

271

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
30 augustus 2017, nr. 200.214.178,
ECLI:NL:GHARL:2017:7526
(mr. Fikkers, mr. Wefers Bettink, mr. Hoogland)
Noot mr. drs. A.M. Helstone

**Herplaatsing werknemer bij andere werkgever
in het kader van reorganisatie. Transitievergoe-
ding wel verschuldigd.**

[BW art. 7:667, 7:668a, 7:673]

De werkgever heeft in 2016 besloten tot een reorganisatie. Met de ondernemingsraad heeft hij overeenstemming bereikt over een sociaal plan, waarin was voorzien in begeleiding van de boventallige werknemers naar een andere werkkring. Aan de werknemer (in dienst sinds 1 oktober 2005) en 21 collega's is het aanbod gedaan om in dienst te treden bij Dura Vermeer. De werknemer heeft dit aanbod geaccepteerd en is per 1 augustus 2016 bij Dura Vermeer in dienst getreden. De werkgever heeft een eindafrekening aan de werknemer verstrekt, maar heeft geen transitievergoeding betaald. De werknemer heeft aanspraak gemaakt op een dubbele transitievergoeding, onder verwijzing naar de met de ondernemingsraad gesloten overeenkomst waarin is voorzien in een dubbele transitievergoeding voor boventallige werknemers die niet kunnen worden herplaatst. De kantonrechter heeft geoordeeld dat de werkgever eenmalig de transitievergoeding verschuldigd is ad € 21.822,93. Op het hoger beroep van de werkgever overweegt het hof dat uit de gang van zaken niet kan worden afgeleid dat de werknemer de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. Het betoog van de werkgever, dat de indiensttreding van de werknemer bij Dura Vermeer gelijk moet worden gesteld

aan de overgang van een werknemer naar een andere werkgever in het kader van een concessie- of contractwisseling en dat er daarom van uit moet worden gegaan dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd op initiatief van de werknemer, is niet juist. Bij een concessie- of contractwisseling is het een derde die bepaalt dat het eerder aanbestede werk in het vervolg door een andere opdrachtnemer wordt uitgevoerd en zullen veelal dezelfde of vergelijkbare arbeidsvoorwaarden van toepassing blijven. In onderhavig geval heeft de werkgever zelf besloten tot een reorganisatie en is blijkbaar geen sprake van overgang van onderneming. Het is dan aan de werkgever om ervoor te zorgen dat er een formeel einde komt aan de arbeidsovereenkomst van de werknemers die hij boventallig heeft verklaard en niet intern kan herplaatsen. De werkgever is dan ook de transitievergoeding verschuldigd. De werknemer heeft geen recht op een dubbele transitievergoeding, nu deze op grond van de overeenkomst met de OR alleen toekomt aan werknemers die niet kunnen worden herplaatst of alleen extern kunnen worden herplaatst in een niet passende functie.

NB. Zie in dezelfde zin Hof 's-Hertogenbosch («JAR» 2016/284) in een situatie van opvolgend werkgeverschap. Het hof overwoog dat bepalend is voor het recht op de transitievergoeding welke partij het initiatief heeft genomen tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Zie ook «JAR» 2016/153 over de verplichting tot betaling van een transitievergoeding bij overgang van een concessie.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Dynniq Nederland BV* te Amersfoort, verzoekster in principaal hoger beroep, verweerster in incidenteel hoger beroep, in eerste aanleg: verweerster, tevens verzoekster in het (voorwaardelijke) tegenverzoek, advocaat: mr. R. van der Stap, tegen de werknemer te (...), verweerder in principaal hoger beroep, verzoeker in incidenteel hoger beroep, in eerste aanleg: verzoeker, verweerder in het (voorwaardelijke) tegenverzoek, advocaat: mr. E.A.Th. den Haan-van Wijk.

1. *Het geding in eerste aanleg (...; red.)*

2. Het geding in hoger beroep (...; red.)

3. De feiten

3.1. Tegen de door de kantonrechter vastgestelde feiten in de beschikking van 18 januari 2017 is geen beroepsgrond gericht. Aangevuld met wat voorts is komen vast te staan, zijn de feiten, voor zover in hoger beroep nog van belang, als volgt.

3.2. De werknemer, geboren op (...), is op 1 oktober 2005 voor onbepaalde tijd in dienst getreden van (een aan) Imtech Traffic & Infra B.V. (geleerde vennootschap), die medio april 2016 na een naamswijziging Dynniq is gaan heten. De werknemer heeft in dienst van Dynniq laatstelijk gewerkt als Uitvoerder B, tegen een bruto loon van € 3.917,38 (exclusief vakantiebijslag en emolumenten) per maand. Op de arbeidsovereenkomst van partijen is de CAO voor het Technisch Installatiebedrijf van toepassing verklaard. Ingevolge deze CAO heeft de werknemer onder meer aanspraak op een vergoeding voor reistijd en overwerk, alsook op een dagvenstertoeslag. In dienst van Dynniq heeft de werknemer laatstelijk een vergoeding voor reistijd ontvangen, overwerk verricht en in de nachten van zondag op maandag (buiten het dagvenster) gewerkt.

