

De continuïteit van de arbeidsrelatie bij aanbestedingen

I. Lintsen, *De continuïteit van de arbeidsrelatie bij aanbestedingen. Een onderzoek naar de afstemming tussen het arbeidsrecht en het aanbestedingsrecht* (diss. Radboud Universiteit; Monografieën Sociaal recht nr. 80), Deventer: Wolters Kluwer 2022. Promotoren: prof. mr. L.G. Verburg en prof. mr. F.G. Laagland (beide Radboud Universiteit)

Mr. dr. I. Lintsen

1 Inleiding

Op 25 mei 2012 deed de Hoge Raad uitspraak in de Van Tuinen/Wolters-zaak.¹ In de kern ging deze uitspraak om de reikwijdte van het opvolgend werkgeverschap. De relevantie is echter groter dan dat. De casus illustreert de wijze waarop het aanbestedingsrecht en het arbeidsrecht in elkaar kunnen grijpen.

Van Tuinen was vanaf 12 maart 2007 voor bepaalde tijd als chauffeur in dienst van Connexxion Taxi Services BV (hierna: Connexxion). Deze overeenkomst is tweemaal voor bepaalde tijd verlengd, laatstelijk tot en met 31 maart 2008. Van Tuinen werd met name ingeroosterd voor het Wmo-vervoer. Toen de gemeente Leeuwarden via een aanbesteding besloot dat vervoer per 1 april 2008 aan de Vier Gewesten BV te gunnen, kon Van Tuinen haar werkzaamheden voortzetten in dienst van Taxicentrale Wolters BV (een van de partijen die door de Vier Gewesten werden ingeschakeld om de werkzaamheden uit te voeren; hierna: Wolters). Van Tuinen trad bij Wolters in dienst op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en toen die arbeidsovereenkomst afliep, werd deze niet opnieuw verlengd. Van Tuinen stelde dat haar arbeidsovereenkomst met Wolters van rechtswege was omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar kreeg geen gelijk. Haar beroep op de regeling overgang van onderneming werd verworpen omdat zij op het moment van de overgang, 1 april 2008, voor een 'split second' niet meer in dienst was. De oude arbeidsovereenkomst eindigde immers op 31 maart 2008. Voorts bood ook het opvolgend werkgeverschap geen redding. De omstandigheid dat Van Tuinen na indiensttreding bij Wolters dezelfde (vervoers)werkzaamheden was blijven verrichten voor dezelfde doelgroep als zij voorheen in dienst van Connexxion verrichtte, was volgens de Hoge Raad onvoldoende om opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) aan te nemen.

1 HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, NJ 2013/171, m.nt. E. Verhulp (Van Tuinen/Wolters). Zie uitgebreid S. Palm, *De zoektocht naar de juiste interpretatie van opvolgend werkgeverschap na Van Tuinen/Wolters*, ArA 2014/1, p. 16-50.

Mr. dr. I. Lintsen

De Hoge Raad nam aan dat het ‘zodanige banden’-criterium zoals dat geldt voor het proeftijdbeding, ook van toepassing was op artikel 7:668a lid 2 BW. Van banden op grond waarvan het door Connexxion verkregen inzicht in de hoedanigheden en geschiktheid van Van Tuinen zou moeten worden toegerekend aan Wolters, was echter geen sprake. Wolters was niet meer dan een concurrent van Connexxion. Van Tuinen bleef dus met lege handen achter. Die uitkomst staat op het eerste gezicht op gespannen voet met de doelstellingen die ten grondslag liggen aan de Richtlijn inzake overgang van onderneming (Richtlijn 2001/23/EG) en de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (Richtlijn 1999/70/EG). Een werknemer mag niet de dupe worden van een verandering van ondernemer en moet op enig moment over een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kunnen beschikken. Het roept de vraag op in hoeverre die arbeidsrechtelijke doelstellingen tot hun recht komen bij aanbestedingen.

Onder meer de Van Tuinen/Wolters-zaak heeft mij aangezet tot het schrijven van een proefschrift over de wijze waarop het arbeidsrecht en het aanbestedingsrecht zich tot elkaar verhouden. Het proefschrift verscheen op 1 juni 2022 en staat in deze bijdrage centraal. Het doel is tweeledig. Met de bijdrage tracht ik allereerst inzicht te geven in de conclusies en relevantie van het onderzoek. Ik geef concreet aan hoe beide rechtsgebieden op elkaar zijn afgestemd en waar zich knelpunten voordoen, en bekijk vervolgens wat wij van die bevindingen kunnen leren. Het tweede doel is om startende promovendi en andere wetenschappers te inspireren. Ik bied inzicht in de methodologische keuzes en reflecteer op de wijze waarop het proefschrift tot stand is gekomen. Met dat laatste – de opzet van het onderzoek en de methodologische verantwoording – start ik deze bijdrage.

2 Opzet van het onderzoek en methodologische overwegingen

2.1 *Opzet van het onderzoek*

Het Van Tuinen/Wolters-arrest zette, zoals gezegd, aan tot denken over de wijze waarop het aanbestedingsrecht en het arbeidsrecht zich tot elkaar verhouden. De doelstellingen van het aanbestedingsrecht leken die van het arbeidsrecht te ondergraven. Van Tuinen/Wolters was echter niet de enige zaak die in dit verband mijn aandacht trok. De FNV schreef in een onderzoek naar de gevolgen van het aanbestedingsbeleid in het doelgroepenvervoer het volgende:

‘Door de aanbestedingsdrift naar de laagste prijs lopen werknemers in de taxi-sector keer op keer de transitievergoeding mis, hebben ze geen kans op een vaste baan en geen kansen op scholing en outplacement, omdat de financiële middelen ontbreken. Hun kans om zich op de arbeidsmarkt voor te bereiden wordt hen hierdoor ontnomen.’²

Ook in de zorg en de schoonmaakbranche werden publiekelijk zorgen geuit over de gevolgen die aanbestedingen mogelijk hadden voor de bij de uitvoering van de

2 Witboek Taxi, Doorgeslagen aanbestedingsdrift zet taxichauffeurs in de kou, FNV Taxi 2017.

overheidsopdracht betrokken werknemers. Ik wijs onder meer op de Sensire-zaak, die in 2014 veel politieke belangstelling kreeg,³ en de inbesteding van de schoonmaakwerkzaamheden door het Rijk. Aanbestedingen zouden leiden tot oneigenlijke concurrentie op arbeidsvoorwaarden, en ter bescherming van het betrokken personeel zag het Rijk zich genoodzaakt de schoonmaakwerkzaamheden weer in eigen beheer te gaan verrichten.⁴

