

153

Kantonrechter Rechtbank Midden-Nederland
zp Amersfoort

25 mei 2016, nrs. 4960654 AE VERZ 16-39,
4960685 AE VERZ 16-40 LH/1040,
ECLI:NL:RBMNE:2016:2901
(mr. Heuveling van Beek)
Noot mr. drs. A.M. Helstone

**Overgang concessie. Wisseling van werkgever.
Vorige werkgever verplicht tot betalen transi-
tievergoeding.**

[BW art. 7:668a, 7:673]

De werknemers zijn tot en met 31 december 2015 bij Hoektax in dienst geweest als chauffeur voor gemiddeld 35 uren per week. In de loop van 2015 heeft de concessiehouder de overeenkomst met Hoektax beëindigd en het taxivervoer gegund aan Connexxion. Hoektax heeft de arbeidsovereenkomsten vervolgens met toestemming van het UWV opgezegd. Met ingang van 1 januari 2016 zijn de werknemers, na een sollicitatieprocedure, bij Connexxion in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor zes maanden voor gemiddeld 15 uur per week. De werknemers maken jegens Hoektax aanspraak op de transitievergoeding. Hoektax stelt deze niet verschuldigd te zijn. De kantonrechter stelt vast dat partijen het erover eens zijn dat geen sprake is geweest van een overgang van onderneming. Het beroep van Hoektax op opvolgend werkgeverschap faalt. Ook als Connexxion opvolgend werkgever zou zijn, is Hoektax verplicht om de transitievergoeding te betalen over de periode dat de werknemers bij haar in dienst zijn geweest. Bij de opbouw van de transitievergoeding heeft de bescherming van het werknemersbelang voorop gestaan. Daarmee strookt niet dat een werknemer bij een werkgeverswisseling zijn recht op een transitievergoeding jegens de aanvankelijke werkgever (deels) zou verliezen, omdat de opvolgend werkgever bij ontslag een lagere transitievergoeding verschuldigd is dan zijn voorganger, bijvoorbeeld omdat sprake is van

minder uren werk of een lager loon. Het feit dat de werknemers bij Connexxion in dienst zijn getreden, betekent evenmin dat gezegd kan worden dat de beëindiging van hun arbeidsovereenkomsten bij Hoektax op hun initiatief heeft plaatsgevonden. In de wetsgeschiedenis is ervan uitgegaan dat dit wel het geval is als de werknemer bij de nieuwe concessiehouder in dienst treedt en de door hem opgebouwde rechten behoudt. In onderhavig geval is daarvan echter geen sprake, nu de werknemers er door de werkgeverswisseling op achteruit zijn gegaan qua loon en tijdelijke duur van de arbeidsovereenkomst. In een dergelijk geval mogen de werknemers niet worden geconfronteerd met het verlies van (een deel van) de opgebouwde aanspraak op een transitievergoeding. Eén en ander betekent dat Hoektax de transitievergoedingen aan de werknemers dient te betalen.

NB. Als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op initiatief van de werknemer niet wordt voortgezet, is de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd. De rechtbank oordeelt dat dit een andere situatie is dan hier, waarin de werknemers bij een andere werkgever in dienst treden na overgang van een concessie. Bij opvolgend werkgeverschap mag de transitievergoeding door de nieuwe werkgever worden verminderd met het deel dat de oude werkgever heeft betaald.

1. *Werknemer 1 te (...),*
verzoekende partij in zaaknummer 4960654 AE
VERZ 16-39,
gemachtigde: mr. M.L. Boks,
en

2. *werknemer 2 te (...),*
verzoekende partij in zaaknummer 4960685 AE
VERZ 16-40,
gemachtigde: mr. M.L. Boks,
tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Hoektax BV* te Hoevelaken,
verwerende partij,
gemachtigde: mr. P.J.M. Mommers,
en

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Connexxion Taxi Services BV* te IJsselmuiden,
verwerende partij,
gemachtigde: mr. H.C. Kievit.

1. *Het verloop van de procedure*
(...; red.)

2. De vaststaande feiten

2.1. *Werknemer 1*, geboren op (...) 1953, is van 11 januari 2007 tot en met 31 december 2015 als chauffeur in dienst geweest van Hoektax, laatstelijk voor gemiddeld 35 uren per week. *Werknemer 2*, geboren op (...) 1958, is van 1 februari 2007 tot en met 31 december 2015 als chauffeur in dienst geweest van Hoektax, laatstelijk voor gemiddeld 40 uren per week. De arbeidsovereenkomsten zijn op enig moment aangegaan voor onbepaalde tijd. Op de arbeidsovereenkomsten is de CAO Taxivervoer van toepassing verklaard.

2.2. *Hoektax* heeft tot 1 januari 2016 te Hoevelaken een regionaal taxi-, groeps- en rolstoelverhuurbedrijf geëxploiteerd. In het kalenderjaar 2015 heeft *Hoektax* enkel nog gereden voor zorginstelling (...). In de loop van 2015 heeft (...) de overeenkomst met *Hoektax* beëindigd tegen 1 januari 2016 en het vervoer opnieuw aanbesteed. Na een onderhandse aanbestedingsprocedure is de opdracht met ingang van 1 januari 2016 voor de duur van drie jaren gegund aan *Connexxion*, een landelijk opererend bedrijf dat taxi- en huurauto-bedrijven doet exploiteren. In verband hiermee heeft *Hoektax* besloten haar bedrijfsactiviteiten te staken. Op 9 oktober 2015 heeft zij het UWV verzocht om toestemming in de zin van artikel 7:671a Burgerlijk Wetboek (BW) tot beëindiging van de arbeidsovereenkomsten met al haar 24 werknemers in vaste dienst, onder wie werknemer 1 en werknemer 2. Op 19 november 2015 heeft het UWV aan *Hoektax* toestemming verleend tot beëindiging van de arbeidsovereenkomsten met (onder meer) werknemer 1 en werknemer 2. Op 26 november 2015 heeft *Hoektax* vervolgens deze arbeidsovereenkomsten opgezegd tegen 31 december 2015. *Hoektax* heeft de huur van haar bedrijfsruimte beëindigd en haar wagenpark verkocht.