3.3. In de loop van 2016 heeft Dynniq zich genoodzaakt gezien haar onderneming te reorganiseren door het afbouwen van haar Rail-activiteiten. Op 24 juni 2016 heeft de ondernemingsraad van Dynniq over dit voorgenomen besluit positief geadviseerd.

Per 1 augustus 2016 heeft Dynniq haar Rail-activiteiten beëindigd. Dynniq en de ondernemingsraad hebben in dit verband op 21 juli 2016 overeenstemming bereikt over een sociaal plan, getiteld "Overeenkomst ten behoeve van vervallen arbeidsplaatsen Dynniq Nederland B.V." met als ondertitel "Van Werk naar Werk" (hierna ook: de Overeenkomst). Dit sociaal plan is afgesloten voor de periode tot 1 september 2016 en is van toepassing op de werknemers die op 24 juni 2016 voor onbepaalde tijd bij Dynniq in dienst waren en van wie de arbeidsplaats door de afbouw van de Rail-activiteiten is komen te vervallen. Het sociaal plan strekte ertoe de mogelijke negatieve personele gevolgen van de reorganisatie op te vangen. Daartoe voorzag het in begeleiding van de boventallige werknemers bij herplaatsing binnen en buiten Dynniq.

3.4. De werknemer behoort tot de groep van 41 werknemers die op 24 juni 2016 in dienst van Dynniq werkzaam waren in haar Rail-activiteiten en van wie de arbeidsplaats door de reorganisatie is vervallen. De contracten van degenen met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zijn niet verlengd. Eén werknemer is met vroegpensioen gegaan.

3.5. De artikelen 4.7 en 4.8 van het sociaal plan gaan over een mogelijk aanbod voor een passende functie binnen Dynniq en de gevolgen van aanvaarding of weigering daarvan.

3.6. Omtrent een aanbod voor plaatsing in een passende functie buiten Dynniq bepaalt artikel 4.9 van het sociaal plan:

"Dynniq benadert actief externe bedrijven die vergelijkbare functies hebben met de bedoeling om mogelijk boventallige medewerkers te kunnen herplaatsen. Vanuit de gedachte Van Werk naar Werk streeft Dynniq er maximaal naar om te voorkomen dat boventallige medewerkers zonder werk komen. Wanneer Dynniq van mening is dat een bepaalde functie passend is, zal deze functie voorgedragen worden naar de medewerker met de bedoeling om kennis te maken met het externe bedrijf en betreffende functie.

Een passende functie is een functie die aansluit bij de opleiding, capaciteiten en werkervaring van de Werknemer, dan wel waarvoor de Werknemer binnen een redelijke termijn (zijnde zes maanden) geschikt kan worden gemaakt door om- of bijscholing.

Indien er sprake is van een aangeboden passende functie buiten Dynniq met een aanbod van passende arbeidsvoorwaarden o.a. behoud dienstjaren, geen proeftijd en een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zal Werknemer gehouden zijn hieraan zijn medewerking te verlenen met dien verstande dat niet meewerken zal worden beschouwd als het weigeren van een passend aanbod in de zin van het onder artikel 4.7 bepaalde. Dat betekent dat de werknemer uitgesloten is van deze overeenkomst.

Indien er sprake is van een aangeboden passende functie buiten Dynniq met een aanbod waarbij er geen sprake is van passende arbeidsvoorwaarden zoals bijvoorbeeld één van de volgende drie elementen niet worden aangeboden (behoud dienstjaren, geen proeftijd en een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd), zal Werknemer gehouden zijn hieraan zijn medewerking te verlenen met dien verstande dat niet meewerken zal wor-

den beschouwd als het weigeren van een passend aanbod in de zin van het onder artikel 4.7 bepaalde. Dat betekent dat de werknemer uitgesloten is van alle financiële voorzieningen van deze overeenkomst. Dynniq zal bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst wegens het vervallen van de arbeidsplaats wel conform artikel 5.2 een transitievergoeding betalen op basis van factor 2,0 x transitievergoeding toegepast met toepassing van het wettelijk maximum voor de transitievergoeding.”

3.7. In artikel 5 van het sociaal plan staat welke financiële voorzieningen zijn getroffen voor boventallige werknemers met wie het dienstverband wordt beëindigd. Artikel 5.1 (“Algemeen”) luidt: “De Werknemer van wie de arbeidsplaats is komen te vervallen en met wie het dienstverband wordt beëindigd, komt bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in aanmerking voor een vergoeding, tenzij vóór de datum waarop het dienstverband eindigt aan de Werknemer een passend aanbod (als bedoeld in artikel 4.4 en 4.8 van deze Overeenkomst ten behoeve van vervallen arbeidsplaatsen) is gedaan.”

