

# OPVOLGEND WERKGEVERSCHAP: WOND NOG NIET GEHECHT

DOOR / BIANCA HAMPSINK & LEONIE DORRESTEIN

Met de invoering van de Wet werk en zekerheid (Wwz) in 2015 is sneller dan voorheen sprake van opvolgend werkgeverschap, terwijl de wetgever heeft nagelaten in specifiek overgangsrecht te voorzien. Dit heeft tot diverse rechtszaken geleid. De Hoge Raad heeft eind vorig jaar een einde gemaakt aan de onduidelijkheid.

**O**pvolgend werkgeverschap heeft tot gevolg dat werknemers hun anciënniteit behouden bij een andere werkgever en speelt onder meer een rol bij uitzendconstructies, concessiewissels en (doorstart na) faillissementen. Niet alleen is de ketenregeling van toepassing bij de opvolgend werkgever, ook betekent behoud van anciënniteit voor de 'opvolgend werkgever' betaling van (hogere) transitievergoedingen en het in acht nemen van langere opzegtermijnen. De nieuwe werkgever wenst dan ook bij voorkeur niet onder deze regeling te vallen, reden waarom duidelijkheid over welk recht van toepassing is bij werkgeverswisselingen van essentieel belang is.

## OPVOLGEND WERKGEVERSCHAP VOOR DE WWZ

In de wet is de regeling betreffende opvolgend werkgeverschap ten aanzien van de ketenregeling neergelegd in artikel 7:668a lid 2 BW (Burgerlijk Wetboek). Waar het eerste lid van dit artikel regels vaststelt bij arbeidsovereenkomsten die tussen dezelfde partijen zijn aangegaan, bepaalt lid 2 dat ook bij opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende

werkgevers de ketenregeling geldt, mits die werkgevers ten aanzien van de te verrichten werkzaamheden als elkaars opvolgers moeten worden beschouwd. Hierbij kan gedacht worden aan bedrijfsovernames, maar de betreffende werkgevers kunnen bijvoorbeeld ook verschillende eenheden zijn die tot eenzelfde, grotere organisatie behoren.<sup>1</sup>

Gelet op de belangen van (en verregaande gevolgen voor) zowel werkgevers als werknemers is met regelmaat geprocedeerd over de vraag of al dan niet sprake is van opvolgend werkgeverschap. De wet noch de parlementaire geschiedenis heeft immers een limitatieve opsomming gegeven. Zo was lange tijd onduidelijk of sprake kon zijn van opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na een rechtsgeldige opzegging door de curator bij faillissement. In zijn arrest van 14 juli 2006 (Boekencoordeel/Isik)<sup>2</sup> heeft de Hoge Raad overwogen dat faillissement niet aan opvolgend werkgeverschap in de weg staat. Hoewel het erop leek dat het toepassingsbereik van opvolgend werkgeverschap hiermee was verruimd, heeft de Hoge Raad een aantal jaar later in zijn arrest van 11 mei 2012 (Wolters/Van Tuinen)<sup>3</sup> de

reikwijdte van het opvolgend werkgeverschap weer aanzienlijk ingeperkt en een nadere invulling gegeven aan de vereisten van het tweede lid van artikel 7:668a BW. In dit arrest werd namelijk het 'zodanige banden'-criterium geïntroduceerd.

Naast het reeds bestaande vereiste dat 1) de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden dient te betreffen als de vorige overeenkomst, heeft de Hoge Raad hier in 2012 aan toegevoegd dat pas van opvolgend werkgeverschap sprake is als daarnaast 2) tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever *zodanige banden* bestaan dat het door de oude werkgever 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.

