

# Opvolgend werkgeverschap in de Ontslagregeling en de banden met het BW

*ArbeidsRecht* 2018/18

Een werkgever die wil reorganiseren krijgt met de Ontslagregeling te maken.<sup>2</sup> Een essentieel deel van deze Ontslagregeling is het in artikel 11 neergelegde afspiegelingsbeginsel. Het afspiegelingsbeginsel bepaalt de ontslagvolgorde: binnen een categorie uitwisselbare functies moet de werknemer met het kortste dienstverband binnen de eigen leeftijdscategorie als eerste worden ontslagen. Voordat aan afspiegelen kan worden toegekomen dient dus de lengte van het dienstverband te worden vastgesteld. Bij werknemers die altijd bij dezelfde (formele) werkgever hebben gewerkt zal dat eenvoudig zijn. Dat ligt anders bij werknemers die achtereenvolgens werkzaam zijn geweest bij verschillende werkgevers terwijl zij ondertussen ongeveer dezelfde arbeid bleven verrichten en/of in dienst zijn geweest bij verschillende (formele) werkgevers die deel uitmaakten van hetzelfde concern. Artikel 15 lid 2 Ontslagregeling bepaalt dat arbeidsovereenkomsten met opvolgende werkgevers moeten worden samengeteld wanneer die werkgevers “ongeacht of inzicht bestond in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn”. Artikel 15 lid 3 Ontslagregeling bepaalt dat eveneens moeten worden samengeteld arbeidsovereenkomsten van de werknemer die 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. De vraag is wanneer aan deze voorwaarden is voldaan. De toelichting bij de Ontslagregeling is hierover zeer summier. In deze bijdrage bespreken wij wat de voorwaarden zijn voor opvolgend werkgeverschap op grond van artikel 15 Ontslagregeling. Daarbij gaan wij in op de wijze waarop het UWV hier tegenaan keek in de per 1 juli 2015 vervallen Beleidsregels ontslagtaak UWV, hoe de sinds die datum in artikel 15 Ontslagregeling neergelegde criteria moeten worden uitgelegd en wat de gevolgen zijn van de *Constar*-beschikking<sup>3</sup> van de Hoge Raad voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel wanneer sprake is van werkgeverswisselingen voor 1 juli 2015.

1 Mr. M. Jovović is advocaat bij Stibbe. Mr. dr. J.P.H. Zwemmer is advocaat bij Stibbe, universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift.

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

3 HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905 (*werknemer/Constar Plastics B.V.*).

## 1. Opvolgend werkgeverschap in artikel 15 lid 2 Ontslagregeling

Artikel 15 lid 1 Ontslagregeling bepaalt dat voor de berekening van de duur van het dienstverband van de werknemer bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel één of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, worden samengeteld. In artikel 15 lid 2 Ontslagregeling wordt hieraan toegevoegd dat arbeidsovereenkomsten ook 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”. Dit geldt “ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer”. De tekst van artikel 15 lid 2 Ontslagregeling is vrijwel gelijk aan die van artikel 7:668a lid 2 BW en daarmee ook aan de formulering van het opvolgend werkgeverschap bij de toepassing van de Ragetlie-regel in artikel 7:667 lid 5 BW en bij de berekening van de transitievergoeding in artikel 7:673 lid 4 onder b BW.<sup>4</sup> In de toelichting bij de Ontslagregeling lichtte de minister toe dat met artikel 15 lid 2 Ontslagregeling wordt aangesloten bij de formulering van opvolgend werkgeverschap in artikel 7:668a lid 2 BW van de ketenbepaling.<sup>5</sup> Op grond hiervan dient de vraag of de dienstjaren van de werknemer bij een vorige werkgever meetellen voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel aan de hand van dezelfde criteria te worden beantwoord als in het kader van artikel 7:668a lid 2 BW, artikel 7:667 lid 5 en artikel 7:673 lid 4 onder b BW.<sup>6</sup>

Van opvolgend werkgeverschap in de zin van de hiervoor genoemde artikelen is sprake wanneer aan twee voorwaarden is voldaan. De eerste voorwaarde is te vinden in de tekst van de wet: het moet gaan om werkgevers die redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. De

4 Zie ook artikel 7:691 lid 5 BW op grond waarvan voor de berekening van de termijn van 26 weken in lid 1 en lid 3 van artikel 7:691 BW periodes waarin de uitzendwerknemer arbeid verricht op basis van arbeidsovereenkomsten met verschillende (uitzend)werkgevers die “ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn”, worden samengeteld. In artikel 7:691 lid 5 BW ontbreken echter de woorden “ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer”. Hoewel bij de inwerkingtreding van de Wwz in dit artikel – evenals in artikel 7:668a lid 2 BW – wel het woord ‘elkanders’ werd vervangen door ‘elkaars’, blijkt uit de wetsgeschiedenis niet dat werd beoogd het opvolgend werkgeverschap ex artikel 7:691 lid 5 BW te laten afwijken van dat in artikel 7:668a lid 2 BW. Het lijkt hier dus te gaan om een omissie van de wetgever. Zie ook J.P.H. Zwemmer, ‘De uitzendkracht, de gedetacheerde en de payroll-werknemer’, p. 733 in: *Bijzondere arbeidsverhoudingen* (red.: *Houweling/Van der Voet*), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017.

