

# European Sport Services – de gevolgen van anciënniteitsafhankelijke werknemersbescherming

ArbeidsRecht 2019/17

**De beschikking *European Sport Services* bevat een belangrijke overweging over de berekening van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn bij opvolgende arbeidsovereenkomsten. Dit artikel plaatst deze beschikking in de bredere context van een op anciënniteit gebaseerd systeem van werknemersbescherming. De gedachte achter anciënniteit is een onderbelicht thema. De (mogelijke) grondslagen van anciënniteitsafhankelijke werknemersbescherming zouden een grotere rol moeten spelen in het juridisch discours. Wat betekenen deze grondslagen voor de rechter en de wetgever?**

## 1. Inleiding

Op 30 november 2018 oordeelde de Hoge Raad in de zaak *European Sport Services*. De beschikking bevat een belangrijke overweging ten overvloede over de berekening van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn bij opvolgende arbeidsovereenkomsten (in het navolgende wordt met de opzegtermijn uitsluitend de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn bedoeld). De Hoge Raad maakt voor die berekening een onderscheid tussen opvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever enerzijds en situaties van opvolgend werkgeverschap anderzijds.<sup>2</sup> Indien sprake is van opvolgend werkgeverschap tellen alle voorafgaande arbeidsovereenkomsten mee voor de berekening van de opzegtermijn; bij opvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever ligt die berekening veel genuanceerder, aldus – zeer kort samengevat – de Hoge Raad. Dit onderscheid baseert de Hoge Raad op de bedoeling van de wetgever, zoals die blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid en de bijbehorende Reparatiewet.<sup>3</sup>

Een onderbelicht thema in die totstandkomingsgeschiedenis is de gedachte achter anciënniteit. De wetgever baseert de lengte van de opzegtermijn primair op de duur van de arbeidsovereenkomst – de anciënniteit van de werknemer. De arbeidsrechtelijke bescherming is bij veel regelingen in sterke mate afhankelijk van de duur van de arbeidsovereenkomst althans de arbeidsrelatie.<sup>4</sup> Het aantal anciënniteitsafhankelijke regels blijft toenemen.<sup>5</sup> Behoort de rechter bij de uitleg van anciënniteitsafhankelijke regels de (mogelijke) grondslagen van anciënniteitsafhankelijke werknemersbescherming te benoemen en mee te wegen? En moet de wetgever deze grondslagen meewegen tijdens het wetgevingsproces? Deze grondslagen bieden immers argumenten voor de beantwoording van de vraag of voorafgaande arbeidsovereenkomsten behoren mee te tellen voor de berekening van de opzegtermijn, alsook voor de toepassing van andere anciënniteitsafhankelijke regelingen zoals over de transitievergoeding of de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomisch ontslag. Kortom, had een uitdrukkelijke afweging van de (mogelijke) grondslagen van anciënniteitsafhankelijke werknemersbescherming bijvoorbeeld tot een ander oordeel in de zaak *European Sport Services* kunnen leiden?

In paragraaf 2 volgt een korte beschrijving en analyse van de overweging ten overvloede in de zaak *European Sport Services*. Paragraaf 3 benoemt de functies van anciënniteitsafhankelijke werknemersbescherming en bevat een evaluatie van de mogelijke grondslagen. De implicaties van deze grondslagen voor (de toepassing van) anciënniteitsafhankelijke regelingen, waaronder de regeling omtrent de bere-

1 Mr. S. Palm is advocaat bij Windt Le Grand Leeuwenburgh te Rotterdam en buitenpromovendus aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

2 Opvolgend werkgeverschap houdt – kort samengevat – in dat opvolgende arbeidsovereenkomsten zijn gesloten met verschillende werkgevers en die werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn. Een ander gebruik van de term opvolgend werkgeverschap is mogelijk (bijvoorbeeld J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, p. 4-5).

3 HR 30 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2222 (concl. A-G R.H. de Bock van 6 juli 2018, ECLI:NL:PHR:2018:786, en concl. A-G R.H. de Bock van 9 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1361), JAR 2019/14, m.nt. C.G.M. Fruytier. De advocaat-generaal verwijst ook nog naar de volgende uitspraken over dit vraagstuk: Hof Amsterdam 15 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:976; Hof Den Haag 3 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:876, RAR 2017/101; Rb. Gelderland 7 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4252, JAR 2017/229; 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.