Direct gevolg van dit extra criterium was dat vaker niet dan wel sprake was van opvolgend werkgeverschap, hetgeen juist indruiste tegen het doel van de bepaling: de rechtsbescherming van de werknemer. Met de invoering van de Wwz heeft de wetgever dit laatste getracht te ondervangen. ►

## OPVOLGEND WERKGEVERSCAP SINDS DE WWZ

Het 'zodanige banden'-criterium is met de inwerkingtreding van de Wwz komen te vervallen. Ingevolge het gewijzigde artikel 7:668a lid 2 BW kan sprake zijn van opvolgend werkgeverschap 'ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer'. Een band tussen de oude en nieuwe werkgever is niet langer meer vereist. Wel is vereist dat de aanleiding voor het overgaan naar de nieuwe werkgever is gelegen bij één van de werkgevers, bijvoorbeeld bij een uitzendkracht die in dienst treedt bij de inlener of als een concessie wordt verleend aan de nieuwe werkgever. Er is geen sprake van opvolgend werkgeverschap als de werknemer op eigen initiatief dezelfde arbeid bij een nieuwe werkgever gaat verrichten.<sup>4</sup>

Met de Wwz is ook de transitievergoeding geïntroduceerd. Uitgangspunt is dat de werkgever bij beëindiging van het dienstverband een transitievergoeding is verschuldigd als de arbeidsovereenkomst twee jaar of langer heeft geduurd en het initiatief tot beëindiging bij de werkgever ligt.<sup>5</sup> Opvolgend werkgeverschap speelt hierbij eveneens een belangrijke rol, nu de opbouw van de transitievergoeding doorloopt bij de nieuwe werkgever.<sup>6</sup> Bij opvolgend werkgeverschap wordt in artikel 7:673 lid 4 BW hetzelfde criterium gehanteerd als bij het gewijzigde artikel 7:668a lid 2 BW. Ook bij de opbouw van de transitievergoeding is het dus niet van belang of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. De arbeidsduur bij de vorige werkgever wordt in geval van opvolgend werkgeverschap meegenomen bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding.

Hoewel dit natuurlijk positief is voor de (rechts)bescherming van de werknemers, heeft de wetgever – al dan niet bewust – nagelaten een (overgangs)regeling te treffen voor die gevallen waarbij vóór 1 juli

2015 bijvoorbeeld een doorstart of concessiewissel heeft plaatsgevonden. Destijds gold voor voortzetting van een dienstverband bij een andere werkgever nog het strengere 'zodanige banden'-criterium, maar nu dus niet meer. Er is uitsluitend een overgangsbepaling geschreven voor artikel 7:668a lid 1 BW.<sup>7</sup> Een overgangsbepaling specifiek voor het opvolgend werkgeverschap dat in het tweede lid is geregeld, lijkt daarbij volledig over het hoofd te zijn gezien. In de (Wwz-)praktijk is het ontbreken van overgangsrechtelijke bepalingen bij opvolgend werkgeverschap de afgelopen twee jaar diverse keren punt van discussie gebleken: dienen voor opvolgend werkgeverschap relevante gebeurtenissen die zich (geruime tijd) voor de Wwz hebben voorgedaan, aan de hand van het oude recht (het 'zodanige banden'-criterium) beoordeeld te worden of op basis van het huidige recht en daarmee op grond van het minder strenge criterium?

Uitgangspunt is dat wetgeving onmiddellijke werking heeft, tenzij sprake is van overgangsrecht.<sup>8</sup> Het gebrek aan overgangsrecht bij opvolgend werkgeverschap had echter verstrekkende (en onwenselijke) gevolgen voor zowel werkgevers als werknemers, reden waarom hierover in de afgelopen twee jaar al diverse procedures zijn gevoerd. Totdat de Hoge Raad in november 2017 arrest wees, waren er twee lijnen in de rechtspraak te bespeuren.

### TWEE LIJNEN IN DE RECHTSPRAAK?

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft zich op 14 juni 2016 als eerste hof gebogen over het overgangsrecht bij werkgeverswisselingen. Kort gezegd ging het in deze zaak om het volgende. Constar International (Plastics) B.V. is in 2014 failliet verklaard. De curator heeft toen de arbeidsovereenkomsten met de werknemers opgezegd. Een aantal werknemers is vervolgens – voor bepaalde tijd – in dienst getreden bij de

onderneming die de activa van Constar heeft overgenomen en een deel van de activiteiten van Constar heeft voortgezet. Wegens tegenvallende financiële resultaten zijn de (voor bepaalde tijd) arbeidsovereenkomsten van de werknemers – na invoering van de Wwz – niet verlengd. De werknemers stelden zich in de procedure op het standpunt dat sprake is van opvolgend werkgeverschap en dat zij aldus werkzaam waren op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ook meenden zij, onder andere, aanspraak te kunnen maken op de transitievergoeding.