2.3. Na bemiddeling door *Hoektax* hebben werknemer 1 en werknemer 2 (en A) gesolliciteerd bij *Connexxion*. Met ingang van 1 januari 2016 zijn zij (en dertien van hun collega's) als chauffeur bij *Connexxion* in parttime dienst getreden. Zij worden ingezet op het personenvervoer ten behoeve van (...). De arbeidsovereenkomsten zijn aangegaan voor de bepaalde tijd van zes maanden en eindigen van rechtswege op 31 juli 2016. Artikel 1 van de arbeidsovereenkomsten bepaalt: "Deze arbeidsovereenkomst treedt met ingang van 1 januari 2016 in werking. Voor het berekenen van het aantal dienstjaren van de werknemer bij

werkgever dan wel één van haar rechtsvoorgangers, wordt de werknemer geacht in dienst te zijn getreden op 1 januari 2016 (-).” Artikel 5 lid 1 luidt: “De werknemer werkt in onregelmatige diensten gedurende 5,0 dagen per week. Per week wordt gemiddeld 15,00 uur arbeid verricht (-).” Connexxion heeft de van Hoektax overgenomen werknemers geen vaste aanstelling willen geven. Zij heeft hen voorshands ook niet voor meer dan 15 uren per week in dienst willen nemen, omdat zij “eerst meer gevoel bij de routes (wil) krijgen alvorens hogere contracten af te geven (-). Na verloop van tijd worden de contracten van de chauffeurs op de routes afgestemd. Tot die tijd worden de extra gewerkte uren als meeruren uitbetaald (-)”, aldus de regiomanager van Connexxion in een e-mail van 21 september 2015 aan Hoektax. In artikel 7 is bepaald: “Het salaris van de werknemer bedraagt (voor werknemer 1) € 2.122,38 bruto per maand (voor werknemer 2 is dit € 2.163,76 bruto per maand) bij een fulltime dienstverband. Voor de werknemer geldt een arbeidspercentage van 37,500% (-).” Op de arbeidsovereenkomsten is de CAO Taxivervoer van toepassing verklaard.

2.4. In de eerste drie maanden van 2016 hebben werknemer 1 en werknemer 2 voor Connexxion gemiddeld per week meer uren gewerkt dan het overeengekomen aantal van gemiddeld 15 uren per week, maar gemiddeld minder dan het aantal uren dat zij voor Hoektax werkten.

2.5. Connexxion heeft in november 2015 met werknemer 2 (net als met A) een vaststellingsovereenkomst (als hierboven onder 1.3. bedoeld) gesloten. “(O)m onzekerheid of een geschil over het al dan niet meetellen van de dienstjaren bij Hoek bij een eventueel te betalen transitievergoeding bij het einde van het dienstverband met Connexxion te voorkomen” is daarin bepaald dat de aan 1 januari 2016 voorafgegangene jaren niet meetellen voor de berekening van het recht op en de hoogte van een transitievergoeding.

2.6. Bij brieven van 4 respectievelijk 16 februari 2016 heeft de gemachtigde van werknemer 2 en werknemer 1 jegens Hoektax aanspraak gemaakt op de transitievergoeding in de zin van artikel 7:673 BW, berekend over de periode dat hun arbeidsovereenkomst met Hoektax tot 1 januari 2016 heeft geduurd. Volgens werknemer 1 is Hoektax hem daarom € 5.699,96 bruto verschuldigd. Volgens werknemer 2 bedraagt de hem toekomende transitievergoeding € 7.542,12 bruto.

Bij brieven van 9 respectievelijk 19 februari 2016 heeft de gemachtigde van Hoektax erkend aan werknemer 1 en werknemer 2 een transitievergoeding verschuldigd te zijn. Volgens Hoektax was de hoogte ervan voor werknemer 1 € 5.726,13 bruto en voor werknemer 2 € 7.136,13 bruto. Met een beroep op artikel 7:673c lid 2 BW jo. artikel 25 van de Ontslagregeling heeft Hoektax meegedeeld de betaling van de transitievergoedingen (vermeerderd met wettelijke rente) aan werknemer 1 en werknemer 2 te zullen spreiden over een periode van ten hoogste zes maanden na 1 februari 2016.

2.7. Werknemer 1 en werknemer 2 hebben deze termijnbetalingen afgewacht totdat de gemachtigde van Hoektax hen bij brieven van 25 maart 2016 meedeelde inmiddels te hebben vernomen dat zij op 1 januari 2016 bij Connexxion in dienst zijn getreden. Omdat werknemer 1 en werknemer 2 aldus “het werk naar CTS (hebben) gevolgd” meende Hoektax alsnog aan hen geen transitievergoeding verschuldigd te zijn.

3. De verzoeken en het daartegen gevoerde verweer

3.1. Werknemer 1 en werknemer 2 vorderen, na wijziging van hun verzoek ter zitting, primair dat Hoektax wordt veroordeeld om aan werknemer 1 een transitievergoeding van € 5.726,13 bruto en aan werknemer 2 een transitievergoeding van € 7.136,13 bruto te voldoen, beide bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente, onder gelijktijdige verstrekking van een deugdelijke bruto/netto specificatie. Tevens vorderen werknemer 1 en werknemer 2 dat Hoektax wordt veroordeeld ieder van hen een schadevergoeding van € 5.000,= te voldoen. Ten slotte vorderen werknemer 1 en werknemer 2 dat Hoektax wordt veroordeeld in de proceskosten.

3.2. Subsidiair verzoeken werknemer 1 en werknemer 2 dat voor recht wordt verklaard dat sprake is van opvolgend werkgeverschap door Connexxion in de zin van artikel 7:668a BW en dat Hoektax wordt veroordeeld om aan werknemer 1 een transitievergoeding van € 3.272,07 en aan werknemer 2 een transitievergoeding van € 4.460,08 te voldoen, beide bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente, onder gelijktijdige verstrekking van een deugdelijke bruto/netto specificatie. Ook subsidiair maken werknemer 1 en werknemer 2 ieder jegens Hoektax aanspraak

op een schadevergoeding van € 5.000,= en op veroordeling van Hoektax danwel Connexxion in de proceskosten.