4 Naast de opzegtermijn als bedoeld in artikel 7:672 BW kan worden verwezen naar onder meer de volgende regelingen: de rechtsvermoedens (artikel 7:610a BW en artikel 7:610b BW), de loonrisicoverdeling (artikel 7:628 lid 5 BW), de proeftijdregeling (artikel 7:652 BW), de ketenregeling (artikel 7:668a BW), de regeling omtrent de transitievergoeding (artikel 7:673 BW), de termijnen voor uitzendkrachten (artikel 7:691 lid 1, 3 en 8 BW), de Wet flexibel werken, het afspiegelingsbeginsel (artikel 11 Ontslagregeling), de berekening van de herplaatsingstermijn (artikel 10 lid 1 Ontslagregeling), de wachttijd en drempelperiode voor verwerving ouderdomspensioen (artikel 14 lid 2 Pensioenwet), het kiesrecht voor de ondernemingsraad (artikel 6 lid 2 en 3 Wet op de ondernemingsraden), de medezeggenschapsrechtelijke positie van uitzendkrachten (artikel 1 lid 3 aanhef en onder a Wet op de ondernemingsraden), en voorheen ook artikel 6:3 Wet arbeid en zorg (vervallen) en de Wet financiering loopbaanonderbreking (vervallen). Het ambtenarenrecht bevat eveneens een veelheid aan anciënniteitsafhankelijke regelingen. Het belastingrecht kent daarnaast de fiscale vrijstelling van de jubileumgratificatie (artikel 11 lid 1 aanhef en onder o Wet op de loonbelasting 1964).

5 Op grond van het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans volgt na een duur van twaalf maanden het (jaarlijks terugkerende) recht voor oproepkrachten op een aanbod tot een vaste arbeidsomvang (*Kamerstukken II 2018/19, 35074, 1-64; Kamerstukken I 2018/19, 35074, A*). De wachttijd voor de transitievergoeding vervalt wel op grond van dit wetsvoorstel. Zie ook de in het regeerakkoord van 10 oktober 2017 genoemde maatregelen omtrent 'opt-out' en 'arbeidsovereenkomst bij laag tarief', waarbij de duur van de arbeidsrelatie evenzeer relevant is (*Vertrouwen in de toekomst. Regeerakkoord 2017-2021*, VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, p. 25-26, online: rijks-overheid.nl).

kening van de opzegtermijn, komen in paragraaf 4 aan de orde. Paragraaf 5 bevat de conclusie.

## 2. Berekening van de opzegtermijn volgens *European Sport Services*

### 2.1 Oordeel Hoge Raad

Artikel 7:672 BW – de bepaling omtrent de berekening van de opzegtermijn – voorziet niet in een regeling voor de samentelling van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten, met uitzondering van een herstel als bedoeld in artikel 7:682 BW of artikel 7:683 BW.<sup>6</sup> Artikel 7:668a BW (de ketenregeling) en artikel 7:667 lid 4 en 5 BW (de Ragetlie-regel) bevatten wel een regeling over de berekening van de opzegtermijn bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten, maar de reikwijdte van die regelingen – in het bijzonder van artikel 7:668a lid 4 BW – is onduidelijk. De opzegtermijn wordt volgens artikel 7:668a lid 4 BW berekend vanaf de eerste arbeidsovereenkomst als bedoeld in lid 1 van dit artikel. De verwijzing naar lid 1 roept twee vragen op. Ten eerste, indien partijen na een reeks van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd vervolgens een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd sluiten, is artikel 7:668a BW niet van toepassing. Van een ‘conversie’ van rechtswege in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is immers geen sprake (partijen sluiten zelf een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd). Tellen voorafgaande arbeidsovereenkomsten in die gevallen daarom niet mee voor de berekening van de opzegtermijn? Ten tweede, artikel 7:668a lid 4 BW verwijst alleen naar lid 1 en niet naar lid 2 (inzake opvolgend werkgeverschap). Tellen voorafgaande arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers daarom nimmer mee, omdat lid 4 alleen naar lid 1 verwijst?

De Hoge Raad refereert aan de bedoeling van de wetgever, zoals die blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid en de Reparatiewet, en beantwoordt de vragen als volgt. Ten eerste, als sprake is van opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen verschillende werkgevers die worden geacht elkaars opvolger te zijn (opvolgend werkgeverschap), dan wordt de opzegtermijn berekend vanaf het tijdstip van de totstandkoming van de eerste arbeidsovereenkomst – ook als de opvolgende werkgever direct een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd sluit (en van conversie geen sprake is) en ongeacht de wijze waarop de voorafgaande arbeidsovereenkomsten zijn geëindigd. Ten tweede, omtrent elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd met *dezelfde* werkgever, merkt de Hoge Raad op ‘dat de minister in een discussie tijdens een wetgevingsoverleg ruimte heeft gezien om die arbeidsovereenkomsten onder omstandigheden – bijvoorbeeld bij een promotie – aan te merken als één arbeidsovereenkomst, ook voor de berekening van de opzegtermijn’. Ter afsluiting overweegt de Hoge Raad dat de Ragetlie-regel slechts is bedoeld om onder die re-

gel gestelde voorwaarden een opzeggingsvereiste aan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te verbinden. De overweging omtrent de Ragetlie-regel brengt mee dat een voorafgaande arbeidsovereenkomst via artikel 7:667 lid 4 en 5 BW slechts meetelt voor de berekening van de opzegtermijn, indien de Ragetlie-regel aan de opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een opzeggingsvereiste verbindt.

