

Hoofdstuk 3: Intra-concernmobiliteit met contractswissel

F.G. Laagland¹

1.	Inleiding.....	2
2.	Mogelijkheden tot een contractswissel in concernverband	2
2.1.	Het beëindigen en aaneensluitend aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst	2
2.1.1.	Wilsovereenstemming.....	2
2.1.2.	De plicht met een nieuwe arbeidsovereenkomst akkoord te gaan	5
2.2.	Contractsovername	6
2.3.	Instemming bij voorbaat: mobiliteitsclausules	8
2.4.	Overgang van onderneming	10
2.4.1.	Toepassing van Richtlijn 2001/23/EG in concernverband	10
2.4.2.	Doorstart in faillissement: overgang van onderneming?.....	11
2.4.3.	Verzet als maatregel ter voorkoming van misbruik in concernverhoudingen	13
3.	Juridische consequenties van een contractswissel	14
3.1.	Anciënniteit	14
3.2.	Behoud van anciënniteit bij een overgang onder algemene titel.....	15
3.3.	Behoud van anciënniteit bij nieuwe arbeidsovereenkomst: opvolgend werkgeverschap ...	17
3.3.1.	Wettelijke bepalingen.....	17
3.3.2.	Wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden	18
3.3.3.	Het al dan niet hebben van inzicht	20
3.3.4.	Afwijking bij cao: strijd met Europees recht?	21
3.4.	Behoud van anciënniteit bij nieuwe arbeidsovereenkomst: beloning	22
4.	Ter afsluiting: vereist het concern een wettelijke basis?	25
5.	Stellingen.....	25

¹ Mevr. mr. F.G. Laagland is als universitair hoofddocent werkzaam bij de vaksectie Sociaal Recht (Onderzoekcentrum Onderneming & Recht) aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.

² HR 27 november 1992, NJ 1993/273, JAR 1992/148 (Volvo/Braam).

1. Inleiding

Een werknemer kan in concernverband met opeenvolgende werkgevers te maken krijgen. Aan een contractswissel kunnen verschillende redenen ten grondslag liggen. Een reden is de flexibele inzet van personeel. In dat geval gaat de werknemer bij zijn nieuwe werkgever vaak op permanente basis andere werkzaamheden verrichten en spreekt men van een overplaatsing. Daarnaast is denkbaar dat de concernleiding besluit de arbeidsovereenkomsten onder te brengen in een zogenoemde personeels-BV. Het formeel werkgeverschap wijzigt, maar de werkzaamheden blijven hetzelfde. Het Nederlandse arbeidsrecht kent geen wettelijke regulering van deze vormen van werknemersmobiliteit tussen verschillende onderdelen van het concern. Men dient gebruik te maken van de algemene verbintenisrechtelijke bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek (BW), zoals het beëindigen en aansluitend aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst of een contractovername. De werknemer krijgt tot slot met een nieuwe werkgever te maken in de situatie van een overgang van onderneming.

In dit deel van het preadvies wordt allereerst nagegaan op welke wijze rechters invulling geven aan de wettelijke mogelijkheden tot intra-concern mobiliteit met contractswissel (par. 2). Welk belang komt toe aan de bijzondere positie van het concern en in hoeverre kunnen werknemers gedwongen worden bij een ander concernonderdeel in dienst te treden? Indien een contractswissel tot stand komt, rijzen vragen naar de juridische consequenties ten aanzien van eerdere dienstverbanden. De vennootschappen in het concern hebben eigen rechten en plichten en worden vanuit het vennootschapsrecht beschouwd als zelfstandige entiteiten. Niet het concern, maar de concernvennootschap treedt op als werkgever. Dit zou strikt genomen betekenen dat geen waarde toekomt aan anciënniteit opgebouwd bij een andere vennootschap. Het arbeidsrecht breekt onder bepaalde omstandigheden met de contractuele benadering. Bekeken wordt welke ruimte het recht biedt om bij de toepassing van arbeidsrechtelijke regels eerdere concernrelaties te betrekken en hoe rechters aan deze ruimte invulling geven (par. 3). Voor zover de regelingen gebaseerd zijn op Europees recht, komt ook de Europese dimensie aan de orde. Ik sluit dit deel van het preadvies af met een antwoord op de vraag in hoeverre is vereist dat het concern een wettelijke basis krijgt in het arbeidsrecht (par. 4).

Dit preadvies verschijnt om en nabij het tijdstip dat de Wet werk en zekerheid (Wwz) wat betreft het ontslagrecht en de ketenregeling in werking treedt. Ik heb er voor gekozen de wetsartikelen zoals die gelden na 1 juli 2015 aan te duiden met 'BW' en de wetsartikelen die op dezelfde datum komen te vervallen met 'BW oud'.

2. Mogelijkheden tot een contractswissel in concernverband

2.1. Het beëindigen en aaneensluitend aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst

2.1.1. Wilsovereenstemming

Een contractswissel in concernverband kan allereerst tot stand komen door een beëindiging van de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst en het aansluitend aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst met een ander concernonderdeel. De vraag of partijen zich jegens elkaar hebben verbonden, wordt beantwoord aan de hand van de artt. 3:33 jo. 3:35 en art. 6:213 jo. 6:217 BW en vereist derhalve aanbod en aanvaarding. Beslissend is dat de contractspartijen zich jegens

elkaar hebben verbonden.² Dat hoeft niet uitdrukkelijk te gebeuren. Verklaringen kunnen in iedere vorm plaatsvinden en ook in één of meer gedragingen besloten liggen (art. 3:37 BW). Van een geruisloze overgang van de arbeidsovereenkomst zal niet snel sprake zijn. Dit volgt uit het arrest van de Hoge Raad inzake *ABNAMro/Malhi*.³ De rechtszekerheid vereist een duidelijk moment waarop partijen (hier: de werknemer en het andere concernonderdeel) zich tot elkaar zijn gaan verhouden als werknemer en werkgever in een arbeidsrelatie. De contractswissel kan daarom niet worden aangenomen op basis van het enkele feit dat de werknemer voor het andere concernonderdeel werkzaamheden gaat verrichten. De werknemer kan immers ook tijdelijk vanuit zijn huidige arbeidsovereenkomst bij het ander concernonderdeel tewerk zijn gesteld.⁴

Doet het andere concernonderdeel de werknemer een aanbod tot een nieuwe arbeidsovereenkomst, dan komen de kaarten anders te liggen. Treedt als gevolg van het expliciet aanbod een wijziging van werkzaamheden op, dan kan de aanvaarding van de werknemer wel blijken uit het feit dat hij onder toezicht en gezag van het andere concernonderdeel de gewijzigde werkzaamheden gaat verrichten, het andere concernonderdeel vanaf dat moment alle werkgeversverplichtingen op zich neemt (zoals functioneringsgesprekken, loonbetaling e.d.) en de werknemer daartegen geen bezwaren richt.⁵ Een stilzwijgende aanvaarding is lastiger te onderbouwen indien het aanbod geen wijziging van werkzaamheden inhoudt. Dit speelt als werknemers een aanbod krijgen in dienst te treden van een personeels-BV vanuit waar de werknemers vervolgens op basis van een detacheringsovereenkomst worden tewerkgesteld bij hun oorspronkelijke werkgever. In deze situatie heeft men echter veelal niet van doen met het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst, maar met de juridische figuur van een contractsovername (zie par. 2.2.).

Bij aanbod en aanvaarding komt tussen de werknemer en het andere concernonderdeel een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand. De idee dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst met het andere concernonderdeel wordt voortgezet en slechts een wijziging ondergaat, onderschrijf ik niet. De arbeidsovereenkomst kent een persoonlijk karakter. De persoon van de werkgever als contractspartij is een dusdanig essentieel element van de arbeidsovereenkomst dat bij een wijziging van de contractspartij de identiteit van de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst verloren gaat.⁶ Van een voorgezette arbeidsovereenkomst kan zonder specifiek wettelijke bepaling geen sprake zijn. Ook niet in concernverband. De situatie is een andere als men de gedachte van het concernwerkgeverschap omarmt. De werknemer heeft dan niet met afzonderlijke vennootschappen maar met het concern een dienstverband. Jacobs deed hiertoe in 1994 een suggestie.⁷ Verburg geeft echter terecht aan dat de opvatting van Jacobs zich niet verhoudt tot ons contractenrecht dat

² HR 27 november 1992, *NJ* 1993/273, *JAR* 1992/148 (*Volvo/Braam*).

³ HR 5 april 2002, *NJ* 2003/124, *JAR* 2002/100 (*ABNAMro/Malhi*).

⁴ Dit was het geval in Gerechtshof Amsterdam 10 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2215. Het beroep van de werknemer op een arbeidsovereenkomst met de vof faalde omdat de werkzaamheden mede ten behoeve van de oorspronkelijke werkgever (de BV) werden verricht.

⁵ Zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht 13 oktober 1998, *JAR* 1998/248 (*Van Oeveren/Albracht*).

⁶ Over de identiteit van de arbeidsovereenkomst meer uitgebreid M. Margadant & P.C. Vas Nunes, 'Ik wou dat ik twee hondjes was', *Arbeidsrecht* 2003/56.

⁷ A.T.M. Jacobs, 'De arbeidsovereenkomst in het NBW' *NJB* 1994, p. 1035-1044, met reacties en naschrift in *NJB* 1994, p. 1424-1426.

beslissend acht dat partijen zich jegens elkaar hebben verbonden.⁸ Uit het enkele feit van groepsgebondenheid valt niet af te leiden dat ook andere vennootschappen in het concern zich jegens de werknemer hebben gebonden.⁹

Men heeft aldus van doen met afzonderlijke arbeidsovereenkomsten. Het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst betekent overigens niet dat oorspronkelijke arbeidsovereenkomst tot een einde komt. Het gaat om twee te onderscheiden processen. Het is denkbaar dat de werknemer in concernverband twee of meer dienstverbanden heeft waaraan invulling wordt gegeven. Ook is mogelijk dat bij het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst tot een lege huls verwordt. In het laatste geval bestaat het risico dat de werknemer op een later moment op basis van zijn oorspronkelijke arbeidsovereenkomst arbeid zal claimen. Om dit risico te voorkomen, dient de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst rechtsgeldig te worden beëindigd. Daartoe kan de werkgever eenzijdig overgaan,¹⁰ maar normaal gesproken geschiedt de beëindiging in overleg met werknemer. De Hoge Raad verlangt voor de instemming van de werknemer een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring.¹¹ Tevens rust op de werkgever een plicht na te gaan of de werknemer daadwerkelijk wil wat hij verklaart en zich bewust is van de juridische consequenties.¹² Uit het aanvaarden van een baan bij een andere werkgever kan geen ondubbelzinnige op het beëindigen van de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst gerichte wilsverklaring worden afgeleid.¹³

Deze rechtspraak geldt ook in concernverhoudingen,¹⁴ maar verdient nuance. De strenge leer van de Hoge Raad vindt haar grondslag in het feit dat de werknemer bij een vrijwillige beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst zijn ontslagbescherming opgeeft. Dat is bij een overplaatsing in concernverband niet steeds het geval. De eis van een ondubbelzinnige verklaring van de werknemer wordt mijns inziens gekleurd door de juridische consequenties van de contractswissel. In het verlengde daarvan strekt de informatieplicht van de oorspronkelijke werkgever verder indien de contractswissel voor de werknemer nadelige juridische consequenties heeft en bijvoorbeeld leidt tot een verlies van anciënniteit (zie hierna par. 3.3. en 3.4.). In het arrest *Kenkhuis/Fugro Engineers* uit 2000 achtte de Hoge Raad voor de beëindiging voldoende dat de nieuwe arbeidsovereenkomst vermeldde dat de werknemer in het vervolg in dienst was bij een ander concernonderdeel waarvoor

⁸ L.G. Verburg, 'Concernwerkgeverschap', in: W. Plessen, H. van Drongelen & F. Hendrickx (red.), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing* (Libor amicorum voor prof. dr. Antoine Jacobs), Zutphen: Paris 2011, p. 248; L.G. Verburg, 'Concernwerkgeverschap', in: L. Timmerman, F.J.P. van den Ingh & S.M. Bartman e.a., *Concernverhoudingen* (Serie vanwege het Van der Heijden instituut), Deventer: Kluwer 2002, p. 53-54.

⁹ G.J.J. Heerma van Voss merkte in zijn oratie 'De ontsluiting van het sociaal recht' uit 1998 terecht op dat het voor de werknemer ook nadelig kon uitpakken dat hij in dienst was van de gehele groep. Zo kan de werknemer eenvoudiger worden tewerkgesteld in andere delen van de groep waartoe hij aanvankelijk meende te behoren. De oratie is opgenomen in C.J. Loonstra & A.R. Houweling, *Het sociaal recht uitgedaagd; een bundel arbeidsrechtelijke oraties 1997-2013*, Den Haag; Boom 2013.

¹⁰ De constatering dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst op het moment een lege huls betreft, is voor een eenzijdige beëindiging niet zonder meer voldoende. Zie Ktr. Hoorn 11 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:3042. In deze zaak was de werknemer in het kader van de re-integratie een bepaalde tijdscontract aangegaan met een ander concernonderdeel. De kantonrechter overwoog dat de werknemer belang had bij het voortbestaan van zijn oorspronkelijke arbeidsovereenkomst vanwege de reële kans dat het tijdelijke dienstverband niet zou worden verlengd.