Het hof overwoog dat aan de hand van het tot 1 juli 2015 geldende recht diende te worden beoordeeld of ten tijde van de gestelde opvolging sprake was van opvolgend werkgeverschap en oordeelde daarom aan de hand van het 'zodanige banden'-criterium dat geen sprake was van opvolgend werkgeverschap. Het gevolg hiervan was dat de werknemers in kwestie geen arbeidsovereenkomst hadden noch recht op een transitievergoeding.<sup>9</sup> Het Gerechtshof herhaalde deze overweging in haar arrest van 8 maart 2017.<sup>10</sup> Indien het hof deze casus naar huidig recht had beoordeeld, was er vermoedelijk wel sprake geweest van opvolgend werkgeverschap en hadden de werknemers hun anciënniteit behouden. Het Gerechtshof Den Bosch volgde deze lijn van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en oordeelde dat de vraag of de doorstarter als opvolgend werkgever diende te worden gekwalificeerd in een dergelijke situatie beantwoord diende te worden naar het tot 1 juli 2015 geldende recht.<sup>11</sup> Het Gerechtshof Amsterdam leek echter een andere weg in te slaan. In zijn arrest van 25 juli 2017 oordeelde dit Gerechtshof expliciet dat specifiek overgangsrecht ontbreekt ten aanzien van de berekening van de transitievergoeding bij opvolgend werkgeverschap en concludeerde dat artikel 7:673 lid 4 BW met onmiddellijke ingang in werking is getreden.<sup>12</sup> Het Gerechtshof bepaalde daarbij

weliswaar niet uitdrukkelijk of de kwalificatievraag van opvolgend werkgeverschap moet worden beantwoord aan de hand van het nieuwe recht, maar lijkt daar wel van te zijn uitgegaan.

Formeelrechtelijk achten wij deze zienswijze van het Gerechtshof Amsterdam de juiste; nu geen specifiek overgangsrecht bestaat ten aanzien van opvolgend werkgeverschap zijn de toepasselijke bepalingen en daarmee het nieuwe criterium voor opvolgend werkgeverschap onmiddellijk en onverkort in werking getreden. Dit betekent dat alle voor opvolgend werkgeverschap relevante gebeurtenissen – ook indien die voor de Wwz hebben plaatsgevonden – op basis van het huidige recht beoordeeld moeten worden. Een dergelijke toepassing leidt echter wel tot bijzonder onwenselijke situaties en bovendien rechtsonzekerheid. Situaties die destijds niet als opvolgend werkgeverschap werden aangemerkt op grond van het ‘zodanige banden’-criterium kunnen jaren na dato alsnog als opvolgend werkgeverschap gekwalificeerd worden. Dit maakt enerzijds dat werkgevers ineens met claims van oud-werknemers geconfronteerd kunnen worden en anderzijds dat werknemers plotseling aanspraak kunnen maken op oude rechten (en daardoor bij het UWV uitkeringsperiodes kunnen krijgen).

### HET CONSTAR-ARREST

De Hoge Raad heeft met zijn arrest van 17 november 2017 een welkom einde gemaakt aan de rechtsonzekerheid die is ontstaan door het gebrek aan specifiek overgangsrecht.<sup>13</sup> De Hoge Raad heeft uitdrukkelijk geen afbreuk willen doen aan de keuze van de wetgever om met het zodanige bandencriterium te breken en zich uitsluitend toegelegd op de vraag op welke wijze de overgangsgevallen moeten worden beantwoord. De Hoge Raad oordeelt dat de vraag óf sprake is van opvolgend werkgeverschap bij een werkgeverswisseling die voor 1 juli 2015 heeft plaatsgevon-

