

Opvolgend werkgeverschap opgehelderd

MARCEL DE VRIES

De Hoge Raad heeft recent verduidelijkt hoe de transitievergoeding en opzegtermijn moeten worden berekend indien er sprake is van opvolgend werkgeverschap. Dient de opvolgende werkgever dan uit te gaan van de ingangsdatum van de voorafgaande arbeidsovereenkomst?

Opvolgend werkgeverschap kan aan de orde zijn indien tussen een werknemer en juridisch verschillende werkgevers opvolgende arbeidsovereenkomsten worden gesloten. Deze verschillende werkgevers moeten ten aanzien van de verrichte arbeid dan wel redelijkerwijs als elkaars opvolger kunnen worden beschouwd. Dit speelt onder meer een rol bij de ketenregeling voor arbeidscontracten voor bepaalde tijd. De wet bepaalt dat indien bij 'opvolgende arbeidsovereenkomsten' voor bepaalde tijd in totaal een periode van meer dan 24 maanden (inclusief tussenpozen van niet meer dan zes maanden) is verstreken, de laatste arbeidsovereenkomst na 24 maanden ook van rechtswege wordt omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Dit zorgt ervoor dat een periode die de werknemer via een uitzendbureau of een andere groepsvennootschap heeft gewerkt doorgaans als opvolgende arbeidsovereenkomst moet worden meegenomen in de ketenregeling, en er aldus eerder sprake kan zijn van een arbeidscontract voor onbepaalde tijd. De wetgever heeft beoogd de werknemer te beschermen tegen constructies waarbij een nieuwe (opvolgende) arbeidsovereenkomst met steeds een nieuwe formele werkgever wordt gesloten, terwijl het werk niet verandert en/of tussen de verschillende werkgevers zeer nauwe banden bestaan. Naast de ketenregeling voor arbeidscontracten voor bepaalde tijd, speelt opvolgend werkgeverschap ook onder meer bij de proeftijd, de toepassing van het afspiegelingsbeginsel bij reorganisatie, de berekening van de opzegtermijn en de berekening van de transitievergoeding. Op de laatste twee punten heeft de Hoge Raad recent verduidelijkt hoe omgegaan moet worden met opvolgend werkgeverschap.

criterium opvolgend werkgeverschap

Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (WWZ) is er het nodige veranderd ten aanzien van het opvolgend werkgeverschap. Tot 1 juli 2015 gold het zogeheten 'zodanige banden'-criterium, op basis van het arrest Van Tuinen/Wolters. Van opvolgend werkgeverschap was pas sprake indien enerzijds de nieuwe arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist en anderzijds tussen de oude en de nieuwe werkgever 'zodanige banden' bestaan dat het door de vorige werkgever verkregen inzicht in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer in redelijkheid kan worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. Vanaf 1 juli 2015 geldt dit 'zodanige banden' criterium niet meer, omdat aan de wettelijke bepalingen met betrekking tot de ketenregeling van arbeidscontracten voor bepaalde tijd en de transitievergoeding is toegevoegd: 'ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer'. Hierdoor is er eerder sprake van opvolgend werkgeverschap.

Berekening transitievergoeding

In oktober 2018 heeft de Hoge Raad nadere duidelijkheid verschaft over de vraag welk criterium gehanteerd moet worden bij de berekening van de transitievergoeding indien sprake is van opvolgend werkgeverschap, die voor de inwerkingtreding van de WWZ heeft plaatsgevonden. Een werkneemster werkte vanaf 1 februari 2012 als hulp in de huishouding voor Tzorg. Daarvoor was zij van 15 december 1997 tot 1 juli 2008 werkzaam geweest voor Stichting Flevohuis, en vanaf 1 juli 2008 tot 1 februari 2012 voor Stichting Zorggroep Amsterdam-Oost. Na verkregen toestemming van het UWV heeft Tzorg de arbeidsovereenkomst met haar opgezegd wegens langdurige arbeidsongeschiktheid per 22 mei 2016, onder toekenning van een

transitievergoeding die berekend was over de periode van indiensttreding per 1 februari 2012. De werkneemster claimt in rechte een transitievergoeding berekend over de periode vanaf indiensttreding per 15 december 1997, omdat er volgens haar sprake is van opvolgende werkgevers. De vraag rijst hoe werkgeverswisselingen die hebben plaatsgevonden voor 1 juli 2015 (ingangsdatum WWZ) moeten worden beoordeeld: op basis het soepelere WWZ-criterium zoals hiervoor beschreven of op basis van het strengere criterium op basis van het arrest Van Tuinen/Wolters dat vóór 1 juli 2015 gold?