Artikel 5.2 (“De transitievergoeding”) luidt: “Per einde dienstverband ontvangt de Boventallige Werknemer die niet kan worden herplaatst een transitievergoeding op grond van artikel 7:673 e.v. BW. (...) De bovenstaande transitievergoeding zal worden vermenigvuldigd met een factor 2.0. (...) In artikel 4.7 en 4.9 is geregeld dat hetgeen hiervoor is bepaald over de transitievergoeding, uitdrukkelijk niet van toepassing is in bepaalde situaties waarin Werknemers een passende interne of externe functie hebben geweigerd én waarvan de Begeleidingscommissie, indien ingeschakeld, de bezwaren heeft afgewezen. Zij kunnen geen aanspraak maken op voorzieningen zoals beschreven in deze Overeenkomst.”

3.8. Vier van de groep boventallige werknemers zijn intern herplaatst. Aan 22 werknemers, onder wie de werknemer, is het aanbod gedaan in dienst te treden bij Dura Vermeer Railinfra B.V. (hierna te noemen Dura Vermeer), nadat Dynniq en Dura Vermeer in of omstreeks juni 2016 met elkaar waren overeengekomen dat Dura Vermeer lopende Rail-projecten van Dynniq zou overnemen en afmaken en een groot deel van het door de reorganisatie getroffen personeel van Dynniq een aanbod tot indiensttreding zou doen waarbij de bij Dynniq doorgebrachte diensttijd behouden blijft.

3.9. Tijdens een bijeenkomst met de groep op 29 juni 2016 heeft Dynniq nadere informatie verschaft. Met haar e-mailbericht van 1 juli 2016 met bijlage aan de medewerkers van Rail, onder wie de werknemer, heeft Dynniq daarvan verslag gedaan. Met betrekking tot de medewerkers die een aanbod van Dura Vermeer krijgen, stelt Dynniq zich op het standpunt dat dit zal gaan om een passende functie met gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden. Het e-mailbericht vermeldt welke stukken de medewerkers tijdens hun gesprek met Dura Vermeer zullen ontvangen en dat is afgesproken dat Dynniq de medewerkers zal informeren over de concept brief die wordt gebruikt om het einde van het dienstverband bij Dynniq te bevestigen indien de medewerker bij Dura Vermeer in dienst treedt (waarvoor wordt verwezen naar de bij de mail gevoegde bijlage). Het verslag vermeldt voorts:

– De dienstjaren worden meegenomen door Dura Vermeer.

– Er ontstond onduidelijkheid naar aanleiding van een toelichting vanwege een koppeling van dienstjaren en het vaststellen van een jubileumuitkering cq ontslagvergoeding. Dat is onderdeel van de afspraak. Feitelijk zal voor de medewerker een indienstdatum van toepassing zijn gelijk aan de indienstdatum bij Dynniq (...).
– Alle aanspraken vanuit het dienstverband met Dynniq worden met Dynniq afgehandeld. Behoudens dienstjaren (zie bovenstaand) neemt Dura Vermeer geen verplichtingen of aanspraken over.”
In deze e-mail is Dynniq tevens ingegaan op de situatie dat een werknemer het aanbod van Dura Vermeer niet accepteert:

“Indien de medewerker het aanbod weigert, is het uitgangspunt dat je een aanbod voor een dienstverband van dezelfde functie dan wel soortgelijke functie (passende functie) met passende arbeidsvoorwaarden weigert. Een weigering betekent dat de medewerker geen recht heeft op de afspraken die samen met de Ondernemingsraad zijn gemaakt hoe om te gaan met de gevolgen van een einde dienstverband. Deze afspraak staat verwoord in de Overeenkomst met de Ondernemingsraad.

– Dat betekent dat de medewerker een vaststellingsovereenkomst wordt aangeboden voor een einde dienstverband per 1 augustus 2016 met een transitievergoeding factor 1.0. Indien de medewerker deze overeenkomst niet wenst te tekenen, zal de gestarte Ontslagvergunningsprocedure bij het

UWV verder worden vervolgd en geldt ook een transitievergoeding 1.0 na het verlenen van de ontslagvergunning door het UWV.”

3.10. De bijlage bij het hiervoor bedoelde e-mailbericht is getiteld “Bevestiging acceptatie passende functie buiten Dynniq”. Daarin staat onder meer: “Wij zijn verheugd om te vernemen dat u gebruik hebt gemaakt van het passende aanbod van Dura Vermeer B.V. om bij hen in dienst te treden per 1 augustus 2016 en daarom uw dienstverband met Dynniq opzegt. In deze brief bevestigen wij dat u per 1 augustus 2016 uit dienst treedt bij Dynniq. (...)”

U ontvangt op korte termijn de eindafrekening van uw dienstverband. Wij zullen onder andere de volgende arbeidsvoorwaarden met u afrekenen: ADV-uren, TVT-uren, overwerkvergoeding, opgebouwd vakantiegeld en opgebouwde vakantie-dagen. U krijgt van deze eindafrekening een salarisspecificatie. Na deze eindafrekening hebben wij over en weer niets van elkaar te vorderen.”