5 Zie de toelichting bij de Ontslagregeling, *Stcrt.* 2015, 12685, p. 22.

6 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 14 (Ragetlie-regel) en p. 90 (ketenregeling).

tweede voorwaarde volgt uit de wetsgeschiedenis en is dat de aanleiding van de indiensttreding van de werknemer bij de andere werkgever aan de kant van de werkgever ligt.<sup>7</sup>

## 1.1 *Werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn*

De wetsgeschiedenis biedt geen aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag wanneer sprake is van werkgevers die “ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn”.<sup>8</sup> De Hoge Raad gaf hierover voor het eerst enige duidelijkheid in het *Campina*-arrest<sup>9</sup> uit 1991. In dit arrest stelde de Hoge Raad paal en perk aan het repeterend gebruikmaken van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd door werknemers achtereenvolgens voor bepaalde tijd in dienst te laten treden bij verschillende formele werkgevers. De Hoge Raad overwoog dat de werknemer in dit geval aanspraak maakte op de ontslagbescherming die hoorde bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd omdat het hier ging om “(nagenoeg) dezelfde arbeid, die onder (nagenoeg) dezelfde voorwaarden en tegen hetzelfde loon, in dezelfde onderneming wordt verricht”. Naar aanleiding van dit arrest is bij de invoering van de ketenbepaling bij gelegenheid van de Wet flexibiliteit en zekerheid (Flexwet) in artikel 7:668a lid 2 BW bepaald dat de ketenbepaling ook van toepassing is “op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn”.<sup>10</sup> Ook ditmaal werden deze woorden niet verder toegelicht door de wetgever. Hij volstond met een verwijzing naar het *Campina*-arrest en meende voorts dat de bewoordingen van de wet “duidelijk” waren.<sup>11</sup>

Vanaf de inwerkingtreding van de ketenbepaling op 1 januari 1999 was dus in navolging van de overwegingen van de Hoge Raad in het *Campina*-arrest sprake van opvolgend werkgeverschap indien (nagenoeg) dezelfde arbeid werd verricht onder nagenoeg dezelfde voorwaarden en tegen hetzelfde loon in dezelfde onderneming. In de jurispruden-

tie werd nadien betrekkelijk snel aangenomen dat sprake was van opvolgend werkgeverschap wanneer de werkzaamheden of taken van de werknemer bij de elkander opvolgende werkgevers niet ingrijpend waren gewijzigd.<sup>12</sup> Van belang was dat de identiteit van de arbeidsovereenkomst niet was gewijzigd.<sup>13</sup> In het arrest *Boekenvoordeel/Isik* uit 2006<sup>14</sup> bevestigde de Hoge Raad dat voor de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW verschillende werkgevers met elkaar werden gelijkgesteld wanneer de werknemer op grond van opvolgende arbeidsovereenkomsten met deze werkgevers aldoor min of meer dezelfde arbeid in dezelfde onderneming was blijven verrichten.

## 1.2 *Ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer*

In het arrest *Van Tuinen/Wolters* van 11 mei 2012<sup>15</sup> overwoog de Hoge Raad dat voor opvolgend werkgeverschap bij de toepassing van de ketenbepaling niet alleen vereist was dat voor de elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist waren, maar ook dat de latere werkgever bekend kon worden verondersteld met de geschiktheid en vaardigheden van de werknemer op grond van zijn ‘banden’ met de eerdere werkgever.<sup>16</sup> In de context van de ketenbepaling kwam de introductie van dit ‘banden-criterium’ neer op een inperking van het opvolgend werkgeverschap bij de toepassing van de ketenbepaling.

De zinsnede “ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer” vormt de weerslag van het besluit van de Wwz-wetgever om te breken met het door de Hoge Raad geïntroduceerde bandencriterium bij de toepassing van de ketenbepaling. De wetgever achtte de invulling van het opvolgend werkgeverschap door de Hoge Raad in het arrest *Van Tuinen/Wolters* bij de ketenbepaling (en in het verlengde daarvan de bepaling met betrekking tot de transitievergoeding) te beperkt. Het doel van de ketenbepaling – een werknemer moest na zekere tijd, of na een aantal tijdelijke contracten, kunnen beschikken over een vast contract – maakte het wenselijk uitdrukkelijk te bepalen dat geen inzicht hoeft te bestaan in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer.<sup>17</sup>

7 Kamerstukken II 2013/14, 33818, 8, p. 15.

8 Deze woorden waren voor het eerst opgenomen in het bij wet van 17 december 1953 (*Stb.* 1953, 619) ingevoerde artikel 7:1639k lid 1 onder b – later vernummers tot artikel 7:673 lid 1 onder b – BW (oud) in de context van de bij die wet ingevoerde langere opzegtermijnen. Sindsdien is opvolgend werkgeverschap op basis van deze woorden, behalve in artikel 7:668a lid 2 BW, artikel 7:667 lid 5 BW en artikel 7:673 lid 4 onder b BW, opgenomen in onder meer artikel 7:652 lid 8 onder e BW (nietigheid proeftijdbeding bij opvolgende werkgevers); het hiervoor al genoemde artikel 7:691 lid 5 BW (uitgestelde werking van de ketenbepaling in de uitzendovereenkomst); artikel 2 lid 1 Wet flexibel werken (recht op aanpassing arbeidsduur na een dienstverband van één jaar) en het per 1 januari 2015 vervallen artikel 6:3 lid 2 Wet arbeid en zorg (recht op zorgverlof na een dienstverband van één jaar).

