

172

Kantonrechter Rechtbank Den Haag zp
 's-Gravenhage
 4 mei 2018, nr. 6631429 RP VERZ 18-50095,
 ECLI:NL:RBDHA:2018:5187
 (mr. Ten Cate)
 Noot mr. M. Jovović

Geen opvolgend werkgeverschap ondanks verrichten van hetzelfde werk voor dezelfde klanten.

[BW art. 7:668a lid 2]

De werknemer is van 2011 tot 28 februari 2014 bij de werkgever in dienst geweest. Vervolgens is de werknemer van 21 april 2014 tot 1 januari 2016 in dezelfde functie in dienst geweest bij TSN. Per 4 januari 2016 is de werknemer opnieuw bij de werkgever in dienst getreden, wederom in dezelfde functie. De arbeidsovereenkomst is verlengd tot 4 december 2017. Op 6 november 2017 heeft de werknemer zich ziek gemeld. TSN en de werkgever zijn beide professionele zorgaanbieders die door de gemeente Den Haag zijn gecontracteerd om krachtens de WMO zorg te verlenen aan zorgbehoevende inwoners van Den Haag. De betrokken inwoners kunnen zelf hun zorgaanbieder kiezen. Tussen partijen is in geschil of hun arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd. De werknemer stelt dat dit niet het geval is, omdat sprake is van opvolgend werkgeverschap. De werkgever betwist dit. Naar het oordeel van de kantonrechter is geen sprake van opvolgend werkgeverschap. Hiervoor kan niet uitsluitend als criterium gehanteerd worden of sprake is van dezelfde of soortgelijke werkzaamheden. Dit kan een in ogenschouw te nemen aspect zijn, maar of achtereenvolgende werkgevers

redelijkerwijze geacht worden elkaars opvolger te zijn ten aanzien van de verrichte arbeid, moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. In onderhavig geval zijn een aantal cliënten de werknemer gevolgd toen hij in dienst trad bij de werkgever. De werknemer heeft dus in feite zelf werk meegenomen naar de werkgever. Gesteld noch gebleken is dat de werkgever de werknemer in dienst heeft genomen om daarmee ook cliënten binnen te kunnen halen. Zou in een dergelijk geval worden aangenomen dat sprake is van opvolgend werkgeverschap, dan zou dat betekenen dat een werknemer, door in dienst te treden bij een nieuwe werkgever met medeneming van werk, die nieuwe werkgever buiten diens invloed en wil om zou kunnen "bombarderen" tot opvolgend werkgever. Dat is niet conform de wet. Van opvolgend werkgeverschap is dus geen sprake. De arbeidsovereenkomst van de werknemer is van rechtswege geëindigd op 4 december 2017.

NB. In de regel is sprake van opvolgend werkgeverschap als de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, zo volgt uit het Van Tuinen-arrest («JAR» 2012/50). Het ook in dat arrest genoemde criterium van de "zodanige banden" geldt niet meer onder de Wwz. Staan blijft echter dat de werkgever wel een zekere rol dient te hebben bij het "opvolgen". Er moet een aanleiding zijn waarom de werknemer overgaat naar de nieuwe werkgever, aldus de wetsgeschiedenis.

De werknemer te (...),
 verzoekende partij,
 verder te noemen: de werknemer,
 gemachtigde: mr. M. Ledesma Marin,
 tegen
 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Tzorg Personeel BV te Uden,
 verwerende partij,
 verder te noemen: Tzorg Personeel,
 gemachtigde: mr. R.M. Kerkhof.

1. Het procesverloop
 (...; red.)

2. De feiten

2.1. De werknemer, geboren op (...) 1953, is op (...) 2011 bij Tzorg Personeel voor de duur van 12 maanden in dienst getreden als (...). Deze arbeids-

overeenkomst is tweemaal verlengd waarna op 28 februari 2014 een einde kwam aan het dienstverband.

2.2. Ingaande 21 april 2014 is de werknemer voor bepaalde duur in dezelfde functie in dienst getreden bij TSN Thuiszorg B.V. (hierna te noemen "TSN"). De arbeidsovereenkomst met TSN is van rechtswege geëindigd per 1 januari 2016.

2.3. Per 4 januari 2016 is de werknemer opnieuw voor bepaalde duur – 3 maanden – in dienst getreden van Tzorg Personeel in dezelfde functie. Na verlenging van deze arbeidsovereenkomst tot 4 december 2016 is de arbeidsovereenkomst wederom verlengd tot 4 december 2017.

2.4. Bij brief d.d. 23 oktober 2017 heeft Tzorg Personeel aan de werknemer aangezegd dat de op dat moment geldende arbeidsovereenkomst niet zal worden verlengd en dus van rechtswege zal eindigen op 4 december 2017.

