemer in dienst bij de inlener is gebleven); Rb. Noord-Nederland 23 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:692, RAR 2016/141 (ook in deze zaak is volgens de rechtbank sprake van een schijnconstructie met als doel oneigenlijk gebruik te maken van de verruiming van de keten onder de cao voor uitzendkrachten; ook deze rechtbank oordeelt dat de laatste arbeidsovereenkomst niet met het uitzendbureau is gesloten, maar met de inlener – de werkgever bij de vorige arbeidsovereenkomsten); Hof Arnhem-Leeuwarden 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7135, JAR 2018/237 (de werkgever probeert de ketenregeling via een payrollovereenkomst te omzeilen; het ingeschakelde payrollbedrijf kan namelijk gebruikmaken van de in de cao geboden flexibiliteit – volgens het hof is de laatste arbeidsovereenkomst echter niet gesloten met het payrollbedrijf, maar met de materiële werkgever); Hof Den Bosch 20 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3932, JAR 2018/256 (gebruik van de afwijkingsmogelijkheid ex artikel 7:668a lid 6 BW was in dit geval aanvaardbaar, want: (1) de toepasselijke cao voor het hoger beroepsonderwijs sluit alleen uitzend- en detacheringsovereenkomsten uit en dat is een relatief beperkte uitzondering en (2) de werkgever had legitieme redenen om de werknemer eerst via een derde te laten werken).

99 E.M. Hoogeveen, Annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden, JAR 2018/237.

afspiegelingsbeginsel leidt immers niet zozeer tot meer bescherming ten opzichte van de werkgever, maar tot een andere ontslagvolgorde. Verdedigbaar is daarom dat een afwijking ten gunste van de werknemer bij het afspiegelingsbeginsel dus (1) überhaupt niet wenselijk is, want een andere werknemer wordt dan benadeeld en (2) niet toelaatbaar is, omdat het afspiegelingsbeginsel juist beoogt de ontslagvolgorde onafhankelijk van de keuzes van de werkgever vast te stellen.

Overgangsrecht

Ook met betrekking tot driekwart dwingend recht verdient het overgangsrecht nog enige aandacht. De Hoge Raad beschouwt opvolgend werkgeverschap als een juridisch gekwalificeerd feit. De consequentie is dat een werkgeverswissel naderhand niet opnieuw mag worden beoordeeld aan de hand van een gewijzigde maatstaf voor opvolgend werkgeverschap. Indien een werkgeverswissel voor de toepassing van de ketenregeling of de vaststelling van de termijnen in artikel 7:691 BW eenmaal is beoordeeld aan de hand van een afwijkende maatstaf van opvolgend werkgeverschap, kan deze werkgeverswissel later niet opnieuw worden beoordeeld. Ook niet als op een latere arbeidsovereenkomst (met dezelfde of een andere werkgever) een cao zonder afwijkende maatstaf van toepassing is. Een vereenvoudigd voorbeeld ter toelichting: bij de eerste werkgeverswissel is een cao van toepassing die opvolgend werkgeverschap volledig uitsluit (ervan uitgaande dat deze volledige uitsluiting rechtsgeldig is), terwijl zonder deze afwijkende cao-bepaling sprake zou zijn geweest van opvolgend werkgeverschap. De arbeidsovereenkomst met de tweede (nieuwe) werkgever wordt dan beschouwd als de eerste schakel voor de ketenregeling. Als de werknemer vervolgens weer een nieuwe arbeidsovereenkomst met dezelfde werkgever sluit, dan wordt die eerdere werkgeverswissel niet opnieuw beoordeeld – ook niet als op die laatste arbeidsovereenkomst geen afwijkende cao-bepaling voor opvolgend werkgeverschap van toepassing is.

Resumerend

Voor de noodzaak tot afwijkende criteria bevat de parlementaire geschiedenis geen overtuigende argumenten, tenzij het gaat om de mate waarin de dienstjaren bij de vorige formele werkgever mee moeten tellen. De parlementaire geschiedenis is daarnaast bijzonder onduidelijk over de ruimte die cao-partijen hebben voor het opstellen van afwijkende criteria. De wettekst zelf is echter ongeclausuleerd en legt cao-partijen geen beperkingen op. Tot slot, gegeven de gedachtegang van de Hoge Raad over opvolgend werkgeverschap en overgangsrecht moet bij de beoordeling van werkgeverswissels ook rekening worden gehouden met afwijkende formuleringen in (oudere) cao's die van toepassing waren op eerdere arbeidsovereenkomsten.

3.5 OVERZICHT

In tabel 2 zijn de toepasselijke criteria en bijzonderheden zeer verkort weergegeven, zoals die blijken uit de wet, parlementaire stukken en gepubliceerde rechtspraak. Bij dit overzicht geldt als belangrijkste kanttekening dat uit diezelfde bronnen slechts in beperkte mate overtuigende argumenten voor deze criteria blijken.

Regeling	Vindplaats opvolgend werkgeverschap	Maatstaf werkgeverswissels voor 1 juli 2015	Maatstaf voor werkgeverswissels op of na 1 juli 2015	Afwijking van maatstaf via driekwart dwingend recht	Bijzonderheden
Proeftijdregeling	Artikel 7:652 lid 8 BW	Dezelfde werkzaamheden en zodanige banden Misbruik-situaties	Dezelfde werkzaamheden en zodanige banden Misbruik-situaties	Alleen ten gunste van werknemer	
Ragelie-regel	Artikel 7:667 lid 5 BW	Dezelfde werkzaamheden en zodanige banden Misbruik-situaties	Dezelfde werkzaamheden en aanleiding werkgever(s) Misbruiksituaties	Alleen ten gunste van werknemer	
Ketenregeling	Artikel 7:668a lid 2 BW	Dezelfde werkzaamheden en zodanige banden Misbruik-situaties	Dezelfde werkzaamheden en aanleiding werkgever(s) Misbruiksituaties	Zowel ten nadele als ten gunste van de werknemer	
Vaststelling van recht op transitievergoeding	Artikel 7:673 lid 4 BW	Dezelfde werkzaamheden en zodanige banden Misbruik-situaties	Dezelfde werkzaamheden en aanleiding werkgever(s) Misbruiksituaties	Alleen ten gunste van werknemer	
Berekening van hoogte van transitievergoeding	Artikel 7:673 lid 4 BW	Dezelfde werkzaamheden en zodanige banden Misbruik-situaties	Dezelfde werkzaamheden en aanleiding werkgever(s) Misbruiksituaties	Alleen ten gunste van werknemer	
Termijnen voor uitzendkrachten	Artikel 7:691 lid 5 BW	(Zeer waarschijnlijk) dezelfde werkzaamheden en zodanige banden Misbruik-situaties	Onzeker, maar op grond van wettekst oude maatstaf Misbruiksituaties	Zowel ten nadele als ten gunste van de werknemer	Geen oordeel Hoge Raad bekend
Wet flexibel werken	Artikel 2 lid 1 Wet flexibel werken	(Zeer waarschijnlijk) dezelfde werkzaamheden en zodanige banden Misbruik-situaties	Onzeker, maar op grond van wettekst oude maatstaf Misbruiksituaties	Alleen ten gunste van werknemer	Geen oordeel Hoge Raad bekend
Afspiegelingsbeginsel	Artikel 15 lid 2 en 3 Ontslag-regeling	(Mogelijk) dezelfde werkzaamheden en aanleiding werkgever(s) <i>Employability</i> -beleid Misbruik-situaties	Dezelfde werkzaamheden en aanleiding werkgever(s) <i>Employability</i> -beleid Misbruiksituaties	Waarschijnlijk niet (behalve via een <i>employability</i> -beleid)	Enige onduidelijkheid over (i) <i>employability</i> -beleid en (ii) acceptatie rechters van UWV-beleid
Loonrisicoverdeling	Via verwijzing in artikel 7:628 lid 5 BW naar artikel 7:668a BW	Dezelfde werkzaamheden en zodanige banden Misbruik-situaties	Dezelfde werkzaamheden en aanleiding werkgever(s) Misbruiksituaties	Ten gunste van werknemer Mogelijk ook ten nadele via artikel 7:668a BW	Artikel 7:691 lid 7 BW sluit toepassing artikel 7:668a BW uit

Regeling	Vindplaats opvolgend werkgeverschap	Maatstaf werkgeverswissels voor 1 juli 2015	Maatstaf voor werkgeverswissels op of na 1 juli 2015	Afwijking van maatstaf via driekwart dwingend recht	Bijzonderheden
Berekening opzegtermijn van de werkgever	Via artikel 7:667 lid 4 BW of artikel 7:668a lid 4 BW	Dezelfde werkzaamheden en zodanige banden Misbruiksituaties	Dezelfde werkzaamheden en aanleiding werkgever(s) Misbruiksituaties	Ten gunste van werknemer Mogelijk ook ten nadele via artikel 7:668a BW	
Berekening van herplaatsingstermijn	Via verwijzing in artikel 10 lid 1 Ontslagregeling naar artikel 7:672 BW	Dezelfde werkzaamheden en zodanige banden Misbruiksituaties	Dezelfde werkzaamheden en aanleiding werkgever(s) Misbruiksituaties	Ten gunste van werknemer Mogelijk ook ten nadele via artikel 7:668a BW	Geen oordeel Hoge Raad bekend
Wachttijd en drempelperiode verwerving pensioen	Via verwijzing in artikel 14 lid 2 Pensioenwet naar artikel 7:691 lid 5 BW	(Zeer waarschijnlijk) dezelfde werkzaamheden en zodanige banden Misbruiksituaties	Onzeker, maar op grond van wettekst oude maatstaf Misbruiksituaties	Alleen ten gunste van werknemer	Geen verwijzing naar artikel 7:691 lid 7 BW en geen oordeel Hoge Raad bekend

Tabel 2 **Overzicht van regelingen – criteria¹⁰⁰**

3.6 CONCLUSIE

In dit hoofdstuk stond de volgende vraag centraal: wat zijn de thans geldende criteria? En in het verlengde daarvan: hoe moeten deze criteria worden uitgelegd en worden toegepast in verschillende situaties? Die vragen zijn beantwoord vanuit een rechtspositivistisch perspectief. De wettekst vormt voor dat perspectief weliswaar het vertrekpunt, maar de in de wet vastgelegde formuleringen van opvolgend werkgeverschap bieden weinig houvast. Het zwaartepunt van deze evaluatie lag daarom op aanwijzingen in de parlementaire stukken en gepubliceerde rechtspraak. Ook deze bronnen leveren slechts in beperkte mate overtuigende – inhoudelijke – argumenten op voor de vaststelling van de criteria. En voor zover enkele criteria als geldend recht kunnen worden beschouwd, roepen deze criteria ook nieuwe vragen op. Het merendeel van de (veronderstelde) criteria lijkt veeleer te berusten op misverstanden dan op een zorgvuldige afweging. De verwarring begint al bij de formulering van opvolgend werkgeverschap, meer in het bijzonder de woorden ‘ten aanzien van de verrichte arbeid’. De regering schrijft tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en

¹⁰⁰ Het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans past de nieuwe maatstaf (het dezelfdewerkzaamheden criterium en het aanleidingscriterium) van opvolgend werkgeverschap ook toe bij de regeling die de werkgever verplicht om aan oproepkrachten na twaalf maanden een aanbod tot een vaste arbeidsomvang te doen. Zie ook de bevestiging van de regering in de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 132). Uit de aard van de regeling volgt dat overgangsrecht geen rol zal spelen bij deze regeling. Uiteraard zal ook sprake zijn van opvolgend werkgeverschap in andere gevallen waarin de nieuwe werkgever in enig opzicht heeft getracht misbruik te maken van het identiteitsverschil tussen de oude en de nieuwe werkgever.

zekerheid dat in de woorden 'ten aanzien van de verrichte arbeid' zit ingebakken dat de aard van de werkzaamheden na de werkgeverswissel niet wezenlijk mag veranderen. Deze gedachtegang is ook te vinden in de literatuur. Met een verwijzing naar eerdere parlementaire stukken kan echter worden verdedigd dat die opvatting berust op een misverstand. Het dezelfdewerkzaamhedencriterium houdt veeleer verband met de aard van de proeftijdregeling dan met opvolgend werkgeverschap.

Ten aanzien van artikel 15 lid 3 Ontslagregeling – de *employability*-variant – kan worden getwijfeld of daadwerkelijk sprake is van een verruiming van het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap. Uit deze bepaling blijkt dat het dezelfdewerkzaamhedencriterium niet geldt indien (1) beide werkgevers deel uitmaken van een groep, (2) binnen de groep een *employability*-beleid geldt en (3) op grond van dat beleid wordt verwacht dat de werknemer regelmatig van functie verandert. Uit de parlementaire stukken bij de wet van 17 december 1953 blijkt echter dat onder de oorspronkelijke formulering reeds sprake is van opvolgend werkgeverschap bij een overstap van een werknemer binnen een concern op basis van een gezamenlijke beslissing van beide werkgevers zonder dat relevant lijkt te zijn of de aard van de werkzaamheden hetzelfde blijft. Anders gezegd, de wetgever beoogt thans via de Ontslagregeling (in relatie tot het afspiegelingsbeginsel) het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap uit te breiden, terwijl de wetgever bij de introductie van opvolgend werkgeverschap bij wet van 17 december 1953 diezelfde uitbreiding al onder de toen geïntroduceerde formulering van opvolgend werkgeverschap schaarde.

De wetgever heeft met de woorden 'ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer' duidelijk gemaakt dat het zodanigebandencriterium sinds de Wet werk en zekerheid niet langer geldt voor een groot aantal regelingen waar opvolgend werkgeverschap wordt toegepast. Niet alle regelingen waarbij opvolgend werkgeverschap wordt toegepast, bevatten echter deze toevoeging. Het zodanigebandencriterium geldt nog voor de proeftijdregeling. Onduidelijk is of het zodanigebandencriterium ook (nog) geldt voor de berekening van de termijnen voor uitzendkrachten (artikel 7:691 BW) en de Wet flexibel werken. De wetgever en de Hoge Raad hebben zich in relatie tot artikel 7:691 BW en de Wet flexibel werken namelijk nooit duidelijk uitgesproken over de toepasselijke criteria.

De regering had zichtbaar moeite met het formuleren van een nieuw – soepeler – criterium ter vervanging van het zodanigebandencriterium. De regering schreef dat de aanleiding voor de overstap bij één of beide werkgevers moet liggen, maar de vraag is of dit wel echt een criterium is. Het woord 'aanleiding' biedt geen houvast. De voorbeelden die de regering in relatie tot deze uitbreiding van het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap heeft genoemd, hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat de werknemer 'zijn' eigen werk na de werkgeverswissel is blijven uitvoeren.

De wetgever biedt daarnaast – overigens zonder duidelijke reden – in relatie tot artikel 7:668a BW en artikel 7:691 BW aan cao-partijen de ruimte voor afwijkingen ten nadele van de werknemer voor wat de toepassing van opvolgend werkgeverschap betreft. De reikwijdte van de geboden ruimte is niet helder. Afwijking van het *begrip*

opvolgend werkgeverschap zou niet zijn toegestaan, aldus de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid. Maar wat is dan (nog) wel mogelijk? Wellicht bedoelt de regering dat geen afwijkende criteria mogen worden geformuleerd, maar dat cao-partijen wel mogen overeenkomen dat bepaalde contractvormen, zoals uitzendovereenkomsten, niet altijd (volledig) meetellen.

Het discours tussen de wetgever en rechter omtrent de juiste toepassing van opvolgend werkgeverschap is verwarrend. Die verwarring heeft geleid tot verschillende maatstaven van opvolgend werkgeverschap en een ingewikkeld overgangsrecht. Met een redelijke mate van zekerheid kan worden gesteld dat in beginsel het dezelfde-werkzaamhedencriterium en daarnaast – afhankelijk van de regeling en het moment waarop de werkgeverswissel heeft plaatsgevonden – het zodanigebandencriterium of het aanleidingscriterium van toepassing zijn. Rechtzoekenden moeten onder omstandigheden echter eveneens rekening houden met driekwart dwingend recht, een binnen een concern geldend *employability*-beleid en misbruiksituaties. De criteria zijn niet goed verankerd in een gezaghebbende wettekst en kunnen slechts worden ‘gevonden’ via een tamelijk willekeurige verzameling van opmerkingen van de regering en de Hoge Raad. Dit probleem wordt niet opgelost door de termen ‘dezelfde werkzaamheden’, ‘zodanige banden’ of ‘de aanleiding’ expliciet in de wet op te nemen. Zonder een diepgaander inzicht in de ratio van opvolgend werkgeverschap blijven die termen weinig richtinggevend. Het volgende hoofdstuk bevat daarom een analyse en evaluatie van de ratio.

4.1 INLEIDING

De criteria voor de beoordeling of een werkgeverswissel kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap zijn vrij onduidelijk en lopen uiteen, zowel in tijd als per regeling waar opvolgend werkgeverschap wordt toegepast. Daarnaast hebben de wetgever en Hoge Raad weinig argumenten aangedragen voor de keuze voor deze criteria, zo blijkt uit het vorige hoofdstuk. Deze constatering leidt tot de volgende meer fundamentele vragen. Waarom gebruiken wij eigenlijk opvolgend werkgeverschap? Wat is de ratio? Is opvolgend werkgeverschap bijvoorbeeld ingehaald door regelingen zoals artikel 7:662 en verder BW? Dit hoofdstuk beoogt die vragen te beantwoorden vanuit de mogelijke grondslagen. Als deze grondslagen zijn gebaseerd op overtuigende argumenten dan is verdedigbaar dat de criteria voor de beoordeling of een werkgeverswissel kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap evenzeer aan de hand van die grondslagen moeten worden vormgegeven. Anders gezegd, als men het eens wordt over de grondslagen dan is het wellicht ook eenvoudiger om de juiste criteria voor opvolgend werkgeverschap te selecteren.

Eerst volgt een verkenning van – kort gezegd – de bescherming van de ‘eigen’ arbeid als mogelijke grondslag van opvolgend werkgeverschap (4.2). Vervolgens wordt de stap gemaakt naar de mogelijke grondslagen van werknemersbescherming op basis van anciënniteit. Alle regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt, hebben – met uitzondering van de Ragetlie-regel – namelijk een gezamenlijke eigenschap: anciënniteit als rechtsfeit (4.3 en 4.4). Aansluitend komt de vraag aan de orde welke consequenties deze grondslagen hebben voor de uitleg en dus reikwijdte van opvolgend werkgeverschap (4.5). De Ragetlie-regel wordt – vanwege zijn bijzondere positie – apart behandeld (4.6). Dit hoofdstuk sluit af met een conclusie (4.7).

4.2 BESCHERMING VAN ‘EIGEN’ ARBEID?

Veel van de tijdens de wetsgeschiedenis genoemde voorbeelden en in de jurisprudentie behandelde gevallen van opvolgend werkgeverschap gaan over situaties waarin werknemers ‘hun’ werkzaamheden – en dus niet enkel dezelfde soort werkzaamheden – op min of meer gelijke wijze voortzetten via een andere werkgever. Behalve

bij draaideurconstructies en enkele bijzondere gevallen van moedwillige wetsontduiking zien die voorbeelden niet op evident misbruik door een werkgever. Wat rechtvaardigt dat – ook buiten gevallen van misbruik – de voortzetting van de ‘eigen’ arbeid meebrengt dat regelingen van overeenkomstige toepassing zijn op de nieuwe werkgever? Is de gedachte achter opvolgend werkgeverschap dat een werknemer in beginsel zijn werk behoort te *volgen*?

‘Behoud van eigen werk’ kan wellicht worden beschouwd als een uitwerking van het recht op arbeid. Met het recht op arbeid wordt in deze context niet bedoeld het recht op de vrije keuze van arbeid, zoals opgenomen in artikel 19 lid 3 Grondwet, maar een aanspraak op het ‘eigen’ werk, wellicht zelfs een ‘eigendomsrecht’. Velen beschouwen het recht op arbeid als een van de voornaamste sociale grondrechten.¹ Het recht op arbeid is verankerd in onder meer artikel 23 Universele verklaring van de rechten van de mens, artikel 6 Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten en artikel 1 Europees Sociaal Handvest (herzien). Maar wat houdt het recht op arbeid in? Betekent dit recht inderdaad een aanspraak op het ‘eigen’ werk? Heerma van Voss ziet in het recht op arbeid een norm tot rechtstreekse bescherming van de werknemer. Een ontslag is bijvoorbeeld een beperking van de uitoefening van dit grondrecht waarvoor zwaarwegende omstandigheden aanwezig moeten zijn.² Het Nederlandse ontslagrecht neemt tot uitgangspunt dat een werknemer niet zomaar kan worden vervangen door een andere werknemer (of uitzendkracht). Maar zelfs met deze interpretatie van het recht op arbeid blijft twijfelachtig of opvolgend werkgeverschap kan worden beschouwd als een concrete uitwerking van dit recht. De werknemer heeft via opvolgend werkgeverschap immers niet het recht zijn arbeid voort te zetten. Opvolgend werkgeverschap heeft niet tot gevolg dat een werknemer van rechtswege bij de nieuwe werkgever in dienst treedt. Pas als de werknemer zijn arbeid daadwerkelijk via een nieuwe werkgever voortzet, kan sprake zijn van opvolgend werkgeverschap met alle bijbehorende rechtsgevolgen.

De vraag is overigens of het recht op arbeid kan worden beschouwd als een norm die zich rechtstreeks tot werkgever en werknemer richt. Het recht op arbeid kan ook worden gezien als de grondslag voor de (internationale) rechtsgemeenschap om een goed arbeidsrechtelijk kader ter bescherming van werknemers te creëren.³ Vanuit dat perspectief (te weten: de totstandkoming van een goed arbeidsrechtelijk kader) biedt het recht op arbeid überhaupt geen althans weinig verdere inzichten in opvolgend werkgeverschap.

Opvolgend werkgeverschap zou ook kunnen worden gezien als een aanvulling op artikel 7:662 en verder BW (inzake de overgang van een onderneming) en artikel 36

1 Zie bijvoorbeeld N. Zekić, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2014, p. 52-62.

2 G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan. De spanning tussen zekerheid van de dienstbetrekking en flexibiliteit van de onderneming* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1992, p. 223.

3 Zie bijvoorbeeld J.J.M. van der Ven, ‘The Right to Work as a Human Right’, *Howard Law Journal* 1965-2, p. 409.

en verder Wet personenvervoer 2000 (inzake concessie in het openbaar vervoer). Voor die regelingen lijkt opvolgend werkgeverschap inderdaad aanvullende bescherming te bieden voor werknemers van wie de arbeidsovereenkomst op het moment van de overgang van de onderneming respectievelijk concessie is geëindigd of vlak daarvoor. Een overgang van de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst naar de nieuwe werkgever is dan niet mogelijk, aangezien de arbeidsovereenkomst al is geëindigd. Via opvolgend werkgeverschap geniet deze werknemer toch enige bescherming, maar pas *nadat* een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de nieuwe werkgever tot stand is gekomen. Deze typering van opvolgend werkgeverschap als aanvulling op de regelingen omtrent overgang van onderneming respectievelijk concessie in het openbaar vervoer is om verschillende redenen niet heel overtuigend. In de eerste plaats bieden de parlementaire behandeling en rechtspraak veel voorbeelden van opvolgend werkgeverschap die niet kunnen worden beschouwd als een overgang van onderneming of concessie in het openbaar vervoer. Uitzendconstructies, doorstartsituaties na faillissement, personeelsverschuivingen binnen een concern en ook veel aanbestedingen worden niet (altijd) beschermd door artikel 7:662 en verder BW of artikel 36 en verder Wet personenvervoer 2000. Waarom zouden die gevallen dan toch als opvolgend werkgeverschap moeten worden beschouwd? Een vergelijking met artikel 7:662 en verder BW biedt geen antwoord op die vraag. In de tweede plaats is opvolgend werkgeverschap altijd verbonden aan een andere regeling, zoals de ketenregeling of de regeling omtrent de transitievergoeding. Die andere regeling bepaalt het uiteindelijke rechtsgevolg. Opvolgend werkgeverschap is als zodanig eigenlijk een 'lege huls' en vereist inzicht in de bijzonderheden van deze onderliggende regelingen.

4.3 BESCHERMING VAN ANCIËNNITEIT: FUNCTIES EN EFFECTEN

Bij alle regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt, is – met uitzondering van de Ragetlie-regel – de bescherming in meer of mindere mate afhankelijk van de duur van de arbeidsovereenkomst, met andere woorden de anciënniteit van de werknemer. Zo bieden de proeftijdregeling en de ketenregeling de werkgever gedurende een zekere tijd de contractuele vrijheid de ontslagbescherming van de werknemer uit te stellen. Op grond van de proeftijdregeling mogen partijen de preventieve ontslagtoets voor een periode van één of twee maanden 'weg contracteren'. De ketenregeling biedt – onder het thans geldende recht – gedurende een periode van 24 maanden een uitzondering op het uitgangspunt van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (voor uitzendkrachten is die periode nog langer).⁴ Via een uitzendbeding mag voor uitzendkrachten gedurende een zekere periode de ontslagbescherming tot een minimum worden beperkt. Ook van de loonrisicoverdeling kan gedurende een periode van zes maanden ten gunste van de werkgever worden afgeweken. Daarnaast kan de start van de pensioenopbouw via een drempelperiode of wachttijd worden uitgesteld voor een periode van twee maanden, welke periode ten aanzien van uitzendkrachten kan

4 Het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans beoogt de periode van 24 maanden te verlengen naar 36 maanden.

worden verlengd tot en met 26 weken. Tot slot, een werknemer heeft – onder het thans geldende recht – in beginsel geen recht op een transitievergoeding, indien de arbeidsovereenkomst nog geen twee jaar heeft geduurd.⁵ Bij al deze regelingen verschaft de wet pas na een zekere tijd bepaalde rechten aan de werknemer, zoals het recht op ontslagbescherming, loon, pensioenopbouw en een ontslagvergoeding.⁶ Werknemersbescherming wordt niet alleen uitgesteld, maar neemt ook stapsgewijs toe gedurende de arbeidsovereenkomst, namelijk bij de hoogte van de transitievergoeding, de duur van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn en de redelijke termijn van herplaatsing.^{7, 8} Ook bij het afspiegelingsbeginsel neemt de ontslagbescherming toe, niet alleen ten opzichte van de werkgever, maar ook in verhouding tot collega's in dezelfde categorie uitwisselbare functies en leeftijdsklasse.

Al deze regelingen lijken (1) ofwel gedurende een zekere tijd de rechtsbescherming van de werknemer uit te stellen, althans daartoe de contractuele mogelijkheid te bieden, (2) ofwel gedurende de duur van de arbeidsovereenkomst geleidelijk de rechtsbescherming van de werknemer te laten toenemen althans zijn rechtspositie te verbeteren. Anciënniteit heeft aldus twee functies, te weten:

1. een wachttijd (het kortetermijneffect van anciënniteit);
2. een maatstaf voor een met de duur van de arbeidsrelatie toenemende rechtsbescherming althans stapsgewijze verbetering van de rechtspositie van de werknemer (het langetermijneffect van anciënniteit – een opbouwfunctie).

Voor de berekening van de anciënniteit moeten opvolgende arbeidsovereenkomsten worden samengeteld, mits de onderbrekingsperiode tussen de arbeidsovereenkomsten niet te lang is. Via opvolgend werkgeverschap tellen ook voorafgaande arbeidsovereenkomsten met andere werkgevers mee. Opvolgend werkgeverschap wordt dus gebruikt voor de vaststelling van de anciënniteit. Inzicht in de mogelijke grondslagen van anciënniteit is derhalve relevant voor het antwoord op de vraag wanneer en waarom opvolgend werkgeverschap moet worden toegepast teneinde de juiste anciënniteit vast te stellen. Als duidelijk is waarom bij sommige regelingen gerechtvaardigd is dat de werknemersbescherming gedurende een zekere periode moet althans mag worden uitgesteld, dan is wellicht beter te beoordelen in welke gevallen de diensttijd bij een vorige werkgever (al dan niet gedeeltelijk) behoort te mee te tellen.

5 Op grond van het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans heeft een werknemer ook recht op een transitievergoeding indien de arbeidsovereenkomst nog geen twee jaar heeft geduurd (deze wachttijd vervalt dus).

6 Op grond van het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans volgt daarnaast na twaalf maanden het (jaarlijks terugkerende) recht voor oproepkrachten op een aanbod tot een vaste arbeidsomvang.

7 Op grond van het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans stijgt de opbouw van de hoogte van transitievergoeding niet langer sneller indien een arbeidsovereenkomst meer dan tien jaar heeft geduurd.

8 Ook voor de vaststelling van de duur van een eventueel verbetertraject is anciënniteit een relevante factor (zie bijvoorbeeld: B. Barentsen & M.Y.H.G. Erkens, m.m.v. H.L. Doorn, 'Kroniek Rechtspraak Wwz', *TRA* 2017/27, paragraaf 1.2.2 en 3; Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761, *JAR* 2016/74; Hof Den Haag 1 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1868, *JAR* 2016/214; Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2430; Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6005, *RAR* 2016/149).

4.4 GRONDSLAGEN VAN ANCIËNNITEIT

4.4.1 *Selectie grondslagen en subcategorieën*

Anciënniteit is niet uitsluitend een nationale aangelegenheid. Ook het internationale arbeidsrecht en buitenlandse rechtsstelsels kennen waarde toe aan anciënniteit. Een ontslagvergoeding behoort op grond van artikel 12 lid 1 *ILO Convention No. 158* onder meer te zijn gebaseerd op de *'length of service and the level of wages'*.⁹ Artikel 15 lid 2 *ILO Termination of Employment Recommendation, 1963, No. 119* bepaalde dat de ontslagselectie bij een personeelssanering mede aan de hand van de *'length of service'* kan worden bepaald.¹⁰ Het wijdverbreide gebruik van anciënniteit als maatstaf voor werknemersbescherming berust echter niet op uitgebreide onderbouwingen van de wetgever of andere gezaghebbende organen. De juridische literatuur over anciënniteit bevat wel aanwijzingen, maar is zowel over de rechtvaardiging van op anciënniteit gebaseerde werknemersbescherming als over de mogelijke grondslagen verdeeld.¹¹ De onderbouwing voor anciënniteitafhankelijke werknemersbescherming is bovendien zeer beperkt.¹² Anciënniteit als maatstaf voor werknemersbescherming lijkt voor de wetgever een vanzelfsprekendheid die geen nadere toelichting behoeft, maar waarom eigenlijk? Zonder heldere en overtuigende grondslagen voor op anciënniteit gebaseerde werknemersbescherming is de toepassing van opvolgend werkgeverschap even willekeurig als het gebruik van anciënniteit zelf. Een goed begrip van de grondslagen van anciënniteit is dus noodzakelijk.¹³

9 *Termination of Employment Convention, 1982 (No. 158) Adoption: Geneva, 68th ILC session (22 June 1982)*, Verdrag betreffende de beëindiging van het dienstverband op initiatief van de werkgever (Nr. 158), *Trb.* 1984, 17. Dit verdrag is niet door Nederland geratificeerd.

10 *ILO Termination of Employment Recommendation, 1963, No. 119*, is overigens vervangen voor *ILO Termination of Employment Recommendation, 1982, No. 166*. De laatstgenoemde aanbeveling bevat geen verwijzing meer naar de *'length of service'* voor de vaststelling van de ontslagvolgorde.

11 Enkele publicaties waarop de hierna behandelde grondslagen mede zijn gebaseerd: J.H.A. Ringeling, *Rechtvaardig ontslag. Een bijdrage tot de geschiedenis van het ontslagrecht in Nederland* (diss.), Amsterdam: Albert de Lange 1953, p. 189-219; A.M. Luttmer-Kat, *Ontslagbescherming van werknemers* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1985, p. 120; M. Brink, 'Het anciënniteitsbeginsel', *SMA* 1986, p. 578-592; R. Knecht e.a., *Toetsing van ontslag: de werkwijze van arbeidsbureau, kantonrechter en bedrijfsvereniging*, Groningen: Wolters Noordhoff 1988, p. 154-163; G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan. De spanning tussen zekerheid van de dienstbetrekking en flexibiliteit van de onderneming* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1992, p. 345-347; C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief', *NJB* 2000, p. 1267-1277, in het bijzonder p. 1272-1273; R. Hansma, 'Anciënniteit raakt eindelijk uit de tijd', *NJB* 2004, p. 1484-1486; E. Verhulp, 'De opzegtermijnen nader beschouwd', *ArbeidsRecht* 2005/1; W.A. Zondag, 'De rol van het anciënniteitsbeginsel als selectie criterium bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen', *SMA* 2005, p. 458-477, in het bijzonder p. 465-469; M. Margadant, 'Het nieuwe afspiegelingsbeginsel', *Bb* 2006/30; A. Baris, 'De grondslagen van de ontslagvergoeding: geld of gelijkheid?', *ArA* 2007-2, p. 4-42, in het bijzonder p. 28-33. Ter volledigheid: andere, niet in deze voetnoot vermelde, publicaties komen specifiek aan de orde bij de te behandelen grondslagen.

12 Ook T. Koopmans, 'Rechtsvinding in arbeidszaken door de Hoge Raad', in: *Symposium Jurisprudentie Arbeidsrecht 1997*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1997, wijst op de gebrekkige onderbouwing van regels over anciënniteit.

13 Tot slot nog een opmerking over de aanduiding 'anciënniteitsbeginsel'. Anciënniteit is als zodanig geen (rechts)beginsel. Een rechtsbeginsel is algemeen van aard en geen concrete regel; het is een

Op welke wijze kunnen de mogelijke grondslagen van anciënniteit (die vervolgens in dit hoofdstuk nader worden geanalyseerd) worden geselecteerd? Een van de mogelijke selectiemethodes is een enquête waarbij wordt onderzocht welke grondslagen mensen of specifieke doelgroepen verbinden aan anciënniteit en die vervolgens nader te analyseren. Een peiling garandeert echter geenszins volledigheid. Een andere selectiemethode is de categorisering van opvattingen die in het juridische en politieke debat over anciënniteit aan de orde zijn gekomen. Die opvattingen kunnen blijken uit de publicaties van adviesorganen, de parlementaire behandeling, de rechtspraak en de literatuur. Die selectiemethode biedt evenmin een garantie op volledigheid en is bovendien minder systematisch (en daarom minder eenvoudig controleerbaar). Voor dit onderzoek is niettemin gekozen voor een selectie van opvattingen die in het juridische debat aan de orde zijn geweest. De selectie is dus mogelijk niet compleet. Een garantie op volledigheid is ook niet mogelijk. Het debat kan altijd nieuwe opvattingen opleveren; dat is de essentie van het recht als open systeem. Onvolledigheid is geen onoverkomelijk probleem. Veel belangrijker is de analyse van deze grondslagen: zijn de grondslagen gebaseerd op overtuigende argumenten?

Allereerst volgt een korte opsomming van de drie grondslagen, inclusief subcategorieën, die in het juridische debat kunnen worden onderscheiden.

Eerste grondslag – Bij de eerste grondslag kan worden gedacht aan regels waarbij anciënniteit strekt ter voorkoming van willekeur in de besluitvorming van de werkgever (zie hierna 4.4.2). Anciënniteit kan in deze categorie effecten op zowel de korte als lange termijn hebben. Deze grondslag kan worden onderverdeeld in de volgende subcategorieën:

1. bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie door de werkgever;
2. objectieve vaststelling van kennis, vaardigheden en ervaring van de werknemer.

Tweede grondslag – Anciënniteit kan ook verband houden met de gedachte dat anciënniteit een noodzakelijke correctie vormt op de – mogelijke – nadelige gevolgen voor de werkgever bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst op de korte termijn (zie hierna 4.4.3). Onder deze noemer vallen (hoofdzakelijk) regels waarbij anciënniteit het effect heeft van een wachttijd (het kortetermijneffect). Anciënniteit moet aldus leiden tot een evenwichtigere verdeling tussen de belangen van de werkgever en de werknemer. Deze grondslag kan worden onderverdeeld in de volgende subcategorieën:

waarde die via een rechtsregel een concrete uitwerking krijgt (*Asser/Scholten Algemeen deel** 1974/15). Geen van de auteurs in G.J.J. Heerma van Voss & E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht. Liber amicorum voor prof. mr. Paul F. van der Heijden*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, noemt anciënniteit als een van de beginselen van het arbeidsrecht. P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking* (Preadvies Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 87 en 119, brengen anciënniteit in verband met de sociaalrechtelijke basiswaarde solidariteit. Het principe *last in, first out* bij collectief ontslag vereist solidariteit van jongere werknemers met oudere werknemers, omdat ouderen doorgaans een zwakkere positie op de arbeidsmarkt hebben. Zij beschouwen anciënniteit derhalve als een uitwerking van de waarde solidariteit.

1. vaststelling van een volwaardige en bestendige arbeidsrelatie;
2. beperking financiële risico's voor de werkgever;
3. beperking uitvoeringskosten van de pensioenuitvoerder.

Derde grondslag – Deze grondslag houdt verband met de gedachte dat de zorgplicht toeneemt naarmate de arbeidsovereenkomst langer heeft geduurd (zie hierna 4.4.4). Deze gedachte treft men aan bij regelingen waar de rechtsbescherming van de werknemer geleidelijk toeneemt althans de rechtspositie van de werknemer geleidelijk verbetert naarmate hij langer in dienst is (het langetermijneffect – de opbouwfunctie). De onderstaande subcategorieën vallen onder deze grondslag, waarbij wordt opgemerkt dat de tweede en derde subcategorie als nadere uitwerkingen van de eerste subcategorie kunnen worden aangemerkt:

1. trouwe dienst en toenemende zorgplicht;
2. berekeningsinstrument voor compensatie voor verloren investeringen in *firm-specific skills*;
3. berekeningsinstrument voor compensatie voor gebrek aan investeringen door de werkgever.

Deze opsomming is slechts een 'voorselectie'. Bij de analyse staat de vraag centraal in hoeverre deze grondslagen kunnen worden gebaseerd op overtuigende argumenten.

4.4.2 *Grondslag: voorkoming van willekeur door de werkgever*

Eerste subcategorie: bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie

De vaststelling van anciënniteit – als objectief gegeven – kan werknemers beschermen tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie door de werkgever. Op meerdere plaatsen lijkt de wetgever anciënniteit op deze wijze te gebruiken. Het eerste voorbeeld is de voorganger van het afspiegelingsbeginsel: het 'anciënniteitsbeginsel'. Tot de invoering van het afspiegelingsbeginsel werd de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomisch ontslag uitsluitend bepaald aan de hand van de duur van het dienstverband (*last in, first out*).¹⁴ In de zaak *Cemsto/El Azzouti* overwoog de Hoge Raad dat de ratio van deze anciënniteitsregeling is dat (1) de omvang van de zorgplicht van de werkgever toeneemt naargelang de werknemer langer in dienst is, (2) de toepassing van de anciënniteitsregeling willekeur van de werkgever voorkomt, en (3) veelal oudere werknemers een langdurig dienstverband hebben en bij het zoeken naar ander werk in een ongunstige positie terechtkomen.¹⁵ De overstap van de anciënniteitsregel

¹⁴ Zie over deze overgang van *last in, first out* naar het afspiegelingsbeginsel onder meer: A.G. Veldman, 'Voorbij het "lifo-beginsel" bij reorganisatie', *Arbeid Integraal* 2005-1, p. 43-60; R. Kamminga, 'Van anciënniteit naar afspiegeling. Een historisch overzicht en actuele ontwikkelingen van het afspiegelingsbeginsel', *Arbeid Integraal* 2005-4, p. 61-73; B. van Dis, 'De heroverweging van het anciënniteitsbeginsel bij ontslag: stand van zaken', *Ondernemingsrecht* 2005/33; A.A.J. Kouwenhoven, 'Afspiegeling: vernieuwd en verplicht', *ArbeidsRecht* 2006/8. Zie over de toepassing van het oude principe *last in, first out*: M. Brink & G.T.M.J. Raaijmakers, 'Last in, first out', *ArbeidsRecht* 1994/34; W.L. Harenberg, 'Anciënniteit', *ArbeidsRecht* 2000/17; S.F.H. Jellinghaus, 'Het BBA en Ontslagbesluit met de VUT?', *Arbeid Integraal* 2005-4, p. 75-82.

¹⁵ HR 28 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG1395, JAR 1997/90 (*Cemsto/El Azzouti*).

naar het afspiegelingsbeginsel is mede ter bescherming van nieuwkomers op de arbeidsmarkt met een zwakke arbeidsmarktpositie. De regering noemde herintredende vrouwen, jongeren, Nederlanders met een migratieachtergrond (in de parlementaire stukken en nota's nog aangeduid als allochtonen) en arbeidsgehandicapten. Daarnaast waarborgt het afspiegelingsbeginsel een betere leeftijdsopbouw na ontslag.¹⁶ De bescherming van oudere werknemers en een toenemende zorgplicht bij een langer dienstverband hebben door de invoering van het afspiegelingsbeginsel een minder prominente rol gekregen bij de ontslagvolgorde.¹⁷ Anciënniteit strekt bij het afspiegelingsbeginsel wel nog steeds tot bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie. De vaststelling van de ontslagvolgorde aan de hand van objectieve gegevens – waaronder anciënniteit – voorkomt dat de werkgever bijvoorbeeld doelbewust de werknemer met een ziekte of lichamelijke of geestelijke beperking selecteert voor ontslag.

Een tweede voorbeeld is de ketenregeling. De ketenregeling moet tegemoetkomen 'aan de algemene economische behoefte van werkgevers aan meer mogelijkheid van flexibiliteit in (kortdurende) arbeidsrelaties en – op termijn – aan meer arbeidsrechtelijke zekerheid voor flexibele werknemers', aldus de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet flexibiliteit en zekerheid. De wetgever koos bewust niet voor een bepaling waarbij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen mogelijk is als het desbetreffende werk van tijdelijke aard is. Dat zou tot veel juridische geschillen leiden. Tevens was de regering van oordeel dat partijen verschillende legitieme redenen kunnen hebben om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te sluiten, bijvoorbeeld als proefperiode voor een complexe functie, bij een in tijd of hoeveelheid beperkt werkaanbod en bij vervanging van een werknemer die langdurig verlof heeft.¹⁸ Ter voorkoming van misbruik is – naast het aantal – ook de duur van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten gemaximeerd. Anciënniteit wordt bij deze regeling dus – onder meer – gebruikt om misbruik te voorkomen. Ook in Richtlijn 1999/70/EG is die gedachte te vinden. Als een van de drie door een lidstaat te kiezen varianten tegen misbruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd noemt clause 5 van Richtlijn 1999/70/EG bijvoorbeeld dat een lidstaat een maximale duur van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd vaststelt.¹⁹

16 Notitie heroverweging van het last-in/first-out beginsel bij bedrijfseconomisch ontslag, behorende bij brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (ongedateerd) naar aanleiding van de motie van de leden Verburg, Weekers, Bakker en Noordman-den Uyl, *Kamerstukken II* 2003/04, 29200, 48. Kritisch en verdeeld: *Advies inzake een heroverweging van de anciënniteitsregel bij bedrijfseconomisch ontslag* (advies van 1 december 2004, Stichting van de Arbeid, publicatienr. 13/04), Den Haag: SER-huisdrukkerij 2004, online: stvda.nl. Ook W.A. Zondag, *De grenzen van het arbeidsrecht* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 18, wees op kritiek uit het bedrijfsleven. Niet anciënniteit, maar het potentieel van de werknemer zou volgens velen de ontslagselectie moeten bepalen (zie ook A.Ph.C.M. Jaspers, 'Modern ontslagbeleid: LIFO op de helling', *SR* 2004/25).

17 Zie echter ook thans nog *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 47 (MvT).

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

19 Richtlijn 1999/70/EG noemt overigens niet opvolgend werkgeverschap als bescherming tegen misbruik.

In hoeverre is deze gedachte achter anciënniteit overtuigend? In de eerste plaats is de toepassing van anciënniteit als bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie op haar beurt evenzeer willekeurig. Bij het afspiegelingsbeginsel zou ter voorkoming van willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie met evenveel recht tot uitgangspunt kunnen worden genomen dat juist de werknemers met het langste dienstverband binnen een categorie uitwisselbare functies moeten worden geselecteerd voor ontslag. Het langste dienstverband is even 'objectief' vast te stellen. In de tweede plaats kan de bevoordeling van werknemers met langdurige dienstverbanden – en dus meer anciënniteit – leiden tot ongelijke kansen voor nieuwkomers op de arbeidsmarkt, waaronder groepen met een zwakke arbeidsmarktpositie. In de derde plaats, voor zover anciënniteit in verband wordt gebracht met de bescherming van oudere werknemers, is deze relatie niet altijd juist. Een oudere werknemer kan een kort dienstverband hebben, terwijl een relatief jonge werknemer mogelijk al voor een langere duur bij dezelfde werkgever werkt. Uit de gelijkebehandelingswetgeving blijkt bovendien dat leeftijdsafhankelijke werknemersbescherming als ongewenst wordt beschouwd.²⁰

Indien anciënniteit slechts strekt tot bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie, zou slechts een zeer beperkte toepassing van opvolgend werkgeverschap voor de hand liggen. Alleen bij (evidente) gevallen van misbruik zouden regelingen van overeenkomstige toepassing moeten zijn op opvolgende werkgevers. Afhankelijk van de regeling zou – in plaats van het instrument opvolgend werkgeverschap – wellicht ook kunnen worden gekozen voor een beroep op misbruik van bevoegdheid ex artikel 3:13 BW, een beroep op (de aanvullende of beperkende werking van) de redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 6:248 BW of goed werkgeverschap via artikel 7:611 BW.²¹

Tweede subcategorie: objectieve vaststelling kennis, vaardigheden en ervaring

Anciënniteit speelt een rol in veel beloningssystemen. Laagland schrijft dat de gedachte achter anciënniteit in een dergelijk beloningssysteem is dat een werknemer met meer dienstjaren meer beroepservaring heeft en daarom beter moet worden beloond.²²

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

21 Schrage, *Misbruik van bevoegdheid* (Mon. BW nr. A4) 2012/2.4.

22 F.G. Laagland, 'Intraconcernmobiliteit met concernwissel', in: R.M. Beltzer, F.G. Laagland & L. van den Berg, *Concernwerkgeverschap, Preadvies Levenbach* (Reeks VvA 43), Kluwer: Deventer 2015, p. 73, voetnoot 55, p. 85-88. De verbinding van beloning aan anciënniteit kan overigens indirect onderscheid op grond van geslacht of leeftijd opleveren (F.G. Laagland, 'Gelijke beloning voor gelijke arbeid: van hard naar zacht(er)', in: C.J.H. Jansen & L.G. Verburg (red.), *Onderneming en beloning* (Onderneming en recht, nr. 82), Deventer: Kluwer 2014, p. 275-304). In relatie tot de vraag of loonbeleid op basis van anciënniteit discriminatoir is, heeft het Europese Hof van Justitie geoordeeld dat anciënniteit als onderdeel van het beloningsbeleid in beginsel geen speciale rechtvaardiging behoeft, want het gebruik heeft een legitiem doel en is geschikt. Anciënniteit gaat in de woorden van het Europese Hof van Justitie 'hand in hand met ervaring' (HvJ EG 3 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:633, C-17/05, *JAR* 2006/267 (*Cadman*)); dit uitgangspunt is herhaald in: HvJ EG 18 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:381, C-88/08, *JAR* 2009/185 (*Hütter*), punt 47; HvJ EU 8 september 2011, ECLI:EU:C:2011:560, C-297/10, *JAR* 2011/278

Kennis, vaardigheden en ervaring nemen gedurende het dienstverband toe. Anciënniteit is aldus een meetinstrument voor de vaststelling van een passend loon en strekt eveneens tot bescherming tegen willekeur en discriminatie. De persoonlijke voorkeuren van een leidinggevende spelen geen rol bij de vaststelling van het loon van een individuele werknemer. Anciënniteit is echter niet altijd een valide meetinstrument. Kennis en vaardigheden (en zelfs ervaring) nemen niet bij elke werknemer gedurende de arbeidsrelatie in gelijke mate toe. De ontwikkeling van een werknemer is van veel meer factoren afhankelijk dan anciënniteit. (De kennis en vaardigheden van een werknemer kunnen gedurende het dienstverband zelfs hun waarde verliezen.)

Geen van de achterliggende regelingen (waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt) hebben betrekking op de vaststelling van de hoogte van het loon. De wetgever biedt werkgever en werknemer in beginsel de contractuele vrijheid andere loonafspraken te maken zowel gedurende de looptijd van een arbeidsovereenkomst als bij de totstandkoming van een nieuwe arbeidsovereenkomst. Anciënniteit als onderdeel van het beloningssysteem kan wel een onderdeel zijn van een arbeidsvoorwaardenregeling op het niveau van de onderneming of de bedrijfstak en kan bijvoorbeeld in een cao zijn vastgelegd. De vraag is of anciënniteit in die gevallen verbonden behoort te zijn aan dienstjaren binnen een onderneming, een concern, een professie of een bedrijfstak. Hebben kennis, vaardigheden en ervaring betrekking op de specifieke onderneming of breder, bijvoorbeeld de bedrijfstak? Daarnaast is de vraag of anciënniteit per functie moet worden vastgesteld. Voor zover opvolgend werkgeverschap ook bij een anciënniteitafhankelijke beloningsregeling een rol zou (moeten) spelen, zou het toepassingsbereik afhankelijk moeten zijn van het antwoord op de vraag wat voor soort kennis, vaardigheden en ervaring relevant is. Dat betekent dat *afhankelijk* van het soort kennis, vaardigheden en ervaring sprake zou moeten zijn van opvolgend werkgeverschap indien de werknemer na de werkgeverswissel werkzaam blijft in (1) dezelfde onderneming of groep van ondernemingen, (2) dezelfde professie of (3) dezelfde bedrijfstak.

Ook kan nog worden gewezen op de wachttijden in de Wet op de ondernemingsraden. Deze wet kent een wachttijd voor het actieve en passieve kiesrecht. Op grond van artikel 6 lid 2 en lid 3 Wet op de ondernemingsraden zijn personen kiesgerechtigd respectievelijk verkiesbaar indien zij ten minste zes maanden respectievelijk een jaar in de onderneming werkzaam zijn geweest. 'Achtergrond van de dienstdaardtermijnen is dat enig inzicht in de onderneming is vereist', aldus Van het Kaar.²³ Het gaat dus om

(Hennigs), punt 72). Zie ook: HvJ EU 13 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:193, C-437/17 (*EurothermenResort Bad Schallerbach*) – na afronding van dit onderzoek verschenen.