3.11. Negen van de 22 werknemers hebben het aanbod van Dura Vermeer geaccepteerd, onder wie de werknemer. Aan de 13 die daarvan afzagen, heeft Dynniq de wettelijke transitievergoeding betaald.

Van de overige werknemers zijn er nog twee elders herplaatst. De overigen hebben ofwel zelf opgezegd ofwel met Dynniq een beëindigingsovereenkomst gesloten.

3.12. De werknemer is op 1 augustus 2016 voor onbepaalde tijd, zonder proeftijd, als Uitvoerder 2 in dienst getreden van Dura Vermeer tegen een bruto loon van € 3.692,= per vier weken (€ 3.999,66 bruto per maand). Op de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en Dura Vermeer zijn de CAO Railinfrastructuur, de “Aanvullende Arbeidsvoorwaarden cao RIS Dura Vermeer” en verschillende Dura Vermeer-regelingen van toepassing verklaard. Ingevolge de door Dura Vermeer met haar divisie-ondernemingsraad afgesloten overwerkregeling heeft de werknemer ingeval van overwerk recht op een overwerkvergoeding. Vanaf zijn indiensttreding bij Dura Vermeer heeft de werknemer voor Dura Vermeer gewerkt op het project waarop hij eerder ook voor Dynniq werkzaam was, maar hij heeft voor Dura Vermeer geen overwerk hoeven verrichten en hij is niet, zoals bij Dynniq het geval was, in de weekenden ingezet.

3.13. Op 25 juli 2016 heeft Dynniq aan de werknemer een door haar directeur ondertekende brief gestuurd waarvan de inhoud gelijk is aan die van de onder 3.10 bedoelde bijlage. Tegen de inhoud daarvan heeft een collega van de werknemer, mede namens de werknemer en zes anderen, op 22 augustus 2016 geprotesteerd en deze groep van acht personen heeft te kennen gegeven deze brief niet voor akkoord te zullen ondertekenen en een onderhoud te wensen met de senior HR adviseur. Nadat de groep in daarop volgende e-mailcorrespondentie duidelijk had gemaakt zich met name niet te kunnen vinden in de passage dat de werknemer ontslag nam, is verder overleg uitgebleven.

3.14. In juli en augustus 2016 heeft Dynniq met de werknemer afgerekend, onder meer door aan hem vakantiebijslag en een vergoeding voor opgebouwde, maar niet genoten vakantie-uren uit te betalen. Tot verdere betalingen heeft zij, ook na sommatie door de werknemer, niet willen overgaan. Bij brief van 26 oktober 2016 heeft haar gemachtigde zich op het standpunt gesteld dat de arbeidsovereenkomst van partijen per 1 augustus 2016 met wederzijds goedvinden is beëindigd en heeft zij het beroep dat de werknemer heeft gedaan op (het slot van) artikel 4.9 van het sociaal plan verworpen, omdat die (slot)bepaling ziet op de situatie dat een externe plaatsing in een passende functie zonder passende arbeidsvoorwaarden wordt geweigerd. Volgens Dynniq heeft de werknemer het aanbod van Dura Vermeer tot indiensttreding in een passende functie geaccepteerd en is sprake van gelijkblijvende, en dus passende arbeidsvoorwaarden.

4. De verzoeken aan de kantonrechter en de beoordeling daarvan

4.1. De werknemer heeft, voor zover in hoger beroep nog van belang, bij op 31 oktober 2016 ingediend verzoekschrift verzocht Dynniq te veroordelen tot betaling van primair € 44.914,= bruto (tweemaal de transitievergoeding) op basis van de Overeenkomst, en subsidiair de transitievergoeding van € 22.457,= bruto, een en ander met wettelijke rente vanaf 1 september 2016 en onder veroordeling van Dynniq tot verstrekking van een bruto-nettospecificatie op straffe van een dwangsom, betaling van € 1.224,14 buitengerechtelijke incassokosten en met veroordeling van Dynniq in de proceskosten.

4.2. Dynniq heeft deels voorwaardelijke tegenverzoeken ingediend die in hoger beroep niet meer van belang zijn. Zij heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat de werknemer de arbeidsovereenkomst zelf heeft opgezegd.

4.3. De kantonrechter heeft in de bestreden beschikking voor recht verklaard dat de arbeidsovereenkomst van partijen op 1 augustus 2016 is geëindigd, na te hebben overwogen dat partijen weliswaar twisten over de vraag op welke wijze dat is gebeurd, maar dat vast staat dat dit gebeurd is. De kantonrechter heeft voorts de Overeenkomst uitgelegd, overwogen dat artikel 5.1 daarvan voor het recht op een beëindigingsvergoeding niet differentieert naar de wijze waarop de beëindiging plaatsvindt en geoordeeld dat aan de werknemer op basis daarvan een beëindigingsvergoeding toekomt ter hoogte van eenmaal de transitievergoeding, door de kantonrechter berekend op € 21.822,93 bruto, met wettelijke rente als verzocht. De kantonrechter heeft Dynniq voorts veroordeeld tot verstrekking van de verlangde specificatie met een gematigde dwangsom, tot betaling van € 993,22 aan buitengerechtelijke incassokosten en tot betaling van de proceskosten.