### 2.2 Nieuwe vragen

De beschikking leidt tot nieuwe vragen. Ten eerste, in welke gevallen tellen voorafgaande arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever mee? De Hoge Raad noemt het tijdens de parlementaire behandeling besproken voorbeeld van een promotie: een werknemer is al voor onbepaalde tijd in dienst en sluit vanwege een promotie een nieuwe arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Van conversie als bedoeld in artikel 7:668a BW is geen sprake. Volgens de toenmalige minister is niettemin verdedigbaar dat de elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten als één arbeidsovereenkomst worden beschouwd, ‘met alle rechten die daaruit voortvloeien’.<sup>7</sup> De vraag is of in dit voorbeeld überhaupt – in juridische zin – sprake is van twee separate arbeidsovereenkomsten. De werknemer was al voor onbepaalde tijd dienst. De tweede arbeidsovereenkomst (als meerzijdige rechtshandeling) leidt niet tot een nieuwe indiensttreding van de werknemer, maar slechts tot een wijziging van de arbeidsvoorwaarden binnen de bestaande arbeidsovereenkomst (in verbintenisrechtelijke zin).<sup>8</sup> Artikel 7:670b BW vereist bovendien een schriftelijke overeenkomst ter beëindiging van een arbeidsovereenkomst. Ook met een verwijzing naar dit schriftelijkheidsvereiste kan men betogen dat geen sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst, want de arbeidsrelatie is ‘tussendoor’ niet rechtsgeldig geëindigd.<sup>9</sup> Bijzonder is overigens dat een promotie juist tot gevolg kan hebben dat artikel 7:668a lid 2 BW en daarmee ook lid 4 van dit artikel (over de berekening van de opzegtermijn) niet van toepassing zijn, aangezien de Hoge Raad en de regering (tijdens de parlementaire behandeling van de Wet werk en zekerheid) tot uitgangspunt hebben genomen dat alleen sprake is van opvolgend werkgeverschap als de werkzaamheden van de werknemer

<sup>6</sup> Artikel 7:672 lid 9 BW.

<sup>7</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26257, 12, p. 20 (verslag van een wetgevings-overleg).

<sup>8</sup> Artikel 6:213 BW definieert een overeenkomst – waaronder dus ook een arbeidsovereenkomst – als ‘een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan’. De overeenkomst heeft ook een andere betekenis, namelijk de uit de meerzijdige rechtshandeling voortvloeiende rechtsbetrekking. De overeenkomst als rechtsbetrekking bestaat uit een of meer verbintenissen (*Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/8 en 679*). In dit voorbeeld over de promotie bestaan wel twee aparte (papieren of elektronische) documenten waaruit de meerzijdige rechtshandeling en de daaruit voortvloeiende verbintenissen blijken (artikel 156 en 156a Rv).

<sup>9</sup> Anders althans genuanceerd: Rb. Oost-Brabant 15 november 2018, ECLI:NL:RBOBR:2018:6563, JAR 2019/5.

geen wezenlijke verandering ondergaan.<sup>10</sup> Anders gezegd, een promotie is een argument om twee arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever voor de berekening van de opzegtermijn als één arbeidsovereenkomst te beschouwen, terwijl een promotie vanwege de wijziging van de werkzaamheden tegelijkertijd tot gevolg kan hebben dat geen sprake is van opvolgend werkgeverschap; dit verschil lijkt tegenstrijdig.

Ten tweede, de samenhang tussen de Ragetlie-regel, de ketenregeling en de berekening van de opzegtermijn blijft in uitzonderlijke situaties onduidelijk. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd omzetten in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en dezelfde partijen die arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vervolgens weer omzetten in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (dus achtereenvolgens: onbepaalde tijd, bepaalde tijd, onbepaalde tijd). Voor de beëindiging van de opvolgend arbeidsovereenkomst voor *bepaalde* tijd geldt, als wordt voldaan aan de in artikel 7:667 lid 4 BW genoemde voorwaarde, het vereiste van voorafgaande opzegging waarbij de opzegtermijn wordt berekend vanaf de totstandkoming van de eerste arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Als partijen deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vervolgens omzetten in onbepaalde tijd is artikel 7:667 lid 4 BW niet langer relevant. De ketenregeling – waaronder artikel 7:668a lid 4 BW over de berekening van de opzegtermijn – is evenmin van toepassing. Tellen de dienstjaren van vóór de omzetting in onbepaalde tijd niet (meer) mee voor de berekening van de opzegtermijn, omdat de Ragetlie-regel niet langer van toepassing is en de werknemer ook geen beroep kan doen op de ketenregeling?