¹¹ HR 25 maart 1994, NJ 1994/390 (*Ritico/Kroes*).

¹² HR 28 mei 1982, NJ 1983/2 (*Coolwijk/Kroes*).

¹³ HR 20 december 2011, RAR 2012/117 (*Van Dorp Installaties Rotterdam BV*) m.nt. Van der Voet in *AR-Updates* 2011-1067.

¹⁴ In gelijke zin Ktr. Utrecht 9 juni 1997, JAR 1997/159 (*Vicorp International Services Nederland BV*).

hij werkzaamheden verrichtte en dat dit dienstverband als een voortzetting van zijn eerdere dienstverband moest worden beschouwd voor zover het de sociale verzekeringen en de pensioenvoorziening betrof.¹⁵

2.1.2. De plicht met een nieuwe arbeidsovereenkomst akkoord te gaan

Vanaf 1 juli 2015 kan de werkgever de arbeidsovereenkomst nog slechts zonder instemming van de werknemer opzeggen indien daarvoor een redelijke grond bestaat en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn in een passende functie niet te verwachten valt (art. 7:669 lid 1 BW). Dit geldt in situaties dat de werkgever de arbeidsovereenkomst wenst te beëindigen wegens het vervallen van arbeidsplaatsen, het disfunctioneren van de werknemer of langdurige ziekte.¹⁶ De herplaatsingsplicht van art. 7:669 lid 1 BW is naar de letter van de tekst gericht tot de eigen werkgever en de door hem in stand gehouden onderneming(en). Mijns inziens kan niet worden gesteld dat in concernverband altijd moet worden onderzocht of herplaatsing elders in het concern mogelijk is. Dit neemt niet weg dat de werkgever zich onder omstandigheden rekenschap heeft te geven van het feit dat hij onderdeel uitmaakt van een groter geheel.

Ik put hiervoor inspiratie uit de rechtspraak inzake een kennelijk onredelijk ontslag (art. 7:681 BW oud). De rechtspraak biedt een aantal voorbeelden waarin de rechter een ontslag kennelijk onredelijk achtte omdat de werkgever zich niet had ingespannen de werknemer in concernverband te herplaatsen. Dit is het geval bij een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt,¹⁷ maar geldt meer in het algemeen bij een nauwe verwevenheid tussen de verschillende concernonderdelen. In een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden uit 2013 bestond de nauwe verwevenheid uit het feit dat de naam van het concern op het briefpapier stond vermeld, binnen het concern met enige regelmaat bij de uitvoering van opdrachten een uitwisseling van personeel en materiaal plaatsvond en de vennootschappen in financieel opzicht sterk met elkaar waren verbonden.¹⁸ Het Hof 's-Hertogenbosch achtte in een uitspraak uit 2014 doorslaggevend dat de directeur van de werkgever tevens overheersende zeggenschap had in de zustervenootschappen en de zich daarboven bevindende holdingmaatschappij.¹⁹ In beide zaken werd de herplaatsingsplicht van de werkgever uitgebreid tot andere concernonderdelen. Zowel het gevolgencriterium bij kennelijk onredelijk ontslag als de herplaatsingsplicht bij opzegging betreft een nadere invulling van het goedwerkgeverschap ex. art. 7:611 BW. Het ligt daarom voor de hand dat de rechtspraak met betrekking tot het kennelijk onredelijk ontslag relevant blijft met betrekking tot de herplaatsingsplicht van art. 7:669 lid 1 BW.

De nauwe verbondenheid maakt dat de vennootschappen voor de toepassing van de herplaatsingsplicht in feite één onderneming exploiteren. De werkgever zal zonder de instemming van de werknemer niet tot opzegging van de arbeidsovereenkomst kunnen overgaan indien blijkt dat hij niet alle mogelijke middelen heeft ingezet om herplaatsing bij de andere concernvennootschap te

¹⁵ HR 1 december 2000, JAR 2001/12 (*Kenkhuis/Fugro Engineers BV*). In gelijke zin: Ktr. Amsterdam 10 oktober 2002, JAR 2002/266 (*Whick/TIP*).

¹⁶ Een wissel van werkgeverschap speelt niet tijdens de eerste 104 weken ziekte. Gedurende die periode – ook indien de werknemer passende werkzaamheden verricht bij een ander concernonderdeel – treedt in de arbeidsovereenkomst geen wijziging op en blijft de werknemer in dienst bij zijn oorspronkelijke werkgever (art. 7:629 lid 12 BW).

¹⁷ HR 21 mei 2010, JAR 2010/163 (*Hoedjes/Volker Wessels Telecom Installaties BV*); Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH5994 (*Autobedrijf Y BV*).

¹⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2648 (*A BV*).

¹⁹ Hof 's-Hertogenbosch 11 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4662 (*FFK BV*).

realiseren. De uitgebreide herplaatsingsplicht houdt geen resultaatsverbintenis in. Het gaat om een (versterkte) inspanningsverplichting die afhankelijk van de omstandigheden inhoud en invulling krijgt. Immers, de contractspartij is en blijft de eigen werkgever. De andere concernvennootschap kan niet worden gedwongen een contractuele band met de werknemer aan te gaan.²⁰

De uitgebreide herplaatsingsplicht is geen eenrichtingsverkeer en heeft ook consequenties voor de werknemer. Indien de herplaatsing vorm krijgt op basis van een detacheringsovereenkomst verandert er juridisch niet veel. De werknemer blijft bij zijn oorspronkelijke werkgever in dienst en verricht vanuit dat dienstverband werkzaamheden bij het andere concernonderdeel (zie over dit onderwerp hoofdstuk 2 van dit preadvies). Het is echter ook denkbaar dat de werknemer een aanbod krijgt om bij het andere concernonderdeel in dienst te treden. Zonder mobiliteitsclausule (zie par. 2.3.) is de werknemer niet gehouden dit aanbod te aanvaarden. Dat de werknemer in dienst is bij een werkgever die onderdeel uitmaakt van een concern, betekent niet dat de werknemer zich verplicht om – in het kader van de herplaatsingsplicht van zijn eigen werkgever – met een ander concernonderdeel een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Dat komt in strijd zijn met zijn grondrecht op een vrije arbeidskeuze (art. 19 lid 3 Gw). De rechtspraak inzake een wijziging van de arbeidsovereenkomst biedt geen uitkomst, omdat – zoals ik in par. 2.1.1. stelde – sprake is van een nieuwe en niet van een voortgezette arbeidsovereenkomst.

De weigering van het aanbod kan de werknemer wel duur komen te staan. De herplaatsingsplicht staat niet aan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de weg indien herplaatsing niet in de rede ligt. Aan dit vereiste is mijns inziens voldaan op het moment dat de werknemer een aanbod tot het verrichten van passende arbeid in dienst van een ander concernonderdeel afwijst.²¹ De werkgever kan dan aldus tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst komen, mits uiteraard een redelijke grond bestaat. De Hoge Raad overwoog in 2010 dat het afwijzen van een aanbod voor een functie elders in het concern moet worden meegewogen bij de beoordeling of het ontslag kennelijk onredelijk is.²² Het is de vraag of deze rechtspraak onder de WWZ haar nut behoudt. De werknemer verliest zijn recht op een transitievergoeding slechts bij ernstig verwijtbaar handelen (art. 7:673 lid 7 (c) BW). Ik meen dat het afwijzen van een aanbod tot het verrichten van passende arbeid in dienst van een ander concernonderdeel daar niet onder te scharen valt. Wel brengt de werknemer met de weigering zijn WW-rechten in het gevaar. De werknemer heeft op grond van art. 24 lid 1 (b) sub 2 WW de plicht een aanbod tot passende arbeid te aanvaarden. Schendt hij deze plicht, dan weigert het UWV de WW-uitkering geheel of gedeeltelijk (art. 27 lid 2 WW).

2.2. Contractsovername

Ook een contractsovername op grond van art. 6:159 BW heeft tot gevolg dat de werknemer met een andere werkgever te maken krijgt. Het gaat om een driepartijen overeenkomst tussen overdrager, overnemer en wederpartij. De mogelijkheid tot een contractsovername in het arbeidsrecht is door de Hoge Raad bevestigd in 2012.²³ Een contractsovername komt er in feite op neer dat de werkgever de

²⁰ In gelijke zin Verburg (2011) t.a.p., p. 251.

²¹ Weigert de werknemer bij het andere concernonderdeel in dienst te treden maar is hij wel bereid de werkzaamheden te verrichten op basis van een detacheringsovereenkomst, dan moet de werkgever met goede argumenten komen om het aanbod van de werknemer te kunnen passeren.

²² HR 3 september 2010, JAR 2010/250 (Staned/Hille).

²³ HR 10 februari 2012, JAR 2012/72 (Holland Wapeningsstaal Oost BV). De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.5. dat de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting op de opvolgend werkgever zou zijn overgegaan indien voldaan zou zijn aan de vereisten van de juridische figuur van contractsovername. In de betreffende zaak was gesteld noch gebleken dat een zodanige overneming had plaatsgevonden..

arbeidsovereenkomst via een akte aan een andere concernvennootschap overdraagt. Anders dan bij de hiervoor besproken contractswissel op basis van aanbod en aanvaarding, bepaalt de wet thans expliciet dat het gaat om een voortgezette arbeidsovereenkomst.

De juridische figuur van een contractsovername is in het toepassingsbereik beperkt. Een contractsovername leidt tot een overgang van de overeenkomst onder algemene titel. Met andere woorden: *alle* rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst gaan van rechtswege over op de nieuwe werkgever. Dat geldt ook voor de functie. De overeengekomen functie is een kernelement van de arbeidsovereenkomst. Bij een overplaatsing met wijziging van functie komt men aldus niet toe aan de juridische figuur van contractsovername. Een contractsovername in het arbeidsrecht is slechts mogelijk bij een wijziging van het formeel werkgeverschap omdat in dat geval de werkzaamheden hetzelfde blijven.

De contractsovername vereist een schriftelijk document waarin overdrager (oorspronkelijke werkgever) en overnemer (nieuwe werkgever) de overname van de arbeidsovereenkomst vastleggen. Daarnaast dient de werknemer met de contractsovername in te stemmen. De wet stelt aan zijn medewerking geen nadere voorwaarden. Mijns inziens hoeft een expliciete instemming niet uitdrukkelijk en ondubbelzinnig te zijn. Aansluiting bij de hiervoor in par. 2.1.1. besproken jurisprudentie inzake de vrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst ligt niet in de rede.²⁴ De werknemer geeft met zijn instemming geen ontslagbescherming op. De rechten en plichten uit zijn oorspronkelijke arbeidsovereenkomst gaan bij een contractsovername van rechtswege over op de nieuwe werkgever (zie uitgebreid par. 3.2.).

De vraag rijst of de instemming tevens stilzwijgend kan geschieden. In een zaak die leidde tot een uitspraak van de kantonrechter Zaandam van 12 mei 2011 besloot de concernleiding het personeel onder te brengen in twee personeelsvennootschappen.²⁵ De werknemers werden per brief van de wijziging van hun werkgever op de hoogte gebracht. De kantonrechter nam aan dat de werknemer stilzwijgend met de contractsovername had ingestemd nu hij daartegen nooit had geprotesteerd en jarenlang loonstroken en pensioenoverzichten had ontvangen waarop de overnemende partij als werkgever werd genoemd. De kantonrechter hechtte waarde aan het feit dat de contractsovername niet meer dan een formele herlocatie betrof waarbij de materiële band met het concern werd gehandhaafd. Begrijp ik het goed, dan meent de kantonrechter dat voor een stilzwijgende medewerking geen zware eisen gelden omdat 'slechts' het formeel werkgeverschap wijzigt. Ik sta hier kritisch tegenover. Bij een wijziging van het formeel werkgeverschap verandert er voor de werknemers op het eerste gezicht niets. De gevolgen van de contractsovername worden hun pas duidelijk op het moment dat de nieuwe werkgever besluit te reorganiseren of failliet gaat. Op de oorspronkelijke werkgever rust de plicht de werknemer volledige voorlichting te geven over het feit dat zij na de overname nog slechts de nieuwe werkgever kunnen aanspreken op verplichtingen uit hun arbeidsovereenkomst (art. 7:611 BW). In het verlengde daarvan moet niet te snel worden aangenomen dat de werknemer stilzwijgend - door niets te doen - aan de contractsovername zijn medewerking verleent.

De informatieplicht geldt ook bij een expliciete instemming. Dit maak ik op uit het arrest *Bos/Pax* van de Hoge Raad uit 2009.²⁶ In deze zaak had de werknemer schriftelijk ingestemd met een contractswissel in concernverband. De Hoge Raad oordeelde dat aan de uitdrukkelijke instemming geen waarde toekwam omdat de werknemer onvoldoende was geïnformeerd over zijn

²⁴ Anders E.M. Hoogeveen, 'De inlener en het werkgeverschap', *ArA* 2007/3, p. 30 (noot 87).

²⁵ Ktr. Zaandam 12 mei 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ4250 (*Pontmeyer NV en BV*).