5. De beoordeling in hoger beroep

5.1. Dynniq heeft in principaal hoger beroep zes gronden voor beroep aangevoerd, door haar aangeduid als grieven. Het hof zal die terminologie overnemen. De eerste drie grieven richten zich tegen de uitleg van de Overeenkomst door de kantonrechter. Volgens grief 4 heeft de kantonrechter bij de berekening van de transitievergoeding ten onrechte rekening gehouden met de dagvenstertoeslag en met grief 5 komt Dynniq op tegen haar veroordeling in de buitenrechtelijke incassokosten en de proceskosten. Met grief 6 betoogt Dynniq ten eerste dat de kantonrechter ten onrechte in een verzoekschriftprocedure de vordering tot nakoming van de Overeenkomst heeft beoordeeld. Ten tweede had de kantonrechter een vergoeding ter hoogte van de transitievergoeding alleen op basis van de wet (artikel 7:673 BW) mogen toewijzen, zoals door de werknemer verzocht, indien de arbeidsovereenkomst op initiatief van Dynniq is beëindigd.

5.2. De grieven van de werknemer in incidenteel hoger beroep richten zich eveneens tegen de uitleg van de Overeenkomst door de kantonrechter (grief 2) en voorts tegen het in dat verband door

de kantonrechter gegeven oordeel dat de arbeidsvoorwaarden van de werknemer bij zijn nieuwe werkgever passend zijn (grief 1).

5.3. Het hof stelt voorop dat geen grief is gericht tegen de verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst op 1 augustus 2016 is geëindigd, zodat het hof daarvan uitgaat.

5.4. Het hof constateert voorts dat de werknemer in eerste aanleg twee grondslagen heeft aangedragen voor zijn verzoeken. Ten eerste heeft hij gesteld dat er volgens Dynniq sprake was van verval van zijn arbeidsplaats, en daarom is volgens de werknemer op zijn situatie de Overeenkomst van toepassing. Voorts is de arbeidsovereenkomst op initiatief van Dynniq geëindigd, aldus de werknemer, en daarom heeft hij subsidiair recht op de wettelijke transitievergoeding.

Het hof overweegt dat de aanspraak op de subsidiaire grond ingevolge artikel 7:686a lid 2 BW bij verzoekschrift moet worden ingeleid. Het derde lid van dat artikel maakt het mogelijk om met het einde van de arbeidsovereenkomst verband houdende andere vorderingen eveneens bij verzoekschrift in te dienen. Nu het primaire verzoek de contractuele afvloeiingsregeling betreft, is naar het oordeel van het hof sprake van de vereiste connexiteit. Het eerste deel van grief 6 in principaal hoger beroep faalt voor zover met deze grief anders is betoogd.

5.5. Volgens Dynniq heeft de werknemer zijn arbeidsovereenkomst met haar opgezegd, hetgeen Dynniq bevestigd heeft met haar onder 3.13 weergegeven brief. De werknemer heeft echter, onder verwijzing naar de eveneens onder 3.13 vermelde e-mailcorrespondentie, betwist dat hij met de weergave van Dynniq heeft ingestemd. Hij heeft berust in het feitelijk einde van de arbeidsovereenkomst per 1 augustus 2016.

Het hof is van oordeel dat uit de hier beschreven gang van zaken niet is gebleken dat de werknemer de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. Die opzegging kan ook niet worden afgeleid uit het enkele feit dat de werknemer eerder, met de onder 3.9 vermelde e-mail van 1 juli 2016, een concept van die, toen nog niet aan hem persoonlijk gerichtte, brief als bijlage heeft ontvangen (zie 3.10) en tegen de inhoud van dat concept niet heeft geprotesteerd.

5.6. Dynniq heeft voorts, onder verwijzing naar een passage in de parlementaire geschiedenis van de Wvz over de transitievergoeding bij concessie- of contractwisseling, aangevoerd dat de werkne-

mer geacht wordt het initiatief te hebben genomen voor beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst met haar.

De Nota naar aanleiding van het Verslag (Kamerstukken I 2013/14, 33818 nr E p. 12) vermeldt:

“De regering heeft op pagina 15 van de memorie van antwoord inderdaad aangegeven ervan uit te gaan dat bij een nieuwe concessie de oude arbeidsovereenkomst steeds op initiatief van de werknemer wordt beëindigd. Onderkend is dat de situatie zich kan voordoen dat daar waar een werknemer de concessie volgt maar zelf niet de arbeidsovereenkomst opzegt, en om die reden de arbeidsovereenkomst door de oude werkgever wordt opgezegd, die opzegging tot gevolg zou hebben dat de oude werkgever een transitievergoeding verschuldigd is. Dat is ongewenst. Vandaar dat de regering heeft aangegeven dat in een situatie als deze voor de toepassing van artikel 7:673 BW de opzegging van de arbeidsovereenkomst geacht wordt te zijn gedaan op initiatief van de werknemer.”