23 R.H. van het Kaar, *Ondernemingsraad* 1.4.3.1.3, Actief en passief kiesrecht, bijgewerkt 29 maart 2011 (online); zie ook tijdens een latere wetswijziging van de Wet op de ondernemingsraden: *Kamerstukken II* 1980/81, 15893, 5, p. 27 (MvA), en *Kamerstukken II* 1980/81, 15893, 8, p. 14 (NEV). De regering merkte tijdens de parlementaire behandeling van de huidige Wet op de ondernemingsraden op dat de wachttijden voor actief en passief kiesrecht onder de voorloper van deze wet 'hun nut [hebben] bewezen' (*Kamerstukken II* 1969/70, 10335, 6, p. 10 (MvA)). Ter volledigheid: de huidige Wet op de ondernemingsraden vereist voor de berekening van de dienstdaard – in tegenstelling tot de voorganger van deze wet – niet dat de persoon onafgebroken werkzaam in de onderneming is geweest. Een

kennis van de onderneming waarbinnen de persoon werkzaam is. In de Wet op de ondernemingsraden is ook nog een wachttijd van twee jaar voor uitzendkrachten toegevoegd.²⁴ Artikel 1 lid 3 aanhef en onder a Wet op de ondernemingsraden bepaalt dat onder in de onderneming werkzame personen mede worden verstaan ‘degenen die in het kader van werkzaamheden van de onderneming daarin ten minste 24 maanden werkzaam zijn krachtens een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 690 van Titel 7.10 van het Burgerlijk Wetboek’. Tijdens de parlementaire behandeling van de wetswijziging die heeft geleid tot invoering van artikel 1 lid 3 aanhef en onder a Wet op de ondernemingsraden merkte de regering – ten aanzien van deze uitzendkrachten – op ‘dat de onderhavige groepen werknemers zowel bij de arbeidsorganisaties van de inlener als bij de arbeidsorganisatie van de uitlener een belang bij medezeggenschap hebben, welk belang toeneemt naarmate de arbeidsrelatie langer duurt’.²⁵ Volgens het aangenomen amendement van Kamerlid Van Rooy c.s. geldt voor uitzendkrachten dat de termijnen voor het kiesrecht pas beginnen te lopen *na* de wachttijd van twee jaar. De indieners van het amendement geven overigens geen (overtuigende) argumenten voor deze dubbele wachttijd.²⁶ Voor zover anciënniteit ziet op de medezeggenschapsrechten, richt de anciënniteit zich op de diensttijd binnen de onderneming waarvoor het medezeggenschaporgaan is ingesteld.

4.4.3 Grondslag: evenwichtige verdeling

Eerste subcategorie: vaststelling volwaardige en bestendige arbeidsrelatie

Het feit dat veel arbeidsrechtelijke regelingen pas bescherming verlenen nadat een arbeidsrelatie een zekere periode heeft geduurd, lijkt tot uitdrukking te brengen dat de wetgever aanbod en aanvaarding voor de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst met alle bijbehorende rechten onvoldoende acht. De wetgever gebruikt anciënniteit in deze regelingen als meetinstrument voor de beoordeling of een ‘volwaardige’ en ‘bestendige’ arbeidsrelatie tot stand is gekomen. Deze gedachte treft men aan bij verschillende regelingen.

In de eerste plaats de proeftijdregeling en ketenregeling: volgens de memorie van toelichting bij het voorstel voor de Wet op de arbeidsovereenkomst is de proeftijd

onderbreking is dus in beginsel niet van invloed op het volmaken van de vereiste diensttijd voor actief en passief kiesrecht (*Kamerstukken II* 1969/70, 10335, 3, p. 17 (MvT); L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 96).

24 Wet van 14 februari 1998 tot wijziging van de Wet op de ondernemingsraden en titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Stb.* 1998, 107.

25 *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, 3, p. 32 (MvT); zie ook *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, 7, p. 31 (verslag). Tot invoering van deze wetswijziging werden uitzendkrachten volledig uitgesloten van het actieve en passieve kiesrecht (zie ook: HR 30 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1597, NJ 1995/448 (*Loois en Olst/Stichting Weerwerk*), en HR 30 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1599, NJ 1995/449 (*Vervoersbond FNV/UIC*); L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 48-50).

26 *Kamerstukken II* 1996/97, 24615, 56; zie ook Rb. Rotterdam 3 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5411, *TRA* 2014/80. Kritisch over de cumulatieve telling zijn onder anderen: R.H. van het Kaar, ‘Ondernemingsraad overtreedt eigen reglement; verkiezingen moeten worden overgedaan. Kiesrecht ingeleende werknemers’, *TRA* 2014/80; L.C.J. Sprengers, *T&C Arbeidsrecht*, commentaar op artikel 6 WOR, bijgevoegd 1 juli 2018; L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 102-103.

een periode waarbij 'de arbeider eerst "op proef" bij den werkgever in dienst zal treden, alvorens eene definitieve arbeidsovereenkomst tot stand komt'.²⁷ Bouwens en Duk spreken van een 'kennismakingsperiode'.²⁸ De wetgever lijkt bij de proeftijdregeling derhalve tot uitgangspunt te nemen dat de vermogensrechtelijke vereisten voor de totstandkoming van een overeenkomst als zodanig niet toereikend zijn voor een arbeidsovereenkomst. Totstandkoming van een 'volwaardige' arbeidsovereenkomst heeft tijd nodig; partijen kunnen pas na een samenwerking van enige tijd vaststellen of zij een langdurige relatie willen aangaan.²⁹ Pas na een of twee maanden heeft een werknemer een volwaardige ontslagbescherming. Omgekeerd kan deze ontslagbescherming nadien niet worden weggenomen door de totstandkoming van een geheel nieuwe arbeidsovereenkomst tussen dezelfde partijen (tenzij die opvolgende arbeidsovereenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden van een werknemer vereist). Deze gedachte treft men ook aan bij de ketenregeling, namelijk voor die gevallen waarin een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (tevens) is bedoeld als een verlengde proeftijd.

In de tweede plaats de loonrisicoverdeling: gedurende de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst kan contractueel ten nadele van de werknemer worden afgeweken van het wettelijke uitgangspunt zoals vastgelegd in artikel 7:628 lid 1 BW. Pas na een periode van zes maanden is met zekerheid vast te stellen of de arbeid van structurele aard is en of de arbeidsomvang een vast karakter heeft gekregen. De beperking tot (in beginsel) zes maanden houdt verband met de gedachte dat naarmate de arbeidsrelatie langer voortduurt, voor een eenzijdige afwenteling van het loonrisico op de werknemer minder rechtvaardiging bestaat, aldus de regering.³⁰ Een langere periode dan zes maanden is alleen toegestaan voor uitzendovereenkomsten en andere werkzaamheden die van incidentele aard zijn en geen vaste omvang kennen. Bij minder bestendige arbeidsrelaties bestaat een rechtvaardiging voor meer flexibiliteit, zo lijkt de gedachte. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid benadrukt de regering bijvoorbeeld dat een uitzendwerkgever voor wat betreft het loonverhoudingsvoorschrift meer vrijheid moet hebben vanwege de allocatieve functie. De regering schrijft:

'Voor de uitzendovereenkomst is wat betreft de loondoorbetalingsplicht een uitzondering gemaakt, vanwege het bijzondere karakter van uitzendwerk. De allocatieve functie op de arbeidsmarkt brengt mee dat partijen bij een uitzendovereenkomst meer vrijheid hebben bij het aangaan en beëindigen van de arbeidsovereenkomst. De regering acht het daarom

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

28 Bouwens & Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht* 2015/29.2, bijgewerkt 9 juli 2015; zie ook: HR 2 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8102, NJ 1988/233 (*Pons/Technisch Handelsburo*).

29 Volgens de toenmalige regering was in sommige gevallen zelfs eerst een voorafgaande arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd nodig om vast te stellen of partijen zich voor onbepaalde duur willen binden (A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, Geschiedenis der wet van den 13den juli 1907 (deel 4)*, Den Haag: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1907, p. 60-65).

30 *Nota Flexibiliteit en zekerheid* (advies van 3 april 1996, Stichting van de Arbeid, publicatienr. 2/96), Den Haag: SER-huisdrukkerij 1996, p. 27, online: stvda.nl; *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3, p. 6 (MvT).

aangewezen om voor de uitzendsector op een andere wijze aan de beperking van de loon- doorbetalingsplicht invulling te geven dan voor andere werkgevers op grond van artikel 7:628 BW zal gaan gelden. Op deze wijze wordt voldoende recht gedaan aan genoemde vrijheid van partijen en wordt tevens een begrenzing in duur aangebracht om de onzekere positie van de uitzendkracht te bewaken.³¹

Dit citaat heeft betrekking op het loonverhoudingsvoorschrift, maar hetzelfde argument kan uiteraard ook in verband worden gebracht met de andere uitzonderingen in artikel 7:691 BW. Door een verlicht arbeidsrechtelijk regime wordt 'recht gedaan aan de flexibiliteit die zo kenmerkend is voor uitzendarbeid en die inherent is aan de allocatieve functie van de uitzendwerkgever', aldus Van Slooten, Zaal en Zwemmer.³²

In de derde plaats het wettelijke rechtsvermoeden: uit artikel 7:610a BW blijkt dat de wetgever bij een arbeidsovereenkomst uitgaat van een duurzaam karakter. Iemand die gedurende een periode van drie opeenvolgende maanden wekelijks dan wel gedurende ten minste 20 uur per maand arbeid verricht voor een ander, wordt vermoed deze arbeid op grond van een arbeidsovereenkomst te verrichten. (De wetgever heeft opvolgend werkgeverschap echter niet van toepassing verklaard op artikel 7:610a BW.)

In de vierde plaats de Wet flexibel werken: voor de rechten op basis van de Wet flexibel werken moet volgens de wetgever eerst een bestendige arbeidsrelatie bestaan. Tot voor kort was deze achterliggende gedachte volgens de regering ook bij het recht op ouderschapsverlof en het recht op financiering tijdens de loopbaanonderbreking van belang. Tijdens de parlementaire behandeling gaf de regering aan dat deze wachtperiode garandeert dat er sprake is van 'een zekere binding met de werkgever'. De eis van een jaar (thans 26 weken) creëert een balans tussen de belangen van de werkgever en die van de werknemer, aldus de regering. Wat die belangen precies zijn, vermeldt de regering niet.³³ Bij het recht op ouderschapsverlof vond de regering deze minimumperiode nodig, omdat 'de werkgever bij gebruikmaking van het recht organisatorische voorzieningen moet treffen en de arbeidsplaats voor een bepaalde periode moet "reserveren"'. De regering achtte de gevraagde voorzieningen onredelijk indien 'de arbeidsverhouding zich niet gestabiliseerd heeft'. Een 'zekere binding' is vereist, aldus de regering.³⁴ Het recht op ouderschapsverlof vereiste een arbeidsovereenkomst met

31 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 29 (NV).

32 J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 47. De vraag is overigens of die allocatieve functie sinds het arrest *Care 4 Care/StiPP* nog als doorslaggevend argument voor de verruimde flexibiliteit kan gelden. Uit dit arrest blijkt immers dat volgens de Hoge Raad artikel 7:690 noch artikel 7:691 BW een allocatiefunctie vereist (HR 21 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, *JAR* 2016/286 (*Care 4 Care/StiPP*); ook HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, *JAR* 2017/16 (*Leerorkest*). Zie voor een andersluidende opvatting: J.P.H. Zwemmer, 'Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is', *TRA* 2009/12; J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, paragraaf 4.5.2). Het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans maakt van de allocatieve functie wel weer een rechtens relevant kenmerk.

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

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

een duurzaam karakter. De relatief recente overstap van de wetgever naar een anciënniteitvrij recht op ouderschapsverlof is derhalve een ommezwaai. Ook bij de niet meer geldende regeling omtrent de financiering van de loopbaanonderbreking gaf de regering met een verwijzing naar het recht op ouderschapsverlof aan dat er sprake moet zijn van een 'zekere binding met de arbeidsorganisatie' alvorens een werknemer in aanmerking komt voor loopbaanonderbrekingsfinanciering.³⁵

In de vijfde plaats de transitievergoeding: een recht op een transitievergoeding ontstaat onder het thans (nog) geldende recht pas indien een werknemer ten minste twee jaar heeft gewerkt voor dezelfde werkgever.³⁶

In de zesde plaats kan worden verwezen naar de wachttijden in de Wet op de ondernemingsraden, te weten het actieve en passieve kiesrecht (artikel 6 lid 2 en 3 Wet op de ondernemingsraden) en de (aanvullende) wachttijd voor uitzendkrachten (artikel 1 lid 3 Wet op de ondernemingsraden). Naast de eerder genoemde gedachte dat kennis van de onderneming relevant is voor daadwerkelijke betrokkenheid bij de ondernemingsraad, zou ook kunnen worden gesteld dat deze wachttijden zijn bedoeld om medezeggenschap uitsluitend toe te kennen aan werknemers die een bestendige arbeidsrelatie met de arbeidsorganisatie hebben.

Anciënniteit als instrument ter vaststelling van een bestendige arbeidsrelatie komt tevens voor in de rechtspraak. Zo blijkt uit de rechtspraak dat een duurzaam karakter zelfs kan leiden tot een verplichting van een werkgever tot aanbidding van een arbeidsovereenkomst. Zo oordeelde de Rechtbank Groningen in 2007 dat de arbeidsrelatie een duurzaam karakter heeft gekregen, nadat de werknemer zeventien jaar als reisleidster op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voor dezelfde werkgever werkzaam is geweest. De werkgever was daarom in beginsel verplicht wederom een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te bieden.³⁷ Ook de Rechtbank Den Haag achtte de werkgever verplicht een arbeidsovereenkomst aan te bieden vanwege het door tijdsverloop verkregen duurzame karakter van de arbeidsrelatie en vanwege het feit dat het inkomen en de uitgaven van de werknemer op deze arbeidsrelatie in de vorm van seizoensarbeid waren afgestemd.³⁸ Deze uitspraken nemen tot uitgangspunt

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

36 Het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans schaft deze wachttijd af bij de regeling omtrent de transitievergoeding.

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

38 Rb. Den Haag 15 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4514, *JAR* 2015/119. Andere vergelijkbare uitspraken: Ktr. Heerenveen 20 november 1996, ECLI:NL:KTGHRV:1996:AG1534, *JAR* 1997/17; Ktr. Amsterdam 26 maart 1998, ECLI:NL:KTGAMS:1998:AG2128, *JAR* 1998/155. In plaats van een verplichting tot aanbidding van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd nam Rb. Utrecht 12 december 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BG9194, *JAR* 2009/31, misbruik van recht aan in een casus waarin een docente achttien jaar lang op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd werkte. De rechter oor-

dat in het daaropvolgende seizoen bij vacante posities allereerst de voormalige werknemers van het jaar daarvoor een positie moet worden aangeboden.³⁹ Anders gezegd, een werkgever mag een arbeidsrelatie met een permanent karakter niet 'beëindigen' door niet opnieuw een arbeidsovereenkomst aan te bieden.

Waarom verbindt de wetgever aan een duurzame en bestendige arbeidsrelatie meer werknemersbescherming? De gedachte zou kunnen zijn dat een werknemer die net in dienst is getreden, eerst zijn plek binnen de arbeidsorganisatie door zijn inzet gedurende een zekere periode moet 'verdiene(n)'. De redenering lijkt ontleend aan het institutionele beginsel. Het arbeidsrecht moet de werknemer als economisch zwakkere partij weliswaar tegen de werkgever beschermen (ongelijkheidscompensatie), maar het institutionele beginsel corrigeert op zijn beurt deze ongelijkheidscompensatie. De arbeidsovereenkomst wordt beschouwd als een 'entreebiljet' tot de arbeidsorganisatie.⁴⁰ Zoals een wijziging van de arbeidsorganisatie op grond van het institutionele beginsel een rechtvaardiging kan zijn voor een aanpassing van de arbeidsovereenkomst, zou hetzelfde beginsel wellicht kunnen leiden tot een nuancering van de contractenrechtelijke zienswijze op de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst. Het institutionele beginsel is derhalve niet alleen van invloed op de vraag of een arbeidsovereenkomst mag worden gewijzigd, maar beïnvloedt eveneens de wijze waarop een arbeidsovereenkomst met alle bijbehorende wettelijke rechten tot stand komt. Voor die totstandkoming moet een werknemer daadwerkelijk zijn toegetreden tot – deel zijn gaan uitmaken van – de arbeidsorganisatie. Aanbod en aanvaarding als bedoeld in artikel 6:217 BW zijn onvoldoende. De volwaardige toetreding vereist dat de werknemer een zekere periode werkzaam is voor die arbeidsorganisatie. Deze gedachtegang achter anciënniteit heeft overigens een grote keerzijde, die raakt aan de problematiek omtrent *insider* versus *outsider*. Behoren niet juist werknemers met kortdurende arbeidsrelaties meer bescherming te genieten? Deze werknemers hebben

deelde dat inmiddels een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen. Ter volledigheid: uit HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2504, JAR 2007/215 (*Simpson/Greenpeace*), blijkt dat gebruikmaking van de onderbrekingsperiode uit de ketenregeling als zodanig niet leidt tot misbruik van artikel 7:668a BW. Ook Hof Arnhem 28 juni 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR2729, JAR 2011/224, nam in een zaak waarin sprake was van jarenlange seizoensarbeid geen verplichting aan om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te bieden (zie ook: Rb. Zutphen 11 mei 1995, ECLI:NL:RBZUT:1995:AG0939, JAR 1995/136; Rb. Noord-Holland 20 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2598, JAR 2017/102).

39 Uit Rb. Limburg 14 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8853, JIN 2014/3, blijkt dat dit permanente karakter ook bij een opvolgende arbeidsovereenkomst met een andere werkgever van invloed kan zijn.

40 A.R. Houweling, *Eigenaardig arbeidsrecht. De grondslagen van een modern arbeidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 13-21. Een voorbeeld van het institutionele beginsel is volgens Houweling de doorwerking van collectieve afspraken met werknemersverenigingen en ondernemingsraden in de individuele arbeidsovereenkomst. Zie ook: A.R. Houweling & C.J. Loonstra, 'Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?', *TAP* 2011/5, p. 172-181; A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in een vermogensrechtelijk perspectief* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2008, p. 191-200; W.A. Zondag, 'Institutioneel arbeidsrecht?', *RM Themis* 2002/1, p. 3-16; Assink e.a., *Toekomst ondernemingsrecht* (IVOR nr. 99) 2015/21.5.1.1; C.J. Loonstra, 'De wederkerige arbeidsbetrekking', in: G.J.J. Heerma van Voss & E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht: liber amicorum voor prof. mr. Paul F. van der Heijden*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 79-91.

immers in veel gevallen een kwetsbare positie op de arbeidsmarkt. Een andere vraag is welke invloed deze gedachte zou moeten hebben op de toepassing van opvolgend werkgeverschap. Vanuit deze gedachte ziet opvolgend werkgeverschap op gevallen waarin de werknemer van formele werkgever wisselt, maar deel blijft uitmaken van dezelfde arbeidsorganisatie. De kernvraag achter deze gedachte is immers: maakt de werknemer op een bestendige wijze deel uit van de arbeidsorganisatie? Vanuit die gedachtegang kan een werkgeverswissel worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap indien de werknemer weliswaar een arbeidsovereenkomst sluit met een andere formele werkgever maar werkzaam blijft voor dezelfde arbeidsorganisatie (ook als hij *andere* werkzaamheden voor dezelfde arbeidsorganisatie gaat verrichten).

Tweede subcategorie: beperking financiële risico's werkgevers

Anciënniteit kan worden beschouwd als een instrument om de financiële risico's van de werkgever te beperken. Zo zou de afwijking van de loonrisicoverdeling gedurende de eerste zes maanden bijvoorbeeld kunnen worden gebaseerd op een rechtseconomische afweging. In plaats van een beoordeling van de gewenste inzetbaarheid van de werknemer voorafgaande aan de indiensttreding, kunnen partijen de arbeidsomvang voor een korte periode in de praktijk beoordelen. Werkgever en werknemer stellen in een periode van zes maanden de gewenste arbeidsomvang vast. Een vergelijkbare economische afweging is denkbaar bij de proeftijdregeling, de ketenregeling, de termijnen voor uitzendkrachten en de (wachttijd functie bij de) transitievergoeding. Deze regelingen beperken de ontslagbescherming gedurende een zekere tijd en daarmee de mogelijke ontslagkosten voor werkgevers. Aanname van personeel brengt risico's mee. Als de arbeidsrelatie inmiddels een bestendig karakter heeft gekregen, dan zijn die financiële risico's voor een werkgever mogelijk kleiner geworden. Ook voor regelingen als de Wet flexibel werken (en tot niet zo lang geleden het recht op ouderschapsverlof) zijn vergelijkbare economische argumenten aan te dragen. Een andere verdeling van de arbeid als gevolg van een verzoek tot wijziging van de arbeidsomvang, arbeidsplaats of werktijden brengt kosten mee voor de werkgever. Een wachttijd beperkt die kosten. (Deze argumentatie houdt tevens een nauw verband met de hiervoor beschreven subcategorie: de vaststelling van een volwaardige en bestendige arbeidsrelatie.)

Alle hiervoor genoemde argumenten bij deze subcategorie hebben betrekking op gevallen waarin anciënniteit wordt gebruikt als wachttijd – de bescherming van de werknemer wordt gedurende een zekere tijd uitgesteld. Daarnaast bestaan, als gezegd, regelingen waar de mate van bescherming in gelijke tred met de anciënniteit toeneemt (de opbouwfunctie), namelijk bij de berekening van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn en herplaatsingstermijn, de berekening van de hoogte van de transitievergoeding en het afspiegelingsbeginsel. Voor zover de werknemersbescherming geleidelijk toeneemt tijdens de duur van de arbeidsrelatie is het verband met de beperking van de financiële risico's van de werkgever veel minder sterk. Houweling c.s. wijzen op onderzoek waaruit blijkt dat ondernemingen baat kunnen hebben bij langdurige arbeidsrelaties.⁴¹ Organisaties met veel tijdelijke arbeidskrach-

41 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 290-291.

ten zouden bijvoorbeeld (1) minder investeren in scholing en ontwikkeling, (2) meer controle en management vereisen, (3) minder bedrijfsspecifieke kennis behouden en (4) meer kosten voor werving en selectie hebben. Het gevolg is een lagere arbeidsproductiviteit.⁴² Deze – op zichzelf plausibele – argumenten rechtvaardigen echter niet waarom een werkgever een langere opzegtermijn in acht moet nemen of een hogere ontslagvergoeding moet betalen ingeval een werknemer langer in dienst is. In relatie tot het afspiegelingsbeginsel is wel denkbaar dat een werkgever een belang heeft bij het behoud van werknemers die relatief lang in dienst zijn en meer bedrijfsspecifieke kennis hebben (maar een veelgehoorde opmerking – of klacht – is dat werkgevers juist de voorkeur geven aan jongere werknemers).

De beperking van de financiële risico's van de werkgever kan wellicht ook een rol spelen bij de vaststelling van het loon. De Wolff verwijst naar de theorie van het 'impliciete contract'. Volgens deze theorie accepteert een werknemer een loon onder zijn prestatieniveau in de vooronderstelling dat hij later in zijn loopbaan bij die werkgever een loon zal ontvangen dat hoger ligt (zelfs boven zijn prestatieniveau). De werkgever beperkt daarmee zijn financiële nadeel bij een mismatch in de personeelsselectie en profiteert langer van investeringen in werknemers, omdat werknemers langer aan het bedrijf verbonden blijven. De oplopende lonen zouden een werknemer tevens motiveren.⁴³ De – veelal in de economische wetenschappen behandelde – theorieën over *implicit contracts* richten zich vaak op deze op anciënniteit gebaseerde beloningssystemen en hebben betrekking op onderzoek waaruit blijkt dat werknemers in het begin van hun loopbaan bij een werkgever een loon ontvangen dat beneden hun productiviteit ligt en later in hun loopbaan bij diezelfde werkgever een loon ontvangen dat hoger dan hun productiviteit ligt. De verklaringen (alsook de normatieve argumenten) voor deze wijze van beloning lopen uiteen.⁴⁴

42 R. Dekker & A. Kleinknecht, 'Flexibel werk schaadt groei arbeidsproductiviteit', *ESB* april 2008, p. 56-60.

43 D.J.B. de Wolff, 'Demotie of depreciatie van oudere werknemers', *TRA* 2013/44.

44 Volgens E.P. Lazear, 'Agency, Earnings Profiles, Productivity, and Hours Restrictions', *The American Economic Review* (71) 1981, afl. 4, p. 606-620, houdt een efficiënt beloningssysteem in dat de beloning niet gelijk is aan de productiviteit van een werknemer. Binnen een organisatie ontvangt een werknemer in zijn beginjaren een beloning die lager is dan zijn productiviteit (de *value of marginal products*). En in zijn latere jaren ontvangt die werknemer binnen dezelfde organisatie een beloning die hoger is dan zijn productiviteit. Lazaer spreekt over '*upward-sloping age-earnings profile*'. 'A direct implication of this analysis is that a worker's earnings should rise more steeply than his marginal productivity over the lifetime', aldus Lazaer. Senior werknemers krijgen dus niet meer betaald omdat zij productiever zijn, maar omdat het jongere werknemers zou motiveren optimaal te presteren '*in hopes of growing old in that firm*'. En ook oudere medewerkers blijven gemotiveerd, omdat een ontslag steeds grotere negatieve financiële gevolgen voor hen kan hebben. Zie over op anciënniteit gebaseerde systemen van beloning, promotie en ontslag in de (inmiddels al enigszins verouderde) economische literatuur onder anderen: J.L. Medoff & K.G. Abraham, 'Experience, Performance, and Earnings', *The Quarterly Journal of Economics* (XCV) 1980, afl. 4, p. 703-736; J.L. Medoff & K.G. Abraham, 'Involuntary Terminations under Explicit and Implicit Employment Contracts', *NBER working paper series*, nr. 634, Cambridge, Massachusetts: National Bureau of Economic Research 1981; J.L. Medoff & K.G. Abraham, 'Length of service and the operation of internal labor markets', *NBER working paper series*, nr. 1085, Cambridge, Massachusetts: National Bureau of Economic Research 1983; K.G. Abraham & J.L. Medoff, 'Length of service, terminations and the nature of the employment relationship', *NBER working paper series*,

Ongeacht of de hiervoor aangehaalde argumenten inderdaad een verdergaande bescherming bij meer anciënniteit rechtvaardigen (via een wachttijdfunctie en/of via een opbouwfunctie), is duidelijk dat deze argumenten voor op anciënniteit gebaseerde bescherming zich richten op de arbeidsorganisatie waarin werknemers werken en wellicht zelfs alleen op de *core group* van de arbeidsorganisatie. Een werkgever doet de meeste investeringen in zijn personeel dat behoort tot de *core group*, bij die groep loopt de werkgever dus ook de grootste risico's.⁴⁵ In relatie tot deze gedachte zou opvolgend werkgeverschap – net als bij de vorige subcategorie – daarom betrekking moeten hebben op werkgeverswissels waarbij werknemers voor dezelfde arbeidsorganisatie werkzaam blijven. Alleen in die gevallen is behoud en verdere opbouw van werknemersbescherming op basis van anciënniteit gerechtvaardigd.

Derde subcategorie: beperking uitvoeringskosten pensioenuitvoerder

Een bijzondere positie neemt de wachttijd en drempelperiode voor pensioen in. Kostenbeperking lijkt het doorslaggevend argument voor deze regeling. Gedurende een wachttijd verwerft een werknemer geen ouderdomspensioen. Bij een drempelperiode verwerft een werknemer met terugwerkende kracht pensioenaanspraken vanaf de indiensttreding. De wachttijd en drempelperiode zijn bedoeld om de relatief hoge administratieve lasten voor kleine pensioenen te beperken, aldus de wetgever.⁴⁶ De mogelijkheid voor een langere wachttijd of drempelperiode voor uitzendovereenkomsten houdt verband met de aard van deze bedrijfstak, waarin kortdurende arbeidsovereenkomsten gebruikelijk zijn. De uitvoeringskosten van pensioenuitvoerders in de uitzendbranche zouden zonder een verlengde wachttijd of drempelperiode van 26 weken met 50 procent toenemen, aldus de regering.⁴⁷ De argumenten van de regering voor een wachttijd of drempelperiode (en dus voor anciënniteit) zien op de toenemende kosten van de pensioenuitvoerder. Niet de (directe) belangen van de individuele werkgever maar die van pensioenuitvoerder staan centraal. Op de langere wachttijd en drempelperiode voor uitzendkrachten is in 2018 overigens vanuit de poli-

nr. 1086, Cambridge, Massachusetts: National Bureau of Economic Research 1983; K.G. Abraham & J.L. Medoff, 'Length of Service and Promotions in Union and Nonunion Work Groups', *Industrial and Labor Relations Review* (38) 1985, afl. 3, p. 408-420; R.J. Flanagan, 'Implicit Contracts, Explicit Contracts, and Wages', *The American economic review* (74) 1984, afl. 2, p. 345-345; D. Quinn Mills, 'Seniority versus Ability in Promotion Decisions', *Industrial and Labor Relations Review* (38) 1985, afl. 3, p. 421-425; R.M. Hutchens, 'A Test of Lazear's Theory of Delayed Payment Contracts', *Journal of Labor Economics* (5) 1987, afl. 4, p. 153-170; *Public Service Pay Determination and Pay Systems in OECD Countries* (OECD, Public Management Occasional Papers, 1994 Series, Paris: OECD Publishing 1994; K.W. Chauvin, 'Firm-Specific Wage Growth and Changes in the Labor Market for Managers', *Managerial and Decision Economics* (15) 1994, afl. 1, p. 21-37; H.S. James & D.M. Johnson, 'Just-Cause Provisions, Severance Pay, and the Efficiency Wage Hypothesis', *Managerial and Decision Economics* (21) 2000, p. 83-88.

45 Zie ook J. Atkinsons, *Flexibility, Uncertainty and Manpower Management* (IMS Report No. 89), Brighton: Institute of Manpower Studies 1984.

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

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

tiek kritiek gekomen. Uitzendkrachten zouden structureel te weinig pensioen opbouwen.⁴⁸

Voor zover anciënniteit ziet op de bescherming van de belangen van een derde, zoals in dit geval de pensioenuitvoerder, zou een andere uitleg van opvolgend werkgeverschap gerechtvaardigd zijn. Voor het antwoord op de vraag of sprake zou moeten zijn van opvolgend werkgeverschap is dan namelijk niet van belang of de werknemer werkzaam blijft voor dezelfde arbeidsorganisatie, maar of de werknemer bij de nieuwe werkgever onder de werkingssfeer van dezelfde pensioenregeling valt. Deze gedachtegang brengt met zich dat in relatie tot de wachttijd en drempelperiode voor pensioenopbouw sprake zou moeten zijn van opvolgend werkgeverschap indien de werknemer na de werkgeverswissel werkzaam blijft voor een werkgever die het pensioen onderbrengt bij dezelfde pensioenuitvoerder.

4.4.4 Grondslag: (toenemende) zorgplicht van de werkgever

Eerste subcategorie: trouwe dienst en toenemende zorgplicht

Anciënniteit wordt vaak in verband gebracht met 'trouwe dienst', zoals bij de berekening van de opzegtermijn, de herplaatsingstermijn, de ontslagvergoeding, de vaststelling van de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomisch ontslag (het afspiegelingsbeginsel) en de jubilea-uitkeringen. Zo blijkt ook uit de toelichting op de wet van 17 december 1953, waarmee de verlengde opzegtermijn voor werkgevers en werknemers werd ingevoerd. In de memorie van toelichting bij die wet schrijft de toenmalige regering dat '[h]oe langer de dienstbetrekking duurt des te nauwer worden arbeider en patroon aan elkaar verbonden'. Met de duur van de dienstbetrekking groeien ook de (morele) verplichtingen van partijen.⁴⁹ In het voorlopig verslag onderkent de toenmalige vaste Commissie voor Privaat- en Strafrecht van de Tweede Kamer dat de strekking van deze verlengde opzegtermijn was om 'meer bestaanszekerheid [te verschaffen] aan personen, die reeds geruime tijd bij dezelfde werkgever in dienst zijn' en dat 'de band tussen (...) onderneming en arbeider (...) sterker wordt naarmate de dienstbetrekking langer duurt'.⁵⁰ De regering dacht voornamelijk aan arbeidsovereenkomsten die zeer lang geduurd hebben; tegenover een 'oudgediende' kan een langere opzegtermijn gevegd worden.⁵¹ Ook de – meer recente – toelichting op de Ontslagregeling noemt als rechtvaardiging voor de langere herplaatsingstermijn 'dat de zorgplicht van de werkgever jegens de werknemer toeneemt naarmate het dienstverband een langere looptijd heeft'.⁵² Als een van de grondslagen voor het recht op een ontslagvergoeding

48 M. Wolzak, 'Schrapp pensioenwachttijd uitzendkracht', *Het Financieele Dagblad* 20 juni 2018, online: fd.nl.

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

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

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

52 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000102290, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding (Ontslagregeling),

noemt Loonstra dat ‘trouwe dienst moet worden beloond’. Het is, zo vervolgt Loonstra, een ‘algemeen menselijk gegeven’ dat naarmate de tijd voortschrijdt, de onderlinge afhankelijkheid in relaties toeneemt. Met die toename mogen ook de wederzijdse verwachtingen toenemen.⁵³ Loonstra verbindt trouwe dienst aan de toenemende wederzijdse afhankelijkheid. De zorgplicht neemt toe.

Net als bij de hiervoor besproken (mogelijke) grondslagen voor op anciënniteit gebaseerde werknemersbescherming (te weten: voorkoming van willekeur in de besluitvorming van de werkgever respectievelijk correctie op de voor de werkgever nadelige gevolgen van werknemersbescherming) kan als argument tegen deze toenemende zorgplicht worden ingebracht dat juist werknemers met kortdurende arbeidsrelaties meer bescherming behoeven. Worden de ondernemingsrisico’s namelijk niet juist afgewenteld op lager geschoolde werknemers die niet tot de *core group* van een arbeidsorganisatie behoren en vaak werken op basis van kortdurende contracten? De Wet werk en zekerheid heeft mede als doelstelling de kloof tussen *insiders* en *outsiders* op de arbeidsmarkt te verkleinen, maar deze wet beschermt langdurige arbeidsrelaties beter door de relatief hogere transitievergoedingen en langere opzegtermijnen en herplaatsingstermijnen.⁵⁴ Daarnaast is onduidelijk welke relatie met deze trouwe dienst wordt bedoeld. Ziet de trouwe dienst op de relatie tussen de werknemer en de werkgever als contractspartij? Of ziet de trouwe dienst op de relatie tussen de werknemer en de arbeidsorganisatie waarvoor hij werkzaam is? Of zelfs breder: denk aan een werknemer die zijn hele leven werkzaam is in de welzijnssector of de werknemer die altijd werkzaam blijft binnen hetzelfde concern (waarbij uiteraard de discussie kan worden gevoerd of een concern als één arbeidsorganisatie kan worden beschouwd). Tot slot blijft onduidelijk waarom die zorgplicht alsmaar moet blijven toenemen. Loopt een werknemer inderdaad meer risico’s naarmate de arbeidsovereenkomst langer duurt? Zonder een inventarisatie van de risico’s die een werknemer loopt *als gevolg* van zijn trouwe dienst, zijn deze vragen niet te beantwoorden. En daardoor is ook de vraag in welke gevallen sprake is of zou moeten zijn van opvolgend werkgeverschap niet (goed) te beantwoorden.

Deze toenemende zorgplicht bij trouwe dienst zou op twee manieren nader kunnen worden uitgewerkt. De eerste uitwerking houdt in dat aan deze toenemende zorg-

Stcrt. 2015, 12685. Ook in het ambtenarenrecht komt deze gedachtegang voor. Zo legde een rechtbank bij de vaststelling van de ontslagvergoeding een verband ‘met de duur van het dienstverband, zulks vanuit de gedachte dat de verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan als werkgever jegens zijn ambtenaren toeneemt naarmate het dienstverband langer heeft geduurd en de relatie hechter is geworden’ (te lezen in de uitspraak van CRvB 28 februari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ2043, TAR 2013/71; CRvB 28 februari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ2044, TAR 2013/72; zie ook K.P.D. Vermeulen, ‘Breaking news februari 2013 CRvB introduceert ontslagformule’, TAR 2013/202).

53 C.J. Loonstra, ‘De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen’, *ArbeidsRecht* 2001/43.

54 Zie ook: C.J. Loonstra & P.Th. Sick, ‘Het Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818) in vogelvlucht: dekt de vlag de lading?’, *TAP* 2014/1; F.B.J. Grapperhaus, ‘De toren van Babel en het in het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid beoogde nieuwe ontslagstelsel’, *TRA* 2014/22. Op grond van het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans stijgt de opbouw van de hoogte van transitievergoeding niet langer sneller indien een arbeidsovereenkomst meer dan tien jaar heeft geduurd.

plicht de gedachte ten grondslag ligt dat door de werknemer – gedurende zijn dienstverband – gedane investeringen hun waarde verliezen bij ontslag. Dit verlies moet door de werkgever worden gecompenseerd. De tweede – spiegelbeeldige – uitwerking houdt in dat anciënniteit wordt gebruikt als berekeningsinstrument voor de compensatie voor het (mogelijke) gebrek aan investeringen door de werkgever in de scholing van de werknemer. De schade als gevolg van het gebrek aan investeringen in scholing verwezenlijkt zich bij een ontslag. Beide uitwerkingen komen hierna achtereenvolgens als ‘subcategorieën’ van de grondslag ‘toenemende zorgplicht van de werkgever’ aan de orde.

Tweede subcategorie: berekening compensatie verloren investeringen

Sommige auteurs maken de vergelijking van een arbeidsovereenkomst met een huwelijk.⁵⁵ Net als dat bij een echtscheiding een verdeling van het gezamenlijk vermogen (*‘the couple’s property’*) moet worden gemaakt, is volgens Howe bijvoorbeeld verdedigbaar dat het juridisch oordeel bij het einde van de arbeidsovereenkomst is gericht op:

‘the nature of parties’ respective contribution to the employment relationship and how, in the context of this, the job property rights of the employer and employee should be divided’.⁵⁶

Met *‘job property rights’* heeft Howe geen zuiver eigendomsrecht op een baan voor ogen, evenmin een recht op arbeid. *Job property*, zoals door Howe aangehaald, slaat terug op een eerder artikel van Njoya. Het artikel van Njoya gaat over *‘employee ownership’*. Njoya beschouwt *‘ownership as an analytical tool in analyzing different claims in the firm’*. De beslissende vraag is volgens Njoya niet *‘who is the owner’*, maar welke rechten verschillende partijen in *‘the resource’* hebben. *‘The resource’* is de onderneming. Anders gezegd, verschillende partijen hebben aanspraken die voortvloeien uit hun respectievelijke bijdragen in de onderneming. Maar welke bijdragen van werknemers moeten dan in aanvulling op het reeds betaalde loon worden vergoed? Moet een werkgever een werknemer bij het einde van de arbeidsovereenkomst financieel compenseren voor niet terugverdiende investeringen of *goodwill*?⁵⁷ En wat is de relatie tot anciënniteit?

55 De vergelijking met een echtscheiding wordt ook gebruikt voor de onderbouwing dat overheidsbemoeienis met een ontslagprocedure ongewenst is (bijvoorbeeld: Grace Collier, *‘Time to Embrace No-Fault Dismissal’*, *IPA Review* 2011, januari, p. 39-41).

56 J. Howe, *‘Poles apart? The Contestation between the Ideas of No Fault Dismissal and Unfair Dismissal for Protecting Job Security’*, *Industrial Law Journal* 2013-2, p. 122-150, in het bijzonder p. 139-148.

57 Een compensatie voor niet terugverdiende investeringen en *goodwill* houdt tevens verband met een door Loonstra genoemde rechtsgrond voor een ontslagvergoeding, namelijk: het bedrijfsresultaat komt ook aan de werknemer toe (zie hierover ook: F.B.J. Grapperhaus, *‘De positie van de bestuurder van de Nederlandse beursvennootschap’*, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 416-423). Een andere door Loonstra genoemde rechtsgrond betreft de postcontractuele zorgplichten (zie over deze postcontractuele zorgplichten ook: J.P.H. Zwemmer, *‘De ontslagvergoeding en de corrigerende werking van arbeidsmarktperspectieven’*, *ArbeidsRecht* 2007/47; A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2009, p. 138-142).

Volgens Van Zanten-Baris ligt een compensatie voor niet terugverdiende investeringen niet voor de hand, omdat de werknemer voor zijn investeringen (de geleverde arbeid) al loon ontving. *Goodwill* behoort volgens Van Zanten-Baris evenmin te worden gecompenseerd, omdat het loon van de werknemer in beginsel niet is gerelateerd aan het bedrijfsresultaat. De werknemer ontvangt zijn loon in zowel goede als slechte tijden. Alleen in gevallen waarin het bedrijfsresultaat meeweegt in de hoogte van het loon zou een compensatie geboden kunnen zijn.⁵⁸

Een gedachte – die hiervoor al kort aan de orde kwam – zou kunnen zijn dat ondernemingen een efficiënt beloningssysteem hanteren, inhoudende dat de beloning niet gelijk is aan de productiviteit van een werknemer. Binnen een onderneming ontvangt een werknemer in zijn beginjaren een beloning die lager is dan zijn productiviteit. In zijn latere jaren ontvangt die werknemer binnen dezelfde onderneming een beloning die hoger is dan zijn productiviteit. In een dergelijk systeem zou bescherming tegen ontslag op basis van anciënniteit (via de ontslagvergoeding, de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomisch ontslag, de opzegtermijn, enzovoort) gerechtvaardigd kunnen zijn. De werknemer heeft bij een ‘vroegtijdige’ beëindiging op initiatief van de werkgever nog recht op ‘achterstallig’ loon en de hoogte daarvan kan worden berekend op basis van anciënniteit, zo kan worden betoogd. De vraag is echter in hoeverre dit beloningssysteem daadwerkelijk door werkgevers (nog) wordt gehanteerd. De empirische basis voor deze theorie is wankel.

Auteurs als Barendrecht en Njoya hebben een andere benadering en gaan uit van een compensatie voor ‘*firm-specific human capital*’. De werknemer doet gedurende zijn arbeidsovereenkomst relatiespecifieke investeringen die buiten de arbeidsovereenkomst met de huidige werkgever niets waard zijn.⁵⁹ Barendrecht merkte hierover op:

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

En:

‘Een koppeling aan het aantal dienstjaren heeft daarbij als voordeel dat er een zekere evenredigheid is tussen de vergoeding en de mate waarin de werknemer zich juist in het belang

58 A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2009, p. 126-132.

59 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, online: www.nl; F.B.J. Grapperhaus, *The end of the Affair on the ménage à trois of employment, contract and termination* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 2006, p. 45-60.

van de werkgever in een bepaalde richting heeft ontwikkeld en de mate waarin hij overigens arbeidskracht in de onderneming heeft geïnvesteerd.⁶⁰

Volgens deze zienswijze wordt niet de trouwe dienst beloond of gecompenseerd bij ontslag en is bij ontslag evenmin sprake van een compensatie voor 'achterstallig' loon. Anciënniteit is volgens Barendrecht een berekeningsinstrument voor een eerlijkere risicoverdeling tussen werkgever en werknemer bij ontslag. Grapperhaus onderschrijft de benadering van Barendrecht. De werkgever moet bij ontslag een vergoeding betalen voor de door de werknemer gedane '*employer-specific investments*' (investeringen die buiten deze arbeidsrelatie niets waard zijn). Die vergoeding zou gelijk moeten zijn aan een maandsalaris per dienstjaar, aldus Grapperhaus.⁶¹

De vergoeding is bedoeld voor investeringen die niet contractueel (kunnen) worden beschermd. De literatuur geeft verschillende verklaringen voor het ontbreken van deze contractuele bescherming.⁶² Zo heeft de werkgever geen prikkel om werknemers vooraf via hun loon te compenseren voor investeringen in *firm-specific skills*. De werkgever loopt dan immers het risico dat deze investeringen niet worden terugverdiend. En nadat een werknemer eenmaal heeft geïnvesteerd in *firm-specific skills*, is er voor een werkgever geen noodzaak voor de toekenning van een beloning voor deze investering. De werkgever weet dat deze investering buiten het dienstverband met de werkgever geen waarde heeft en niet elders kan worden benut. De risico's die verbonden zijn aan investeringen in *firm-specific skills* kunnen derhalve niet via een contract eerlijk tussen partijen worden verdeeld; een wettelijke regeling is noodzakelijk. Het streven naar een eerlijkere risicospreiding is in het arbeidsrecht geen onbekend verschijnsel. De werkgever is bijvoorbeeld aansprakelijk voor een arbeidsongeval en de door de werknemer aangerichte schade in de uitvoering van zijn werkzaamheden; schuld van de werknemer is irrelevant, tenzij er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Een werknemer hoeft in de onderlinge verhouding tussen werkgever en werknemer niet bij te dragen aan de compensatie voor schade, althans de schade niet deels zelf te dragen. Het risico dat een werknemer in de uitvoering van zijn werkzaamheden schade toebrengt aan een ander of zichzelf staat niet in verhouding tot het ontvangen loon.⁶³

De compensatie voor verloren investeringen in *firm-specific skills* kan in verband worden gebracht met de regeling omtrent de transitievergoeding, de opzegtermijn, de herplaatsingstermijn en het afspiegelingsbeginsel. De transitievergoeding en de langere

60 J.M. Barendrecht, 'Civielrechtelijke ontslagbescherming?', TVVS 1994/14.

61 F.B.J. Grapperhaus, *The end of the Affair on the ménage à trois of employment, contract and termination* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 2006, p. 45-60.

62 W. Njoya, 'Employee Ownership and Efficiency: An Evolutionary Perspective', *Industrial Law Journal* 2004-3, p. 211-241; 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. 58-99.

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

(door de werkgever in acht te nemen) opzegtermijn vormen in wezen een financiële compensatie voor schade. De langere herplaatsingstermijn en het afspiegelingsbeginsel beschermen de werknemer tegen ontslag en dus tegen de verwezenlijking van schade. Bij andere regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt, is minder eenvoudig een link te leggen met deze gedachtegang. Het is echter niet uitgesloten dat bij de proeftijdregeling en de ketenregeling (en zelfs bij de Ragetlie-regel) enige raakvlakken bestaan met deze gedachtegang. Bij deze regelingen wordt een werknemer na een zekere tijd (een wachttijd) beschermd tegen ontslag en de daaruit voortvloeiende schade. Een wezenlijk verschil is echter dat de bescherming en daaraan verbonden compensatie met de duur van het dienstverband toenemen bij de regelingen omtrent de transitievergoeding, de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn, de herplaatsingstermijn en het afspiegelingsbeginsel, terwijl de bescherming tegen ontslag bij de proeftijdregeling en ketenregeling juist gedurende enige tijd wordt uitgesteld. De proeftijdregeling en ketenregeling 'belonen' geen trouwe dienst of de door de werknemer (gedurende een langere tijd) gedane investeringen, maar beperken de bescherming van werknemers met een kortdurend dienstverband.

Deze subcategorie (samengevat: anciënniteit als berekeningssystematiek voor de compensatie voor verloren investeringen) is eveneens gebaseerd op een wankelende basis. Ten eerste is onduidelijk of (alle) werknemers daadwerkelijk althans in substantiële mate investeren in *firm-specific skills*. De literatuur over de compensatie van investeringen in *firm-specific skills* richt zich bovendien voornamelijk op de *core group* van werknemers. Enerzijds is plausibel dat werknemers die behoren tot de *core group* van de arbeidsorganisatie bij hun ontslag investeringen in *firm-specific skills* verloren zien gaan. Anderzijds is denkbaar dat ontslag zich eerder of vaker voordoet onder arbeidskrachten die niet tot de kern van de arbeidsorganisatie behoren. Arbeidskrachten die behoren tot de periferie van de arbeidsorganisatie lopen wellicht meer arbeidsrechtelijke risico's en verdedigbaar is dat een compensatie voor ontslag juist op die groep moet zijn gericht. Deze kritiek trekt wellicht niet gelijk de rechtvaardiging voor de compensatie voor verloren investeringen in *firm-specific skills* onderuit, maar toont wel aan dat deze grondslag als zodanig geen sterke fundering vormt voor de stelling dat de zorgplicht van de werkgever en de daaraan verbonden bescherming van de werknemer geleidelijk behoren toe te nemen gedurende de looptijd van het dienstverband.⁶⁴ (Men zou ook kunnen stellen dat de zorgplicht vanaf een bepaald moment juist weer geleidelijk behoort af te nemen.) Een tweede kritiekpunt betreft het gebrek aan empirisch bewijs voor het verband tussen de door de werknemer gedane investeringen in *firm-specific skills* enerzijds en de negatieve financiële gevolgen bij ontslag anderzijds. De negatieve gevolgen van ontslag houden wellicht eerder verband met het gebrek aan investeringen door de werkgever in de werknemer, een eenzijdige werkervaring of een veranderde arbeidsmarkt als gevolg van technologische verschuivingen. Zoals De Vos schrijft, 'de verwachting [is] dat de normale cyclus van jobvernietiging, jobcreatie en jobtransitie, eigen aan elke technologische innovatie, structureel en fundamenteel zal versnellen, verdiepen en verbreden naar zowat alle sectoren, beroepen en

64 Zie voor vergelijkbare kritiek G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, paragraaf 18.4.

opleidingsniveaus'.⁶⁵ De risico's voor de individuele werknemer als gevolg van deze technologische verschuivingen zijn wezenlijk. Ontslag ligt door technologische verschuivingen altijd op de loer. Maar het risico van ontslag door technologische verschuivingen en de daaraan verbonden negatieve gevolgen hebben weinig van doen met investeringen in *firm-specific skills* en anciënniteit als berekeningsinstrument voor de omvang van deze verloren investeringen. Ten derde is de door de wetgever gekozen berekeningsmethodiek discutabel. Zo heeft een werknemer pas na een dienstverband van vijftien jaar recht op een opzegtermijn van vier maanden en de opbouw van de transitievergoeding loopt nog jaren door. Waarom zouden negatieve gevolgen van het verlies van verloren investeringen in *firm-specific skills* over een periode van zoveel jaren blijven toenemen?⁶⁶

Als men desalniettemin ervan overtuigd is dat anciënniteit is bedoeld als berekeningsinstrument voor de compensatie voor verloren investeringen in *firm-specific skills*, dan heeft anciënniteit betrekking op de dienstjaren bij de arbeidsorganisatie waar de werknemer op het moment van ontslag werkzaam is. Investerings in *firm-specific skills* gedurende voorafgaande arbeidsrelaties met andere werkgevers zijn in beginsel niet relevant, want die zijn bij de overstap naar de laatste werkgever reeds verloren gegaan. De toepassing van opvolgend werkgeverschap zou zich vanuit deze gedachtegang moeten beperken tot gevallen waarin een werknemer al vóór zijn indiensttreding werkzaam is geweest voor dezelfde organisatie, bijvoorbeeld als uitzendkracht. De werknemer investeerde tijdens zijn uitzendwerk al in *firm-specific skills* ten behoeve van de organisatie van zijn latere werkgever. Het idee achter anciënniteit als berekeningsinstrument voor de compensatie voor verloren investeringen in *firm-specific skills* biedt wellicht ook een rechtvaardiging voor het eerdere besproken neveneffect van opvolgend werkgeverschap, te weten: de werknemer heeft op het moment van de werkgeverswissel geen aanspraak op een transitievergoeding, indien sprake is van opvolgend werkgeverschap. De investeringen in *firm-specific skills* gaan bij een werkgeverswissel in beginsel niet verloren ingeval de werknemer voor dezelfde organisatie werkzaam blijft – in dat geval bestaat geen noodzaak voor een financiële compensatie voor ontslag.