²⁶ HR 26 juli 2009, *JAR* 2009/183 (*Bos/Pax*).

rechtspositie.²⁷ Hoewel de casus een overgang van onderneming betrof en de Hoge Raad zijn oordeel baseerde op de aan Richtlijn 2001/23/EG gelieerde beschermingsgedachte, geldt de beschermingsgedachte als één van de kenmerkende grondslagen van het arbeidsovereenkomstenrecht. Ik acht daarom verdedigbaar dat art. 7:611 BW ook bij een contractsovername buiten een overgang van onderneming op de werkgever de plicht legt de werknemer op de hoogte te stellen van de keuzes die hij heeft en de juridische consequenties van de contractsovername. Verzwijgt de oorspronkelijke werkgever deze informatie, dan loopt hij het risico dat de medewerking van de werknemer niet rechtsgeldig is en/of de oorspronkelijke werkgever aansprakelijk is voor eventueel geleden schade (zie over het laatste hoofdstuk 4 van dit preadvies).

De werknemer komt als contractspartij tevens een beroep toe op dwaling (art. 6:228 BW).²⁸ Interessant is de vraag of de werknemer na 1 juli 2015 met een beroep op de bedenkttermijn van art. 7:671 lid 2 dan wel art. 7:670b lid 2 BW zijn medewerking aan de contractsovername binnen twee (soms drie) weken kan herroepen. Voordeel van de bedenkttermijn ten opzichte van dwaling is dat de werknemer niet hoeft te bewijzen dat hij (i) niet op de hoogte was van de situatie bij de verkrijger en (ii) bij een juiste voorstelling van zaken zijn medewerking niet zou hebben verleend. Een rechtsgeldige herroeping van zijn instemming tijdens de bedenkttermijn behoeft geen reden. Betoogd kan worden dat het verlenen van medewerking aan een contractsovername feitelijk neerkomt op het instemmen met de opzegging van de arbeidsovereenkomst dan wel het instemmen met een beëindigingsovereenkomst. Hoewel tussen de rechtsvormen overeenkomsten bestaan, meen ik dat de vergelijking desondanks niet opgaat. Doorslaggevend acht ik het feit dat de wetgever de bedenkttermijn heeft ingevoerd vanuit de gedachte dat de werknemer met de instemming zijn ontslagbescherming opgeeft.²⁹ Zoals gezegd, komt een contractsovername neer op een voortzetting van de arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarden. Een analoge toepassing van art. 7:671 lid 2 dan wel art. 7:670b lid 2 BW ligt daarom niet voor de hand.

2.3. Instemming bij voorbaat: mobiliteitsclausules

De medewerking aan een contractsovername kan bij voorbaat geschieden (art. 6:156 BW). Kent de arbeidsovereenkomst een clause waarin de werknemer zich akkoord verklaart met een mogelijke contractswissel in de toekomst, dan is een akte tussen de overdragende en overnemende partij voldoende om de contractsovername tot stand te brengen. De huidige werkgever kan in dat geval met een ander concernonderdeel overeenkomen dat de medewerker bij het andere concernonderdeel in dienst zal zijn vanaf een bepaalde datum. Het algemeen verbintenissenrecht acht een contractsovername op basis van een instemming bij voorbaat toegestaan en maakt geen onderscheid naar het soort overeenkomst dat wordt overgedragen. Aan de arbeidsovereenkomst en de beschermingsgedachte die aan het arbeidsrecht ten grondslag ligt, komt aldus geen bijzondere betekenis toe. Althans zo lijkt het.

In het arbeidsrecht is de instemming bij voorbaat doorgaans gegoten in de vorm van een mobiliteitsclausule. Mobiliteitsclausules hebben het oog op een flexibele inzet van (hoger

²⁷ De werknemer was als gevolg van het schenden van de informatieplicht op grond van art. 7:663 BW alsnog van rechtswege in dienst getreden bij de verkrijger.

²⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 308. Voor dwaling moet de werknemer bewijzen dat de werkgever heeft verzuimd informatie te verschaffen die hem ertoe zou hebben gebracht zijn medewerking niet te verlenen. Bij een succesvol beroep op dwaling vernietigt de werknemer zijn instemming en komt de contractsovername met terugwerkende kracht niet tot stand.

²⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 27.

gekwalificeerd) personeel en bestaan in verschillende maten en vormen.³⁰ Voor dit deel van het preadvies is relevant de mobiliteitsclausule die vermeldt dat de werknemer zich bereid verklaart in de toekomst een dienstverband te aanvaarden bij een ander concernonderdeel.³¹ Dan treedt een wisseling van werkgeverschap op. De mobiliteitsclausule heeft doorgaans het oog op een nieuwe functie op een andere locatie. De juridische figuur van de contractsovername is daarom niet bruikbaar. Zoals gezegd, leidt een contractsovername tot een overgang van de arbeidsovereenkomst onder algemene titel. Ook de functie gaat van rechtswege over. Bij een overplaatsing op basis van de hiervoor beschreven mobiliteitsclausule wijzigt de functie en kan van een contractsovername aldus geen sprake kan zijn. De mobiliteitsclausule is evenmin een wijzigingsbeding ex. art. 7:613 BW. Een wijzigingsbeding wijzigt de voorwaarden tussen twee partijen, terwijl de arbeidsovereenkomst tussen deze partijen blijft bestaan. Dat is hier niet het geval. Naast de functie wijzigt ook de werkgever als contractspartij. Men heeft na de overplaatsing te maken met een nieuwe opvolgende arbeidsovereenkomst in concernverband (zie par. 2.1.1.).

Wat is de mobiliteitsclausule dan wel? Het gaat mijns inziens om een inspanningsverplichting van de werknemer om in de toekomst op verzoek van zijn werkgever mee te werken aan een beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst en het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst met een ander concernonderdeel. Deze kwalificatie neemt niet weg dat de werknemer in beginsel gehouden is aan de contractswissel zijn medewerking te verlenen.³² Hem komt geen beroep toe op dwaling. De omstandigheden die de werknemer doen besluiten niet mee te willen werken, doen zich voorop een later tijdstip dan het moment van instemmen en kunnen daarom niet gelden als omstandigheid ten aanzien waarvan de werknemer bij het verlenen van zijn instemming heeft gedwaald. Hetzelfde geldt voor een beroep op de wilsgebreken (art. 3:40 BW).

Wel is de werkgever bij het invoeren van de mobiliteitsclausule verplicht zich als goed werkgever te gedragen. De schriftelijke afspraak tussen partijen is evenwel niet eenvoudig opzij te zetten. Art. 7:611 BW is een nadere concretisering van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW, zodat de tussen partijen geldende mobiliteitsclausule slechts buiten toepassing blijft zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Dat vergt een terughoudende toetsing. Dezelfde toetsingsmaatstaf leest men terug in art. 6:258 BW welke bepaling de rechter de mogelijkheid biedt de mobiliteitsclausule buiten toepassing te stellen wegens onvoorziene omstandigheden.³³ Aan welke omstandigheden kan men denken? Indien de contractswissel de werknemer verplicht op een andere locatie te gaan werken, kunnen bijzondere omstandigheden gelegen zijn in een verandering van de persoonlijke omstandigheden van de

³⁰ De mobiliteitsclausule kan bijvoorbeeld ook inhouden dat de werknemer zich bereid verklaart arbeid te aanvaarden bij een ander concernonderdeel. Aan de mobiliteitsclausule wordt invulling gegeven door de werknemer vanuit zijn huidige dienstverband bij een ander concernonderdeel te werk te stellen (intra-concerndetachering). Er vindt aldus geen wisseling van werkgeverschap plaats. Om die reden blijft dit soort mobiliteitsclausules buiten beschouwing.

³¹ Dergelijke bepalingen geven geen uitlegproblemen ten aanzien van de vraag wie de werkgever is. Zie over het thema ook L.G. Verburg, 'Het werkgeverschap in concernverband: transparantie gezocht', *Arbeidsrecht* 2001/5.

³² Weigert de werknemer zijn medewerking zonder gegronde reden, dan valt niet uit te sluiten dat de oorspronkelijke werkgever een beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan realiseren op grond van verwijtbaar handelen (art. 7:669 lid 3 (e) BW). De werknemer komt immers één van zijn verplichtingen uit de tussen partijen geldende arbeidsovereenkomst niet na.

³³ Art. 6:258 BW geldt als een *lex specialis* van art. 6:248 lid 2 BW en de rechter zal bij de toepassing dezelfde terughoudendheid moeten betrachten als uit de bewoordingen van art. 6:248 lid 2 BW (onaanvaardbaarheid) in het algemeen voortvloeit.

werknemer (denk aan medische redenen, schoolgaande kinderen e.d.). Van de werknemer kan evenmin worden verwacht dat hij naar de andere kant van het land of zelfs naar het buitenland verhuist, indien die optie hem bij ondertekening van de arbeidsovereenkomst (en de daarin opgenomen mobiliteitsclausule) nooit is voorgehouden.

2.4. Overgang van onderneming

2.4.1. *Toepassing van Richtlijn 2001/23/EG in concernverband*

Bij een overgang van onderneming in de zin van Richtlijn 2001/23/EG³⁴ treedt een verandering op in de juridische entiteit van de ondernemer die de onderneming in stand houdt. Ook bij een overgang van onderneming krijgt de werknemer aldus te maken met een andere werkgever. Een overgang van onderneming kan in concernverband verschillende verschijningsvormen aannemen. Herstructureringen vinden plaats onder meer via juridische fusies en splitsingen. Ook kan worden gedacht aan het overhevelen van bedrijfsonderdelen (activa-passiva-transacties). De verkoop valt binnen de werkingsfeer van Richtlijn 2001/23/EG indien een onderneming onderwerp is van de transactie en het niet slechts gaat om losse activa en passiva. De in- of outsourcing van diensten kan eveneens leiden tot toepassing van Richtlijn 2001/23/EG. Dat speelt bijvoorbeeld indien de concernleiding besluit het onderhoud van het IT-netwerk of de schoonmaakwerkzaamheden bij een specifieke concernvennootschap onder te brengen. Wel vereist Richtlijn 2001/23/EG dat reeds ten tijde van de overgang een autonome economische eenheid bestaat.³⁵ Aan dit vereiste is niet voldaan indien losse onderdelen uit verschillende concernonderdelen worden ondergebracht in een reeds bestaande of nieuw opgerichte vennootschap of als het over te dragen onderdeel geen functionele autonomie kent omdat het bijvoorbeeld het werk onvoldoende zelf kan organiseren.

Kenmerkend aan een concernverband is dat de concernvennootschappen onder centrale leiding organisatorisch met elkaar zijn verbonden (art. 2:24b BW). De beslissing tot herstructurering wordt feitelijk (voor)genomen op holdingniveau en zowel de vervreemder als de verkrijger maakt onderdeel uit van hetzelfde organisatorische verband en hebben (in)direct dezelfde eigenaar. Deze aspecten staan niet aan een overgang van onderneming in de weg. Uit Richtlijn 2001/23/EG blijkt nergens dat de werkingsfeer is beperkt tot situaties waarin de vervreemder en verkrijger onafhankelijk van elkaar zijn. In tegendeel, Richtlijn 2001/23/EG sluit in artikel 2 aan bij de ondernemer als rechtspersoon die ten opzichte van de werknemer als werkgever optreedt.³⁶ Het concern wordt niet als ondernemer in de zin van Richtlijn 2001/23/EG aangemerkt. Het Hof van Justitie beschouwde in het arrest *Allen* uit 1999 twee dochtervennootschappen van dezelfde groep als twee afzonderlijke juridische entiteiten (ondernemers) die ten opzichte van hun werknemers eigen verplichtingen

³⁴ Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *PbEG* 2001, L 82/16

³⁵ HvJEU 6 maart 2014, *JAR* 2014/104 m.nt. Beltzer (*Amatori/Telecom Italia*). Het staat lidstaten vrij de werknemers niettemin te beschermen in een situatie dat voor de overgang geen autonome economische eenheid bestaat. Dat volgt uit art. 8 Richtlijn 2001/23/EG. Nederland heeft van deze bevoegdheid geen gebruik gemaakt.

³⁶ Het Hof bezigt de begrippen ondernemer en werkgever door elkaar, zie HvJEU 21 oktober 2010, *JAR* 2010/298 (*Albron/FNV Bondgenoten & Roest*), punt 21.

hadden.³⁷ Het Hof bevestigde dit standpunt in het arrest *Amatori/Telecom Italia* uit 2014 met betrekking tot een overgang tussen een moeder- en dochtervennootschap.³⁸

Voor de beoordeling of sprake is van een overgang van onderneming is het concernverband als zodanig evenmin relevant. Een overgang van onderneming vereist dat de overgang het oog heeft op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit van een economische eenheid die haar identiteit behoudt (artikel 1 (b) Richtlijn). Bepalend is dat de *onderneming* haar identiteit behoudt; dat de eigenaar hetzelfde blijft doet niet ter zake. Het concernverband kan wel indirect op de beoordeling van invloed zijn. Voor het concern is een zekere mate van centrale leiding onontbeerlijk. De centrale leiding kan er bijvoorbeeld toe leiden dat de presentatie van de onderneming hetzelfde blijft, hetgeen een aanwijzing is voor identiteitsbehoud. Ik sluit bovendien niet uit dat de omstandigheid dat zowel de vervreemder als de verkrijger (in)direct dezelfde eigenaar heeft een reden kan zijn eerder een overgang van onderneming aan te nemen. Bij een overgang van moeder naar dochter of tussen twee zustervennootschappen kan de moeder door haar beslissende invloed op het gedrag en beleid van de dochter(s) immers een overgang bewerkstelligen zonder noemenswaardige medewerking van de dochter(s). Het moet worden voorkomen dat de moeder het tot op zekere hoogte in de hand heeft of al dan niet een overgang van onderneming plaatsvindt. Het is niet wenselijk aan concerns hierbij een voordeel te verschaffen.