3.3. Werknemer 1 en werknemer 2 leggen aan hun primaire verzoek ten grondslag dat Hoektax degene was die hun arbeidsovereenkomsten, die ten minste 24 maanden hebben geduurd, heeft opgezegd. Aan hun subsidiaire verzoek leggen werknemer 1 en werknemer 2 ten grondslag dat zij sinds 1 januari 2016 voor Connexxion dezelfde werkzaamheden verrichten als die welke zij tot dan toe voor Hoektax hebben verricht. Hoektax en Connexxion moeten daarom ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht worden elkaars opvolger te zijn. Werknemer 1 en werknemer 2 maken daarom (subsidiair) aanspraak op een pro rata transitievergoeding naar gelang het urenverlies dat zij per 1 januari 2016 hebben geleden. Dit urenverlies bedraagt voor werknemer 1 20 uren per week (35 minus 15 uren per week) en voor werknemer 2 25 uren per week (40 minus 15 uren per week). Bij een beëindiging van de arbeidsovereenkomst door Connexxion zal, ter bepaling van de alsdan door haar aan werknemer 1 en werknemer 2 verschuldigde transitievergoeding, de diensttijd die zij bij Hoektax hebben doorgebracht in elk geval voor 15 uren moeten worden meegerekend.

3.4. Voor de vordering tot betaling van een schadevergoeding baseren werknemer 1 en werknemer 2 zich op het bepaalde in artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap). Nadat Hoektax aanvankelijk de verschuldigdheid van de transitievergoeding had erkend, heeft zij deze erkenning op 25 maart 2016, kort vóór het verstrijken van de vervaltermijn van artikel 7:686a lid 4, aanhef en onder b BW, ingetrokken. Daarmee heeft zij werknemer 1 en werknemer 2 de kans ontnomen om te trachten in overleg tot een minnelijke regeling te komen en hen ertoe genoopt in allerijl bij de kantonrechter een verzoekschrift in te dienen. Daarbij hebben werknemer 1 en werknemer 2 zich gedwongen gezien ook Connexxion in rechte te betrekken. Hierdoor komt de verhouding met hun nieuwe werkgever onnodig onder druk te staan.

3.5. Hoektax betwist de vorderingen. Zij beroept zich erop dat Connexxion moet worden aangemerkt als opvolgend werkgever in de zin van artikel 7:673 lid 4, aanhef en onder b BW, nu de arbeid die werknemer 1 en werknemer 2 tot voor kort voor Hoektax hebben verricht aansluitend,

met ingang van 1 januari 2016, in dienst van Connexxion wordt verricht en de aanleiding van de overgang is gelegen in de gunning van de vervoersopdracht aan Connexxion. Hoektax verwijst in dit verband naar de parlementaire geschiedenis van artikel 7:668a lid 2 en artikel 7:673 lid 4 onder b BW (Kamerstukken II, 2013/2014, 33818, nr. 8), waarin tot uitdrukking is gebracht dat in het kader van de ketenregeling en de transitievergoeding niet (meer) het vereiste geldt dat tussen opvolgende werkgevers inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. Daarom is in het geval van een concessie of als – zoals in het onderhavige geval – een vervoersopdracht na heraanbesteding van het ene naar het andere vervoersbedrijf overgaat, waarbij de aanleiding tot de overgang aan werkgeverszijde ligt, het uitgangspunt dat de werknemer met het werk “meeverhuist” naar de nieuwe werkgever en de opbouw van de transitievergoeding doorloopt bij de nieuwe werkgever. Dat werknemer 1 en werknemer 2 in tijdelijke en parttime dienst van Connexxion zijn getreden, maakt dit niet anders.

3.6. Ook het feit dat Hoektax de arbeidsovereenkomsten heeft opgezegd staat (anders dan ingevolge artikel 7:667 lid 4 BW – de zogenoemde Ragetlie-regel – het geval is) niet aan toepassing van artikel 7:668a lid 2 en artikel 7:673 lid 4 BW in de weg. Omdat werknemer 1 en werknemer 2 hun werk naar Connexxion zijn gevolgd, is Hoektax hen geen transitievergoeding verschuldigd. Hoektax verwijst hiervoor naar de Nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II, 2013/2014, 33818, nr. 7, p. 74), de Memorie van antwoord (Kamerstukken I, 2013/2014, 33818, C, p. 14/15) en de Nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken I, 2013/2014, 33818, E, p. 6/7), waar voor de beantwoording van de vraag op wiens initiatief de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd een vergelijking is getrokken tussen enerzijds de situatie dat een uitzendkracht ervoor kiest om in dienst van de inlener te treden en daarom geen recht heeft op een transitievergoeding en anderzijds de situatie dat een opdracht na een aanbestedingsprocedure aan een andere onderneming wordt gegund en de werknemer daar een dienstverband aanvaardt. In beide gevallen is het, zo betoogt Hoektax, de bedoeling van de wetgever dat de aanvankelijke werkgever geen transitievergoeding verschuldigd is, maar moet bij een later ontslag door de opvolgende

werkgever de transitievergoeding mede worden berekend op grond van de dienstjaren vóór de overgang.

3.7. Subsidiar stelt Hoektax zich op het standpunt dat zij jegens werknemer 1 en werknemer 2 slechts een transitievergoeding verschuldigd is naar rato van hun verlies aan arbeidsuren per 1 januari 2016. Mede gezien de strekking van de transitievergoeding om “compensatie voor ontslag” te beïden, moet de onderhavige situatie op één lijn worden gesteld met een deeltijdontslag. Daarbij is niet de met Connexxion overeengekomen omvang van hun dienstverband, maar het daadwerkelijk gewerkte aantal uren, beslissend. Uit de door werknemer 1 en werknemer 2 overgelegde gegevens blijkt dat werknemer 1 in de eerste drie maanden van 2016 gemiddeld 15,8 uren per week voor Connexxion heeft gewerkt en dat werknemer 2 gemiddeld 37 uren per week voor Connexxion heeft gewerkt. Het urenverlies van werknemer 1 bedraagt dan ook 19,2 uren per week en dat van werknemer 2 bedraagt 3 uren per week.