Derde subcategorie: berekening compensatie gebrek aan investeringen

Tegenover de gedachte van de compensatie voor verloren investeringen bij ontslag staat de – spiegelbeeldige – gedachte van anciënniteit als berekeningsinstrument voor de compensatie voor het (mogelijke) gebrek aan investeringen door de werkgever in de scholing van de werknemer. Sinds de Wet werk en zekerheid heeft de scholingsplicht

65 M. De Vos, 'Toekomst van arbeid, toekomst van arbeidsrecht', *ArA* 2018-2, p. 9.

66 Op grond van artikel 7:673 lid 2 BW stijgt de transitievergoeding de eerste tien jaar met een bedrag gelijk aan een zesde deel van het loon per maand voor elke zes maanden dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd en voor de daaropvolgende jaren met een bedrag gelijk aan een kwart van het loon per maand voor elke daaropvolgende periode van zes maanden. Op grond van het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans zal de opbouw niet langer sneller stijgen na tien jaar en daarnaast wordt op grond van dit wetsvoorstel de hoogte van de transitievergoeding niet langer per half jaar opgebouwd, maar is de exacte duur van de arbeidsovereenkomst relevant.

van de werkgever een prominentere plaats gekregen in het arbeidsrecht.⁶⁷ De verantwoordelijkheid van de werkgever voor scholing vloeit voort uit de gedachte dat een werkgever behoort bij te dragen aan de werkzekerheid (*employability*) van de werknemer. Die bijdrage reikt verder dan alleen bedrijfsspecifieke scholing. De werkgever moet door scholing de kansen van de werknemer op de arbeidsmarkt vergroten.⁶⁸ Aan deze verplichting ligt de gedachte ten grondslag dat een relatie bestaat tussen scholing en meer werkzekerheid. Of die aanname (voor alle werknemers) juist is, kan worden betwist. Houweling schrijft dat het causaal verband tussen scholing en meer werkzekerheid niet wetenschappelijk is aangetoond en wijst op sociaalwetenschappelijk onderzoek waaruit blijkt dat slechts een zeer beperkt effect van scholing op de baankansen van werklozen is waar te nemen.⁶⁹ De vraag is dus of de kansen van werknemers op de arbeidsmarkt daadwerkelijk (substantieel) worden vergroot door scholing. Daarnaast sluiten onderzoekers niet uit dat juist tijdelijke en flexibele arbeidskrachten minder scholing volgen, terwijl die groep bij ontslag slechts in beperkte mate wordt gecompenseerd door de werkgever vanwege hun geringe anciënniteit.⁷⁰

Deze subcategorie neemt tot uitgangspunt dat een werkgever in beginsel niet aan zijn scholingsplicht voldoet. Een aanwijzing voor dit uitgangspunt is te vinden in de regeling omtrent de transitievergoeding. Op de transitievergoeding mag een werkgever op grond van artikel 7:673 lid 6 aanhef en onder b BW inzetbaarheidskosten in mindering brengen, mits wordt voldaan aan de voorwaarden genoemd in het Besluit voorwaar-

67 Artikel 7:611a BW; zie D.J.B. de Wolff, 'De scholingsplicht van de werkgever', *TRA* 2015/24.

68 Onder anderen: N. Zekić, 'Het studiekostenbeding - tijd voor een wettelijke regeling', *TRA* 2010/35, in het bijzonder paragraaf 1 en paragraaf 6; N. Zekić, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2014, p. 44-45; Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 165-166; D.J.B. de Wolff, 'De zorgplicht van de werknemer voor zijn loopbaan', in: J.J.M. Theeuwes e.a., *De werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 91-109.

69 A.R. Houweling, 'Investeren in werkzekerheid Rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid', *Ondernemingsrecht* 2007/77; J. de Koning e.a., *Werkt scholing voor werklozen?* (onderzoek uitgevoerd door SEOR in opdracht van de Raad voor Werk en Inkomen), Doetinchem: Reed Business Information 2004, p. 7-8, concluderen op basis van een literatuurstudie dat het effect van scholing op een baankans beperkt is.

70 D.J.B. de Wolff, 'De scholingsplicht van de werkgever', *TRA* 2015/24, merkt op dat aannemelijk is dat werkgevers minder investeren in scholing van werknemers die voor bepaalde tijd in dienst zijn. Maar de onderzoeken spreken elkaar wat betreft die aanname tegen, aldus De Wolff. De Wolff verwijst naar twee onderzoeken: A. Heyma & S. van der Werff, *De sociaaleconomische situatie van langdurig flexibele werknemers* (SEO-rapport nr. 2013-09), Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2013, online: seo.nl, in het bijzonder p. 45-53; D. Fouarge e.a., *Flexible contracts and human capital investments* (RM/11/051), Maastricht: Research Centre for Education and Labour Market (ROA), Maastricht University 2011. Heyma en Van der Werff (p. 45) vermelden overigens wel onderzoek waaruit blijkt dat werkgevers minder in scholing bij tijdelijke en flexibele krachten investeren, omdat werkgevers voornamelijk in bedrijfsspecifieke scholing zouden investeren. Werkgevers zouden meer investeren in de scholing van tijdelijke werknemers die ze uiteindelijk in dienst nemen. Fouarge e.a. (p. 5) halen het argument aan dat werkgevers niet vaak in niet-bedrijfsspecifieke trainingen van tijdelijke krachten investeren, omdat in veel gevallen niet de huidige werkgever maar een opvolgende werkgever profiteert van deze investering.

den in mindering brengen kosten op transitievergoeding.⁷¹ Die voorwaarden houden – thans – onder meer in dat de kosten ‘zijn gemaakt voor activiteiten ter bevordering van de inzetbaarheid van de werknemer buiten de organisatie van de werkgever, tenzij de verworven kennis en vaardigheden zijn aangewend om een functie bij de werkgever uit te oefenen’.⁷² Voor wat betreft de transitievergoeding zou anciënniteit kunnen worden gezien als een berekeningsinstrument voor de vaststelling van de compensatie voor het gebrek aan investeringen in scholing, waarbij het op basis van het thans geldende recht dus niet gaat om scholing in *firm-specific skills*, maar bredere scholing. Anders gezegd, bij een gedwongen ontslag verwezenlijkt zich het risico op een geringere baankans als gevolg van het gebrek aan investeringen door de werkgever in scholing. Die redenering is echter gezocht en het verband met anciënniteit is nogal indirect. Een verband met opvolgend werkgeverschap is al helemaal moeilijk te leggen. Waarom zou een opvolgende werkgever bij een toekomstig ontslag rekening moeten houden met het gebrek aan investeringen door de vorige werkgever? Die werkgever kan moeilijk worden aangerekend dat een vorige werkgever onvoldoende investeringen heeft gedaan. Deze gedachtegang pleit dus voor een zeer beperkt toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap.

4.4.5 Overzicht

Opvolgend werkgeverschap houdt in vrijwel alle gevallen verband met de vaststelling van de anciënniteit van de werknemer. De grondslagen voor de op anciënniteit gebaseerde rechtsbescherming overtuigen echter niet. In het bijzonder bij regelingen waar de mate van werknemersbescherming geleidelijk toeneemt (het langetermijneffect – de opbouwfunctie), zijn de argumenten gezocht. Maar ook in gevallen waarin anciënniteit leidt tot een wachttijd voor volwaardige werknemersbescherming (het kortetermijneffect – de wachttijdfunctie) is kritiek op de grondslagen mogelijk. Moet het arbeidsrecht immers niet juist werknemers met een kort dienstverband beschermen? In veel gevallen zijn werknemers met een kort dienstverband immers de zwakkeren op de arbeidsmarkt. En is anciënniteit überhaupt een goede maatstaf voor de vaststelling van de gewenste mate van werknemersbescherming?

71 Besluit van 23 april 2015, houdende regels met betrekking tot de voorwaarden waaronder kosten in mindering gebracht mogen worden op de transitievergoeding (Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding), *Stb.* 2015, 171.

72 Dit besluit ondergaat mogelijk een wijziging, met als gevolg dat ook scholingskosten gericht op een andere functie binnen de organisatie – onder specifieke voorwaarden – in mindering mogen worden gebracht op de transitievergoeding (zie het na afronding van dit onderzoek gepubliceerde concept omtrent de voorgenomen wijziging van het Besluit voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding teneinde het mogelijk te maken inzetbaarheidskosten op de transitievergoeding in mindering te brengen indien verworven kennis en vaardigheden zijn aangewend om een andere functie bij de werkgever uit te oefenen (publicatiedatum 12 november 2018, ketenID: WGK009115, internetconsultatie.nl; zie ook *Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 73 (MvT)). De gedachte blijft niettemin hetzelfde: het vergemakkelijken van de overgang naar een andere baan en daarmee het vergroten van de inzetbaarheid van de werknemer.

Zolang anciënniteit bij al deze regelingen een doorslaggevend rechtsfeit is, kan men echter niet anders dan deze grondslagen 'gebruiken' voor de uitleg en toepassing van opvolgend werkgeverschap. Die grondslagen bepalen immers in welke gevallen de diensttijd bij een vorige werkgever behoort mee te tellen. En zolang anciënniteit doorslaggevend is voor de rechtsbescherming van de werknemer, is opvolgend werkgeverschap evenzeer noodzakelijk. Zonder opvolgend werkgeverschap zouden deze regelingen immers tot nog willekeuriger uitkomsten leiden. De hiervoor behandelde grondslagen en subcategorieën zijn – voor zover mogelijk – in het onderstaande overzicht in verband gebracht met de thans geldende regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt. Waar een mogelijk verband kan worden gelegd, zijn de vlakken grijs gemaakt.

Regeling	Effect en functie van anciënniteit: korte of lange termijn – wachttijd of geleidelijke toename van bescherming (opbouw)	Grondslag: voorkoming willekeur – subcategorie: bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie	Grondslag: evenwichtigere verdeling tussen bescherming van werknemer en risico's werkgever – subcategorie: vaststelling van een volwaardige en bestendige arbeidsrelatie	Grondslag: evenwichtigere verdeling tussen bescherming van werknemer en risico's werkgever – subcategorie: beperking financiële risico's werkgever	Grondslag: (toenemende) zorgplicht – subcategorieën: compensatie voor (1) trouwe dienst, (2) investeringen in <i>firm-specific skills</i> of (3) een gebrek aan investeringen
Proeftijdregeling	Korte termijn – wachttijd	Mogelijk verband	Mogelijk verband	Mogelijk verband (beperken risico's aannamebeleid)	Geen verband (althans alleen heel indirect)
Ragelie-regel	Geen (mogelijk indirect, zie hierna 4.6)	Niet van toepassing (maar mogelijk indirect)	Niet van toepassing (maar mogelijk indirect)	Niet van toepassing (maar mogelijk indirect)	Niet van toepassing (maar mogelijk indirect)
Ketenregeling	Korte termijn – wachttijd	Mogelijk verband	Mogelijk verband	Mogelijk verband (beperken risico's aannamebeleid)	Geen verband (althans alleen heel indirect)
Vaststelling van recht op transitievergoeding	Korte termijn – wachttijd	Geen verband	Mogelijk verband	Mogelijk verband (beperken risico's aannamebeleid)	Geen verband (althans alleen heel indirect)
Berekening van hoogte van transitievergoeding	Korte termijn – wachttijd	Geen verband	Geen verband	Geen verband	Mogelijk verband
Termijnen voor uitzendkrachten	Korte termijn – wachttijd	Mogelijk verband	Mogelijk verband	Mogelijk verband (beperken risico's aannamebeleid)	Geen verband (althans alleen heel indirect)
Wet flexibel werken	Korte termijn – wachttijd	Geen verband	Mogelijk verband	Mogelijk verband (kostenbeheersing aanpassingen organisatie)	Geen verband (althans alleen heel indirect)

Regeling	Effect en functie van anciënniteit: korte of lange termijn – wachttijd of geleidelijke toename van bescherming (opbouw)	Grondslag: voorkoming willekeur – subcategorie: bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie	Grondslag: evenwichtigere verdeling tussen bescherming van werknemer en risico's werkgever – subcategorie: vaststelling van een volwaardige en bestendige arbeidsrelatie	Grondslag: evenwichtigere verdeling tussen bescherming van werknemer en risico's werkgever – subcategorie: beperking financiële risico's werkgever	Grondslag: (toenemende) zorgplicht – subcategorieën: compensatie voor (1) trouwe dienst, (2) investeringen in <i>firm-specific skills</i> of (3) een gebrek aan investeringen
Afspiegelingsbeginsel	Lange termijn – geleidelijke toename bescherming	Mogelijk verband	Geen verband	Geen verband	Mogelijk verband
Loonrisicoverdeling	Korte termijn – wachttijd	Mogelijk verband	Mogelijk verband	Mogelijk verband (vaststelling juiste arbeidsomvang)	Geen verband (althans alleen heel indirect)
Berekening opzegtermijn van de werkgever	Lange termijn – geleidelijke toename bescherming	Geen verband	Geen verband	Geen verband	Mogelijk verband
Berekening van herplaatsingstermijn	Lange termijn – geleidelijke toename bescherming	Geen verband	Geen verband	Geen verband	Mogelijk verband
Wachttijd en drempelperiode verwerving pensioen	Korte termijn – wachttijd	Geen verband	Geen verband	Geen direct verband, wel indirect via pensioenuitvoerder	Geen verband

Tabel 3 Functie, effect en mogelijke grondslagen van anciënniteit per regeling⁷³

73 Op grond van het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans volgt na twaalf maanden het (jaarlijks terugkerende) recht voor oproepkrachten op een aanbod tot een vaste arbeidsomvang. Anciënniteit zou in verband met deze regeling kunnen worden beschouwd als een – jaarlijks terugkerende – wachttijd. Volgens de regering moet na enige tijd voor de werknemer zekerheid ontstaan over de arbeidsomvang. Langdurige onzekerheid is ongewenst, omdat werknemers anders geen langdurige verplichtingen kunnen aangaan, zoals het kopen of huren van een huis of het krijgen van kinderen, aldus de regering (*Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 27 (MvT)). De regering presenteert anciënniteit niet als een instrument tot uitstel van werknemersbescherming, maar als een instrument ter versterking van de werknemersbescherming: anciënniteit stelt een grens aan de onzekere situatie van een werknemer. Doordat de regering in haar toelichting een verband legt tussen anciënniteit enerzijds en het aangaan van langdurige verplichtingen die zijn gelegen *buiten* de arbeidsrelatie anderzijds, lijkt het op het eerste gezicht – zonder nadere analyse – moeilijk een verband met de in dit hoofdstuk behandelde grondslagen te leggen. Waarschijnlijk is echter wel een verband te leggen met (1) de grondslag: voorkoming willekeur (subcategorie: bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie) en (2) de grondslag: evenwichtigere verdeling tussen bescherming van werknemer en risico's werkgever (subcategorie: vaststelling van een volwaardige en bestendige arbeidsrelatie, en subcategorie: beperking financiële risico's werkgever).

4.5 NIEUWE INTERPRETATIE OPVOLGEND WERKGEVERSCHAP

4.5.1 *Dezelfde arbeidsorganisatie*

Het merendeel van de grondslagen van anciënniteit richt zich op de vraag: hoe lang werkt de werknemer voor dezelfde arbeidsorganisatie? Slechts bij de wachttijd en drempelperiode bij de opbouw van pensioen lijkt niet de arbeidsorganisatie, maar dezelfde pensioenuitvoerder centraal te staan. Indien men uitgaat van de juistheid van deze grondslagen, wat zou dat dan betekenen voor de vraag wanneer en waarom sprake behoort te zijn van opvolgend werkgeverschap? Het antwoord lijkt eenvoudig. Van opvolgend werkgeverschap behoort sprake te zijn indien de werknemer werkzaam blijft voor dezelfde arbeidsorganisatie, hoewel de werknemer van formele werkgever wisselt. Andere criteria, zoals dezelfde werkzaamheden, zodanige banden, de aanleiding, en de vraag of sprake is van misbruik, zijn irrelevant. Op basis van de grondslagen van anciënniteit bestaan evenmin argumenten om bij de ketenregeling en de termijnen voor uitzendkrachten van het begrip opvolgend werkgeverschap via een cao ten nadele van de werknemer af te wijken. De grondslagen van anciënniteit zijn leidend voor de uitleg en reikwijdte van opvolgend werkgeverschap; niet de opvattingen van cao-partijen. De beantwoording van de vraag of een werknemer na een werkgeverswissel nog steeds voor dezelfde arbeidsorganisatie werkzaam is, is echter niet altijd eenvoudig.

Hoe vindt bijvoorbeeld de beoordeling plaats indien de activiteiten van de werkgever door een andere werkgever worden voortgezet en de werknemer de overstap maakt naar deze andere werkgever? Een vergelijking met artikel 7:662 en verder BW dringt zich op. Voor de toepassing van artikel 7:662 en verder BW is bepalend of 'een lopend bedrijf' wordt vervreemd, 'wat met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten', aldus het Europese Hof van Justitie.⁷⁴ Het verrichten van dezelfde activiteit voor dezelfde opdrachtgever is onvoldoende. De situatie waarin een opdrachtgever een van zijn opdrachten aan een andere onderneming dan voorheen verleent, valt binnen de werkingssfeer van deze richtlijn indien de verlening van deze opdracht aan een andere ondernemer gepaard gaat met de 'overdracht van een georganiseerd geheel van elementen waarmee de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming duurzaam kunnen worden voortgezet'.⁷⁵ In sectoren waarin een economische eenheid zonder materiële of immateriële activa van betekenis kan functioneren, de zogeheten arbeidsintensieve sector, is volgens het

74 HvJ EG 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127, C-24/85, NJ 1987, 502 (*Spijkers*). De factoren uit het arrest *Spijkers* zijn niet limitatief (zie bijvoorbeeld: HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:830, JAR 2014/124 (*Pronk*)).

75 HvJ EG 19 september 1995, ECLI:EU:C:1995:290, C-48/94, JAR 1995/233 (*Rygaard*). Een duurzame economische eenheid kan zich tot een enkele werknemer beperken (HvJ EG 14 april 1994, ECLI:EU:C:1994:134, C-392/92, JAR 1994/107 (*Schmidt*)). De identiteit van een economische entiteit blijkt niet alleen uit de activiteit waarmee zij is belast, maar tevens uit andere factoren, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering en, in een voorkomend geval, de beschikbare productiemiddelen (HvJ EG 11 maart 1997, ECLI:EU:C:1997:141, C-13/95, JAR 1997/91 (*Süzen*); M.O. Meulenbelt, 'Schoonmaakploeg kan "onderneming" zijn', *ArbeidsRecht* 1997/42).

Europese Hof van Justitie sprake van een overgang van een onderneming, indien 'de nieuwe ondernemer niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet, overneemt'.⁷⁶ Zou voor opvolgend werkgeverschap bijvoorbeeld voldoende moeten zijn dat – vergelijkbaar met het criterium van het Europese Hof van Justitie bij een overgang van een onderneming in een arbeidsintensieve sector – naast een (vrijwel ongewijzigde) voortzetting van de activiteit, een wezenlijk deel van het personeel, qua aantal en deskundigheid, overgaat? En is relevant of de personeelssamenstelling, leiding, taakverdeling en bedrijfsvoering ongewijzigd blijven, zodat nog kan worden gesproken van dezelfde arbeidsorganisatie?⁷⁷ En hoe om te gaan met de situatie waarin – buiten de arbeidsintensieve sector – wel een wezenlijk deel van het personeel overgaat, maar geen materiële activa van betekenis?⁷⁸ Is – hoewel dan geen sprake is van een overgang van een onderneming – wel sprake van dezelfde arbeidsorganisatie voor wat opvolgend werkgeverschap betreft? En wat als het voltallige personeel en de activa zijn overgenomen en de activiteit wordt voortgezet, maar de arbeidsorganisatie aanzienlijk wijzigt? Voor een overgang van een onderneming is niet vereist dat de 'autonome organisatorische structuur' behouden blijft. Het Europese Hof van Justitie vereist slechts dat de 'functionele band' behouden blijft.⁷⁹ Maar voor het behoud van de medezeggenschapsrechten is bij de regeling omtrent overgang van onderneming op grond van artikel 6 Richtlijn 2001/23/EG wel van belang of de functionele autonomie (de autonome organisatorische structuur) na de overgang behouden is gebleven.⁸⁰

-
- 76 HvJ EG 10 december 1998, ECLI:EU:C:1998:595, C-173/96 en C-247/96 (*Sánchez Hidalgo*); ook: HvJ EG 10 december 1998, ECLI:EU:C:1998:594, C-127/96, C-229/96 en C-74/97, JAR 1999, 16 (*Hernández Vidal*). Sommige rechters achtten de overgang van leidinggevenden relevant voor de beoordeling of een wezenlijk deel qua deskundigheid is overgegaan (bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 13 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5609, JAR 2014/11; Hof Den Bosch 16 oktober 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB6883, JAR 2007/304). Terwijl uit een andere uitspraak weer blijkt dat een leidinggevende van rechtswege overgaat omdat de rest van het uitvoerende personeel reeds is overgegaan (Rb. Den Haag 16 maart 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3465).
- 77 Volgens Meulenbelt komt bij de toepassing van artikel 7:662 en verder BW in de arbeidsintensieve sector nog betekenis toe aan een (ingrijpende) wijziging van de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, of de bedrijfsvoering (M.O. Meulenbelt, 'Overgang van onderneming: beveiliging, thuiszorg en (opnieuw) schoonmaak', *ArbeidsRecht* 1999/22).
- 78 Buiten de arbeidsintensieve sector is voor de toepassing van artikel 7:662 en verder BW uiteindelijk doorslaggevend of materiële activa van betekenis zijn overgegaan (HvJ EG 25 januari 2001, ECLI:EU:C:2001:59, C-172/99, JAR 2001/68 (*Liikenne*); HvJ EU 9 september 2015, ECLI:EU:C:2015:565, C-160/14, JAR 2015/260 (*Da Silva e Brito*)).
- 79 HvJ EG 12 februari 2009, ECLI:EU:C:2009:85, C-466/07, JAR 2009/92 (*Klarenberg*); HvJ EU 9 september 2015, ECLI:EU:C:2015:565, C-160/14, JAR 2015/260 (*Da Silva e Brito*).
- 80 Zie over dit onderwerp: HvJ EU 29 juli 2010, ECLI:EU:C:2010:452, C-151/09, JAR 2010/217 (*UGT-FSP*); Rb. Utrecht 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX6091, JAR 2012/267; A.M. Helstone, 'De reikwijdte van medezeggenschap na overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2011/20; I. Zaal, 'Medezeggenschap na overgang onderneming: behoud van eenheid is geen synoniem van identiteitsbehoud', *ArA* 2010-3, p. 74-88. Overigens moet voorafgaande aan de overgang van een onderdeel van een onderneming wel sprake zijn van voldoende functionele autonomie binnen dat onderdeel. Anders is überhaupt geen sprake van een overgang van een onderneming (HvJ EU 6 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:124, C-458/12, JAR 2014/104 (*Amatori*)).

Aansluiting bij artikel 7:662 en verder BW voor gevallen waarin de werkgeverswissel gepaard gaat met de voortzetting van de activiteiten door de andere werkgever heeft wellicht voordelen, maar zal – gezien de hiervoor besproken grondslagen – in sommige gevallen een te beperkte toepassing van opvolgend werkgeverschap betekenen. Voornamelijk in gevallen waarin geen activa worden overgenomen (terwijl de arbeidsorganisatie voor het overige grotendeels ongewijzigd wordt voortgezet), is mogelijk geen sprake van een overgang van een onderneming, maar is vanuit de grondslagen van anciënniteit zeer goed verdedigbaar dat wel sprake is van opvolgend werkgeverschap. De werknemer blijft immers met dezelfde personen samenwerken (en voor dezelfde opdrachtgevers). Een ander relevant scenario betreft de werknemer die via een andere werkgever voor dezelfde arbeidsorganisatie blijft werken, terwijl geen sprake is van een overgang van activiteiten aan de nieuwe werkgever (denk aan allerlei driepartijenconstructies, zoals uitzending). De regeling omtrent overgang van onderneming is dan weinig richtinggevend voor de beoordeling of sprake is van opvolgend werkgeverschap.

Ingewikkeld is ook de situatie waarin slechts een deel van de activiteiten door een andere werkgever wordt voortgezet en – als gevolg daarvan – mogelijk slechts een deel van het werk van de desbetreffende werknemer en slechts een deel van zijn collega's overgaan naar de nieuwe werkgever. Moet – analoog aan het arrest *Botzen* van het Europese Hof van Justitie – worden geoordeeld dat slechts sprake is van opvolgend werkgeverschap als het gehele organisatorische kader, waarbinnen de arbeidsverhouding werd geconcretiseerd, overgaat?⁸¹ Aansluiting bij Richtlijn 2001/23/EG lijkt voor de beantwoording van deze vraag een voor de hand liggende keuze, maar brengt wellicht niet in alle gevallen een redelijke uitkomst. Denk bijvoorbeeld aan administratief medewerkers die voor 50 procent ten behoeve van bedrijfsonderdeel A en voor 50 procent ten behoeve van bedrijfsonderdeel B werken. Bij een overgang van alleen bedrijfsonderdeel A gaan deze werknemers niet van rechtswege over. Stel dat vervolgens toch de helft van de werknemers van de administratie overgaat naar de verkrijger. Dan kan voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap zeer goed verdedigbaar zijn dat de werknemers voor dezelfde arbeidsorganisatie werkzaam zijn gebleven. Bijvoorbeeld als deze werknemers onder dezelfde leidinggevende hetzelfde werk uitvoeren, zij het alleen nog maar voor bedrijfsonderdeel A.

Een andere kwestie betreft een doorstart na faillissement. Indien de werknemer na het faillissement werkzaam blijft voor dezelfde arbeidsorganisatie, maar via een formeel andere werkgever, dwingen de grondslagen van anciënniteit ertoe deze werkgeverswissel aan te merken als opvolgend werkgeverschap. Andere – niet aan anciënniteit of opvolgend werkgeverschap gerelateerde – belangen en principes verzetten zich bij een faillissementsdoorstart echter tegen de toepassing van opvolgend werkgeverschap. Een doorstart is immers bedoeld om met een schone lei te beginnen. Die schone lei is niet mogelijk als de nieuwe werkgever kan worden geconfronteerd met hoge transitievergoedingen, mede gebaseerd op de dienstjaren bij de vorige werkgever. Opvolgend

81 HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:58, C-186/83, NJ 1985/902 (*Botzen*); R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 73.

werkgeverschap leidt bovendien tot onbillijke verhoudingen tussen de werknemers die hun werk wel respectievelijk niet kunnen voortzetten. De werknemers die in dienst treden bij de doorstarter kunnen nog gebruikmaken van hun *firm-specific skills*, terwijl de werknemers die na een faillissementsontslag werkloos worden (1) geen ontslagvergoeding ontvangen, (2) hun verdere opbouw ten aanzien van de hoogte van de transitievergoeding verliezen, en (3) hun *firm-specific skills* niet meer kunnen benutten. Kouwenhoven merkt daarnaast op dat zonder het offer van de werknemers die niet mee overgaan een doorstart wellicht niet mogelijk was geweest.⁸² Dit zijn argumenten om bij een doorstartsituatie wellicht een uitzondering te maken op opvolgend werkgeverschap, in ieder geval voor de transitievergoeding.⁸³ Een tussenoplossing zou bijvoorbeeld kunnen zijn om de anciënniteit voor wat betreft de opbouw van de transitievergoeding te laten doorlopen, maar wel (weer) een wachttijd van twee jaar in te bouwen. Als de doorstarter op korte termijn toch noodgedwongen afscheid dient te nemen van (een deel van) het overgenomen personeel dan betaalt hij geen transitievergoeding.⁸⁴

Kortom, aansluiting bij de regeling omtrent overgang van onderneming biedt weinig verduidelijking. De systematiek van deze regeling sluit niet aan bij de grondslagen van anciënniteit. In relatie tot opvolgend werkgeverschap dient men – bij de beantwoording van de vraag of een werknemer na de werkgeverswissel voor dezelfde arbeidsorganisatie is blijven werken – de grondslagen van anciënniteit te betrekken. Aansluiting bij een regeling als overgang van onderneming lijkt handig, maar miskent dat het antwoord op de vraag of een werkgeverswissel kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap niet verbonden is aan de vraag of sprake is van een overgang van een onderneming (maar aan de grondslagen van anciënniteit).⁸⁵ (Omgekeerd is wel van belang dat volgens het Europese Hof van Justitie na een overgang van onderneming bij de berekening van anciënniteitafhankelijke – financiële – rechten, die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst met de vervreemder, wel rekening moet worden gehouden met de dienstjaren bij de vervreemder.⁸⁶) Aansluiting bij het begrip

82 A.A.J. Kouwenhoven, 'Anciënniteit bij doorstart na faillissement: Wat nu?', *Arbeid Integraal*, 2003-5, p. 153-155.

83 W.H.A.C.M. Bouwens, 'Het voetspoor van Smallsteps', *TRA* 2018/13, voetnoot 23, stelt voor de bepalingen inzake opvolgend werkgeverschap, in het bijzonder artikel 7:668a lid 2 BW en artikel 7:673 lid 4 BW, uit te schakelen voor alle in de Faillissementswet geregelde insolventieprocedures.

84 De invoering van een nieuwe wachttijd na faillissement is echter niet waarschijnlijk, omdat op grond van het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans de wachttijd voor het recht op de transitievergoeding waarschijnlijk komt te vervallen.

85 Ter volledigheid: deze opvatting (te weten: aansluiting bij de regeling omtrent overgang van onderneming ligt niet voor de hand) wijkt af van de conclusie in S. Palm, 'De zoektocht naar de juiste interpretatie van opvolgend werkgeverschap', *ArA* 2014-1, p. 16-50. In dit artikel wordt namelijk voorgesteld deels de toets uit de zaak *Van Tuinen/Wolters* te handhaven en deels aan te sluiten bij de regeling omtrent overgang van onderneming. Deze suggestie kan echter niet steunen op de nader onderzochte grondslagen van anciënniteit.

86 HvJ EG 14 september 2000, ECLI:EU:C:2000:441, C-343/98, *JAR* 2000/225 (*Collino & Chiappero/Telecom Italia*); HvJ EU 6 september 2011, ECLI:EU:C:2011:542, C-108/10, *JAR* 2011/262 (*Scattolon/Ministerio dell'Istruzione*); HvJ EU 6 april 2017, ECLI:EU:C:2017:276, C-336/15, *JAR* 2017/118 (*ISS Facility Services*). Zie ook: R.M. Beltzer & F. Koopman, 'Overgang van onderneming in een triptiek: economische acti-

‘onderneming’ zoals opgenomen in artikel 1 lid 1 onder c Wet op de ondernemingsraden ligt wellicht eerder voor de hand, juist omdat die wet de wachttijdfunctie van anciënniteit hanteert (artikel 1 lid 3 onder a Wet op de ondernemingsraden en artikel 6 lid 2 respectievelijk lid 3 Wet op de ondernemingsraden). Maar voor aansluiting bij het begrip onderneming als bedoeld in de Wet op de ondernemingsraden is ook voorzichtigheid geboden omdat men voor de beoordeling of sprake is van opvolgend werkgeverschap telkens moet terugvallen op de grondslagen van anciënniteit (en de Wet op de ondernemingsraden biedt daarbij als zodanig weinig houvast).

4.5.2 Concernverhoudingen

Als gezegd, de grondslagen van anciënniteit lijken opvolgend werkgeverschap te rechtvaardigen in situaties waarin een werknemer – ondanks de werkgeverswissel – zijn arbeidsrelatie met dezelfde arbeidsorganisatie voortzet. De vraag is of een concern voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap nog kan worden gezien als één arbeidsorganisatie. Artikel 2:24b BW bevat een omschrijving van een groep, een term die in de literatuur vaak als synoniem voor een concern wordt gebruikt. Een groep is volgens artikel 2:24b BW ‘een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden’. Bartman, Dorresteyn en Olaerts geven voor het begrip concern een iets andere definitie. Zij omschrijven het concern als ‘een eenheid, waarin rechtspersonen en/of personenvennootschappen onder centrale leiding organisatorisch zijn verbonden, gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer’.⁸⁷ De centrale leiding lijkt een van de essentiële kenmerken van een concern (en ook van een groep).⁸⁸ De motieven voor de vorming van een concern zijn divers.⁸⁹ De diversiteit aan motieven leidt tot concerns die qua aard, omvang en organisatie niet op elkaar lijken. Concerns vertonen geen homogeniteit, aldus Beltzer.⁹⁰ De in een groep verbonden rechtspersonen en vennootschappen kunnen deel uitmaken van één organisatie waarin verschillende onderdelen nauw samenwerken. Sommige concerns omvatten echter ondernemingen die – los van hun financiële en juridische verbondenheid – qua activiteit wezensvreemd zijn ten opzichte van de rest van het concern. Groepsmaatschappijen kunnen zelfs met elkaar concurreren. Het concern kan dus niet eenvoudig als één werkgever worden beschouwd.⁹¹ Er zijn daarom situ-

viteiten, anciënniteit en cao's, *ArA* 2012-2, p. 36-51; R.M. Beltzer, 'De zaak Scattolon – één arrest, twee belangwekkende conclusies', *ArbeidsRecht* 2012/1.

87 Bartman e.a., *Van het concern* 2016/I.1.

88 Bartman e.a., *Van het concern* 2016/I.3.

89 Bartman e.a., *Van het concern* 2016/I.3-4.

90 R.M. Beltzer, 'Enkele gedachten over de arbeidsovereenkomst in het concern', *O&F* 2015-4, p. 5-27. (Een bewerking van R.M. Beltzer, 'De arbeidsovereenkomst binnen het concern', in: R.M. Beltzer, F.G. Laagland & L. van den Berg, *Concernwerkgeverschap, Preadvies Levenbach* (Reeks VvA 43), Kluwer: Deventer 2015, p. 1-25.)

91 Denk in dit verband aan het concept van concernwerkgeverschap: A.T.J.M. Jacobs, 'De arbeidsovereenkomst in het NBW', *NJB* 1994, p. 1043-1044; A.T.J.M. Jacobs, 'Naschrift', *NJB* 1994, p. 1425-1426. Kritisch over dit concept: C.M.E.P. van Lent, 'Het concern als werkgever?', *NJB* 1994, p. 1424-1425; C.M.E.P. van Lent, *Internationale intra-concernmobiliteit* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2000, p. 339-356; L.G. Verburg, 'Het werkgeversbegrip in concernverband: transparantie gezocht', *ArbeidsRecht* 2001/5.

aties denkbaar waarbij de grondslagen van anciënniteit niet dwingen tot opvolgend werkgeverschap bij een werkgeverswissel binnen een concern, omdat het concern niet kan worden beschouwd als één arbeidsorganisatie. Niettemin is verdedigbaar dat van een weerlegbaar rechtsvermoeden kan worden uitgegaan, inhoudende dat de groepsmaatschappijen in een concern zodanig nauw met elkaar zijn verbonden dat sprake is van één arbeidsorganisatie voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap. Een overstap binnen een concern brengt dan opvolgend werkgeverschap mee, tenzij de werkgever aantoont dat de verschillende groepsmaatschappijen – in het licht van de grondslagen van anciënniteit – niet als één arbeidsorganisatie kunnen worden beschouwd.⁹²

4.5.3 Driepartijenconstructies

De vraag – hoe lang werkt een werknemer voor dezelfde arbeidsorganisatie? – krijgt nog een extra dimensie in relatie tot driepartijenconstructies, in het bijzonder uitzendovereenkomsten.⁹³ Diverse vragen spelen achtereenvolgens een rol. Aan welke arbeidsorganisatie is een uitzendwerknemer verbonden? De werknemer is formeel in dienst bij de uitzendwerkgever, maar werkt feitelijk voor de inlener. Zowel de uitzendwerkgever als de inlener drijft een onderneming. Welke onderneming kan worden beschouwd als de arbeidsorganisatie waaraan de werknemer is verbonden? In sommige situaties leidt deze vraag niet tot problemen. Als een werknemer eerst via een uitzendwerkgever twee jaar voor een inlener werkt en vervolgens bij de inlener in dienst treedt, dan is de werknemer al twee jaar bij dezelfde arbeidsorganisatie werkzaam. Maar wat als de werknemer vier jaar voor de uitzendwerkgever werkzaam is geweest en van die vier jaar slechts twee jaar voor de laatste inlener? Indien het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap alleen betrekking heeft op de jaren dat een werknemer werkzaam is bij dezelfde arbeidsorganisatie, is verdedigbaar dat alleen de

92 Verburg schrijft dat de rechter per arbeidsrechtelijke regel moet bepalen welke invloed de concernverhouding heeft en noemt in het bijzonder een aantal voorbeelden van regels waarbij de mate van bescherming mede afhankelijk is van voorafgaande arbeidsovereenkomsten met een andere werkgever binnen het concern (L.G. Verburg, 'Concernwerkgeverschap', in: L. Timmerman e.a., *Concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 47-56, in het bijzonder p. 52-53).

93 Interessant is of de situatie anders is indien de werknemer niet op basis van een uitzendovereenkomst bij een derde werkt. Een werkgever kan ex artikel 7:750 BW een overeenkomst van aanneming van werk met een derde sluiten en zijn werknemer uit hoofde van die overeenkomst voor deze derde laten werken. Volgens Rb. Limburg 29 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2713, is in een dergelijk geval geen sprake van opvolgend werkgeverschap indien de werknemer vervolgens bij die derde in dienst treedt. Het fundamentele verschil is immers dat een uitzendwerknemer onder toezicht en leiding van de derde werkt. Via een overeenkomst van aanneming van werk heeft een opdrachtgever het werk 'volledig uitbesteed'. De werknemer heeft voorafgaande aan de werkgeverswissel weliswaar gewerkt voor de opdrachtgever, maar maakte nog geen deel uit van die arbeidsorganisatie. Dat is wellicht anders als beide werkgevers deel uitmaken van hetzelfde concern. Zie over de vraag of sprake is van een echte uitbesteding of verkapte uitzending: J.P.H. Zwemmer, 'Contracting en arbeidsrecht: over schijnconstructies, juridisch houdbare varianten en de gevolgen van de WAS en de WWZ', *TAP* 2015/118; J.P.H. Zwemmer, 'Contracting: over afbakeningsproblemen met uitzending, schijnconstructies en juridisch houdbare varianten', *AR Updates* 2014-1017.

laatste twee jaar meetellen.⁹⁴ En zou het antwoord op deze vraag anders moeten zijn, indien de werknemer na een uitzendperiode niet in dienst treedt bij de inlener maar als gevolg van een door de inlener geïnitieerde aanbesteding of contractswissel overstapt naar een andere uitzendwerkgever en tegelijkertijd zijn werkzaamheden voor dezelfde inlener continueert? Indien de opgebouwde anciënniteit in dat geval niet via opvolgend werkgeverschap (volledig) behouden blijft, heeft de uitzendkracht weinig bescherming. Ten behoeve van een betere bescherming van de uitzendkracht zou dus moeten worden gepleit voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap, maar ook dan speelt de vraag welke dienstjaren bij de vorige uitzendwerkgever moeten meetellen. Stel, de werknemer heeft bij de eerste uitzendwerkgever twee jaar voor inlener X en vervolgens drie jaar voor inlener Y gewerkt. Na de werkgeverswissel blijft de werknemer werkzaam voor inlener Y. Voor zover anciënniteit ziet op de vraag hoe lang een werknemer voor dezelfde arbeidsorganisatie werkzaam is, zou dat tot de conclusie leiden dat alleen de laatste drie dienstjaren behoren mee te tellen. Bij deze interpretatie van opvolgend werkgeverschap loopt een uitzendwerknemer, die langdurig voor elkaar opvolgende uitzendwerkgevers werkt, echter een reëel risico telkens een deel van zijn anciënniteit te verliezen. De rechtspositie van de uitzendkracht – die toch al relatief zwak is – wordt daardoor nog zwakker. Moet om die reden een ruimere uitleg worden gegeven aan opvolgend werkgeverschap in situaties waarbij een uitzendwerknemer door aanbestedingen van uitzendwerkgever wisselt? Het antwoord op die vraag is niet eenvoudig te geven. Het probleem in deze kwestie is niet zozeer de juiste interpretatie van opvolgend werkgeverschap, maar het gegeven dat de werknemersbescherming bij steeds meer regelingen is gereduceerd tot rechten die vrijwel uitsluitend op anciënniteit gebaseerd zijn, terwijl werknemers met een zwakke arbeidsmarktpositie (waaronder uitzendkrachten) daar hinder van ondervinden.

4.6 DE RAGETLIE-REGEL: OVERBLIJFSEL

Tot slot nog enkele opmerkingen over de gedachte achter de Ragetlie-regel en de invloed op opvolgend werkgeverschap; deze regel vloeit voort uit de door de wet van 17 december 1953 ingevoerde regeling die voorschreef dat een voor bepaalde tijd voortgezette arbeidsovereenkomst slechts eindigt door voorafgaande opzegging (artikel 1639f lid 3 en 4 Oud BW). Met deze regeling trachtte de wetgever te voorkomen dat de met de duur van de arbeidsovereenkomst oplopende opzegtermijn van de werkgever werd ontdoken via opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Wie de Ragetlie-regel beschouwt als een overblijfsel uit het oude BW, zou kunnen stellen dat behoud van anciënniteit ook bij de Ragetlie-regel van betekenis is. Vanaf het arrest *Ragetlie/SLM* lijkt artikel 1639f lid 3 en 4 Oud BW zich echter gaandeweg tot een nieuwe regel te hebben geëvolueerd. In *Ragetlie/SLM* oordeelde de Hoge Raad dat voorafgaande opzegging en de daarmee samenhangende *ontslagbescherming* evenzeer vereist is indien partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vervolgens

⁹⁴ Die gedachte is, zoals al eerder opgemerkt, ook te vinden in de parlementaire geschiedenis omtrent de ketenregeling (*Kamerstukken I 1998/99, 26257, 110b, p. 5-6 (NV)*).

voor bepaalde tijd voortzetten.⁹⁵ Het vereiste van voorafgaande opzegging ingeval partijen een voor onbepaalde tijd overeengekomen arbeidsovereenkomst vervolgens voortzetten voor bepaalde tijd, is op aandringen van leden van de Eerste Kamer via een Reparatiewet gecodificeerd in de vorm van artikel 7:667 lid 4 BW.⁹⁶ De werknemer wordt via artikel 7:667 lid 4 BW tegen zichzelf in bescherming genomen, zodat hij niet – zonder zich daarvan bewust te zijn – zijn ontslagbescherming verliest bij een omzetting van zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.⁹⁷ Bij deze moderne interpretatie houdt de Ragetlie-regel geen (direct) verband met anciënniteit, maar met het behoud van de verworven ontslagbescherming, meer in het bijzonder de preventieve ontslagtoets.

De Ragetlie-regel beschermt een werknemer ertegen dat hij niet te eenvoudig – bijvoorbeeld onder druk van de werkgever – zijn verworven ontslagbescherming in een vroeg stadium opgeeft. Die bescherming zou ook bij een opvolgende arbeidsovereenkomst met een andere werkgever gerechtvaardigd kunnen zijn, bijvoorbeeld als de werknemer via een formeel andere werkgever werkzaam blijft voor dezelfde arbeidsorganisatie, alsook ingeval de werknemer overstapt binnen hetzelfde concern. Zelfs bij een werkgeverswissel door een aanbestedingsprocedure lijkt – met enige welwillendheid – de toepassing van de Ragetlie-regel verdedigbaar. De werknemer zou zich immers onder de dreiging van werkloosheid gedwongen kunnen voelen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de winnaar van de aanbesteding te aangaan.⁹⁸ Tussen (1) de dreiging van ontslag bij de oude werkgever, (2) de gunning door de aanbestedende dienst aan de nieuwe werkgever en (3) de versterkte onderhandelingspositie van de nieuwe werkgever bestaat een direct verband. Een versterking van de rechtspositie van de werknemer via de Ragetlie-regel zou vanwege dat verband gerechtvaardigd kunnen zijn. De onderbouwing van de rechtvaardiging voor de

95 HR 4 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AB8727, NJ 1987/678 (*Ragetlie/SLM*). Nadien oordeelde de Hoge Raad dat die voorafgaande opzegging eveneens geldt ‘indien de geëindigde arbeidsovereenkomst op regelmatige wijze is beëindigd door voorafgaande opzegging, met de door het BBA vereiste toestemming’ (HR 26 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0649, JAR 1992/41 (*Thialf*)).

96 Wet van 14 mei 1998, *Stb.* 1998, 300 (Wet flexibiliteit en zekerheid) en wet van 24 december 1998, *Stb.* 1998, 741 (Reparatiewet). In de memorie van toelichting van de Wet flexibiliteit en zekerheid merkt de regering op dat de Stichting van de Arbeid adviseerde deze in de jurisprudentie ontwikkelde regel in stand te laten. Deze regel kwam echter niet voor in het voorstel van de Wet flexibiliteit en zekerheid (*Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3, p. 9 (MvT)). Pas nadat leden van de Eerste Kamer expliciet vroegen naar de rol van het arrest *Ragetlie/SLM* onder het nieuwe recht, heeft de regering toegezegd het arrest te codificeren (*Kamerstukken I* 1997/98, 25263, 132a, p. 7 (VV)). Het arrest *Thialf* is uitdrukkelijk niet gecodificeerd (*Kamerstukken I* 1997/98, 25263, 3 (MvT); *Kamerstukken I* 1997/98, 25263, 7, p. 4 (NEV)).

97 R.M. Beltzer, ‘De uitleg van de Ragetlie-regel door de Hoge Raad: better safe than sorry of klukklukiaans?’, *ArA* 2014-2, p. 51; HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2127, JAR 2014/34 (*De Witte/Pekel*).

98 Uiteraard geldt dat iedereen met een relatief zwakke onderhandelingspositie zich gedwongen kan voelen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te accepteren, denk aan toetreders op de arbeidsmarkt of werklozen. Het verschil is echter dat toetreders en werklozen geen afstand doen van verworven ontslagbescherming. Ook bij een doorstart na een faillissement is geen sprake van een verlies van ontslagbescherming. De curator kan tijdens faillissement de arbeidsovereenkomst immers zonder instemming van de werknemer of toestemming van het UWV opzeggen (*Asser/Heerma van Voss* 7-V 2015/366-367).

toepassing van opvolgend werkgeverschap in relatie tot de Ragetlie-regel blijft bij aanbestedingen echter zwak – en erg gezocht. De vraag is of de Ragetlie-regel überhaupt nodig is binnen het huidige ontslagsysteem. Waarom is een opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet gerechtvaardigd als de voorafgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd via een schriftelijke beëindigingsovereenkomst is geëindigd? Verdedigbaar is immers dat de huidige eisen aan een beëindigingsovereenkomst – schriftelijk en met een bedenkingstermijn – afdoende bescherming bieden. Een werknemer die te lichtzinnig instemt met deze beëindiging kan gebruikmaken van zijn recht tot ontbinding van de beëindigingsovereenkomst gedurende de bedenkingstermijn. Omdat de Ragetlie-regel in het huidige systeem overbodig is, treft opvolgend werkgeverschap in relatie tot deze regel hetzelfde lot (de Ragetlie-regel is bij werkgeverswissels overigens in veel gevallen niet relevant vanwege het effect van artikel 7:668a lid 2 BW: de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd converteert in veel situaties in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd). En als opvolgend werkgeverschap toch wordt toegepast bij de Ragetlie-regel dan ligt vanwege de (verre) verwantschap met de ketenregeling en regeling omtrent de opzegtermijn dezelfde uitleg van opvolgend werkgeverschap als bij die twee regelingen voor de hand. Bijzonder overtuigend is deze ‘analogie’ echter niet.

4.7 CONCLUSIE

Opvolgend werkgeverschap wordt ingekleurd door een bijzonder kenmerk dat bij alle regelingen (met uitzondering van de Ragetlie-regel) een prominente rol speelt, namelijk anciënniteit. Anciënniteit heeft bij sommige regelingen een kortetermijneffect op de werknemersbescherming en bij sommige regelingen een langetermijneffect. Bij regelingen waar anciënniteit fungeert als een wachttijd voor de rechtsbescherming van de werknemer gaat het om (voor de werknemer: negatieve) kortetermijneffecten. Bij regelingen waar anciënniteit een maatstaf vormt voor een met de duur van de arbeidsrelatie toenemende rechtsbescherming gaat het om (voor de werknemer: positieve) langetermijneffecten (de opbouwfunctie). Naast dit onderscheid in effecten op de korte en lange termijn, kan een clustering worden gemaakt van de grondslagen van anciënniteit. De eerste grondslag heeft betrekking op het idee van anciënniteit als een instrument ter voorkoming van willekeur in de besluitvorming van de werkgever. De tweede grondslag houdt verband met de gedachte dat anciënniteit (als wachttijd) een noodzakelijke correctie vormt op de – mogelijke – nadelige gevolgen voor de werkgever bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst. Anciënniteit moet leiden tot een evenwichtigere verdeling tussen de belangen van de werkgever enerzijds en de werknemer anderzijds. De derde grondslag houdt verband met de gedachte dat de zorgplicht jegens de werknemer toeneemt naarmate de arbeidsovereenkomst langer heeft geduurd (het langetermijneffect). De analyse van deze grondslagen leidt tot de volgende conclusies.

Allereerst blijkt dat deze grondslagen niet zijn gebaseerd op overtuigende argumenten. Voor regelingen waarbij de rechtsbescherming gedurende het dienstverband geleidelijk toeneemt (het langetermijneffect van anciënniteit), zijn de argumenten ach-

ter deze grondslagen erg oppervlakkig. En elke poging om de argumentatie verder uit te werken, leidt tot gezochte redeneringen die niet steunen op empirisch bewijs. Ook voor regelingen waarbij anciënniteit geldt als wachttijd voor een volwaardige werknemersbescherming zijn de argumenten niet overtuigend. De op anciënniteit gebaseerde rechtsbescherming leidt er bovendien toe dat de rechtspositie van werknemers met een zwakkere rechtspositie en vaak relatief korte dienstverbanden verder achteruitgaat. Aangezien de argumenten niet overtuigen, bestaat voor het op anciënniteit gebaseerde systeem van rechtsbescherming eigenlijk überhaupt geen rechtvaardiging.

Doordat de grondslagen van de op anciënniteit gebaseerde rechtsbescherming niet overtuigen, komt ook de hele constructie van opvolgend werkgeverschap 'in de lucht te hangen'. Opvolgend werkgeverschap is immers niet meer dan een onderdeel van het instrumentarium om de anciënniteit van een werknemer te berekenen. Het oordeel dat een werkgeverswissel al dan niet kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap is net zo overtuigend als de argumenten voor werknemersbescherming op basis van anciënniteit. Deze conclusie brengt echter niet mee dat het concept van opvolgend werkgeverschap volledig kan worden afgeschaft – in elk geval niet zolang de wetgever anciënniteit als factor voor de mate van werknemersbescherming gebruikt. Op anciënniteit gebaseerde werknemersbescherming zou zonder het concept van opvolgend werkgeverschap nog willekeuriger zijn. En zolang anciënniteit de maatstaf voor werknemersbescherming is, zouden die (zwakke) grondslagen eveneens leidend moeten zijn voor de invulling van opvolgend werkgeverschap.