2.4.2. Doorstart in faillissement: overgang van onderneming?

De herstructurering kan vorm krijgen via een in concernverband gerealiseerde doorstart in faillissement. De constructie komt er in de kern op neer dat de door de faillierde concernvennootschap gedreven onderneming 'going concern' wordt overgenomen door een andere groepsmaatschappij. Het Hof van Justitie heeft in het arrest *Abels* de toepassing van Richtlijn 2001/23/EG uitgesloten voor faillissementsprocedures.³⁹ De overweging uit het arrest is gecodificeerd in art. 5 Richtlijn 2001/23/EG en door Nederland in 2002 geïmplementeerd in art. 7:666 BW. De uitsluiting heeft tot gevolg dat de doorstarter niet verplicht is het aan de onderneming verbonden personeel over te nemen. De doorstarter kan met het personeel dat hij een contract aanbiedt vrijelijk onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden. Deze regel geldt ook bij een doorstart in concernverband.

In de literatuur is discussie ontstaan over het bereik van art. 7:666 BW in het kader van een doorstart in faillissement.⁴⁰ De discussie richt zich op de vraag of het doel van de faillissementsprocedure bij een doorstart nog wel is gericht op liquidatie van het vermogen en op een voortzetting daarvan. De discussie ontstond naar aanleiding van de pre-pack (de doorstart die onder leiding van de beoogd curator voorafgaand aan het faillissement is voorbereid), maar geldt net

³⁷ HvJEG 2 december 1999, NJ 2000/252, JAR 2000/31 (*Allen*).

³⁸ HvJEU 6 maart 2014, JAR 2014/104 m.nt. Beltzer (*Amatori/Telecom Italia*).

³⁹ HvJEG 7 februari 1985, NJ 1985/900 m.nt. PAS (*Abels*).

⁴⁰ G.J.J. Heerma van Voss vroeg reeds in zijn oratie uit 1998 aandacht voor het onderwerp (zie noot 9). Recent is de discussie (opnieuw) opgelaaid. Zie R.M. Beltzer, 'Continuïteit van ondernemingen en pre-pack – hoe een idee een Europese richtlijn mist', *O&F* 2015/01; R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen', *FIP* 2014/8 (special), p. 21-25; L.G. Verburg, 'De doorstart in faillissement en het debiet van '662'', *FIP* 2014/8 (special), p. 26-31; P. Hufman & I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', *TAP* 2014/98; F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisaties en pre-pack', in: D. Busch, A.J.A.D. van den Hurk & F.E. Keijzer e.a., *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod* (preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'), Zutphen: Paris 2014, p. 13-65; F.M.J. Verstijlen, 'Pre-packing in the Netherlands, de beoogde "beoogd" curator', *NJB* 2014/803.

zo goed voor een reguliere doorstart. Haast iedere doorstart is voorafgaand aan het faillissement voorbereid en de doorstart vindt altijd plaats na faillietverklaring.⁴¹ De meeste auteurs menen dat art. 7:666 BW geen dode letter mag worden bij de doorstart in faillissement.⁴² Deze benadering onderschrijf ik. Als een onderneming kan worden gered waarbij een deel van de werkgelegenheid behouden blijft, is dat een niet te verwaarlozen maatschappelijk en economisch belang. Het toepassen van Richtlijn 2001/23/EG op een doorstart in faillissement zal potentiële kopers ervan weerhouden de onderneming over te nemen.

Echter, in concernverband zijn de aandeelhouders van de failliete onderneming en de doorstarter vaak dezelfde. Dan is oplettendheid vereist. Er moet voor worden gewaakt dat het concern de doorstart gebruikt ter omzeiling van werknemersbescherming. Ik zie de oplossing evenwel niet in het alsnog van toepassing verklaren van Richtlijn 2001/23/EG. Het Hof van Justitie gaat in het arrest *Abels* uit van een formele benadering en sluit voor de toepassing van art. 7:666 BW aan bij het doel van de procedure.⁴³ Het doel moet gericht zijn op liquidatie. De Nederlandse faillissementsprocedure is gericht op een liquidatie van het vermogen en het met elkaar in evenwicht brengen van de belangen van verschillende categorieën schuldeisers. De curator is door een onafhankelijke gerechtelijke instantie aangesteld en de curator bepaalt hoe de belangen van de gezamenlijke schuldeisers het beste kan dienen. Het realiseren van een doorstart – bijvoorbeeld in concernverband – is een van de middelen die het faillissementsrecht hem biedt (art. 98 Fw). Bovendien geeft Richtlijn 2001/23/EG voor het tegengaan van misbruiksituaties een andere oplossing. De Europese wetgever heeft in art. 5 lid 4 Richtlijn 2001/23/EG de lidstaten opgedragen maatregelen te treffen om misbruik van faillissementsprocedures te voorkomen (zie hierna par. 2.4.3.). Met deze benadering is in strijd bij misbruiksituaties in concernverband Richtlijn 2001/23/EG van toepassing te verklaren.⁴⁴

Van het bovenstaande moet worden onderscheiden de uitspraak van de kantonrechter Leeuwarden uit 2014.⁴⁵ In de casus die aan deze uitspraak ten grondslag ligt, weigerde de curator de werknemers te ontslaan en mee te werken aan een doorstart in concernverband. Dat de onderneming

⁴¹ Een verschil is wel dat men zich bij een pre-pack kan afvragen of de beoogd curator in staat is te beoordelen of een optimale prijs voor de onderneming tot stand is gekomen. Het faillissement is ten tijde van de heimelijke onderhandelingen met de overnemende partij nog niet uitgesproken zodat andere partijen geen kans krijgen tot het doen van een bod. Dit nadeel kan worden ondervangen door in de koopakte op te nemen dat de overeenkomst wordt ontbonden indien de curator binnen een bepaalde – niet te lange – periode na bekendmaking van het faillissement een beter bod voor de onderneming ontvangt.

⁴² R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen', *FIP* 2014/8 (special), p. 21-25; L.G. Verburg, 'De doorstart in faillissement en het debiet van '662'', *FIP* 2014/8 (special), p. 26-31. Beide auteurs waarschuwen voor misbruiksituaties bij een doorstart in faillissement, maar zoeken de oplossing op een ander vlak. Beltzer pleit voor toepassing van art. 7:662 e.v. BW, terwijl Verburg aanknopingspunten vindt in het faillissementsrecht. Zie ook S.S.M. Peters in haar annotatie bij Ktr. Leeuwarden 22 augustus 2014 in *AR-Updates* 2014/822.

⁴³ HvJEG 7 februari 1985, *NJ* 1985/900 (*Abels*). In latere procedures heeft het Hof van Justitie belang toegedicht aan het doel dat met de procedure wordt nagestreefd (de feitelijke situatie), maar dat ging steeds om situaties waar het formele doel van de procedure niet duidelijk was. Zie HvJEG 25 juli 1991, *NJ* 1994/168 (*D'Urso*); HvJEG 7 december 1995, *NJ* 1996/743 (*Spano/Fiat*); HvJEG 12 maart 1998, *JAR* 1998/100 (*Dethier/Dassy*).

⁴⁴ Er lopen op dit moment – voor zover mij bekend – twee gerechtelijke procedures (tegen Smallsteps en Heiploeg) waarin de vraag centraal staat of een pre-pack te beschouwen valt als een overgang van onderneming. Het Scheidsgerecht Gezondheidszorg 25 februari 2015, *AR-Updates* 2015-0274 is van oordeel dat art. 7:666 BW ook geldt bij een pre-pack.

⁴⁵ Ktr. Leeuwarden 22 augustus 2014, *JAR* 2014/234 m.nt. Hufman, *JOR* 2014/315 m.nt. Hummelen, *AR-Updates* 2014/822 m.nt. S.S.M. Peters (*Jan de Roos/Transport Lemmer*).

desondanks werd voortgezet door een ander concernonderdeel doet vermoeden dat de onderneming al voor de faillissementssituatie was overgaan. In faillissement is een verkoop van de onderneming immers niet mogelijk zonder medewerking van de curator; hij beheert het vermogen. De activa kwamen reeds voor het faillissement in handen van de overnemende partij en de onderneming is nooit onderdeel van de boedel geweest. De uitzondering voor faillissementssituaties (art. 7:666 BW) ging aldus niet op en de kantonrechter concludeerde tot een overgang van onderneming. De kantonrechter Delft hanteerde in 2010 een gelijke rededering.⁴⁶

Ook de Hoge Raad volgt deze lijn in een alweer wat ouder arrest uit 1987.⁴⁷ In deze casus had eveneens een overdracht van activa plaatsgevonden voorafgaand aan het faillissement. Anders dan bij de kantonrechter Leeuwarden werd slechts een deel van de onderneming voor het faillissement overgedragen. De Hoge Raad overwoog dat de overname van een deel van de onderneming niet betekent dat het deel dat na het faillissement overgaat, wordt meegezogen in het kader van art. 7:662 BW. Met andere woorden: of sprake was van een overgang van onderneming moest worden beoordeeld op basis van de activa die voorafgaand aan het faillissement waren verkocht. Nu het zwaartepunt van de onderneming in faillissement was verkocht, was ten aanzien van de verkoop vooraf geen sprake van een transactie die viel binnen het bereik van Richtlijn 2001/23/EG.

2.4.3. Verzet als maatregel ter voorkoming van misbruik in concernverhoudingen

De vorige paragraaf maakt duidelijk dat een doorstart in faillissement geen overgang van onderneming bewerkstelligt, ook niet in concernverband. De werknemers (maar ook vakbonden en ondernemingsraden) hebben wel de mogelijkheid tegen het faillissement in verzet te komen. Bij misbruik van bevoegdheid vernietigt de rechter het faillissement op grond van art. 13a Fw en kunnen de werknemers de vernietiging van de opzegging invoeren. Bij een doorstart treden de regels van art. 7:662 e.v. dan alsnog in werking en zijn de werknemers van rechtswege bij de doorstarter in dienst getreden. Aan de vereisten van art. 7:666 BW is immers niet voldaan en de verkoop van de onderneming door de curator blijft uit hoofde van art. 13 Fw in stand.⁴⁸

Interessant is de vraag of de procedure van verzet aan werknemers een afdoende maatregel biedt op te komen tegen een concern dat de faillissementsprocedure gebruikt om onder de toepassing van Richtlijn 2001/23/EG uit te komen. Het is de werknemer die moet bewijzen dat het faillissement hoofdzakelijk is gebruikt teneinde werknemersbescherming te omzeilen.⁴⁹ Aan het bewijs worden hoge eisen gesteld. Het aanvragen van het eigen faillissement terwijl tussen de aandeelhouders en/of bestuurders van de failliete onderneming en de overnemende partij nauwe banden bestaan, is onvoldoende voor misbruik van bevoegdheid.⁵⁰ Bijkomende omstandigheden zijn vereist, zoals het feit dat eerder tevergeefs is getracht werknemers te ontslaan.⁵¹ Het is daarnaast onduidelijk of misbruik van bevoegdheid vanwege het omzeilen van de werknemersbescherming

⁴⁶ Ktr. Delft 19 augustus 2010, *JAR* 2010/239 (*Quality Trans B.V.*).

⁴⁷ HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988/191 m.nt. PAS (*Happe/Scheepstra*).

⁴⁸ Ook de wetgever gaat hiervan uit. *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 17 en *Kamerstukken I* 2001/02, 27 469, nr. 163, p. 9. Kritisch hierover E. Loesberg, 'Faillissementstrends (2); een reactie', *Arbeidsrecht* 2002/56.

⁴⁹ Zie over misbruik van faillissementsrecht vanuit een arbeidsrechtelijk perspectief: J. van der Pijl, 'Misbruik van faillissementsrecht – over gedupeerde werknemers en glad ijs', *FIP* 2014/8 (special), p. 41-45; P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 137-174; H. Biesheuvel, 'Misbruik van faillissementsrecht vanuit een arbeidsrechtelijk perspectief', *FIP* 2010/4, p. 114-119; G.W. van der Voet, *Misbruik van faillissementsrecht bij overgang van onderneming*, Rotterdam: Erasmus Centre for Labour law and Industrial Relations, 2000/6.

⁵⁰ Hof Amsterdam 11 september 2007, *JOR* 2007/315 (*Ballast Nedam Bouw*).