3.8. Connexxion meent dat werknemer 1 en werknemer 2 in hun verzoek jegens haar niet-ontvankelijk zijn, omdat het door artikel 7:686a lid 3 BW vereiste verband met een op het in, bij of krachtens afdeling 9 van titel 10 BW bepaalde gebaseerd geding ontbreekt. Het tegen Connexxion gerichte subsidiaire verzoek om te verklaren voor recht dat sprake is van opvolgend werkgeverschap houdt geen verband met de – tegen Hoektax gerichte – vordering tot betaling van de transitievergoeding. Werknemer 1 en werknemer 2 hadden hun vordering tegen Connexxion dan ook bij dagvaarding moeten instellen.

3.9. Ten gronde betwist Connexxion de vordering. Van opvolgend werkgeverschap is geen sprake. Tussen haar en Hoektax bestaat geen enkele andere band dan dat zij elkaars concurrent zijn. In de onderhandse aanbestedingsprocedure, waarop de OPOV-regeling niet van toepassing was, beschikte Connexxion niet over gegevens omtrent het personeel dat in dienst van Hoektax betrokken was bij het vervoer ten behoeve van (...). Werknemer 1 en werknemer 2 (en A) hebben op eigen initiatief bij Connexxion gesolliciteerd en misbruik of omzeiling van de ketenregeling is niet aan de orde. Maar ook indien sprake zou zijn van opvolgend werkgeverschap – hetgeen Connexxion betwist – is Hoektax vanwege de aan werknemer 1 en werknemer 2 gedane opzegging van hun arbeidsovereenkomsten de transitievergoeding verschul-

digd, berekend over de tijd dat hun arbeidsovereenkomsten met Hoektax hebben geduurd. Ingevolge artikel 7:673 lid 5 BW komt die vergoeding in mindering op een eventueel door Connexxion in een later stadium aan hen verschuldigde transitievergoeding. Connexxion wijst ten slotte op de vaststellingsovereenkomst die zij met een aantal gewezen Hoektax-werknemers heeft gesloten, waarmee – voor het geval toch van opvolgend werkgeverschap sprake zou blijken te zijn – van artikel 7:673 lid 4, aanhef en onder b BW is afge- weken.

4. De beoordeling van het geschil

4.1. De kantonrechter heeft onderzocht of werknemer 1 en werknemer 2 hun verzoekschrift binnen de vervaltermijn van artikel 7:686a lid 4, aanhef en onder b BW hebben ingediend. Dat is het geval nu het verzoekschrift op 31 maart 2016 ter griffie is ontvangen.

4.2. Bij de verdere beoordeling van de verschuldigdheid van de transitievergoeding stelt de kantonrechter voorop dat partijen het er over eens zijn dat geen sprake is geweest van een overgang van de onderneming van Hoektax naar Connexxion in de zin van artikel 7:662 BW. Ook staat tussen partijen vast dat de regeling “Overgang personeel bij overgang vervoerscontracten”, de zogenoemde OPOV-regeling, opgenomen in Bijlage 3 bij de CAO Taxivervoer, niet van toepassing is, nu het vervoerscontract met (...) niet langs de weg van een openbare aanbesteding op Connexxion is overgegaan. Connexxion was daarom niet verplicht aan werknemers van Hoektax een baanaanbod te doen en het stond haar vrij om hen voor gemiddeld 15 uren per week in dienst te nemen op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

4.3. Werknemer 1 en werknemer 2 baseren hun (primaire) vordering jegens Hoektax, strekkende tot betaling van een transitievergoeding berekend over de duur van hun arbeidsovereenkomst tot 1 januari 2016, op artikel 7:673 leden 1 en 2 BW. Daarin is (voor zover hier van belang) bepaald dat de werkgever aan een werknemer een transitievergoeding verschuldigd is, indien de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en de arbeidsovereenkomst door de werkgever is opgezegd. Vast staat dat Hoektax degene is geweest die de arbeidsovereenkomsten heeft opgezegd, alsook dat werknemer 1 en werknemer 2 ten minste 24 maanden bij haar in

dienst zijn geweest. Tussen partijen is niet in geschil dat de hoogte van de wettelijke transitievergoeding, gezien de duur van het dienstverband met Hoektax, ingevolge het tweede lid van artikel 7:673 BW voor werknemer 1 € 5.726,13 bruto en voor werknemer 2 € 7.136,13 bruto zou bedragen.

4.4. Hoektax heeft zich tegen de vordering allereerst verweerd met een beroep op het gestelde opvolgend werkgeverschap van Connexxion, bij wie werknemer 1 en werknemer 2 aansluitend in dienst zijn getreden. Dit verweer faalt. Ook indien Connexxion ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht zou moeten worden de opvolger van Hoektax te zijn, rust niettemin ingevolge artikel 7:673 lid 1 BW op Hoektax de verplichting om aan werknemer 1 en werknemer 2 een transitievergoeding te betalen over de periode die zij bij haar in dienst zijn geweest. Met haar beroep op het vermeende opvolgend werkgeverschap van Connexxion in de zin van artikel 7:673 lid 4, aanhef en onder b BW miskent Hoektax dat die bepaling, ter bescherming van de belangen van de werknemer die met een werkgeverswisseling te maken krijgt, slechts een voorziening treft voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst, zoals bedoeld in de leden 1 en 2. Ingeval van opvolgend werkgeverschap in de zin van dit vierde lid wordt, zowel ter beantwoording van de vraag of aan de vereiste minimumduur van het dienstverband (in lid 1 gesteld op 24 maanden) is voldaan als bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding (met toepassing van het tweede lid), de duur van de beide elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden opgevolgd hebbende arbeidsovereenkomsten samengeteld. Hieruit volgt, anders dan Hoektax meent, niet dat zij – indien Connexxion als opvolgend werkgever moet worden aangemerkt – niet met werknemer 1 en werknemer 2 hoeft af te rekenen over de periode die aan de werkgeverswisseling per 1 januari 2016 is voorafgegaan. De door Hoektax verdedigde uitleg van artikel 7:673 lid 4 BW sluit ook niet aan bij het vijfde lid van dat artikel, dat (voor zover hier van belang) bepaalt dat indien in de situatie van opvolgend werkgeverschap bij de beëindiging van een voorafgaande arbeidsovereenkomst een transitievergoeding is betaald “een bedrag ter hoogte van de transitievergoeding die bij die beëindiging op grond van de leden 1 en 2 verschuldigd was” in mindering