Hoewel de grondslagen (en subcategorieën) zeer verschillend zijn qua uitwerking, leiden deze grondslagen tot het verdedigbare standpunt dat in de volgende twee situaties sprake zou moeten zijn van opvolgend werkgeverschap. De eerste situatie betreft het geval waarin een werkgeverswissel kan worden aangemerkt als evident misbruik door werkgevers van het tussen die twee werkgevers bestaande identiteitsverschil. De tweede situatie betreft het geval waarin een werknemer na een werkgeverswissel werkzaam blijft voor dezelfde arbeidsorganisatie. Beide gevallen maken evenzeer duidelijk dat de zoektocht van de wetgever en de Hoge Raad naar de juiste criteria op een verkeerd spoor is beland. Zowel het dezelfdewerkzaamhedencriterium als het zodanigebandencriterium als het aanleidingscriterium kunnen niet in verband worden gebracht met de grondslagen van werknemersbescherming op basis van anciënniteit. In plaats van deze criteria hoeft namelijk 'slechts' te worden beoordeeld of de werknemer nog werkzaam is voor dezelfde arbeidsorganisatie dan wel of sprake is van een evidente misbruiksituatie. De beoordeling of een werknemer na een werkgeverswissel werkzaam is gebleven voor dezelfde arbeidsorganisatie is overigens niet altijd eenvoudig, vooral als tegelijkertijd met de werkgeverswissel een wijziging van de arbeidsorganisatie plaatsvindt. En ook bij concernverhoudingen en driepartijenconstructies kan die beoordeling lastig zijn. Toch biedt het criterium 'dezelfde arbeidsorganisatie' in veel gevallen een duidelijkere maatstaf dan de criteria die thans worden gebruikt. En voor concernverhoudingen zou als uitgangspunt kunnen worden genomen dat een werkgeverswissel binnen een concern kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap, tenzij de werkgever kan aantonen dat – gegeven de

grondslagen van werknemersbescherming op basis van anciënniteit – beide werkgevers niet kunnen worden beschouwd als één arbeidsorganisatie.

5.1 INLEIDING

De vorige hoofdstukken richtten zich op opvolgend werkgeverschap vanuit een arbeidsrechtelijke invalshoek. Maar is opvolgend werkgeverschap wel een arbeidsrechtelijk verschijnsel? Wellicht is opvolgend werkgeverschap vergelijkbaar met andere concepten die een functie vervullen in het algemeen vermogensrecht. Een vergelijking met andere concepten binnen het algemeen vermogensrecht verscherpt de juridische betekenis van opvolgend werkgeverschap. Daarnaast heeft een vermogensrechtelijke beschouwing evaluatieve eigenschappen. Stel dat opvolgend werkgeverschap qua juridisch concept namelijk sterke gelijkenissen vertoont met andere regelingen of concepten, wat is dan nog de rechtvaardiging voor een arbeidsrechtelijke benadering van dit fenomeen? Wat zijn de juridische consequenties als opvolgend werkgeverschap uit het arbeidsrecht wordt weggedacht?¹ Gekozen is voor een vergelijking met de volgende drie concepten:

1. rechtsopvolging;
2. vereenzelviging;
3. toerekening.

De redelijkheid en billijkheid – hoewel een veelvuldig voorkomend begrippenpaar binnen het vermogensrecht – vormen geen onderdeel van de vergelijking.² Opvolgend

1 Denk bijvoorbeeld aan goed werkgeverschap, zoals opgenomen in artikel 7:611 BW: is dat niet dezelfde norm als artikel 6:248 BW? Verdedigbaar is dat via artikel 6:248 BW hetzelfde juridische resultaat kan worden bereikt. Zie over de verhouding tussen goed werkgeverschap en artikel 6:248 BW onder anderen: G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht* (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, 29) (2e druk), Deventer: Kluwer 1999, p. 13-16; R.M. Beltzer, 'De symbiose van het arbeidsrecht en het privaatrecht volgens de rechtspraak in 2003', *SR* 2004/2; A.F. Bungener, 'Doorwerking van het privaatrecht bij het wijzigen van de arbeidsovereenkomst', *SR* 2008/53; A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2008, p. 229-237.

2 Soms wordt de redelijkheid en billijkheid als zodanig omschreven als een (rechts)norm. P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013, p. 2, schrijft bijvoorbeeld: '[d]e redelijkheid en billijkheid is een open of vage norm' (zie ook: P.T.J. Wolters, 'Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden', *Ars Aequi* 2013, p. 971-974). Verdedigbaar is dat redelijkheid en billijkheid als zodanig

werkgeverschap heeft weliswaar gelijkenissen met artikel 6:248 BW (een bepaling die binnen het vermogensrecht vaak op één lijn wordt gesteld met 'de redelijkheid en billijkheid'), maar een vergelijking met artikel 6:248 BW levert weinig op. Artikel 6:248 lid 1 BW vult partijafspraken aan en lid 2 van dit artikel corrigeert – in bijzondere gevallen – partijafspraken en uit de wet voortvloeiende rechtsgevolgen.³ Opvolgend werkgeverschap corrigeert eveneens verschillende regelingen (die in beginsel alleen van toepassing zijn op opvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever), maar bij opvolgend werkgeverschap liggen de rechtsgevolgen – anders dan bij artikel 6:248 BW – vast. Denk bijvoorbeeld aan de transitievergoeding: mede via opvolgend werkgeverschap kan zowel het recht op als de hoogte van de transitievergoeding worden vastgesteld. Bij artikel 6:248 BW worden de mogelijke rechtsgevolgen pas in het concrete geval duidelijk. Om dezelfde reden is een vergelijking van opvolgend werkgeverschap met bijvoorbeeld misbruik van bevoegdheid, als bedoeld in artikel 3:13 BW, niet zinvol. Artikel 3:13 BW laat het immers van de concrete situatie afhangen welke bevoegdheden niet kunnen worden ingeroepen.

Rechtsopvolging en vereenzelviging liggen meer voor de hand. De keuze voor deze twee concepten is gebaseerd op de tegenstelling tussen enerzijds opvolgend werkgeverschap en anderzijds de regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt. De regelingen – waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt – lijken aan te sluiten bij het zogeheten beginsel van de relativiteit van overeenkomsten. Dit beginsel neemt tot uitgangspunt dat een overeenkomst alleen partijen bindt.⁴ Voor die regelingen zijn alleen arbeidsovereenkomsten met *dezelfde* werkgever relevant. Opvolgend werkgeverschap breekt met dit uitgangspunt. Een verklaring voor die breuk kan wellicht worden gevonden door opvolgend werkgeverschap te beschouwen als een vorm van rechtsopvolging of vereenzelviging. Is de werkgever de rechtsopvolger van de vorige werkgever? Of kan de werkgever worden vereenzelvigd met een andere werkgever? Omdat in verhandelingen over vereenzelviging vaak het concept toerekening wordt besproken, komt dit concept eveneens aan bod.

De vergelijking met deze drie concepten (rechtsopvolging, vereenzelviging en toerekening) vereist allereerst een precisering van deze concepten in vermogensrechtelijke zin. De behandeling in dit hoofdstuk van – achtereenvolgens – deze drie concepten (in respectievelijk 5.2, 5.3 en 5.4) kent telkens hetzelfde stramien: (1) wat

niet kunnen worden beschouwd als een rechtsnorm, maar slechts zijn aan te merken als evaluatieve termen die gebruikt worden bij veel rechtsregels. Een regel krijgt – zo kan worden betoogd – met behulp van evaluatieve begrippen, zoals redelijkheid, billijkheid of goed werkgeverschap, een open karakter. Die evaluatieve begrippen bieden bij de toepassing van een regel de ruimte om rekening te houden met maatschappelijke ontwikkelingen en de omstandigheden van het geval.

3 Een samenloop van de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zoals opgenomen in artikel 6:248 lid 1 respectievelijk lid 2 BW is mogelijk (*Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-III 2014/407).

4 Een beginsel waarop vele uitzonderingen bestaan. Zie voor een analyse: J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht (I)', *WPNR* 1997-6288, p. 715-720; J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht (II, slot)', *WPNR* 1997-6289, p. 735-739.

zijn de kenmerken van rechtsopvolging, vereenzelviging respectievelijk toerekening en (2) wat is de betekenis van deze kenmerken voor opvolgend werkgeverschap? Ter afsluiting volgt een conclusie (5.5).

5.2 OPVOLGEND WERKGEVERSCHAP EN RECHTSOPVOLGING

5.2.1 *Rechtsopvolging: onderscheid algemene titel en bijzondere titel*

De term rechtsopvolging is een veelgebruikt maar niet eenduidig begrip. Het BW bevat geen definitie van rechtsopvolging. Vaak maakt men het onderscheid tussen opvolging (of overgang) onder algemene titel en onder bijzondere titel; een reden om eerst bij dit onderscheid stil te staan. Dit onderscheid heeft zijn basis in het BW. Artikel 3:80 BW maakt voor wat betreft goederen een onderscheid tussen verkrijging van goederen onder algemene titel en onder bijzondere titel. Deze bepaling spreekt over *verkrijging* en niet over *(rechts)opvolging*, maar op andere plaatsen in Boek 3 BW wordt weer gesproken over 'opvolging onder algemene titel', zoals in artikel 3:102, 3:112 en 3:116 BW. Zijn verkrijging en opvolging in deze context synoniemen? Bartels en Van Mierlo gebruiken de aanduiding verkrijging respectievelijk opvolging onder algemene titel door elkaar, zonder daarbij een duidelijk onderscheid te maken.⁵

Opvolging onder algemene titel vindt volgens Bartels en Van Mierlo plaats ingeval een heel vermogen of een evenredig deel ervan in zijn geheel overgaat op een ander. Zij noemen daarbij de in artikel 3:80 lid 2 BW genoemde varianten van verkrijging onder algemene titel.⁶ Ook veel andere auteurs benoemen als kenmerk van opvolging onder algemene titel de overgang van het gehele vermogen of een evenredig deel daarvan op een ander.⁷ Verrijking onder algemene titel staat echter niet gelijk aan opvolging, want door verkrijging onder algemene titel wordt een ander rechtssubject niet per definitie ook contractspartij. Voor elke in artikel 3:80 lid 2 BW genoemde variant van verkrijging van goederen onder algemene titel bevat de wet aparte regels. Het toepassingsbereik en de rechtsgevolgen verschillen per variant. Zo is bij een juridische splitsing of een juridische fusie uit de aard van de rechtsfiguur niet alleen sprake van een overgang van goederen, maar wordt de verkrijgende rechtspersoon in beginsel ook van rechtswege partij bij overeenkomsten.⁸ Een boedelmenging door een huwelijk ex artikel 1:94 BW is eveneens een verkrijging onder algemene titel, maar door de boedelmenging verkrijgt een echtgenoot niet de contractuele bevoegdheden die

5 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/199.

6 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/160. Zij noemen niet de varianten die voortvloeien uit de Wet op het financieel toezicht. De varianten uit de Wet op het financieel toezicht zijn toegevoegd aan artikel 3:80 lid 2 BW via de Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen (*Stb.* 2012, 241) respectievelijk Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (*Stb.* 2015, 431).

7 P.C. van Es, *GS Vermogensrecht*, art. 80 Boek 3 BW, aant. A4 en 7.1 (online, bijgewerkt 1 mei 2013); A.J. van der Lely & E. Hallebeek, *Sdu Commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 3 art. 80, C.1.* (online, bijgewerkt 23 november 2014).

8 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/441 en 485.

voortvloeien uit overeenkomsten die zijn gesloten door diens echtgenoot. Boedelmenging resulteert niet in een *opvolging* van een der partijen van een overeenkomst, noch ontstaat daardoor een driepartijenovereenkomst.⁹

Verstappen komt na een uitgebreide analyse van de literatuur tot een (andere) definitie van rechtsopvolging onder algemene titel die meer varianten omvat dan die in artikel 3:80 lid 2 BW worden genoemd. Een rechtsopvolging onder algemene titel is volgens Verstappen de opvolging in of de verkrijging van een onbepaald aantal goederen, schulden en/of rechtsbetrekkingen, welke opvolging of verkrijging is gebaseerd op één titel (de rechtsgrond of rechtvaardiging voor de opvolging of de verkrijging), zonder dat voor de verkrijging van de afzonderlijke goederen, schulden en/of rechtsbetrekkingen een aparte levering, schuld- of contractsoverneming is vereist.¹⁰ Rechtsopvolging onder algemene titel kenmerkt zich volgens de definitie van Verstappen niet zozeer door de goederen, schulden en/of rechtsbetrekkingen die overgaan, maar door de wijze waarop die overgang plaatsvindt. De interpretatie van Verstappen van rechtsopvolging onder algemene titel omvat ook enkele arbeidsrechtelijke varianten. Een overgang van een onderneming ex artikel 7:662 en verder BW en een overgang van een concessie via artikel 36 tot en met 40 Wet personenvervoer 2000 vereisen namelijk evenmin een nadere uitvoeringshandeling (zoals een akte van contractsoverneming ex artikel 6:159 BW en de medewerking of instemming van de werknemer) voor elke afzonderlijke arbeidsovereenkomst, althans de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen.¹¹ De overgang van de onderneming onderscheidenlijk de concessie gelden als de titel voor de opvolging van de rechtspositie van de vorige werkgever.

Veel inzicht in de term rechtsopvolging lijkt het onderscheid tussen algemene titel en bijzondere titel echter niet te bieden. Zo zou binnen de zienswijze van Verstappen een contractsoverneming op grond van artikel 6:159 BW worden beschouwd als een rechtsopvolging of verkrijging onder bijzondere titel. Maar Van Rijssen plaatst weer kanttekeningen bij de gedachte dat een contractsoverneming kan worden beschouwd als een rechtsopvolging of verkrijging onder bijzondere titel als bedoeld in artikel 3:80 BW. Dit artikel richt zich namelijk op de wijze van verkrijging van goederen (zaken en vermogensrechten), terwijl bij een contractsoverneming ex artikel 6:159 BW ook verplichtingen (schulden) overgaan. Schulden zijn zaken noch vermogensrechten. Dat

9 Volgens Verstappen zou een terminologisch onderscheid tussen opvolging onder algemene titel en verkrijging onder algemene titel daarom beter zijn (met de aantekening dat een opvolging onder algemene titel altijd een verkrijging onder algemene titel met zich brengt). Dit onderscheid houdt in dat een erfopvolging en een juridische fusie kunnen worden beschouwd als een opvolging onder algemene titel, terwijl bij een boedelmenging alleen een verkrijging onder algemene titel plaatsvindt (L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996, p. 52-53).

10 L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996, p. 68-79, in het bijzonder p. 77-79.

11 Veel schrijvers zien een overgang van onderneming overigens als een verkrijging onder bijzondere titel (E. van Geuns & M.V.E.E. Jansen, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 332 Rv, aant. 15 (online, bijgewerkt 11 juli 2012); D. Christe, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:653 BW, aant. 18.2 (bijgewerkt 1 juni 2015); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/542).

een contractuele rechtspositie een goederenrechtelijk karakter mist, volgt ook uit de plaatsing van de contractsoverneming in Boek 6 BW over verbintenissenrecht, aldus Van Rijssen.¹² Het verschil tussen rechtsopvolging onder algemene titel en bijzondere titel is derhalve verwarrend. Het onderzoek van Verstappen lijkt niettemin een behulpzame onderscheiding te bevatten over de wijze waarop een rechtsopvolging kan plaatsvinden. Zijn tweedeling overstijgt het onderscheid tussen de goederenrechtelijke en verbintenissenrechtelijke aspecten bij rechtsopvolging.

5.2.2 Rechtsopvolging: overgang rechten en verplichtingen

Een andere invalshoek voor de verduidelijking van het begrip rechtsopvolging is wellicht de vraag wat in juridische zin overgaat op de opvolger. Het antwoord is kort: rechten en verplichtingen.¹³ Een rechtssubject kan dus een opvolger van *bestaande* rechten en/of verplichtingen zijn. De overeenkomst als ‘meerzijdige rechtshandeling’ gaat niet over. Ook de overeenkomst als ‘verbintenis’ gaat als zodanig niet over op een ander rechtssubject. Een verbintenis ziet op een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de een tot iets gerechtigd is, waartoe de ander verplicht is. Als een recht of een verplichting overgaat op een ander rechtssubject, verschuift een reeds bestaande verbintenis naar een andere schuldeiser of schuldenaar.¹⁴ De overgang van rechten en verplichtingen op een ander rechtssubject is gebaseerd op het juridische idee (en uitgangspunt) dat geen nieuwe rechten en verplichtingen ontstaan, maar dat een ander rechtssubject de drager van dat recht of die verplichting wordt. Van Rijssen gebruikt de term ‘identiteitsbehoud’. Als gevolg van het identiteitsbehoud verkrijgt een nieuwe schuldeiser in beginsel de bij de vordering behorende nevenrechten en behoudt een nieuwe schuldenaar de aan de schulden verbonden verweermiddelen.¹⁵ Zo gaan bij de overgang van een vorderingsrecht ex artikel 3:94 BW alle nevenrechten op grond van artikel 6:142 BW over. Voor

12 Van Rijssen heeft nog een argument waarom een contractsoverneming niet als een opvolging of verkrijging onder bijzondere titel kan worden beschouwd. Volgens Van Rijssen ligt in de tegenstelling tussen algemene titel en bijzondere titel besloten dat de verkrijger onder algemene titel ook de rechtspositie van de voorganger voortzet, terwijl een verkrijger onder bijzondere titel in een nieuwe positie treedt ten aanzien van één of meer bepaalde goederen van de voorganger. Bij een contractsoverneming zet een derde tevens de rechtspositie van de voorganger voort. De duiding van een contractsoverneming als een verkrijging onder bijzondere titel zou daarom onjuist en misleidend zijn (G. van Rijssen, *Contractsoverneming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 54-56).

13 De vermogensrechtelijke mogelijkheid tot overgang van rechten blijkt onder meer uit Afdeling 2, Titel 4, Boek 3 BW (‘Overdracht van goederen en afstand van beperkte rechten’). Artikel 3:83 lid 1 BW noemt als hoofdregel dat eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten overdraagbaar zijn. Op grond van lid 3 van dat artikel zijn alle andere rechten slechts overdraagbaar, wanneer de wet dit bepaalt. Uit onder meer Afdeling 3, Titel 2, Boek 6 BW (‘Schuld- en contractsoverneming’) blijkt dat verplichtingen eveneens op een ander rechtssubject kunnen overgaan.

14 In bijzondere gevallen richt de verbintenis zich door rechtsopvolging tevens tot de oorspronkelijke schuldeiser respectievelijk schuldenaar. Zie bijvoorbeeld artikel 7:663, tweede volzin, BW. De vervreemder blijft nog een jaar aansprakelijk voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst die zijn ontstaan vóór het tijdstip van overgang.

15 G. van Rijssen, *Contractsoverneming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 58 en 227-228; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/302; T.J. Mellema-Kranenburg, *GS Verbintenissenrecht*, artikel 155 Boek 6 BW, aant. 17-19 (online, bijgewerkt 24 april 2013).

de arbeidsrechtjurist is het begrip identiteitsbehoud enigszins verwarrend. Identiteitsbehoud heeft in het arbeidsrecht ook andere betekenissen, zoals voor de overgang van onderneming.¹⁶ In dit hoofdstuk wordt identiteitsbehoud uitsluitend gebruikt in relatie tot de overgang van rechten en verplichtingen, hierna ook aangeduid als identiteitsbehoud in vermogensrechtelijke zin. Sommige rechten zijn ook volledig afhankelijk van andere rechten. Een afhankelijk recht is volgens artikel 3:7 BW ‘een recht dat aan een ander recht zodanig verbonden is, dat het niet zonder dat andere recht kan bestaan’. Op grond van artikel 3:82 BW volgen afhankelijke rechten, het recht waaraan zij verbonden zijn. Een afhankelijk recht is bijvoorbeeld een aan een vorderingsrecht op een geldsom verbonden recht van pand of hypotheek. Dergelijke rechten zijn naar hun aard niet vatbaar voor afzonderlijke overdracht.¹⁷ Bij zowel afhankelijke rechten (een goederenrechtelijk begrip) als nevenrechten (een verbintenisrechtelijk begrip) is het idee dat deze rechten zozeer verband houden met een ander recht dat deze rechten het andere recht volgen en dus overgaan op de nieuwe schuldeiser. Sommige rechten staan echter niet als afhankelijk recht of nevenrecht in relatie tot een bepaalde vordering, maar houden verband met een gehele (op een overeenkomst gebaseerde) rechtsverhouding. Rechten die zien op de gehele contractuele rechtsverhouding zijn wilsrechten.¹⁸ Wilsrechten die zien op de gehele contractuele rechtsverhouding kunnen overgaan indien de gehele rechtsverhouding tot een wederpartij overgaat op een andere partij, zoals bij een contractsoverneming ex artikel 6:159 BW. Aan de overgang van deze wilsrechten zijn wel beperkingen verbonden (zie hierna).

5.2.3 *Rechtsopvolging: beperkingen aan overgang rechten en verplichtingen*

De overgang van rechten en verplichting kent verschillende beperkingen.

Wettelijke beperkingen – In de eerste plaats geldt dat andere rechten dan eigendom, beperkte rechten en vorderingsrechten slechts overdraagbaar zijn indien dit uit de wet volgt (artikel 3:83 lid 3 BW). Daarnaast kan een beperking voortvloeien uit een concrete

16 In de context van artikel 7:662 en verder BW is identiteitsbehoud geen rechtsgevolg, maar een rechtsfeit. Voor de toepassing van artikel 7:662 en verder BW moet sprake zijn van een overgang van een onderneming die haar identiteit heeft behouden. De overgang van een onderneming met behoud van identiteit (het rechtsfeit) leidt vervolgens tot de overgang van de rechten en verplichtingen (het rechtsgevolg). In het arrest *Spijkers* oordeelde het Europese Hof van Justitie dat het beslissende criterium is of de identiteit van het bedrijf behouden blijft (HvJ EG 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127, 24/85, NJ 1987/502 (*Spijkers*)).

17 *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/209*. Voor zover het afhankelijke recht is verbonden aan een – aan een nieuwe schuldeiser overgedragen – vorderingsrecht, gaat dit afhankelijke recht op basis van artikel 6:142 en verder BW eveneens als nevenrecht over op de nieuwe schuldeiser (*Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/345*). Het begrip nevenrechten omvat tegelijkertijd meer dan alleen afhankelijke rechten, zoals het bedongen recht op een boete of een dwangsom. Een boete en een dwangsom zijn wel nevenrechten, maar geen afhankelijke rechten. Een recht op een boete of dwangsom is namelijk wel afzonderlijk overdraagbaar (*Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/257*). H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 40, wijzen erop dat – andersom – niet alle afhankelijke rechten ook nevenrechten zijn (mandeligheid en erfdiensbaardheid zijn niet aan een vordering verbonden en derhalve geen nevenrecht).

18 Omgekeerd zien niet alle wilsrechten op de gehele rechtsverhouding.

wettelijke bepaling. Bartels en Van Mierlo noemen als beperking op de grond van de wet bijvoorbeeld artikel 7:633 BW. Deze bepaling sluit tot aan de beslagvrije voet de mogelijkheid van cessie en verpanding van een loonvordering uit. De wetgever beoogt daarmee een beroep op bijstand als bedoeld in de Participatiewet te voorkomen.¹⁹ Aan deze beperking ligt aldus een concreet maatschappelijk belang ten grondslag. Ook een wettelijk totstandkomingsvereiste, zoals de schriftelijke meerzijdige rechtshandeling die aan de totstandkoming van een concurrentiebeding als bedoeld in artikel 7:653 BW ten grondslag ligt, kan in sommige gevallen leiden tot een beperking van de overgang.²⁰

Aard van recht of verplichting – In de tweede plaats kunnen beperkingen voortvloeien uit de aard van het recht of de verplichting. Hiervoor kwam al aan bod dat rechten zodanig verbonden kunnen zijn aan andere rechten of een samenstel van rechten en verplichtingen, dat deze rechten niet afzonderlijk kunnen overgaan op een ander rechtssubject. Zo strekt een recht van hypotheek tot zekerheid van de aflossing van een geldlening. Het recht van hypotheek is dus een afhankelijk recht (een aanhangsel van het hoofdrecht). Afzonderlijke beschikking over afhankelijke rechten als bedoeld in artikel 3:7 BW is in beginsel niet mogelijk.²¹

Wettelijke wilsrechten – In de derde plaats bestaat een discussie over de vraag of *wettelijke wilsrechten*, die de gehele contractuele verhouding raken, over kunnen gaan op een ander rechtssubject. Volgens Van Rijssen gaan wettelijke wilsrechten die zien op de gehele contractuele verhouding niet over, maar kunnen deze rechten wel op het moment van contractsovergang bij de verkrijger opnieuw ontstaan.²² Wettelijke wils-

19 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/206.

20 Een concurrentiebeding is slechts geldig indien werkgever en werknemer dit beding schriftelijk overeenkomen. De Hoge Raad heeft in het kader van de overgang van een onderneming als bedoeld in artikel 7:662 en verder BW overwogen dat de uit het concurrentiebeding voortvloeiende rechten van de vervreemder van rechtswege overgaan op de verkrijger, mits de arbeidsovereenkomst op het moment van overgang nog niet is geëindigd. Buiten een overgang van onderneming ex artikel 7:662 en verder BW geldt volgens de Hoge Raad onverkort dat de nieuwe werkgever opnieuw schriftelijk het concurrentiebeding moet overeenkomen (HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0014, NJ 1988/235 (*Ibes/Atmos*); HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0013, NJ 1988/234 (*Hydraudyne Beheer BV*); HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0579, NJ 1992/462 (*Gijsbers/Meurs*); zie ook V. Gerlach, 'De bedingen van een ex-werknemer bij overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2017/10). Grapperhaus, Houweling en Loonstra zijn derhalve van mening dat voor de geldigheid van een concurrentiebeding bij een contractsoverneming als bedoeld in artikel 6:159 BW een hernieuwde schriftelijke overeenstemming is vereist (F.B.J. Grapperhaus, 'Concurrentiebeding en artikel 7.10 BW: het schriftelijkheidsvereiste', *ArbeidsRecht* 1997/39; F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie. Beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1995, p. 228-232; A.R. Houweling & C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 137-143).

21 H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 39, wijzen bijvoorbeeld op de uitzondering in artikel 5:66 lid 1 BW omtrent mandeligheid.

22 G. van Rijssen, *Contractsoverneming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 123-124. Verheul betoogt dat – in ieder geval bij contractsoverneming – wettelijke wilsrechten zonder enige moeite kunnen overgaan. In bijzondere gevallen is volgens Verheul een dergelijke overgang wellicht onbillijk, maar dan bieden regelingen zoals misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW), de corrigerende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW) en een afwijzing in rechte wegens gebrek aan belang (artikel 3:303 BW) een uitkomst (E.F. Verheul, 'Overgang van wilsrechten bij con-

rechten vloeien namelijk voort uit de wet en niet uit een partijafsprake, dus zouden deze rechten om die reden niet overgaan. Een voorbeeld van een wettelijk wilsrecht betreffende de gehele contractuele verhouding is bijvoorbeeld een vernietiging wegens dwaling als bedoeld in artikel 6:228 BW. Een reden waarom dit soort wilsrechten niet zou kunnen overgaan is de strekking van deze wilsrechten. Veel van deze wilsrechten beschermen een specifiek rechtssubject. Zo leidt een beroep op een wilsgebrek ex artikel 3:44 BW of artikel 6:228 BW tot een vernietiging van de aan een verbintenis ten grondslag liggende *rechtshandeling*. Een vernietiging op grond van een wilsgebrek vereist een oordeel over de totstandkoming van de wilsverklaring van de voormalige contractspartij. Bij de opvolger van rechten en verplichtingen heeft zich geen wilsgebrek voorgedaan en lijkt een beroep op vernietiging niet altijd redelijk.²³ Het recht op ontbinding van een overeenkomst wegens wanprestatie op basis van artikel 6:265 BW – eveneens een wilsrecht – is in dit verband ook ingewikkeld. Het arrest *Claassen/Schattenkerk* uit 1958 aangaande een huurgeschil is nog steeds een goed voorbeeld. Als gevolg van een overdracht van het verhuurde eigendom werd de verkrijger tevens de verhurende partij bij de huurovereenkomst. De voormalige verhuurder beriep zich op ontbinding wegens een wanprestatie die zich voorafgaand aan de overdracht van het eigendom zou hebben voorgedaan. De Hoge Raad overwoog dat de ontbinding wegens wanprestatie niet meer door de voormalige verhuurder kon worden uitgevoerd, omdat het recht op ontbinding ‘uit haar aard slechts toekomt en dus slechts kan worden toegewezen aan hem die partij bij die overeenkomst is’. Met ‘die overeenkomst’ bedoelt de Hoge Raad in deze overweging de rechtsbetrekking en niet de meerzijdige rechtshandeling. Evenmin gaat volgens de Hoge Raad een eventueel recht op ontbinding wegens wanprestatie van de *voormalige* contractspartij over op de opvolgende verhuurder. De Hoge Raad oordeelde namelijk dat de opvolgende contractspartij bij de huurovereenkomst slechts een recht op ontbinding toekomt van een na het tijdstip van de overgang van de huurovereenkomst gepleegde wanprestatie. De gedachte dat een recht tot ontbinding wegens wanprestatie niet ‘overgaat’, is door Rutten bekritiseerd. Of de overgang van een recht tot ontbinding wegens wanprestatie wel of niet is inbegrepen in de contractsovergang, zou volgens Rutten afhankelijk moeten zijn van de aard van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval.²⁴ Een reden voor de beperking van de overgang van een dergelijk wilsrecht zou kunnen zijn, dat het desbetreffende recht was ontstaan omdat het handelen en/of nalaten van de ene partij de rechtspositie van de – oorspronkelijke – andere partij op een onrechtmatige wijze heeft beïnvloed, maar dat dit handelen en/of nalaten niet noodzakelijkerwijs de rechtspositie van de opvolgende contractspartij op een onrechtmatige wijze heeft beïnvloed.

tractsovername (I)’, *WPNR* 2017-7156, p. 489-496; E.F. Verheul, ‘Overgang van wilsrechten bij contractsovername (II, slot)’, *WPNR* 2017- 7157, p. 507-512).

23 Verdedigbaar is bijvoorbeeld dat in een contractsovername ex artikel 6:159 BW een zekere bekrachtiging ligt besloten, waardoor de overnemende partij zich niet meer op bepaalde gebreken kan beroepen (zie T.J. Mellema-Kranenburg 2013, *GS Verbintenissenrecht*, art. 159 Boek 6 BW, aant. 14.3 (online, bijgewerkt 24 april 2013)).

24 HR 7 maart 1958, *NJ* 1958/278, m.nt. L.E.H. Rutten (*Claassen/Schattenkerk*). Ook kritisch zijn *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-III 2014/309.

De vraag of een recht of verplichting voortvloeit uit de overeenkomst dan wel uit de wet wordt ook met enige regelmaat gesteld in het arbeidsrecht, namelijk bij artikel 7:662 en verder BW.²⁵ En bij de overgang van een concessie in het openbaar vervoer als bedoeld in artikel 36 tot en met 40 Wet personenvervoer 2000 doet zich juist een omgekeerde discussie voor. Op grond van artikel 38 lid 1 Wet personenvervoer 2000 gaan alleen de rechten en verplichtingen op grond van (algemeen verbindend verklaarde) bepalingen uit cao's en bedrijfsregelingen over.²⁶ Een collectieve regeling staat centraal en niet de individuele overeenkomst.²⁷

25 Die discussie blijkt uit de gepubliceerde rechtspraak. Zie omtrent socialezekerheidsrechten: HvJ EU 28 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:46, C-688/13, JAR 2015/279 (TGSS). Volgens het Europese Hof van Justitie gaan niet alleen achterstallige betalingsverplichtingen van de vervreemder die zien op salaris en emolumenten over, maar ook de door de vervreemder verschuldigde bijdragen aan het wettelijke stelsel van de sociale zekerheid. Die schuld vloeit namelijk eveneens voort uit de arbeidsovereenkomst. De huur van een bedrijfsruimte gaat echter niet over, hoewel de staking van de huur de werkgelegenheid zal raken (HvJ EG 21 november 2008, ECLI:EU:C:2008:574, C-313/07, JAR 2008/295 (*Kirtruna en Vigano*)). Zie omtrent achterstallige pensioenpremies van de vervreemder op basis van een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds: F. Hoppers, 'Achterstallige pensioenpremies bij overgang van onderneming', *ArA* 2016-2, p. 53-75; V. Gerlach, 'Overgang van onderneming en derdenwerking: het GOM-arrest', *TAP* 2016/76; Hof Arnhem-Leeuwarden 1 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6384, JAR 2015/273 (hoger beroep van Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3506, JAR 2013/191); HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375, JAR 2016/268 (GOM). In het arrest GOM oordeelt de Hoge Raad dat een bedrijfstakpensioenfonds een eigen vorderingsrecht jegens de verkrijger van de onderneming heeft. De verplichting tot betaling van premies aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds gaat dus over op de verkrijger. Zie omtrent de verlenging van de loon-doorbetalingsverplichting op basis van een loonsanctie van het UWV als bedoeld in artikel 7:629 lid 11 BW: Rb. Leeuwarden 11 april 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW2244; Hof Leeuwarden 28 augustus 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX6187, JAR 2012/259 (hoger beroep van ECLI:NL:RBLEE:2012:BW2244); Hof Den Bosch 4 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:588, JAR 2014/101 (hoger beroep van Rb. Breda 29 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT6735, JAR 2011/286). Zie omtrent een verplichting tot medewerking aan een controle van een commissie bij een cao: Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1888, JAR 2016/17; HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3620, JAR 2016/17 (*Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten*). Zie voor een uitgebreide analyse: R.M. Beltzer, 'Overgang van wettelijke verplichtingen – het Hof van Justitie van de EU treedt wederom buiten contractuele grenzen', *ArA* 2016-3, p. 12-32.

26 De wet noch parlementaire geschiedenis geeft overigens een omschrijving van een bedrijfsregeling.

27 De regering merkte op dat 'voor het individu geldende regelingen die niet rechtstreeks te herleiden zijn tot dan wel gaan boven wat direct in een collectieve arbeidsvoorwaardenregeling of bedrijfsregeling is bepaald, niet mee overgaan' (*Kamerstukken II* 1998/99, 26456, 3, p. 36 (MvT)). Sommige rechters spreken over de overgang van rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst zoals: Rb. Groningen 18 augustus 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BT1920; Rb. Groningen 1 september 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BT6156, *Prg.* 2011/284, maar die rechten en verplichtingen moeten dus wel voortvloeien uit een collectieve arbeidsvoorwaardenregeling. Bij veel arbeidsvoorwaarden moet bij een concessieovergang daarom worden onderzocht of deze hun oorsprong hebben in een collectieve arbeidsvoorwaardenregeling (zie bijvoorbeeld: Rb. Arnhem 23 december 2002, ECLI:NL:RBARN:2002:AF2758; Hof Leeuwarden 17 maart 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH9815; Rb. Breda 10 februari 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL6656; Rb. Assen 16 februari 2010, ECLI:NL:RBASS:2010:BL6794; Rb. Breda 18 mei 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BM5852; Rb. Leeuwarden 3 november 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO3223, *RAR* 2011/24). Daarnaast is het zogeheten thema rondom nawerking van cao's bijzonder ingewikkeld in relatie tot de concessie. De regering heeft tijdens de parlementaire behandeling hierover onder meer opgemerkt dat de cao, die bij de oude concessiehouder van toepassing was, bij de nieuwe concessiehouder van toepassing blijft tot expiratie dan wel tot het moment dat voor de nieuwe concessiehouder een nieuwe cao tot stand komt. Na expiratie geldt

Persoonlijke karakter van recht of verplichting – In de vierde plaats kan het persoonlijke karakter van een recht of verplichting zich tegen een overgang verzetten. Zo zijn sommige subjectieve rechten zogeheten persoonlijkheidsrechten, ook wel morele rechten genoemd (ter onderscheiding van vermogensrechten). Een rechtssubject kan zijn recht op vrijheid van meningsuiting bijvoorbeeld niet overdragen op een ander. Daarnaast zijn sommige rechten of verplichtingen niet overdraagbaar, omdat niet de prestatie maar de persoon die recht heeft op de prestatie dan wel de persoon die de prestatie moet verrichten voorop staat. Zo is een recht van een werknemer op wedertewerkstelling – voor zover het al een (vermogens)recht is – naar zijn aard niet overdraagbaar.²⁸ Een recht op wedertewerkstelling houdt verband met de verplichting van de werknemer om de bedongen arbeid te verrichten. De werkgever ging de arbeidsovereenkomst aan met het oog op de specifieke capaciteiten van de desbetreffende werknemer. Het persoonlijke karakter verzet zich tegen de overgang van zowel de verplichting tot het verrichten van de bedongen arbeid als het recht op wedertewerkstelling. Rechten die sterk aan de persoon van de schuldeiser zijn verbonden, kunnen in sommige gevallen dus niet overgaan op een ander rechtssubject. *Mutatis mutandis* kan de overgang van verplichtingen worden beperkt doordat deze verplichtingen een te sterke band hebben met de persoon van de schuldenaar.²⁹

Tot slot is van belang op te merken dat de oorspronkelijke contractspartijen (dat wil zeggen: de partijen betrokken bij de meezijdige rechtshandeling) in zekere zin altijd een blijvende invloed op de rechten en verplichtingen houden. Hoe moet een overeenkomst namelijk worden uitgelegd, indien één of meer oorspronkelijke partijen door een overgang niet langer partij zijn bij de uitvoering van de overeenkomst? Mogen de onderliggende – niet voor derden kenbare – bedoelingen van de oorspronkelijke contractspartijen worden toegerekend aan een nieuwe contractspartij? Of mag na een overgang van rechten en/of verplichtingen alleen nog acht worden geslagen op de voor deze nieuwe contractspartij kenbare bedoelingen van de oorspronkelijke contractspartijen? Anders gezegd, vindt een verschuiving plaats van de zogeheten Haviltex-

volgens de regering de cao van de nieuwe concessiehouder (kennelijk ook als deze cao voorafgaand aan de overgang van de concessie tot stand is gekomen). De cao van de oude concessiehouder die na de overgang van de concessie expireert, kan volgens de regering (uitsluitend) nawerken indien bij de nieuwe concessiehouder geen cao geldt (*Kamerstukken II 1998/99*, 26456, 3, p. 36 (MvT)). Daarnaast merkte de regering op dat de nieuwe concessiehouder gehouden is tot naleving van een cao waaraan de voormalige concessiehouder door nawerking gebonden is (*Kamerstukken II 1998/99*, 26456, 3, p. 70 (MvT)). De opmerkingen van de regering over nawerking zijn moeilijk te begrijpen en verhouden zich slecht tot de uitleg van nawerking in HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9386, *JAR* 2003/38 (*Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet*) en HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0580, *JAR* 2011/135 (*ABVAKABO FNV/Unieke Kinderopvang*); aldus ook B. Schouten & C.M. van der Velden-Rijnsburger, 'Overgang van personeel bij concessiewisselingen in het openbaar vervoer: een analyse van de spelregels', *TRA* 2018/27.

28 Zie over het recht op wedertewerkstelling onder meer F.G. Laagland, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:611 BW, aant. 4, *Recht op arbeid*, (online, bijgewerkt 31 oktober 2016).

29 Overigens kan de overgang van rechten en verplichtingen ook contractueel worden uitgesloten (artikel 6:249 BW).

norm naar de cao-norm?³⁰ Van Rijssen stelt dat de Haviltex-norm van toepassing moet blijven, ingeval voor de overgang de Haviltex-norm voorop stond. Mocht dat in een concreet geval tot onaanvaardbare gevolgen leiden, dan biedt de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een ontsnapping.³¹

5.2.4 *Resumé van kenmerken rechtsopvolging*

Een definitie van rechtsopvolging lijkt – gezien de verschillende perspectieven, de nuances en diversiteit – een hachelijke opgave, maar enige kenmerken die een rol spelen bij een rechtsopvolging kunnen wel worden genoemd. Verschillende kenmerken passeerden hiervoor de revue. De genoemde kenmerken vormen geen uitputtend overzicht, maar bieden wel een instrumentarium voor een vergelijking met opvolgend werkgeverschap. Deze kenmerken kunnen als volgt worden samengevat:

1. Alleen rechten en verplichtingen zijn vatbaar voor overgang op een ander rechtssubject. Rechtsfeiten, zoals een overeenkomst in de zin van een meerzijdige rechtshandeling, gaan niet over.
2. De overgang van een recht of verplichting is gebaseerd op het idee van identiteitsbehoud in vermogensrechtelijke zin. Rechten of verplichtingen, alsmede de daaraan verbonden nevenrechten respectievelijk verweermiddelen, blijven daarom na de overgang in beginsel ongewijzigd voortbestaan.
3. Een prestatie kan zo nauw verbonden zijn aan de persoon van de schuldeiser of schuldenaar, dat het recht op of de verplichting tot deze prestatie niet kan overgaan op een ander rechtssubject.
4. Wettelijke rechten en verplichtingen die een correctie vormen op de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een specifieke overeenkomst (bijvoorbeeld een ontbinding wegens wanprestatie of een vernietiging wegens dwaling) gaan mogelijk niet over, althans niet in alle gevallen. Diezelfde rechten en verplichtingen kunnen onder omstandigheden wel opnieuw ontstaan bij de opvolgende partij.
5. Sommige rechten en verplichtingen gaan alleen over op een ander rechtssubject indien tevens één of meer andere rechten of verplichtingen overgaan.
6. Maatschappelijke overwegingen van sociale en/of economische aard kunnen zich tegen de overgang van een recht of verplichting verzetten.
7. Maatschappelijke overwegingen van sociale en/of economische aard kunnen rechtvaardigen of ertoe dwingen dat een afzonderlijke levering, schuld- of contractoverneming en een specifiek op de overgang van een recht, verplichting of contract gerichte rechtshandeling achterwege kan blijven. (De overgang vindt dan plaats via één ‘algemene titel’, zijnde de rechtsgrond of rechtvaardiging.)

30 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*); HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, JAR 2004/83 (*DSM/Fox*). Zie voor een nuance van de cao-norm: HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, JAR 2016/303 (*Condor Constructions*).

31 G. van Rijssen, *Contractsoverneming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 217-218.

5.2.5 Betekenis voor opvolgend werkgeverschap

In hoeverre bevat opvolgend werkgeverschap deze kenmerken van rechtsopvolging? Gaan rechten en verplichtingen over met behoud van identiteit? Welke beperkingen gelden bij die overgang? En op welke wijze vindt de rechtsopvolging plaats?

Als gezegd, alleen rechten en verplichtingen zijn vatbaar voor overgang op een ander rechtssubject. Dit kenmerk lijkt zich te verzetten tegen de omschrijving van opvolgend werkgeverschap als een vorm van rechtsopvolging. Een relevant rechtsfeit bij alle regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt, is dat één of meer arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever elkaar opvolgen. Via opvolgend werkgeverschap zijn ook de voorafgaande arbeidsovereenkomsten met een andere werkgever – *als rechtsfeit* – van belang. Dit rechtsfeit gaat echter niet ‘over’ op de opvolgende werkgever. Bij geen van de onderliggende regelingen gaat een concreet recht of een concrete verplichting over op de opvolgende werkgever. Zo bepaalt artikel 7:673 BW onder meer aan de hand van de duur van één of meer (opvolgende) arbeidsovereenkomsten of een recht op een transitievergoeding ontstaat bij het einde van een arbeidsovereenkomst. Het recht op een transitievergoeding is het rechtstreekse gevolg van de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd; gedurende de arbeidsovereenkomst heeft de werknemer (nog) geen aanspraak – en dus ook geen recht – op een transitievergoeding. De verplichting tot betaling van een transitievergoeding kan ook niet overgaan van de oude op de nieuwe werkgever. Tegelijkertijd lijkt – op het eerste gezicht – verdedigbaar dat bij opvolgend werkgeverschap in sommige gevallen een ‘voorwaardelijke’ verplichting overgaat op een andere werkgever, zoals bij de transitievergoeding.³² Wat is immers het verschil tussen enerzijds een contractuele verplichting tot betaling van een vergoeding bij ontslag, waarbij rekening wordt gehouden met dienstjaren (welke verplichting bijvoorbeeld via een contractoverneming ex artikel 6:159 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 vaststelling van het recht op en de hoogte van de transitievergoeding? Tegen deze gelijkstelling zou kunnen worden ingebracht dat deze ‘voorwaardelijke’ verplichtingen, zoals de transitievergoeding, niet overgaan, maar dat gelijkwaardige ‘voorwaardelijke’ verplichtingen onder omstandigheden bij een nieuwe werkgever ontstaan. Deze redenering sluit aan bij de gedachte die hiervoor als kenmerk 4 is aangeduid, te weten: dat rechten en verplichtingen die een correctie vormen op partijafspraken niet overgaan, maar onder omstandigheden opnieuw kunnen ontstaan bij een opvolgende partij (een gedachte die enigszins vergelijkbaar is met een schuldvernieuwing).

Ook het kenmerk van identiteitsbehoud in vermogensrechtelijke zin lijkt zich tegen de omschrijving van opvolgend werkgeverschap als een vorm van rechtsopvolging te verzetten. Het verschil tussen een overgang van onderneming ex artikel 7:662 en verder

32 Een transitievergoeding betreft overigens geen voorwaardelijke verbintenis als bedoeld in artikel 6:21 BW. Het recht op een transitievergoeding vloeit immers voort uit de wet en niet uit een rechtshandeling (vergelijk Asser/Sieburgh 6-I 2016/162).

BW enerzijds en artikel 7:668a lid 2 BW anderzijds is illustratief. Bij een overgang van onderneming gaan de rechten en verplichtingen in beginsel ongewijzigd over op de verkrijger. Indien *gedurende* een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een overgang van onderneming plaatsvindt, ontstaat geen nieuwe arbeidsovereenkomst (verbintenis) en is artikel 7:668a BW derhalve irrelevant. De gedachte van identiteitsbehoud in vermogensrechtelijke zin verzet zich zelfs tegen de toepassing van artikel 7:668a BW bij een overgang van een onderneming.³³ De rechten en verplichtingen van de werkgever gaan in beginsel ongewijzigd over. Bij de toepassing van de ketenregeling en opvolgend werkgeverschap vindt het tegenovergestelde plaats. Bij een opvolging in de keten op grond van artikel 7:668a lid 2 BW gaan geen rechten en verplichtingen over. Voor de nieuwe werkgever bestaat derhalve geen verplichting om de arbeidsvoorwaarden op gelijke wijze voort te zetten. De werknemer heeft op grond van artikel 7:668a BW mogelijk aanspraak op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar de nieuwe overeenkomst kan volstrekt andere rechten en verplichtingen bevatten. Zelfs als partijen precies dezelfde rechten en verplichtingen overeenkomen, is geen sprake van identiteitsbehoud in vermogensrechtelijke zin. Omdat geen sprake is van identiteitsbehoud in vermogensrechtelijke zin kan werkgever noch werknemer bijvoorbeeld een beroep doen op een verrekening met een schuld die voortvloeit uit de voorafgaande arbeidsovereenkomst met de andere werkgever.³⁴

De kenmerken van rechtsopvolging lijken derhalve niet voor te komen bij opvolgend werkgeverschap. Rechtsopvolging in vermogensrechtelijke zin is gefixeerd op de overgang van rechten en verplichtingen. Bij opvolgend werkgeverschap is een overgang van rechten en/of van verplichtingen met behoud van identiteit – kenmerken 1 en 2 van rechtsopvolging – moeilijk voor te stellen. Ook de gedachte van een overgang van een voorwaardelijk recht of een voorwaardelijke verplichting, zoals bij de

33 De Rechtbank Noord-Nederland ging zelfs nog een stap verder. Als gevolg van de overgang van de onderneming sloot de werkgever een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Deze nieuwe overeenkomst vermeldde uitdrukkelijk het tijdstip van de overgang van de onderneming als ingangsdatum van de arbeidsovereenkomst. De einddatum van deze nieuwe arbeidsovereenkomst was gelijk aan de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, zoals gesloten met de vervreemder. De werknemer had in de gegeven omstandigheden volgens de rechter moeten (kunnen) begrijpen dat de schriftelijke arbeidsovereenkomst met de verkrijger geen nieuwe schakel in de keten van artikel 7:668a BW vormde (Rb. Noord-Nederland 15 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:367).

34 Overigens is niet uitgesloten dat opvolgend werkgeverschap in zeer bijzondere gevallen ertoe zou kunnen dwingen dat de opvolgende werkgever hetzelfde loon en vergelijkbare arbeidsvoorwaarden moet toezeggen. Uit HvJ EU 8 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:133, C-251/11, JAR 2012/117 (*Huet/Université de Bretagne*) blijkt immers dat de contractsvrijheid qua arbeidsvoorwaarden voor opvolgende arbeidsovereenkomsten onder de ketenregeling in ieder geval niet onbeperkt is. *Asser/Heerma van Voss* 7-V 2015/336, merkt op dat Richtlijn 1999/70/EG inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zich verzet tegen een omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tegen een aanmerkelijk lager salaris dan de voorafgaande arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (zie ook H.H. Voogsgeerd, 'Europees Arbeidsrecht', TRA 2013/5). Die beperking zou dus ook in relatie tot opvolgend werkgeverschap van betekenis kunnen zijn. Het uitgangspunt blijft echter dat de opvolgende werkgever – tenzij sprake is van een gedwongen contractsovergang – in beginsel een ander (dus ook: lager) loon mag overeenkomen. Aldus ook Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5359, PJ 2014/50. Anders: Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2683.

transitievergoeding, vergt (te) veel geestelijke lenigheid. Rechtsopvolging in vermogensrechtelijke zin schept in beginsel geen nieuwe verbintenissen, terwijl opvolgend werkgeverschap juist relevant is in situaties waarin een nieuwe arbeidsovereenkomst – een nieuwe verbintenis – tot stand komt.

Ook de andere kenmerken pleiten tegen de duiding van opvolgend werkgeverschap als een vorm van rechtsopvolging in vermogensrechtelijke zin, namelijk kenmerken 4 en 5. Kenmerk 4 houdt in dat wettelijke rechten en verplichtingen die een correctie vormen op de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een specifieke overeenkomst, mogelijk niet overgaan. Onder omstandigheden kunnen diezelfde rechten en verplichtingen wel opnieuw ontstaan bij de opvolgende partij. Regelingen waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt, betreffen veelal een correctie op partijafspraken (denk aan een langere opzegtermijn, het recht om de contractuele arbeidsomvang aan te passen of de nietigheid van een overeengekomen proeftijdbeding). Verdedigbaar is dat de verplichtingen die uit deze regelingen voortvloeien niet ‘overgaan’ op de nieuwe werkgever, maar dat dit soort verplichtingen in gevallen van opvolgend werkgeverschap bij de nieuwe werkgever (opnieuw) ontstaan. Volgens kenmerk 5 gaan sommige rechten en verplichtingen alleen over op een ander rechtssubject, indien tevens één of meer andere rechten, verplichtingen of de gehele contractuele positie mee overgaan. Bij opvolgend werkgeverschap gaan juist geen andere rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst met de vorige werkgever over.