Volgens Dynniq is bij de werknemer sprake van een gelijke situatie: Dura Vermeer heeft projecten overgenomen, inclusief onderliggende contracten, en verschillende werknemers. De werknemer wordt niet aangetast in zijn bescherming als werknemer nu hij zijn baan en zijn anciënniteit behoudt.

Het hof verwierpt die redenering. Bij een concessie- of contractwisseling is het een derde, de opdrachtgever, die bepaalt dat het eerder aanbestede werk in het vervolg door een andere opdrachtnemer wordt uitgevoerd. Indien bij zo'n wisseling geen sprake is van een overgang van onderneming, waardoor de arbeidsvoorwaarden hetzelfde blijven, zal toch veelal sprake zijn van een oude en nieuwe opdrachtnemer die aan dezelfde CAO voor de bedrijfstak zijn gebonden. In het onderhavige geval is sprake van een door Dynniq zelf in gang gezette reorganisatie. Het afstoten van bepaalde werkzaamheden is haar eigen keuze en daarbij is kennelijk volgens partijen geen sprake van overgang van onderneming. Het ligt dan in de rede dat Dynniq ervoor zorgt dat er een formeel einde komt aan de arbeidsovereenkomst met degenen die zij als gevolg van haar beslissing boventallig heeft verklaard en niet intern kan herplaatsen. Voor een gelijkstelling met een concessiewisseling in die zin, dat Dynniq zich kan beroepen op de fictie dat de werknemer geacht wordt zelf ontslag te hebben genomen omdat hij gaat werken bij een derde aan wie zij werkzaamheden

heeft overgedaan en van wie zij vindt dat deze passende arbeidsvoorwaarden biedt, ziet het hof geen goede grond. Dit geldt temeer nu deze derde aan een andere CAO is gebonden.

5.7. Nu geen sprake is van een al dan niet fictieve opzegging door de werknemer en evenmin van een einde met wederzijds goedvinden (voor de geldigheid waarvan artikel 7:670b lid 1 BW de schriftelijke vorm voorschrijft), dient er in dit geval, waarin vast staat dat de arbeidsovereenkomst per 1 augustus 2016 is geëindigd, van te worden uitgegaan dat de arbeidsovereenkomst op initiatief van Dynniq is geëindigd en dat de werknemer zich daarbij heeft neergelegd, zoals de werknemer ook heeft aangevoerd. Naar het oordeel van het hof moeten de handelingen van Dynniq, bestaande uit het boventallig verklaren van de werknemer, het afstoten van zijn werkzaamheden, het uitblijven van interne herplaatsing en het stimuleren tot indiensttreding elders, gevolgd door het opmaken van de eindafrekening, met een opzegging gelijk worden gesteld.

5.8. Dat sprake is van een opzegging door Dynniq heeft tot gevolg dat de werknemer in ieder geval subsidiair aanspraak heeft op de wettelijke transitievergoeding op de voet van artikel 7:673 lid 1 aanhef en onder a BW, zoals binnen de vervaltermijn door de werknemer is verzocht. Het sociaal plan (de Overeenkomst) dat na 1 juli 2015 met de ondernemingsraad is afgesproken (en daarmee niet valt onder de werking van artikel 3 van het Besluit overgangsrecht transitievergoeding, dat ingevolge artikel XXII lid 7 van het Overgangsrecht Wwz tot een keuze tussen de voorzieningen uit het sociaal plan en de transitievergoeding zou kunnen dwingen) staat daaraan niet in de weg. Het tweede deel van grief 6 in principaal hoger beroep faalt daarmee eveneens.

5.9. De werknemer heeft primair aanspraak gemaakt op een vergoeding ter hoogte van tweemaal de transitievergoeding uit hoofde van de Overeenkomst. De Overeenkomst kent volgens hem maar één vergoeding, te weten de dubbele transitievergoeding in artikel 5.2.

Het hof verwierpt deze stelling. De dubbele transitievergoeding komt volgens de tekst van artikel 5.2 slechts de werknemer toe die niet kan worden herplaatst, en volgens artikel 4.9 aan de werknemer die extern kan worden geplaatst in een door Dynniq niet passend geachte functie en die deze herplaatsing weigert. De werknemer voldoet niet aan een van deze twee voorwaarden (in zijn ver-

weerschrift, tevens beroepschrift in incidenteel hoger beroep stelt hij ook zelf in bijvoorbeeld de randnummers 5 en 6 dat hij heeft meegewerkt aan herplaatsing bij Dura Vermeer) en reeds daarom dient zijn primaire verzoek te worden afgewezen. De grieven in incidenteel hoger beroep worden verworpen.