wordt gebracht op de transitievergoeding die de opvolgend werkgever bij beëindiging verschuldigd is.

4.5. De verwijzing van Hoektax naar de wetgeschiedenis, in het bijzonder de Nota van wijziging (Kamerstukken II 2013/2014, 33818, nr. 8, p. 14/15), kan haar niet baten. Daarin heeft de regering toegelicht dat bij de toepassing van de ketenregeling van artikel 7:668a BW, ter bescherming van het belang dat de werknemer heeft bij “de zekerheid van een vast contract”, van opvolgend werkgeverschap sprake kan zijn, ongeacht of de opvolger inzicht heeft in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. Omdat artikel 7:673 lid 4 BW ziet op dezelfde situatie van opvolgende werkgevers, geldt de bedoelde verruiming in het kader van de ketenregeling ook voor de regeling van de transitievergoeding. Ook bij de regeling van de opbouw van de transitievergoeding heeft derhalve de bescherming van het werknemersbelang voorop gestaan. Daarmee strookt niet dat een werknemer bij een werkgeverswisseling zijn recht op een transitievergoeding jegens de aanvankelijke werkgever (deels) zou verliezen, bijvoorbeeld omdat de opvolgend werkgever bij ontslag – ook al zou de periode voorafgaand aan de wisseling voor de hoogte van de transitievergoeding (ondanks een vaststellingsovereenkomst zoals Connexxion die met Hoektax-werknemers heeft gesloten) worden meegerekend – vanwege een beperktere omvang van het dienstverband en/of een lager loon (ingevolge artikel 2 van het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding) een lagere transitievergoeding verschuldigd is dan zijn voorganger.

4.6. Hoektax heeft zich voorts tegen de vordering van werknemer 1 en werknemer 2 verweerd door te verwijzen naar de parlementaire totstandkomingsgeschiedenis van artikel 7:673 BW, kenbaar uit de Nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken II, 2013/2014, 33818, nr. 7, p. 74), de Memorie van antwoord (Kamerstukken I, 2013/2014, 33818, C, p. 14/15) en de Nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken I, 2013/2014, 33818, E, p. 6/7). Daaruit leidt Hoektax af dat werknemer 1 en werknemer 2 geacht moeten worden op eigen initiatief hun arbeidsovereenkomst met haar te hebben beëindigd. Ook dit verweer wordt verworpen. De kantonrechter overweegt daartoe het volgende.

4.7. De gedachtewisseling tussen regering en parlement, die in de genoemde parlementaire stukken zijn beslag heeft gekregen, ving aan met de vragen van enkele Tweede Kamerfracties over het recht op een transitievergoeding in relatie tot de uitzendonderneming. Naar aanleiding van de beantwoording van die vragen bij Nota naar aanleiding van het verslag heeft de VVD-fractie in de Eerste Kamer aandacht gevraagd voor het recht op een transitievergoeding in de situatie dat een bedrijf, niet zijnde een uitzendonderneming, een bestaande opdracht verliest na een (nieuwe) aanbestedingsprocedure betreffende diezelfde opdracht, waarna de betrokken werknemer een dienstverband aanvaardt bij de onderneming die de opdracht verkrijgt. De leden van de VVD-fractie vroegen zich af of “de vorige concessiehouder/werkgever geen transitievergoeding verschuldigd is indien de concessie overgaat naar een nieuwe werkgever omdat sprake is van opvolgend werkgeverschap waarbij opgebouwde rechten meegaan naar de nieuwe werkgever en de werknemer dit dienstverband aanvaardt daarmee het initiatief nemend voor de beëindiging van het dienstverband met de vorige werkgever.”

De regering beantwoordde deze vraag als volgt (Kamerstukken I, 2013/2014, 33818, C p. 15): “In een geval als geschetst door de leden van de fractie van de VVD geldt dat de vorige concessiehouder/werkgever geen transitievergoeding verschuldigd is als de concessie wordt verleend aan een nieuwe werkgever en de werknemer deze concessie volgt en aldus een arbeidsovereenkomst sluit met de nieuwe werkgever. In dat geval geldt, net als in het op pagina 73 van de nota naar aanleiding van het verslag opgenomen voorbeeld ten aanzien van de uitzendkracht, dat de werknemer in een dergelijk geval zelf zal bepalen of hij al dan niet in dienst treedt van de inlenende organisatie. De beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst met de vorige concessiehouder wordt in dit geval geacht te zijn verricht op initiatief van de werknemer. Op basis van artikel 7:673, vierde lid, onderdeel b, BW geldt dat de opbouw van de transitievergoeding doorloopt bij de nieuwe werkgever. Als bij een overgang naar de opvolgende werkgever niettemin reeds een transitievergoeding is betaald, dan kan deze, op grond van het voorgestelde artikel 7:673, vijfde lid, BW overigens wel in mindering gebracht worden op een eventueel op enig moment door de opvolgend werkgever te betalen transitievergoeding.”