den, dient te worden beoordeeld naar de maatstaf van het arrest-Wolters/Van Tuinen en dus naar het destijds geldende recht. Dit geldt zowel bij werkgeverswisselingen voor de toepassing van de ketenregeling als bij werkgeverwisselingen in het kader van de regeling van de transitievergoeding. De Hoge Raad acht het onwenselijk om uiteenlopend overgangsrecht bij de verschillende regelingen toe te passen nu dit de rechtszekerheid niet ten goede komt. De Hoge Raad onderbouwt zijn oordeel door te overwegen dat het op 1 juli 2015 geldende recht weliswaar onmiddellijke werking heeft, echter – onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij de invoering van het Nieuw BW – oordeelt de Hoge Raad dat opvolgend werkgeverschap een juridisch gekwalificeerd feit is: ‘In een rechtsregel plegen vereisten te worden gesteld voor het intreden van een bepaald rechtsgevolg. Zo’n vereiste kan inhouden een zeker juridisch gekwalificeerd feit.’<sup>14</sup> Op basis van het voorgaande heeft de Hoge Raad bepaald dat de peildatum voor de beoordeling van de vraag naar

het toepasselijk recht wordt bepaald door het moment waarop het rechtsgevolg intreedt. Bij opvolgende werkgeverschap is volgens de Hoge Raad de peildatum aldus gelijk aan de datum van de overgang en niet de datum waarop een arbeidsovereenkomst eindigt, wordt opgezegd, is aangezegd, et cetera.<sup>15</sup>

### CONCLUSIE

De Hoge Raad heeft hiermee een einde gemaakt aan de bestaande rechtsonzekerheid omtrent opvolgend werkgeverschap. Werkgeverswisselingen die voor 1 juli 2015 hebben plaatsgevonden, dienen naar oud recht te worden beoordeeld, zowel bij de ketenregeling als bij de transitievergoeding. De Hoge Raad heeft hiermee weliswaar het bloeden van de (werkgeverswissel)wond weten te stelpen, maar dit laat onverlet dat het aan de wetgever is om deze ‘wond’ dicht te hechten. ■

**Bianca Hampsink** en **Leonie Dorrestein** zijn arbeidsrechtadvocaten, werkzaam bij Cleerdin & Hamer in Amsterdam.

### NOTEN

- <sup>1</sup> *Kamerstukken II*, 1996/1997, 25 263, nr. 3, p. 26.
- <sup>2</sup> HR 14 juli 2006, *JAR* 2006/190 (Boekenvoordeel BV/Isik).
- <sup>3</sup> HR 11 mei 2012, *JAR* 2012/150 (Wolters/Van Tuinen).
- <sup>4</sup> *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, 8, p. 15.
- <sup>5</sup> Ingevolge de parlementaire geschiedenis wordt de opzegging van de arbeidsovereenkomst geacht te zijn gedaan op initiatief van de werknemer in een situatie waarin een werknemer de concessie volgt maar zelf niet de arbeidsovereenkomst opzegt. De oude werkgever is dan geen transitievergoeding verschuldigd, ook al heeft hij feitelijk wel de arbeidsovereenkomst opgezegd (*Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, C, p. 3-4).
- <sup>6</sup> Indien bij een overgang naar de opvolgende werkgever al een transitievergoeding is betaald, dan kan deze, op grond van artikel 7:673, vijfde lid, BW in mindering gebracht worden op een eventueel op enig moment door de opvolgend werkgever te betalen transitievergoeding (*Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, C, p. 10-15).
- <sup>7</sup> *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818 nr. 3, p. 128-129.
- <sup>8</sup> Artikel 68a Overgangswet Nieuw BW (jo. artikel 4 Wet algemene bepalingen).
- <sup>9</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:4977.
- <sup>10</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 8 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1984.
- <sup>11</sup> Gerechtshof Den Bosch, 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:857, Gerechtshof Den Bosch, 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3681.
- <sup>12</sup> Gerechtshof Amsterdam, 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3064.
- <sup>13</sup> HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905.
- <sup>14</sup> HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:195. R.o. 3.8.2; artikel 68a Overgangsrecht Nieuw BW en Parl. Gesch. Overgangsrecht (Inv. 3,5 en 6, p. 15).
- <sup>15</sup> R.o. 3.8.2 en 3.8.3 van HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:195.