2.5. De werknemer heeft zich per 6 november 2017 ziek gemeld bij Tzorg Personeel.

2.6. Tzorg Personeel en TSN zijn beide professionele zorgaanbieders die door de gemeente Den Haag (afzonderlijk) zijn gecontracteerd teneinde krachtens de WMO zorg te verlenen aan daarvoor in aanmerking komende inwoners van Den Haag. Laatstgenoemden kunnen zelf hun zorgaanbieder kiezen.

3. *Het verzoek*

3.1. De werknemer verzoekt de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Tzorg Personeel te vernietigen. Tevens verzoekt de werknemer om een voorziening te geven voor de duur van de procedure, strekkende tot wedertewerkstelling en doorbetaling van loon. Subsidiair heeft de werknemer verzocht om toekenning van de transitievergoeding en een billijke vergoeding.

3.2. Aan dit verzoek legt de werknemer ten grondslag dat sprake is van – kort gezegd – opvolgend werkgeverschap van TSN en Tzorg Personeel, waardoor de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur van rechtswege zijn omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur. De aanzegging d.d. 23 oktober 2017 kan als opzegging van de arbeidsovereenkomst worden aangemerkt en dient vernietigd te worden. De opzegging is ook gedaan tijdens arbeidsongeschiktheid van de werknemer.

3.3. De werknemer heeft krachtens de arbeidsovereenkomsten voor TSN en voor Tzorg Personeel gedurende aansluitende periodes over meerdere

jaren exact dezelfde werkzaamheden verricht, namelijk het verlenen van zorg aan dezelfde personen. Aldus is voldaan aan de voorwaarde om te kunnen spreken van opvolgend werkgeverschap van Tzorg Personeel en TSN.

4. *Het verweer*

4.1. Tzorg Personeel verweert zich tegen het verzoek en stelt het volgende. Er is geen sprake van opvolgend werkgeverschap. Er is geen overdracht geweest van werkzaamheden van TSN aan Tzorg Personeel. Zowel TSN als Tzorg Personeel zijn elk nog gewoon krachtens contract zorgaanbieders van de Gemeente Den Haag.

4.2. Tzorg Personeel kan niet redelijkerwijs geacht worden om ten aanzien van de werkzaamheden van de werknemer opvolger van TSN te zijn. Er is geen werk overgedragen van TSN aan Tzorg Personeel, maar toen de werknemer bij Tzorg Personeel in dienst kwam, zijn enige cliënten van de werknemer hem gevolgd naar Tzorg Personeel, welke keuze hen vrij staat.

5. *De beoordeling*

5.1. Het gaat in deze zaak om de vraag of Tzorg Personeel redelijkerwijs geacht kan worden opvolger te zijn van TSN ten aanzien van de werkzaamheden van de werknemer. Die vraag wordt ontkenkend beantwoord en de verzoeken van de werknemer zullen dan ook worden afgewezen. Daartoe is het navolgende te overwegen.

5.2. Anders dan de werknemer aanvoerde is in deze zaak niet uitsluitend als criterium te hanteren (het antwoord op) de vraag of sprake is van dezelfde of soortgelijke werkzaamheden voor de opvolgende werkgever. Dat kan een in ogenschouw te nemen aspect zijn bij de beoordeling, maar in beginsel dient aan de hand van alle omstandigheden te worden vastgesteld of de achtereenvolgende werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht kunnen worden elkaars opvolger te zijn, zoals is bepaald in artikel 7:668a lid 2 BW. Daar schort het aan in deze zaak.

5.3. Vaststaat dat TSN en Tzorg Personeel beide door Den Haag gecontracteerde zorgaanbieders zijn en dat hun cliënten vrije keus hebben van wie zij de zorg willen afnemen. Dat betekent dat het cliëntenbestand van zowel TSN als Tzorg Personeel zal fluctueren. Buiten de invloed van de zorgaanbieder kan de cliënt overstappen naar een andere zorgaanbieder.

5.4. Na het einde van de arbeidsovereenkomst met TSN is de werknemer in dienst getreden bij Tzorg Personeel, waarbij cliënten – zo stelde Tzorg Personeel onweersproken – them gevolgd zijn om vanaf dat moment de zorg af te nemen van Tzorg Personeel. De overgang van deze cliënten is dus buiten invloed van Tzorg Personeel of TSN geschied. De werknemer heeft in feite zelf werk meegenomen naar Tzorg Personeel. Gesteld noch gebleken is dat de werknemer door Tzorg Personeel in dienst werd genomen met het oogmerk om met de werknemer ook zijn cliënten binnen te halen. De werknemer had dus ook door Tzorg Personeel aan andere cliënten gekoppeld kunnen worden. Onder deze omstandigheden kan Tzorg Personeel redelijkerwijs niet geacht worden opvolgend werkgever te zijn van TSN.