Ten derde, de gedachte van de regering tijdens de totstandkoming van de Wet flexibiliteit en zekerheid en de Reparatiewet, inhoudende dat bij een eerdere beëindiging de opzegtermijn is ‘verwerkt’, overtuigt niet.<sup>11</sup> Als een werkgever en een werknemer na drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd sluiten, is een eerdere opzegtermijn immers niet verwerkt. En hoe moeten rechters oordelen in situaties waarin de voorafgaande arbeidsovereenkomst 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. De werknemer kan voor de berekening van de opzeg-

termijn dan niet in alle gevallen een beroep doen op de Ragetlie-regel.<sup>12</sup> Ook is onzeker of kan worden gesproken van een ‘verwerkte’ opzegtermijn ingeval de werkgever (of curator) de arbeidsovereenkomst met inachtneming van de opzegtermijn opzegt, en de werknemer zijn werkzaamheden tijdens de opzegtermijn voortzet en aansluitend diezelfde werkzaamheden voortzet op grond van een nieuwe arbeidsovereenkomst.<sup>13</sup>

Ten vierde, de regeling omtrent de berekening van de opzegtermijn heeft ook effect op andere regelingen, zoals artikel 7:691 BW inzake uitzendovereenkomsten en de ‘redelijke termijn’ voor herplaatsing bedoeld in artikel 7:669 lid 1 BW en artikel 10 Ontslagregeling.<sup>14</sup> De redelijke termijn is op grond van artikel 10 Ontslagregeling gelijk aan de opzegtermijn als bedoeld in artikel 7:672 lid 2 BW. Artikel 10 Ontslagregeling verwijst niet naar artikel 7:667 lid 4 BW of artikel 7:668a lid 4 BW. Moet de herplaatsingstermijn worden berekend aan de hand van de duur van de laatste arbeidsovereenkomst? Of moet een rechter artikel 7:667 lid 4 en 5 BW en artikel 7:668a lid 4 BW naar analogie toepassen?

Tot slot, de (gebrekkige) systematiek omtrent de berekening van de opzegtermijn heeft tot gevolg dat in sommige gevallen een voorafgaande arbeidsovereenkomst voor de berekening van de opzegtermijn niet meetelt, maar voor de vaststelling van de transitievergoeding en de ontslagvolgorde wel.<sup>15</sup> Bestaan voor dit verschil goede argumenten?

Op basis van een strikte toepassing van de wettekst en een verwijzing naar de wetsgeschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid en de Reparatiewet tellen voorafgaande arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever niet mee voor de berekening van de opzegtermijn (en de herplaatsingstermijn), behalve bij een promotie. Een ander standpunt lijkt juridisch echter nog steeds verdedigbaar, namelijk dat alle voorafgaande arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever in beginsel meetellen, tenzij sprake is van een onderbrekingstermijn van langer dan zes maanden. De huidige regeling omtrent de opzegtermijn vloeit weliswaar voort uit de Wet flexibiliteit en zekerheid en de Reparatiewet, maar het wettelijke uitgangspunt dat

10 Onder meer: HR 24 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9537, NJ 1987/293 (Slijkhoofd/Hekkema BV); 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 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); 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).

11 Zie over dit standpunt: Kamerstukken II 1998/99, 26257, 7, p. 17 (NV); Kamerstukken II 1998/99, 26257, 12, p. 13 (verslag van een wetgevings-overleg); concl. A-G R.H. de Bock van 6 juli 2018, ECLI:NL:PHR:2018:786, randnummer 3.25.

12 Volgens Tersteeg moet de opzegtermijn altijd worden geacht te zijn verwerkt indien de werknemer de voorafgaande arbeidsovereenkomst heeft opgezegd (J.A. Tersteeg, Annotatie bij Rechtbank Rotterdam, JIN 2018/127).

13 Rb. Rotterdam 31 juli 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:8047, weegt bijvoorbeeld mee dat de werknemer heeft doorgewerkt na de opzegging door de curator.

14 Zo is artikel 7:668a BW (dus ook lid 4 omtrent de berekening opzegtermijn) pas van toepassing op de uitzendovereenkomst indien de uitzendwerknemer in meer dan 26 weken arbeid heeft verricht (een periode die via een cao of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan kan worden opgerekend tot 78 weken). Cao-partijen kunnen de opzegtermijn op grond van artikel 7:672 lid 6 BW ook volledig ontkoppelen van de duur van de arbeidsovereenkomst.