5.10. Voor zover de grieven 1 tot en met 3 in principaal hoger beroep tot strekking hebben dat de werknemer op basis van de Overeenkomst geen aanspraak heeft op een vergoeding ter hoogte van de wettelijke transitievergoeding, anders dan de kantonrechter door middel van uitleg heeft geoordeeld, kan de juistheid daarvan in het midden blijven omdat de werknemer in ieder geval op basis van de wet die vergoeding toekomt, zoals hiervoor onder 5.8 is overwogen. Eventuele juistheid van die grieven leidt dan ook niet tot een ander dictum.

5.11. Dynniq verwijt de kantonrechter ten onrechte dat deze de dagvenstervergoeding (volgens Dynniq een vergoeding voor werken buiten gebruikelijke uren) heeft meegenomen in de berekening van de transitievergoeding. Het hof wijst erop dat het daarbij gaat om het overeengekomen bruto uurloon voor werk op bepaalde uren, zoals bedoeld in artikel 2 lid 1 van het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding. Grief 4 in principaal hoger beroep is ongegrond.

5.12. Nu de grieven 1 tot en met 4 en 6 in principaal hoger beroep niet tot vernietiging van de beschikking van de kantonrechter leiden, is er ook geen reden voor gegrondverklaring van grief 5 in principaal hoger beroep waarmee Dynniq opkomt tegen haar veroordeling tot betaling van buitengerechtelijke kosten en de proceskosten van eerste aanleg.

5.13. De slotsom is dat zowel de grieven in principaal hoger beroep als de grieven in incidenteel hoger beroep falen. De beschikking van de kantonrechter op het verzoek van de werknemer wordt, voor zover aan hoger beroep onderworpen, bekrachtigd onder aanpassing van de gronden. Dynniq wordt veroordeeld in de proceskosten van het principaal hoger beroep, aan de zijde van de werknemer te stellen op € 313,= griffierecht en € 1.788,= salaris advocaat volgens liquidatietarief (2 punten, tarief II). De werknemer wordt veroordeeld in de kosten van incidenteel hoger beroep, te stellen op € 894,= (1 punt, tarief II, voor salaris advocaat).

6. De beslissing

Het hof, beschikkende in hoger beroep: *in principaal en in incidenteel hoger beroep* bekrachtigt de beschikking van de kantonrechter te Amersfoort van 18 januari 2017, voor zover op het verzoek van de werknemer gewezen en aan hoger beroep onderworpen, onder aanpassing van de gronden;

veroordeelt Dynniq in de kosten van het principaal hoger beroep, aan de zijde van de werknemer vastgesteld op € 313,= griffierecht en € 1.788,= salaris advocaat volgens liquidatietarief;

veroordeelt de werknemer in de kosten van het incidentele hoger beroep, aan de zijde van Dynniq vastgesteld op € 894,= salaris advocaat volgens liquidatietarief;

verklaart deze proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af wat meer of anders is verzocht.

NOOT

Deze uitspraak is illustratief voor de haken en ogen die kleven aan de fictie die de wetgever bij de inwerkingtreding van de WWZ in het leven heeft geroepen voor de verschuldigdheid van de transitievergoeding bij opvolgend werkgeverschap (ook wel aangeduid als de "Asscher-fictie", zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 13 juli 2017, «JAR» 2017/196): ingeval van een concessiewissel of vergelijkbare gevallen is de oude werkgever geen transitievergoeding aan de werknemer verschuldigd, ook al is het initiatief tot beëindiging van de oude werkgever uitgegaan (*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*). Het gaat hier nadrukkelijk om een fictie nu de werkgever volgens de wettelijke regeling (artikel 7:673 lid 1 BW) normaal gesproken een transitievergoeding verschuldigd zou zijn. In plaats daarvan wordt de werknemer in deze gevallen geacht het initiatief tot beëindiging te hebben genomen. Hierbij dient in ogenschouw te worden genomen dat de werknemer in deze situatie wordt beschermd door het behoud van zijn anciënniteit: de duur van het dienstverband bij de oude werkgever telt mee voor de berekening van de transitievergoeding bij ontslag door de opvolgend werkgever (artikel 7:673 lid 4 sub b BW).

Kernvraag in deze uitspraak is wat moet worden verstaan onder een met de concessiewissel vergelijkbaar geval. Valt hier ook een reorganisatie onder waarbij de oude werkgever zelf – dus zonder tussenkomst van een derde (opdrachtgever) – beslist om een aantal projecten onder te brengen bij een nieuwe werkgever waar de werknemers worden herplaatst?

Gelet op de hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis wekt het geen verbazing dat het hof deze vraag ontkennend beantwoordt. Hieruit volgt dat de wetgever slechts de situatie op het oog heeft gehad waarin een derde (de opdrachtgever) een opdracht of concessie aan een andere opdrachtnemer gunt en de activiteiten vervolgens door die andere opdrachtnemer worden uitgevoerd. Dergelijke contractwisselingen doen zich in de praktijk bijvoorbeeld voor in de vervoer- en schoonmaaksector. Uit de toelichting in de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat de wetgever het in die specifieke gevallen ongewenst achtte dat de oude werkgever een transitievergoeding verschuldigd zou zijn.