5.5. Het door de werknemer gehanteerde criterium – exact hetzelfde werk voor dezelfde klanten bij de nieuwe werkgever als bij de vorige – is te beperkt van strekking. Toepassing van dat criterium zou kunnen leiden tot het ongerijmde gevolg dat een werknemer door in dienst te treden bij een nieuwe werkgever met medeneming van werk, die nieuwe werkgever geheel buiten diens invloed en wil om zou kunnen “bombarderen” tot opvolgend werkgever, met alle daar aan verbonden- en niet noodzakelijkerwijs door de nieuwe werkgever voorziene gevolgen. Als een vakbekwaam ambachtsman bij een nieuwe werkgever in dienst treedt in dezelfde functie en dat een aanzuigende werking heeft, in die zin dat oude klanten van de ambachtsman zich komen melden, kan niet zonder meer gesproken worden over opvolgend werkgeverschap. Het begrip “relatiebeding” bestaat ook niet voor niets in het arbeidsrecht.

5.6. De slotsom is dat er geen opzegging plaatsvond maar dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigde en dat de brief d.d. 23 oktober 2017 dat aankondigde. Nu het dienstverband minder dan 24 maanden geduurd heeft, kan de werknemer geen aanspraak maken op de transitievergoeding.

5.7. Op grond van het voorgaande komen de verzoeken van de werknemer niet voor honorering in aanmerking. De proceskosten komen voor rekening van de werknemer, omdat hij ongelijk krijgt. De proceskosten van Tzorg Personeel worden vastgesteld op een bedrag van € 400,= voor salaris van de gemachtigde.

6. De beslissing

De kantonrechter:

6.1. wijst de verzoeken af;

6.2. veroordeelt de werknemer tot betaling van de proceskosten, die de kantonrechter aan de kant van de Tzorg Personeel tot en met vandaag vaststelt op € 400,= wegens salaris van de gemachtigde;

6.3. verklaart deze beschikking ten aanzien van de kosten uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

De kantonrechter maakt in deze zaak korte metten met het argument van de werknemer dat sprake was van opvolgend werkgeverschap omdat hij zowel bij TSN als bij Tzorg jarenlang – drie jaar Tzorg, twee jaar TSN en weer twee jaar Tzorg – exact dezelfde werkzaamheden had verricht (het verlenen van dezelfde zorg aan dezelfde cliënten). De kantonrechter oordeelt dat het door de werknemer gehanteerde criterium – hetzelfde werk, dezelfde klanten – te beperkt van strekking is. Daarbij speelt mee dat Tzorg en TSN – branche en werkgebied daargelaten – niets met elkaar te maken hebben en dat hun cliënten vrij mogen kiezen van wie zij zorg willen afnemen. Anders zou "een werknemer [zijn] nieuwe werkgever geheel buiten diens invloed en wil om [...] kunnen 'bombarderen' tot opvolgend werkgever [...]."

Dat sprake is van dezelfde of soortgelijke werkzaamheden bij de nieuwe werkgever kan volgens de kantonrechter wel een mee te wegen element zijn bij de beoordeling. In beginsel moet echter aan de hand van alle omstandigheden van het geval te worden vastgesteld of sprake is van opvolgend werkgeverschap. Nu de kantonrechter het criterium niet verder uitwerkt – dat hoefde overigens ook niet – doe ik daar hieronder een voorzet toe.

1. Hetzelfde werk is (voor noch na 1 juli 2015) genoeg voor opvolgend werkgeverschap

Het is op zich wel begrijpelijk dat de werknemer het in deze zaak probeerde. Artikel 7:668a lid 2 BW bepaalt immers dat arbeidsovereenkomsten worden geacht elkaar te hebben opgevolgd wanneer de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers, mits die werkgevers "redelijkerwijze geacht

moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn." Dat geldt zelfs "ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer." Met deze laatste formulering heeft de Wwz-wetgever het door de Hoge Raad in het *Van Tuinen/Wolters*-arrest geformuleerde "zodanige banden" criterium (HR 11 mei 2012, «JAR» 2012/150) af willen schaffen. Daardoor zou men kunnen denken dat de enige overgebleven eis is dat de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige. Volgens de tekst van de wet moet de kantonrechter immers slechts beoordelen of de nieuwe werkgever redelijkerwijs geacht moet worden de opvolger van de oude te zijn. De werknemer vond kennelijk dat dat het geval was: hij deed toch al zeven jaar exact hetzelfde werk voor dezelfde cliënten? Dat gevoel begrijp ik in deze situatie wel, maar ik vind het oordeel van de kantonrechter toch terecht.