4.8. Uit de Nota naar aanleiding van het verslag (Kamerstukken I, 33818, E, p. 6/7) blijkt dat de VVD-fractie nogmaals op de kwestie terug is gekomen: “De leden van de VVD-fractie merken op de vraag te hebben gesteld of de beëindiging van een arbeidsovereenkomst ook geacht wordt te zijn verricht op initiatief van de werknemer indien een onderneming, niet zijnde een uitzendonderneming, (anders dan bij beantwoording van de vragen in de nota naar aanleiding van het verslag, pagina 74 bovenaan) een bestaande opdracht na een nieuwe aanbestedingsprocedure betreffende diezelfde opdracht verliest waarna de medewerker in kwestie een dienstverband aanvaardt bij de onderneming die de betreffende opdracht na de aanbestedingsprocedure verkrijgt. Zij menen dat het antwoord van de regering de situatie openlaat dat een werknemer de baan aanvaardt bij de opvolgende werkgever (de nieuwe concessiehouder) zonder zijn baan bij zijn huidige werkgever op te zeggen. Zij vragen wat geldt met betrekking tot de transitievergoeding als de oude werkgever vervolgens de arbeidsovereenkomst met toestemming van UWV opzegt. Naar aanleiding hiervan merkt de regering op dat het antwoord in de memorie van antwoord waar naar wordt verwezen de door deze leden bedoelde situatie niet openlaat nu daarin is gesteld dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de vorige concessiehouder geacht wordt te zijn verricht op initiatief van de werknemer indien deze een dienstverband aanvaardt bij de nieuwe concessiehouder. Het betreft hier aldus juist de situatie waar deze leden op doelen – beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de oude werkgever bij overgang van een concessie en indiensttreding van een werknemer bij de nieuwe concessiehouder – nu bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer zelf, deze daadwerkelijk op zijn initiatief wordt beëindigd.”

4.9. Uit deze passages uit de parlementaire stukken blijkt dat, hoe ook moge worden gedacht over het antwoord van de regering, de in de Eerste Kamer gestelde vraag zag op de situatie dat bij een werkgeverswisseling de opgebouwde rechten van de werknemer meegaan naar de nieuwe werkgever. Deze situatie doet zich in het onderhavige geding niet voor. Ook indien ervan zou mogen worden uitgegaan dat Connexxion, ondanks het bepaalde in artikel 1 van de met Hoektax-werknemers gesloten arbeidsovereenkomsten en de met een aantal van hen gesloten vaststellers-

overeenkomsten, bij een ontslag de diensttijd bij Hoektax dient mee te nemen bij de berekening van de alsdan verschuldigde transitievergoeding, ondervinder werknemer 1 en werknemer 2 van de werkgeverswisseling negatieve gevolgen, omdat zij met Connexxion slechts een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor niet meer dan gemiddeld 15 uren per week hebben kunnen sluiten. Weliswaar hebben zij in de eerste maanden van 2016 meer uren kunnen werken, maar het gemiddeld aantal gewerkte uren per week bleef achter bij de arbeidsomvang bij Hoektax. Bovendien is niet uit te sluiten dat zij in hun verdere dienstverband bij Connexxion, voor zover dat wordt verlengd, niet boven de bedongen arbeidsomvang kunnen blijven werken. Ook dan blijft de vraag of zij evenveel uren kunnen maken als bij Hoektax. De kantonrechter oordeelt dat de wetgever de situatie dat werknemers er bij een werkgeverswisseling op achteruit gaan, niet onder ogen heeft gezien.

4.10. De kantonrechter neemt hierbij in aanmerking dat ook in de literatuur (zie ‘Handboek Nieuw ontslagrecht’ van J.M. van Slooten e.a., p. 211) het door de regering gegeven antwoord op de vraag van de VVD-fractie in de Eerste Kamer als “goed nieuws” is geduid “(v)oor werknemers die hetzelfde werk blijven doen, maar die te maken kunnen krijgen met een werkgeverswissel.” Volgens deze schrijvers heft de door de regering voorgestane aanpak “het onderscheid tussen overgang van onderneming en andere vormen van werkgeverswissel” op en hoeven de betrokken werknemers nu niet bang te zijn “hun rechten te verspelen” als ze met het werk “meeverhuizen.” Van Slooten c.s. wijzen erop dat er met artikel 7:673 lid 5 BW tegen wordt gemaakt dat de werknemers er “niet beter van worden”, maar (ook) zij sluiten kennelijk uit dat werknemers door een werkgeverswisseling kunnen worden geconfronteerd met een verlies van (een deel van) de reeds opgebouwde aanspraak op een transitievergoeding.

4.11. Hieruit volgt dat het door de regering in de Eerste Kamer gegeven antwoord niet aan werknemer 1 en werknemer 2 kan worden tegengeworpen. Aldus leidt dit geding ook tot een uitkomst die aansluit bij het bepaalde in artikel 7:673 lid 1 BW, waarin wordt onderscheiden tussen enerzijds de situatie dat de arbeidsovereenkomst door de werkgever wordt opgezegd of ontbonden (onder a en b, sub 1 en 2) en anderzijds de situatie dat

een arbeidsovereenkomst na een einde van rechtswege niet aansluitend wordt voortgezet (onder a en b, sub 3). Bij opzegging en ontbinding is naar de tekst van de wet uitsluitend van belang wie opzegt respectievelijk op wiens verzoek wordt ontbonden. Niet in geschil is dat Hoektax de arbeidsovereenkomsten met werknemer 1 en werknemer 2 na verkregen UWV-toestemming heeft opgezegd. Alleen in de situatie dat een arbeidsovereenkomst na een einde van rechtswege niet wordt voortgezet is naar de tekst van de wet van belang op wiens initiatief niet wordt voortgezet. Zeker in een situatie als de onderhavige, waarin de werknemers nadeel zouden lijden indien de aanvankelijke werkgever (Hoektax) niet met hen zou hoeven af te rekenen over de periode tot de werkgeverswisseling, is de fictie dat – niet-tegenstaande de opzegging door de werkgever – het initiatief aan werknemerszijde zou liggen te gekunsteld. Deze fictie acht de kantonrechter in dit geval ook onaanvaardbaar en moet wijken voor de werkelijke situatie, te weten die van opzegging door de werkgever en op diens initiatief.