Tot slot, hoewel dezelfde maatschappelijke overwegingen van sociale en/of economische aard bij zowel een rechtsopvolging in vermogensrechtelijke zin als bij opvolgend werkgeverschap relevant kunnen zijn (zoals de beoogde werknemersbescherming bij de verkoop van een bedrijf), maakt dat nog niet dat beide concepten juridisch op dezelfde wijze moeten worden geduid. In juridisch-technische zin lijkt rechtsopvolging een geheel ander concept dan opvolgend werkgeverschap. Het lijkt beter om de gedachte van opvolgend werkgeverschap als een vermogensrechtelijke vorm van rechtsopvolging te laten varen en te beoordelen of opvolgend werkgeverschap op een andere manier juridisch kan worden geduid.

5.3 OPVOLGEND WERKGEVERSCHAP EN VEREENZELVIGING

5.3.1 Kenmerken vereenzelviging

Het BW kent geen wettelijke definitie van vereenzelviging. De onderstaande analyse van vereenzelviging richt zich hoofdzakelijk op de jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent aansprakelijkheid, maar ook enkele voorbeelden uit het civiele procesrecht en het medezeggenschapsrecht komen aan bod.³⁵ Deze analyse onderscheidt twee

35 Van Dongen benadrukt dat de term vereenzelviging – door hem aangeduid met de term ‘identificatie’ – zich niet beperkt tot het aansprakelijkheidsrecht (R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht. Rechtsvergelijkende beschouwingen over ‘Piercing the corporate veil’ in het interne en internationaal privaatrecht van Nederland, Duitsland, Zwitserland, New York en Texas* (diss. Rotterdam), Rotterdam: 1995,

manieren van het gebruik van de aanduiding vereenzelviging, te weten: formele en materiële vereenzelviging.

Formele vereenzelviging is toegepast in het arrest *Citco*. In de zaak *Citco* werden twee vennootschappen, te weten: Lorimar en Intervorm, vereenzelvigd. Lorimar was een aannemer en had een aannemingsovereenkomst gesloten met Krijger voor het bouwen van een huis. Citco Bank had conservatoir derdenbeslag onder Krijger laten leggen op alle gelden, geldswaarden en goederen die Krijger verschuldigd mocht zijn of worden aan, of onder zijn berusting mocht hebben van Lorimar. Op de dag van het beslag werd de aannemingsovereenkomst tussen Lorimar en Krijger beëindigd. Krijger sloot een daaropvolgende aannemingsovereenkomst met Intervorm. Met dezelfde bouwvakkers, dezelfde gereedschappen en dezelfde bouwmaterialen maakte Intervorm het huis in aanbouw af. P.M. van Ooyen was de eigenaar en directeur van zowel Lorimar als Intervorm. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba oordeelde dat 'de door Krijger aan Intervorm verschuldigde aanneemsom zijn grondslag vindt in de door Krijger en Lorimar aangegane aannemingsovereenkomst, en dat Intervorm en Lorimar in die zin moeten worden vereenzelvigd'. In casu oordeelde de Hoge Raad – voor zover hier van belang – als volgt:

'c.

(...) voor het opzeggen van de oude aannemingsovereenkomst en het aangaan van de nieuwe hadden Krijger en Van Ooyen immers geen ander motief dan te voorkomen dat de nog niet vervallen termijnen van de aanneemsom onder het beslag zouden vallen, zodat deze handelingen in die zin als schijnhandelingen zijn aan te merken (...);

d.

die bijzondere omstandigheden wettigen de conclusie dat de door Krijger aan Intervorm verschuldigde aanneemsom zijn grondslag vindt in de door Krijger en Lorimar aangegane aannemingsovereenkomst, en dat Intervorm en Lorimar in die zin moeten worden vereenzelvigd (...).

Deze gedachtengang berust op het juiste uitgangspunt dat van het identiteitsverschil tussen twee door dezelfde persoon beheerste rechtspersonen misbruik kan worden gemaakt, en op de eveneens juiste gedachte dat hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd – naar 's Hofs oordeel in dit geval: het ten nadele van de beslaglegger frustreren van een beslag – in rechte niet hoeft te worden gehonoreerd. Ook overigens geeft 's Hofs gedachtengang niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.³⁶

In het nadien gewezen arrest *Rainbow Products/Ontvanger* benadrukte de Hoge Raad dat vereenzelviging – in de zin van het volledig wegdenken van het identiteitsverschil –

p. 4-11. Voor de volledigheid: ook in het belastingrecht wordt het begrip vereenzelviging gebruikt. Zie bijvoorbeeld het besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 14 december 2010, *Stcrt.* 2010, 20684, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 20 augustus 2018, *Stcrt.* 2018, 49422: 'De aanleiding voor deze goedkeuring is gelegen in het feit dat als aan onderstaande voorwaarden wordt voldaan de oude en de nieuwe moedermaatschappij voor de toepassing van artikel 15ai van de Wet Vpb kunnen worden vereenzelvigd.'

36 HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1752, NJ 1996/213 (*Citco*).

slechts voor zeer uitzonderlijke gevallen de meest aangewezen vorm van redres is. In de regel volstaat de onrechtmatige daad. De Hoge Raad verwoordde het als volgt:

‘Bij de beantwoording van deze vraag moet worden vooropgesteld dat, zoals het Hof kennelijk en terecht tot uitgangspunt heeft genomen, door degene die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over twee rechtspersonen, misbruik kan worden gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen, en dat hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd, in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd. Het maken van zodanig misbruik zal in de regel moeten worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding zal dan niet alleen rusten op de persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, doch ook op deze rechtspersonen zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf.

De omstandigheden van het geval kunnen evenwel ook zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen – het volledig wegdenken van het identiteitsverschil – de meest aangewezen vorm van redres is (vgl. het geval dat aan de orde was in HR 9 juni 1995, nr. 8551, NJ 1996, 213).³⁷

Ook in de zaak *Citco* was een rechtstreekse vordering uit hoofde van onrechtmatige daad jegens Krijger en P.M. van Ooyen naar verwachting zeer kansrijk. Via de route van een onrechtmatige daad zou echter een groot gedeelte van de aannemingssom buiten het reeds gelegde beslag zijn gevallen. Het derdenbeslag heeft alleen betrekking op schulden uit ‘dezelfde rechtsverhouding’. Door Lorimar en Intervorm voor wat betreft hun aannemingsovereenkomsten te vereenzelvigen, treft het derdenbeslag ook schulden van Krijger aan Intervorm.³⁸ Timmerman heeft nog opgemerkt dat *Rainbow Products/Ontvanger* ging over de vraag of derdenbeslag gelegd mocht worden, terwijl *Citco* ging over het behoud van een al gelegd – door de rechter toegestaan – beslag. Vereenzelviging had in de zaak *Citco* een meer ‘defensief’ karakter. ‘Wellicht brengt de redelijkheid en billijkheid mee dat men zwaarder geschat (vereenzelviging) in stelling mag brengen om zich te verdedigen dan bij het opzetten van een offensief’, aldus Timmerman.³⁹

Gezien de strikte uitleg van de Hoge Raad lijkt een beroep op vereenzelviging in het aansprakelijkheidsrecht in beginsel kansloos, terwijl de open norm van artikel 6:162 BW juist veel ruimte biedt en een beroep op vereenzelviging minder noodza-

37 HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698 (*Rainbow Products/Ontvanger*). Zie ook: HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, RvdW 2016/1033 (*Ressort of the World*).

38 De uitspraak *Roco/Staat* (HR 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1865, NJ 1996/215) bevestigt overigens dat vereenzelviging alleen van toepassing is op (rechts)personen en niet op de door (rechts)personen gedreven ondernemingen.

39 L. Timmerman, ‘Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures’, *Ondernemingsrecht* 2001-10, p. 294-300.

kelijk maakt.⁴⁰ Vereenzelviging zou in het aansprakelijkheidsrecht moeten gaan over de vraag waarom een onrechtmatige daad aan een ander rechtssubject kan worden toegerekend. Voor de beantwoording van die vraag is vereenzelviging echter een verwarrend en overbodig concept. Timmerman concludeert dat in veel gevallen 'het meer subtiel spel met de zorgplichten' volstaat. Tegelijkertijd bestaat volgens hem geen principieel bezwaar tegen vereenzelviging. In veel gevallen is vereenzelviging echter overbodig: 'naarmate een rechtssysteem meer sophisticated en minder primitief wordt, zal er minder ruimte voor vereenzelviging overblijven', aldus Timmerman.⁴¹ De zaak *Citco* is ook eigenlijk geen voorbeeld van vereenzelviging in het aansprakelijkheidsrecht, maar van vereenzelviging in het beslagrecht. In de lagere rechtspraak wordt een beroep op vereenzelviging zelden aanvaard, zo merkt Bartman op.⁴² Ook als uitsluitend naar de gepubliceerde arbeidsrechtelijke jurisprudentie wordt gekeken, blijkt dat een expliciet beroep op vereenzelviging vrijwel altijd wordt afgewezen.⁴³

40 S.M. Bartman, 'Cassatie als getal', *Ondernemingsrecht* 2017/7. Zie voor een recente toepassing: Rb. Midden-Nederland 22 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3415, *JOR* 2016/267. Zie ook F.G. Laagland, 'Onvrijwillige doorbraak van aansprakelijkheid in concernverband', *ArbeidsRecht* 2014/40.

41 L. Timmerman, 'Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures', *Ondernemingsrecht* 2001-10, p. 294-300 (vergelijk: HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2431, *NJ* 1998/255 (*Gaswacht*); HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2432, *NJ* 1998/256 (*Gaswacht*)). In plaats van vereenzelviging is het soms beter de rechtspersoon simpelweg te negeren. Timmerman merkt hierover op: 'Het door rechtspersonen heen kijken is een lichtere en meer pragmatische term dan vereenzelviging. Vereenzelviging vereist dat je twee dingen die niet één zijn als één beschouwt. (...) Zo'n verrekende stap hoeft je niet te zetten wanneer je door iets heen kijkt. Dan doe je alsof je iets (een zelfstandige rechtspersoon) niet ziet' (L. Timmerman, 'Meer ruimte voor verscheidenheid is de goede trend voor het ondernemingsrecht', in: L. Timmerman e.a., *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016). Het 'door rechtspersonen heen kijken' lijkt veel op toerekenen.

42 Bartman e.a., *Van het concern* 2016, VIII.3.3; H. Koster, 'Vereenzelviging?', *MvV* 2018, p. 288-294.

43 Vereenzelviging werd onder meer aangenomen in: Ktr. Schiedam 13 februari 1996, ECLI:NL:KTGSCH:1996:AI9320, *Prg.* 1996/4505 (vereenzelviging ten aanzien van de holding aangenomen; kritisch over deze uitspraak zijn: H.E. Boschma & M.L. Lennarts, 'Vereenzelviging van moeder- en dochtervennootschap ten gunste van de werknemer', *ArbeidsRecht* 1996/66); Rb. Groningen 26 maart 1999, ECLI:NL:RBGRO:1999:AG2447, *JAR* 1999/169; Rb. Overijssel 24 november 2015, *AR Updates* 2016-0073; Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 september 2018, ECLI:NL:OGEAM:2018:84 (beide bedrijven waren 'versmolten' en er was sprake van misbruik 'in de zin van de jurisprudentie over vereenzelviging'). Vereenzelviging werd onder meer afgewezen in: HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6071, *JAR* 2010/164 (*Volker Wessels*); HR 1 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8722, *JAR* 2001/12 (*Fugro/Kenkhuis*); Rb. Rotterdam 29 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4891; Hof Arnhem 7 december 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO7429; Hof Den Bosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW1013; Rb. Leeuwarden 11 april 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW2244 (wel sprake van een onrechtmatige daad door de moedermaatschappij); Hof Den Bosch 21 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX5646, *RAR* 2012/148 (er waren wel aanwijzingen voor vereenzelviging, maar die waren onvoldoende onderbouwd en een beroep op onrechtmatige daad was tardief); Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao en Sint Maarten en BES-eilanden 31 augustus 2012, *JAR* 2012/256; Hof Den Bosch 19 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1929; Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:3766; Hof Den Bosch 28 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA1457; Rb. Overijssel 4 juni 2013, ECLI:NL:ROVE:2013:CA1979; Rb. Rotterdam 24 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6060, *JIN* 2013/131; Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juni 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4662 (overigens treft men in deze uitspraak niet uitdrukkelijk de aanduiding vereenzelviging aan); Hof Arnhem-Leeuwarden 9 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6980, *RAR* 2015/29-30; Hof Den Bosch 30 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5675, *RAR* 2015/55; Rb. Amsterdam 12 febru-

In de tweede plaats kan vereenzelviging worden beschouwd als een rechtvaardiging (een argument) voor een bepaalde gevolgtrekking, hiervoor aangeduid als materiële vereenzelviging. Het gebruik van vereenzelviging in materiële zin komt duidelijk naar voren in een overweging in het arrest *Ontvanger/Voorsluijs* van de Hoge Raad van 2005. De Hoge Raad overwoog het volgende:

‘In dat arrest [*te weten: Kleuterschool Babbel, toevoeging SP*] is ter beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden een onrechtmatig handelen of nalaten als eigen onrechtmatig handelen aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, als norm aanvaard of het handelen of nalaten in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als handelen of nalaten van de rechtspersoon zelf. Een dergelijke maatstaf biedt een oplossing voor het probleem dat een juridische constructie als een rechtspersoon slechts door natuurlijke personen aan het maatschappelijk verkeer kan deelnemen. Toerekening van onrechtmatige gedragingen aan de rechtspersoon wordt dan mede gerechtvaardigd doordat de in feite handelende persoon en de rechtspersoon aan wie dat handelen wordt toegerekend, vanuit het perspectief van de benadeelde tot op zekere hoogte met elkaar zijn te vereenzelvigen.

Deze maatstaf leent zich niet voor overeenkomstige toepassing bij de thans te beantwoorden vraag of de (eventuele) kennis omtrent de verdere afwikkeling van de onderhavige op zichzelf niet ongeoorloofde transactie en de fiscale gevolgen daarvan, welke kennis wel bij de adviseur maar niet bij de opdrachtgever aanwezig was, aan de opdrachtgever kan worden toegerekend met het gevolg dat ook het handelen van de opdrachtgever zelf als onrechtmatig moet worden beschouwd. Met betrekking tot de - dikwijls niet naar buiten blijkende - verhouding tussen een adviseur en diens opdrachtgever is de hiervoor bedoelde vereenzelviging niet aan de orde, omdat de opdrachtgever ook zelfstandig kan en veelal zal optreden.⁴⁴

De Hoge Raad gebruikt in dit arrest zonder enige terughoudendheid het begrip vereenzelviging, maar bedoelt iets wezenlijk anders dan in het arrest *Rainbow Products/ Ontvanger*. Deze overweging gaat over de vraag of een handeling van een natuurlijk persoon aan een rechtspersoon kan worden *toegerekend*, omdat de handelende persoon en de rechtspersoon vanuit het perspectief van de benadeelde kunnen worden vereenzelvigd.

Het gebruik van vereenzelviging beperkt zich niet tot het vermogensrecht, maar komt bijvoorbeeld ook voor in het burgerlijk procesrecht. Zo schrijft Kroeze dat de

ari 2015, *AR Updates* 2015-0223; Hof Den Bosch 22 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3683; Rb. Midden-Nederland 17 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:971 (geen vereenzelviging tussen enerzijds grootaandeelhouder en directeur en anderzijds werkgever; de echtscheiding van werknemer en de grootaandeelhouder-directeur is wel van invloed op de arbeidsverhouding). In sommige gevallen wordt gesproken van ‘medewerkgeverschap’ of ‘materieel werkgeverschap’, waarbij niet duidelijk is op welke grondslag (vereenzelviging, onrechtmatige daad of een andere juridische norm) de aansprakelijkheid voor een ander dan de formele werkgever is gebaseerd (bijvoorbeeld: Ktr. Den Haag 8 september 1992, ECLI:NL:KTGSGR:1992:AI8686, *Prg.* 1992/3744; Ktr. Utrecht 30 maart 1993, ECLI:NL:KTGUTR:1993:AI8897, *Prg.* 1993/3985).

44 HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, *NJ* 2007/231 (*Ontvanger/Voorsluijs*).

bestuurder naar Nederlands procesrecht 'tot op zekere hoogte met de rechtspersoon is te vereenzelvigen'. Daarbij noemt Kroeze in het bijzonder de beperkingen omtrent de bewijskracht van de getuigenverklaring van een bestuurder in een civiele procedure waarbij de rechtspersoon, voor wie deze bestuurder optreedt, een procespartij is.⁴⁵ Voor de toepassing van een concrete procesrechtelijke regel worden twee rechtssubjecten in formele zin met elkaar vereenzelvigd, te weten: de rechtspersoon en zijn bestuurder.

Vereenzelviging was tevens een onderwerp van discussie in de medezeggenschapsrechtelijke zaak *Heuga*. De ondernemingsraad in kwestie was verbonden aan Heuga Nederland B.V. Binnen de onderneming van Heuga Nederland had Heuga Holding B.V. destijds als 100 procent aandeelhouder en bestuurder alle zeggenschap. De Hoge Raad overwoog allereerst dat Heuga Holding als moeder van Heuga Nederland (de ondernemer in kwestie) mede als ondernemer in rechte kon worden betrokken. Heuga Holding was daardoor een ondernemer in de zin van artikel 1 Wet op de ondernemingsraden. De vervolgvraag was of zich binnen de onderneming van Heuga Nederland een wijziging had voorgedaan die op grond van artikel 25 Wet op de ondernemingsraden ter advies behoorde te worden voorgelegd. De wijziging betrof een statutaire wijziging van de bevoegdheden van Heuga Holding en niet van Heuga Nederland. De Hoge Raad oordeelde als volgt:

'In de statuten van Heuga Holding worden in artikel 19 besluiten van het bestuur van Heuga Holding onderworpen aan goedkeuring door de Raad van commissarissen, onder meer indien zij betrekking hebben op de arbeidsomstandigheden in de onderneming(en) van de dochtermaatschappij(en) van Heuga Holding. Gezien die statuten en in aanmerking genomen het aandeelhouderschap en de directievoering van Heuga Holding (thans Interface Heuga) in Heuga Nederland, mocht de Ondernemingskamer ervan uitgaan – gelijk zij kennelijk heeft gedaan met haar overweging volgens welke het besluit van Heuga Holding tot statutenwijziging dient te worden toegerekend aan Heuga Nederland –, dat Interface Heuga ook feitelijk een bepaalde mate van, door de statuten aan voorwaarden gebonden, zeggenschap binnen de onderneming van Heuga Nederland had en in zoverre daarvan deel uitmaakte.

Het oordeel dat herverdeling van de bevoegdheden binnen Interface Heuga doorwerkt in de onderneming van Heuga Nederland, hetgeen inhoudt dat Interface Heuga in zoverre vereenzelvigd kan worden met Heuga Nederland, geeft dan ook geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en kan als verweven met waarderingen van feitelijke aard voor het overige in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst. Het is ook niet onbegrijpelijk.⁴⁶

45 Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/107. Zie ook: Asser Procesrecht/Asser 3 2013/164, en de verwijzing naar HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1928, NJ 1997/22 (*Reprotechniek/Traugott*), en HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1932, NJ 1997/23 (*Masteco/Top-Pharm*).

46 HR 26 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2032, NJ 1994/545 (*Heuga*), vervolg op Hof Amsterdam 15 oktober 1992, ECLI:NL:GHAMS:1992:AC4363, NJ 1993/210.

Volgens Van Mierlo was vereenzelviging noodzakelijk omdat de ondernemingsraad anders niet in de gelegenheid kon worden gesteld over het besluit te adviseren. Geen orgaan van de dochtervennootschap kon immers het besluit tot statutenwijziging nemen. Van Mierlo verwijst voor dit standpunt naar de uitspraken *Provincie Zuid-Holland* en *Provincie Gelderland*. In deze uitspraken overwoog de Hoge Raad – onder meer – dat een rechtspersoon voor de toepassing van de Wet op de ondernemingsraden niet op één lijn is te stellen met degene die voor de onderneming als ondernemer heeft te gelden, ingeval het in geding zijnde besluit door zijn aard buiten de sfeer valt van de aan organen van de ondernemer toekomende bevoegdheden. Beide rechtspersonen dienden in de zaak *Heuga* ten aanzien van deze besluitvorming daarom in formele zin te worden vereenzelvigd.⁴⁷ Die vereenzelviging heeft ook tot gevolg dat het besluit kan worden toegerekend aan zowel Heuga Holding en Heuga Nederland en dat beide partijen daarom als ondernemer in de zin van de Wet op de ondernemingsraden in rechte konden worden betrokken. Met toerekening wordt dan bedoeld: welk rechtssubject kan worden geacht het besluit te hebben genomen?⁴⁸ Verburg schrijft overigens dat voor de toerekening van besluitvorming aan de ondernemer niet relevant is of deze ondernemer het aangevallen besluit kon nemen. Verburg lijkt zich daarbij op het standpunt te stellen dat technieken als medeondernemerschap en vereenzelviging overbodig zijn.⁴⁹

De zaak *Heuga* laat in elk geval duidelijk zien dat de verschillen tussen de begrippen vereenzelviging (zowel in formele zin als in materiële zin) en toerekening onduidelijk zijn. Het concept vereenzelviging is niet gemakkelijk uit te werken en evenmin scherp af te bakenen van andere juridische concepten. Ter samenvatting wordt hierna volstaan met de volgende algemene opmerkingen over vereenzelviging:

1. Vereenzelviging in formele zin: met het oog op de toepassing van een specifieke regel wordt voorbijgegaan aan het identiteitsverschil tussen twee rechtssubjecten.
2. Vereenzelviging in materiële zin: een gedraging (en wellicht ook kennis of een eigenschap) van een rechtssubject wordt toegerekend aan een ander rechtssubject, omdat beide rechtssubjecten vanuit het perspectief van een derde rechtssubject kunnen worden vereenzelvigd.

47 J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (diss. Nijmegen), VDHI nr. 117, Deventer: Kluwer 2013/5.2.3. HR 26 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4735, NJ 2000/223 (*Provincie Zuid-Holland*), en HR 26 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4734, NJ 2000/224 (*Provincie Gelderland*).

48 Zie in die zin: L. Timmerman, 'Toerekening bezien vanuit het vennootschapsrecht', *TVVS* 1995/141. P. Ingelse, 'Mede-ondernemen en concernenquête', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2012-1, p. 27-33; J.H.M. Willems, 'Toerekening, medeondernemerschap en vereenzelviging: een enkele kanttekening', *ArbeidsRecht* 2015/13 (een reactie op: J.J.M. van Mierlo, 'Vennootschappelijke kaders versus WOR-kaders', *ArbeidsRecht* 2015/12); I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 157-163. L.C.J. Sprengers, 'Vereenzelvigen met Duk', in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en dun*, Liber Amicorum Mr. R.A.A. Duk, Deventer: Kluwer 2011, p. 100-102, komt met een geheel ander onderscheid.

49 L.G. Verburg, 'Toerekening van besluitvorming en medeondernemerschap', *ArbeidsRecht* 2014/9.

3. Bij beide varianten van vereenzelviging (in formele respectievelijk materiële zin) is kenmerkend dat geen sprake is van een vermogensrechtelijke overgang van rechten en/of verplichtingen op een ander rechtssubject.

5.3.2 Betekenis voor opvolgend werkgeverschap

De aanduiding ‘van overeenkomstige toepassing’ – zoals wordt gebruikt bij opvolgend werkgeverschap – is taalkundig anders, maar juridisch vergelijkbaar met de gedachte achter vereenzelviging zoals toegepast in het arrest *Citco*. In dat arrest stond niet ter discussie dat Krijger als opdrachtgever een opvolgende overeenkomst had gesloten met een andere aannemer, namelijk Intervorm. De rechten en verplichtingen van de vorige aannemer (Lorimar) waren niet overgegaan op Intervorm – van rechtsopvolging in vermogensrechtelijke zin was geen sprake. Bij opvolgend werkgeverschap lijken evenmin rechten of verplichtingen over te gaan op een nieuwe werkgever. Het vermogensrechtelijke uitgangspunt blijft: twee aparte arbeidsovereenkomsten – in de zin van afzonderlijke verbintenissen – met twee verschillende werkgevers. Tegelijkertijd wordt zowel bij vereenzelviging als bij opvolgend werkgeverschap voorbijgegaan aan het identiteitsverschil tussen twee rechtssubjecten. Intervorm en Lorimar werden door het hof met elkaar vereenzelvigd. Als gevolg van deze vereenzelviging werden de vorderingen van Intervorm op Krijger geacht uit dezelfde rechtsverhouding voort te vloeien als de vorderingen van Lorimar op Krijger. Het op de (toekomstige) schulden van Krijger aan Lorimar gelegde derdenbeslag trof daarmee ook de (toekomstige) schulden van Krijger aan Intervorm. Bij opvolgend werkgeverschap gebeurt in essentie hetzelfde. Het effect is duidelijk te zien bij de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW. De ketenregeling vereist in beginsel opvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever. Op grond van artikel 7:668a lid 2 BW wordt in bepaalde situaties voorbijgegaan aan het identiteitsverschil tussen twee werkgevers. Door vereenzelviging worden twee – tegenstrijdige – juridische werkelijkheden met elkaar verzoend. In *Citco* blijft de juridische werkelijkheid: opvolgende overeenkomsten met verschillende aannemers, maar *tegelijkertijd* worden voor de toepassing van specifieke regels omtrent derdenbeslag deze aannemers als eenzelfde aannemer beschouwd. Bij opvolgend werkgeverschap blijft de juridische werkelijkheid: twee verschillende werkgevers, maar *tegelijkertijd* worden deze werkgevers voor de toepassing van een specifieke regeling – bijvoorbeeld de ketenregeling – met elkaar vereenzelvigd tot eenzelfde werkgever. Ook Beltzer wijst op de gelijkenissen tussen opvolgend werkgeverschap en vereenzelviging.⁵⁰

50 R.M. Beltzer, ‘Groepswerkgeverschap en vereenzelviging bij overgang van onderneming’, *SR* 2000-7/8, p. 213-219. Zie bijvoorbeeld ook: W.L. Roozendaal, ‘Vereenzelviging, bindende partijbeslissing en een eenzijdige wijziging in het arbeidsrecht’, *ArA* 2004-02, p. 89. Rb. Midden-Nederland 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6139, *JAR* 2014/285, zag opvolgend werkgeverschap niet als een vorm van vereenzelviging. ‘Of beide rechtspersonen zijn te vereenzelvigen of zijn verweven is niet van belang, omdat artikel 7:668a lid 2 BW die voorwaarde niet stelt’, aldus de Rechtbank Midden-Nederland. De rechter lijkt zich te richten op vereenzelviging in materiële zin en niet in formele zin.

Juristen passen het instrument van opvolgend werkgeverschap als vorm van vereenzelviging wellicht vaker toe dan op het eerste gezicht lijkt. Denk bijvoorbeeld aan een overgang van een onderneming waarin voor de berekening van de ontslagvergoeding volgens het Europese Hof van Justitie rekening moet worden gehouden met de anciënniteit bij de vervreemder, terwijl artikel 7:663 BW slechts bepaalt dat de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst overgaan.⁵¹ In een dergelijk geval is – zo kan worden betoogd – naast een overgang van rechten en verplichtingen op de verkrijger tevens sprake van vereenzelviging ten aanzien van een regel waarbij anciënniteit (mede) bepalend is voor de concrete rechtsgevolgen. Daarnaast kan worden gedacht aan wilsrechten die volgens diverse auteurs niet voor overgang vatbaar zijn, zoals een vernietiging wegens dwaling.⁵² Een geslaagd dwalingsberoep vernietigt de overeenkomst, zo bepaalt artikel 6:228 BW. De ‘overeenkomst’ betekent in deze bepaling de meerzijdige rechtshandeling als bedoeld in artikel 6:213 BW. Stel nu dat een werkgever onder invloed van dwaling een arbeidsovereenkomst sluit met een werknemer. In beginsel zou die werkgever deze overeenkomst – de meerzijdige rechtshandeling – kunnen vernietigen.⁵³ De vraag is of de verkrijger van een onderneming na een overgang op grond van artikel 7:663 BW ook nog een beroep op dwaling kan doen. Zoals hiervoor al is aangegeven is een rechtshandeling als zodanig niet vatbaar voor overgang op een ander rechtssubject. Daarnaast is op zijn minst discutabel of wettelijke wilsrechten die zien op de hele contractsverhouding, zoals dwaling, overgaan.⁵⁴ De opvolgende werkgever heeft immers niet gedwaald, want hij was bij de totstandkoming niet betrokken. Indien na de overgang van onderneming blijkt dat de werknemer ten tijde van de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst heeft gelogen over zijn behaalde diploma’s, die voor de uitoefening van de functie essentieel zijn, zou een beroep op dwaling dogmatisch gezien slechts mogelijk zijn indien beide werkgevers ten aanzien van de meerzijdige rechtshandeling kunnen worden vereenzelvigd.

Een ander voorbeeld betreft een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever vanwege onvoldoende functioneren. In een dergelijk geval kan de rechter onder omstandigheden de arbeidsovereenkomst ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 BW juncto artikel 7:669 lid 1 en lid 3 onder d BW en in bijzondere gevallen ook wegens een wanprestatie op grond van artikel 6:265 BW in samenhang met

51 HvJ EG 14 september 2000, ECLI:EU:C:2000:441, C-343/98, JAR 2000/225 (*Collino & Chiappero/Telecom Italia*); HvJ EU 6 september 2011, ECLI:EU:C:2011:542, C-108/10, JAR 2011/262 (*Scattolon/Ministerio dell’Istruzione*); HvJ EU 6 april 2017, ECLI:EU:C:2017:276, C-336/15, JAR 2017/118 (*ISS Facility Services*). Zie ook: R.M. Beltzer & F. Koopman, ‘Overgang van onderneming in een triptiek: economische activiteiten, anciënniteit en cao’s’, *ArA* 2012-2, p. 36-51; R.M. Beltzer, ‘De zaak Scattolon – één arrest, twee belangwekkende conclusies’, *ArbeidsRecht* 2012/1.

52 Een beroep op dwaling is – net als een beroep op andere wilsgebreken – binnen het arbeidsrecht mogelijk (W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/1.2; M. van Eck, ‘De invloed van wilsgebreken in het arbeidsrecht’, *ArbeidsRecht* 2001/16).

53 De reeds ingetreden gevolgen, het verrichten van arbeid tegen loon, kunnen bezwaarlijk ongedaan worden gemaakt, maar voor toekomstige verplichtingen ligt dat anders.

54 Het Europese Hof van Justitie heeft overigens weinig moeite met juridisch-dogmatische obstakels bij een overgang van rechten en verplichtingen die niet rechtstreeks lijken voort te vloeien uit de arbeidsovereenkomst (R.M. Beltzer, ‘Overgang van wettelijke verplichtingen – het Hof van Justitie van de EU treedt wederom buiten contractuele grenzen’, *ArA* 2016-3, p. 12-32).

7:686 BW. Stel nu dat sprake is van een overgang van onderneming of een contracts-overneming. Voorafgaand aan de wisseling van werkgever was er nog onvoldoende dossier over het functioneren van de werknemer voor een voor de werkgever succesvolle ontslagprocedure. Na de wisseling verbetert het functioneren van de werknemer echter niet. Het functioneren van de werknemer voorafgaand aan de wisseling van werkgever weegt ongetwijfeld mee bij het oordeel van de rechter over de ontbinding, maar de grondslag daarvoor is niet te vinden in artikel 7:663 BW of artikel 6:159 BW. Die bepalingen zien als gezegd op de overgang van rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Vóór de wisseling van werkgever bestond (nog) geen redelijke grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Pas na de 'extra kansen' die de werknemer na de werkgeverswissel kreeg, was – in de woorden van Sagel – het 'ontslagglas' volledig gevuld.⁵⁵ Indien de rechter de waarschuwingen en het verbeterplan van vóór de overgang van de onderneming of de contracts-overneming meeweegt bij de verzochte ontbinding, dan moet hij beide werkgevers ten aanzien van die omstandigheden vereenzelvigen.⁵⁶

5.4 OPVOLGEND WERKGEVERSCHAP EN TOEREKENING

5.4.1 Kenmerken toerekening

Een duidelijke – zowel taalkundige als juridische – afbakening tussen de begrippen vereenzelviging en toerekening lijkt niet eenvoudig. In de jurisprudentie van de Hoge Raad overlappen de begrippen elkaar. In zijn arrest *Horneman* uit 1955 gebruikte de Hoge Raad bijvoorbeeld de term vereenzelviging in een context waarin het woord toerekening wellicht geschikter zou zijn geweest. De Hoge Raad overwoog in deze zaak dat:

'toch niet het enkele feit dat aan iemand door de rechtspersoon vertegenwoordigingsbevoegdheid is verleend, doch de omstandigheid dat de bijzondere verhouding aanwezig is, waarin hij als orgaan tot de rechtspersoon staat, de rechtspersoon voor de onrechtmatige daden, welke hij alsdan als orgaan binnen den formelen kring van zijn bevoegdheid verricht, aansprakelijk doet zijn, wijl dan zijn handelen met dat van de rechtspersoon is te vereenzelvigen'.⁵⁷

Het handelen van iemand wordt volgens de Hoge Raad met dat van de rechtspersoon vereenzelvigd. De Hoge Raad had evengoed kunnen overwegen dat het handelen kan

55 S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2014, online: openaccess.leidenuniv.nl. Zie ook: Vereniging van Rotterdamse Arbeidsrecht Advocaten, 'Wwz in praktijk, een voorspelling in open debat tussen rechterlijke macht en advocatuur', *ArA* 2015-1, p. 17-20.

56 Ook de concernbrede inspanningsverplichting tot herplaatsing bij mogelijk ontslag is door Huiskes in 1996 al aangeduid als een vorm van vereenzelviging (C.R. Huiskes, 'Piercing the corporate veil in het Arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 1996/20). En denk ook aan paragraaf 7 van de Ontslagregeling: de formele (payroll)werkgever wordt vereenzelvigd met de materiële werkgever.

57 HR 10 juni 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2012, *NJ* 1955/552 (*Horneman*).

worden toegerekend aan de rechtspersoon. In het arrest *Kleuterschool Babbel* uit 1979 volgde de Hoge Raad een andere koers. De Hoge Raad gebruikte in dat arrest de term toerekening noch vereenzelviging. De Hoge Raad overwoog dat handelingen van een wethouder een onrechtmatige daad van de gemeente kunnen opleveren, indien deze handelingen ‘in het maatschappelijk verkeer als gedragingen van de gemeente hebben te gelden’.⁵⁸ Jaren later, in het arrest *Ontvanger/Voorsluijs* uit 2005, combineerde de Hoge Raad de aanduidingen vereenzelviging en toerekening. De Hoge Raad overwoog met een verwijzing naar het arrest *Kleuterschool Babbel* dat:

‘[voor de] beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden een onrechtmatig handelen of nalaten als eigen onrechtmatig handelen aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, als norm [is] aanvaard of het handelen of nalaten in het maatschappelijk verkeer heeft te gelden als handelen of nalaten van de rechtspersoon zelf’.

En vervolgens:

‘Toerekening van onrechtmatige gedragingen aan de rechtspersoon wordt dan mede gerechtvaardigd doordat de in feite handelende persoon en de rechtspersoon aan wie dat handelen wordt toegerekend, vanuit het perspectief van de benadeelde tot op zekere hoogte met elkaar zijn te vereenzelvigen.’⁵⁹

De keuze tussen beide termen lijkt soms niet meer dan een persoonlijke voorkeur gebaseerd op praktische overwegingen. Zo lijkt Hoekzema bijvoorbeeld de voorkeur te geven aan de term vereenzelviging ten aanzien van de relatie tussen enerzijds een gedraging van een natuurlijk persoon en anderzijds de aansprakelijkheid van de rechtspersoon. Hoekzema wijst erop dat de term toerekening namelijk al in relatie tot de onrechtmatige daad op een andere wijze wordt gebruikt, te weten: artikel 6:162 lid 3 BW. Een onrechtmatige daad kan op grond van artikel 6:162 lid 3 BW slechts aan een dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvatting voor zijn rekening komt.⁶⁰ Ook Hartkamp en Sieburgh wijzen op verschillende manieren waarop het begrip toerekening wordt gebruikt. Zij merken op dat toerekening in artikel 6:98 BW wordt gebruikt met het oog op het oorzakelijk verband tussen de schade en de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, terwijl toerekening in artikel 6:162 lid 3 BW ziet op het verband tussen de dader en zijn gedraging.⁶¹

58 HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34 (*Kleuterschool Babbel*).

59 HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 (*Ontvanger/Voorsluijs*). Een arbeidsrechtelijk voorbeeld is Rb. Oost-Brabant 17 september 2018, AR Updates 2018-1092 (het ernstig verwijtbare gedrag van de *ultimate beneficial owner* wordt aan de werkgever toegerekend).

60 J.W. Hoekzema, *GS Onrechtmatige daad* VIII.7.1, in het bijzonder: VIII.7.1.1.4 ‘Terminologie: vereenzelviging of toerekening?’ (online, bijgewerkt 12 september 2017).

61 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/98.

5.4.2 Betekenis voor opvolgend werkgeverschap

Het begrip toerekening komt ook voor in jurisprudentie over opvolgend werkgeverschap, namelijk in relatie tot het zodanigebandencriterium. Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest *Slijkoord/Hekkema*:

‘Niet alleen wanneer tussen dezelfde pp. een nieuwe arbeidsovereenkomst in onmiddellijke aansluiting op de vorige wordt gesloten, maar ook wanneer door de werknemer een arbeidsovereenkomst wordt gesloten met een werkgever die redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn, kan het bedingen van een proeftijd onder omstandigheden zozeer ongerechtvaardigd zijn dat nietigheid van het proeftijdbeding daaruit volgt.

Dat laatste zal in de regel het geval zijn indien enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, 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 hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.⁶²

De keuze voor de aanduiding toerekening laat zich verklaren door het ongeveer twee jaar eerder gewezen arrest *Hardchroom/Yigit*. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat – in tegenstelling tot de toen geldende wettekst – een proeftijdbeding tussen dezelfde partijen niet in alle gevallen nietig is. De Hoge Raad overwoog:

‘Met name zal voor de opvolgende arbeidsovereenkomst een proeftijd kunnen worden bedongen, als de nieuwe overeenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden eist waarover de ervaringen gedurende de vorige dienstbetrekking geen voldoende inzicht hebben gegeven.⁶³

Het arrest *Hardchroom/Yigit* zet ‘voldoende inzicht’ centraal voor de geldigheid van het proeftijdbeding. Door deze overweging staat bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een nieuw proeftijdbeding niet zozeer voorop of het proeftijdbeding tussen dezelfde partijen is gesloten, maar of een werkgever voldoende inzicht had of had kunnen hebben in de vereiste vaardigheden en verantwoordelijkheden behorende bij de arbeidsovereenkomst. Ingeval de werkgever een rechtspersoon is, zal dit inzicht aan de rechtspersoon moeten worden toegerekend. Dat gebeurt ook in de zaak *Slijkoord/Hekkema*. Het inzicht van de vorige werkgever wordt aan de nieuwe werkgever toegerekend. Toch is verdedigbaar dat ook bij de proeftijdjurisprudentie (tevens) sprake is van vereenzelviging. Het wettelijke uitgangspunt blijft dat een proeftijdbeding in een opvolgende arbeidsovereenkomst met *dezelfde* werkgever in beginsel *nietig* is, maar in een opvolgende arbeidsovereenkomst met een *andere* werkgever in begin-

62 HR 24 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9537, NJ 1987/293 (*Slijkoord/Hekkema*).

63 HR 14 september 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4861, NJ 1985/244 (*Hardchroom/Yigit*). Zie ook HR 6 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AB9600, NJ 1986/230 (*Benton & Bowles*).

sel *geldig* is. Indien het toezicht van de vorige werkgever vanwege de zodanige banden tussen beide werkgevers in redelijkheid aan de opvolgende werkgever kan worden *toegerekend*, wordt de nieuwe werkgever voor toepassing van de proeftijdregeling met de vorige werkgever *vereenzelvigd*.

5.5 CONCLUSIE

Dit hoofdstuk beoogt het concept opvolgend werkgeverschap te duiden aan de hand van de vermogensrechtelijke kenmerken van (rechts)opvolging, vereenzelviging en toerekening. Die duiding is niet eenvoudig. De wet bevat geen definitie van deze begrippen en in de literatuur en jurisprudentie gebruikt men evenmin eenduidige omschrijvingen.

De betekenis van rechtsopvolging in vermogensrechtelijke zin is contextafhankelijk en maakt het fenomeen daarom moeilijk grijpbaar. Desondanks is verdedigbaar dat het gebruik van de aanduiding rechtsopvolging in vermogensrechtelijke zin zou moeten worden beperkt tot gevallen waarin rechten en/of verplichtingen met behoud van identiteit overgaan op een ander rechtssubject. Identiteitsbehoud betekent in dit verband dat een recht of verplichting, alsmede de daaraan verbonden nevenrechten respectievelijk verweermiddelen, na de overgang in beginsel ongewijzigd blijven voortbestaan. Alle andere kenmerken die een rol spelen bij rechtsopvolging tonen aan dat de rechtsgevolgen afhankelijk zijn van de concrete context. Juist die afhankelijkheid van de context maakt een nadere – uniforme – duiding van rechtsopvolging lastig. In vermogensrechtelijke zin lijkt rechtsopvolging niet scherper te duiden dan de overgang van (een samenstel van) rechten en/of verplichtingen met behoud van identiteit, waarbij de wijze waarop de overgang plaatsvindt en de rechtsgevolgen contextafhankelijk zijn. Afhankelijk van de concrete situatie kunnen rechten en/of verplichtingen wel of juist niet overgaan op een ander rechtssubject. Relevante factoren zijn de aard van de prestatie, het type recht of verplichting en maatschappelijke overwegingen van sociale en/of economische aard. Maatschappelijke overwegingen beïnvloeden ook de manier waarop een overgang kan plaatsvinden. Het veelgemaakte onderscheid in een rechtsopvolging onder algemene titel enerzijds en bijzondere titel anderzijds is daarbij misleidend. Dit onderscheid brengt eerder verwarring dan verduidelijking. Bovendien suggereert dit onderscheid een systeem, terwijl de verschillen en de hoeveelheid nuances te groot zijn om van een systeem te kunnen spreken. Deze contextafhankelijke – haast eclectische – omschrijving van rechtsopvolging brengt echter niet mee dat opvolgend werkgeverschap ook als een vorm van rechtsopvolging in vermogensrechtelijke zin mag worden beschouwd. Bij regels die van overeenkomstige toepassing worden verklaard op opvolgende werkgevers, zoals artikel 7:668a BW, is juist geen sprake van rechtsopvolging in vermogensrechtelijke zin. Deze bepalingen zijn weliswaar van overeenkomstige toepassing op *opvolgende* werkgevers maar in vermogensrechtelijke zin gaan geen rechten en/of verplichtingen met behoud van identiteit over op de nieuwe werkgever. De werknemer neemt – in overdrachtelijke zin – zijn ‘arbeidsverleden’ mee naar zijn volgende werkgever, maar niet zijn rechten en verplichtingen.

Opvolgend werkgeverschap vertoont meer gelijkenissen met het begrip vereenzelviging, maar dat begrip is in veel opzichten nog onduidelijker dan het begrip rechtsopvolging. Niettemin lijkt een tweedeling mogelijk, namelijk: (1) vereenzelviging in formele zin en (2) vereenzelviging in materiële zin. De scheidslijn tussen beide varianten is echter vaag en in veel situaties kan het begrip vereenzelviging worden vervangen door toerekening (terwijl de betekenis van het begrip toerekening evenzeer contextafhankelijk is). Opvolgend werkgeverschap vertoont gelijkenissen met beide varianten van vereenzelviging. Zo zijn bepalingen als artikel 7:668a BW en artikel 7:673 lid 4 BW van overeenkomstige toepassing op de verschillende werkgevers 'die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn'. Die zinsnede is te vervangen door 'die kunnen worden vereenzelvigd' (vereenzelviging in materiële zin). Tegelijkertijd is ook sprake van vereenzelviging in formele zin. De ketenregeling is bijvoorbeeld in principe alleen van toepassing op opvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde – formele – werkgever. Opvolgend werkgeverschap vereenzelvigt (in formele zin) twee verschillende werkgevers voor de toepassing van deze regeling ('van overeenkomstige toepassing').

Terwijl vereenzelviging in het aansprakelijkheidsrecht door de strenge leer van de Hoge Raad vrijwel een taboe is, geldt voor opvolgend werkgeverschap geen strenge toets. Vereenzelviging is in het aansprakelijkheidsrecht in veel gevallen ook overbodig vanwege het open karakter van artikel 6:162 BW. Voor het arbeidsrecht is vereenzelviging – in de vorm van opvolgend werkgeverschap – niet overbodig. Arbeidsrechtelijke regels die rechtsgevolgen verbinden aan de duur van één of meer opvolgende arbeidsovereenkomsten met *dezelfde* werkgever, zouden zonder de systematiek van vereenzelviging al snel tot onbillijke uitkomsten leiden. De op anciënniteit gebaseerde werknemersbescherming dwingt tot vereenzelviging, zowel in materiële als formele zin (ook al is anciënniteit als factor voor de mate van werknemersbescherming op zichzelf weinig overtuigend). Veel regelingen beogen werknemers die voor een langere periode voor dezelfde arbeidsorganisatie werken meer bescherming te bieden. Een strikte toepassing van deze regelingen zou echter tot gevolg hebben dat een werknemer die werkzaam blijft voor dezelfde arbeidsorganisatie, maar van formele werkgever wisselt, niet wordt beschermd. Vereenzelviging van de nieuwe werkgever met de oude werkgever voorkomt een te beperkte toepassing van deze regels.

Kan opvolgend werkgeverschap eenvoudig worden weggedacht uit het arbeidsrecht nu het vermogensrecht al het concept vereenzelviging kent? Anders gezegd, kunnen bepalingen zoals artikel 7:668a lid 2 BW bijvoorbeeld zonder enige gevolg worden geschrapt, omdat werknemers nog steeds een beroep kunnen doen op vereenzelviging? Het arrest *Citco*, waarin de Hoge Raad vereenzelviging als concept heeft goedgekeurd, staat qua rechtsgeldigheid immers niet ter discussie. Toch biedt opvolgend werkgeverschap als arbeidsrechtelijke variant op vereenzelviging verduidelijking. Partijen zijn zich door de uitdrukkelijke formulering van opvolgend werkgeverschap bij arbeidsrechtelijke regels eerder bewust van de gevolgen van een opvolgende arbeidsovereenkomst met een andere werkgever. Dus zelfs als de uitdrukkelijke toevoeging van opvolgend werkgeverschap strikt genomen niets zou toevoegen aan het geldende recht, dan bevordert die toevoeging wel de kenbaarheid van opvolgend werkgever-

schap en derhalve de rechtszekerheid. Daarnaast wordt voorkomen dat men – ten onrechte – tot uitgangspunt neemt dat vereenzelviging bij anciënniteitsafhankelijke regels uit het arbeidsrecht aan de hand van dezelfde strenge toets uit *Rainbow Products/Ontvanger* (te weten: misbruik van identiteitsverschil) moet worden beoordeeld.

Tegelijkertijd leiden concepten als opvolgend werkgeverschap en vereenzelviging op hun beurt weer tot meer rechtsonzekerheid. Opvolgend werkgeverschap – of zo men wil: vereenzelviging – doet afbreuk aan de beoogde rechtszekerheid die in scherpe regels, zoals artikel 7:673 BW, besloten ligt. De wetgever heeft immers met bepalingen als artikel 7:667 lid 4 BW, artikel 7:668a lid 1 BW en artikel 7:673 BW strakke regels met formele criteria opgesteld, juist ter bevordering van de rechtszekerheid. Met deze regels beoogt de wetgever een discussie over de vraag in welke gevallen een arbeids-overeenkomst voor bepaalde tijd respectievelijk een ontslagvergoeding gerechtvaardigd is, te minimaliseren. Als gevolg van opvolgend werkgeverschap – een vorm van vereenzelviging – wordt deze discussie op een andere wijze alsnog in volle omvang gevoerd.

6.1 INLEIDING

Het fenomeen ‘opvolgend werkgeverschap’ keert met grote regelmaat terug in de rechtspraktijk en het arbeidsrechtelijke debat. Toch blijft onduidelijk wat opvolgend werkgeverschap eigenlijk betekent. De wet, jurisprudentie en literatuur zijn onduidelijk over de grondslagen en juridische eigenschappen van opvolgend werkgeverschap. Zonder een diepgaand begrip van de juridische eigenschappen en de ratio van opvolgend werkgeverschap ontbreekt een rechtvaardiging voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap. Dit onderzoek heeft tot doel deze juridische eigenschappen en ratio in kaart te brengen. De rechtsontwikkeling en rechtspraktijk zijn daarbij gebaat. De onderzoeksvraag luidt:

Wat zijn de criteria en juridische gevolgen van opvolgend werkgeverschap en hoe verhouden deze criteria en gevolgen zich tot de ratio van opvolgend werkgeverschap respectievelijk andere concepten binnen het algemeen vermogensrecht?

Deze vraag is beantwoord aan de hand van (1) een analyse van de regelgeving en rechtspraak omtrent opvolgend werkgeverschap, (2) een evaluatie van de grondslagen en (3) een vermogensrechtelijke beschouwing.

6.2 JURIDISCHE EIGENSCHAPPEN: RECHTSFEIT, RECHTSGEVOLG EN VEREENZELVIGING

Via opvolgend werkgeverschap wordt de rechtspositie van de werknemer ten opzichte van een nieuwe werkgever nader vormgegeven. Opvolgend werkgeverschap bepaalt – tezamen met andere rechtsfeiten – of (1) een proeftijdbeding nietig is, (2) een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd, (3) een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen door voorafgaande opzegging kan eindigen, (4) een recht op een transitievergoeding ontstaat alsmede de hoogte van die vergoeding, (5) een uitzendbeding nietig is, (6) een versterkt recht voor de werknemer ontstaat om de arbeidsduur, arbeidsplaats of arbeidstijd te wijzigen, (7) een werknemer terecht voor ontslag wordt voorgedragen, (8) een contractuele afwijking van de loonrisicoverdeling rechtsgeldig is, (9) een verlengde opzegtermijn en herplaat-

singstermijn voor de werkgever ontstaat en (10) een contractueel bedongen wachttijd of drempelperiode voor pensioenopbouw rechtsgeldig is.¹

Opvolgend werkgeverschap kan worden omschreven als een rechtsfeit. Men spreekt van opvolgend werkgeverschap indien – kort samengevat – de nieuwe werkgever ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze als opvolger kan worden beschouwd. Als men doelt op opvolgend werkgeverschap als rechtsfeit dan heeft men in wezen vereenzelviging in materiële zin in gedachten. Bij vereenzelviging in materiële zin wordt een gedraging, kennis of een eigenschap van een rechtssubject toegerekend aan een ander rechtssubject, omdat beide rechtssubjecten vanuit het perspectief van een derde rechtssubject kunnen worden vereenzelvigd. Indien een werkgever ten aanzien van de verrichte arbeid kan worden beschouwd als de opvolger van de vorige werkgever, dan is dat omdat de nieuwe werkgever vanuit het perspectief van de werknemer kan worden vereenzelvigd met de vorige werkgever.