⁵¹ HR 28 mei 2004, *JAR* 2004/166 (*Digicolor*).

mogelijk is indien de vennootschap in een financiële toestand verkeert die een faillissement rechtvaardigt (dus een reële en geen geregisseerde betalingsonmacht). De rechtspraak is wisselend.⁵² Ik zou menen dat zeker in concernverhoudingen ook bij een reële betalingsonmacht misbruik van bevoegdheid mogelijk moet zijn. Zou het anders zijn, dan kan de moeder aan de dochter vermogen onttrekken en via die weg eenvoudig construeren dat men niet toekomt aan misbruik van bevoegdheid.⁵³ Een dergelijke uitleg berooft art. 13a Fw van zijn effectieve werking en komt in strijd met art. 5 lid 4 Richtlijn 2001/23/EG.⁵⁴

De bewijslast die op de werknemers rust is hoog. Zij zien zich voor een lastige taak gesteld om te bewijzen dat het faillissement feitelijk is gebruikt om de onderneming te reorganiseren. Werknemers worden in de rechtspraak behandeld als reguliere schuldeisers. Dat verbaast. Naar mijn mening dient bij toepassing van art. 13a Fw aandacht toe te komen aan de bijzondere aspecten van de arbeidsrelatie en de ondergeschiktheidspositie die werknemers ten opzichte van hun werkgever (en nog sterker ten opzichte van het concern) innemen. Een oplossing is dat rechters een weerlegbaar bewijsvermoeden creëren op het moment dat een doorstart in concernverband plaatsvindt en de onderneming aldus direct dan wel indirect wordt voortgezet door dezelfde eigenaren. Mijns inziens kan worden gesteld dat onder dergelijke omstandigheden de schijn bestaat dat de faillissementsprocedure wordt gebruikt als reorganisatiemiddel en het doel aldus is gelegen in een omzeiling van werknemersbescherming. De failliet zal het tegendeel moeten bewijzen.

3. Juridische consequenties van een contractswissel

3.1. Anciënniteit

Anciënniteit speelt in het arbeidsrecht een belangrijke rol. De ratio van anciënniteitsregelingen is gestoeld op de gedachte dat de omvang van de zorgplicht van de werkgever jegens de werknemer toeneemt naarmate de werknemer langer in dienst is.⁵⁵ Anciënniteit is bijvoorbeeld van belang voor de duur van de opzegtermijn en de hoogte van de transitievergoeding. Bovendien is anciënniteit een

⁵² De Hoge Raad lijkt van de ruime leer uit te gaan, zie HR 28 mei 2004, *JAR* 2004/166 (*Dicolor*). De ruime leer werd in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld gevolgd in Hof 's-Gravenhage 29 november 2011, *JOR* 2012/298 m.nt. Loesberg (*Luba*); Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, *JOR* 1996/16 m.nt. Kortmann (*Ammerlaan*). Voorbeelden van de beperkte leer bieden Rb. Utrecht 9 december 1992, *JAR* 1993/57 (*Administratiekantoor K2*); Hof 26 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1079 (*Thebe Huishoudelijke Zorg BV*) en van Rb. 's-Gravenhage 15 oktober 2014, *JAR* 2015/4 (*Van Leeuwen Groep BV*).

⁵³ Het feit dat de betalingsonmacht van de ondernemer het directe gevolg is van het handelen van de moeder betekent niet automatisch dat sprake is van misbruik van recht. Zie Hof 's-Gravenhage 9 juli 2002, *JAR* 2002/204, *JOR* 2002/171 (*Plaid Nederland*). In deze zaak had de moedervernootschap gerechtvaardigde redenen leveranties en voorschotten aan haar dochteronderneming te staken. Het Hof kende bij de beoordeling tevens belang toe aan het feit dat de onderneming niet werd voortgezet. Hieruit maak ik op dat het handelen van de moedervernootschap anders (kritischer) zou zijn beoordeeld indien de onderneming in concernverband zou zijn doorgestart.

⁵⁴ Ik realiseer me dat de werknemers slechts een pyrrusoverwinning behalen als geen doorstart van de onderneming heeft plaatsgevonden. De vennootschap beschikt dan immers niet over financiële middelen om de lonen bij een vernietiging van het faillissement of een schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad te betalen. Vgl. F.M.J. Verstijlen, *Van misbruik van faillissement- en rechtspersonenrecht*, *Tvl* 2002/2. De werknemer kan in een dergelijke situatie onder omstandigheden de moedervernootschap wegens ongeoorloofde vermogensonttrekkingen aanspreken op grond van onrechtmatige daad (zie hoofdstuk 4 van dit preadvies).

⁵⁵ HR 28 maart 1997, *JAR* 1997/90 (*El Azzouti/Cemsto BV*).

veel gehanteerde factor in beloningssystemen.⁵⁶ In voornoemde gevallen is de anciënniteit bepalend voor financiële rechten. Dat hoeft niet het geval te zijn. Anciënniteit speelt ook een rol bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel bij reorganisaties, de ketenregeling en in zekere mate bij het al dan niet kunnen aangaan van een proeftijd. De vraag of de overnemende werkgever de dienstjaren van de werknemer bij een andere werkgever in het concern moet erkennen, is dan ook van groot belang. Het antwoord is afhankelijk van de wijze waarop de contractswissel tot stand komt. Ik maak een onderscheid tussen een contractswissel waarbij de arbeidsovereenkomst onder algemene titel overgaat (par. 3.2.) en een contractswissel waarbij een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand komt (par. 3.3 en 3.4.).

3.2. Behoud van anciënniteit bij een overgang onder algemene titel

Bij een contractsovername en een overgang van onderneming geschiedt de overname van de arbeidsovereenkomst onder algemene titel. De overnemer wordt als werkgever contractspartij bij de arbeidsovereenkomst zonder dat hij zelf een overeenkomst heeft gesloten met de desbetreffende werknemer. Het gevolg is dat alle rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst mee overgaan naar de overnemer. Geldt dit nu ook voor de anciënniteit opgebouwd bij de overdragende werkgever? Dat blijkt niet per definitie het geval te zijn. Bij zowel een contractsovername als een overgang van onderneming spreekt de wet van de overgang van *rechten* die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Anciënniteit is geen recht (het is een feitelijke omstandigheid) en kan als zodanig niet overgaan op de verkrijger. Dit was ook het oordeel van het Hof van Justitie in de arresten *Collino & Chiappero* uit 2000⁵⁷ en *Scattolon* uit 2011.⁵⁸ De arresten hebben betrekking op een overgang van onderneming, maar de overweging valt door te trekken naar een contractsovername nu ook art. 6:159 BW van een overgang van rechten spreekt.

Dat anciënniteit geen recht is, neemt niet weg dat aan anciënniteit rechten kunnen zijn verbonden. Volgens het Hof van Justitie in de twee voornoemde arresten is de verkrijger gehouden bij de berekening van financiële rechten de anciënniteit opgedaan bij de vervreemder mee te tellen, mits het financiële recht reeds bestond op het moment van overgang. Dat laatste is logisch. Slechts de rechten die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien ten tijde van de overgang, zijn vatbaar voor overname. Concreet: geldt bij de overnemende partij een lustrumregeling die aan werknemers recht geeft op een financiële vergoeding na tien dienstjaren, dan is de overnemende partij niet gehouden de anciënniteit opgedaan bij de vorige werkgever mee te tellen als een dergelijk recht niet ook bij de vervreemder bestond. Richtlijn 2001/23/EG creëert geen gelijke rechten voor werknemers na een overgang van onderneming, ook niet bij een overgang in concernverband.⁵⁹ De overgenomen werknemers kunnen evenmin met een beroep op het gelijkloonbeginsel (gelijk loon voor gelijke arbeid) betaling van de lustrumregeling afdwingen. Het onderscheid in beloning vindt plaats op basis

⁵⁶ Het hanteren van de factor anciënniteit in beloningssystemen levert geen verboden onderscheid op. De fictie is steeds dat een werknemer met meer dienstjaren meer beroepservaring heeft en daarom beter mag worden beloond. Voor een nadere onderbouwing verwijs ik naar mijn artikel 'Gelijke beloning voor gelijke arbeid: van hard naar zachter', in: C.J.H. Jansen & L.G. Verburg, *Onderneming en beloning*, Deventer: Kluwer 2014, p. 290-291.

⁵⁷ HvJEG 14 september 2000, *JAR* 2000/225 m.nt Van der Heijden, Beltzer en Verhulp (*Collino & Chiappero/Telecom Italia*).

⁵⁸ HvJEU 6 september 2011, *JAR* 2011/262 m.nt. Haanappel-van der Burg (*Scattolon*). Zie over het arrest R.M. Beltzer & F. Koopman, 'Overgang van onderneming een triptiek: economische activiteiten, anciënniteit en cao's', *ArA* 2012/2, p. 36-51.

⁵⁹ Zie conclusie A-G bij het arrest *Scattolon* punt 94 welke overweging door het Hof is overgenomen.

van een onbenoemde grond. Het *Parallel Entry/KLM* arrest van de Hoge Raad leert dat op de werkgever geen plicht rust werkervaring opgedaan bij een andere werkgever in het concern mee te wegen bij de factor anciënniteit in een beloningssysteem.⁶⁰

Het buiten beschouwing laten van eerder verworven anciënniteit leidt niet altijd tot een rechtvaardige uitkomst. Problemen doen zich voor met name in het kader van cao's. In het arrest *Scattolon* werd direct na de overgang op de arbeidsovereenkomst een nieuwe cao van toepassing. In de nieuwe cao werd de beloning bepaald op basis van anciënniteit, terwijl dat voor de overgang gebeurde op basis van functie en toeslagen. In het licht van *Collino & Chiappero* kwam bij het vaststellen van de beloning na de overgang geen belang toe aan het dienstverband bij de vervreemder; de beloning was voorafgaand aan de overgang niet gekoppeld aan anciënniteit en de anciënniteit ging daarom niet mee over. Het Hof bracht in *Scattolon* op deze regel een nuance aan voor het geval de arbeid voor en na de overgang gelijkenissen vertoonde. Onder dergelijke omstandigheden verzette de beschermingsgedachte van Richtlijn 2001/23/EG zich ertegen dat de werknemer bij toepassing van de nieuwe cao een wezenlijk salarisverlies onderging omdat met de anciënniteit opgebouwd bij de vervreemder geen rekening werd gehouden.

In concernverband is goed denkbaar dat concernonderdelen onder de werkingssfeer van verschillende cao's vallen. Hoewel een situatie zoals in *Scattolon* zich onder het Nederlandse recht niet kan voordoen,⁶¹ wordt de cao van de verkrijger na de overgang van toepassing als de overgenomen werknemer lid is van de bij de cao betrokken vakbond, de cao algemeen verbindend is verklaard of de werknemer een aanbod daartoe van zijn nieuwe werkgever accepteert. Ook in deze gevallen rijst de vraag naar het belang van eerdere dienstjaren indien anciënniteit als component aan de beloningssystematiek uit de nieuwe cao ten grondslag ligt. Mijns inziens ligt een analoge toepassing van de in *Scattolon* geformuleerde uitzondering in de rede. In *Scattolon* was de wijziging van de cao conform art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG en aldus rechtmatig tot stand gebracht. De verkrijger mocht de arbeidsvoorwaarden uit de nieuwe cao toepassen, maar moest er desondanks voor zorgen dat de werknemers er financieel niet op achteruit gingen. Het Hof benadrukte dat werknemers uitsluitend als gevolg van de overgang niet in een minder gunstige positie mochten komen te verkeren. Dat principe geldt net zo goed indien de relevantie van anciënniteit zich pas na enig tijdsverloop manifesteert.⁶² De uitzondering uit het arrest *Scattolon* behoudt aldus haar waarde ook indien de nieuwe cao en de daarin vastgelegd beloningssystematiek pas geruime tijd na de overgang op de arbeidsovereenkomst van toepassing wordt.

In de arresten van het Hof van Justitie ging het om individuele arbeidsvoorwaarden (*Collino & Chiappero*) en collectieve arbeidsvoorwaarden (*Scattolon*), beide met een financiële component. Anciënniteit is tevens relevant bij de bepaling van financiële wettelijke rechten. Denk aan de opzegtermijn (art. 7:672 BW) en de transitievergoeding (art. 7:683 BW). Art. 3 Richtlijn 2001/23/EG spreekt over 'rechten en plichten die voortvloeien uit de (collectieve) arbeidsovereenkomst'. Gezien de beschermingsgedachte kan worden aangenomen dat ook financiële wettelijke rechten binnen de werkingssfeer vallen. De wettelijke rechten zijn gekoppeld aan de arbeidsovereenkomst en vloeien daar in zekere zin uit voort. Onduidelijk is of een zelfde redenering geldt bij de vaststelling van niet-

⁶⁰ HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68 (*Parallel Entry/KLM*).

⁶¹ De gebondenheid van de verkrijger aan de cao van de vervreemder vervalt niet op het moment dat de verkrijger na de overgang zijn eigen cao toepast. Zie art. 14a Wet Cao.