9 HR 22 november 1991, *NJ* 1992/707, m.nt. Stein (*Bootsma e.a./DMV Campina*).

10 Wet van 14 mei 1998, houdende wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en van enige andere wetten, *Stb.* 1998, 300, p. 4. Tegelijkertijd kwam daarbij het hiervoor genoemde artikel 7:673 lid 1 onder b BW (oud) te vervallen.

11 Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 6, p. 11. Zie voor een uitvoerige beschrijving van de geschiedenis van de ketenbepaling, S. Palm, ‘De zoektocht naar de juiste interpretatie van opvolgend werkgeverschap van *Van Tuinen/Wolters*’, *ArA* 2014 (13), p. 22 e.v. en J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012, par. 4.8.4.

12 Zie o.a. Ktr. Nijmegen 28 februari 2003, *JAR* 2003/270, Ktr. Hilversum 25 november 2005, *JAR* 2006/4, Hof Leeuwarden 28 maart 2007, ECLI:NL:GHLEE:2007:BA1888, Hof Amsterdam 26 juli 2007, *JAR* 2007/243, Hof 's-Gravenhage 16 maart 2010, *RAR* 2010/116. Als dat wel het geval was, werd geoordeeld dat geen sprake was van opvolgend werkgeverschap. Zie o.a. Ktr. Rotterdam 24 april 2003, *JAR* 2003/122, Ktr. Zwolle 16 november 2004, *JAR* 2005/29, Ktr. Bergen op Zoom 16 februari 2005, *JAR* 2005/71.

13 Vgl. Ktr. Amsterdam 23 september 1999, *JAR* 1999/257. Wijzigingen in het salaris of de arbeidsduur werden daarbij als relevant maar niet doorslaggevend beoordeeld en dat de fysieke omgeving – al dan niet – ongewijzigd was gebleven speelde slechts in een enkel geval mee. Zie over deze (lage) rechtspraak over opvolgend werkgeverschap in de periode 1999-2012, J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012, p. 118-119.

14 HR 14 juli 2006, *NJ* 2007/101, m.nt. Verhulp.

15 HR 11 mei 2012, *NJ* 2013/171, m.nt. Verhulp.

16 Dit banden-criterium was afkomstig uit de proeftijd-jurisprudentie. Zie HR 14 september 1984, *NJ* 1985/244 (*Hardchroom/Yigit*) en HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987/293 (*Slijkoord/Hekkema*).

17 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 8, p. 14-15.

### 1.3 **Aanleiding voor werkgeverswisseling ligt aan werkgeverskant**

Het wegvallen van het bandencriterium leidde tijdens de parlementaire behandeling van de Wwz tot discussie over de vraag of opvolgend werkgeverschap zich thans ook kan voordoen in situaties waarin een werknemer uit eigen beweging opzegt en aansluitend bij een andere werkgever werkzaamheden gaat verrichten waarvoor wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden worden vereist als binnen de voorgaande arbeidsovereenkomst het geval was. De minister beantwoordde deze vraag ontkenkend en deelde mee dat voor opvolgend werkgeverschap vereist is dat de aanleiding voor de indiensttreding bij de nieuwe werkgever aan werkgeverskant ligt.<sup>18</sup>

## 2. **Opvolgend werkgeverschap op grond van de Beleidsregels ontslagtaak UWV**

Tot 1 juli 2015 had het UWV zijn beleid ten aanzien van het opvolgend werkgeverschap bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel vastgelegd in de Beleidsregels ontslagtaak UWV (hierna: Beleidsregels).<sup>19</sup> In de Beleidsregels wijst het UWV op het opvolgend werkgeverschap bij de toepassing van de ketenbepaling ex artikel 7:668a lid 2 BW en de gedachte die hieraan ten grondslag ligt. Vervolgens wordt in paragraaf 13.6 van de Beleidsregels beschreven dat “van een opvolgend werkgever (in beginsel) sprake [is] indien de volgende factoren (vrijwel) hetzelfde blijven:

- De (aard van de) verrichte werkzaamheden;
- De locatie waarin de werkzaamheden worden uitgeoefend;
- De bedrijfsmiddelen waarmee de activiteiten worden uitgeoefend”.

Wanneer werd voldaan aan deze factoren, dan werd op grond van het UWV-beleid bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel de duur van het dienstverband bij de vorige werkgever samengeteld met de duur van het dienstverband bij de opvolgende werkgever, tenzij het dienstverband bij de vorige werkgever rechtsgeldig was beëindigd door opzegging met een ontslagvergunning of een ontbinding door de kantonrechter.<sup>20</sup> De wijze waarop het UWV opvolgend werkgeverschap beschreef in zijn Beleidsregels was nog beperkter dan de invulling die de Hoge Raad hieraan had gegeven in het arrest *Van Tuinen/Wolters*.