15 Voor de transitievergoeding en de ontslagvolgorde voor bedrijfseconomisch ontslag tellen alle voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, mee (artikel 7:673 lid 4 BW respectievelijk artikel 15 Ontslagregeling).

de lengte van de opzegtermijn afhankelijk moet zijn van de duur van de arbeidsovereenkomst is veel ouder.<sup>16</sup> Een fixatie op de totstandkomingsgeschiedenis van die twee wetten miskent dat het op anciënniteit gebaseerde systeem van werknemersbescherming in de afgelopen (bijna) 65 jaar (gerekend vanaf de inwerkingtreding van de wet van 17 december 1953) aanzienlijk is uitgebreid en meer omvat dan alleen de berekening van de opzegtermijn. Een rechter zou de (mogelijke) grondslagen van het op anciënniteit gebaseerde systeem van werknemersbescherming kunnen meewegen bij de uitleg van de regeling omtrent de berekening van de opzegtermijn en alle overige anciënniteitsafhankelijke regelingen.<sup>17</sup> Die grondslagen pleiten – zo zal hierna blijken – juist voor het uitgangspunt dat alle voorgaande arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever meetellen. Een uitleg aan de hand van deze grondslagen zou bovendien kunnen leiden tot meer consistentie tussen de anciënniteitsafhankelijke regelingen. De vervolgvraag is: wat zijn de mogelijke grondslagen en waarom is verdedigbaar dat op basis van deze grondslagen wel alle voorgaande arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever meetellen?

### 3. Anciënniteitsafhankelijke werknemersbescherming

#### 3.1 Functies en mogelijke grondslagen

Anciënniteit heeft twee verschillende functies, te weten: (i) een wachttijd voor werknemersbescherming zoals bij artikel 7:668a lid 1 en 2 BW van de ketenregeling (het kortetermijneffect van anciënniteit); en (ii) een maatstaf voor een met de duur van de arbeidsrelatie toenemende rechtsbescherming zoals bij de berekening van de verlengde opzegtermijn (het langetermijneffect van anciënniteit). Anciënniteitsafhankelijke werknemersbescherming berust niet op uitgebreide onderbouwingen van de wetgever of andere gezaghebbende organen. Het fenomeen keert wel-

iswaar met enige regelmaat terug in de literatuur,<sup>18</sup> maar de onderbouwing blijft beperkt.<sup>19</sup> De hierna geselecteerde grondslagen zijn (summerlijk) aan de orde gekomen in het juridische debat – althans kunnen uit dit debat en de regelgeving worden gedestilleerd.<sup>20</sup> Deze selectiemethode garandeert weliswaar geen volledigheid maar sluit zoveel mogelijk aan bij het (democratisch) gevoerde debat over anciënniteit. De volgende drie grondslagen, inclusief subcategorieën, kunnen met enige welwillendheid worden onderscheiden.

*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

18 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; M. Brink & G.T.M.J. Raaijmakers, 'Last in, first out', *ArbeidsRecht* 1994/34; C.J. Loonstra & W.A. Zondag, 'Ontslagvergoedingsrecht: stand van zaken en perspectief', *NJB* 2000, p. 1267-1277, in het bijzonder p. 1272-1273; W.L. Harenberg, 'Anciënniteit', *ArbeidsRecht* 2000/17; P.F. van der Heijden & F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking* (Preadvis Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 87 en 119; R. Hansma, 'Anciënniteit raakt eindelijk uit de tijd', *NJB* 2004, p. 1484-1486; E. Verhulst, 'De opzegtermijnen nader beschouwd', *ArbeidsRecht* 2005/1; W.A. Zondag, 'De rol van het anciënniteitsbeginsel als selectiecriteria bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen', *SMA* 2005, p. 458-477, in het bijzonder p. 465-469; 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; S.F.H. Jellinghaus, 'Het BBA en Ontslagbesluit met de VUT?', *Arbeid Integraal* 2005-4, p. 75-82; 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; 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; S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap en anciënniteit', *ArA* 2015-3, p. 3-38. Ter volledigheid: andere, niet in deze voetnoot vermelde, publicaties komen specifiek aan de orde bij de te bespreken grondslagen.

19 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.

20 Ook het internationale arbeidsrecht en buitenlandse rechtsselsels 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' (*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). Artikel 15 lid 2 *ILO Termination of Employment Recommendation, 1963, No. 119*, bepaalde dat de ontslagselectie bij een personeels-sanering mede aan de hand van de 'length of service' kan worden bepaald. *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'.

16 De verlengde opzegtermijn vloeit voort uit de wet van 17 december 1953, houdende wijzigingen van de bepalingen omtrent het ontslag bij arbeidsovereenkomsten, *Stb.* 1953, 619.