⁶² Uiteraard moet wel sprake zijn van een doorlopend dienstverband. Dit was niet het geval in HR 3 september 2010, *JAR* 2010/252 (*London/UWV*).

financiële wettelijke rechten, zoals het geval is in de ketenregeling, de proeftijd en het afspiegelingsbeginsel bij reorganisatie. Het Hof heeft zich over niet-financiële rechten nog niet uitgelaten. Mijns inziens zijn deze rechten net zo goed gekoppeld aan de arbeidsovereenkomst die overgaat. Richtlijn 2001/23/EG kent geen beperking tot financiële rechten.⁶³

Men komt bij de vaststelling van bovengenoemde wettelijke rechten niet toe aan het leerstuk van opvolgend werkgeverschap (zie par. 3.3.2.). De overgang van de arbeidsovereenkomst vindt plaats onder algemene titel en de overnemende werkgever heeft bij toepassing van de wet te gelden als juridisch dezelfde partij als de overdragende werkgever. Het onderscheid is relevant omdat – zoals hierna zal blijken – het opvolgend werkgeverschap vereist dat de werkzaamheden dezelfde blijven en deze eis niet geldt indien het gaat om juridisch dezelfde partij.⁶⁴

3.3. Behoud van anciënniteit bij nieuwe arbeidsovereenkomst: opvolgend werkgeverschap

3.3.1. *Wettelijke bepalingen*

De hiervoor beschreven lijn kan men niet doortrekken naar situaties waarin de werknemer bij een ander concernonderdeel in dienst treedt op basis van een nieuwe arbeidsovereenkomst. De vennootschappen met wie de werknemer achtereenvolgens een dienstverband aangaat, zijn te beschouwen als zelfstandige entiteiten en de rechtspraak leert dat het concern niet als werkgever moet worden beschouwd.

Dat betekent niet per definitie dat aan eerdere dienstverbanden in concernverband geen belang toekomt. Boek 7 titel 10 BW kent op verschillende plaatsen relevantie toe aan een vorige dienstbetrekking in het geval dat sprake is van opvolgend werkgeverschap. Het opvolgend werkgeverschap is steeds gekoppeld aan een specifieke norm. Een bepaling inzake het opvolgend werkgeverschap leest men in het Burgerlijk Wetboek onder meer terug in de ketenregeling (art. 7:668a lid 2 BW), de proeftijd (art. 7:652 BW), de opzegtermijn (art. 7:672 BW) en de transitievergoeding (art. 7:673 BW). Daarnaast hanteert het UWV het beleid dat bij opvolgend werkgeverschap de eerdere dienstverbanden – zonder de onderbrekingen – meetellen bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel in het kader van een reorganisatie.⁶⁵ Het ligt in de rede dat dit beleid onder de Wwz wordt voortgezet. De regeling van het concurrentiebeding kent geen bepaling inzake het opvolgend werkgeverschap. Het concurrentiebeding komt dan ook te vervallen op het moment dat de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaat met een ander concernonderdeel.

⁶³ In de literatuur bestaat discussie over de erkenning van anciënniteit bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel bij reorganisaties. Volgens Beltzer & Koopman, 'Overgang van onderneming in een triptiek: economische activiteiten, anciënniteit en cao's', *ArA* 2012, 2, p. 45 verplicht Richtlijn 2001/23/EG de verkrijger niet de anciënniteit bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel te erkennen. De auteurs noemen als reden dat het afspiegelingsbeginsel niet is gekoppeld aan enige bij de vervreemder bestaande arbeidsvoorwaarde. Tegen hun stelling kan men inbrengen dat ook bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel geldt dat de overgang de werknemers niet in een slechtere positie mag brengen en dat vanuit die gedachte de anciënniteit bij de vorige werkgever moet worden erkend. Ik laat deze discussie verder rusten. Zij is voor het Nederlandse recht irrelevant, omdat de beleidsregels bepalen dat anciënniteit opgedaan bij de vervreemder wordt meegenomen bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel en dit beleid hoogstwaarschijnlijk onder de Wwz zal worden voortgezet.

⁶⁴ Net als bij een contractovername zullen de werkzaamheden bij een overgang van onderneming doorgaans geen wijziging ondergaan. Dat verdraagt zich slecht met het principe dat de rechten en plichten (waaronder ook de functie) van rechtswege op de vervreemder overgaan. Een wijziging van locatie lijkt wel tot de mogelijkheden te bestaan.

⁶⁵ Hoofdstuk 13, par. 6 Beleidsregels Ontslagtaak UWV versie september 2012.

Opvolgende werkgevers in concernverband hebben in het verleden getracht via de techniek vereenzelviging de werknemer aan een eerder overeengekomen concurrentiebeding te binden. Voor zover mij bekend steeds zonder succes.⁶⁶

Uit de wetsgeschiedenis bij de ketenregeling blijkt dat uitdrukkelijk is beoogd het opvolgend werkgeverschap ook van toepassing te laten zijn wanneer de arbeidsovereenkomst overgaat naar een andere werkgever die net als de vorige werkgever behoort tot een groep als bedoeld in art. 2:24b BW.⁶⁷ De toepassing is evenmin beperkt tot gevallen van misbruik (draaideurconstructies).⁶⁸ Met andere woorden: ook indien de overplaatsing in concernverband geen misbruik tot doel heeft, kan van opvolgend werkgeverschap sprake zijn. Deze redenering kan men doortrekken naar de andere wettelijke bepalingen waarin het opvolgend werkgeverschap een rol speelt.

3.3.2. *Wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden*

In alle hiervoor genoemde wettelijke bepalingen vereist het opvolgend werkgeverschap dat de werkgevers *'ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn'*. Als regel heeft te gelden dat de aard en de inhoud van het werk ongeveer hetzelfde moet zijn gebleven. De nieuwe overeenkomst moet wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eisen. Hiervan is sprake als de werknemer na de contractswissel dezelfde werkzaamheden op dezelfde werkplek verricht. Dat is in concernverband het geval indien de werknemer in dienst treedt bij een ander concernonderdeel en vanuit dat dienstverband wordt tewerkgesteld in de onderneming van zijn vorige werkgever, maar kan ook spelen bij een doorstart in faillissement. In het laatste geval is tevens denkbaar dat de overnemende werkgever het bedrijfsonderdeel integreert in zijn eigen onderneming. De werknemer blijft dezelfde werkzaamheden verrichten, maar doet dat op een andere locatie en krijgt te maken met een andere organisatiestructuur en nieuwe collega's. Hetzelfde doet zich voor bij een overplaatsing van de werknemer naar een ander concernonderdeel met behoud van functie maar verandering van locatie. Kan men onder dergelijke omstandigheden nog spreken van opvolgend werkgeverschap?

In de rechtspraak wordt bij een overplaatsing in concernverband aan een verandering van locatie weinig gewicht toegekend. Een voorbeeld biedt een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam uit 2010 inzake de ketenregeling. Een overplaatsing binnen het concern van Georgië naar Nederland (met wijziging van locatie maar behoud van functie) stond niet aan opvolgend werkgeverschap in de weg.⁶⁹ In ongeveer dezelfde zin bij een overplaatsing binnen de landsgrenzen

⁶⁶ Hof Leeuwarden 10 april 2012, *RAR* 2012/100; Rb. Overijssel 4 juni 2013, ECLI:NL:RBOVE:CA1979; Rb. Utrecht 28 maart 2012, *JONDR* 2013/1177; Rb. Arnhem 23 maart 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT4624; Rb. Utrecht 12 april 2000, *JAR* 2000/117. Dit is een van de weinige gebieden van het arbeidsrecht dat een werkgever gebaat is bij de techniek vereenzelviging. Doorgaans pakt vereenzelviging uit in het voordeel van de werknemer en is het ook de werknemer die op de techniek een beroep doet.

⁶⁷ Dit volgt uit het advies van de Stichting van de Arbeid dat door het kabinet is overgenomen. Zie *Kamerstukken II* 1996/79, 25 263, nr. 3, p. 9 en 11.

⁶⁸ HR 14 juli 2006, *NJ* 2007/101, *JAR* 2006/190 (*Boekenvoordeel/Isik*).

⁶⁹ Ktr. 30 augustus 2010, *JAR* 2010/237 (*Ernst & Young*). De kantonrechter achtte tevens relevant dat het concern een flexibele inzet van het personeel stimuleerde. Mijns inziens is dit element niet relevant bij de beoordeling van de vraag of de werkzaamheden hetzelfde zijn gebleven. Het element kan onder omstandigheden wel een rol spelen bij de vraag of de wettekst ruimhartig moet worden uitgelegd op grond van de redelijkheid en billijkheid en ook van toepassing moet kunnen zijn bij andere arbeid (zie hierna). Ik realiseer mij dat het resultaat hetzelfde is (aanneming van opvolgend werkgeverschap), maar acht het juridisch scherp en helder tussen beide aspecten een onderscheid aan te brengen.

oordeelde de Kantonrechter Almelo in 2014.⁷⁰ Ik heb moeite met deze benadering. Had de werknemer dezelfde functie aanvaard bij een werkgever buiten het concern, dan was – vanwege de gewijzigde organisatiestructuur – geen opvolgend werkgeverschap aangenomen, ondanks het feit dat de werkzaamheden vergelijkbaar waren. In mijn visie is ook bij een overplaatsing binnen het concern doorslaggevend of de werknemer na de contractswissel in dezelfde organisatiestructuur werkzaam is gebleven. Dat kan het geval zijn bij een verandering van locatie, maar vereist dan wel een nauwe verwevenheid tussen de concernvennootschappen bijvoorbeeld omdat de vennootschappen onder leiding van hetzelfde bestuur staan en/of het zelfde (concern)beleid voeren. In deze lijn oordeelde de Kantonrechter Heerlen in 2011.⁷¹

Bij een verandering van werkzaamheden is geen sprake van opvolgend werkgeverschap en wordt de nieuwe werkgever bij toepassing van de wet als eerste werkgever beschouwd.⁷² Ik zie geen reden het vereiste ‘wezenlijk dezelfde arbeid’ op grond van de redelijkheid en billijkheid voor concernverhoudingen dusdanig ruim uit te leggen dat ook andere arbeid onder het bereik valt. Die gedachte doet geen recht aan de onderscheiden posities van concernvennootschappen. Het vennootschapsrecht gaat uit van het basisprincipe dat iedere vennootschap onafhankelijk en zelfstandig opereert en daaraan moet niet te lichtzinnig worden getornd. Dat laat onverlet dat bijsturing soms onontkoombaar is. Bijsturing is mogelijk via de techniek vereenzelviging. Vereenzelviging is door de Hoge Raad geduid als het volledig wegdenken van het identiteitsverschil.⁷³ Bij vereenzelviging komt men aldus niet toe aan het leerstuk van opvolgend werkgeverschap. De overstap van de werknemer komt bij vereenzelviging feitelijk neer op een verhuizing van de ene vestiging naar de andere en heeft tot gevolg dat de nieuwe werkgever ook bij een verandering van werkzaamheden rekening moet houden met het arbeidsverleden van de werknemer.

Vereenzelviging wordt in de rechtspraak vrijwel nooit aangenomen. Dat lijkt mij juist. Vereenzelviging vereist misbruik en daarvan is geen sprake nu de overplaatsing geschiedt op basis van wilsovereenstemming en de werknemer welbewust aan de contractswissel heeft meegewerkt. Is de werknemer over de juridische consequenties van de contractswissel onjuist voorgelicht, dan kleurt dat uiteraard de feiten. Echter, in dat geval ligt een actie van de werknemer op basis van het goed werkgeverschap jegens zijn voormalige werkgever voor de hand. Aan de techniek vereenzelviging is geen behoefte.

Wilsovereenstemming is er in mindere mate indien de overplaatsing tot stand komt op basis van een mobiliteitsclausule die vermeldt dat de werknemer bereid is arbeid te aanvaarden in dienst van een ander concernonderdeel. De werknemer kan slechts bij hoge uitzondering de overplaatsing weigeren zonder risico op ontslag (zie par. 2.3.). Dit laatste geldt ook indien het aanbod tot een nieuwe arbeidsovereenkomst aan de werknemer wordt gedaan in het kader van de uitgebreide herplaatsingsplicht van de werkgever (zie par. 2.1.2.). Tot vereenzelviging zal een rechter ook in deze omstandigheden niet concluderen. Van misbruik is immers geen sprake. Deze uitkomst acht ik niet problematisch. De wet spreekt van opvolgend werkgeverschap indien de werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaar opvolger te zijn. De wettekst laat met de woorden ‘redelijkerwijs’ ruimte voor een ruime uitleg op grond van de redelijkheid en

⁷⁰ Ktr. Almelo 27 augustus 2014, *JAR* 2014/285 (*Mood For Magazines*). De kantonrechter besteedt aan de verandering in locatie slechts aandacht bij de beoordeling van het inzichtsvereiste.

⁷¹ Ktr. Heerlen 2 november 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BW8463 (*Specsavers*).

⁷² Dit was het geval in Ktr. Arnhem 26 juni 2012, *RAR* 2012/139 (*Royal Roofing Materials BV*).

⁷³ HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000/698 m.nt. Ma, *JOR* 2000/238 m.nt. De Witt Wijnen (*Rainbow*).

billijkheid. Voornoemde situaties kunnen via deze weg alsnog binnen het bereik van het opvolgend werkgeverschap worden gebracht.