Opvolgend werkgeverschap (als rechtsfeit) leidt vervolgens tot vereenzelviging in formele zin. Een rechtsregel is van overeenkomstige toepassing op verschillende werkgevers indien sprake is van ‘opvolgend werkgeverschap’. Bij vereenzelviging in formele zin wordt – met het oog op de toepassing van een specifieke regel – voorbijgegaan aan het identiteitsverschil tussen twee rechtssubjecten. Een regel die eigenlijk alleen geldt bij opvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever, zoals de ketenregeling, is via de formele vereenzelviging van twee werkgevers van overeenkomstige toepassing op de opvolgende – de tweede – werkgever. Vereenzelviging in formele zin kan het rechtsgevolg van opvolgend werkgeverschap worden genoemd.

De veelgebruikte term rechtsopvolging is geen kenmerk van opvolgend werkgeverschap. Rechtsopvolging kenmerkt zich door de overgang van rechten en/of verplichtingen op een ander rechtssubject, waarbij deze rechten en/of verplichtingen in vermogensrechtelijke zin hun identiteit behouden. De centrale vraag bij rechtsopvolging is in hoeverre – en op welke wijze – rechten en/of verplichtingen overgaan op een ander rechtssubject. Bij opvolgend werkgeverschap is die vraag niet aan de orde. Opvolgend werkgeverschap is een van de relevante rechtsfeiten voor het *ontstaan* van rechten en/of verplichtingen. Vaak omschrijft men opvolgend werkgeverschap weliswaar als de ‘continuering van de opbouw van de rechten bij de nieuwe werkgever’, maar voor een juridische analyse wekt die omschrijving verwarring. Bij geen van de regelingen waar opvolgend werkgeverschap wordt toegepast, brengt opvolgend werkgeverschap de *overgang* van bestaande rechten of verplichtingen mee. Evenmin leidt opvolgend werkgeverschap tot een beperking van de overgang van rechten of verplichtingen. Tussen opvolgend werkgeverschap en rechtsopvolging bestaat geen conceptueel verband.

1 Het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans voegt – indien het voorstel ook door de Eerste Kamer wordt aangenomen – een nieuwe vindplaats van opvolgend werkgeverschap toe. Op grond van dit wetsvoorstel bepaalt opvolgend werkgeverschap mede of een werkgever verplicht is een aanbod tot een vaste arbeidsomvang te doen. Op grond van dit wetsvoorstel vervalt tevens de wachttijd voor het recht op de transitievergoeding.

De omschrijving van opvolgend werkgeverschap als een rechtsfeit dat leidt tot vereenzelviging in formele zin (en niet tot rechtsopvolging) is in lijn met de conclusie uit dit onderzoek dat opvolgend werkgeverschap niet kan worden beschouwd als een voorloper van de overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 en verder BW. Evenmin kan opvolgend werkgeverschap qua concept worden vergeleken met andere vormen van verplichte personeelsovernames zoals uitgewerkt in artikel 36 en verder Wet personenvervoer 2000 en diverse cao's. Opvolgend werkgeverschap strekt niet tot bescherming van bestaande rechten of verplichtingen. Men kan weliswaar constateren dat in de parlementaire geschiedenis onder meer de bedrijfsovername (een overgang van onderneming) als voorbeeld van opvolgend werkgeverschap wordt besproken, maar de juridisch-technische functie van een regeling als artikel 7:662 en verder BW is fundamenteel anders dan van opvolgend werkgeverschap. De regeling omtrent overgang van onderneming (artikel 7:662 en verder BW) resulteert in een gedwongen rechtsopvolging (een ander rechtssubject *wordt* de werkgever als gevolg van een overgang van een onderneming). Opvolgend werkgeverschap werkt omgekeerd: als een rechtssubject kan worden beschouwd als een 'opvolgende werkgever', dan wordt deze nieuwe werkgever met de oude werkgever vereenzelvigd voor de toepassing van een aantal specifieke regelingen.

Een vergelijking tussen de regeling omtrent overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 en verder BW en opvolgend werkgeverschap laat ook het verschil tussen rechtsopvolging en vereenzelviging zien. Opvolgend werkgeverschap is – zo komt hierna nog aan de orde – in wezen een hulpmiddel voor de vaststelling van de juiste anciënniteit. Bij de regeling omtrent overgang van onderneming gaan alleen rechten en verplichtingen over op de verkrijger van de onderneming. Anciënniteit is geen recht of verplichting, maar een rechtsfeit. De regeling omtrent overgang van onderneming ziet bovendien op de overgang van rechten en verplichtingen van de ene *werkgever* op de andere *werkgever*. Anciënniteit – het arbeidsverleden van de *werknemer* – gaat niet over op de nieuwe werkgever. In overdrachtelijke zin neemt de werknemer zijn arbeidsverleden mee. Het juridische uitgangspunt van het Europese Hof van Justitie is dat een werknemer zich voor de vaststelling van (de omvang van) zijn anciënniteitafhankelijke rechten niet – met een verwijzing naar artikel 7:662 en verder BW – kan beroepen op zijn anciënniteit bij de vervreemder, tenzij die anciënniteitafhankelijke rechten (1) hun oorsprong hebben in de arbeidsverhouding met de vervreemder en (2) van financiële aard zijn. Omdat die uitzondering door het Europese Hof van Justitie – zo blijkt uit de zaken *Collino & Chiappero/Telecom Italia*, *Scattolon/Ministerio dell'Istruzione* en *ISS Facility Services* – echter ruim wordt uitgelegd, telt in geval van een overgang van de onderneming het arbeidsverleden bij de vervreemder al snel mee voor de vaststelling van (de omvang van) anciënniteitafhankelijke rechten. Ofschoon een werknemer – in geval van een overgang van de onderneming – voor het meetellen van de anciënniteit bij de oude werkgever een beroep doet op artikel 7:662 en verder BW, is conceptueel gezien sprake van een beroep op vereenzelviging (in formele zin). De oude werkgever (de vervreemder) en de nieuwe werkgever (de verkrijger) worden voor de vaststelling van de juiste anciënniteit met elkaar vereenzelvigd.

Terwijl opvolgend werkgeverschap (een arbeidsrechtelijke variant van vereenzelviging) een steeds ruimer toepassingsbereik krijgt, blijft vereenzelviging in het algemeen vermogensrecht, meer in het bijzonder in het aansprakelijkheidsrecht, een uitzondering (een *ultimum remedium*). Dit verschil kan worden verklaard doordat het aansprakelijkheidsrecht zich richt op de toerekening van een onrechtmatige daad aan een rechtssubject. Het in het aansprakelijkheidsrecht gehanteerde toerekeningscriterium is soepel van aard, in tegenstelling tot arbeidsrechtelijke regels waarbij de duur van de arbeidsovereenkomst als criterium centraal staat. Vereenzelviging zou in het aansprakelijkheidsrecht moeten gaan over de vraag waarom een onrechtmatige daad aan een ander rechtssubject kan worden toegerekend, maar voor de beantwoording van die vraag is vereenzelviging verwarrend en overbodig. De zaak *Citco*, die regelmatig in de literatuur over het aansprakelijkheidsrecht wordt besproken, is ook niet zozeer een voorbeeld van vereenzelviging in het aansprakelijkheidsrecht, maar van vereenzelviging in het beslagrecht. De centrale vraag in de zaak *Citco* was – zeer kort samengevat – of de oude en de nieuwe aannemer kunnen worden vereenzelvigd voor wat betreft het derdenbeslag op de nog niet vervallen termijnen uit de aanneemsom. Deze kwestie ging dus niet over aansprakelijkheid, maar over de vraag of het conservatoir derdenbeslag ook zag op de nog te betalen termijnen van de aanneemsom uit een opvolgende aannemingsovereenkomst met een (formeel) andere aannemer, dan wel dat de derde-beslagene bevrijdend aan deze nieuwe aannemer kon betalen. De samenloop van een opvolgende aannemingsovereenkomst met een (formeel) andere aannemer vertoont gelijkenissen met de regels waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt. Opvolgend werkgeverschap wordt toegepast bij regels over opvolgende arbeidsovereenkomsten. Vereenzelviging is bij die regels niet overbodig. In tegenstelling tot een open norm, zoals artikel 6:162 BW, werkt een gesloten norm waarbij de mate van werknemersbescherming is gebaseerd op anciënniteit, willekeur in de hand. Een open norm maakt vereenzelviging minder noodzakelijk, terwijl vereenzelviging bij een gesloten norm met formele criteria soms juist kan leiden tot een toepassing die beter aansluit bij de ratio van die norm. Kortom, op vereenzelviging zou geen taboe moeten rusten – afhankelijk van de ratio en criteria van een rechtsregel moet worden beoordeeld of vereenzelviging in het concrete geval noodzakelijk is.

6.3 VARIANTEN VAN OPVOLGEND WERKGEVERSCAP: GEEN UNIFORMITEIT

Verschillende varianten

Het arbeidsrecht kent (ten minste) drie varianten van opvolgend werkgeverschap, kortweg aangeduid als: (1) de originele variant, (2) de variant Wet werk en zekerheid en (3) de *employability*-variant. Verdere differentiatie van opvolgend werkgeverschap is mogelijk via cao's. Bij elke werkgeverswissel moet per regeling waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt, worden beoordeeld welke variant de toepasselijke maatstaf vormt. Bij die beoordeling moet tevens in acht worden genomen dat de Hoge Raad opvolgend werkgeverschap beschouwt als een 'juridisch gekwalificeerd feit', met als gevolg dat een werkgeverswissel die in het verleden heeft plaatsgevonden – en waarvoor toen een andere maatstaf van opvolgend werkgeverschap gold – niet

opnieuw mag worden beoordeeld, tenzij de wet daartoe uitdrukkelijk zou verplichten (zie onder meer de beschikking *Constar Plastics*).

Originele variant

Deze variant herkent men aan de formulering: ‘een andere werkgever die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moet worden de opvolger van de vorige werkgever te zijn’ (zie bijvoorbeeld artikel 7:652 lid 8 BW), of een daarmee vergelijkbare formulering. De Hoge Raad heeft aan deze formulering een nadere uitleg gegeven, door te overwegen dat aan deze variant van opvolgend werkgeverschap:

‘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 hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever (...)’ (zie onder meer het arrest *Van Tuinen/Wolters*).

De door de Hoge Raad aan de originele variant verbonden criteria worden – kortweg – aangeduid als het ‘dezelfdewerkzaamhedencriterium’ en het ‘zodanigebandencriterium’. De wetgever noch de Hoge Raad heeft voor deze criteria overtuigende argumenten aangedragen. De criteria hebben hun oorsprong in de proeftijdregeling en houden verband met de aard van de proeftijdregeling en niet met opvolgend werkgeverschap (en zelfs bij de proeftijdregeling kunnen op zijn minst vraagtekens worden geplaatst bij de argumenten voor deze criteria). Het zodanigebandencriterium blijkt daarnaast moeilijk toe te passen. In de praktijk is voornamelijk bij een doorstart na faillissement onduidelijk of aan dit criterium is voldaan. Uit de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Van Tuinen/Wolters* volgt overigens dat voor opvolgend werkgeverschap niet per se sprake hoeft te zijn van ‘zodanige banden’. De werkgever kan ook ‘langs andere weg’ inzicht hebben verkregen in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer (‘langs andere weg’ biedt wellicht een uitkomst bij uitleenconstructies, want de toepassing van het zodanigebandencriterium is bij dergelijke constructies gekunsteld). Een werkgeverswissel kan bovendien worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap zonder dat aan een van de door de Hoge Raad genoemde criteria is voldaan, namelijk ingeval de elkaar opvolgende werkgevers misbruik maken van het tussen beide partijen bestaande identiteitsverschil, zo blijkt eveneens uit *Van Tuinen/Wolters*.

De originele variant van opvolgend werkgeverschap geldt (zeer waarschijnlijk) voor vrijwel alle regelingen waar opvolgend werkgeverschap wordt toegepast, mits de werkgeverswissel plaatsvond vóór 1 juli 2015, zo kan worden vastgesteld op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad, in het bijzonder de uitspraak *Constar Plastics*. Een uitzondering geldt (mogelijk) voor afwijkingen op grond van een cao en het afspiegelingsbeginsel. De Hoge Raad heeft in zijn jurisprudentie overigens niet nader toegelicht wanneer een werkgeverswissel vóór 1 juli 2015 heeft plaatsgevonden. Verdedigbaar is dat een werkgeverswissel voor 1 juli 2015 plaatsvond indien de met de opvolgende werkgever gesloten arbeidsovereenkomst voor 1 juli 2015 tot stand is gekomen (ook als deze arbeidsovereenkomst pas op of na 1 juli 2015 is ingegaan).

De tot 1 juli 2015 door het UWV gehanteerde beleidsregels gaven voor de beoordeling van opvolgend werkgeverschap en het meetellen van de bij de vorige werkgever opgebouwde anciënniteit in relatie tot het afspiegelingsbeginsel een geheel eigen maatstaf. Vanuit de gedachtegang dat opvolgend werkgeverschap moet worden beschouwd als een juridisch gekwalificeerd feit, zou kunnen worden gesteld dat deze oude beleidsregels dus leidend blijven bij de vraag of een werkgeverswissel die plaatsvond voor 1 juli 2015 in relatie tot het afspiegelingsbeginsel kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap. Jovović en Zwemmer verzetten zich tegen deze gedachte, omdat de oude beleidsregels niet waren gebaseerd op een regelgevende bevoegdheid. Alleen de originele variant van opvolgend werkgeverschap is volgens deze auteurs relevant. Een beperking tot de originele variant is in elk geval eenvoudiger en sluit aan bij het door de Hoge Raad in zijn beschikking *Constar Plastics* genoemde belang van de hanteerbaarheid van het recht. Het UWV heeft in zijn besluit van 17 juli 2018 (strekking tot wijziging van de uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen) echter kenbaar gemaakt dat alleen de huidige Ontslagregeling relevant is voor de vraag of een werkgeverswissel kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap – ook als de werkgeverswissel plaatsvond voor 1 juli 2015. De huidige Ontslagregeling kent de variant Wet werk en zekerheid en de *employability*-variant. De vraag is of rechters de door het UWV gekozen lijn gaan volgen.

Voor de beoordeling van werkgeverswissels die plaatsvonden *op of na* 1 juli 2015 geldt de originele variant alleen nog in relatie tot de proeftijdregeling, de Wet flexibel werken en de termijnen voor uitzendkrachten (en dus via een schakelbepaling ook voor de drempelperiode en wachttijd bij pensioenen). Bij die regelingen is de formulering immers niet door de wetgever gewijzigd. Dit betekent dat het dezelfdewerkzaamheden criterium en zodanigebandencriterium voor de toepassing van die regelingen relevant blijven. In relatie tot de proeftijdregeling heeft de regering tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid uitdrukkelijk bevestigd dat de originele maatstaf van toepassing blijft. Met betrekking tot de Wet flexibel werken en de termijnen voor uitzendkrachten is onbekend waarom de wetgever de maatstaf niet per 1 juli 2015 heeft aangepast, zoals bij alle andere regelingen wel is gebeurd. Voor wat betreft de termijnen voor uitzendkrachten bestaan in ieder geval valide argumenten om de oude maatstaf (alsnog) te vervangen door de nieuwe maatstaf. De regeling omtrent de termijnen voor uitzendkrachten houdt immers verband met de ketenregeling en de nieuwe maatstaf geldt wel voor de ketenregeling.

Variant Wet werk en zekerheid

In deze nieuwe variant is aan de formulering van opvolgend werkgeverschap de volgende zinsnede toegevoegd: 'ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer'. Met deze toevoeging heeft de wetgever kenbaar willen maken dat het zodanigebandencriterium is vervallen. Het dezelfdewerkzaamheden criterium blijft wel geldig. Op basis van de parlementaire behandeling kan worden vastgesteld dat in de plaats van het zodanigebandencriterium een nieuw criterium geldt, te weten: het 'aanleidingscriterium' – soms aangeduid als 'het meeverhuizen met of het volgen van zijn werk'. Een duidelijke(re) omschrijving van dit nieuwe criterium kan op basis van de wet, parlementaire stukken en rechtspraak niet

worden gegeven. Wel blijkt uit de wetsgeschiedenis dat dit criterium moet leiden tot een ruimere toepassing van opvolgend werkgeverschap dan onder de originele variant. Bij een werkgeverswissel als gevolg van een aanbesteding is in beginsel namelijk niet voldaan aan het zodanigebandencriterium (uit de originele variant van opvolgend werkgeverschap), maar wel aan het aanleidingscriterium (uit de variant Wet werk en zekerheid). En bij een faillissementsdoorstart is onduidelijk in welke gevallen aan het zodanigebandencriterium is voldaan, terwijl bij een faillissementsdoorstart in de meeste gevallen wel aan het aanleidingscriterium is voldaan. Deze nieuwe variant van opvolgend werkgeverschap is relevant voor werkgeverswissels die plaatsvonden op of na 1 juli 2015, in relatie tot de Ragetlie-regel, de ketenregeling, de vaststelling van het recht op en de hoogte van de transitievergoeding, het afspiegelingsbeginsel, de loonrisicoverdeling, de berekening van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn en de herplaatsingstermijn.²

Employability-variant

De Ontslagregeling kent in relatie tot het afspiegelingsbeginsel nog een derde – aanvullende – variant van opvolgend werkgeverschap: de *employability*-variant. Indien de werknemer binnen een groep (een concern) zowel van werkgever als functie wisselt, is sprake van opvolgend werkgeverschap, mits van werknemers binnen die groep wordt verwacht dat zij regelmatig binnen de groep van functie veranderen. Voor deze variant is dus niet relevant of de werkzaamheden van de werknemer ongewijzigd blijven (het dezelfdewerkzaamhedencriterium is vervangen door het vereiste van een *employability*-beleid). De *employability*-variant geldt in relatie tot het afspiegelingsbeginsel – in aanvulling op (en dus naast) de variant Wet werk en zekerheid. Dus als aan de criteria van een van deze twee varianten is voldaan, dan is voor wat het afspiegelingsbeginsel betreft sprake van opvolgend werkgeverschap.

De tot 1 juli 2015 door het UWV gehanteerde beleidsregels bevatten een vergelijkbare *employability*-variant. Vanuit de gedachtegang dat opvolgend werkgeverschap moet worden beschouwd als een juridisch gekwalificeerd feit, zou kunnen worden gesteld dat deze oude beleidsregels leidend blijven bij de vraag of een werkgeverswissel die plaatsvond voor 1 juli 2015 in relatie tot het afspiegelingsbeginsel kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap. Verdedigbaar is dus dat werkgeverswissels die plaatsvonden voor 1 juli 2015 ook kunnen worden beoordeeld aan de hand van de *employability*-variant (omdat de oude beleidsregels dezelfde variant kenden). De oude beleidsregels zijn echter – zoals door Jovović en Zwemmer opgemerkt – niet gebaseerd op een regelgevende bevoegdheid. Een werkgeverswissel die plaatsvond voor 1 juli 2015 kan in relatie tot het afspiegelingsbeginsel volgens Jovović en Zwemmer daarom slechts worden beoordeeld aan de hand van de originele variant van opvolgend werkgeverschap (te weten: het dezelfdewerkzaamhedencriterium en het zodanigebandencriterium).

2 Het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans past de nieuwe maatstaf van opvolgend werkgeverschap ook toe bij de regeling die de werkgever verplicht om aan oproepkrachten na twaalf maanden een aanbod tot een vaste arbeidsomvang te doen. Zie ook de bevestiging van de regering in de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 2018/19, 35074, 3, p. 132).

De periode van 1 juli 2015 tot 1 juli 2016 is ook onduidelijk. De Ontslagregeling bevatte in die periode voor de *employability*-variant van opvolgend werkgeverschap nog een aanvullend vereiste, namelijk dat het *employability*-beleid moest zijn vastgelegd in een cao. Het idee van opvolgend werkgeverschap als juridisch gekwalificeerd feit zou tot gevolg hebben dat voor werkgeverswissels die plaatsvonden in de periode van 1 juli 2015 tot 1 juli 2016 een afwijkende versie van de *employability*-variant blijft gelden. Verdedigbaar is dat de Hoge Raad deze consequentie bij zijn gedachtegang omtrent een juridisch gekwalificeerd feit niet heeft voorzien en niet heeft beoogd, en dat zowel een redelijke uitleg als een redelijke wetstoepassing pleit voor een – in tijd – uniforme uitleg van de *employability*-variant. Zoals hiervoor al opgemerkt heeft het UWV in zijn besluit van 17 juli 2018 (strekkende tot wijziging van de uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen) kenbaar gemaakt dat alleen de huidige Ontslagregeling relevant is voor de vraag of een werkgeverswissel kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap – ook als die werkgeverswissel plaatsvond voor 1 juli 2015. Op basis van dit besluit kan worden geconcludeerd dat het UWV de huidige *employability*-variant als maatstaf gebruikt bij de vraag of een werkgeverswissel kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap – ook als die werkgeverswissel voor 1 juli 2015 of in de periode van 1 juli 2015 tot 1 juli 2016 plaatsvond.

Driekwart dwingend recht en misbruiksituaties

Naast deze drie varianten moet men – zowel vóór 1 juli 2015 als nadien – rekening houden met driekwart dwingend recht. De ketenregeling (artikel 7:668a BW) en de regeling omtrent de termijnen voor uitzendkrachten (artikel 7:691 BW) bieden cao-partijen ruimte voor een afwijkende uitleg van opvolgend werkgeverschap. Ofschoon de wetsgeschiedenis onduidelijk is over de vraag of ook van het *begrip* opvolgend werkgeverschap kan worden afgeweken of dat slechts een afwijking is toegestaan voor wat betreft de bij de vorige werkgever opgebouwde anciënniteit, biedt de wettekst een krachtig argument dat van het begrip – en dus de criteria van – opvolgend werkgeverschap kan worden afgeweken.

In relatie tot driekwart dwingend recht is het idee van opvolgend werkgeverschap als juridisch gekwalificeerd feit evenzeer van betekenis. Als een werkgeverswissel op grond van een op dat moment geldende cao voor de toepassing van de ketenregeling en/of de regeling omtrent de termijnen voor uitzendkrachten niet kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap, dan kan deze werkgeverswissel naderhand voor de toepassing van diezelfde twee regelingen niet opnieuw worden beoordeeld, zo kan worden betoogd.

Daarnaast is niet uitgesloten dat een werkgeverswissel voldoet aan geen van de criteria van de voornoemde varianten, maar toch kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap omdat sprake is van een evidente misbruiksituatie. Van misbruik is sprake indien elkaar opvolgende werkgevers hebben getracht via het identiteitsverschil tussen beide werkgevers de toepasselijkheid van een regeling (waar opvolgend werkgeverschap een rol speelt) te omzeilen.

Waarom zo complex?

Zijn al deze verschillende varianten nodig? Het beoordelingskader is nu erg ingewikkeld, terwijl de wetgever en de Hoge Raad geen (inhoudelijke) argumenten hebben aangedragen voor de verschillende varianten en bijbehorende criteria. Dwingen de grondslagen van opvolgend werkgeverschap tot deze differentiatie (en complexiteit) of juist tot meer uniformiteit?

6.4 DE RATIO VAN OPVOLGEND WERKGEVERSCAP EN VAN ANCIËNNITEIT

Functies en effecten van anciënniteit

Door opvolgend werkgeverschap wordt de identiteit tussen twee rechtssubjecten voor de toepassing van een concrete rechtsregel weggedacht (vereenzelviging in formele zin). De vraag waarom vereenzelviging gerechtvaardigd is, is afhankelijk van de grondslag(en) van deze concrete regel. Bij alle regelingen waar opvolgend werkgeverschap wordt toegepast, is de duur van de arbeidsovereenkomst – met andere woorden: anciënniteit – een van de essentiële rechtsfeiten, met als uitzondering de Ragetlie-regel. De (mogelijke) grondslagen van op anciënniteit gebaseerde werknemersbescherming zouden dus van invloed moeten zijn op de uitleg van opvolgend werkgeverschap.

Anciënniteit heeft in het arbeidsrecht twee verschillende functies. De eerste functie is de wachttijdfunctie: anciënniteit wordt gebruikt als maatstaf op basis waarvan de rechtsbescherming van werknemers een zekere tijd wordt uitgesteld (het kortetermijneffect van anciënniteit). De wachttijdfunctie wordt toegepast bij de proeftijdregeling, de ketenregeling, de vaststelling van het recht op een transitievergoeding (deze drempelperiode van twee jaar komt mogelijk te vervallen), de termijnen voor uitzendkrachten (het uitzendbeding en de uitgestelde toepassing van de ketenregeling), de Wet flexibel werken, de loonrisicoverdeling en de opbouw van pensioen. Bij de tweede functie is anciënniteit de maatstaf op basis waarvan de werknemersbescherming gedurende de arbeidsovereenkomst geleidelijk toeneemt; de opbouwfunctie (het langetermijneffect). De opbouwfunctie van anciënniteit wordt toegepast bij de berekening van de duur van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn en herplaatsingstermijn en de hoogte van de transitievergoeding. Dezelfde functie speelt ook een rol bij het afspiegelingsbeginsel met als verschil dat de door anciënniteit toegelaten bescherming van een werknemer een nadelig effect heeft op de bescherming van zijn collega's. De Ragetlie-regel heeft geen direct verband met een van de twee functies van anciënniteit, maar heeft wel een indirecte – althans historische – relatie met anciënniteit. De oorsprong van de Ragetlie-regel ligt namelijk in de berekening van de opzegtermijn aan de hand van de duur van de arbeidsovereenkomst.

Deze meer 'technische' functies en effecten van anciënniteit zeggen nog weinig over de grondslagen. De mogelijke grondslagen zijn zeer divers en niet eenvoudig te achterhalen. Met enige welwillendheid kan een drietal grondslagen worden benoemd, welke vervolgens kunnen worden onderverdeeld in subcategorieën.

Eerste grondslag: voorkoming van willekeur door werkgever

Onder de eerste grondslag vallen regels waarbij anciënniteit wordt gebruikt als berekeningsinstrument ter voorkoming van willekeur in de besluitvorming van de werkgever. Vanuit die gedachte strekt anciënniteit tot (1) bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie door de werkgever of (2) tot objectieve vaststelling van kennis, vaardigheden en ervaring van de werknemer. Anciënniteit als bescherming tegen willekeur van de werkgever zou in verband kunnen worden gebracht met de proeftijdregeling, de ketenregeling, de termijnen voor uitzendkrachten, het afspiegelingsbeginsel en de loonrisicoverdeling. De objectieve vaststelling van kennis, vaardigheden en ervaring van de werknemer is vooral van belang bij cao's waarbij het loon mede afhankelijk is van de anciënniteit van een werknemer.

Tweede grondslag: evenwichtige verdeling tussen werknemersbescherming en werkgeversrisico's

Onder deze grondslag vallen regels waarbij anciënniteit wordt gebruikt als wachttijd en via deze wachttijd de – mogelijke – nadelige gevolgen voor de werkgever bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst (op de korte termijn) worden gecorrigeerd. Deze op anciënniteit gebaseerde regels moeten leiden tot een evenwichtige verdeling tussen werknemersbescherming en werkgeversrisico's. Via een wachttijd wordt de rechtsbescherming van een werknemer gedurende een zekere tijd uitgesteld. Anciënniteit als wachttijd wordt gerechtvaardigd door de gedachte dat (1) de vaststelling van een volwaardige en bestendige arbeidsrelatie enige tijd behoeft, (2) de financiële risico's die voor de werkgever verbonden zijn aan de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst moeten worden beperkt en (3) de uitvoeringskosten van een pensioenuitvoerder moeten worden beperkt. Deze grondslag zou een rechtvaardiging kunnen zijn voor de proeftijdregeling, de ketenregeling, de drempelperiode van twee jaar bij de vaststelling van de transitievergoeding, de termijnen voor uitzendkrachten, de wachttijd bij de Wet flexibel werken en de afwijking bij de loonrisicoverdeling. Het voorkomen van onredelijke kosten voor een pensioenuitvoerder vormt een mogelijke rechtvaardiging voor de wachttijd en drempelperiode voor de pensioenopbouw.

Derde grondslag: (toenemende) zorgplicht werkgever

Deze grondslag vloeit voort uit de gedachte dat de zorgplicht van een werkgever jegens een werknemer gaandeweg toeneemt. Rond deze gedachte kunnen drie subcategorieën worden geschaard, te weten: (1) trouwe dienst moet worden beloond en zorgplichten nemen toe, (2) anciënniteit biedt een adequate methode voor de berekening van de compensatie voor de als gevolg van ontslag verloren investeringen van de werknemer in zijn *firm-specific skills* en (3) anciënniteit biedt een adequate methode voor de berekening van de compensatie voor het gebrek aan investeringen door de werkgever in de kennis en vaardigheden van de werknemer. Deze grondslag houdt een duidelijk verband met de berekening van de hoogte van de transitievergoeding, het afspiegelingsbeginsel en de berekening van de duur van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn en de herplaatsingstermijn. Voor andere regelingen is de link tussen deze grondslag en anciënniteit niet aanwezig (althans alleen heel indirect).

Combinatie bij afspiegelingsbeginsel

Een bijzondere combinatie tussen de eerste en tweede grondslag ligt wellicht (mede) ten grondslag aan het afspiegelingsbeginsel. Anciënniteit – zo kan worden betoogd – is een objectieve maatstaf voor de vaststelling van de kennis, vaardigheden en ervaring van een werknemer (de eerste grondslag: voorkoming van willekeur in de besluitvorming van de werkgever door een objectieve maatstaf). Een werkgever – zo kan eveneens worden betoogd – heeft in de kennis en vaardigheden van de werknemer geïnvesteerd. Een werkgever heeft een financieel belang bij het behoud van deze werknemer, zodat de werkgever optimaal profiteert van zijn investering (de tweede grondslag: een evenwichtige verdeling tussen werknemersbescherming en werkgeversrisico's). Bij een reorganisatie zou op basis van rechtseconomische en bedrijfseconomische argumenten daarom kunnen worden verdedigd dat het behoud van een werknemer met relatief veel anciënniteit en het ontslag van minder ervaren werknemers in het belang van de werkgever is.

Vervolg vragen

De beschrijving van deze grondslagen leidt tot twee vragen die nadere aandacht behoeven. In de eerste plaats: overtuigen de argumenten voor deze grondslagen? Het antwoord op die vraag bepaalt namelijk (mede) de rechtvaardiging van opvolgend werkgeverschap als juridisch concept. Zonder een overtuigende grondslag voor op anciënniteit gebaseerde werknemersbescherming komt de rechtvaardiging van opvolgend werkgeverschap in de lucht te hangen. In de tweede plaats: indien één of meer van deze grondslagen (kunnen) worden aanvaard, welke gevolgen hebben deze grondslagen dan voor de criteria van opvolgend werkgeverschap? Mogelijk dwingen deze grondslagen juist tot een andere interpretatie van opvolgend werkgeverschap dan de door de wetgever en Hoge Raad gegeven uitleg.

6.5 GEEN OVERTUIGENDE BASIS, WEL NOODZAKELIJK

Aanvullende rechtsbescherming van de werknemer in geval van bijvoorbeeld een bedrijfsovername, een draaideurconstructie of een aanbestedingsprocedure is zeer goed verdedigbaar. Opvolgend werkgeverschap biedt in die situaties echter niet de door velen gewenste rechtsbescherming. Opvolgend werkgeverschap heeft geen behoud van de bestaande rechtspositie van de werknemer tot gevolg en resulteert evenmin in een gedwongen overname van personeel (geen rechtsopvolging). Niet de bescherming van de bestaande rechtspositie van de werknemer (dat wil zeggen: het behoud van bedongen arbeidsvoorwaarden) staat centraal bij opvolgend werkgeverschap, maar (via een vorm van vereenzelviging in formele zin) de toepassing van een regeling in een concreet geval. Bij al deze regelingen is opvolgend werkgeverschap een hulpmiddel voor de berekening van de duur van een dienstverband, van de anciënniteit van de werknemer (met uitzondering van wellicht de Ragetlie-regel). Het probleem is echter dat de grondslagen voor werknemersbescherming op basis van anciënniteit niet overtuigen, althans in zeer beperkte mate.

De eerste hiervoor genoemde grondslag heeft betrekking op de gedachte dat op anciënniteit gebaseerde werknemersbescherming willekeur van de werkgever voorkomt. De meest fundamentele kritiek op deze gedachte is dat de keuze voor anciënniteit als criterium evenzeer willekeurig is. Daarnaast hebben juist werknemers met korte dienstverbanden vaak een relatief zwakke arbeidsmarktpositie. Anciënniteit is weliswaar objectief vast te stellen maar is in essentie een willekeurig middel en biedt mogelijk geen bescherming aan degenen die deze bescherming het hardst nodig hebben.

De tweede grondslag (kort gezegd: de correctie op de – mogelijke – nadelige gevolgen voor de werkgever bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst) heeft eveneens een wankelende basis. Het idee is dat de nadelige gevolgen voor een werkgever bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst moeten worden beperkt door de bescherming van de werknemer enige tijd uit te stellen. Maar wat rechtvaardigt een uitstel? Een mogelijk antwoord is: een betere balans tussen enerzijds de vergaande bescherming van de werknemer en anderzijds het belang van zowel werkgever als werknemer bij de bevordering van een snelle totstandkoming van een arbeidsovereenkomst (en dus zonder een al te groot risico voor de werkgever). Een ander – meer abstract en fundamenteel – idee achter de wachttijdfunctie zou kunnen zijn dat een werknemer alleen bij een volwaardige en bestendige arbeidsrelatie een vergaande bescherming ‘verdient’ en dat anciënniteit een adequaat meetinstrument is voor de vaststelling van die volwaardige en bestendige arbeidsrelatie. Beide gedachten – de beperking van de risico’s voor de werkgever respectievelijk alleen volledige bescherming bij een volwaardige en bestendige arbeidsrelatie – resulteren echter in een minimalisering van de rechtsbescherming van veel werknemers die een relatief zwakke arbeidsmarktpositie hebben. De wachttijdfunctie vergroot de bekende kloof tussen *insiders* en *outsiders* op de arbeidsmarkt. Daarnaast is weinig overtuigend dat werknemers met een kortdurende arbeidsrelatie principieel minder recht hebben op bescherming.

De derde grondslag (kort gezegd: de met de jaren toenemende zorgplicht van de werkgever) is voor velen wellicht zelfevident, een *truism*, maar de argumenten voor deze grondslag zijn oppervlakkig en elke poging tot verdere uitwerking van deze grondslag leidt tot gezochte en onbewezen theorieën. Uiteraard hechten veel werkgevers waarde aan de loyaliteit van een werknemer, maar dat belang brengt niet mee dat de rechtsbescherming daarom gedurende de arbeidsrelatie alsmaar moet toenemen (en dus in de beginjaren van de arbeidsrelatie relatief beperkt moet zijn). De reeds genoemde argumenten tegen een op anciënniteit gebaseerd systeem van rechtsbescherming gelden in even sterke mate voor deze grondslag. Men zou zelfs kunnen stellen dat werknemers die langer in dienst zijn in veel gevallen een stevige positie binnen de arbeidsorganisatie hebben verworven en daarom minder bescherming nodig hebben. Met een keuze voor in tijd afnemende rechtsbescherming zou men echter dezelfde fout maken als de wetgever nu heeft gemaakt. In een omgekeerd systeem wordt de rechtsbescherming van de werknemer immers nog steeds in vergaande mate beïnvloed door anciënniteit, een weinig overtuigend criterium.

De kritiek op anciënniteit als maatstaf voor werknemersbescherming brengt niet mee dat de werknemersbescherming in algemene zin te hoog ligt of – het tegenovergestelde – dat de risico's voor de werkgever bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld worden overschat. De weinig overtuigende grondslagen bevestigen slechts dat de wetgever met een op anciënniteit gebaseerd systeem van werknemersbescherming een ongefundeerde keuze maakt (zonder dat een uitspraak wordt gedaan over de gewenste mate van werknemersbescherming). Anciënniteit leidt tot een ongefundeerde differentiatie van werknemersbescherming aan de hand van de duur van het dienstverband.

Omdat een op anciënniteit gebaseerd systeem van werknemersbescherming niet althans in zeer beperkte mate overtuigt, treft opvolgend werkgeverschap als hulpmiddel voor de berekening van anciënniteit hetzelfde lot. De criteria van opvolgend werkgeverschap zouden moeten worden uitgewerkt aan de hand van de grondslagen voor werknemersbescherming op basis van anciënniteit, maar die grondslagen overtuigen niet. Opvolgend werkgeverschap is binnen het *bestaande* systeem van werknemersbescherming desalniettemin noodzakelijk. Zonder opvolgend werkgeverschap zou anciënniteit uitsluitend worden vastgesteld aan de hand van de duur van de opvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever. Een beperking tot dezelfde – formele – werkgever maakt een op anciënniteit gebaseerd systeem van werknemersbescherming niet alleen misbruikgevoelig (bijvoorbeeld via draaieurconstructies), maar maakt dit willekeurige systeem van werknemersbescherming nog grilliger (zie ook hiervoor: gesloten normen met formele criteria rechtvaardigen eerder een toevlucht tot vereenzelviging). Zonder opvolgend werkgeverschap is niet langer de duur van de arbeidsverhouding met dezelfde arbeidsorganisatie maatgevend voor de werknemersbescherming, maar slechts de duur van de arbeidsrelatie met een formele werkgever.

Tot slot volgen nog enkele opmerkingen over de Ragetlie-regel en opvolgend werkgeverschap. De Ragetlie-regel houdt geen (althans slechts een heel indirect) verband met anciënniteit. De gedachtegang achter de Ragetlie-regel is desondanks evenmin overtuigend. De Ragetlie-regel past niet in de huidige systematiek van het ontslagrecht. De regel heeft zijn oorsprong in de berekening van de opzegtermijn aan de hand van de duur van de arbeidsovereenkomst. Tot aan de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid bepaalde het BW dat een voor bepaalde tijd voortgezette arbeidsovereenkomst slechts kon eindigen door voorafgaande opzegging. Die bepaling strekte ertoe te voorkomen dat de werkgever een langere opzegtermijn kon ontlopen door steeds opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten. Vanuit deze regel heeft zich gaandeweg een nieuwe regel ontwikkeld, namelijk de Ragetlie-regel, die ertoe strekt te voorkomen dat een werknemer lichtzinnig zijn ontslagbescherming prijsgeeft door in te stemmen met een omzetting van zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De Ragetlie-regel is – gezien de overige regels ter bescherming van de werknemer tegen een ondoordachte instemming met ontslag – niet langer nodig. En die conclusie brengt met zich dat opvolgend werkgeverschap in relatie tot de Ragetlie-regel evenmin noodzakelijk is.

6.6 AANPASSING EN UNIFORMERING CRITERIA

De wetgever en de Hoge Raad hebben opvolgend werkgeverschap nooit uitgewerkt aan de hand van de grondslagen van werknemersbescherming op basis van anciënniteit. De toepassing van opvolgend werkgeverschap was altijd een reactie op een bepaalde praktijk die voor de werknemersbescherming nadelig is of kan zijn, zoals bedrijfsovernames, concernvorming, draaideurconstructies, doorstartscenario's en aanbestedingen (concessies). Deze situaties vragen uiteraard bijzondere aandacht voor de rechtspositie van de werknemer, maar vormen een slecht uitgangspunt voor de nadere uitwerking van opvolgend werkgeverschap indien niet in de eerste plaats wordt gekeken naar de grondslagen van de regels waar opvolgend werkgeverschap wordt toegepast – meer in het bijzonder de grondslagen van anciënniteit als criterium voor de mate van werknemersbescherming. De wetgever en Hoge Raad zijn nimmer geslaagd in de formulering van duidelijke, hanteerbare en tijdbestendige criteria voor opvolgend werkgeverschap. In plaats van verduidelijking en uniformering treedt een ingewikkelde differentiatie op. De enige constante is de gestage uitbreiding van het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap. Die uitbreiding loopt nagenoeg synchroon met een werknemersbescherming die in toenemende mate is gebaseerd op anciënniteit.

Hoewel de grondslagen van werknemersbescherming op basis van anciënniteit een flinterdunne basis hebben, vormen diezelfde grondslagen wel het enige houvast voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap. Opvolgend werkgeverschap is immers slechts een hulpmiddel voor de vaststelling van de 'juiste' anciënniteit. Deze grondslagen kunnen aanknopingspunten bieden voor de beantwoording van de vraag in welke gevallen de anciënniteit van de werknemer mede op basis van het arbeidsverleden van deze werknemer bij één of meer eerdere werkgevers moet worden berekend. Hieronder volgt een opsomming van de subcategorieën van deze grondslagen en de relatie met de uitleg van opvolgend werkgeverschap:

1. *Bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie* – Als alleen deze gedachte ten grondslag zou liggen aan anciënniteit dan zou opvolgend werkgeverschap kunnen worden beperkt tot evidente misbruiksituaties, zoals draaideurconstructies.
2. *Objectieve vaststelling van kennis, vaardigheden en ervaring* – Het antwoord op de vraag welke dienstjaren mee moeten tellen, hangt af van een andere (tweede) vraag: welke kennis, vaardigheden en ervaring zijn relevant? Afhankelijk van het antwoord op die tweede vraag, richt anciënniteit zich op de dienstjaren binnen een professie, de arbeidsorganisatie, het concern of de bedrijfstak. Opvolgend werkgeverschap zou in relatie tot deze subcategorie dus op eenzelfde wijze moeten worden uitgelegd.
3. *Vaststelling van een volwaardige en bestendige arbeidsrelatie* – De gedachte zou kunnen zijn dat een werknemer eerst zijn plek binnen de arbeidsorganisatie moet 'verdienen'. Pas na een zekere periode ontstaat een volwaardige arbeidsrelatie. Indien deze gedachte tot uitgangspunt wordt genomen is voor de beoordeling van opvolgend werkgeverschap uitsluitend relevant of de werknemer voor dezelfde arbeids-

organisatie is blijven werken. Of de werknemer nog dezelfde werkzaamheden verricht is niet – althans minder – relevant.

4. *Beperking financiële risico's werkgever* – Aanname van personeel brengt financiële risico's voor de werkgever mee. De gedachte is dat deze risico's alleen bij een (meer) bestendige arbeidsrelatie aanvaardbaar zijn, althans dat deze risico's dan kleiner zijn. De nadere invulling van opvolgend werkgeverschap lijkt in relatie tot deze subcategorie aan te sluiten bij de hiervoor genoemde subcategorie. Anders gezegd, werkt de werknemer nog voor dezelfde arbeidsorganisatie? En ook bij deze subcategorie lijkt niet – althans minder – relevant of de werknemer nog dezelfde werkzaamheden verricht.
5. *Beperking uitvoeringskosten pensioenuitvoerder* – Deze subcategorie sluit volledig aan bij de dienstjaren binnen de bedrijfstak waarvoor de pensioenregeling geldt. Opvolgend werkgeverschap zou in relatie tot de wachttijd en drempelperiode voor pensioenopbouw moeten worden toegepast bij alle werkgevers die onder dezelfde pensioenuitvoerder vallen.
6. *Trouwe dienst en toenemende zorgplicht* – Voor zover anciënniteit als meetinstrument voor trouwe dienst fungeert, ligt een aansluiting bij dienstjaren binnen dezelfde arbeidsorganisatie voor de hand. Minder relevant is of de werknemer nog dezelfde werkzaamheden verricht. Ook andere criteria, zoals 'zodanige banden' of 'het volgen van zijn werk', zijn weinig zinvol.
7. *Berekeningsinstrument voor verloren investeringen in firm-specific skills* – Deze gedachte dwingt naar haar aard tot een berekening van het aantal dienstjaren binnen dezelfde arbeidsorganisatie (want: 'firm-specific').
8. *Berekeningsinstrument voor compensatie voor gebrek aan investeringen door werkgever* – Deze gedachte heeft nauwelijks een link met opvolgend werkgeverschap. Waarom zou een nieuwe werkgever 'aansprakelijk' zijn voor het gebrek aan investeringen bij de vorige werkgever? Deze gedachte pleit eerder voor een compensatie bij het einde van elke arbeidsrelatie en geen toepassing van opvolgend werkgeverschap.

De meeste grondslagen en subcategorieën dwingen tot een uitleg van opvolgend werkgeverschap waarbij relevant is of de werknemer nog voor dezelfde arbeidsorganisatie werkt. Deze uitleg – 'de werknemer blijft werkzaam voor dezelfde arbeidsorganisatie' – zou daarom centraal moeten staan bij de beoordeling van opvolgend werkgeverschap. Slechts in bijzondere gevallen zou een ander (of aanvullend) criterium moeten worden toegepast. Het criterium 'dezelfde arbeidsorganisatie' benadrukt dat de wetgever en rechter in hun zoektocht naar de juiste interpretatie van opvolgend werkgeverschap een verkeerde koers varen. Alle door de wetgever en Hoge Raad aangedragen criteria – zoals dezelfde werkzaamheden, zodanige banden en de aanleiding van de werkgeverswissel – zijn vanuit de mogelijke grondslagen van anciënniteit als basis voor werknemersbescherming irrelevant. De uitdaging is om vast te stellen in welke gevallen (nog) sprake is van 'werkzaam voor dezelfde arbeidsorganisatie'. Mogelijke gezichtspunten zouden bijvoorbeeld kunnen zijn: (1) de werknemer werkt met dezelfde personen samen, (2) de werknemer blijft werken binnen dezelfde groep (hetzelfde concern) en die groep voert (deels) een uniform (personeels)beleid en/of (3) de werkzaamheden van de werknemer blijven ten dienste staan van dezelfde ondernemer.

Een uniforme uitleg van opvolgend werkgeverschap zou kunnen worden opgenomen in 'Afdeling 1. Algemene bepaling' van Titel 10, Boek 7 BW. Die nieuwe bepaling zou als volgt kunnen luiden:

'Onder een nieuwe en/of opvolgende arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en dezelfde werkgever wordt tevens verstaan een nieuwe en/of opvolgende arbeidsovereenkomst tussen dezelfde werknemer en een andere werkgever, indien en voor zover deze werknemer redelijkerwijze geacht kan worden voor dezelfde arbeidsorganisatie werkzaam te blijven.'

Deze bepaling biedt met de woorden 'indien en voor zover' en 'redelijkerwijze' nog voldoende ruimte voor een afweging van de omstandigheden in een concreet geval. Tegelijkertijd hoeft de rechtspraak slechts te werken met één concrete regel. Ook met deze uniforme regel zal de beoordeling in de praktijk niet altijd eenvoudig zijn, bijvoorbeeld bij werkgeverswissels binnen concerns, bij bedrijfsovernames waarbij de arbeidsorganisatie aanzienlijk wijzigt en bij werkgeverswissels naar aanleiding van aanbestedingsprocedures. Nadere stelregels voor opvolgend werkgeverschap zijn echter onwenselijk. Al snel ontwikkelen zich (wederom) criteria die ver verwijderd zijn van de grondslagen van een op anciënniteit gebaseerd systeem van werknemersbescherming. De rechter moet steeds acht blijven slaan op deze grondslagen, hoewel die grondslagen niet erg overtuigend zijn. Aansluiting bij het ondernemingsbegrip zoals bedoeld in de regeling omtrent overgang van onderneming biedt in ieder geval weinig verduidelijking. De systematiek van deze regeling sluit niet aan bij de grondslagen van anciënniteit. Een analogie met artikel 7:662 en verder BW miskent dat het antwoord op de vraag of een werkgeverswissel kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap niet verbonden is aan de vraag of sprake is van een overgang van een onderneming, maar aan de grondslagen van anciënniteit (omgekeerd is wel van belang dat volgens het Europese Hof van Justitie na een overgang van een onderneming bij de berekening van anciënniteit afhankelijke – financiële – rechten, die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst met de vervreemder, wel rekening moet worden gehouden met de dienstjaren bij de vervreemder). Aansluiting bij het begrip 'onderneming' zoals opgenomen in artikel 1 lid 1 onder c Wet op de ondernemingsraden ligt voor de interpretatie van opvolgend werkgeverschap wellicht eerder voor de hand, juist omdat in die wet de wachttijdfunctie van anciënniteit wordt toegepast. Maar voor aansluiting bij het begrip onderneming als bedoeld in de Wet op de ondernemingsraden is voorzichtigheid geboden. Men moet voor de beoordeling of sprake is van opvolgend werkgeverschap immers telkens terugvallen op de grondslagen van anciënniteit (en de Wet op de ondernemingsraden biedt voor die beoordeling als zodanig weinig houvast). Voor de uitleg van de wachttijd zoals opgenomen in de Wet op de ondernemingsraden zou men ook moeten terugvallen op de grondslagen van deze wachttijdfunctie (en dus van anciënniteit).

6.7 SLOTOPMERKING: AANPASSING OF GRONDIGE HERZIENING?

De resultaten van dit onderzoek geven – tezamen beschouwd – een tegenstrijdig beeld van het fenomeen opvolgend werkgeverschap. De onderzochte grondslagen van werknemersbescherming op basis van anciënniteit – en dus tevens van opvolgend werkgeverschap als hulpmiddel voor de berekening van de anciënniteit – overtuigen niet, althans slechts in zeer beperkte mate. Opvolgend werkgeverschap leidt bovendien tot vereenzelviging in formele zin – een vermogensrechtelijke noodgreep. Tegelijkertijd is de (ruime) toepassing van opvolgend werkgeverschap wel nodig in een stelsel waarin de bescherming van werknemers in toenemende mate is gebaseerd op de duur van de arbeidsovereenkomst. Het dilemma is evident: opvolgend werkgeverschap is een onderdeel van een vrij willekeurig systeem van rechtsbescherming, maar zonder opvolgend werkgeverschap wordt dit systeem nog grilliger. Voor de uitwerking van de criteria voor de beoordeling of een werkgeverswissel kan worden aangemerkt als opvolgend werkgeverschap, dient men veronderstellenderwijs – en tegen beter weten in – tot uitgangspunt te nemen dat (in elk geval een aantal van) de genoemde grondslagen overtuigen. Die grondslagen bieden argumenten voor een herziening en uniformering van de huidige criteria van opvolgend werkgeverschap. Ook het overgangsrecht rondom opvolgend werkgeverschap zou met de introductie van een nieuwe en uniforme maatstaf van opvolgend werkgeverschap kunnen worden vereenvoudigd (of zelfs volledig overbodig kunnen worden). Daarnaast is gezien deze grondslagen verdedigbaar dat ambtelijke aanstellingen en sommige opdrachtrelaties moeten meetellen voor de berekening van de anciënniteit. Maatwerk blijft ondanks deze uniformering wel nodig. Zo zou voor de problematiek rondom een doorstart na faillissement kunnen worden bepaald dat voor de vaststelling van het recht op een transitievergoeding na de doorstart een (nieuwe) wachttijd van een of twee jaar geldt. Alleen als de doorstarter na die periode tot ontslag overgaat, zou bij de vaststelling van de hoogte van de transitievergoeding rekening kunnen worden gehouden met alle eerdere dienstjaren bij de faillierde werkgever. Deze exceptie is dan gebaseerd op het streven naar maximalisatie van werkgelegenheidsbehoud bij een doorstart.³

Bij een herziening en uniformering van de criteria van opvolgend werkgeverschap blijft de koppeling tussen anciënniteit en werknemersbescherming bestaan, terwijl die koppeling eigenlijk niet overtuigt (met uitzondering van wellicht de proeftijdregeling). Een grondigere herziening zou wellicht moeten inhouden dat anciënniteit niet of slechts bij uitzondering van invloed is op de mate van werknemersbescherming. Een anciënniteitvrij systeem van werknemersbescherming heeft echter vergaande consequenties. Zo is de contractuele ruimte voor de werkgever om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te sluiten thans volledig afhankelijk van de totale duur van de arbeidsrelatie met een werknemer (inclusief voorafgaande arbeidsovereenkomsten en rekening houdend met opvolgend werkgeverschap). De mogelijkheid tot het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zou in een anciënniteitvrij systeem

3 De invoering van een nieuwe wachttijd na faillissement is echter niet waarschijnlijk, omdat op grond van het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans de wachttijd voor het recht op de transitievergoeding waarschijnlijk komt te vervallen.

nog slechts mogelijk zijn ingeval de aard van de werkzaamheden daartoe noodzaakt. En ontslagvergoedingen kunnen in een anciënniteitvrij systeem niet langer op basis van de duur van de arbeidsovereenkomst worden vastgesteld, met als gevolg dat de uitkomst van een ontslagzaak minder voorspelbaar wordt. Met de afschaffing van anciënniteit als maatstaf voor werknemersbescherming, zou ook het volledige bouwwerk rondom de uitzendovereenkomst op losse schroeven komen te staan. Alle flexibiliteit die artikel 7:691 BW aan uitzendwerkgevers biedt, is immers gebaseerd op de wachttijdfunctie van anciënniteit.