Met zijn 'bombarderen-overweging' lijkt de kantonrechter namelijk het zogenoemde 'aanleidingscriterium' toe te passen. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz zei de regering over de afschaffing van het bandencriterium dat "er wel een aanleiding moet zijn waardoor de werknemer van de oude naar de nieuwe werkgever overgaat." Deze zou er zijn als de overgang is ingegeven door een "organisatorische of andere wijziging" bij een van beide werkgevers. De wetgever gaf daarbij het klassieke voorbeeld waarin de werknemer "eerst als uitzendkracht voor een werkgever werkt, om vervolgens bij diezelfde werkgever in dienst te treden." Ook dacht de wetgever aan concessiewissels (Kamerstukken II 2013/14, 33818, 8, p. 15). Dit alles zou in het nieuwe artikel 7:668a lid 2 BW tot uitdrukking komen in de eis dat de werkgevers "redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn ten aanzien van de verrichte arbeid." Daarin zit ook de eis dat de arbeid gelijk of vergelijkbaar moet zijn gebleven. Hieraan is later toegevoegd dat het gaat om gevallen waarin de werknemer het werk volgt en dat van opvolgend werkgeverschap dus geen sprake is "als de werknemer op eigen initiatief dezelfde arbeid bij een nieuwe werkgever gaat verrichten." Dan ligt de aanleiding immers bij de werknemer (Kamerstukken I 2013/14, 33818, E, p. 4). Gelet op deze laatste twee criteria kon de kantonrechter niet anders dan het verzoek

van de werknemer afwijzen. De werknemer was immers uit zichzelf van TSN naar Tzorg gegaan. Het werk was hem daarbij gevolgd, en niet andersom.

In de lagere rechtspraak wordt het aanleidingscriterium soms wel, soms niet gehanteerd. In een zaak die speelde na faillissement oordeelde de kantonrechter dat de aanleiding bij de werkgever lag, omdat de overnemer de toekomstplannen had toegelicht en daarbij had aangegeven open te staan voor sollicitaties (Ktr. 's-Hertogenbosch 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4849). In een geval waarin een werknemster na eerst via Randstad gewerkt te hebben in dienst ging bij haar vroegere inlenner, vond de kantonrechter het genoeg dat de kern van de werkzaamheden gelijk was gebleven (Ktr. Maastricht 19 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:563).

2. Ongerijmdheden en overgangsprikelen

Overigens kan het aanleidingscriterium ook tot gevolg hebben dat naar huidig recht geen sprake is van opvolgend werkgeverschap in situaties waarin dat voorheen wel het geval was. In de literatuur is wel het voorbeeld gegeven van het geval waarin de werknemer naar aanleiding van een vacature op intranet overstapt naar een andere groepsmaatschappij om daar hetzelfde werk te doen.

Een andere ongerijmdheid speelt bij de bepaling van de ontslagvolgorde bij het afspiegelen. Waar artikel 15 lid 2 Ontslagregeling nu dezelfde toets voorschrijft als artikel 7:668a lid 2 BW – zonder "zodanige banden" – was dat voorheen anders. Op grond van de oude Beleidsregels ontslagtaak UWV (Besluit beleidsregels ontslagtaak UWV (laatste versie) 1 september 2012, *Stcrt.* 2012, 16614, hoofdstuk 13, par. 6) gold namelijk een strenger criterium dan het door de Hoge Raad geformuleerde. Van opvolgend werkgeverschap in de zin van die regeling was in beginsel sprake als (i) de (aard van de) verrichte werkzaamheden; (ii) de locatie van de werkzaamheden; en (iii) de bedrijfsmiddelen waarmee de activiteiten worden uitgeoefend vrijwel gelijk bleven. Brengt het Constar-arrest (HR 17 november 2017, «JAR» 2017/311), waarin de Hoge Raad oordeelde dat werkgeverswisselingen die vóór 1 juli 2015 plaatsvonden moeten worden beoordeeld aan de hand van het bandencriterium, mee dat opvolgend werkgeverschap voor de toepassing

van het afspiegelingsbeginsel aan de hand van het (daarvoor naar oud recht geldende) criterium uit de Beleidsregels moet worden beoordeeld? Ik meen van niet. De Beleidsregels – de naam zegt het al – waren immers geen recht in materiële zin. Ook voor artikel 15 lid 2 Ontslagregeling geldt dus vóór 1 juli 2015 het bandencriterium, en daarna het aanleidingscriterium (zie hierover nader M. Jovović & J.P.H. Zwemmer, 'Opvolgend werkgeverschap in de Ontslagregeling en de banden met het BW', *Arbeids-Recht* 2018/18).

M. Jovović,
Advocaat bij Stibbe, Amsterdam