Dat aanbestedingen gevolgen hebben voor het personeel dat het werk uitvoert, is op zichzelf niet zo gek. De sociale gevolgen zijn inherent aan het interne marktbeleid waar het Europese aanbestedingsrecht onderdeel van uitmaakt. Met een aantal arbeidsrechtelijke richtlijnen beoogt de Europese wetgever een tegenwicht te bieden aan het interne marktbeleid en daarmee ook aan het Europese aanbestedingsrecht. Zo tracht de Richtlijn inzake overgang van onderneming de continuïteit van de arbeidsbetrekkingen bij verandering van ondernemer veilig te stellen. De strekking die aan de richtlijn ten grondslag ligt, is dat de werknemer geen hinder mag ondervinden van de wijzigingen in werkgeverschap die zich als gevolg van economische ontwikkelingen voordoen. Ook de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is geënt op een bepaalde mate van continuïteit van de arbeidsrelatie. De werknemer moet volgens de aan de richtlijn ten grondslag liggende raamovereenkomst na een zekere tijd, of een aantal tijdelijke contracten, kunnen beschikken over de zekerheid van een vast contract. Dat is slechts anders als objectieve redenen het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen rechtvaardigen. Hoewel de raamovereenkomst voorziet in de behoefte van werkgevers en werknemers aan flexibiliteit, is de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd het uitgangspunt. Uit de praktijksituaties (waarvan ik hiervoor enkele heb genoemd) leek echter te volgen dat die Europese arbeidsrechtelijke doelstellingen onvoldoende tot hun recht kwamen.

Op deelonderwerpen was onderzoek gedaan. Die onderzoeken deden vermoeden dat de afstemming tussen beide rechtsgebieden problematisch was. Het onderzoek was steeds verricht vanuit ofwel het arbeidsrecht, ofwel het aanbestedingsrecht en nam telkens een deelgebied als uitgangspunt. Een volledig beeld over de afstemming tussen beide rechtsgebieden voor wat betreft de continuïteit van de arbeidsrelatie ontbrak echter. Dit leidde tot de volgende hypothese die aan het onderzoek ten grondslag ligt:

Bij Europese aanbestedingen in Nederland wordt onvoldoende recht gedaan aan de beoogde continuïteit van de arbeidsrelatie door een gebrek aan afstemming tussen het aanbestedingsrecht en het arbeidsrecht.

Het onderzoek analyseert en beoordeelt de afstemming van beide rechtsgebieden in het licht van de continuïteit van de arbeidsrelatie bij Europese aanbestedingen in Nederland. De continuïteit van de arbeidsrelatie refereert aan de hiervoor omschreven Europese doelstellingen die ten grondslag liggen aan de Richtlijn inzake

3 Zie o.a. Kamerstukken II 2013/14, 23235, nr. 106, p. 8.

4 Kamerstukken II 2013/14, 31490, nr. 134.

Mr. dr. I. Lintsen

overgang van onderneming en de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Daarnaast heb ik het Sociaal Akkoord uit 2013 in het onderzoek betrokken. In het akkoord spraken sociale partners af dat bij aanbesteding, uitbesteding of (schijn)faillissement de werknemers die het betreffende werk doen, dat werk met behoud van arbeidsvoorwaarden zouden moeten volgen (onafhankelijk van de vraag of sprake is van een overgang van onderneming). Met Europese aanbestedingen in Nederland wordt gedoeld op aanbestedingen waarop (de Nederlandse implementatie van) het Europese aanbestedingsrecht en meer specifiek de Richtlijn betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten⁵ (Richtlijn 2014/24/EU) van toepassing zijn. Het onderzoek kent vanuit zowel het arbeidsrecht als het aanbestedingsrecht dus een sterke Europese dimensie.

De hypothese heb ik vervolgens op juistheid getoetst aan de hand van twee onderzoeksvragen. Onderzoeksvraag 1 neemt het aanbestedingsrecht als uitgangspunt en richt zich op de mogelijkheden die het aanbestedingsrecht biedt om een aanbesteding 'af te stemmen' op het geldende arbeidsrecht. Anders gezegd: deze vraag richt zich op de mate waarin de spelregels van het aanbestedingsrecht recht doen aan het arbeidsrecht en het toestaan om door middel van aanbestedingsrechtelijke tools de gevolgen voor het betrokken personeel te verzachten. Onderzoeksvraag 2 draait het perspectief om en neemt het arbeidsrecht als uitgangspunt. Deze vraag luidt, kort gezegd, in hoeverre de arbeidsrechtelijke doelstellingen tot hun recht komen bij Europese aanbestedingen.

De combinatie van de twee perspectieven die ten grondslag liggen aan respectievelijk beide onderzoeksvragen biedt inzicht in de mate waarin de rechtsgebieden onderling op elkaar zijn afgestemd en de wijze waarop die afstemming de continuïteit van de arbeidsrelatie beïnvloedt. Aan de hand van deze inzichten heb ik uiteindelijk een oordeel kunnen vellen over de hypothese.

2.2 *Methodologische verantwoording*

- *De probleemstelling in de vorm van een hypothese*

De probleemstelling vormt het middelpunt van ieder wetenschappelijk onderzoek. Het geeft aan waarop de onderzoeker tracht een antwoord te vinden of welke hypothese hij wil toetsen. Een scherp omlinjende probleemstelling is een van de minimeisen waaraan verantwoord wetenschappelijk onderzoek zou moeten voldoen.⁶ Een probleemstelling geeft namelijk richting aan het onderzoek en geeft aan wat het vernieuwende aspect is van het onderzoek: wat wil de onderzoeker toevoegen aan de stand van de wetenschap en het maatschappelijke, theoretische of praktische belang daarvan?

5 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PbEU, L 94/65).

6 Zie over het belang van een scherp omlinjende probleemstelling bijv. R.A.J. van Gestel e.a., Rechts-wetenschappelijke artikelen. Naar criteria voor methodologische verantwoording, NJB 2007/1243.