Verder bepaalden de Beleidsregels dat bij een overgang van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:663 BW bij overgang van onderneming, de bij de overgegangene onderne-

ming opgebouwde dienstjaren behouden bleven en meetelden bij de bepaling van de duur van het dienstverband bij de nieuwe werkgever.<sup>21</sup> Een dergelijke bepaling ontbreekt in de Ontslagregeling. Verklaring hiervoor zal zijn dat bij een overgang van onderneming eveneens sprake is van opvolgend werkgeverschap op grond van artikel 15 lid 2 Ontslagregeling. Dat is alleen anders wanneer de werkzaamheden van de werknemer per de datum van de overgang van zijn arbeidsovereenkomst wezenlijk veranderen. In dat geval is op grond van de Ontslagregeling de datum waarop de werknemer over is gegaan naar de nieuwe werkgever diens nieuwe indiensttredingsdatum voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel. Uit de arresten *Collino & Chiappero* en *Scattolon* van het Hof van Justitie EU volgt immers dat de volgorde van de werknemer bij ontslag op grond van de door hem bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit geen recht is dat op zichzelf vatbaar is voor overgang. Anciënniteitsrechten gaan op grond van deze arresten wel mee over voor zover zij de basis vormen voor de berekening van financiële rechten.<sup>22</sup> Dat betekent bijvoorbeeld dat de dienstjaren bij de voormalige werkgever worden meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding in geval van een later ontslag door de nieuwe werkgever.

Bij een doorstart na faillissement werden de door de werknemer bij de voormalige (gefaillieerde) werkgever opgebouwde dienstjaren niet meegeteld, met als gevolg dat het UWV de datum waarop de werknemer aanving bij de doorstartende werkgever aanmerkte als de nieuwe indiensttredingsdatum.<sup>23</sup> Het UWV onderbouwde dit met een verwijzing naar artikel 7:666 BW. De Ontslagregeling geeft hiervoor geen bijzondere regel. Dat betekent dat sinds 1 juli 2015 ook bij een doorstart na faillissement sprake zou kunnen zijn van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 15 lid 2 Ontslagregeling (waardoor dus eventuele voorgaande arbeidsovereenkomsten met de failliete werkgever meetellen voor de berekening van de lengte van het dienstverband).

## 3. **Opvolgend werkgeverschap en het ontbreken van overgangsrecht: Beleidsregels nog relevant?**

In artikel 15 lid 4 Ontslagregeling is bepaald dat arbeidsovereenkomsten die voor 1 juli 2015 zijn aangegaan niet worden samengeteld als zij elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van meer dan drie maanden. Op grond van dit overgangsrecht blijft voor tussenpozen die gelegen zijn tussen arbeidsovereenkomsten die elkaar vóór 1 juli 2015 opvolgden het oude recht gelden. Een keten van arbeidsovereenkomsten die voor die datum door een tussenpoos van meer dan drie maanden doorbroken was blijft dus ook

18 Zie resp. *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, 8, p. 15 en *Kamerstukken I 2013/14*, 33818, E, p. 4. Daarvan zal in ieder geval het geval sprake zijn als de werknemer eerst als uitzendkracht werkzaam was en vervolgens bij de opdrachtgever in dienst treedt of wanneer de werknemer in dienst treedt bij een nieuwe werkgever nadat een concessie of opdracht aan een andere partij is gegund of verleend respectievelijk aanbesteed. Zie over dit aanleidingsvereiste meer uitgebreid o.a. S. Palm, ‘Opvolgend werkgeverschap en overgangsrecht: oude gevallen opnieuw beoordeeld?’, *TAP 2017/122* en Van Slooten, Zaal & Zwemmer, *Handboek Nieuw ontslagrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 31 e.v.

19 Besluit beleidsregels ontslagtaak UWV (laatste versie) 1 september 2012, *Stcrt. 2012*, 16614, hoofdstuk 13, par. 6.

20 Hoofdstuk 13, par. 5 Beleidsregels ontslagtaak UWV.

21 Hoofdstuk 13, par. 7 Beleidsregels ontslagtaak UWV.

22 HvJ EU 14 september 2000, ECLI:EU:C:2000:441, *JAR 2000/225*, m.nt. Verhulp (*Collino & Chiappero*) en HvJ EU 6 september 2011, ECLI:EU:C:2011:542, *JAR 2011/262*, m.nt. Haanappel-van der Burg en AR-Updates 2011-0727, m.nt. Zwemmer (*Scattolon*). Zie ook HvJ EU 6 april 2017, ECLI:EU:C:2017:276, *JAR 2017/118*, m.nt. Beltzer (*Unionen/Almega Tjänsteförbunden, ISS Facility Services AB*).

23 Hoofdstuk 13, par. 8 Beleidsregels ontslagtaak UWV.

na 1 juli 2015 doorbroken. De Ontslagregeling bevat geen overgangsrecht voor de kwalificatie van opvolgingen van werkgevers.

Zoals hiervoor aan de orde kwam, is het opvolgend werkgeverschap in artikel 15 lid 2 Ontslagregeling ruimer geformuleerd dan tot 1 juli 2015 in de Beleidsregels het geval was. Dat zou betekenen dat artikel 15 lid 2 Ontslagregeling, ook in het geval van opvolgingen van werkgevers die vóór 1 juli 2015 plaatsvonden, onmiddellijke werking had per 1 juli 2015.<sup>24</sup> Dit zou meebrengen dat werkgevers die op grond van de Beleidsregels niet kwalificeerden als opvolgend werkgever naar aanleiding van werkgeverswisselingen voor 1 juli 2015, dit met terugwerkende kracht wel zijn geworden op grond van artikel 15 lid 2 Ontslagregeling.<sup>25</sup> Op het eerste gezicht lijkt dat op gespannen voet te staan met het uitgangspunt van artikel 4 Wet algemene bepalingen dat wetgeving geen terugwerkende kracht heeft.<sup>26</sup>