De Hoge Raad oordeelt dat het laatste het geval is en dat werkgeverswisselingen van vóór 1 juli 2015 langs de maatstaf van het arrest Van Tuinen/Wolters moeten worden gelegd. Voor de berekening van de dienstjaren in het kader van de transitievergoeding zal bij een werkgeverswissel van vóór 1 juli 2015 derhalve niet alleen sprake moeten zijn van een nieuwe arbeidsovereenkomst die wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, maar ook dat tussen de nieuwe en vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

Berekening opzegtermijn

In het arrest van de Hoge Raad van 30 november 2018 ging het om de vraag of bij opvolgende arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, in geval van opvolgend werkgeverschap, bij de berekening van de duur van de opzegtermijn rekening moet worden gehouden met de voorgaande arbeidsovereenkomst(en) van de werknemer, of dat enkel gekeken moet worden naar de op het moment van ontslag geldende arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

De werkneemster was sinds juli 1992 in dienst van Rucanor (Europe) BV, en na naamswijziging bij de vennootschap SSE. Eind februari 2013 wordt SSE failliet verklaard. Het lijkt erop dat de arbeidsovereenkomst van de werkneemster door de curator rechtsgeldig is opgezegd. SSE maakt vervolgens een doorstart onder de naam ESS, waar de werkneemster een maand na het faillissement, per 1 april 2013, haar werkzaamheden als Medewerkster Logistieke Administratie weer voortzet. In mei 2016 vraagt ESS in het kader van een reorganisatie toestemming aan het UWV om de arbeidsovereenkomst met de werkneemster op te zeggen. Nadat toestemming voor opzegging is verleend, zegt ESS de arbeidsovereenkomst op met inachtneming van een opzegtermijn van één maand, hierbij enkel rekening houdend met de laatste arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vanaf 1 april 2013. De werkneemster claimt in een juridische procedure (onder meer) een vergoeding wegens onregelmatige opzegging, en stelt hierbij dat voor de berekening van de opzegtermijn rekening moet worden gehouden met de dienstjaren vanaf juli 1992. De werkneemster stelt dat ESS als opvolgend werkgever moet worden gezien, onder

meer omdat zij daar dezelfde functie, taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden had als bij SSE.

De werkgever stelt zich op het standpunt dat sprake was van twee opvolgende arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd. De ketenregeling van art. 7:668a BW, dat onder meer bepalingen bevat over opvolgend werkgeverschap, is volgens de werkgever dan niet van toepassing, omdat hiervoor nodig is dat sprake is van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

De Hoge Raad valt in haar oordeel terug op de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:668a BW, en wijst erop dat het niet de bedoeling is geweest om arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd buiten beschouwing te laten. Volgens de Hoge Raad dient bij de berekening van de opzegtermijn daarom rekening te worden gehouden met de ingangsdatum van de eerste arbeidsovereenkomst.

Conclusie

Het is goed dat de Hoge Raad helderheid heeft verschaft over de berekening van de transitievergoeding en opzegtermijn in geval van opvolgend werkgeverschap. Bij de berekening van de transitievergoeding moet bij een werkgeverswissel die heeft plaatsgevonden vóór 1 juli 2015 nog steeds de maatstaf van het arrest Van Tuinen/Wolters worden gehanteerd, en is het strengere 'zodanige banden-criterium' nog van toepassing. Een werkgeverswissel na 1 juli 2015 kan eerder aangemerkt worden als opvolgend werkgever, omdat 'slechts' nodig is dat de nieuwe arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist. Bij de berekening van de opzegtermijn zal, indien sprake is van opvolgend werkgeverschap, van de ingangsdatum van de eerste arbeidsovereenkomst moeten worden uitgegaan, ook indien de werknemer bij de nieuwe werkgever werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Kortom, bij werkgeverswisselingen moet de nieuwe werkgever alert blijven op het arbeidsverleden van de werknemer!

Bronnen

Wet: art. 7:668a, 7:672, 7:673 BW

Jurisprudentie: HR 11-05-2012, 10/05466 (ECLI:NL:HR:2012:BV9603); HR 30-11-2018, 17/05566 (ECLI:NL:HR:2018:2222); HR 12-10-2018, 17/05013 (ECLI:NL:HR:2018:1909)



Over de auteur



mr. M.A. de Vries
Pallas Advocaten, www.pallasadvocaten.nl