Mijn probleemstelling richtte zich bij aanvang van het onderzoek niet specifiek op de afstemming tussen het arbeidsrecht en het aanbestedingsrecht, maar meer in algemene zin op de wijze waarop beide rechtsgebieden zich tot elkaar verhouden. Het probleem dat ik aan het onderzoek ten grondslag legde, was dat de rechtsgebieden (op punten) niet verenigbaar waren en de daaruit voortvloeiende vraag naar mogelijke knelpunten stond centraal. Tijdens een eerste verkennend onderzoek kwam ik tot de conclusie dat die probleemstelling te breed en mogelijk te vaag was. Het aanbestedingsrecht en het arbeidsrecht zijn twee zelfstandige rechtsgebieden die ieder iets anders beogen te regelen. In theorie zitten ze elkaar niet in de weg. Van botsende doelstellingen of onderlinge onverdraagzaamheid bleek geen sprake te zijn. Het Europese aanbestedingsrecht is gestoeld op de totstandkoming van de interne markt en tracht overheidsopdrachten open te stellen voor onvervalste mededinging. De aanbestedingsprocedures coördineren het inkoopproces en dwingen de overheid een objectieve keuze te maken voor die partij die de laagste prijs of de beste prijs-kwaliteitsverhouding biedt. Anders gezegd: het tracht vriendschappelijk te voorkomen. Het beoogde nadrukkelijk geen afbreuk te doen aan doelstellingen van het arbeidsrecht, zo is ook in artikel 18 Richtlijn betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten vastgelegd. Dat het arbeidsrecht in enigerlei mate de concurrentiemogelijkheden beperkt, maakt een en ander niet anders.

Wat was dan wel het probleem? Was er wel een probleem? Het waren vragen die mij bezighielden en waar ik één, twee, drie geen antwoord op had. Of althans, ik zag het maatschappelijke probleem, maar ik slaagde er in de beginfase niet in dit om te buigen tot een probleemstelling die ten grondslag zou liggen aan een rechtswetenschappelijk onderzoek. Uiteindelijk leidden de volgende constatering mij tot de huidige probleemstelling. Tal van praktijksituaties deden vermoeden dat de rechten van werknemers in het gedrang kwamen bij aanbestedingen. Een integraal beeld (de theorie) over de oorzaak van de problematiek ontbrak echter. Op basis van de voorbeelden en het beperkte onderzoek dat op deelgebieden al was verricht, ontstond bij mij de verwachting dat de continuïteit van de arbeidsrelatie onvoldoende tot zijn recht kwam bij aanbestedingen door onvoldoende afstemming tussen beide rechtsgebieden. Dat was na het wegstrepen van onder meer de strijdende doelstellingen, de enige logische verklaring voor de problematiek. Door deze wijze van benadering van de aan het onderzoek ten grondslag liggende problematiek lag het gebruik van een hypothese voor de hand. Aan de hand van een exploratieve, of ook wel verklarende hypothese wilde ik gaan toetsen of mijn verwachting juist was. De hypothese gaf mijn onderzoek een duidelijke richting die aansloot bij het vernieuwend element en bovendien paste bij het evaluerende doel van het onderzoek.

In de literatuur wordt als nadeel van het gebruik van hypothesen in de rechtswetenschap gewezen op het probleem van vooringenomenheid. Door een duidelijk perspectief te kiezen (hetgeen men met een hypothese doet), zou men andere ideeën die ook in de bronnen van het recht zijn te ontwaren over het hoofd kunnen

Mr. dr. I. Lintsen

zien.⁷ Niet ieder onderzoek leent zich aldus voor het gebruik van een hypothese. Het gevaar van vooringenomenheid heb ik kunnen beperken. Uit het achtergrondonderzoek bleek in feite maar een logische verklaring voor de problematiek die ik logisch beredeneerd kon onderbouwen. Bovendien ontnam het exploratieve karakter van de hypothese mij niet de vrijheid om het geldende recht vrij te interpreteren op een wijze zoals dat in de juridische dogmatiek gebruikelijk is. Al met al was het gebruik van een hypothese voor mijn onderzoek een logische keuze.

• *Rechtsvergelijking niet als doel, maar ter inspiratie*

Een tweede methodologische overweging die ten grondslag ligt aan mijn dissertatie en een bespreking waard is, betrof het al dan niet doen van rechtsvergelijking. Bij de implementatie van de Richtlijn inzake overgang van onderneming is in het Verenigd Koninkrijk (anders dan in Nederland) uitgebreid stilgestaan bij de vraag hoe om te gaan met veranderingen van dienstverlener als gevolg van aanbestedingen. Dit heeft ertoe geleid dat de bescherming die de richtlijn beoogt te bieden in de Engelse implementatie – de Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 (TUPE-regeling) – is uitgebreid naar zogenoemde *service provision changes*.⁸ Het betreft kort gezegd situaties van in- of uitbesteden van een opdracht door de overheid dan wel een contractwissel waarbij de overheidsopdracht van de ene opdrachtnemer overgaat op een ander. De regeling verzekert de werknemers dat zij niet louter als gevolg van een *service provision change* in een nadelige positie zouden komen te verkeren. Potentieel biedt het Verenigd Koninkrijk dus interessante inzichten voor de ‘oplossing’ van de aan de dissertatie ten grondslag liggende problematiek. Een bezoek aan het Verenigd Koninkrijk gedurende het promotietraject lag dan ook voor de hand. Ik verbleef één maand aan de University of Cambridge en had discussies met onder meer prof. C. Barnard over de betreffende TUPE-regeling in relatie tot aanbestedingen. De lezer die in mijn boek een uitvoerige beschrijving van de Engelse *service provision change*-regeling uit de zogenoemde TUPE-regeling verwacht aan te treffen, alsook een antwoord op de vraag of een dergelijke regeling in het Nederlandse rechtsstelsel geïmplementeerd kan worden, moet ik helaas teleurstellen. De kennis die ik in het Verenigd Koninkrijk heb opgedaan, heeft geen prominente plek in de dissertatie gekregen. Het doel van de rechtsvergelijking was niet om te beoordelen of wij in het Nederlandse recht zouden kunnen overnemen wat in het Verenigd Koninkrijk geldt om zo een oplossing te bieden voor de problematiek die aanleiding vormde voor het onderzoek. Daarvoor zou men een ‘deep-level’ vergelijking tussen beide rechtsstelsels moeten maken, waarbij de regeling onder meer wordt geplaatst in de maatschappelijke context van leerstukken uit het recht.⁹ Een ‘deep-level’ vergelijking tussen beide

7 P. Westerman & M. Wissink, Rechtsgeleerdheid als rechtswetenschap, NJB 2008/440. Vgl. I. Wendt, De opgekomen methodenvrees in het rechtswetenschappelijk debat in Nederland. Een voorstel, NJB 2009/643.