Een zelfde ruime uitleg leest men terug in de rechtspraak inzake het vaststellen van de A-factor uit de kantonrechttersformule. Kantonrechtters tellen bij een wijziging van werkzaamheden dienstverbanden bij andere concernonderdelen mee indien het beleid van het concern specifiek is gericht op een flexibele inzet en het concern de contractswissel expliciet heeft geïnitieerd.⁷⁴ Vanaf 1 juli 2015 komt de kantonrechttersformule te vervallen. De werknemer krijgt vanaf die datum bij einde dienstverband recht op een transitievergoeding waarbij de wet expliciet vermeldt dat dienstjaren uit eerdere dienstverbanden meetellen bij opvolgend werkgeverschap (art. 7:673 lid 4 (b) BW). De oude rechtspraak behoudt evenwel haar waarde voor de situatie dat de arbeid een wijziging ondergaat. Ook dan pleit ik bij een overplaatsing op basis van employabilitybeleid voor een ruime uitleg van de wettekst op basis van de redelijkheid en billijkheid.

3.3.3. *Het al dan niet hebben van inzicht*

In 1986 introduceerde de Hoge Raad in het kader van de proeftijd als aanvullende eis voor opvolgend werkgeverschap 'het hebben van inzicht in de hoedanigheid en vaardigheid van de werknemer'.⁷⁵ Achterliggende gedachte is dat de proeftijd als doel heeft partijen aan elkaar te laten wennen. Daarbij past dat de regeling inzake proeftijd bij gelijkblijvende werkzaamheden slechts opzij kan worden gezet indien de nieuwe werkgever dat inzicht al heeft verkregen. In het arrest *Tuinen/Van Wolters* uit 2012 sloot de Hoge Raad bij deze rechtspraak aan met betrekking tot het opvolgend werkgeverschap in de ketenregeling.⁷⁶ Uit de nadien gepubliceerde rechtspraak bleek dat het hebben van inzicht in concernverhoudingen vrij snel werd aangenomen bij toepassing van de ketenregeling. In een casus die leidde tot het arrest van het Gerechtshof Leeuwarden uit 2012 verrichtte de werknemer via een uitzendconstructie werkzaamheden bij de dochtervennootschap om vervolgens bij de moedervernootschap in dienst te treden. Volgens het Hof was aan het inzichtsvereiste voldaan omdat de moeder door de ervaringen van haar 100 procent dochter inzicht had in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer.⁷⁷ Aan het inzichtsvereiste was volgens de Kantonrechter Almelo in de door mij al eerder genoemde uitspraak uit 2014 voldaan vanwege de constructie van een joint-venture in samenhang met het feit dat de moeder (de oude werkgever) 100 procent van de aandelen hield in de dochter (de nieuwe werkgever).⁷⁸

Het is de vraag of de rechtspraak bij de beoordeling van het inzichtsvereiste niet te snel door de vennootschapsstructuren heen brak. Ik laat deze vraag rusten. Hij doet er na 1 juli 2015 niet meer

⁷⁴ Ktr. Roermond 27 januari 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BL1876. Ook bij een nauwe verbondenheid tussen de verschillende concernonderdelen wordt bij vaststelling van de A- dan wel C-factor wel eens belang gehecht aan eerdere dienstverbanden in groepsverband, zie Ktr. Alphen aan den Rijn 5 juli 2005, *JAR* 2005/254; Ktr. Eindhoven 15 juni 2005, *JAR* 2005/180. Dit is niet het geval zonder nauwe verbondenheid en/of mobiliteitsbeleid, zie Ktr. Roermond 19 december 2003, *JAR* 2004/37; Ktr. Zwolle 14 maart 2006, *JAR* 2006/150. Over de toepassing van anciënniteit in de kantonrechttersformule meer uitgebreid R.A.C.G. Martens, 'Anciënniteit en concernverband', *Arbeidsrecht* 1997/48 en P. Kruit, 'Voorliggende dienstjaren en het bepalen van anciënniteit', *Arbeidsrecht* 2012/11.

⁷⁵ HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987/293 (*Slijkoord/Hekkema BV*).

⁷⁶ HR 11 mei 2012, *JAR* 2012/150 (*Tuinen/Van Wolters*). In de literatuur is op de aansluiting bij de proeftijddoctrine kritiek geuit. Zie S. Palm, 'De zoektocht naar de juiste interpretatie van opvolgend werkgeverschap na *Tuinen/Van Wolters*', *ArA* 2014/1, p. 16-50; J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?', *Arbeidsrecht* 2013/38.

⁷⁷ Hof Leeuwarden 26 juni 2012, *JAR* 2012/206 (*Verenigde Bedrijven Noppert BV*).

⁷⁸ Ktr. Almelo 27 augustus 2014, *JAR* 2014/285 (*Mood For Magazines*).

toe. De wetgever heeft in de Wwz uitdrukkelijk opgenomen dat het opvolgend werkgeverschap in de ketenregeling geen inzicht vereist in de hoedanigheden en vaardigheden van de werknemer (art. 7:668a lid 2 BW).⁷⁹ Dit lijkt mij een juiste keuze, zeker wat concernverhoudingen betreft. Richtlijn 1999/70/EG inzake bepaalde tijdscontracten heeft tot doel de gelijke behandeling van werknemers met arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te waarborgen en misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten te voorkomen.⁸⁰ Richtlijn 1999/70/EG kent geen bepaling inzake het opvolgend werkgeverschap, maar legt op de lidstaten in clause 5 onder 2 (a) de plicht – ter voorkoming van misbruik – te bepalen onder welke voorwaarden arbeidsovereenkomsten als ‘opeenvolgend’ worden beschouwd. Uit de rechtspraak blijkt het grote belang dat het Hof van Justitie toekent aan het feit dat de arbeid dezelfde is gebleven. Illustratief is het arrest *Adeler* uit 2006.⁸¹ Het ging in deze uitspraak om bepaalde tijdscontracten aangegaan met dezelfde werkgever, maar de uitspraak maakt in het algemeen duidelijk dat van misbruik sprake kan zijn indien jaren achtereenvolgens voor dezelfde arbeid bepaalde tijdscontracten zijn aangegaan. Die gedachte geldt net zo goed indien de werknemer te maken heeft met verschillende werkgevers. Ter voorkoming van misbruik is bij het opvolgend werkgeverschap dan ook terecht aangesloten bij de gelijkblijvende arbeid. Dat de nieuwe werkgever geen inzicht heeft in de vaardigheden en hoedanigheden van de werknemer heeft niets van doen met het doel waarop Richtlijn 1999/70/EG is gebaseerd en hoort als eis niet in de ketenregeling thuis.

Met de verruiming van het opvolgend werkgeverschap in de ketenregeling handelt de Nederlandse wetgever ook niet in strijd met de vrijheid van ondernemerschap zoals vastgelegd in art. 16 EU-Handvest. Richtlijn 1999/70/EG treft een balans tussen de behoefte van werkgevers (tot een flexibele inzet van personeel) en de bescherming van werknemers (niet te lang leven in onzekerheid),⁸² zodat niet alleen de beschermingsgedachte maar ook de ondernemersvrijheid aan de richtlijn ten grondslag ligt. Ook de vrijheid van ondernemerschap is aldus een te rechtvaardigen belang. Echter, de ketenregeling legt op de nieuwe werkgever geen plicht de werknemer in dienst te nemen. De werkgever behoudt zijn contracts- en daarmee zijn ondernemersvrijheid. Op dit punt verschilt de situatie wezenlijk van de kwestie die speelde in het arrest *Parkwood* uit 2013.⁸³

3.3.4. Afwijking bij cao: strijd met Europees recht?

De Wwz maakt het vanaf 1 juli 2015 mogelijk van het opvolgend werkgeverschap in de ketenregeling af te wijken bij cao (art. 7:668a lid 6 BW). De mogelijkheid bestaat thans ook. De uitzonderingsmogelijkheid is onder het huidige recht breder en omvat tevens een ongeclausuleerde afwijkingsmogelijkheid ten aanzien van de duur en het aantal contracten voor bepaalde tijd. In de

⁷⁹ Dit geldt ook voor het soortgelijke begrip in de bepaling van de transitievergoeding.

⁸⁰ Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, De UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *PbEG* 1999, L 175/43.

⁸¹ HvJEG 4 juli 2006, *JAR* 2006/175 m.nt. Verhulp (*Adeler*).

⁸² Dit volgt uit overweging 6 van de preambule bij Richtlijn 1999/70/EG.

⁸³ HvEU 18 augustus 2013, *JAR* 2013/216 m.nt. Beltzer (*Parkwood*). Het arrest leert dat ook Richtlijn 2001/23/EG naast de werknemersbescherming is gestoeld op de vrijheid van ondernemerschap. In *Parkwood* was wel sprake van een schending. In deze zaak kreeg de verkrijger de werknemers op basis van Richtlijn 2001/23/EG van rechtswege in dienst. Het Hof van Justitie oordeelde dat het incorporatiebeding in de overgegangene arbeidsovereenkomsten statisch moest worden uitgelegd omdat de verkrijger geen mogelijkheden had partij te zijn bij de cao-onderhandelingen. Een dynamische uitleg van het incorporatiebeding was in strijd met de onderhandelingsvrijheid van de overnemende partij en daarmee zijn ondernemersvrijheid.

lagere rechtspraak is het ongeclausuleerd afwijken van het aantal contracten niet legitiem geacht.⁸⁴ Dat lijkt mij juist. Het gebruik van bepaalde tijdscontracten moet worden gerechtvaardigd door (i) een beperking van de duur, (ii) een beperking van het aantal of (iii) een objectieve rechtvaardiging. Een ongeclausuleerde mogelijkheid tot afwijking voldoet aan geen van de drie criteria en is daarom in strijd zijn met de doelstelling van Richtlijn 1999/70/EG. De regering onderschrijft deze stelling en staat onder de Wwz het ongeclausuleerd afwijken van de duur en het aantal contracten niet langer toe. Behouden is de mogelijkheid af te wijken van het opvolgend werkgeverschap. In de parlementaire stukken is niet aangegeven hoe deze afwijkmogelijkheid zich verhoudt tot Richtlijn 1999/70/EG. Het lijkt erop dat het kabinet met betrekking tot het opvolgend werkgeverschap geen problemen ziet.

In mijn visie staat de afwijking van het opvolgend werkgeverschap bij cao op gespannen voet met Richtlijn 1999/70/EG. Zoals gezegd, kent Richtlijn 1999/70/EG geen expliciete bepaling inzake het opvolgend werkgeverschap, maar verplicht clause 5 onder 2 (a) de lidstaten te bepalen onder welke voorwaarden arbeidsovereenkomsten als ‘opeenvolgend’ worden beschouwd. De bepaling moet misbruik van bepaalde tijdscontracten voorkomen. Misbruik ligt evenwel op de loer als de toepasselijke cao toestaat dat arbeidsovereenkomsten van werknemers bij verschillende werkgevers – bijvoorbeeld in concernverband – voor de keten niet meetellen, terwijl wezenlijk dezelfde arbeid wordt verricht. De bepaling maakt geschuif met werknemers mogelijk tussen vennootschappen behorend tot hetzelfde concern met geen ander doel dan het voorkomen van een vast dienstverband. De uitkomst staat bovendien haaks op de rechtvaardiging die de regering noemt voor de verruiming van het opvolgend werkgeverschap in art. 7:668a lid 2 BW. Het vereiste van inzicht wordt geschrapt om te voorkomen dat misbruik via draaideurconstructies mogelijk is, terwijl de draaideurconstructie via een achterdeur nu alsnog tot de mogelijkheden behoort.

Wat geldt als de cao het opvolgend werkgeverschap in een bepaalde branche of in concernverhoudingen uitsluit van de ketenregeling? Zoals bekend, hebben richtlijnen geen directe horizontale werking. Het Hof van Justitie overwoog in het arrest *Marshall* dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichten aan particulieren oplegt en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet jegens een particulier kan worden ingeroepen.⁸⁵ Wel rust op rechters de verplichting het nationale recht zo veel mogelijk uit te leggen in het licht van de richtlijn. De bewoordingen van art. 7:668a lid 6 BW laten ruimte voor een restrictieve interpretatie van de wettelijke mogelijkheid bij cao af te wijken van het opvolgend werkgeverschap. Het bij cao uitsluiten van het opvolgend werkgeverschap (bijvoorbeeld in concernverband) is mijns inziens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (want in strijd met Richtlijn 1999/70/EG) en moet daarom buiten toepassing blijven. Het is wel mogelijk het opvolgend werkgeverschap bij cao beperkter uit te leggen in die zin dat situaties die geen misbruik opleveren buiten het bereik van de ketenregeling vallen. Ik denk bijvoorbeeld aan een doorstart in faillissement.

3.4. Behoud van anciënniteit bij nieuwe arbeidsovereenkomst: beloning

⁸⁴ Ktr. Utrecht 18 december 2013, *JAR* 2014/43 (*KNVB Zeist*); Hof Amsterdam 26 juli 2007, *JAR* 2007/243 (*Koninklijk Concertgebouworkest*) en in een ietwat andere context Hof Leeuwarden 26 september 2007, *JAR* 2007/267 (*Vereniging Agrarische Bedrijfsverzorging UA*).