4.12. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat het primaire verzoek van werknemer 1 en werknemer 2 tot veroordeling van Hoektax tot betaling van een transitievergoeding toewijsbaar is. Voor een veroordeling tot betaling in termijnen ziet de kantonrechter geen reden, omdat Hoektax daar in dit geding niet om heeft verzocht en zij ook geen feiten of omstandigheden heeft aangevoerd waaruit volgt dat een betaling ineens leidt tot onaanvaardbare gevolgen. Dat zij in betalingsonmacht verkeert, heeft Hoektax onvoldoende onderbouwd. De wettelijke rente over de transitievergoedingen wordt op grond van artikel 7:686a lid 1 BW toegewezen vanaf 1 februari 2016. Hoektax zal ook worden veroordeeld tot verstreking van een deugdelijke bruto/netto specificatie.

4.13. Het verzoek om Hoektax te veroordelen tot het voldoen van een schadevergoeding wordt afgewezen, niet alleen omdat artikel 7:611 BW daarvoor geen grondslag biedt nu Hoektax bij de eerdere erkenning (in februari 2016) van de verschuldigdheid van de transitievergoeding nog niet wist van de indiensttreding bij Connexxion, maar ook omdat werknemer 1 en werknemer 2, nu Hoektax hen de transitievergoeding verschuldigd is, geen schade lijden doordat Hoektax (in maart 2016) op haar eerdere standpunt is teruggekomen. Dat werknemer 1 en werknemer 2 ervoor hebben gekozen om ook Connexxion in rechte te betrek-

ken komt voor hun rekening en risico. Daarvoor bestond, bij gebreke van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met Connexxion, thans nog geen aanleiding. Overigens heeft Connexxion ter zitting doen verklaren dat zij het werknemer 1 en werknemer 2 niet kwalijk neemt dat zij haar mede hebben gedagvaard.

4.14. Nu het primaire verzoek wordt toegewezen, wordt niet toegekomen aan een beoordeling van het tegen Hoektax gerichte subsidiaire verzoek. Voor zover het subsidiaire verzoek tegen Connexxion is gericht, slaagt haar niet-ontvankelijkheidsverweer, omdat werknemer 1 en werknemer 2 daarbij geen belang in de zin van artikel 3:303 BW hebben.

4.15. Hoektax wordt, als de merendeels in het ongelijk gestelde partij, veroordeeld in de proceskosten. Deze worden tot deze beschikking aan de zijde van werknemer 1 begroot op € 523,=, bestaande uit € 223,= aan vast recht en € 300,= aan salaris gemachtigde. Aan de zijde van werknemer 2 worden de proceskosten tot deze beschikking eveneens begroot op € 523,=, bestaande uit € 223,= aan vast recht en € 300,= aan salaris gemachtigde.

4.16. Nu werknemer 1 en werknemer 2 in hun (subsidiaire) verzoek tegen Connexxion niet-ontvankelijk zijn, worden zij veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van Connexxion, tot deze beschikking begroot op € 400,=.

5. De beslissing

De kantonrechter:

veroordeelt Hoektax om aan werknemer 1 tegen bewijs van kwijting een transitievergoeding te betalen van € 5.726,13 bruto, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf 1 februari 2016 tot de voldoening, onder gelijktijdige verstrekking van een deugdelijke bruto/netto specificatie van die betaling;

veroordeelt Hoektax om aan werknemer 2 tegen bewijs van kwijting een transitievergoeding te betalen van € 7.136,13 bruto, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf 1 februari 2016 tot de voldoening, onder gelijktijdige verstrekking van een deugdelijke bruto/netto specificatie van die betaling;

veroordeelt Hoektax tot betaling van de proceskosten aan de zijde van werknemer 1, tot deze beschikking begroot op € 523,=, waarin begrepen € 300,= aan salaris gemachtigde;

veroordeelt Hoektax tot betaling van de proceskosten aan de zijde van werknemer 2, tot deze beschikking begroot op € 523,=, waarin begrepen € 300,= aan salaris gemachtigde;

verklaart werknemer 1 en werknemer 2 niet-ontvankelijk in hun verzoek, gericht tegen Connexxion;

veroordeelt werknemer 1 en werknemer 2 tot betaling van de proceskosten aan de zijde van Connexxion, tot deze beschikking begroot op € 400,= aan salaris gemachtigde;

verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders verzochte en gevorderde af.

NOOT

Deze uitspraak werpt een genuanceerd licht op de fictie die in de parlementaire behandeling van de WWZ aan de orde is gekomen over de verschuldigdheid van de transitievergoeding bij opvolgend werkgeverschap. Opvolgend werkgeverschap komt in de praktijk voor in zaken zoals deze waarin een contractswissel plaatsvindt als gevolg van een concessie. Een ander voorbeeld is de uitzendkracht die werkzaam is voor een opdrachtgever van de uitzendwerkgever en vervolgens bij de opdrachtgever in dienst treedt. Sinds 1 juli 2015 geldt op grond van artikel 7:673 lid 4 sub b BW (tweede volzin) dat de duur van het dienstverband bij de oude werkgever meetelt voor de berekening van de transitievergoeding bij ontslag door de opvolgend werkgever. Dat levert werknemers dus bescherming op. Het effect van het opvolgend werkgeverschap is in dit opzicht vergelijkbaar met dat van een overgang van onderneming: de werknemers van de oude werkgever worden geacht met hun werk te zijn overgegaan naar de opvolgend werkgever met behoud van anciënniteit. Heeft de oude werkgever al een transitievergoeding betaald bij uitdiensttreding, dan geldt op grond van artikel 7:673 lid 5 BW dat de opvolgend werkgever die vergoeding in mindering mag brengen op de door hem verschuldigde transitievergoeding. Dit voorkomt dat de werknemer "dubbel vangt" (voor een recente beschouwing van opvolgend werkgeverschap en behoud van anciënniteit verwijs ik naar S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap en anciënniteit', *ArA* 2015/afl. 3, p. 3).