Specifieke overgangsbepalingen ontbreken eveneens bij het sinds 1 juli 2015 ruimer geformuleerde opvolgend werkgeverschap in artikel 7:668a lid 2 BW. In zijn beschikking van 17 november 2017 (Constar) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een werkgeverswisseling die vóór 1 juli 2015 heeft plaatsgevonden bij de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW moet worden beoordeeld aan de hand van het hiervoor beschreven bandencriterium uit het arrest *Van Tuinen/Wolters*, ondanks het ontbreken van overgangsrecht.<sup>27</sup> De Hoge Raad verwijst in zijn arrest naar de wetsgeschiedenis bij artikel 68a Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek, op grond waarvan wetbepalingen onmiddellijke werking hebben vanaf het tijdstip van inwerkingtreding. Tijdens de parlementaire behandeling van dit artikel is meegedeeld dat een rechtsregel doorgaans vereisten bevat voor het intreden van het in deze rechtsregel bepaalde rechtsgevolg en dergelijke vereisten “een zeker juridisch gekwalificeerd feit” kunnen inhouden. Als een dergelijk juridisch gekwalificeerd feit – in gevallen van opvolgend werkgeverschap: de overgang van de ene naar de andere werkgever – is ontstaan in de periode vóór de inwerkingtreding van de nieuwe rechtsregel – het vanaf 1 juli 2015 geldende artikel 7:668a

lid 2 BW – dan moet het antwoord op de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap worden beantwoord aan de hand van het oude recht.<sup>28</sup> Dat betekent naar het oordeel van de Hoge Raad dat werkgeverswisselingen die hebben plaatsgevonden voor 1 juli 2015 moeten worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf van het arrest *Van Tuinen/Wolters*.<sup>29</sup> De Hoge Raad acht zijn oordeel voorts in lijn met het overgangsrecht in (artikel XXIIe lid 3 van) de Wwz bij artikel 7:668a BW met betrekking tot de invoering van de langere tussenpoos. Op grond van dit overgangsrecht blijft voor tussenpozen die gelegen zijn tussen arbeidsovereenkomsten gesloten vóór 1 juli 2015 het oude recht gelden, zodat een keten die voor die datum door een tussenpoos van meer dan drie maanden doorbroken was ook na 1 juli 2015 doorbroken blijft.

In de *Constar*-beschikking overweegt de Hoge Raad dat, ook bij de berekening van de transitievergoeding, een werkgeverswisseling in de zin van artikel 7:673 lid 4 onder b BW die heeft plaatsgevonden vóór 1 juli 2015 moet worden beoordeeld aan de hand van het bandencriterium uit het arrest *Van Tuinen/Wolters*. Hoewel de transitievergoeding per 1 juli 2015 is ingevoerd en dus voor die datum geen sprake was van een criterium voor opvolgend werkgeverschap bij de berekening van de transitievergoeding, bestaat hier naar het oordeel van de Hoge Raad “onvoldoende reden” om hier ander overgangsrecht te aanvaarden dan de door hem geformuleerde overgangsregel bij opvolgend werkgeverschap voor de toepassing van de ketenbepaling. De Hoge Raad motiveert dit door erop te wijzen dat ook hier geldt dat opvolgend werkgeverschap een juridisch gekwalificeerd feit is, de wettelijke omschrijving van opvolgend werkgeverschap in beide artikelen gelijk is en een uiteenlopend overgangsrecht voor de ketenbepaling en de transitievergoeding de hanteerbaarheid van het recht niet ten goede komt. Dat het overgangsrecht in (artikel XXII lid 8 van) de Wwz bij artikel 7:673 lid 4 onder a en b BW ten aanzien van de samentelling van arbeidsovereenkomsten met tussenpozen van zes maanden of minder vóór 1 juli 2015 afwijkt van het hiervoor aangehaalde overgangsrecht bij artikel 7:668a BW staat hier

24 Zie aanwijzing 5.61 lid 1 van de Aanwijzingen voor de regelgeving waarin is bepaald dat “een nieuwe regeling niet slechts van toepassing [is] op hetgeen na haar inwerkingtreding voorvalt, doch ook op hetgeen bij haar inwerkingtreding bestaat, zoals bestaande rechtsposities en verhoudingen”. Afwijkingen van dit beginsel dienen in de regeling zelf te worden neergelegd (zie Aanwijzing 5.61 lid 2 van de Aanwijzingen voor de regelgeving).

25 Omdat het opvolgend werkgeverschap in artikel 15 lid 2 Ontslagregeling ruimer is geformuleerd dan voorheen in de Beleidsregels, kan dit niet worden uitgelegd in lijn met de in de Beleidsregels “vervatte gezichtspunten” (Vgl. HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, r.o. 3.4.7).

26 Formeel gezien gaat het bij de Ontslagregeling niet om een wet, maar om een nadere regeling van de minister van SZW op grond van artikel 7:669 lid 5 BW. In dat verband wijzen wij ook op Aanwijzing 5.62 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, waarin is bepaald dat aan een regeling slechts terugwerkende kracht wordt verleend indien daarvoor een bijzondere reden bestaat.