⁸⁵ Het Hof van Justitie heeft met betrekking tot clause 5 van Richtlijn 1999/70/EG tevens een directe werking in verticale verhouding uitgesloten met als reden dat de bepaling niet duidelijk en concreet genoeg was. Zie HvJEG 15 april 2008, *JAR* 2008/130 (*Impact*).

In het contractenrecht staan de partijautonomie en de contractsvrijheid voorop. Deze beginselen strekken zich uit tot de inhoud van de arbeidsovereenkomst. Het gaat om de vrijheid inhoudelijk te kunnen contracteren wat men wil, ook met betrekking tot de beloning. Bij een overplaatsing komt een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand en zullen partijen in de regel nieuwe afspraken maken over de voornaamste arbeidsvoorwaarden. De werknemer zal tevens vaak vallen onder een andere cao met een eigen beloningssystematiek. Nu zal in de praktijk de werknemer er qua loon niet snel op achteruitgaan. Al was het maar omdat hij anders niet instemt met de contractswissel. Soms heeft de werknemer echter weinig keus. Dat speelt bij een doorstart in faillissement, maar ook bij opvolgende bepaalde tijdscontracten met verschillende concernonderdelen. Is de nieuwe werkgever in die situaties geheel vrij in zijn beslissing om de eerdere diensttijd in concernverband al dan niet mee te wegen bij het vaststellen van loon? Het antwoord luidt: vaak wel, soms niet.

Ten aanzien van het component loon ontbreekt een wettelijke regeling inzake het opvolgend werkgeverschap. Onder omstandigheden biedt de hiervoor besproken Richtlijn 1999/70/EG de werknemer mogelijkheden. Clausule 5 dwingt niet tot conversie van een tijdelijk contract in een vast contract, maar enkel tot het treffen van doeltreffende en afschrikwekkende maatregelen tegen misbruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Is evenwel gekozen voor conversie als passende sanctie - zoals in Nederland - dan rijst de vraag of dezelfde arbeidsvoorwaarden hebben te gelden. Het Hof van Justitie oordeelde in een Franse zaak uit 2012 dat clause 5 er niet toe dwingt een werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd onder precies dezelfde voorwaarden aan te bieden. Wel verbiedt clause 5 de (nieuwe) werkgever bij een ongewijzigde voortzetting van de taken en de aard van de functie de voornaamste clausules uit de vorige overeenkomst (die voor bepaalde tijd) niet wezenlijk te veranderen in een voor de werknemer globaal minder gunstige zin. Gebeurt dat wel, dan worden de doelstellingen van de richtlijn teveel geweld aangedaan aldus het Hof.⁸⁶

De vraag met wie is gecontracteerd doet niet ter zake. Het beslissende criterium is de gelijkblijvende arbeid bij de conversie van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd naar onbepaalde tijd. De rechtspraak van het Hof biedt een werknemer aldus ook handvatten als hij met een ander concernonderdeel een dienstverband aangaat. Uit het arrest moet echter niet worden afgeleid dat de nieuwe werkgever bij de salariëring eerder verworven anciënniteit moet erkennen. Het Hof overweegt slechts dat de werknemer bij het aangaan van het contract voor onbepaalde tijd er niet wezenlijk op achteruit mag gaan indien de taken en aard van de functie dezelfde blijven. In dat opzicht doet de overweging denken aan het oordeel van het Hof van Justitie inzake het eerder besproken arrest *Scattolon* (par. 3.2.). Bij gelijkblijvende arbeid verzette de beschermingsgedachte van Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van onderneming zich ertegen dat de werknemer een wezenlijk salarisverlies onderging omdat met de anciënniteit opgebouwd bij de vervreemder geen rekening werd gehouden. In beide zaken hecht het Hof belang aan de gelijkblijvende arbeid en rechtvaardigt hij op die grond een beperking in de (collectieve) onderhandelingsvrijheid van de nieuwe werkgever.

Gaat het om opeenvolgende contracten voor onbepaalde tijd, dan biedt het arrest uit 2012 de werknemer geen handvatten. De situatie valt buiten het bereik van Richtlijn 1999/70/EG. Hetzelfde geldt bij een wijziging van de arbeid. Welke mogelijkheden heeft de werknemer dan? De werknemer kan erkenning van zijn anciënniteit niet afdwingen met een beroep op een van de discriminatiegronden, zoals leeftijd, geslacht, ras, religie en sekse. Het Hof van Justitie overwoog in

⁸⁶ HvJEU 8 maart 2012, JAR 2012/117 (*Huet/Université de Bretagne*).

het arrest *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt* uit 2012 dat het buiten toepassing laten van beroepservaring verworven bij een ander tot hetzelfde concern behorende werkgever niet leidt tot een verboden onderscheid op grond van leeftijd.⁸⁷ Voor de werknemer liep het al spaak bij de vraag of sprake was van discriminatie. Het onderscheidende criterium was direct noch indirect gebaseerd op de leeftijd van werknemers en had op generlei wijze van doen met een op leeftijd verband houdend feit.

Het algemeen gelijkloonbeginsel biedt de werknemer evenmin soelaas. De wetgeving kent geen regel die ongelijke beloning op onbenoemde gronden – zoals het niet meetellen van eerdere dienstverbanden in groepsverband – verbiedt.⁸⁸ Dit leert het Hoge Raad arrest *Parallel Entry/KLM* uit 2004. De belangenvereniging *Parallel Entry* stelde dat bij de overstap naar het concernonderdeel KLM de gehele senioriteit van KLC-vliegers moest worden erkend bij bepaling van het loon. De Hoge Raad overwoog dat aan het rechtsbeginsel ‘gelijk loon voor gelijke arbeid’ een zwaar gewicht toekomt. Het rechtsbeginsel moet evenwel naast de andere omstandigheden van het geval worden betrokken in de afweging of de werkgever in de gegeven omstandigheden handelt in strijd met de eisen van goed werkgeverschap. Dat was in *Parallel Entry/KLM* niet het geval. De objectieve rechtvaardiging was gelegen in de afwijkende arbeid die de KLC-vliegers bij het andere concernonderdeel hadden verricht en het feit dat de beperkte overname van senioriteit bij cao was vastgelegd.

Maar ook bij gelijke arbeid, acht ik de kans op succes gering. Anders dan bij de benoemde persoonsgebonden discriminatiegronden staat in de toetsingsmaatstaf bij de onbenoemde gronden niet het gelijkloonbeginsel, maar de contractsvrijheid voorop. Zelfs indien de werkgever geen rechtvaardiging voor het loononderscheid heeft (zoals geldt bij gelijke arbeid), kan de ongelijke beloning op grond van de overige omstandigheden zijn toegestaan. De rechtspraak leert dat de contractsvrijheid doorgaans prevaleert. Ook in een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam uit 2014 moest het cabinepersoneel zijn anciënniteit inleveren bij een overstap in concernverband.⁸⁹

Met het oog op een flexibele inzet komt het in concernverband overigens regelmatig voor dat expliciet is vastgelegd dat (een deel van de) anciënniteit opgebouwd bij andere concernonderdelen mee overgaat, ongeacht de vraag of de arbeid dezelfde is gebleven. Dat was ook het geval in de zaak die leidde tot het arrest *Parallel Entry/KLM*. In lijn met het arrest *Danfoss* van het Hof van Justitie meen ik dat de werkgever vrij is eerdere werkervaring bij het vaststellen van de beloning te betrekken zonder dat hij de relevantie daarvan hoeft aan te tonen voor de uitoefening van de huidige werkzaamheden.⁹⁰ Net als beroepservaring opgedaan bij de eigen werkgever stelt ook beroepservaring opgedaan bij een andere werkgever de werknemer in staat zijn werkzaamheden beter te verrichten. Uiteraard geldt dat toepassing van het criterium geschikt moet zijn voor het

⁸⁷ HvJEU 7 juni 2012, *JAR* 2012/191 (*Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt GmbH*). Werkervaring opgedaan bij een vorige werkgever kan wel relevant zijn na overgang van onderneming (zie hiervoor par. 3.2.). Dit aspect werd - ondanks het feit dat de kwestie een juridische fusie betrof - in deze zaak niet opgeworpen.

⁸⁸ Voor een uiteenzetting van het gelijkloonbeginsel in algemene zin verwijs ik naar mijn artikel ‘Gelijke beloning voor gelijke gevallen: van hard naar zachter’, in: C.J. Jansen & L.G. Verburg, *Onderneming en beloning*, Deventer: Kluwer 2014, p. 275-304.

⁸⁹ Ktr. Amsterdam 17 maart 2014, *JAR* 2014/91 (*Stichting Cabinebelangen/KLM*). In deze zaak besloot Martinair te stoppen met de resterende passagedivisie en trad het volledige cabinepersoneel bij KLM in dienst. De kantonrechter oordeelde dat van een overgang van onderneming geen sprake was en daarom op KLM geen plicht rustte de eerder opgedane anciënniteit in concernverband te erkennen bij de bepaling van het loon.

⁹⁰ HvJEG 17 oktober 1989, zaak C-109/88 (*Danfoss*).

beoogde doel. Zo mag eerder werk als zelfstandige of onbetaalde werkervaring niet worden ondergewaardeerd⁹¹ en moet de werkgever kunnen uitleggen waarom de eerdere werkervaring van een man wel maar van een vrouw niet is meegenomen bij het bepalen van het salaris.⁹² De werkgever kan evenmin onderscheid maken tussen dienstverbanden bij nationale en buitenlandse onderdelen van het concern. Het Hof van Justitie overwoog in een Oostenrijkse zaak uit 2013 dat een dergelijk onderscheid strijd oplevert met het recht op vrij verkeer van werknemers (art. 45 VWEU).⁹³

4. Ter afsluiting: vereist het concern een wettelijke arbeidsrechtelijke basis?

Niet zelden zullen werknemers in dienst bij een werkgever die onderdeel uitmaakt van een groep tijdens hun carrière een dienstverband aangaan met een ander concernonderdeel. De consequenties zijn groot. Het lot van de werknemer is na de contractswissel verbonden aan een nieuwe werkgever; de werknemer krijgt te maken met een andere debiteur en kan in beginsel slechts deze vennootschap aanspreken op de verplichtingen uit zijn arbeidsovereenkomst. In het arbeidsrecht geldt de enkelvoudige vennootschap als prototype werkgever. Het concern dwingt de rechtspraak tot een bijzondere uitleg van de arbeidsrechtelijke regels. Anders dan bij indiensttreding bij een externe partij, zullen de betrokken concernvennootschappen (oorspronkelijke werkgever, nieuwe werkgever en eventueel de holding) hun gedrag doorgaans op elkaar hebben afgestemd. Er moet voor worden gewaakt dat de concernleiding de werknemer via een contractswissel van zijn arbeidsrechtelijke bescherming kan beroven.

Ik zie de oplossing niet in een of meer wettelijke bepalingen specifiek toegespitst op een contractswissel in concernverband. De centrale leiding die wordt uitgevoerd verschilt sterk per concern. Het concern is geen absoluut begrip. Zelfs in hetzelfde concern kan de mate van autonomie van de ene dochter sterk verschillen van die van een andere dochter. Wordt het concern exact gedefinieerd, dan biedt dat mogelijkheden de onderneming in een vorm te gieten die niet net aan de definitie beantwoordt. Daarom is een benadering via de redelijkheid en billijkheid zo aantrekkelijk. Aan de arbeidsrechtelijk norm wordt een eigen op het betreffende concern toegespitste interpretatie gegeven. Mijn onderzoek toont aan dat de arbeidsrechtelijke regels zich hiertoe goed lenen en de rechtspraak zich ook van deze techniek bedient. Het bestaan van een concernverhouding en de eenheid van de groep worden rechtens erkend om de uitkomst van bepaalde regels te mitigeren. Feitelijke en economische elementen zoals een financiële verstrengeling, een frequente uitwisseling van personeel en materiaal, dezelfde leiding en/of het uitvoering geven aan een concern breed mobiliteitsbeleid maken dat rechters de economische werkelijkheid boven de juridische constructie laten prevaleren. Het heeft dan ook mijn voorkeur juridische problemen die concerns oproepen bij een contractswissel in concernverband zoveel mogelijk aan te pakken via algemeen geldende regels en de daarop gebaseerde jurisprudentie.

5. Stellingen

- 1) Een contractswissel die tot stand komt op basis van een mobiliteitsclausule leidt tot een nieuwe arbeidsovereenkomst met een ander concernonderdeel. De beperkte wilsvrijheid aan de kant

⁹¹ Rb. Amsterdam 24 november 1999, *JAR* 2000/25 (*Van den Bergh/ROC Zadkine*).

⁹² Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 maart 2013, *JAR* 2013/106 (*Stichting Traject*).

⁹³ HvJEU 5 december 2013, *JAR* 2014/37 (*Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken*). Zie HvJEG 30 september 2003, *JAR* 2004/52 (*Köbler*) en HvJEG 30 november 2000, *JAR* 2001/97 (*Österreichischer Gewerkschaftsbund*).

van de werknemer rechtvaardigt evenwel dat ook bij een wijziging van werkzaamheden de wettelijke regels van het opvolgend werkgeverschap op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijn.

- 2) De redelijkheid en billijkheid bieden via de algemeen geldende regels afdoende mogelijkheden om bij contractswissel binnen concernverband rekening te houden met het concern als economische entiteit.