8 Zie nader I.A. Haanappel-van der Burg, Grensoverschrijdende overgang van onderneming vanuit een rechtsvergelijkend en conflictrechtelijk perspectief (Monografieën Sociaal Recht nr. 69), Deventer: Kluwer 2015; P.C. Vas Nunes, TUPE 2006, SMA 2007, p. 320-329.

9 J.B.M. Vranken, Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****. Een synthese, Deventer: Kluwer 2014, par. 1.3.

rechtsstelsels zou bovendien niet beperkt kunnen blijven tot een analyse van de *service provision change*-regeling of meer algemeen de TUPE-regeling, maar zou ook inzicht vereisen in het Engelse arbeidsrecht en aanbestedingsrecht. Een uitbreiding van de bescherming bij overgang van onderneming weegt naar Engels recht vanzelfsprekend minder zwaar dan naar Nederlands recht, nu de verkrijgende partij op grond van het nationale ontslagrecht ook eenvoudiger van de betreffende werknemer af kan. Nu het Europese recht op beide rechtsgebieden een ruime mate van beleidsvrijheid biedt aan lidstaten, is een dergelijke vergelijking omvangrijk en niet haalbaar binnen de voor het promotietraject beschikbare tijd. De periode in Cambridge heb ik daarom uitsluitend gebruikt om inspiratie op te doen en te zien hoe het ook anders kan. Met name de overwegingen die ten grondslag liggen aan de uitbreiding van de werkingssfeer van de TUPE-regeling stelden mij in staat kritisch te zijn ten opzichte van ons eigen rechtsstelsel. Op onderdelen heb ik in mijn onderzoek naar het Engelse recht verwezen, maar gelet op het beperkte doel van de rechtsvergelijking heb ik daarmee volstaan.

Het gebrek aan rechtsvergelijking doet mijns inziens niet af aan het vernieuwende karakter van het onderzoek en de relevantie daarvan. In de rechtswetenschap staat juridisch dogmatisch onderzoek onder druk, en er zijn geluiden hoorbaar dat juridisch-dogmatisch onderzoek op z'n minst een rechtsvergelijkende, multidisciplinaire of empirische component zou moeten bevatten om vernieuwend te zijn.¹⁰ Ik ben het daar niet mee eens. Zoals Tjong Tjin Tai en Verbruggen helder omschrijven houdt juridisch-dogmatisch onderzoek namelijk meer in dan alleen 'gedachteloze ordening of klakkeloze beschrijving' van het recht.¹¹ Die opvatting onderschrijf ik. In het onderzoek heb ik het geldende op systematische wijze in kaart gebracht en geordend. Daarbij lag de focus op de europeanisering van het recht en de wijze van implementatie in het nationale recht. Tegenstrijdige meningen of onduidelijkheden in de rechtspraak heb ik gesignaleerd en ik heb oplossingen aangedragen over hoe daarmee om te gaan. Ook zijn onderlinge verbanden tussen deelonderwerpen en beide rechtsgebieden gelegd die niet eerder op die manier aan de orde zijn gesteld. De nieuwe inzichten stelden mij uiteindelijk in staat om een oordeel te vellen over de wijze waarop de rechtsgebieden zijn afgestemd en welke knelpunten zich voordoen in het licht van de continuïteit van de arbeidsrelatie.

• *Aanbevelingen zijn geen onderdeel van het onderzoek*

Tot slot stel ik het al dan niet doen van aanbevelingen als laatste methodologische keuze aan de orde. Waarschijnlijk heeft (bijna) iedere rechtswetenschapper na het doen van grondig onderzoek op een bepaald terrein een persoonlijke opvatting

10 Asser/Vranken Algemeen deel**** 2014, par. 1.4 en meer specifiek ten aanzien van rechtsvergelijking par. 6.2.1.

11 T.F.E. Tjong Tjin Tai & P.W.J. Verbruggen, *Onderzoeksmethoden in de rechtswetenschap. Over pluraliteit en vernieuwing*, NJB 2022/2. Zie ook J.B.M. Vranken, *Wij weten wel wat wij doen*, NJB 2014/1271.

Mr. dr. I. Lintsen

over hoe het ‘beter’ zou kunnen. Ik was daarop geen uitzondering. Toch heb ik mijn gedachten niet aan papier toevertrouwd.¹² Waarom niet?

Zoals hiervoor al aan de orde gesteld, is mijn onderzoek gericht op het geldende recht en heeft het een juridisch-dogmatisch karakter. Als rechtswetenschapper heb ik mij gericht op het in kaart brengen, ordenen en systematiseren van het geldende recht. Daarbij heb ik knelpunten gesignaleerd en voor zover mogelijk aangegeven hoe met die knelpunten (binnen de huidige wettelijke kaders) kan en moet worden omgegaan, gelet op onder meer de doelstellingen van beide rechtsgebieden. Op die manier heb ik getracht een verklaring te vinden voor de problematiek, maar heb ik diezelfde problematiek niet opgelost. Dat is in mijn visie ook niet de taak van de rechtswetenschapper. Zoals Wibier het omschrijft ‘heeft de rechtswetenschapper niet de expertise of opleiding die hem deskundig zou maken om uit de verschillende mogelijke maatregelen te kiezen, noch om de wenselijkheid van die maatregelen te beoordelen’.¹³ Dat zijn simpelweg geen juridische vragen. Ik had mogelijkerwijs kunnen beoordelen of een voorgestelde maatregel (bijvoorbeeld de *service provision change*-regeling uit het Verenigd Koninkrijk) in het juridische systeem valt in te passen. Zo’n maatregel zou bijvoorbeeld in strijd kunnen zijn met verdragsrechtelijke verplichtingen en/of haaks kunnen staan op bepaalde uitgangspunten van het Nederlandse aanbestedingsrecht. Die toets is echter beperkt in omvang en dient zich bovendien pas aan op het moment dat uit niet-juridisch onderzoek is gebleken welke maatregelen het beste genomen zouden kunnen worden. Er is immers vaak niet slechts één oplossing denkbaar, zo ook niet in dit geval. Welke oplossing het beste is, hangt niet louter af van de wijze van afstemming tussen beide rechtsgebieden vanuit het perspectief van de continuïteit van de arbeidsrelatie, maar bijvoorbeeld ook van de maatschappelijke context waarbinnen de regel wordt toegepast en van politiek getinte overwegingen. Ook zouden andere perspectieven die ik niet in mijn onderzoek heb betrokken tot een andere afweging kunnen leiden. Het doen van aanbevelingen op basis van het onderzoek zou dus slechts een zeer beperkte relevantie hebben en heb ik om die reden achterwege gelaten.