Nu in dit geval geen sprake is van een derde (opdrachtgever) die de activiteiten van de ene opdrachtnemer aan een andere opdrachtnemer gunt maar het een werkgever zelf is die mogelijkheden tot externe herplaatsing bij een andere werkgever heeft geïnitieerd als gevolg van een reorganisatie, kwalificeert dit niet als een vergelijkbaar geval met een concessie. Zou ook deze situatie onder de fictie vallen, dan zou dit in de praktijk verstrekken gevolgen hebben in de gevallen waarin een werkgever zelf tot externe herplaatsing bij een andere werkgever overgaat. In al deze situaties zou de werknemer dan op grond van de fictie geacht worden zelf het initiatief tot beëindiging te hebben genomen en zou de oude werkgever geen transitievergoeding verschuldigd zijn. Tegen deze achtergrond is de restrictieve benadering van het hof begrijpelijk (r.o. 5.6.).

In een andere zaak die aan de orde was in Hof 's Hertogenbosch 27 oktober 2016, «JAR» 2016/284, oordeelde het hof dat het initiatief tot beëindiging wel degelijk van de oude werkgever (een uitzendbureau) was uitgegaan, omdat de reden voor beëindiging niet was gelegen in het verliezen van de opdracht voor de inlenende partij, maar omdat niet wenselijk werd geacht dat de arbeidsovereenkomst van de betrokken werknemster voor onbepaalde tijd zou gaan

gelden. De betrokken werknemster was weliswaar in dienst getreden bij een nieuwe werkgever (ook een uitzendbureau) waarvan de inlenende partij ook uitzendkrachten tewerkstelde, maar een dergelijke situatie was (gelet op de reden voor beëindiging) volgens het hof niet gelijk te stellen met een contractwissel. Om die reden was het eindoordeel dat de oude werkgever de transitievergoeding wel moest betalen; ook in dit geval ging een beroep op de fictie dus niet op.

Wat de fictie verder compliceert, is dat zelfs als sprake is van een concessiewissel of een hiermee vergelijkbaar geval, dit andere knelpunten oplevert. Zo volgt uit Ktr. Amersfoort 25 mei 2016 «JAR» 2016/153, m.nt. Helstone dat, indien sprake is van een achteruitgang in de arbeidsvoorwaarden bij een opvolgend werkgever, de fictie niet opgaat omdat dan uiteindelijk door de opvolgend werkgever een lagere transitievergoeding verschuldigd zou zijn. Nu de werknemer hierdoor zou worden benadeeld, zou dit niet verenigbaar zijn met de ratio van de fictie. In mijn noot bij deze uitspraak heb ik erop gewezen dat de betekenis van de fictie zal moeten worden gerelativeerd, omdat de oude werkgever niet snel gevrijwaard zal zijn van zijn betalingsverplichting van de transitievergoeding. Immers, de nieuwe werkgever zal steeds vrij zijn om te onderhandelen over de hoogte van nieuwe arbeidsvoorwaarden, als geen sprake is van overgang van onderneming. Dat zal in de regel dus niet tot vergelijkbare arbeidsvoorwaarden bij een contractwissel leiden. Verder zijn de grenzen onduidelijk: wanneer is nu sprake van een zodanige achteruitgang dat de fictie niet langer van toepassing is?

Ik vraag mij daarom af of de fictie niet nodeloos ingewikkeld is. In de literatuur zijn verschillende mogelijke oplossingen aangedragen (zie bijvoorbeeld R. Schepers en E.C. van Fenema, 'Transitievergoeding bij contracts- en werkgeverswissel: doorrekenen of afrekenen?', *ArbeidsRecht* 2016/36 en S. Palm, 'De transitievergoeding en aanbestedingsprocedures: een eerlijke verdeling van de schulden', *TAP* 2016/9). Als een van de alternatieve oplossingen is opgeworpen dat de normale wettelijke regels van artikel 7:673 lid 1 BW worden gevolgd en de oude werkgever de transitievergoeding betaalt bij einde dienstverband. Hoewel dit alternatief de vraag oproept of dit uiteindelijk tot een evenwichtige risicode-

ling leidt (met name Palm plaatst hierbij kanttekeningen), is het belangrijkste voordeel dat de positie van iedere betrokken partij dan duidelijk is: de betrokken werknemers behouden bij de nieuwe opvolgende werkgever hun anciënniteit maar de opvolgend werkgever mag bij einde dienstverband de transitievergoeding die door de oude werkgever is betaald in mindering brengen (artikel 7:673 lid 5 BW). Deze benadering verdient met het oog op de rechtszekerheid vooralsnog de voorkeur.

Kort en goed: de Asscher-fictie vraagt om herbezinning. Uit het regeerakkoord van 10 oktober 2017 blijkt dat een aantal regels voor de transitievergoeding zal worden heroverwogen en aangepast. Het aantreden van het nieuwe kabinet lijkt nu een goed moment om deze fictie nog eens kritisch tegen het licht te houden.

A.M. Helstone