Samenvattend, opvolgend werkgeverschap is een noodzakelijke vorm van vereenzelving ter voorkoming van (verdere) willekeur in een systeem van anciënniteitafhankelijke werknemersbescherming. De huidige criteria van opvolgend werkgeverschap behoeven wel aanpassing en uniformering. De grondslagen van anciënniteitafhankelijke werknemersbescherming bieden aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag of en wanneer sprake zou moeten zijn van opvolgend werkgeverschap en dus voor aanpassing en uniformering van de criteria, hoewel deze grondslagen als zodanig niet overtuigen. In een systeem van anciënniteitafhankelijke werknemersbescherming heeft men geen andere keuze dan deze grondslagen bij de uitleg van opvolgend werkgeverschap in acht te nemen. Het alternatief, te weten: een anciënniteitvrije vorm van werknemersbescherming, vereist een veel grondigere herziening van het arbeidsrecht.

SAMENVATTING

Dit onderzoek gaat over ‘opvolgend werkgeverschap’ binnen het Nederlandse arbeidsrecht. Juristen reserveren de aanduiding opvolgend werkgeverschap voor regelingen die van overeenkomstige toepassing zijn (verklaard) op opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers. Het aantal vindplaatsen van opvolgend werkgeverschap neemt al decennialang toe, maar de systematiek en kenmerken van opvolgend werkgeverschap en de achterliggende bedoeling (de ratio) blijven een *black box*.

Hoofdstuk 1 (de onderzoeksopzet) behandelt de probleemstelling, onderzoeksvraag, onderzoeksmethode en afbakening. Als uitgangspunt voor dit onderzoek geldt dat de rechtvaardiging voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap een diepgaand begrip van de juridische eigenschappen en de ratio van opvolgend werkgeverschap vereist. Dit onderzoek heeft tot doel deze eigenschappen en ratio in kaart te brengen. De onderzoeksvraag luidt:

Wat zijn de criteria en juridische gevolgen van opvolgend werkgeverschap en hoe verhouden deze criteria en gevolgen zich tot de ratio van opvolgend werkgeverschap respectievelijk andere concepten binnen het algemeen vermogensrecht?

Het onderzoek neemt een rechtspositivistisch perspectief als vertrekpunt, maar richt zich evenzeer op de (mogelijke) grondslagen van opvolgend werkgeverschap.

Hoofdstuk 2 (de context) beschrijft kort de veelheid aan regelingen die de rechtsbetrekking van een werkgever en werknemer (mede) aan de hand van de rechtsbetrekking tussen deze werknemer en een vorige werkgever vormgeven, alsmede het onderscheid tussen deze regelingen enerzijds en opvolgend werkgeverschap anderzijds. Daarna volgt een beschrijving van de regelingen waar opvolgend werkgeverschap voorkomt. Tot slot wordt ingezoomd op de historische ontwikkeling van opvolgend werkgeverschap. Uit de analyse in dit hoofdstuk blijkt dat opvolgend werkgeverschap in juridisch-technische zin een andere functie vervult dan andere regelingen die de rechtspositie van de opvolgende werkgever vormgeven. Het *zijn* van een opvolgende werkgever is bij opvolgend werkgeverschap een van de rechtsfeiten. Bij de meeste andere regelingen is de situatie omgekeerd: als aan de criteria is voldaan, dan *wordt* een rechtssubject een opvolgende werkgever. Bijna alle regelingen waarin opvolgend

werkgeverschap voorkomt, hebben een gemeenschappelijk kenmerk, namelijk de duur van de arbeidsrelatie als rechtsfeit (met andere woorden: de anciënniteit van de werknemer). Voor de vaststelling van de duur van deze arbeidsrelatie tellen – in geval van opvolgend werkgeverschap – eerdere arbeidsovereenkomsten met andere werkgevers ook mee. Uit de rechtshistorische analyse blijkt dat de wetgever met opvolgend werkgeverschap nooit heeft beoogd alle bestaande rechten en verplichtingen van werknemers bij een overgang van de onderneming veilig te stellen, noch dat opvolgend werkgeverschap moet worden beschouwd als een voorloper of onderdeel van de regeling omtrent overgang van onderneming. De wetgever en de Hoge Raad lijken überhaupt geen eenduidige functie aan opvolgend werkgeverschap toe te kennen.

Hoofdstuk 3 (omtrent de criteria) bevat een analyse van de thans geldende criteria voor opvolgend werkgeverschap. Bij die analyse is een onderscheid gemaakt tussen de drie verschillende formuleringen van opvolgend werkgeverschap, kortweg aangeduid als de ‘originele variant’, de ‘variant Wet werk en zekerheid’ en de ‘*employability*-variant’. Naast deze drie varianten spelen ook driekwart dwingend recht en het overgangsrecht een rol. Het hoofdstuk bevat een overzicht van de criteria per regeling waarin opvolgend werkgeverschap voorkomt. Met een redelijke mate van zekerheid kan worden gesteld dat in beginsel voor alle regelingen waarin opvolgend werkgeverschap voorkomt het ‘dezelfdewerkzaamhedencriterium’ van toepassing is en dat daarnaast het ‘zodanigebandencriterium’ of het ‘aanleidingscriterium’ geldt (afhankelijk van de regeling alsmede het moment waarop de werkgeverswissel heeft plaatsgevonden). Rechtzoekenden moeten onder omstandigheden eveneens rekening houden met driekwart dwingend recht, een binnen een concern geldend *employability*-beleid en misbruiksituaties. De criteria zijn niet goed verankerd in een gezaghebbende wettekst en kunnen slechts worden ‘gevonden’ via een tamelijk willekeurige verzameling van losse opmerkingen van de regering en de Hoge Raad. Het merendeel van de (veronderstelde) criteria lijkt niet te berusten op een zorgvuldige afweging.

Hoofdstuk 4 (omtrent de ratio) borduurt voort op de conclusie dat de criteria vrij onduidelijk zijn, uiteenlopen en niet zijn gebaseerd op een zorgvuldige afweging. Daarom richt dit hoofdstuk zich op de vraag: wat zijn de grondslagen van opvolgend werkgeverschap? De beantwoording van die vraag volgt aan de hand van een verkenning van (1) de gedachte achter de bescherming van de ‘eigen’ arbeid respectievelijk (2) de mogelijke grondslagen van werknemersbescherming op basis van anciënniteit. Bescherming van de ‘eigen’ arbeid blijkt geen overtuigende grondslag voor opvolgend werkgeverschap te kunnen vormen. De mogelijke grondslagen van anciënniteit bieden meer aanknopingspunten. Anciënniteit fungeert binnen het arbeidsrecht als wachttijd voor de rechtsbescherming van de werknemer (het kortetermijneffect) of als maatstaf voor een met de duur van de arbeidsrelatie toenemende rechtsbescherming (het langetermijneffect): de wachttijdfunctie respectievelijk de opbouwfunctie. Drie mogelijke grondslagen kunnen met anciënniteit in verband worden gebracht, te weten: (1) anciënniteit als instrument ter voorkoming van willekeur in de besluitvorming van de werkgever, (2) anciënniteit als noodzakelijke correctie op (mogelijke) nadelige gevolgen voor de werkgever bij de totstandkoming van de arbeidsovereenkomst en (3) de gedachte dat de zorgplicht jegens de werknemer toeneemt naarmate

de arbeidsovereenkomst langer heeft geduurd. Deze grondslagen – die overigens weer kunnen worden onderverdeeld in subcategorieën – zijn echter niet gebaseerd op overtuigende argumenten. Door het gebrek aan overtuigende argumenten komt ook het hele idee achter opvolgend werkgeverschap ‘in de lucht te hangen’, want opvolgend werkgeverschap is in wezen niet meer dan het ‘samentellen’ van opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers. Zonder het concept van opvolgend werkgeverschap zou de op anciënniteit gebaseerde werknemersbescherming echter nog willekeuriger zijn. Opvolgend werkgeverschap is dus een noodzakelijk concept. Hoewel de mogelijke grondslagen van anciënniteit aanzienlijk verschillen, leiden al deze grondslagen tot het verdedigbare standpunt dat in de volgende twee situaties sprake zou moeten zijn van opvolgend werkgeverschap, te weten: (1) het geval waarin een werkgeverswissel kan worden aangemerkt als evident misbruik door werkgevers van het tussen die twee werkgevers bestaande identiteitsverschil en (2) het geval waarin een werknemer na een werkgeverswissel werkzaam blijft voor dezelfde arbeidsorganisatie.

Hoofdstuk 5 (de vermogensrechtelijke beschouwing) bevat een vergelijking met een drietal concepten die een functie vervullen in het algemeen vermogensrecht, te weten: (rechts)opvolging, vereenzelviging en toerekening. Opvolgend werkgeverschap blijkt vooral veel gelijkenissen te vertonen met vereenzelviging (waarbij overigens blijkt dat vereenzelviging kan worden onderverdeeld in vereenzelviging in formele zin en materiële zin). Deze grote gelijkenissen betekenen niet dat opvolgend werkgeverschap kan worden weggedacht uit het arbeidsrecht en vereenzelviging zou volstaan. Het concept opvolgend werkgeverschap bevordert kenbaarheid en rechtszekerheid. Daarnaast wordt voorkomen dat men – ten onrechte – tot uitgangspunt neemt dat vereenzelviging bij op anciënniteit gebaseerde werknemersbescherming aan de hand van dezelfde strenge toets uit *Rainbow Products/Ontvanger* moet worden beoordeeld.

Hoofdstuk 6 (de conclusies) vat de belangrijkste bevindingen samen. De juridische eigenschappen van opvolgend werkgeverschap worden omschreven alsook de criteria die voor de verschillende varianten van opvolgend werkgeverschap gelden. Verder wordt vastgesteld dat opvolgend werkgeverschap een noodzakelijke vorm van vereenzelviging is ter voorkoming van (verdere) willekeur in een systeem van anciënniteitafhankelijke werknemersbescherming. De huidige criteria van opvolgend werkgeverschap behoeven wel aanpassing en uniformering. De grondslagen van anciënniteitafhankelijke werknemersbescherming bieden aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag of en wanneer sprake zou moeten zijn van opvolgend werkgeverschap (hoewel deze grondslagen als zodanig niet overtuigen). Aanbevolen wordt een nieuwe uniforme regeling voor opvolgend werkgeverschap op te nemen in Titel 10, Boek 7 BW, waarbij voor de beoordeling van opvolgend werkgeverschap centraal komt te staan of de werknemer – ondanks de werkgeverswissel – nog voor dezelfde arbeidsorganisatie werkzaam is.

SUMMARY

This research concerns a legal concept within Dutch employment law, commonly referred to as ‘successive employership’ (*opvolgend werkgeverschap*), and that, alternatively, could be translated as ‘successive term of employment’ or ‘continuous employment after a change of employer’. Lawyers use the description of successive employership for schemes that are declared to apply *mutatis mutandis* to successive employment contracts with different employers. The number of schemes that include successive employership has been increasing for decades, however, the system and characteristics of successive employership and the underlying intention (the rationale behind this legal concept) remain a black box.

Chapter 1 (the research design) deals with the problem, research question, research method and scope. This research starts with the basic premise, that the justification for the application of successive employership requires a thorough understanding of the legal characteristics and the rationale of successive employership. This research aims to map out these characteristics and the rationale. The research question is:

What are the criteria and legal consequences of successive employership and how do these criteria and consequences relate to the rationale of successive employership and to other legal concepts within general property law?

This research takes legal positivism as a starting point, but also discusses the (possible) underlying principles and reasons.

Chapter 2 (the context) briefly describes the plethora of schemes that shape the legal relationship of an employer and employee (partly) on the basis of the – prior – legal relationship between this employee and a different employer, as well as the distinction between these schemes on the one hand and the legal concept of successive employership on the other. This is followed by a description of the schemes in which successive employership occurs. Finally, this chapter will zoom in on the historical development of the legal concept of successive employership. The analysis in this chapter shows that successive employership has a different legal function from other schemes that shape the legal position of the successive employer. *Being* a successive employer is one of the legal facts in successive employership. In most other schemes the situation is the opposite: if the criteria are met, then a party *becomes* a successive

employer. Nearly all schemes in which successive employership occurs have a common characteristic, namely: the duration of the employment relationship as a legal fact (in other words: the seniority of the employee). In the case of successive employership, preceding employment contracts with other employers are also taken into account to determine the duration of this employment relationship. The analysis of the legal history shows that the Dutch legislator, by using the legal concept of successive employership, never intended to safeguard all existing rights and obligations of employees in the event of a transfer of the company, nor that successive employership should be regarded as a precursor or part of the regulation regarding protection of employment during a transfer of an undertaking. The Dutch legislator and the Dutch Supreme Court (*Hoge Raad*) do not seem to assign any unambiguous function to successive employership at all.

Chapter 3 (regarding the criteria) contains an analysis of the current criteria for successive employership. In this analysis, a distinction is made between the three different formulations of successive employership, referred to briefly as the 'original version', the 'Work and Security Act (*Wet werk en zekerheid*) version' and the 'employability version'. In addition to these three versions, legal provisions that can only be contracted out of in a collective bargaining agreement (*collectieve arbeidsovereenkomst*) as well as transitional law are relevant. This chapter contains an overview of the criteria for each scheme in which successive employership occurs. With a reasonable degree of certainty it can be stated that – in principle – for all schemes in which successive employership occurs, the so-called 'same work criterion' (*het dezelfde werkzaamhedencriterium*) applies, and, in addition to that criterion, the so-called 'connectivity between employers criterion' (*het zodanigebandencriterium*) or the 'cause criterion' (*het aanleidingscriterium*) applies, depending on the specific scheme and the moment in time at which the change of employer has taken place. One must also, in certain circumstances, take into account legal provisions that can be contracted out of in a collective bargaining agreement, employability policies within a group, and evident misuse of legal personality. The criteria are not clearly laid down in an authoritative text and can only be 'found' through a rather arbitrary collection of miscellaneous remarks from the Dutch government and the Dutch Supreme Court. The majority of the (presumed) criteria do not seem to be based on careful consideration.

Chapter 4 (on the rationale) elaborates on the conclusion that the criteria are quite unclear, diverging and are not based on careful consideration. This chapter therefore focuses on the question: what are the underlying principles of successive employership? The answer to this question is based on an exploration of (i) the idea behind the protection of an employee's 'own' work (*eigen arbeid*) respectively (ii) the (possible) underlying principles of employee protection based on seniority (the length of service of the employee). Protection of the employee's 'own' work does not appear to be a convincing basis for successive employership. The possible underlying principles of seniority provide a more sufficient basis for further exploration. Seniority has two particular functions within Dutch employment law, namely: a waiting time (*wachttijd*) for the legal protection of the employee (the short-term effect of seniority) or a measuring standard for legal protection increasing with the duration of the employment

relationship (the long-term effect of seniority): the 'waiting time function' respectively the 'build-up function'. Three possible principles can be linked to seniority-based protection of the employee, namely: (i) seniority as an instrument to prevent arbitrariness in the decision-making process of the employer, (ii) seniority as a necessary correction to the (possible) adverse effects for the employer in the formation of an employment contract and (iii) the idea that the duty of care towards the employee increases as the employment contract lasts longer. However, these principles – which principles, it should be noted, can subsequently be subdivided into subcategories – are not based on convincing arguments. And because of the inadequate basis of these principles, the entire legal concept of successive employership is a dubious construct as well, since essentially successive employership is no more than to regard successive employment contracts with various employers in specific cases as equal to 'continuous employment with the same employer'. However, without the legal concept of successive employership, seniority-based employee protection would be even more arbitrary. Therefore, successive employership is a necessary tool. And although the possible principles of seniority-based employee protection differ considerably, it is highly arguable that all these principles lead to the conclusion that the following two situations should be regarded as cases of successive employership, namely: (i) the case where a change of employer can be regarded as manifest abuse by employers of the difference existing between the legal personality of these two employers, and (ii) the case where an employee remains working for the same (industrial) organization after a change of employer.

Chapter 5 (the analysis from a property law perspective) contains a comparison with three legal concepts that fulfill a function in general property law, namely: (legal) succession (*rechtsopvolging*), identification (*vereenzelviging*) and attribution (*toerekening*). Successive employership appears to show a lot of similarities with identification (which legal concept, as it turns out, can be subdivided into identification in a formal sense and a substantive sense). However, these similarities do not imply that the legal concept of successive employership is of no particular use and that identification would suffice. The concept of successive employership enhances the recognizability of particular legal consequences and legal certainty. In addition, the legal concept of successive employership also prevents that one would – erroneously – assume that identification in relation to seniority-based employee protection must be assessed on the basis of the same strict criteria ensuing from the Dutch Supreme Court's judgment in *Rainbow Products versus Ontvanger*.

Chapter 6 (the conclusions) summarizes the findings of this research. In this chapter, the legal characteristics of successive employership are described as well as the criteria that apply to the different versions of successive employership. It is argued that successive employership is a necessary form of identification (*vereenzelviging*) in order to prevent (further) arbitrariness in a system of seniority-dependent employee protection. Nevertheless, the current criteria of successive employership need adjustment and further harmonization. The underlying principles of seniority-dependent employee protection provide valid starting points for answering the question of whether and when one should consider a change of employer as successive employership (despite

the fact that these underlying principles are – as such – not very convincing). It is recommended to include a new uniform scheme for successive employership in Title 10, Book 7 of the Dutch Civil Code (*Burgerlijk Wetboek*), whereby the assessment of successive employership will focus on whether the employee – despite the change of employer – is still working for the same (industrial) organization.

LITERATUUR

Abraham & Medoff 1980

J.L. Medoff & K.G. Abraham, 'Experience, Performance, and Earnings', *The Quarterly Journal of Economics* (XCV) 1980, afl. 4, p. 703-736.

Abraham & Medoff 1981

J.L. Medoff & K.G. Abraham, 'Involuntary Terminations under Explicit and Implicit Employment Contracts', *NBER working paper series*, nr. 634, Cambridge, Massachusetts: National Bureau of Economic Research 1981.

Abraham & Medoff 1983-a

J.L. Medoff & K.G. Abraham, 'Length of service and the operation of internal labor markets', *NBER working paper series*, nr. 1085, Cambridge, Massachusetts: National Bureau of Economic Research 1983.

Abraham & Medoff 1983-b

K.G. Abraham & J.L. Medoff, 'Length of service, terminations and the nature of the employment relationship', *NBER working paper series*, nr. 1086, Cambridge, Massachusetts: National Bureau of Economic Research 1983.

Abraham & Medoff 1984

K.G. Abraham & J.L. Medoff, 'Length of Service and Layoffs in Union and Nonunion Work Groups', *Industrial and Labor Relations Review* (38) 1984, afl. 1, p. 87-97.

Abraham & Medoff 1985

K.G. Abraham & J.L. Medoff, 'Length of Service and Promotions in Union and Nonunion Work Groups', *Industrial and Labor Relations Review* (38) 1985, afl. 3, p. 408-420.

Aerts 2018

E. Aerts, Annotatie bij Rechtbank Zeeland-West-Brabant, *JIN* 2018/1.

Allegra 2016

C.S.M. Allegra, 'Deeltijdontslag en transitievergoeding: is bij deeltijdontslag de gehele transitievergoeding verschuldigd?', *ArbeidsRecht* 2016/13.

Asscher-Vonk & Hendriks 2005

I.P. Asscher-Vonk & A.C. Hendriks, *Gelijke behandeling en onderscheid bij de arbeid*, Deventer: Kluwer 2005.

Asser 2013

W.D.H. Asser, *Asser Procesrecht 3 Bewijs*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013

S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel III. Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Heerma van Voss 7-V 2015

G.J.J. Heerma van Voss, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel V. Arbeidsovereenkomst, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Lutjens 7-XI 2016

E. Lutjens, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel XI. Pensioen, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015

M.J. Kroeze (m.m.v. H. Beckman, M.A. Verbrugh), Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel I. De rechtspersoon, Deventer: Kluwer 2015.

Asser/Maeijer & Van Olffen 7-VII 2017

J.M.M. Maeijer & M. van Olffen, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel VII. Maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Perrick 4 2013

S. Perrick, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 4. Erfrecht en schenking, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Scholten Algemeen deel* 1974

G.J. Scholten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel *, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974.

Asser/Sieburgh 6-I 2016

C.H. Sieburgh, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Asser/Vranken Algemeen deel* 2005**

J.B.M. Vranken, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel ***, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Vranken Algemeen deel** 2014**

J.B.M. Vranken, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel ****. Een synthese, Deventer: Kluwer 2014.

Assink, Haak, De Jongh, Kroeze & Schild 2015

B. Assink, K. Haak, M. de Jongh, M. Kroeze & A. Schild, *De toekomst van het ondernemingsrecht. Het ondernemingsrecht van de toekomst* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 99), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Atkinsons 1984

J. Atkinsons, *Flexibility, Uncertainty and Manpower Management* (IMS Report No. 89), Institute of Manpower Studies: Brighton 1984.

Avci & Veldmaat 2009

A. Avci & B.H.E. Veldmaat, 'Dobbelen met factor A na doorstart vanuit faillissement', *ArbeidsRecht* 2009/44.

Barendrecht 1994

J.M. Barendrecht, 'Civielrechtelijke ontslagbescherming?', *TVVS* 1994/14.

Barendrecht 2004

J.M. Barendrecht, 'Een verfijndere kantonrechttersformule: de beste basis voor ontslagbescherming', *ArbeidsRecht* 2004/38.

Barentsen 2016

B. Barentsen, 'De Wwz in de publieke sector', *TRA* 2016/87.

Barentsen 2017

B. Barentsen, 'Normalisering ambtelijke rechtspositie', *NJB* 2017/420.

Barentsen 2018

B. Barentsen, 'All quiet aan het normaliseringsfront? Implementatie van de Wet normalisering ambtelijke rechtspositie', *TRA* 2018/20.

Barentsen & Erkens 2017

B. Barentsen & M.Y.H.G. Erkens, m.m.v. H.L. Doorn, 'Kroniek Rechtspraak Wwz', *TRA* 2017/27.

Baris 2007

A. Baris, 'De grondslagen van de ontslagvergoeding: geld of gelijkheid?', *ArA* 2007-2, p. 4-42.

Bartman 2017

S.M. Bartman, 'Cassatie als getal', *Ondernemingsrecht* 2017/7.

Bartman e.a. 2016

S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn & M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van der Beek 1992

H.L. van der Beek, *Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 1992.

Beltzer 2000

R.M. Beltzer, 'Groepswerkgeverschap en vereenzelviging bij overgang van onderneming', *SR* 2000-7/8, p. 213-219.

Beltzer 2004

R.M. Beltzer, 'De symbiose van het arbeidsrecht en het privaatrecht volgens de rechtspraak in 2003', *SR* 2004/2.

Beltzer 2007-a

R.M. Beltzer, 'Dertig jaar overgang van onderneming – een lijst van wensen', *SMA* 2007-2, p. 59 e.v.

Beltzer 2007-b

R.M. Beltzer, 'Over sinterklazen en de paashaas', *SMA* 2007-6, p. 211 e.v.

Beltzer 2008

R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008.

Beltzer 2012

R.M. Beltzer, 'De zaak Scattolon – één arrest, twee belangwekkende conclusies', *ArbeidsRecht* 2012/1.

Beltzer 2014-a

R.M. Beltzer, 'Het Parkwood-arrest: over statische incorporatie, noodzakelijke aanpassingen en vrijheid van ondernemerschap', *ArbeidsRecht* 2014/20.

Beltzer 2014-b

R.M. Beltzer, 'De uitleg van de Ragetlie-regel door de Hoge Raad: better safe than sorry of Klukkluki-aans?', *ArA* 2014-2, p. 50-62.

Beltzer 2014-c

R.M. Beltzer, 'Ex nihilo nihil fit', *AR Updates* 2014/218.

Beltzer 2015-a

R.M. Beltzer, 'Waarom zijn we normaal gaan vinden wat niet normaal is?', *ArA* 2015-4, p. 35-44.

Beltzer 2015-b

R.M. Beltzer, 'Enkele gedachten over de arbeidsovereenkomst in het concern', *O&F* 2015-4, p. 5-27.

Beltzer 2015-c

R.M. Beltzer, 'De arbeidsovereenkomst binnen het concern', in: R.M. Beltzer, F.G. Laagland & L. van den Berg, *Concernwerkgeverschap, Preadvies Levenbach* (Reeks VvA 43), Kluwer: Deventer 2015, p. 1-25.

Beltzer 2016

R.M. Beltzer, 'Overgang van wettelijke verplichtingen – het Hof van Justitie van de EU treedt wederom buiten contractuele grenzen', *ArA* 2016-3, p. 12-32.

Beltzer e.a. 2015

R.M. Beltzer e.a., *Handboek Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015.

Beltzer & Koopman 2012

R.M. Beltzer & F. Koopman, 'Overgang van onderneming in een triptiek: economische activiteiten, ancienniteit en cao's', *ArA* 2012-2, p. 36-51.

Beltzer & Schmeetz 2017

R.M. Beltzer & S. Schmeetz, 'Herplaatsing binnen het concern', *TvO* 2017-2, p. 64-74.

Beltzer & Zwemmer 2008

R.M. Beltzer & J.P.H. Zwemmer, 'De uitleg van artikel 43 van de schoonmaakcao: geen misbruik, geen overgang van onderneming?', *ArA* 2008-1, p. 99-111.

Bergwerf, Van Dijk & Houweling 2009

V.G.G. Bergwerf, W.F. van Dijk & A.R. Houweling, 'Tien jaar Wet Flexibiliteit en Zekerheid: reden voor een feestje?', *TAP* 2009-3 Special, p. 4-16.

Blair 1999

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.

Blanken 2014-a

J.J. Blanken, 'Vereenvoudiging was niet wenselijk, oftewel: het gewijzigde hoofdstuk 10d CAR/UWO en het VWNW-traject (deel 1)', *TAR* 2014/205, p. 247-255.

Blanken 2014-b

J.J. Blanken, 'Vereenvoudiging was niet wenselijk, oftewel: het gewijzigde hoofdstuk 10d CAR/UWO en het VWNW-traject (deel 2)', *TAR* 2014/207, p. 327-337

Bles 1907 Deel 3

A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst, Geschiedenis der wet van den 13den juli 1907 (deel 3)*, Den Haag: Boekhandel vh. Gebr. Belinfante 1907.

Bles 1907 Deel 4

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

De Blicke 2016

J. de Blicke e.a. (red.), *Vakstudie Loonbelasting en Premieheffingen*, Deventer: Wolters Kluwer (online).

Boot 2005

G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.

Boschma & Lennarts 1996

H.E. Boschma & M.L. Lennarts, 'Vereenzelviging van moeder- en dochtervennootschap ten gunste van de werknemer', *ArbeidsRecht* 1996/66.

Bosvelt & Ten Brinke 2017

F.B. Bosvelt & M.E. ten Brinke, 'Retailfaillissementen. Interview met de curatoren in de faillissementen van DA, Macintosh, McGregor, Miss Etam, MS Mode, USG en V&D', *TvI* 2017/29.

Bouwens 2007

W.H.A.C.M. Bouwens, 'Opvolgend werkgeverschap en faillissement', *SMA* 2007-3, p. 101-108.

Bouwens 2012

W.H.A.C.M. Bouwens, 'Opvolgend werkgeverschap', *Ars Aequi* 2012, p. 933-937.

Bouwens 2018

W.H.A.C.M. Bouwens, 'Het voetspoor van Smallsteps', *TRA* 2018/13.

Bouwens & Duk 2015

W.H.A.C.M. Bouwens & R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Bouwens, Roozendaal & Bij de Vaate 2015

W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal & D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, Amsterdam: 2015, online: rijksoverheid.nl, bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 33695, 9.

Brink 1986

M. Brink, 'Het anciënniteitsbeginsel', *SMA* 1986, p. 578-592.

Brink & Raaijmakers 1994

M. Brink & G.T.M.J. Raaijmakers, 'Last in, first out', *ArbeidsRecht* 1994/34.

Brunner 1991

C.J.H. Brunner, 'Algemene beginselen van overgangsrecht nieuw vermogensrecht', *WPNR* 1991/6007, p. 342-347.

Bungener 2008

A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in een vermogensrechtelijk perspectief* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2008.

Bungener 2008

A.F. Bungener, 'Doorwerking van het privaatrecht bij het wijzigen van de arbeidsovereenkomst', *SR* 2008/53.

Bungener 2016

A.F. Bungener, 'De nieuwe ketenregeling en de grenzen van flexibiliteit', *TRA* 2016/23.

De Casparis 2016

P. de Casparis, *Flexibele arbeidsrelaties*, C.40.8.2, in: *Praktijkboek Flexibele arbeidsrelaties*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 8 september 2016).

Chauvin 1994

K.W. Chauvin, 'Firm-Specific Wage Growth and Changes in the Labor Market for Managers', *Managerial and Decision Economics* (15) 1994, afl. 1, p. 21-37.

Christe 2015

D. Christe, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:653 BW, aant. 18.2, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 1 juni 2015).

Collier 2011

G. Collier, 'Time to Embrace No-Fault Dismissal', *IPA Review* 2011, januari, p. 39-41.

Dekker & Kleinknecht 2008

R. Dekker & A. Kleinknecht, 'Flexibel werk schaadt groei arbeidsproductiviteit', *ESB* april 2008, p. 56-60.

De Die 1991

B.C. de Die, 'Beginselen van Overgangsrecht', *Ars Aequi* 1991, p. 818-829.

Van Dis 2005

B. van Dis, 'De heroverweging van het anciënniteitsbeginsel bij ontslag: stand van zaken', *Ondernemingsrecht* 2005/33.

Dominicus 2011

J.F. Dominicus, Annotatie bij CRvB 30 november 2011, *JIN* 2012/73.

Van Dongen 1995

R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht. Rechtsvergelijkende beschouwingen over 'Piercing the corporate veil' in het interne en internationaal privaatrecht van Nederland, Duitsland, Zwitserland, New York en Texas* (diss. Rotterdam), Rotterdam: 1995.

Doornbos 2004

F.K. Doornbos, 'Ik wou dat ik één hondje was gebleven', *ArbeidsRecht* 2004/20.

Duk 2012

R.A.A. Duk, 'De Hoge Raad en het ontslag met wederzijds goedvinden', *TRA* 2012/34.

Van Eck 2001

M. van Eck, 'De invloed van wilsgebreken in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2001/16.

Engelsman & Van Slooten 2015

J.S. Engelsman & J.M. van Slooten, 'Het overgangsrecht van de Wet werk en zekerheid: technisch en belangrijk!', *TRA* 2015/3 en *TRA* 2015/13.

Van Es 2013

P.C. van Es, *GS Vermogensrecht*, art. 80 Boek 3 BW, aant. A4 en 7.1, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 1 mei 2013).

Even 2013

J.H. Even, 'Incorporeren na Parkwood', *TAP* 2013, p. 316-325.

Flanagan 1984

R.J. Flanagan, 'Implicit Contracts, Explicit Contracts, and Wages', *The American economic review* (74) 1984, afl. 2, p. 345-345.

Fouarge e.a. 2011

D. Fouarge e.a., *Flexible contracts and human capital investments* (RM/11/051), Maastricht: Research Centre for Education and Labour Market (ROA), Maastricht University 2011.

Gallie 1955

W.B. Gallie, 'Essentially Contested Concepts', *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, Vol. 56 (1955-1956), p. 167-198.

Gerbrandy 1954

S. Gerbrandy, *Het nieuwe ontslagrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954.

Gerlach 2016

V. Gerlach, 'Overgang van onderneming en derdenwerking: het GOM-arrest', *TAP* 2016/76.

Gerlach 2017

V. Gerlach, 'De bedingen van een ex-werknemer bij overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2017/10.

Van Geuns & Jansen 2012

E. van Geuns & M.V.E.E. Jansen, *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 332 Rv, aant. 15, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 11 juli 2012).

De Graaf 2008

H. de Graaf, 'Pensioenopbouw in uitzendarbeid', *ArbeidsRecht* 2008/52.

Grapperhaus 1995

F.B.J. Grapperhaus, *Werknemersconcurrentie. Beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzichte van zijn voormalig werkgever* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1995.

Grapperhaus 1997

F.B.J. Grapperhaus, 'Concurrentiebeding en artikel 7.10 BW: het schriftelijkheidsvereiste', *ArbeidsRecht* 1997/39.

Grapperhaus 2003

F.B.J. Grapperhaus, 'De positie van de bestuurder van de Nederlandse beursvennootschap', *Ondernemingsrecht* 2003, p. 416-423.

Grapperhaus 2006

F.B.J. Grapperhaus, *The end of the Affair on the ménage à trois of employment, contract and termination* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 2006.

Grapperhaus 2014

F.B.J. Grapperhaus, 'De toren van Babel en het in het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid beoogde nieuwe ontslagstelsel', *TRA* 2014/22.

C.J.H. de Groot 2014

C.J.H. de Groot, 'De flexmaatregelen van de Wet werk en zekerheid', *TAP* 2014/267.

E.W. de Groot 2018

E.W. de Groot, 'Opvolgend werkgeverschap en overgangsrecht, hoe zit dat nou? De Hoge Raad geeft uitsluit!', *TRA* 2018/18.

Van Haelst 2012

M.A. van Haelst, 'Reikwijdte "opvolgend werkgeverschap" na Van Tuinen-arrest', *TAP* 2012, p. 259-264.

Hammerstein & Vranken 2003

A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale Vergelijking* (Mon. nieuw BW A10), Deventer: Kluwer 2003.

Hansma 2004

R. Hansma, 'Anciënniteit raakt eindelijk uit de tijd', *NJB* 2004, p. 1484-1486.

Harenberg 1994

W.L. Harenberg, 'De draaideurconstructie: ontwikkelingen ná Campina', *ArbeidsRecht* 1994/33.

Harenberg 1997

W.L. Harenberg, 'Vier draaideurarresten op een rij: contouren van de verboden constructie worden zichtbaar', *ArbeidsRecht* 1997/4.

Harenberg 2000

W.L. Harenberg, 'Anciënniteit', *ArbeidsRecht* 2000/17.

Heemskerk 2013

M. Heemskerk, 'Gelijke behandeling en pensioen', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet – Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, p. 478-532.

Heerma van Voss 1992

G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan. De spanning tussen zekerheid van de dienstbetrekking en flexibiliteit van de onderneming* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1992.

Heerma van Voss 1999

G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht* (Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht, 29) (2e druk), Deventer: Kluwer 1999.

Heerma van Voss 2016

G.J.J. Heerma van Voss, Annotatie bij Hoge Raad, *NJ* 2016/379.

Heerma van Voss & E. Verhulp (red.) 2013

G.J.J. Heerma van Voss & E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht. Liber amicorum voor prof. mr. Paul F. van der Heijden*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

Van der Heijden & Noordam 2001

P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking* (Preadvies Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Helstone 2011

A.M. Helstone, 'De reikwijdte van medezeggenschap na overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2011/20.

Heyma & Van der Werff 2013

A. Heyma & S. van der Werff, *De sociaaleconomische situatie van langdurig flexibele werknemers* (SEO-rapport nr. 2013-09), Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2013, online: seo.nl.

Hoekzema 2015

J.W. Hoekzema, *GS Onrechtmatige daad VIII.7.1*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 12 september 2017).

Hoogendoorn & Ninck Blok 2017

M. Hoogendoorn & D. Ninck Blok, 'FNV/Smallsteps; door overgang van onderneming, naar ondergang van ondernemingen?', *NtEr* 2017-8, p. 211-218.

Hoogeveen 2007

E.M. Hoogeveen, 'De inlener en het werkgeverschap', *ArA* 2007-3, p. 4-35.

Hoogeveen 2018

E.M. Hoogeveen, Annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden, *JAR* 2018/237.

Hoppers 2016

F. Hoppers, 'Achterstallige pensioenpremies bij overgang van onderneming', *ArA* 2016-2, p. 53-75.

Houweling 2007

A.R. Houweling, 'Investeren in werkzekerheid Rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeeringsbeleid', *Ondernemingsrecht* 2007/77.

Houweling 2012

A.R. Houweling, *Eigenaardig arbeidsrecht. De grondslagen van een modern arbeidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

Houweling 2015

A.R. Houweling, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, 72 BW Boek 7, art. 668a, 2015, C.2, Den Haag: Sdu Uitgevers (online).

Houweling (red.) 2018

A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata II*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Houweling & Loonstra 2011-a

A.R. Houweling & C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Houweling & Loonstra 2011-b

A.R. Houweling & C.J. Loonstra, 'Toenemende verprivatisering van het arbeidsrecht?', *TAP* 2011-5, p. 172-181.

Houweling & Van der Voet 2013

A.R. Houweling & G.W. van der Voet, 'Uniform of gedifferentieerd arbeidsrecht', *ArA* 2013-2, p. 3-61.

Howe 2013

J. Howe, 'Poles apart? The Contestation between the Ideas of No Fault Dismissal and Unfair Dismissal for Protecting Job Security', *Industrial Law Journal* 2013-2, p. 122-150.

Huiskes 1996

C.R. Huiskes, 'Piercing the corporate veil in het Arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 1996/20.

Hutchens 1987

R.M. Hutchens, 'A Test of Lazear's Theory of Delayed Payment Contracts', *Journal of Labor Economics* (5) 1987, afl. 4, p. 153-170.

Ingelse 2012

P. Ingelse, 'Mede-ondernemen en concernenquête', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2012-1, p. 27-33.

Jacobs 1994-a

A.T.J.M. Jacobs, 'De arbeidsovereenkomst in het NBW', *NJB* 1994, p. 1035-1044.

Jacobs 1994-b

A.T.J.M. Jacobs, 'Naschrift', *NJB* 1994, p. 1425-1426.

James & Johnson 2000

H.S. James & D.M. Johnson, 'Just-Cause Provisions, Severance Pay, and the Efficiency Wage Hypothesis', *Managerial and Decision Economics* (21) 2000, p. 83-88.

N. Jansen 2014

N. Jansen, 'Parkwood: (vooral) oude wijn in nieuwe zakken', *ArA* 2014-1, p. 76-100.

S. Jansen & Wolters 2014

S. Jansen & S.W.G. Wolters, 'Wet Werk en Zekerheid: arbeidsrechtelijke veranderingen met gevolgen voor de insolventiepraktijk', *FIP* 2014/368.

Jaspers 2004

A.Ph.C.M. Jaspers, 'Modern ontslagbeleid: LIFO op de helling', *SR* 2004/25.

Jellinghaus 2005

S.F.H. Jellinghaus, 'Het BBA en Ontslagbesluit met de VUT?', *Arbeid Integraal* 2005-4, p. 75-82.

Jellinghaus 2012

S.F.H. Jellinghaus, 'De ambtenaar', in: A.R. Houweling & G.W. van der Voet (red.), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 25-68.

Jovović 2018

M. Jovović, Annotatie bij Rechtbank Den Haag, *JAR* 2018/172.

Jovović & Zwemmer 2018

M. Jovović & J.P.H. Zwemmer, 'Opvolgend werkgeverschap in de Ontslagregeling en de banden met het BW', *ArbeidsRecht* 2018/18.

Van het Kaar 2011

R.H. van het Kaar, *Ondernemingsraad* 1.4.3.1.3, Actief en passief kiesrecht (online, bijgewerkt 29 maart 2011).

Van het Kaar 2014

R.H. van het Kaar, 'Ondernemingsraad overtreedt eigen reglement; verkiezingen moeten worden overgedaan. Kiesrecht ingeleende werknemers', *TRA* 2014/80.

Kamminga 2005

R. Kamminga, 'Van anciënniteit naar afspiegeling. Een historisch overzicht en actuele ontwikkelingen van het afspiegelingsbeginsel', *Arbeid Integraal*, 2005-4, p. 61-73.

Karssen 2015

T.A. Karssen, 'TAR 2015/januari, Van reorganisatiebesluit tot plaatsing van medewerkers', *TAR* 1-a.

Kelsen 1934, 2002

H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (een vertaling van de eerste editie van *Reine Rechtslehre*), Oxford: Oxford University Press 2002.

Knegt 1988

R. Knegt e.a., *Toetsing van ontslag: de werkwijze van arbeidsbureau, kantonrechter en bedrijfsvereniging*, Groningen: Wolters Noordhoff 1988.

De Koning e.a. 2004

J. de Koning e.a., *Werkt scholing voor werklozen?* (onderzoek uitgevoerd door SEOR in opdracht van de Raad voor Werk en Inkomen), Doetinchem: Reed Business Information 2004.

Koopmans 1997

T. Koopmans, 'Rechtsvinding in arbeidszaken door de Hoge Raad', in: *Symposium Jurisprudentie Arbeidsrecht 1997*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1997.

Koster 2018

H. Koster, 'Vereenzelviging?', *MvV* 2018, p. 288-294.

Koster-Mulder 2015

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

Kouwenhoven 2003

A.A.J. Kouwenhoven, 'Anciënniteit bij doorstart na faillissement: Wat nu?', *Arbeid Integraal*, 2003-5, p. 153-155.

Kouwenhoven 2006

A.A.J. Kouwenhoven, 'Afspiegeling: vernieuwd en verplicht', *ArbeidsRecht* 2006/8.

Kruit 2012

P. Kruit, 'Voorliggende dienstjaren en het bepalen van de anciënniteit', *ArbeidsRecht* 2012/11.

Kruit & Sap 2018

P. Kruit & J. Sap, 'De herplaatsingsplicht in de praktijk', *TvO* 2018, p. 32-42.

Laagland 2014-a

F.G. Laagland, 'Onvrijwillige doorbraak van aansprakelijkheid in concernverband', *ArbeidsRecht* 2014/40.

Laagland 2014-b

F.G. Laagland, 'Gelijke beloning voor gelijke arbeid: van hard naar zacht(er)', in: C.J.H. Jansen & L.G. Verburg (red.), *Onderneming en beloning* (Onderneming en recht, nr. 82), Deventer: Kluwer 2014, p. 275-304.

Laagland 2015

F.G. Laagland, 'Intraconcernmobiliteit met concernwissel', in: R.M. Beltzer, F.G. Laagland & L. van den Berg, *Concernwerkgeverschap, Preadvies Levenbach* (Reeks VvA 43), Kluwer: Deventer 2015.

Laagland 2016

F.G. Laagland, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:611 BW, aant. 4, Recht op arbeid, (online, bijgewerkt 31 oktober 2016).

Laagland & Lintsen 2016

F.G. Laagland & I. Lintsen, 'Werkgeverschap in concernverhoudingen', *TRA* 2016/13.

Van de Laar 2007

M.L.M. van de Laar, 'Reorganiseren bij de overheid', *SR* 2007/10.

Van Ladesteijn

J.J.W. van Ladesteijn, 'De A-factor van de kantonrechttersformule nader beschouwd', *ArbeidsRecht* 2006/26.

Lanting (red.) 2014

B.B.B. Lanting (red.), *Inleiding Nederlands Ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Lazear 1981

E.P. Lazear, 'Agency, Earnings Profiles, Productivity, and Hours Restrictions', *The American Economic Review* (71) 1981, afl. 4, p. 606-620.

Van der Lely & Hallebeek 2014

A.J. van der Lely & E. Hallebeek, *Sdu Commentaar op Burgerlijk Wetboek Boek 3 art. 80, C.1.*, Den Haag: Sdu Uitgevers (online, bijgewerkt 23 november 2014).

Van Lent 1994

C.M.E.P. van Lent, 'Het concern als werkgever?', *NJB* 1994, p. 1424-1425.

Van Lent 2000

C.M.E.P. van Lent, *Internationale intra-concernmobiliteit* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2000.

Lettenga & Te Wierik 2017

A. Lettenga & D. te Wierik, 'Art. 7:668a lid 6 BW: de onbegrensde mogelijkheden om bij cao van het opvolgend werkgeverschap af te wijken', *ArbeidsRecht* 2017/30.

Levenbach 1954

M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: N. Samson N.V. 1954.

Lintsen 2017-a

I. Lintsen, 'De werkzekerheid in gedrang bij publieke aanbestedingen?', *ArbeidsRecht* 2017/28.

Lintsen 2017-b

I. Lintsen, 'De transitievergoeding en elkaar opvolgende werkgevers: de wetgever is aan zet', in: C.C. de Kluiver & M.Th. Beumers (red.), *Vijftig weeffouten in het BW*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 319-325.

Lintsen 2018

I. Lintsen, 'Werknemer-volgt-werk bij aanbestedingen: loze belofte?', *TRA* 2018/68.

Lodder 1970

J. Lodder, 'De factor diensttijd bij jubileum- en afscheidsgeschenken', *WFR* 1970/320.

Loesberg 2007

E.M. Loesberg, 'De Hoge Raad en de voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd: beschouwingen naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 14 juli 2006', *ArA* 2007-1, p. 102-109.

Loesberg 2012

E. Loesberg, Annotatie bij Hoge Raad, *JOR* 2012/278.

Looijenga & Van Fenema 2017

A. Looijenga & E.C. van Fenema, 'Knelpunten bij opvolgend werkgeverschap', *TvO* 2017-2, p. 94-101.

Loonstra 2001

C.J. Loonstra, 'De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen', *ArbeidsRecht* 2001/43.

Loonstra 2013

C.J. Loonstra, 'De wederkerige arbeidsbetrekking', in: G.J.J. Heerma van Voss & E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht: liber amicorum voor prof. mr. Paul F. van der Heijden*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 79-91.

Loonstra & Sick 2014

C.J. Loonstra & P.Th. Sick, 'Het Wetsvoorstel werk en zekerheid (33818) in vogelvlucht: dekt de vlag de lading?', *TAP* 2014/1.

Loonstra & Zondag 2000

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief', *NJB* 2000, p. 1267-1277.

Loonstra & Zondag 2010

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Lutjens 2013

E. Lutjens, 'De pensioenovereenkomst', in: E. Lutjens (red.), *Pensioenwet – Analyse en Commentaar*, Deventer: Kluwer 2013, p. 101-165.

Luttmer-Kat 1985

A.M. Luttmer-Kat, *Ontslagbescherming van werknemers* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1985.

Mannoury 1971

J. Mannoury, 'De identiteit van de arbeidsovereenkomst', in: M.G. Levenbach e.a., *Aspecten van arbeidsrecht* (Jubileumbundel Vereniging voor Arbeidsrecht 1946-1971), Alphen aan den Rijn/ Brussel: Samsom uitgeverij N.V. 1971, p. 197-214.

Margadant 2006

M. Margadant, 'Het nieuwe afspiegelingsbeginsel', *Bb* 2006/30.

Margadant & Vas Nunes 2003

M. Margadant & P.C. Vas Nunes, 'Ik wou dat ik twee hondjes was', *ArbeidsRecht* 2003/56.

Martens 1997

R.A.C.G. Martens, 'Anciënniteit en concern-verband', *ArbeidsRecht* 1997/48.

Van de Meent & Stellingwerff Beintema 2013

G.W.A. van de Meent & A. Stellingwerff Beintema (red.), *Wet personenvervoer 2000. Tekst en toelichting*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 21-41.

Meijer 2018

S.E.M. Meijer, 'De tijdelijke urenuitbreiding onder het bereik van art. 7:668a BW', *ArbeidsRecht* 2018/14.

Mellema-Kranenburg 2013

T.J. Mellema-Kranenburg, *GS Verbintenissenrecht*, artikel 155 Boek 6 BW, aant. 17-19, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 24 april 2013).

Meulenbelt 1997

M.O. Meulenbelt, 'Schoonmaakploeg kan "onderneming" zijn', *ArbeidsRecht* 1997/42.

Meulenbelt 1999

M.O. Meulenbelt, 'Overgang van onderneming: beveiliging, thuiszorg en (opnieuw) schoonmaak', *ArbeidsRecht* 1999/22.

Van Mierlo 2013

J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en ondernemingsrecht* (diss. Nijmegen), (VDHI nr. 117), Kluwer: Deventer 2013.

Van Mierlo 2015

J.J.M. van Mierlo, 'Vennootschappelijke kaders versus WOR-kaders', *ArbeidsRecht* 2015/12.

Nieuwenhuis 1979

J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.

Njoya 2004

W. Njoya, 'Employee Ownership and Efficiency: An Evolutionary Perspective', *Industrial Law Journal* 2004-3, p. 211-241.

Van Nouhuys 2007

J.F. van Nouhuys, 'Zes jaar Wet personenvervoer 2000: voldoende stof tot nadenken!', *SEW. Tijdschrift voor Europees en economisch recht* 2007/49.

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) 1994

Public Service Pay Determination and Pay Systems in OECD Countries (OECD, Public Management Occasional Papers, 1994 Series, Paris: OECD Publishing 1994).

Palm 2012

S. Palm, 'De noodzaak tot afschaffing van de Ragetlieregeling en het inperken van de reikwijdte van de ketenregeling', *TAP* 2012, p. 56-61.

Palm 2014-a

S. Palm, 'De zoektocht naar de juiste interpretatie van opvolgend werkgeverschap', *ArA* 2014-1, p. 16-50.

Palm 2014-b

S. Palm, Annotatie bij Hoge Raad, *JIN Geannoteerd* 2014/1.

Palm 2014-c

S. Palm, Annotatie bij Hof Den Bosch, *JIN Geannoteerd* 2014/28.

Palm 2015-a

S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht', *TAP* 2015/117, p. 4-12.

Palm 2015-b

S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap en anciënniteit', *ArA* 2015-3, p. 3-38.

Palm 2015-c

S. Palm, Annotatie bij Hof Amsterdam, *JIN Geannoteerd* 2015/73.

Palm 2015-d

S. Palm, Annotatie bij Rechtbank Noord-Nederland, *JIN Geannoteerd* 2015/194 & 195.

Palm 2016-a

S. Palm, 'De transitievergoeding en aanbestedingsprocedures: een eerlijke verdeling van de schulden?', *TAP* 2016/362, p. 12-19.