3 Bevindingen

3.1 De essentie

In het slothoofdstuk heb ik geconcludeerd dat het onderzoek de hypothese bevestigt: beide rechtsgebieden zijn inderdaad met het oog op de continuïteit van de arbeidsrelatie onvoldoende op elkaar afgestemd. Dit zit kort gezegd als volgt.

Hoewel niet kan worden gezegd dat beide rechtsgebieden niet naar elkaar omkijken, is de communicatie tot dusver eendimensionaal vormgegeven. De rechtsgebieden zijn niet met elkaar in gesprek. Zo stelt het aanbestedingsrecht geen af-

12 Loonstra is hierop kritisch; zie C. Loonstra, De continuïteit van de arbeidsrelatie bij aanbestedingen, TRA 2022/95.

13 R. Wibier, De taak van de rechtswetenschapper, NJB 2020/814; J. Smits, Omstreten rechtswetenschap, Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 112-113.

breuk te doen aan de rechtspositie van werknemers en biedt het de mogelijkheden om de arbeidsrechtelijke gevolgen van een aanbesteding te ondervangen. Tot verplichtingen komt het aanbestedingsrecht echter niet. Andersom tracht het arbeidsrecht op allerlei manieren recht te doen aan de rechtspositie van werknemers bij aanbestedingen. De vormgeving van de regelingen blijkt echter niet te zijn afgestemd op aanbestedingen, waardoor het arbeidsrecht in zijn eigen doelstelling om de continuïteit van de arbeidsrelatie te waarborgen tekortschiet. Door een gebrek aan afstemming tussen het aanbestedingsrecht en het arbeidsrecht wordt bij publieke aanbestedingen onvoldoende recht gedaan aan de beoogde continuïteit van de arbeidsrelatie zoals die tot uiting komt in de Richtlijn inzake overgang van onderneming, de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en het Sociaal Akkoord uit 2013.

Hierna zal ik aan de hand van beide onderzoeksvragen de conclusie nader toelichten. Vanzelfsprekend is het niet mogelijk om in deze bijdrage alle bevindingen te bespreken en ik zal dan ook volstaan met een aantal highlights.

3.2 De wijze waarop het arbeidsrecht is afgestemd op het aanbestedingsrecht

De Europese doelstellingen zoals die ten grondslag liggen aan de Richtlijn inzake overgang van onderneming en de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd komen in Nederland tot uiting in het leerstuk van overgang van onderneming (artikelen 7:662 e.v. BW) en de ketenregeling (artikel 7:668a BW). Bij contractwisselingen krijgt de werknemer te maken met een nieuwe werkgever. Om die reden is ook het leerstuk van het opvolgend werkgeverschap in de studie betrokken. Daarnaast richt het onderzoek zich in het licht van de doelstelling van sociale partners zoals verwoord in het Sociaal Akkoord uit 2013 ('mens-volgt-werk') op overnameverplichtingen in cao's.¹⁴

Als sprake is van een overgang van onderneming, komt de continuïteit van de arbeidsrelatie ten volle tot zijn recht. Uit het onderzoek blijkt echter dat niet in alle gevallen waarin het werk overgaat als gevolg van een aanbesteding sprake is van een overgang van onderneming. Met name de vereiste autonomie van de onderneming en het identiteitsbehoud kunnen aan de overgang van onderneming bij aanbestedingen in de weg staan. Die conclusie lijkt op het eerste gezicht misschien niet verrassend, maar in het licht van de doelstelling van de richtlijn is dat wel het geval. De Richtlijn inzake overgang van onderneming is ontstaan vanuit de gedachte dat de totstandkoming van de interne markt een sterke weerslag had op de sociale positie van werknemers, terwijl de bestaande regelingen onvoldoende rekening hielden met de belangen van werknemers. Tegen die achtergrond beoogt voornoemde richtlijn werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen. Aanbestedingen dragen in belangrijke mate bij aan de totstandkoming van de interne markt. Hoewel dit niet zo expliciet is benoemd, lijkt de bedoeling van de Europese wetgever dan ook te zijn dat de richtlijn werknemers beschermt in de situatie waarin zij

14 Zie bijvoorbeeld artikel 38 cao Schoonmaak- en glazenwassersbedrijf en artikel 19 en 20 cao Particuliere Beveiliging.

Mr. dr. I. Lintsen

worden geconfronteerd met een verandering van ondernemer als gevolg van een aanbesteding. Steun voor deze benadering biedt de ruime werking die het Hof van Justitie aan de Richtlijn inzake overgang van onderneming geeft. Het Hof is echter gestuit op de tekst van de richtlijn, die lijkt te zijn toegeschreven op fusies en overnames. De tekst van de richtlijn laat, met andere woorden, geen ruimte voor een uitleg die recht doet aan de continuïteit van de arbeidsrelatie bij Europese aanbestedingen.

In Nederland vullen sectorale overnameverplichtingen in cao's de ontstane leemte gedeeltelijk op. Sectorale overnameverplichtingen vormen in feite een uitbreiding van het toepassingsbereik van de regeling overgang van onderneming en verplichten werkgevers tot het doen van een aanbod aan (een deel) van de bij de uitvoering van de opdracht betrokken werknemers. Europa staat die uitbreiding toe. Gezien een aantal knelpunten garanderen overnameverplichtingen echter niet dat de werknemers die het betreffende werk doen, bij aanbesteding het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden volgen. Ik noem er hier twee. Allereerst geldt dat het formele toepassingsbereik van de cao ertoe kan leiden dat de overnameverplichting slechts geldt voor werkgevers die zijn aangesloten bij de werkgeversorganisatie die de cao heeft gesloten. Dat is anders als de cao-bepaling algemeen verbindend is verklaard. Een algemeenverbindendverklaring (avv) van een cao-bepaling is echter slechts tijdelijk van aard. In avv-loze perioden ontbeert het de werknemers aan bescherming als de nieuwe aanbieder niet aan de cao gebonden is. Ten tweede bieden de overnameverplichtingen een ten opzichte van artikel 7:663 BW afgeslankt regime van bescherming. Zo kunnen vaak niet alle werknemers rechten ontleen aan de cao-bepaling en is de nieuwe aanbieder ook niet altijd verplicht alle arbeidsvoorwaarden te respecteren.