17 De parlementaire geschiedenis van een enkele wet is slechts een momentopname. Een wet is in de woorden van Scholten 'niet een schepping uit niets, maar een bewuste of onbewuste aanknoping aan het bestaande, een voortbouwen op reeds gelegde grondslagen' (*Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/18).

werkgever.<sup>21</sup> Vanuit die gedachte strekt anciënniteit tot: (i) bescherming tegen willekeur, misbruik en ongeoorloofde discriminatie door de werkgever;<sup>22</sup> of (ii) objectieve vaststelling van kennis, vaardigheden en ervaring van de werknemer.<sup>23</sup>

*Tweede grondslag: evenwichtige verdeling tussen werknemersbescherming en werkgeversrisico's* – Onder deze grondslag vallen regels waarbij anciënniteit (hoofdzakelijk) 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. De regels met een wachttijd moeten leiden tot een evenwichtige verdeling tussen werknemers-

bescherming en werkgeversrisico's. Via een wachttijd wordt de werknemersbescherming uitgesteld. De wachttijd wordt gerechtvaardigd door de gedachte dat: (i) de vaststelling van een volwaardige en bestendige arbeidsrelatie enige tijd behoeft;<sup>24</sup> (ii) de financiële risico's die voor de werkgever verbonden zijn aan de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst moeten worden beperkt; en (iii) de uitvoeringskosten van een pensioenuitvoerder moeten worden beperkt (in relatie tot de wachttijd en drempelperiode voor pensioenopbouw).<sup>25</sup>

*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: (i) trouwe dienst moet worden beloond en zorgplichten nemen toe;<sup>26</sup> (ii) 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*;<sup>27</sup> en (iii) 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.<sup>28</sup>

- 21 Zie voor aanknopingspunten onder meer: HR 28 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG1395, JAR 1997/90 (*Cemsto/El Azzouti*); *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.
- 22 Zo koos de wetgever 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 (*Kamerstukken II 1996/97*, 25263, 6, p. 12 (NV); *Kamerstukken I 1997/98*, 25263, 132b, p. 4 en 20-21 (MvA)).
- 23 F.G. Laagland, 'Intraconcernmobiliteit met concernwissel', in: R.M. Beltzer, F.G. Laagland & L. van den Berg, *Concernwerkgeverschap, Preadvies Levenbach, Reeks VvA 43*, Deventer: Wolters 2015, p. 73, voetnoot 55, p. 85-88, 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. De veelal in de economische wetenschappen besproken theorieën over *implicit contracts* richten zich vaak op deze 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. Zie onder meer: E.P. Lazear, 'Agency, Earnings Profiles, Productivity, and Hours Restrictions', *The American Economic Review* (71) 1981, afl. 4, p. 606-620; 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* 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. Voor de dienstjarenvereisten in de Wet op de ondernemingsraden kan bijvoorbeeld worden gesteld dat enig inzicht in de onderneming is vereist, aldus R.H. van het Kaar, *Ondernemingsraad 1.4.3.1.3*, Actief en passief kiesrecht, bijgewerkt 29 maart 2011 (online) (zie ook: *Kamerstukken II 1980/81*, 15893, 5, p. 27 (MvA); *Kamerstukken II 1980/81*, 15893, 8, p. 14 (NEV)).

### 3.2 Evaluatie

De eerste hiervoor genoemde grondslag heeft betrekking op de gedachte dat op anciënniteit gebaseerde werknemersbe-

- 24 Enkele aanknopingspunten in de wetgeschiedenis zijn onder meer te vinden in: 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; *Nota Flexibiliteit en zekerheid* (advies van 3 april 1996, Stichting van de Arbeid, publicatienr. 2/96), Den Haag: SER-huisdrukkerij 1996, p. 27, online: [stvd.nl](http://stvd.nl); *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, 3, p. 6 (MvT); *Kamerstukken I 1999/2000*, 26358, 52c, p. 12 (MvA); *Kamerstukken II 1987/88*, 20528, A, p. 5 (MvT Algemeen); *Kamerstukken II 1987/88*, 20528, 3, p. 6 (MvT); *Kamerstukken II 1996/97*, 25477, 3, p. 13 (MvT).
- 25 De uitvoeringskosten van pensioenuitvoerders in de uitzendbranche zouden zonder een verlengde wachttijd of drempelperiode tot 26 weken met 50% toenemen, aldus de regering (*Kamerstukken II 2007/08*, 31226, 3, p. 1 (MvT); *Kamerstukken II 2007/08*, 31226, 7, p. 1-2 (NV)).
- 26 Aanknopingspunten hiervoor zijn onder meer te vinden in: HR 28 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG1395, JAR 1997/90 (*Cemsto/El Azzouti*); *Kamerstukken II 1947/48*, 881, 3, p. 5 (MvT); *Kamerstukken II 1949/50*, 881, 4, p. 13 respectievelijk p. 16 (VV); *Kamerstukken II 1951/52*, 881, 6, p. 29 (MvA); 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), *Strct.* 2015, 12685 (meer in het bijzonder omtrent de herplaatsingstermijn); C.J. Loonstra, 'De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen', *ArbeidsRecht* 2001/43.
- 27 J.M. Barendrecht, 'Civielrechtelijke ontslagbescherming?', *TVVS* 1994/14; J.M. Barendrecht, 'Een verifiërende 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: [wrr.nl](http://wrr.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.
- 28 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 namelijk 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 voorwaarden in mindering brengen kosten op transitievergoeding.