Palm 2016-b

S. Palm, Annotatie bij Hof Den Haag, *JIN Geannoteerd* 2016/214.

Palm 2017-a

S. Palm, Annotatie bij Hof Den Haag, *JIN Geannoteerd* 2017/3.

Palm 2017-b

S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap en overgangsrecht: oude gevallen opnieuw beoordeeld?', *TAP* 2017/122.

Palm 2018-a

S. Palm, 'Constar Plastics: aanzegging of opzegging – overgangsrecht en opvolgend werkgeverschap', *TvO* 2018, p. 8-15.

Palm 2018-b

S. Palm, Annotatie bij Hoge Raad, *Ondernemingsrecht* 2018/27.

Palm 2019

S. Palm, 'European Sport Services – de gevolgen van anciënniteitsafhankelijke werknemersbescherming', *ArbeidsRecht* 2019/17 (bij afronding van dit onderzoek nog niet verschenen).

Van Peijpe 2002

T. van Peijpe, 'Nieuwe regeling van de aanstelling voor bepaalde tijd', *TAR* 2002/175.

Du Perron 1999

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden: een analyse van de relativiteit van de contractswerking* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Van der Pijl 2013

J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?' *ArbeidsRecht* 2013/38.

Van der Pijl 2015

J. van der Pijl, 'De Wet werk en zekerheid en de gevolgen voor de insolventierechtspraktijk', *TvI* 2015/22.

Van der Pijl 2016

J. van der Pijl, Annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden, *JAR* 2016/192.

Van der Pijl 2017-a

J. van der Pijl, Annotatie bij Rechtbank Overijssel, *JAR* 2017/46.

Van der Pijl 2017-b

J. van der Pijl, Annotatie bij Hoge Raad, *JAR* 2017/311

Pinedo & Van Brach 2016

D.B.M. Pinedo & C.C.M. van Brach, 'Insolventieontslag onder de Wet Werk en Zekerheid', *ArbeidsRecht* 2016/4.

Quinn Mills 1985

D. Quinn Mills, 'Seniority versus Ability in Promotion Decisions', *Industrial and Labor Relations Review* (38) 1985, afl. 3, p. 421-425.

Rapportage cao-afspraken 2017

Rapportage cao-afspraken 2017 (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Bijlage bij *Kamerstukken II*, 29544, 835.

RebelGroup Advisory 2005

RebelGroup Advisory 2005, *Juridisch-technische toetsing van de Wet personenvervoer 2000*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 30421, 1.

Reehuis & Slob (red.) 1991

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 1991

Van Rijssen 2006

G. van Rijssen, *Contractsoverneming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Ringeling 1953

J.H.A. Ringeling, *Rechtvaardig ontslag. Een bijdrage tot de geschiedenis van het ontslagrecht in Nederland* (diss.), Amsterdam: Albert de Lange 1953.

Roozendaal 2004

W.L. Roozendaal, 'Vereenzelviging, bindende partijbeslissing en een eenzijdige wijziging in het arbeidsrecht', *ArA* 2004-02, p. 84-107.

Ruizeveld 2018

M.D. Ruizeveld, 'De Hoge Raad over aanzeggen = opzeggen en het overgangsrecht bij opvolgend werkgeverschap', *TRA* 2018/22.

Rutten 1958

L.E.H. Rutten, Annotatie bij Hoge Raad, *NJ* 1958/278.

Sagel 2014

S.F. Sagel, *Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2014, online: openaccess.leidenuniv.nl.

Sagel 2015

S.F. Sagel, 'Het ontslag op staande voet en de WWZ (II)', *TRA* 2015/56.

Schaap 2006

P.J. Schaap, 'Ontslagvolgorde CAR-UWO geschrapt', *SR* 2006/62.

Schaap 2014

P.J. Schaap, 'Af door de draaideur', *TAR* 2014/198.

Schaink 2015

P.R.W. Schaink, 'Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter', *TvI* 2015/16.

Schaink 2017-a

P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (Recht & Praktijk nr. InsR4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Schaink 2017-b

P.R.W. Schaink, 'Arbeidsrecht in opmars in het insolventierecht', *TvI* 2017/2.

Schaink 2017-c

P.R.W. Schaink, 'Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?', *ArbeidsRecht* 2017/34.

Schaink 2017-d

P.R.W. Schaink, 'Het arrest van het Hof van Justitie inzake FNV c.s./Smallsteps', *TvI* 2017/22.

Scheele, Theeuwes & De Vries (red.) 2007

D. Scheele, J.J.M. Theeuwes & G.J.M. de Vries (red.), *Arbeidsflexibiliteit en ontslagrecht*, Den Haag/Amsterdam: WRR/Amsterdam University Press 2007, online: wwr.nl.

Schepers & Van Fenema 2016

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

Schneider 2014

P.L.M. Schneider, 'Het loondoorbetalingsbeding, het proeftijdbeding en het concurrentiebeding in de Wet werk en zekerheid', *TAP* 2014/2.

Schols-van Oppen 2015

E.M.F. Schols-van Oppen, *Inleiding pensioenrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Schouten 2014

B. Schouten, 'De systematiek van bewuste roekeloosheid als schuld criterium bij arbeidsrechtelijke aansprakelijkheidskwesties', *ArA* 2014-3, p. 22-62.

Schouten & Van der Velden-Rijnsburger 2018

B. Schouten & C.M. van der Velden-Rijnsburger, 'Overgang van personeel bij concessiewisselingen in het openbaar vervoer: een analyse van de spelregels', *TRA* 2018/27.

Schrage 2012

E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid* (Monografieën BW nr. A4), Deventer: Kluwer 2012.

Schuver-Bravenboer 2009

M. Schuver-Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid. Een raamwerk voor het vormgeven en beoordelen van het overgangsbeleid van de fiscale wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009.

Siegers 2016

D.J.L. Siegers, 'Opvolgend werkgeverschap in de Wwz: over de grens van flexbescherming', *TRA* 2016/34.

Van Slooten 1998

J.M. van Slooten, 'Het recht op loondoorbetaling van flexwerkers', *ArbeidsRecht* 1998/54.

Van Slooten, Zaal & Zwemmer 2015

J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Snijders & Rank-Berenschot 2007

H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Sprengers 2011-a

L.C.J. Sprengers, 'Vereenzelvigen met Duk', in: S.F. Sagel (red.), *Vrienden door Duk en dun*, Liber Amicorum Mr. R.A.A. Duk, Deventer: Kluwer 2011, p. 89-102.

Sprengers 2011-b

L.C.J. Sprengers, 'Wet normalisering rechtspositie ambtenaren: ambtenaar krijgt een arbeidsovereenkomst, maar blijft ambtenaar', *TRA* 2011/35.

Sprengers 2018

L.C.J. Sprengers, *T&C Arbeidsrecht*, commentaar op artikel 6 WOR (bijgewerkt 1 juli 2018).

Stamhuis 2016

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

Stege 2013

A. Stege, 'Annotatie. Arrest Parkwood (HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11)', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2013-4, p. 121-123.

Stichting van de Arbeid 1947

Herziening van het ontslagrecht, advies uitgebracht door het bestuur van de Stichting van de Arbeid aan de Minister van Justitie (advies van 29 juli 1947, Stichting van de Arbeid), Den Haag: Stichting van de Arbeid 1947, online: stvda.nl.

Stichting van de Arbeid 1996

Nota Flexibiliteit en zekerheid (advies van 3 april 1996, Stichting van de Arbeid publicatienr. 2/96), Den Haag: SER-huisdrukkerij 1996, online: stvda.nl.

Stichting van de Arbeid 2004

Advies inzake een heroverweging van de anciënniteitsregel bij bedrijfseconomisch ontslag (advies van 1 december 2004, Stichting van de Arbeid, publicatienr. 13/04), Den Haag: SER-huisdrukkerij 2004, online: stvda.nl.

Stichting van de Arbeid 2013

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), Den Haag: 2013, online: stvda.nl.

Stichting van de Arbeid 2016

Verkenning: Overgang van werknemers en hun arbeidsvoorwaarden bij aanbesteding, uitbesteding en (schijn)faillissement (advies van 16 december 2016, Stichting van de Arbeid), Den Haag: 2016, online: stvda.nl.

Van Stigt Thans 2012

E.H. van Stigt Thans, 'Reactie op het artikel "Voorliggende dienstjaren en het bepalen van de anciënniteit"', *ArbeidsRecht* 2012/40.

Tanja-van den Broek 2012

T.H. Tanja-van den Broek, 'Gemeente De Ronde Venen/Stedin c.s.: versoepeling van de mogelijkheden tot opzegging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd?', *MvV* 2012, p. 18-22.

Tersteeg 2018

J.A. Tersteeg, Annotatie bij Rechtbank Rotterdam, *JIN* 2018/127.

Timmerman 1995

L. Timmerman, 'Toerekening bezien vanuit het vennootschapsrecht', *TVVS* 1995/141.

Timmerman 2001

L. Timmerman, 'Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures', *Ondernemingsrecht* 2001-10, p. 294-300.

Timmerman 2016

L. Timmerman, 'Meer ruimte voor verscheidenheid is de goede trend voor het ondernemingsrecht', in: L. Timmerman e.a., *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van Tuyll van Serooskerken 2016

C.F.J. van Tuyll van Serooskerken, Annotatie bij Hof Den Bosch, *JAR* 2016/196.

Twijnstra & Gudde 2005

Twijnstra & Gudde 2005, *Evaluatie Wp2000. Eindrapport functionele en doelmatigheidstoets*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2005/06, 30421, 1.

Vandeputte 2007

W. Vandeputte, 'Opeenvolging van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd: Hof van Justitie verkiest zekerheid boven flexibiliteit', *ArA* 2007-1, p. 69-101.

Veldman 2005

A.G. Veldman, 'Voorbij het "lifo-beginsel" bij reorganisatie', *Arbeid Integraal* 2005-1, p. 43-60.

Veldman 2017

A.G. Veldman, 'Dynamisch incorporeren na Asklepios', *TAP* 2017/339

Van der Ven 1965

J.J.M. van der Ven, 'The Right to Work as a Human Right', *Howard Law Journal* 1965-2, p. 397-412.

Verburg 2001

L.G. Verburg, 'Het werkgeversbegrip in concernverband: transparantie gezocht', *ArbeidsRecht* 2001/5.

Verburg 2002

L.G. Verburg, 'Concernwerkgeverschap', in: L. Timmerman e.a., *Concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 47-56.

Verburg 2013

L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013.

Verburg 2014

L.G. Verburg, 'Toerekening van besluitvorming en medeondernemerschap', *ArbeidsRecht* 2014/9.

Verburg 2017

L.G. Verburg, 'Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft', *FIP* 2017/334.

Verburg e.a. 2016

L.G. Verburg e.a., *Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers*, Nijmegen: Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit 2016, kenmerk WODC: 2599/624436/15.

Vereniging van Rotterdamse Arbeidsrecht Advocaten 2015

Vereniging van Rotterdamse Arbeidsrecht Advocaten, 'Wwz in praktijk, een voorspelling in open debat tussen rechterlijke macht en advocatuur', *ArA* 2015-1, p. 3-46.

Verheul 2017-a

E.F. Verheul, 'Overgang van wilsrechten bij contractsoverneming (I)', *WPNR* 2017-7156, p. 489-496.

Verheul 2017-b

E.F. Verheul, 'Overgang van wilsrechten bij contractsoverneming (II, slot)', *WPNR* 2017- 7157, p. 507-512.

Verhulp 2005

E. Verhulp, 'De opzegtermijnen nader beschouwd', *ArbeidsRecht* 2005/1.

Vermeulen 2013

K.P.D. Vermeulen, 'Breaking news februari 2013 CRvB introduceert ontslagformule', *TAR* 2013/202.

Verstappen 1996

L.C.A. Verstappen, *Rechtsopvolging onder algemene titel* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1996.

Visser 2017

E.T. Visser, 'Het ontslagrecht als onderwerp van de verkiezingsprogramma's: terugblik en overzicht', *TvO* 2017-1, p. 42-45

Van Vliet 2017

R. van Vliet, 'Het schriftelijkheidsvereiste van de beëindigingsovereenkomst: oude wijn in nieuwe zakken?', *ArbeidsRecht* 2017/8.

Van der Voet 2012

G.W. van der Voet, 'Een uniforme uitleg van het begrip 'opvolgend werkgeverschap'', *AR Updates* 2012-0004.

Voogsgeerd 2013

H.H. Voogsgeerd, 'Europees Arbeidsrecht', *TRA* 2013/5.

De Vos 2018

M. De Vos, 'Toekomst van arbeid, toekomst van arbeidsrecht', *ArA* 2018-2, p. 3-36

Vranken 1997

J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht (I)', *WPNR* 1997-6288, p. 715-720.

Vranken 1997

J.B.M. Vranken, 'De derde in het overeenkomstenrecht (II, slot)', *WPNR* 1997-6289, p. 735-739.

Weerepas 2016

M.J.G.A.M. Weerepas, *Cursus Belastingrecht* (Loonbelasting), LB.2.2.2.f De diensttijdvrjstelling (art. 11, lid 1, onderdeel o), Deventer: Wolters Kluwer (online).

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2007

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007.

J.H.M. Willems 2015

J.H.M. Willems, 'Toerekening, medeondernemerschap en vereenzelviging: een enkele kanttekening', *ArbeidsRecht* 2015/13.

P.W.H.M. Willems 2009

P.W.H.M. Willems, 'De verhouding tussen de Ragetlie-regel versus de ketenregeling', *ArbeidsRecht* 2009/34.

Wits 2014

E. Wits, 'Arbeidsrecht vs marktwerking 0:1? De rechtspositie van thuiszorgmedewerkers bij aanbesteding', *TRA* 2014/14.

De Wolff 1999

D.J.B. de Wolff, *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1999.

De Wolff 2007

D.J.B. de Wolff, 'De zorgplicht van de werknemer voor zijn loopbaan', in: J.J.M. Theeuwes e.a., *De werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.

De Wolff 2013-a

D.J.B. de Wolff, 'Opvolgend werkgeverschap: onduidelijkheid blijft', *ArbeidsRecht* 2013/41.

De Wolff 2013-b

D.J.B. de Wolff, 'Demotie of depreciatie van oudere werknemers', *TRA* 2013/44.

De Wolff 2014-a

D.J.B. de Wolff, 'Werk en zekerheid deel 1: 'flexrecht' deels herzien', *ArbeidsRecht* 2014/37.

De Wolff 2014-b

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

De Wolff 2015

D.J.B. de Wolff, 'De scholingsplicht van de werkgever', *TRA* 2015/24.

Wolters 2013-a

P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013.

Wolters 2013-b

P.T.J. Wolters, 'Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden', *Ars Aequi* 2013, p. 971-974.

Wolzak 2018

M. Wolzak, 'Schrapp pensioenwachttijd uitzendkracht', *Het Financieel Dagblad* 20 juni 2018, online: fd.nl.

Zaal 2010

I. Zaal, 'Medezeggenschap na overgang onderneming: behoud van eenheid is geen synoniem van identiteitsbehoud', *ArA* 2010-3, p. 74-88.

Zaal 2014

I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014.

Van Zanten-Baris 2009

A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2009.

Zekić 2010

N. Zekić, 'Het studiekostenbeding - tijd voor een wettelijke regeling', *TRA* 2010/35.

Zekić 2014

N. Zekić, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2014.

Zondag 2002

W.A. Zondag, 'Institutioneel arbeidsrecht?', *RM Themis* 2002/1, p. 3-16.

Zondag 2004

W.A. Zondag, *De grenzen van het arbeidsrecht* (oratie Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Zondag 2005

W.A. Zondag, 'De rol van het anciënniteitsbeginsel als selectiecriteria bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen', *SMA* 2005, p. 458-477.

Zwemmer 2007

J.P.H. Zwemmer, 'De ontslagvergoeding en de corrigerende werking van arbeidsmarktperspectieven', *ArbeidsRecht* 2007/47.

Zwemmer 2009

J.P.H. Zwemmer, 'Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is', *TRA* 2009/12.

Zwemmer 2012

J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012.

Zwemmer 2014

J.P.H. Zwemmer, 'Contracting: over afbakeningsproblemen met uitzending, schijnconstructies en juridisch houdbare varianten', *AR Updates* 2014-1017.

Zwemmer 2015

J.P.H. Zwemmer, 'Contracting en arbeidsrecht: over schijnconstructies, juridisch houdbare varianten en de gevolgen van de WAS en de WWZ', *TAP* 2015/118.

JURISPRUDENTIE

Bij elke uitspraak is – voor zover bekend – het ECLI-nummer vermeld, ook als deze uitspraak niet op rechtspraak.nl is gepubliceerd. Op rechtspraak.nl zijn immers wel gegevens vermeld over deze uitspraak, zoals vindplaatsen en annotaties.

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:58, C-186/83, NJ 1985/902 (*Botzen*).
HvJ EG 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127, C-24/85, NJ 1987/502 (*Spijkers*).
HvJ EG 19 mei 1992, ECLI:EU:C:1992:220, C-29/91, NJ 1992/476 (*Dr. Sophie Redmond Stichting*).
HvJ EG 14 april 1994, ECLI:EU:C:1994:134, C-392/92, JAR 1994/107 (*Schmidt*).
HvJ EG 19 september 1995, ECLI:EU:C:1995:290, C-48/94, JAR 1995/233 (*Rygaard*).
HvJ EG 11 maart 1997, ECLI:EU:C:1997:141, C-13/95, JAR 1997/91 (*Süzen*).
HvJ EG 10 december 1998, ECLI:EU:C:1998:595, C-173/96 en C-247/96 (*Sánchez Hidalgo*).
HvJ EG 10 december 1998, ECLI:EU:C:1998:594, C-127/96, C-229/96 en C-74/97, JAR 1999/16 (*Hernández Vidal*).
HvJ EG 14 september 2000, ECLI:EU:C:2000:441, C-343/98, JAR 2000/225 (*Collino & Chiappero/Telecom Italia*).
HvJ EG 25 januari 2001, ECLI:EU:C:2001:59, C-172/99, JAR 2001/68 (*Liikenne*).
HvJ EG 24 januari 2002, ECLI:EU:C:2002:48, C-51/00, JAR 2002/47 (*Temco*).
HvJ EG 3 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:633, C-17/05, JAR 2006/267 (*Cadman*).
HvJ EG 13 september 2007, ECLI:EU:C:2007:512, C-458/05, JAR 2007/252 (*Jouini*).
HvJ EG 21 november 2008, ECLI:EU:C:2008:574, C-313/07, JAR 2008/295 (*Kirtruna en Vigano*).
HvJ EG 12 februari 2009, ECLI:EU:C:2009:85, C-466/07, JAR 2009/92 (*Klarenberg*).
HvJ EG 18 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:381, C-88/08, JAR 2009/185 (*Hütter*).
HvJ EU 29 juli 2010, ECLI:EU:C:2010:452, C-151/09, JAR 2010/217 (*UGT-FSP*).
HvJ EU 6 september 2011, ECLI:EU:C:2011:542, C-108/10, JAR 2011/262 (*Scattolon/Ministerio dell'Istruzione*).
HvJ EU 8 september 2011, ECLI:EU:C:2011:560, C-297/10, JAR 2011/278 (*Hennigs*).
HvJ EU 8 maart 2012, ECLI:EU:C:2012:133, C-251/11, JAR 2012/117 (*Huet/Université de Bretagne*).
HvJ EU 18 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:521, C-426/11, JAR 2013/216 (*Parkwood*).
HvJ EU 6 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:124, C-458/12, JAR 2014/104 (*Amatori*).
HvJ EU 22 mei 2014, ECLI:EU:C:2014:351, C-539/12, JAR 2014/163 (*Lock/British Gas*).
HvJ EU 28 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:46, C-688/13, JAR 2015/279 (*TGSS*).
HvJ EU 9 september 2015, ECLI:EU:C:2015:565, C-160/14, JAR 2015/260 (*Da Silva e Brito*).
HvJ EU 6 april 2017, ECLI:EU:C:2017:276, C-336/15, JAR 2017/118 (*ISS Facility Services*).
HvJ EU 27 april 2017, ECLI:EU:C:2017:317, C-680/15, JAR 2017/152 (*Asklepios*).
HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, C-126/16, JAR 2017/189 (*Smallsteps*).
HvJ EU 13 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:193, C-437/17 (*EurothermenResort Bad Schallerbach*) – na afronding onderzoek.

Hoge Raad

- HR 9 april 1954, NJ 1954/446 (*Oranje/Monroe*).
- HR 10 juni 1955, ECLI:NL:HR:1955:AG2012, NJ 1955/552 (*Horneman*).
- HR 7 maart 1958, NJ 1958/278 (*Claassen/Schattenkerk*).
- HR 26 juni 1959, ECLI:NL:HR:1959:AG2039, NJ 1959/551 (*De Bont/Zuid-Ooster*).
- HR 16 april 1964, ECLI:NL:HR:1964:AX7004, BNB 1969/114 (*Oranje-Nassaumijnen*).
- HR 4 februari 1970, ECLI:NL:HR:1970:AX5239, BNB 1970/65 (*Oranje-Nassaumijnen voortzetting*).
- HR 1 november 1978, ECLI:NL:HR:1978:AX2898, BNB 1978/314 (*Machinefabriek X NV*).
- HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595, NJ 1980/34 (*Kleuterschool Babbel*).
- HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635 (*Ermes c.s./Haviltex*).
- HR 23 december 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4721, NJ 1984/332 (*Keizer/Van Dijk's Vlees- en Vleeswarenbedrijf*).
- HR 14 september 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4861, NJ 1985/244 (*Hardchroom/Yigit*).
- HR 18 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9006, NJ 1986/177 (*DGA/inspecteur*).
- HR 6 december 1985, ECLI:NL:HR:1985:AB9600, NJ 1986/230 (*Benton & Bowles*).
- HR 4 april 1986, ECLI:NL:HR:1986:AB8727, NJ 1987/678 (*Ragetlie/SLM*).
- HR 24 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9537, NJ 1987/293 (*Slijkoord/Hekkema BV*).
- HR 2 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB8102, NJ 1988/233 (*Pons/Technisch Handelsburo*).
- HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0013, NJ 1988/234 (*Hydraudyne Beheer BV*).
- HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0014, NJ 1988/235 (*Ibes/Atmos*).
- HR 13 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0331, NJ 1992/130 (*Dingler/Merkelbach*).
- HR 18 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0372, NJ 1992/3 (*Hajo Kommunikatie/Beyersbergen*).
- HR 22 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0421, NJ 1992/707 (*Campina/Bootsma*).
- HR 24 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0579, NJ 1992/462 (*Gijsbers/Meurs*).
- HR 8 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0597, JAR 1992/24 (*Van Summeren/Ozkan*).
- HR 26 juni 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0649, JAR 1992/41 (*Thialf*).
- HR 27 november 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0771, JAR 1992/148 (*Volvo/Braam*).
- HR 23 april 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0938, JAR 1993/120 (*Braber/IndeBus Reklame*).
- HR 26 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2032, NJ 1994/545 (*Heuga*).
- HR 8 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1322, JAR 1994/94 (*Agfa/Schoolderman*).
- HR 30 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1597, NJ 1995/448 (*Loois en Olst/Stichting Weerwerk*).
- HR 30 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1599, NJ 1995/449 (*Vervoersbond FNV/UIC*).
- HR 9 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1752, NJ 1996/213 (*Citco*).
- HR 3 november 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1865, NJ 1996/215 (*Roco/Staat*).
- HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1928, NJ 1997/22 (*Reprotechniek/Traugott*).
- HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1932, NJ 1997/23 (*Masteco/Top-Pharm*).
- HR 12 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2034, JAR 1996/114 (*Spreeuwenberg Steigerbouw*).
- HR 25 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2179, JAR 1996/234 (*Frico Domo*).
- HR 28 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG1395, JAR 1997/90 (*Cemsto/El Azzouti*).
- HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2431, NJ 1998/255 (*Gaswacht*).
- HR 19 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2432, NJ 1998/256 (*Gaswacht*).
- HR 26 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4735, NJ 2000, 223 (*Provincie Zuid-Holland*).
- HR 26 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4734, NJ 2000, 224 (*Provincie Gelderland*).
- HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480, NJ 2000/698 (*Rainbow Products/Ontvanger*).
- HR 1 december 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8722, JAR 2001/12 (*Fugro/Kenkhuis*).
- HR 13 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4291, JAR 2002/247 (*Da Silva/Heineken*).
- HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9386, JAR 2003/38 (*Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet*).
- HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, JAR 2004/83 (*DSM/Fox*).
- HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4102, FED 2005/48 (*Schildersbedrijf*).
- HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT6018, NJ 2007/231 (*Ontvanger/Voorsluijs*).
- HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3782, JAR 2006/190 (*Boekenvoordeel/Isik*).
- HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3039, JAR 2007/213 (*ISS Aviation/Lavos*).

HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2504, JAR 2007/215 (*Simpson/Greenpeace*).
HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL6071, JAR 2010/164 (*Volker Wessels*).
HR 8 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP0580, JAR 2011/135 (*ABVAKABO FNV/Unieke Kinderopvang*).
HR 10 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7249, JAR 2012/72 (*Nijboer/Holland Wapeningsstaal*).
HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, JAR 2012/150 (*Van Tuinen/Wolters*).
HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9601, *RvdW* 2012/783.
HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, NJ 2013/290 (*Biek Holdings*).
HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2127, JAR 2014/34 (*De Witte/Pekel*).
HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:830, JAR 2014/124 (*Pronk*).
HR 9 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:39, JAR 2015/36 (*Coenraad/Heesen Yachts Builders*).
HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:588, NJ 2015/241 (*Carlande Dienstverlening CV*).
HR 1 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1192, JAR 2015/131 (*Flextronics Logistics*).
HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3620, JAR 2016/17 (*Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten*).
HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, *RvdW* 2016/1033 (*Ressort of the World*).
HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375, JAR 2016/268 (*GOM*).
HR 21 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2356, JAR 2016/286 (*Care 4 Care/StiPP*).
HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687, JAR 2016/303 (*Condor Constructions*).
HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757, JAR 2017/16 (*Leerorkest*).
HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:19, JAR 2017/36 (*Blue Taxi/Stichting Sociaal Fonds*).
HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, JAR 2017/172 (*DA Retailgroep*).
HR 17 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905, JAR 2017/311 (*Constar Plastics*).
HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3264, JAR 2018/37 (*SIPOR*).
HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:220, JAR 2018/73.
HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, JAR 2018/72 (*Decor Handelsmaatschappij*).
HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1212, JAR 2018/202 (*ANWB*).
HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617, JAR 2018/257 (*Kolom*).
HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1909 (*Tzorg*).
HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2222, *RvdW* 2018/1293 (*European Sport Services*) – na afronding onderzoek.

Centrale Raad van Beroep

CRvB 17 april 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AF8422, TAR 2003/123.
CRvB 11 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR6912, TAR 2005/9.
CRvB 4 mei 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AX3160, TAR 2006/122.
CRvB 8 november 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ3051, TAR 2007/24.
CRvB 10 april 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC9906, AB 2008/199.
CRvB 21 juli 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR3277, TAR 2012/19.
CRvB 21 september 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR2157, USZ 2011/297.
CRvB 30 november 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU6530, JIN 2012/73.
CRvB 8 december 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU9157, TAR 2012/75.
CRvB 28 februari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ2043, TAR 2013/71.
CRvB 28 februari 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ2044, TAR 2013/72.
CRvB 14 maart 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ4297, TAR 2013/127.
CRvB 24 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2181, TAR 2014/1.
CRvB 18 november 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:2389, TAR 2014/2.
CRvB 8 februari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:391, ABkort 2018/71.

Gerechtshoven

Hof Den Haag 25 april 1966, ECLI:NL:GHSGR:1966:AX6903, BNB 1966/245.
Hof Arnhem 9 oktober 1974, ECLI:NL:GHARN:1974:AC1034, NJ 1976/42.
Hof Den Haag 3 juli 1987, ECLI:NL:GHSGR:1987:AX0998, V-N 1987/2282, 27; FED 1988/74.

- Hof Den Bosch 9 oktober 1990, ECLI:NL:GHSHE:1990:AL1978, *Prg.* 1991/3446.
- Hof Amsterdam 15 oktober 1992, ECLI:NL:GHAMS:1992:AC4363, *NJ* 1993/210.
- Hof Amsterdam 6 november 1992, nr. 91/4203, *Infobulletin* 93/165.
- Hof Leeuwarden 6 oktober 1999, ECLI:NL:GHLEE:1999:AG2550, *JAR* 1999/254.
- Hof Arnhem 11 maart 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF6330, *JAR* 2003/104.
- Hof Arnhem 15 april 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AO1842, *JAR* 2003/197.
- Hof Leeuwarden 17 maart 2004, ECLI:NL:GHLEE:2004:AO8745, *JAR* 2004/99.
- Hof Amsterdam 18 november 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AT4872, *JAR* 2005/95.
- Hof Den Bosch 7 november 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:BA4209, *RAR* 2007/90.
- Hof Amsterdam 26 juli 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB5948, *JAR* 2007/243.
- Hof Leeuwarden 26 september 2007, ECLI:NL:GHLEE:2007:BB4428, *JAR* 2007/267.
- Hof Den Bosch 16 oktober 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB6883, *JAR* 2007/304.
- Hof Den Haag 3 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR: 2009:BH5977, *JAR* 2009/108.
- Hof Leeuwarden 17 maart 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH9815.
- Hof Den Haag 16 maart 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM5878, *RAR* 2010/116.
- Hof Arnhem 7 september 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN7436, *JAR* 2010/288.
- Hof Leeuwarden 12 oktober 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BO0521, *JAR* 2010/313.
- Hof Arnhem 7 december 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO7429.
- Hof Arnhem 28 juni 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR2729, *JAR* 2011/224.
- Hof Den Bosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW1013.
- Hof Leeuwarden 19 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW8942, *Prg.* 2012/202.
- Hof Leeuwarden 26 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW9837, *JAR* 2012/206.
- Hof Leeuwarden 10 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX1976, *JAR* 2012/242.
- Hof Den Bosch 21 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX5646, *RAR* 2012/148.
- Hof Leeuwarden 28 augustus 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX6187, *JAR* 2012/259.
- Hof Leeuwarden 18 december 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY7478, *JAR* 2013/52.
- Hof Den Bosch 18 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY7239, *RAR* 2013/43.
- Hof Den Bosch 19 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1929.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:3766.
- Hof Den Bosch 28 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA1457.
- Hof Amsterdam 25 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2350, *JAR* 2013/2010.
- Hof Den Haag 16 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3339, *JAR* 2013/230.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5359, *PJ* 2014/50.
- Hof Amsterdam 13 november 2013, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY5609, *JAR* 2014/11.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 17 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9721, *RAR* 2014/66.
- Hof Den Bosch 28 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:172, *JIN* 2014/28.
- Hof Den Bosch 4 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:588, *JAR* 2014/101.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2165.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 15 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3131.
- Hof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1888, *JAR* 2016/17.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juni 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4662.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 9 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6980, *RAR* 2015/29-30.
- Hof Den Bosch 30 december 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:5675, *RAR* 2015/55.
- Hof Amsterdam 24 februari 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:516, *JIN* 2015/73.
- Hof Amsterdam 7 april 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1287.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 1 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6384, *JAR* 2015/273.
- Hof Den Bosch 22 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3683.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:761, *JAR* 2016/74.
- Hof Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:476.
- Hof Amsterdam 15 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:976.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4977, *JAR* 2016/192.

Hof Den Haag 1 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1868, *JAR* 2016/214.
Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2430.
Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6005.
Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6089.
Hof Den Bosch 23 augustus 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3759.
Hof Den Haag 6 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2590, *JAR* 2016/265.
Hof Den Haag 14 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2676, *JIN* 2017/3.
Hof Den Haag 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3001, *JAR* 2016/298.
Hof Den Bosch 27 oktober 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4808, *JAR* 2016/284.
Hof Den Haag 1 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3264, *JAR* 2016/299.
Hof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3371.
Hof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3372, *JAR* 2017/13.
Hof Den Haag 6 december 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:4129.
Hof Den Bosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:859, *JAR* 2017/91.
Hof Amsterdam 7 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:752.
Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1984.
Hof Den Haag 3 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:876, *RAR* 2017/101.
Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5148, *JAR* 2017/184.
Hof Amsterdam 11 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2728.
Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3064.
Hof Den Bosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3681, *JOR* 2017/310.
Hof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:7526, *JAR* 2017/271.
Hof Den Bosch 18 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:146.
Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2334, *JAR* 2018/87.
Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2335, *RAR* 2018/89.
Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2336.
Hof Arnhem-Leeuwarden 12 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2337.
Hof Arnhem-Leeuwarden 16 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3497, *JAR* 2018/123.
Hof Den Bosch 31 mei 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2305.
Hof Amsterdam 26 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2122, *JAR* 2018/197.
Hof Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1761.
Hof Arnhem-Leeuwarden 7 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7135, *JAR* 2018/237.
Hof Arnhem-Leeuwarden 28 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7838.
Hof Amsterdam 11 september 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:3454.
Hof Den Bosch 20 september 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3932, *JAR* 2018/256.

Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao en Sint Maarten en BES-eilanden

Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao en Sint Maarten en BES-eilanden 31 augustus 2012, *JAR* 2012/256.

Rechtbanken (inclusief sector kanton vanaf 1 januari 2002)

Rb. Zwolle 21 maart 1971, ECLI:NL:RBZWO:1971:AI6223, *Prg.* 1971/670.
Rb. Roermond 9 september 1982, ECLI:NL:RBROE:1982:AI7043, *Prg.* 1982/1828.
Rb. Breda 11 augustus 1989, ECLI:NL:RBBRE:1989:AH2813, *KG* 1989/338.
Rb. Den Haag 11 juli 1990, ECLI:NL:RBSGR:1990:AC2069, *NJ* 1991/371.
Rb. Zwolle 18 maart 1992, ECLI:NL:RBZWO:1992:AG0260, *JAR* 1992/31.
Rb. Arnhem 22 oktober 1992, *Prg.* 1992/3763.
Rb. Zutphen 11 mei 1995, ECLI:NL:RBZUT:1995:AG0939, *JAR* 1995/136.
Rb. Den Haag 16 augustus 1995, ECLI:NL:RBSGR:1995:AG1096, *JAR* 1995/196.
Rb. Zwolle 6 december 1995, ECLI:NL:RBZWO:1995:AI9325, *Prg.* 1996/4512.
Rb. Den Bosch 12 april 1996, ECLI:NL:RBSHE:1996:AG1173, *JAR* 1996/113.

- Rb. Haarlem 3 januari 1997, ECLI:NL:RBHAA:1997:AG1497, *JAR* 1997/198.
- Rb. Rotterdam 6 februari 1997, ECLI:NL:RBROT:1997:AJ0461, *Prg.* 1997/4723.
- Rb. Amsterdam 13 augustus 1998, ECLI:NL:RBAMS:1998:AH7641, *KG* 1998/245.
- Rb. Groningen 26 maart 1999, ECLI:NL:RBGRO:1999:AG2447, *JAR* 1999/169.
- Rb. Amsterdam 10 november 1999, ECLI:NL:RBAMS:1999:AG2335, *JAR* 1999/270.
- Rb. Arnhem 23 december 2002, ECLI:NL:RBARN:2002:AF2758.
- Rb. Arnhem 28 februari 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AO0107, *JAR* 2003/270.
- Rb. Rotterdam 24 april 2003, *JAR* 2003/122.
- Rb. Zwolle 18 juni 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AO0158, *JAR* 2003/174.
- Rb. Den Haag 1 juli 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:AO0209, *JAR* 2003/183.
- Rb. Zutphen 2 juli 2003, ECLI:NL:RBZUT:2003:AL2151, *JAR* 2003/170.
- Rb. Amsterdam 16 februari 2004, *JAR* 2004/55.
- Rb. Den Bosch 12 mei 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AP4708, *JAR* 2004/140.
- Rb. Utrecht 12 juli 2004, ECLI:NL:RBUTR:2004:AR3837, *JAR* 2004/230.
- Rb. Den Bosch 10 augustus 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:AR2586, *JAR* 2004/213.
- Rb. Breda 16 februari 2005, *JAR* 2005/71.
- Rb. Maastricht 9 maart 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AT4876, *JAR* 2005/93.
- Rb. Den Bosch 15 juni 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AU0831, *JAR* 2005/180.
- Rb. Den Haag 5 juli 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU7212, *JAR* 2005/254.
- Rb. Groningen 14 juli 2005, ECLI:NL:RBGRO:2005:AT9355, *JAR* 2005/181.
- Rb. Den Haag 20 juli 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU3027, *JAR* 2005/211.
- Rb. Dordrecht 21 februari 2006, ECLI:NL:RBDOR:2006:AV7033, *JAR* 2006/72.
- Rb. Zwolle-Lelystad 14 maart 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AX5372, *JAR* 2006/150.
- Rb. Den Haag 9 november 2006, ECLI:NL:RBSGR:2006:AZ5219, *Prg.* 2007/12.
- Rb. Groningen 14 maart 2007, ECLI:NL:RBGRO:2007:BA1435, *JAR* 2007/102.
- Rb. Roermond 5 april 2007, ECLI:NL:RBROE:2007:BA3448, *RAR* 2007/95.
- Rb. Den Bosch 4 mei 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BA4503, *JAR* 2007/172.
- Rb. Arnhem 21 mei 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA5526, *RAR* 2007/104.
- Rb. Den Bosch 17 juli 2007, ECLI:NL:RBSHE:2007:BB3878, *JAR* 2007/218.
- Rb. Maastricht 27 februari 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BC5549, *USZ* 2008/146.
- Rb. Dordrecht 5 maart 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BC7458, *JAR* 2008/97.
- Rb. Utrecht 14 oktober 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BH0826, *JAR* 2009/3.
- Rb. Utrecht 12 december 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BG9194, *JAR* 2009/31.
- Rb. Leeuwarden 11 februari 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BI9640, *JAR* 2009/153.
- Rb. Zwolle-Lelystad 3 maart 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BH5911, *JAR* 2009/102.
- Rb. Groningen 13 maart 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI2789.
- Rb. Arnhem 13 mei 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ3854, *JAR* 2009/175.
- Rb. Den Haag 15 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK7581, *AR Updates* 2009-0998.
- Rb. Leeuwarden 11 november 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BK9351, *JAR* 2010/6.
- Rb. Breda 10 februari 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BL6656.
- Rb. Assen 16 februari 2010, ECLI:NL:RBASS:2010:BL6794.
- Rb. Breda 18 mei 2010, ECLI:NL:RBBRE:2010:BM5852.
- Rb. Amsterdam 30 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO0119, *JAR* 2010/237.
- Rb. Utrecht 20 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN6216, *JAR* 2010/192.
- Rb. Den Haag 15 oktober 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO1384.
- Rb. Rotterdam 29 oktober 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO4891.
- Rb. Leeuwarden 3 november 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO3223, *RAR* 2011/24.
- Rb. Leeuwarden 24 november 2010, ECLI:NL:RBLEE:2010:BO5134.
- Rb. Roermond 19 januari 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BR1694, *JAR* 2011/182.
- Rb. Den Haag 28 januari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ0163, *TAR* 2011/49.
- Rb. Den Haag 2 februari 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ0160, *TAR* 2011/51.

- Rb. Den Haag 16 maart 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ3465.
- Rb. Haarlem 12 mei 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ4250, *Prg.* 2011/199.
- Rb. Groningen 18 augustus 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BT1920.
- Rb. Groningen 1 september 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BT6156, *Prg.* 2011/284.
- Rb. Breda 29 september 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BT6735, *JAR* 2011/286.
- Rb. Maastricht 2 november 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BW8463, *Prg.* 2012/201.
- Rb. Almelo 3 januari 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BV0155, *JAR* 2012/41.
- Rb. Leeuwarden 11 april 2012, ECLI:NL:RBLLE:2012:BW2244.
- Rb. Arnhem 26 juni 2012, ECLI:NL:RBARN: 2012:BW9944, *RAR* 2012/139.
- Rb. Groningen 27 juli 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX7936.
- Rb. Utrecht 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX6091, *JAR* 2012/267.
- Rb. Amsterdam 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY2945, *JAR* 2012/279.
- Rb. Leeuwarden 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBLLE:2012:BY0814, *RAR* 2013/24.
- Rb. Zutphen 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY3283, *Prg.* 2013/23.
- Rb. Amsterdam 12 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ2403.
- Rb. Amsterdam 28 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529, *JAR* 2013/182.
- Rb. Midden-Nederland 1 maart 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ6335.
- Rb. Amsterdam 13 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA1389, *JAR* 2013/147.
- Rb. Overijssel 4 juni 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:CA1979.
- Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3506, *JAR* 2013/191.
- Rb. Rotterdam 24 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6060, *JIN* 2013/131.
- Rb. Noord-Nederland 12 september 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:8269.
- Rb. Limburg 14 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:8853, *JIN* 2014/3.
- Rb. Limburg 21 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:9106, *Prg.* 2014/36.
- Rb. Noord-Nederland 11 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:746, *JAR* 2014/154.
- Rb. Midden-Nederland 2 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1755, *JAR* 2014/152.
- Rb. Rotterdam 3 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5411, *TRA* 2014/80.
- Rb. Noord-Nederland 24 juli 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4628, *JAR* 2014/233.
- Rb. Gelderland 1 augustus 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:5590, *JAR* 2014/218.
- Rb. Midden-Nederland 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6139, *JAR* 2014/285.
- Rb. Limburg 3 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7732, *JAR* 2014/251.
- Rb. Amsterdam 12 februari 2015, *AR-Updates* 2015-0223.
- Rb. Den Haag 15 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:4514, *JAR* 2015/119.
- Rb. Limburg 3 juni 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:4423.
- Rb. Noord-Nederland 29 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4459, *JIN* 2015/194.
- Rb. Noord-Nederland 29 september 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4460, *JIN* 2015/195.
- Rb. Midden-Nederland 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7344.
- Rb. Overijssel 24 november 2015, *AR Updates* 2016-0073.
- Rb. Rotterdam 5 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:2465, *JAR* 2016/144.
- Rb. Gelderland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190, *JAR* 2016/48.
- Rb. Midden-Nederland 17 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:971.
- Rb. Noord-Nederland 23 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:692, *RAR* 2016/141.
- Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2683.
- Rb. Limburg 29 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2713.
- Rb. Den Haag 21 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:5600, *JAR* 2016/151.
- Rb. Midden-Nederland 25 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2901, *JAR* 2016/153.
- Rb. Midden-Nederland 26 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2932.
- Rb. Limburg 27 mei 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:4499, *RAR* 2016/123.
- Rb. Midden-Nederland 22 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3415, *JOR* 2016/267.
- Rb. Midden-Nederland 21 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4242, *JAR* 2016/219.
- Rb. Oost-Brabant 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4893, *JAR* 2016/239.

Rb. Amsterdam 30 augustus 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5648.
 Rb. Midden-Nederland 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4724.
 Rb. Oost-Brabant 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4849, *Prg.* 2016/268.
 Rb. Den Haag 9 september 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:10561.
 Rb. Rotterdam 13 september 2016, *JAR* 2016/260.
 Rb. Gelderland 3 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6642, *JAR* 2016/290.
 Rb. Den Haag 12 oktober 2016, *AR-Updates* 2016-1144.
 Rb. Overijssel 29 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5284, *JAR* 2017/46.
 Rb. Zeeland-West-Brabant 21 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8235.
 Rb. Zeeland-West-Brabant 28 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8391.
 Rb. Overijssel 20 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:232, *JAR* 2017/46.
 Rb. Noord-Nederland 15 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:367.
 Rb. Limburg 24 februari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:1729.
 Rb. Noord-Holland 20 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2598, *JAR* 2017/102.
 Rb. Amsterdam 14 april 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:2945, *RAR* 2017/116.
 Rb. Gelderland 7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4252, *JAR* 2017/229.
 Rb. Limburg 14 juni 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:5521, *JAR* 2017/175.
 Rb. Overijssel 13 juli 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:2780, *JAR* 2017/196.
 Rb. Oost-Brabant 13 juli 2017, *AR Updates* 2018-0077.
 Rb. Midden-Nederland 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:4239, *RAR* 2017/167.
 Rb. Zeeland-West-Brabant 21 augustus 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:5504, *JIN* 2018/1.
 Rb. Oost-Brabant 4 januari 2018, *AR Updates* 2018-0078.
 Rb. Limburg 2 februari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:1079.
 Rb. Noord-Holland 16 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3806.
 Rb. Rotterdam 27 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2008.
 Rb. Gelderland 12 april 2018, *AR Updates* 2018-0670.
 Rb. Oost-Brabant 17 april 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:1833, *JAR* 2018/119.
 Rb. Den Haag 3 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:5147.
 Rb. Den Haag 4 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:5187, *JAR* 2018/172.
 Rb. Noord-Holland 4 mei 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3807.
 Rb. Rotterdam 31 mei 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:4534, *JIN* 2018/127.
 Rb. Rotterdam 31 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8047.
 Rb. Gelderland 31 augustus 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:4114.
 Rb. Oost-Brabant 17 september 2018, *AR Updates* 2018-1092.
 Rb. Limburg 20 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9191.

Kantongerecht (uitspraken tot 1 januari 2002)

Ktr. Tilburg 14 juni 1979, ECLI:NL:KTGTIL:1979:AJ0484, *Prg.* 1980/1512.
 Ktr. Beren op Zoom 23 maart 1988, ECLI:NL:KTGBOZ:1988:AD0239, *NJ* 1989/46.
 Ktr. Nijmegen 25 november 1988, ECLI:NL:KTGNMG:1988:AL1914, *Prg.* 1989/3023.
 Ktr. Zuidbroek 13 april 1989, ECLI:NL:KTGZUI:1989:AI8118, *Prg.* 1989/3082.
 Ktr. Arnhem 20 januari 1992, ECLI:NL:KTGARN:1992:AI8704, *Prg.* 1992/3763.
 Ktr. Bergen op Zoom 2 september 1992, ECLI:NL:KTGBOZ:1992:AG0305, *JAR* 1992/79.
 Ktr. Den Haag 8 september 1992, ECLI:NL:KTGSGR:1992:AI8686, *Prg.* 1992/3744.
 Ktr. Utrecht 14 oktober 1992, ECLI:NL:KTGUTR:1992:AG0352, *JAR* 1992/124.
 Ktr. Utrecht 30 maart 1993, ECLI:NL:KTGUTR:1993:AI8897, *Prg.* 1993/3985.
 Ktr. Alkmaar 24 december 1993, ECLI:NL:KTGALK:1993:AI8923, *JAR* 1994/24.
 Ktr. Zaandam 17 februari 1994, ECLI:NL:KTGZAA:1994:AG0658, *JAR* 1994/96.
 Ktr. Apeldoorn 20 september 1994, ECLI:NL:KTGAPD:1994:AI9234, *Prg.* 1995/4398.
 Ktr. Leeuwarden 20 september 1994, ECLI:NL:KTGLEE:1994:AI9054, *Prg.* 1994/4185.
 Ktr. Den Bosch 29 juni 1995, ECLI:NL:KTGSHE:1995:AG1219, *JAR* 1996/16.

Ktr. Schiedam 13 februari 1996, ECLI:NL:KTGSCH:1996:AI9320, *Prg.* 1996/4505.
Ktr. Schiedam 2 april 1996, ECLI:NL:KTGSCH:1996:AI9355, *Prg.* 1996/4551.
Ktr. Heerenveen 20 november 1996, ECLI:NL:KTGHRV:1996:AG1534, *JAR* 1997/17.
Ktr. Utrecht 15 januari 1997, ECLI:NL:KTGUTR:1997:AM1906, *JAR* 1997/45.
Ktr. Amsterdam 26 maart 1998, ECLI:NL:KTGAMS:1998:AG2128, *JAR* 1998/155.
Ktr. Terneuzen 18 juli 2001, ECLI:NL:KTGTRN:2001:AG2885, *JAR* 2001/167.

Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten

Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 28 september 2018, ECLI:NL:OGEAM:2018:84.

College voor de Rechten van de Mens (inclusief Commissie gelijke behandeling)

Commissie gelijke behandeling 31 juli 2003, 2004-76.
Commissie gelijke behandeling 11 oktober 2006, 2006-211.
Commissie gelijke behandeling 17 oktober 2006, 2007-73.
College voor de Rechten van de Mens 9 februari 2017, 2017-11.

Scheidsgerechten en geschillencommissies

Vaste Commissie voor het Boekenuitgeverijbedrijf 8 oktober 1992, *JAR* 1992/103.
Scheidsgerecht voor het bankbedrijf 9 december 1992, *Prg.* 1993/3826.

DE BAKELSREEKS

G.W. van der Voet (2005), *De kwaliteit van de WMCZ als medezeggenschapswet*

M.M. Koevoets (2006), *Wangedrag van werknemers; De bevoegdheid van werkgevers tot opsporing en sanctionering*

E.G. van Arkel (2007), *A Just Cause for Dismissal in the United States and the Netherlands; Een redelijke grond voor ontslag in Amerika en Nederland*

J.H. Even (2008), *Transnational Collective Bargaining in Europe; A proposal for a European regulation on transnational collective bargaining*

A.R. Houweling en C.J. Loonstra (2011), *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*

A.R. Houweling en G.W. van der Voet (red.) (2012), *Bijzondere arbeidsverhoudingen*

P. Kruit (2012), *De ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW getoetst; Een empirisch onderzoek naar de ontbindingsbeschikking ex art. 7:685 BW in de periode 2005-2009*

A.R. Houweling (2012), *Eigenaardig arbeidsrecht; Grondslagen van een modern arbeidsrecht*

P.T. Pel (2013), *Geestelijken in het recht; De rechtspositie van geestelijke functionarissen in het licht van het eigen recht van kerken en religieuze gemeenschappen in de Nederlandse rechtsorde*

C.J. Loonstra en C.J.H. Jansen (2013), *Opstellen over de historische ontwikkeling van het arbeidsrecht*

R.A.A. Duk (2013), *De Hoge Raad en rechtsvinding in het arbeidsrecht*

J.P. Quist (2014), *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht*

C.J. Loonstra en A.R. Houweling (red.) (2014), *Het sociaal recht uitgedaagd; Een bundel arbeidsrechtelijke oraties 1997-2013*

A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet, (2015) Loonstra & Zondag. *Arbeidsrechtelijke themata*, vijfde druk

S. Klosse & G.J. Vonk (2015), *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*

S. Klosse & G.J. Vonk (2016), *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, tweede druk

E. van Vliet (2016), *Commissies van beroep in het bijzonder onderwijs*

G.W. van der Voet (red.) (2017), *Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, tweede druk

D.M.A. Bij de Vaate (2018), *Handboek arbeidsprocesrecht*

A.R. Houweling (red.) e.a. (2018), Loonstra & Zondag. *Arbeidsrechtelijke themata*, zesde druk

S. Klosse & G.J. Vonk (2018), *Hoofdzaken socialezekerheidsrecht*, derde druk

G.W. van der Voet (2018), *Het 'natte' arbeidsrecht; Een 'baken voor de toekomst' van onze 'onder water gelopen' polder?*

J.H. Even (2018), *Balanceren met detacheren*

P.C. Vas Nunes (2018), *Gelijke behandeling in arbeid*

S. Palm (2019), *Opvolgend werkgeverschap*