De centrale vraag die in deze zaak aan de orde kwam, was of de oude werkgever in dit geval verplicht is een transitievergoeding te betalen. Maakt het hierbij uit van wie het initiatief tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de oude werkgever uitgaat? Volgens de wetgever zou dit in beginsel niet moeten uitmaken vanwege de fictie dat de werknemer in gevallen zoals deze wordt geacht het initiatief tot beëindiging van het dienstverband te hebben genomen, ook als de oude werkgever heeft opgezegd of als de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd (*Kamerstukken I 2013/14, 33818, C, p. 15, Kamerstukken I 2013/14, 33818, E, p. 7 en Kamerstukken I 2013/14, 33818, E, p. 12*). De bescherming voor de werknemer zou dan immers zijn gelegen in het behoud van zijn anciënniteit. Artikel 7:673 lid 4 sub b BW (tweede volzin) biedt hiervoor het vangnet. Op basis van de gedachtenwisseling in de parlementaire geschiedenis moet redelijkerwijs worden aangenomen dat deze fictie uitgaat van de veronderstelling dat werknemers op **vergelijkbare voorwaarden** in dienst treden bij de opvolgend werkgever. In deze zaak is evident dat sprake is van een achteruitgang. De betrokken werknemers hadden een contract voor onbepaalde tijd bij Hoektax voor gemiddeld 35 respectievelijk 40 uren per week, terwijl het nieuwe contract met Connexion voor bepaalde tijd (zes maanden) en gemiddeld voor 15 uren per week gold. Dat leidt tot een lager salaris. Weliswaar behouden de werknemers op grond van artikel 7:673 lid 4 sub b BW dan wel hun diensttijd voor de berekening van de transitievergoeding, maar de hoogte van de door Connexion verschuldigde transitievergoeding zou bij ontslag lager uitvallen. Noch in de wet noch in de parlementaire geschiedenis zijn aanknopingspunten te vinden dat de wetgever de fictie ook heeft willen aannemen voor het geval waarin de betrokken werknemers er op achteruitgaan waardoor uiteindelijk een lagere transitievergoeding door de opvolgend werkgever is verschuldigd. Deze situatie is in de parlementaire geschiedenis in ieder geval niet nadrukkelijk aan de orde gekomen. Om die reden en gelet op de ratio van de beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan artikel 7:673 lid 4 sub b BW, kan ik mij vinden in de restrictieve benadering die de kantonrechter hier kiest. De fictie dat de werknemer zelf heeft opgezegd zou zich m.i. moeten beperken tot die

gevallen waarin de werknemer mee overgaat op basis van vergelijkbare arbeidsvoorwaarden. Het is immers niet waarschijnlijk dat de door de wetgever bedoelde fictie zo ver strekt dat die ook zou gelden in de gevallen waarin de werknemer er op achteruit gaat. Een vergelijkbare benadering zien we bijvoorbeeld terug bij de fictie die bij overgang van onderneming geldt: indien sprake is van een nadelige wijziging voor de werknemer als gevolg van de overgang wordt de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:665 BW geacht te zijn beëindigd door de werkgever, ook als het initiatief van de werknemer uitgaat.

Niettemin brengt een restrictieve uitleg van de fictie bij opvolgend werkgeverschap met zich dat de oude werkgever in de praktijk niet snel gevrijwaard zal zijn van de betalingsverplichting van de transitievergoeding. Immers, een opvolgend werkgever is vrij om te onderhandelen over de hoogte van de nieuwe arbeidsvoorwaarden met de betrokken werknemers als geen sprake is van overgang van onderneming. Evenals in deze zaak het geval was, zal dit doorgaans niet tot vergelijkbare arbeidsvoorwaarden leiden. Een beroep op de in de parlementaire geschiedenis genoemde fictie zal in de regel dus niet snel opgaan.

Tot zover de *verschuldigheid* van de transitievergoeding bij opvolgend werkgeverschap. Een interessante vraag die in deze zaak onbeantwoord is gebleven, is of het wat *de hoogte* van de transitievergoeding betreft gerechtvaardigd is dat (a) de volledige transitievergoeding is verschuldigd of (b) slechts een pro rata deel hiervan voor het verlies aan arbeidsuren. De kantonrechter gaat in deze zaak voorbij aan het subsidiaire verweer van Hoektax dat er op neer komt dat een analoge toepassing van deeltijdontslag met zich brengt dat slechts een pro rata deel van de transitievergoeding verschuldigd zou zijn.

In de prille gedachtenvorming na de intrede van de WWZ is in de literatuur wel beargumenteed dat bij deeltijdontslag slechts een pro rata transitievergoeding verschuldigd zou zijn. Zo verdedigt Allegra- met inachtneming van een aantal kanttekeningen- dat dit onder omstandigheden gerechtvaardigd zou zijn (C.S.M. Allegra, 'Deeltijdontslag en transitievergoeding: is bij deeltijdontslag de gehele transitievergoeding verschuldigd?', *ArbeidsRecht* 2016/13).

Echter, geheel los van de juridische hordes en bezwaren die kleven aan een deeltijdontslag, laat staan een analoge toepassing bij opvolgend werkgeverschap, laat de verrekeningsbepaling van artikel 7:673 lid 5 BW m.i. geen ruimte voor de interpretatie dat in zaken zoals deze slechts een pro rata transitievergoeding door de oude werkgever verschuldigd zou zijn ten aanzien van het verlies van arbeidsuren bij de opvolgend werkgever. Dit artikel bepaalt dat bij verschuldigheid van de transitievergoeding door de opvolgend werkgever "een bedrag ter hoogte van de transitievergoeding **die bij die beëindiging op grond van de leden 1 en 2 verschuldigd was of zou zijn geweest** [benadrukking, AH] *in mindering* [wordt, AH] *gebracht op de transitievergoeding.*" Kort en goed: ook dit subsidiaire verweer kan Hoektax niet baten.

A.M. Helstone