scherming willekeur van de werkgever voorkomt. De meest fundamentele kritiek op deze gedachte is dat anciënniteit als criterium evenzeer willekeurig is. Daarnaast hebben juist werknemers met korte dienstverbanden vaak een relatief zwakke arbeidsmarktpositie. En 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.<sup>29</sup>

De tweede grondslag (kort gezegd: de correctie op de (mogelijke) nadelige gevolgen voor de werkgever bij de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst) heeft eveneens een wankel basis. Het idee is dat de (mogelijke) 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 resulteren echter in een minimalisering van de rechtsbescherming van veel werknemers die een relatief zwakke arbeidsmarktpositie hebben. De wachttijdfunctie vergroot de 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, zo ook de gedachte rondom *firm-specific skills*. De gedachte is dat (i) een werknemer gedurende de arbeidsrelatie met een werkgever investeert in *firm-specific skills*; (ii) de investeringen in deze *firm-specific skills* toenemen gedurende de looptijd van de arbeidsrelatie; (iii) deze investeringen hun waarde verliezen bij ontslag; en (iv) deze investeringen niet contractueel (kunnen) wor-

den beschermd.<sup>30</sup> Deze gedachte heeft een wankel 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 de arbeidsorganisatie. 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.<sup>31</sup> Uiteraard hechten veel werkgevers waarde aan de loyaliteit van een werknemer, maar dat belang brengt niet mee dat de rechtsbescherming daarom gedurende de arbeidsrelatie alsmoet toenemen (en dus in de beginjaren van de arbeidsrelatie relatief beperkt moet zijn). Ook de andere hiervoor genoemde argumenten tegen een op anciënniteit gebaseerd systeem van rechtsbescherming gelden in even sterke mate voor deze derde grondslag.

## 4. Consequenties

### 4.1 Voor de rechter

Een op anciënniteit gebaseerd systeem van werknemersbescherming overtuigt niet althans in zeer beperkte mate. Maar zolang dit systeem niet wijzigt (het aantal anciënniteitsafhankelijke regelingen neemt zelfs toe), is wel degelijk gerechtvaardigd dat de hiervoor besproken grondslagen meewegen bij de uitleg van anciënniteitsafhankelijke regels. De meeste grondslagen en subcategorieën dwingen tot samentelling van alle dienstjaren zolang de werknemer nog voor dezelfde arbeidsorganisatie werkt. Deze uitleg ('de werknemer blijft werkzaam voor dezelfde arbeidsorganisatie') zou – op enkele uitzonderingen na – daarom centraal moeten staan bij de toepassing van deze regels, waaronder bij de berekening van de opzegtermijn. Slechts in bijzondere gevallen – bijvoorbeeld als een werknemer tijdens een opzegging is vrijgesteld van werkzaamheden (en niet verplicht was zijn vakantiedagen op te nemen) – kan

29 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.

30 De literatuur geeft verschillende verklaringen voor het ontbreken van deze contractuele bescherming (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. 58-90). Zo heeft de werkgever geen prikkel om werknemers vooraf via hun loon te compenseren voor investeringen in *firm-specific skills*.

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

het gerechtvaardigd zijn om de dienstjaren voorafgaande aan de eerdere opzegging niet mee te tellen.<sup>32</sup> Deze (op de grondslagen van anciënniteit gebaseerde) uitleg zou niet alleen relevant moeten zijn voor de berekening van de opzegtermijn, maar voor alle anciënniteitsafhankelijke regels en – in het verlengde daarvan – voor de beoordeling van de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap. Opvolgend werkgeverschap houdt immers in vrijwel alle gevallen verband met de vaststelling van de anciënniteit.<sup>33</sup> Voor opvolgend werkgeverschap bestaat een ingewikkeld systeem, waarbij ook nog rekening moet worden gehouden met overgangsrecht.<sup>34</sup> De bestaande interpretatie van opvolgend werkgeverschap kan worden vervangen door een uitleg die tot uitgangspunt neemt dat sprake is van opvolgend werkgeverschap indien de werknemer na de werkgeverswissel werkzaam is gebleven voor dezelfde arbeidsorganisatie.<sup>35</sup>