Bovendien is het de vraag of de werknemer in de situatie waarin hij het baanaanbod van de nieuwe aanbieder aanvaardt, wordt beschermd tegen het ongelimiteerd gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Van een voortgezette arbeidsovereenkomst – zoals bij overgang van onderneming – is immers geen sprake. De Nederlandse wetgever heeft de regeling van het opvolgend werkgeverschap zoals neergelegd in artikel 7:668a BW met het oog op de doelstelling van de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in 2015 verruimd. Ook de situatie waarin een opdracht wordt verleend aan een andere aanbieder en de werknemer 'meeverhuist' met zijn werk valt onder het bereik van het opvolgend werkgeverschap. Niet langer is vereist dat de nieuwe aanbieder inzicht heeft in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, zoals uit het Van Tuinen/Wolters-arrest volgde. Het criterium van 'vergelijkbare arbeid' geldt nog wel, maar dit criterium mag gelet op de voornoemde Europese en nationale doelstelling niet zo worden uitgelegd dat van opvolgend werkgeverschap geen sprake is bij aanbestedingen. Met de doelstelling van de Richtlijn inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zit het dus wel goed. Het opvolgend werkgeverschap heelt echter niet het gebrek aan de bescherming die de regeling overgang van onderneming beoogt te bieden: de werknemer verkrijgt niet het recht zijn werk voort te zetten.

Kortom: de *bottom line* is dat de drie onderzochte regelingen gezamenlijk slechts gedeeltelijk tegemoetkomen aan de doelstelling om de continuïteit van de arbeidsrelatie te waarborgen. Problematisch is daarbij dat in de praktijk het aanbestedingsrecht het uitgangspunt vormt en pas in tweede instantie het arbeidsrecht in beeld komt. Voor (potentieel) in de overheidsopdracht geïnteresseerde partijen is ten tijde van de inschrijving vaak onduidelijk wat de precieze arbeidsrechtelijke gevolgen van een mogelijke contractwisseling zullen zijn. Dit hangt af van de regeling die uiteindelijk toepassing vindt en dat kan vaak pas achteraf, na de contractwisseling, worden vastgesteld. Het behoeft geen toelichting dat het voor de nieuwe aanbieder uitmaakt of alle werknemers verplicht met behoud van arbeidsvoorwaarden overgaan, dan wel dat de ondernemer de keuze heeft welke werknemers hij overneemt en tegen welke arbeidsvoorwaarden. Maar ook tussen een verplichte overname op grond van artikel 7:663 BW en die op grond van de cao kunnen aanzienlijke verschillen zitten. Men moet bedenken dat bij een baanaanbod op grond van de cao een nieuwe arbeidsovereenkomst ontstaat, terwijl bij de toepassing van artikel 7:663 BW de arbeidsovereenkomst door de nieuwe werkgever wordt geacht onder dezelfde voorwaarden te zijn voortgezet. Dit kan relevant zijn voor de aard en omvang van de arbeidsvoorwaarden die moeten worden gerespecteerd (afhankelijk van de precieze inhoud van de overnameverplichting uit de cao), maar de consequenties reiken verder dan dat. Denk bijvoorbeeld bij de toepassing van artikel 7:663 BW ook aan het overgaan van voor de overgang ontstane schulden (bijvoorbeeld niet-genoten vakantiedagen) en het overgaan van anciënniteit in het licht van het bepalen van de ontslagvolgorde en de berekening van de hoogte van de transitievergoeding.¹⁵ Hoewel ook bij een overname van werknemers op grond van de cao de opbouw van de transitievergoeding over het algemeen zal doorlopen (artikel 7:673 lid 4 onderdeel b BW), bestaat de kans dat de voormalig werkgever zijn deel van de transitievergoeding al heeft afgerekend en de last niet volledig bij de nieuwe werkgever komt te liggen (vergelijk artikel 7:673 lid 5 onderdeel a BW). Ondernemers die de vaste kosten positief inschatten (dat wil zeggen: lager) hebben uiteindelijk een grotere kans de aanbestedingsprocedure te winnen, maar tegelijkertijd ook een grotere kans op een onrendabele exploitatie van de opdracht. Uit het onderzoek blijkt dat de werkgever eventueel niet ingecalculeerde kosten niet kan afwentelen op werknemers.¹⁶ Het arbeidsrecht voldoet op dit punt aan zijn eigen doelstelling, maar daarmee is het probleem van een eventuele onrendabele opdracht niet opgelost. Afhankelijk van de vraag of de aanbieder financieel in staat is de overheidsopdracht uit te voeren, kan de continuïteit van de arbeidsrelatie van de betrokken werknemers ook bij overgang van onderneming onder druk komen te staan.

De bevindingen bevestigen dus de verwachting dat bij aanbestedingen geen recht wordt gedaan aan de beoogde continuïteit van de arbeidsrelatie door een gebrek

15 Zie over behoud van anciënniteit bij overgang van onderneming mijn annotatie bij HR 20 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:65, *AR Updates* 2023-0125 (Vrachtvliegers/KLM).

16 Ook is verhaal van niet ingecalculeerde (arbeids)kosten op de aanbestedende dienst achteraf – nadat de opdracht is gegund – in beginsel niet mogelijk. Dat zou de eerlijke mededinging tussen ondernemers kunnen bedreigen.

Mr. dr. I. Lintsen

aan afstemming van het arbeidsrecht op het aanbestedingsrecht. De vraag rijst of het aanbestedingsrecht de genoemde 'knelpunten' kan helen. Op die manier zou de hypothese alsnog kunnen worden ontkracht.