27 HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905, JAR 2017/311, m.nt. Van der Pijl (*werknemer/Constar Plastics B.V.*). In de lagere rechtspraak en literatuur werd daar ook wel anders over gedacht. Zie voor de verschillende opties die de Hoge Raad hier had en de daaraan verbonden bezwaren S. Palm, ‘Opvolgend werkgeverschap en overgangsrecht: oude gevallen opnieuw beoordeeld?’, TAP 2017/122. Zie ook E.W. de Groot, ‘Opvolgend werkgeverschap en overgangsrecht, hoe zit dat nou?’, TRA 2018/18.

28 W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoering Boeken 3, 5 en 6. Overgangsrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 15.

29 De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.8.2 en 3.8.4 van de *Constar*-beschikking in algemene termen dat werkgeverswisselingen die hebben plaatsgevonden voor 1 juli 2015 moeten worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf van het arrest *Van Tuinen/Wolters*. Nu dit laatste arrest dateert van 11 mei 2012 zou men op grond van dezelfde redenering kunnen menen dat werkgeverswisselingen van voor die datum als “juridisch gekwalificeerd feit” moeten worden beoordeeld aan de hand van het daarvoor gehanteerde criterium, zoals door de Hoge Raad bevestigd in het arrest *Boekenvoordeel/Isik*. De Hoge Raad lijkt hieraan op het eerste gezicht voorbij te gaan en als het ware achteraf onmiddellijke werking toe te kennen aan het *Van Tuinen/Wolters*-arrest (zie hierover ook Van der Pijl in zijn noot bij het arrest onder JAR 2017/311 of A-G De Bock in § 4.29 van haar conclusie van 10 november 2017 voor HR 16 februari 2018 (ECLI:NL:PHR:2017:1256)). Een rechterlijke uitspraak heeft echter in beginsel altijd terugwerkende kracht. Het is immers de taak van de rechter om wetgeving uit te leggen. De fictie is derhalve dat deze uitleg altijd in de regeling besloten heeft gelegen (Zie voor een uitgebreide bespreking van deze problematiek en van overgangsrecht in rechterlijke uitspraken J.M. Smits, ‘Rechterlijk overgangsrecht: op zoek naar consistentie’, in: *BW-krant jaarboek*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 23 e.v.).

naar het oordeel van de Hoge Raad niet aan in de weg omdat dit overgangsrecht niet ziet op de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap bij een werkgeverswisseling die plaatsvond voor 1 juli 2015.<sup>30</sup>

Het oordeel van de Hoge Raad dat de door hem geïntroduceerde 'overgangsregels' bij artikel 7:668a lid 2 BW eveneens van toepassing zijn bij de berekening van de transitievergoeding op grond van artikel 7:673 lid 4 onder b BW lijkt vooral te zijn gebaseerd op praktische gronden. Betekent deze insteek dan ook dat bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel op werkgeverswisselingen voor 1 juli 2015 de criteria voor opvolgend werkgeverschap uit de Beleidsregels van toepassing blijven?<sup>31</sup> Palm meent van wel indien consequent wordt vastgehouden aan de gedachte dat opvolgend werkgeverschap een juridisch gekwalificeerd feit is.<sup>32</sup> Hij signaleert vervolgens dat de toepassing van de Beleidsregels onhandige consequenties kan hebben omdat "deze beleidsregels bij velen niet (meer) bekend zijn en ook niet (eenvoudig) te raadplegen zijn". Overigens, zo stelt Palm vervolgens, biedt de overweging van de Hoge Raad in de *Constar*-beschikking "dat een uiteenlopend overgangsrecht voor deze regelingen [artikel 7:668a lid 2 en artikel 7:673 lid 4 onder b BW] de hanteerbaarheid van het recht niet ten goede komt" wel een argument voor de toepassing van het bandencriterium uit het arrest *Van Tuinen/Wolters* op werkgeverswisselingen voor 1 juli 2015 in relatie tot het afspiegelingsbeginsel. Wij onderschrijven dat laatste, maar volgen Palm niet in het door hem gestelde over opvolgend werkgeverschap als juridisch gekwalificeerd feit op grond van de criteria in de Beleidsregels. Dit lichten wij als volgt

toe. De voorwaarden voor opvolgend werkgeverschap bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel door het UWV waren tot 1 juli 2015 neergelegd in *beleidsregels* van het UWV. Artikel 1:3 lid 4 Awb definieert een beleidsregel als "een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan". Onder een algemeen verbindend voorschrift moet worden verstaan: een naar buiten werkende voor de daarbij betrokken bindende regel, uitgegaan van het openbaar gezag dat de bevoegdheid daartoe aan de wet ontleent.<sup>33</sup> De criteria voor opvolgend werkgeverschap bij de toepassing van het in artikel 2:4 van het destijds geldende Ontslagbesluit opgenomen afspiegelingsbeginsel waren (uitsluitend) neergelegd in de Beleidsregels. Het UWV had geen zelfstandige regelgevende bevoegdheid en kon geen regels omtrent de ontslagvolgorde vaststellen.<sup>34</sup> Opvolgend werkgeverschap op grond van de criteria in de Beleidsregels kan dan niet als een juridisch gekwalificeerd feit worden aangemerkt.<sup>35</sup> Evenals bij de transitievergoeding die per 1 juli 2015 werd ingevoerd, bestond vóór 1 juli 2015 geen wettelijke grondslag voor opvolgend werkgeverschap bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel. Om deze reden zou naar onze mening bij de juridische kwalificatie van werkgeverswisselingen voor 1 juli 2015 in relatie tot het afspiegelingsbeginsel kunnen worden aangesloten bij de 'overgangsregels' van de Hoge Raad in de *Constar*-beschikking voor de toepassing van artikel 7:673 lid 4 onder b BW op werkgeverswisselingen voor 1 juli 2015.