#### 4.2 Voor de wetgever

De grondslagen voor een op anciënniteit gebaseerd systeem van werknemersbescherming krijgen in het juridisch discours summierlijk aandacht. En voor zover enkele grondslagen zijn te construeren, blijken deze grondslagen niet te zijn gebaseerd op overtuigende argumenten. De vraag is daarom of dit op anciënniteit gebaseerde systeem niet grondig moet worden herzien. 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 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 huidige 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. Wellicht kunnen de grondslagen en consequenties van anciënniteit als maatstaf voor werknemersbescherming worden meegewogen in het nog uit te brengen advies door de nieuw ingestelde Com-

missie regulering van werk.<sup>36</sup> Het 'flexrecht' – in wezen de wachttijdfunctie van anciënniteit – ligt weliswaar onder vuur, maar wetenschappers zien nog steeds heil in een anciënniteitsafhankelijk arbeidsrecht. Zo zijn Wilthagen en De Beer bijvoorbeeld tegen flexcontracten, maar tegelijkertijd voorstanders van arbeidsrechtelijke bescherming die gedurende het dienstverband toeneemt (de opbouwfunctie van anciënniteit), bijvoorbeeld voor de duur van de loondoorbetaling tijdens ziekte en de zwaarte van de ontslaggrond.<sup>37</sup>

#### 5. Conclusie

De beschikking *European Sport Services* toont de ingewikkelde gevolgen van een op anciënniteit gebaseerd systeem van werknemersbescherming. De Hoge Raad baseert zijn oordeel over de berekening van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn bij opvolgende arbeidsovereenkomsten op de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid en de Reparatiewet. De wettekst en totstandkomingsgeschiedenis leiden – ook met het oordeel van de Hoge Raad – niet in alle gevallen tot een (bevredigend) antwoord. Verdedigbaar is dat een rechter ook de grondslagen van een op anciënniteit gebaseerd systeem van de werknemersbescherming uitdrukkelijk moet meewegen bij de beantwoording van de vraag of een voorafgaande arbeidsovereenkomst behoort mee te tellen voor – bijvoorbeeld – de berekening van de opzegtermijn. Die grondslagen tonen aan dat de anciënniteit die meeweegt voor de toepassing van een regel in beginsel gelijk zou moeten zijn aan de duur dat de werknemer voor dezelfde arbeidsorganisatie werkzaam is gebleven. Vanuit dat perspectief ('werkzaam voor dezelfde arbeidsorganisatie') kan de rechter een eenvoudigere berekening toepassen bij opvolgende arbeidsovereenkomsten. Ook de Hoge Raad had dus – in relatie tot zijn overweging omtrent de berekening van de opzegtermijn bij opvolgende arbeidsovereenkomsten met dezelfde werkgever – wellicht tot een eenvoudigere uitleg kunnen komen. Tegelijkertijd dwingen de weinig overtuigende argumenten voor een op anciënniteit gebaseerd systeem werknemersbescherming wellicht tot een grondigere herziening (zonder dat daarmee overigens wordt gezegd dat het huidige beschermingsniveau te hoog of te laag ligt). Uit het wetsvoorstel Wet arbeidsmarkt in balans en de vele andere voorstellen blijkt dat anciënniteit als maatstaf voor werknemersbescherming echter nog niet aan populariteit heeft ingeboet.

32 Vergelijk artikel 7:673 lid 5 BW.

33 De Ragetlie-regel vormt een uitzondering.

34 Zie onder meer: S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht', *TAP* 2015/117, p. 4-12; S. Palm, 'Constar Plastics: aanzegging of opzegging – overgangsrecht en opvolgend werkgeverschap', *TvO* 2018, p. 8-15; S. Palm, Annotatie bij Hoge Raad, *Ondernemingsrecht* 2018/27.

35 De uitdaging is om vast te stellen in welke gevallen (nog) sprake is van 'werkzaam voor dezelfde arbeidsorganisatie'. Gezichts punten zouden bijvoorbeeld kunnen zijn: (i) de werknemer werkt met dezelfde personen samen; (ii) de werknemer blijft werkzaam binnen dezelfde groep (hetzelfde concern) en die groep voert (deels) een uniform (personeels)beleid; en/of (iii) de werkzaamheden van de werknemer blijven ten dienste staan van dezelfde ondernemer.

36 Zie brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 7 november 2018 betreffende de instelling van de Commissie regulering van werk (2018-0000179193), rijksoverheid.nl.

37 Zie over hun opvattingen bijvoorbeeld: Lien van der Leij, 'Gezocht: het ei van Columbus voor de arbeidsmarkt', *Het Financieele Dagblad* 8 januari 2019. Zie ook de verwijzing van Wilthagen naar het Italiaanse idee van één type arbeidsovereenkomst waarin de rechtsbescherming van de werknemer geleidelijk toeneemt tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst (A.C.J.M. Wilthagen, *Position paper ten behoeve van hoorzitting/rondetafelgesprek Wet arbeidsmarkt in balans (Wab)* van 3 december 2018, 2018D57493, online: tweedekamer.nl).