3.3 *De wijze waarop het aanbestedingsrecht is afgestemd op het arbeidsrecht*

Zoals hiervoor al kort aan de orde is gesteld, coördineren aanbestedingsprocedures het inkoopproces en dwingen zij de overheid een objectieve keuze te maken voor die partij die de laagste prijs of de beste prijs-kwaliteitsverhouding biedt. Uit het onderzoek blijkt dat diezelfde procedureregels de aanbestedende dienst de ruimte bieden om de aanbestedingsprocedure als middel te gebruiken voor de verwezenlijking van arbeidsrechtelijke doelen. Zo zou de aanbestedende dienst bijvoorbeeld de nieuwe aanbieder kunnen verplichten om met het oog op de uitvoering van de overheidsopdracht de betrokken werknemers met behoud van arbeidsvoorwaarden over te nemen van de zittende aanbieder. De aanbestedende dienst zou de personeelsgegevens van de werknemers werkzaam in de onderneming (geanonimiseerd) kunnen opvragen bij de huidige aanbieder en (via het aanbestedingsbestek) aan de potentiële aanbieders kunnen verstrekken. Op die manier weet de potentiële aanbieder hoeveel werknemers hij een dienstverband moet aanbieden en tegen welke (arbeids)voorwaarden. De continuïteit van de arbeidsrelatie wordt met behulp van een zogenoemde 'uitvoeringsvoorwaarde' veiliggesteld,¹⁷ en bovendien is voor de gegadigden van meet af aan duidelijk wat de arbeidsrechtelijke gevolgen zijn als zij de aanbesteding winnen. Het inzicht in de arbeidskosten die zijn gemoeid met het winnen van de aanbesteding vergroot de kans op een reële bieding. De gunningsfase biedt vervolgens ook mogelijkheden om te voorkomen dat de aanbesteding tegen een niet-kostendekkend tarief wordt gegund. Doordat ook de aanbestedende dienst inzicht heeft in de arbeidskosten, is hij in staat te beoordelen of een inschrijving abnormaal laag is als gevolg van het niet voldoen aan arbeidsrechtelijke verplichtingen. Indien dat het geval blijkt te zijn, is hij verplicht de inschrijving af te wijzen (artikel 2.116 lid 5 Aanbestedingswet). Voorts zou de aanbestedende dienst een vaste of minimumprijs als uitgangspunt kunnen nemen voor de gunning van de overheidsopdracht.¹⁸ Dit is echter enkel zinvol als de arbeidsrechtelijke consequenties van de contractwisseling vooraf duidelijk zijn. Zoals uit het onderzoek blijkt is dat naar geldend recht niet het geval, en in die zin kunnen voornoemde oplossingen niet los worden gezien van een uitvoeringsvoorwaarde die de winnende inschrijver verplicht tot overname van het betrokken personeel.

- 17 Een uitvoeringsvoorwaarde is een bijzondere voorwaarde die de aanbestedende dienst verbindt aan de uitvoering van een overheidsopdracht. De voorwaarden kunnen conform artikel 2.80 Aanbestedingswet verband houden met economische, innovatiegerelateerde, arbeidsgerelateerde, sociale of milieuoverwegingen.
- 18 Illustratief in dit verband is artikel 5.4 van het Uitvoeringsbesluit Wmo. Het artikel verplicht het college van burgemeester en wethouders om te werken met een vaste of minimumprijs of anderszins na te gaan dat de opdracht tegen een reële prijs wordt gegund. Het Uitvoeringsbesluit is een uitwerking van artikel 2.6.6 Wmo.

Mocht de aanbestedende dienst zich niet actief in de verhouding tussen de twee elkaar opvolgende aanbieders willen mengen, dan zou hij ook nog een meer faciliterende rol kunnen aannemen. Zo zou die dienst bijvoorbeeld mogelijk personeelsgegevens van de werknemers werkzaam in de onderneming (geanonimiseerd) kunnen opvragen bij de zittende aanbieder en (via het aanbestedingsbestek) aan geïnteresseerden kunnen verstrekken.¹⁹ De Wet personenvervoer 2000 en de eerder ter sprake gebrachte Engelse TUPE-regeling voorzien zelfs in een wettelijke basis voor een dergelijke informatieoverdracht.²⁰ Ik zou mij kunnen voorstellen dat die informatievoorziening verder strekt dan enkel de personeelskosten, maar ook inzicht biedt in de wijze waarop de diensten op dit moment worden uitgevoerd, zodat een geïnteresseerde aanbieder een inschatting kan maken van de vraag of sprake zal zijn van een overgang van onderneming. Door het openbaar maken van die gegevens in het programma van eisen kunnen potentiële inschrijvers er een goede inschatting van maken of mogelijk sprake is van een overgang van onderneming en daarmee samenhangend de (arbeids)kosten. De continuïteit van de dienst en indirect ook de continuïteit van de arbeidsrelatie zijn daarbij gebaat.

Het aanbestedingsrecht biedt dus ruimte om de knelpunten die voortvloeien uit het arbeidsrecht te ondervangen en op die manier de continuïteit van de arbeidsrelatie veilig te stellen. Het initiatief ligt bij de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst kan ervoor zorgen dat de aanbesteding is afgestemd op de doelstellingen van het arbeidsrecht, maar is daartoe niet verplicht. Vanuit de dubbele pet die een aanbestedende dienst op heeft (die van opdrachtgever en die van overheidsinstantie) kan worden beargumenteerd dat hij min of meer verplicht is de mogelijkheden die het aanbestedingsrecht op dit punt biedt te benutten. De aanbestedende dienst zal in de hoedanigheid van overheidsinstantie zorg moeten dragen voor de ordening van de arbeidsverhoudingen, voor een minimumbescherming van werknemers en voor een sociaal verantwoord arbeidsrecht. De praktijk zal waarschijnlijk weerbarstiger zijn. De continuïteit van de arbeidsrelatie heeft een prijs, en de bereidheid van de aanbestedende dienst om rekening te houden met de personele gevolgen van de aanbesteding hangt naar verwachting dan ook sterk af van politiek getinte overwegingen en de beschikbare middelen. Een en ander bracht mij tot de slotsom dat de oplossingen die het aanbestedingsrecht biedt, onvoldoende houvast bieden om de hypothese te ontcrachten.