#### 4. Opvolgend werkgeverschap in artikel 15 lid 3 Ontslagregeling: employability-beleid

Opvolgend werkgeverschap kan op grond van artikel 15 lid 3 Ontslagregeling in groepsverband tevens worden aangenomen "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". De toelichting op dit artikel verklaart dat het redelijk is om bij concerns met een employability-beleid eerdere dienstverbanden met andere groepsmaatschappijen mee te tellen bij de berekening van de duur van het dienstverband, ook als er geen sprake is

30 In zijn beschikking van 16 februari 2018 (ECLI:NL:HR:2018:220) bevestigt de Hoge Raad zijn oordeel in de *Constar*-beschikking. De argumenten die A-G De Bock hier tegenin had gebracht in haar conclusie voor deze beschikking deden de Hoge Raad niet omgaan. A-G De Bock had – kort samengevat – naar voren gebracht dat de wetgever reeds overgangsrecht had geschapen voor artikel 7:673 BW, dat het niet voor de hand lag aan te nemen dat de wetgever het beginsel van onmiddellijke werking over het hoofd had gezien en dat ook niet in viel te zien waarom het overgangsrecht van artikel 7:668a BW overgepland zou moeten worden naar artikel 7:673 BW, dat immers een volstrekt andere regeling inhoudt (§ 4.25-4.26 en § 4.28). Voorts voerde zij aan dat de invoering van artikel 7:673 BW sowieso al nieuwe verplichtingen voor werkgevers in het leven riep die voortvloeiden uit dienstverbanden die ver voor 1 juli 2015 konden liggen (§ 4.27). Daarnaast ziet zij de transitievergoeding als elementaire bouwsteen in het stelsel van het ontslagrecht zoals dat geldt onder de Wwz waarmee door de wetgever gedefinieerde arbeidsmarkteffecten dienen te worden bereikt. De introductie van een extra overgangsregel zou zo de door de wetgever gecreëerde balans verstoren (§ 4.29). Ten slotte voerde De Bock – in navolging van Van der Pijl (zie vorige voetnoot) – aan dat bij strikte toepassing van het uitgangspunt 'oude gevallen naar oud recht beoordelen' voor opvolgingen die vóór 11 mei 2012 (de datum waarop *Van Tuinen/Wolters* werd gewezen) het criterium uit *Boekenvoordeel/Isik* weer van stal zou moeten worden gehaald (§ 4.30). De Bock koos hiermee de lijn van het Amsterdamse hof (zie voor een voorbeeld Hof Amsterdam 25 juli 2017, JAR 2017/217).

31 Bij de toepassing van de Ragetlie-regel op werkgeverswisselingen voor 1 juli 2015 luidt het antwoord op deze vraag bevestigend. Zie HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757 (*Leerorkest*). In dit arrest hanteerde de Hoge Raad het bandencriterium uit het arrest *Van Tuinen/Wolters* bij de toepassing van artikel 7:667 lid 5 BW op een werkgeverswisseling voor 1 juli 2015.

32 S. Palm, 'Constar Plastics: aanzegging of opzegging – overgangsrecht en opvolgend werkgeverschap', *Tijdschrift voor Ontslagrecht* 2018/1.3. Zie ook S. Palm, annotatie bij de *Constar*-beschikking in *Ondernemingsrecht* 2018/27.

33 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 23700, 3, p. 105.

34 De Beleidsregels waren geen ministeriële regeling in de zin van het per 1 juli 2015 ingetrokken artikel 6 BBA 1945 (zie hierover ook J. van Drongelen & A.D.M. van Rijs, *De ontslagpraktijk van het UWV*, Deventer: Kluwer 2012, p. 108 e.v.). Artikel 3:1 van het per 1 juli 2015 ingetrokken Ontslagbesluit bepaalde weliswaar dat het UWV beoordeelde "of het voorgenomen ontslag redelijk is", en daarbij "de mogelijkheden en belangen van de betrokken werkgever en werknemer, en andere belangen" in aanmerking diende te nemen, één en ander echter "voor zover de navolgende regels [in het Ontslagbesluit] dit inhouden". Zie ook r.o. 4.2 e.v. uit HR 28 maart 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC4258 en *BNB* 1990/194, m.nt. Den Boer.

35 Het UWV zelf typeerde de Beleidsregels als een document "waarin gedetailleerd wordt aangegeven op welke wijze uitvoering wordt gegeven aan de spelregels van het Ontslagbesluit", om problemen die waren gerezen in de uitvoeringspraktijk het hoofd te bieden. Zie Uitvoeringstoets UWV, bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3.

van elkaar ten aanzien van de verrichte arbeid opvolgende werkgevers.<sup>36</sup> Aanvankelijk gold de eis dat het employability-beleid neergelegd diende te zijn in een cao, maar dit vereiste is bij gelegenheid van de wijziging van de Ontslagregeling in verband met de afschaffing van de VAR en enkele andere wijzigingen vervallen omdat gebleken was dat het leidde tot onredelijke uitkomsten.<sup>37</sup>

Ook in de voormalige Beleidsregels van het UWV telden dienstjaren van de werknemer bij één of meer andere groepsmaatschappijen mee bij de berekening van de duur van het dienstverband, wanneer binnen de groep sprake was van een employability-beleid. In de Beleidsregels werd uitvoeriger toegelicht wat moest worden verstaan onder een employability-beleid. Het bestaan van zulk beleid kon blijken uit *“het gezamenlijk publiceren van vacatures, de regel dat interne kandidaten voorrang hebben boven externe kandidaten of de inhoud van een bepaling in de arbeidsovereenkomst”*.<sup>38</sup> Het employability-beleid kon onder meer kenbaar worden gemaakt in een ondernemings-cao of een met de ondernemingsraad overeengekomen regeling, maar dat was niet noodzakelijk.

Aanvankelijk leek op basis van de Beleidsregels sneller sprake te zijn van een employability-beleid dan op grond van artikel 15 lid 3 Ontslagregeling. Dat is naar onze mening na de hiervoor beschreven wijziging van de Ontslagregeling niet meer het geval. Thans kunnen zowel de werknemer als de werkgever zich wederom onder verwijzing naar alle relevante documenten<sup>39</sup> waarin regelingen en/of afspraken zijn opgenomen over werken binnen de groep op het standpunt stellen dat sprake is van een employability-beleid binnen de groep.<sup>40</sup> Dat betekent bijvoorbeeld dat het bestaan van een employability-beleid onder andere kan blijken uit de omstandigheid dat in de arbeidsovereenkomsten van de bij de groepsmaatschappijen werkzame werknemers standaard is opgenomen dat zij hun dienstjaren meenemen bij een overstap naar een andere groepsmaatschappij.

## 5. Conclusie

Nu opvolgend werkgeverschap op grond van de criteria in de tot 1 juli 2015 geldende Beleidsregels niet als juridisch gekwalificeerd feit kan worden aangemerkt, komt aan arti-

kel 15 lid 2 Ontslagregeling in beginsel onmiddellijke werking toe. Bij afspiegeling zouden dan ook werkgeverswisselingen voor 1 juli 2015 moeten worden beoordeeld aan de hand van het ruimer geformuleerde opvolgend werkgeverschap in artikel 15 lid 2 Ontslagregeling. Wij achten het op grond van de overweging van de Hoge Raad in de *Constar*-beschikking, dat een uiteenlopend overgangsrecht voor artikel 7:668a lid 2 en artikel 7:673 lid 4 onder b BW de hanteerbaarheid van het recht niet ten goede komt, aanmerkelijk dat eenzelfde redenering opgaat voor artikel 15 lid 2 Ontslagregeling. Dat betekent dat bij afspiegeling, opvolgend werkgeverschap bij werkgeverswisselingen voor 1 juli 2015 moet worden beoordeeld aan de hand van het bandencriterium uit het arrest *Van Tuinen/Wolters*. Dat zou dan ook gelden voor opvolgend werkgeverschap bij werkgeverswisselingen als gevolg van een doorstart na faillissement voor 1 juli 2015 en in situaties waarin het dienstverband bij de vorige werkgever voor 1 juli 2015 rechtsgeldig werd beëindigd door opzegging met een ontslagvergunning of een ontbinding door de kantonrechter. Dat knelt, zeker nu de Beleidsregels opvolgend werkgeverschap hier zo uitdrukkelijk uitsloten. In deze laatste situaties is in onze ogen sprake van een aantasting van de rechtszekerheid bij het met ‘terugwerkende kracht’ gaan gelden van het bandencriterium uit het arrest *Van Tuinen/Wolters*. Zolang de Hoge Raad niet definitief heeft uitgemaakt dat werkgeverswisselingen die voor 1 juli 2015 plaatsvonden, voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel dienen te worden beoordeeld aan de hand van het *Van Tuinen/Wolters*-criterium, kan het UWV deze onzekerheid opheffen door gebruik te maken van zijn bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels. Wij pleiten er dan ook voor dat het UWV zijn uitvoeringsregels op dit gebied aanvult met een overgangsregel die ziet op werkgeverswisselingen die voor 1 juli 2015 plaatsvonden. Tevens zou de minister van SZW op grond van de hem in artikel 7:669 lid 5 BW toegekende bevoegdheid kunnen voorzien in nadere regels waarin deze terugwerkende kracht wordt beperkt.

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

37 De minister achtte het namelijk onredelijk dat concerns die wél employability beleid hanteerden, maar dat niet hadden neergelegd in een cao (maar in een andere regeling) bij het afspiegelen geen rekening mochten houden met dienstjaren die hun medewerkers bij andere groepsmaatschappijen hadden opgebouwd. Zie Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 juni 2016, tot wijziging van de Ontslagregeling in verband met de afschaffing van de VAR en enkele andere wijzigingen, *Stcrt.* 2016, 34013, p. 5.

38 Hoofdstuk 13, par. 9 Beleidsregels ontslagtaak UWV.

39 De toelichting spreekt immers van beleid dat dient te zijn ‘vastgelegd’, zie Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 juni 2016, tot wijziging van de Ontslagregeling in verband met de afschaffing van de VAR en enkele andere wijzigingen, *Stcrt.* 2016, 34013, p. 5.

40 Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 juni 2016, tot wijziging van de Ontslagregeling in verband met de afschaffing van de VAR en enkele andere wijzigingen, *Stcrt.* 2016, 34013, p. 5-6.