- 19 Omdat de aanbestedende dienst op deze manier persoonsgegevens aan het verwerken is, speelt de Algemene verordening gegevensbescherming een rol. De aanbestedende dienst dient ervoor te waken dat hij meer gegevens verwerkt dan noodzakelijk is voor het doel (namelijk geïnteresseerde ondernemers in staat stellen een reëel bod te doen).
- 20 Vgl. artikel 3 lid 2 Richtlijn inzake overgang van onderneming. Voor een overgang van een onderneming in de zin van het Burgerlijk Wetboek zag de wetgever geen noodzaak voor zo'n bepaling. De gedachte was dat bij een overgang van onderneming in de zin van het Burgerlijk Wetboek veelal sprake zal zijn van directe contacten tussen de overdrager en verkrijger, waarbij duidelijk is welk personeel bij de overdracht is betrokken. Het prijskaartje dat aan de overname van het personeel hangt, wordt dan verdisconteerd in de verkoopprijs. De Nederlandse wetgever lijkt zich niet te hebben gerealiseerd dat ook bij een overgang van onderneming in de zin van het Burgerlijk Wetboek tussen de vervreemder en verkrijger niet altijd sprake is van een rechtstreekse contractuele relatie.

4 Impact van het onderzoek voor de praktijk

De impact van het onderzoek zit met name in de nieuwe inzichten over de wijze waarop rechtsgebieden zich tot elkaar verhouden. Niet eerder zijn het arbeidsrecht en het aanbestedingsrecht op een zodanige wijze met elkaar in verband gebracht. Met mijn onderzoek heb ik de invloed van het arbeidsrecht op de aanbestedingsrechtspraktijk aangetoond. De continuïteit van de arbeidsrelatie wordt niet geborgd door één regeling, maar door verschillende regelingen die, afhankelijk van de zich voordoende feitelijke situatie, al dan niet van toepassing zijn. Welke regeling toepassing vindt, is gelet op de verschillende rechtsgevolgen van wezenlijk belang voor het doen van een reëel bod (zie paragraaf 3.2). Hoe kan die inschrijver een reëel bod doen als hij niet weet of hij werknemers moet overnemen en wat de mogelijke arbeidsrechtelijke gevolgen zijn van het winnen van een aanbesteding? De inschatting die de ondernemer moet maken kan worden beschouwd als een ondernemersrisico van de inschrijver.²¹ De aanbestedende dienst heeft in principe niets van doen met eventuele verplichtingen tussen de latende en verkrijgende aanbieder. Toch is die conclusie te kort door de bocht. Zo is de aanbestedende dienst op grond van het Europese aanbestedingsrecht bijvoorbeeld verplicht om een inschrijver uit te schrijven als de inschrijving abnormaal laag is als gevolg van het niet in acht nemen van het van toepassing zijnde arbeidsrecht. Als men niet weet welke arbeidsrechtelijke verplichtingen gelden, kan de aanbestedende dienst echter ook niet beoordelen of een inschrijving abnormaal laag is. Los daarvan heeft de aanbestedende dienst een belang bij een soepele overgang van de voormalige naar de nieuwe aanbieder, vanuit het oogpunt van zowel de continuïteit van de dienst als de continuïteit van de arbeidsrelatie. Tegelijkertijd toont de dissertatie aan dat het aanbestedingsrecht het arbeidsrecht niet uit de weg gaat. Het aanbestedingsrecht biedt ruimte om rekening te houden met de doelstellingen van het arbeidsrecht en biedt daarvoor concrete handvatten. Het laat zien hoe de aanbestedende diensten die potentiële gevolgen voor de betrokken werknemers kan ondervangen. Een van de problemen zit echter in het ontbreken van verplichtingen op het gebied van het arbeidsrecht en de daarmee samenhangende vrijheid die de aanbestedende dienst toekomt. Door de wijze waarop het onderzoek de afstemming tussen beide rechtsgebieden in kaart heeft gebracht, biedt het onderzoek een vertrekpunt voor verbetering van beleid- en regelgeving. Los daarvan zit de relevantie van het boek ook in de interpretatie van de huidige wet- en regelgeving op tal van deelgebieden, zoals het leerstuk overgang van onderneming, opvolgend werkgeverschap en cao's. Het laat zien hoe bijvoorbeeld rechters de wet zo kunnen interpreteren dat recht wordt gedaan aan de doelstellingen van het aanbestedingsrecht en het arbeidsrecht.

21 Vgl. HvJ EG 25 januari 2001, C-172/99, ECLI:EU:C:2001:59, ArA 2002/1, p. 32-46, m.nt. R.M. Beltzer (Oy Liikenne).

5 Tot slot

In de laudatio beschouwde een van mijn promotoren, prof. mr. L.G. Verburg, de dissertatie ‘vaak als vraagbaak, soms als vertrekpunt voor verder debat’, en zo is het maar net. Hoewel ik heb getracht zo volledig mogelijk te zijn binnen de kaders van de probleemstelling, zijn er altijd punten te vinden die nieuwe discussies openen en/of buiten de kaders van het onderzoek vallen. Ik noem er twee die in het bijzonder mijn interesse hebben. Ik concludeer in mijn dissertatie dat de aanbestedingsrechtelijke spelregels de aanbestedende dienst de mogelijkheid bieden de bijwerkingen van het aanbestedingsrecht voor het betrokken personeel te verzachten. De minst ingrijpende wijze is het faciliteren van een goede informatievoorziening aan potentieel gegadigden. Waar ik niet op inga is de vraag in hoeverre het aanbestedingsrecht (buiten eventueel overeengekomen contractuele afspraken) een grondslag biedt om informatie op te halen bij de zittende aanbieder. Mogelijk zouden de algemene aanbestedingsbeginselen, zoals het gelijkheids- en/of transparantiebeginsel, hier uitkomst kunnen bieden, maar rechtspraak laat ook zien dat hier niet te makkelijk over gedacht wordt.²² Is dat terecht? Een tweede punt dat hiermee samenhangt is de wijze waarop de aanbestedende dienst gebruikmaakt van de mogelijkheden die het aanbestedingsrecht biedt om de geschetste bijwerkingen van aanbestedingen te verzachten. De voorbeelden zoals in de inleiding genoemd suggereren dat hier in de praktijk nog veel terrein valt te winnen, maar klopt die aanname wel? Een empirisch onderzoek naar *the law in action* zou van grote maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie kunnen zijn. Het biedt inzicht in de wijze waarop het recht wordt toegepast in de praktijk.

22 Zie bijv. Rb. Den Haag 6 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:8021.