ANNOTATIE

Overgang van onderneming: wat niet weet, deert toch

HR 26 juni 2009, JAR 2009/183 (Frits Bos/Pax Integrated Logistics B.V.)*

R.M. Beltzer

1 Inleiding

Een werknemer die niet weet dat de onderneming waar hij werkt een overgang in de zin van artikel 7:662 e.v. BW ondergaat, weet niet dat hij bescherming ontbeert. Weet hij dat wel, dan behoeft hij nog niet te weten wat de aard van deze bescherming is. Om die reden bevat de Europese Richtlijn overgang van ondernemingen (Richtlijn 2001/23)[1] niet alleen bepalingen die deze bescherming omvatten – kort gezegd: het behoud van alle rechten en verplichtingen die van de arbeidsovereenkomst deel uitmaken –, maar ook een regeling ten aanzien van informatieverschaffing: de werkgever dient de (vertegenwoordigers van) het personeel in te lichten omtrent de gevolgen van een overgang van onderneming. Alleen dan kunnen werknemers weloverwogen beslissen of zij mee willen overgaan naar hun nieuwe werkgever, of dat zij hun heil elders moeten gaan zoeken.
Deze informatieverplichting heeft in het verleden niet tot veel discussie aanleiding gegeven. De aanwezigheid in Nederland van vakbonden en ondernemingsraden zal daarbij een rol hebben gespeeld: zij worden immers meestal op zijn minst ingelicht omtrent de op handen zijnde overgang. Daarnaast bestaat het specifiek op werknemers gerichte artikel 7:665a BW nog te kort om tot veel rechtspraak aanleiding te hebben kunnen geven. Met het hierna te behandelen arrest inzake werknemer Bos tegen Pax Integrated Logistics B.V. van 26 juni 2009 heeft de informatieverplichting echter duidelijk aan belang gewonnen.[2] Uit het arrest kan worden afgeleid dat het gevolg van het niet verschaffen van (correcte) informatie ertoe kan leiden dat onvoldoende geïnformeerde werknemers soms jaren na dato een andere werkgever blijken te hebben dan zij dachten.

* Het arrest is eerder geannoteerd door J.P.H. Zwemmer, zie JIN augustus 2009, afl. 14, nr. 571.
1 PbEG 22 maart 2001, L 82/16.
2 Een aanzet hiertoe was al gegeven in het arrest Rabobank/Allard-van Kuijck (HR 26 oktober 2007, JAR 2007/285, NJ 2008, 504).

2 Feiten en procesverloop tot de Hoge Raad

Bos trad in 1980 in dienst van Douwe Egberts Tabakmaatschappij, rechtsvoorgangster van Sara Lee/DE International B.V. (verder: SL/DE). Bos werkte bij SL/DE bij de afdeling Detrex International Forwarding, waar de logistieke activiteiten van SL/DE waren ondergebracht. Ingevolge een op 25 september 2003 tussen SL/DE en Pax Integrated Logistics B.V. (verder: Pax) gesloten 'Raamovereenkomst voor het verlenen van Diensten' werden alle werkzaamheden met betrekking tot de im- en exportdocumentatie en -declaraties, palletbeheer, vervoer enzovoort van SL/DE met ingang van 28 september 2003 overgedragen aan Pax – een vennootschap die speciaal daartoe was opgericht. De werknemers, onder wie Bos, die deze werkzaamheden voorheen voor SL/DE verrichtten, werden ondergebracht bij Detrex B.V. (verder: Detrex), een dochteronderneming van SL/DE. Op grond van een tussen Detrex en Pax gesloten detacheringsovereenkomst bleven deze werknemers hun werkzaamheden verrichten. SL/DE informeerde Bos hierover bij brief van 24 september 2003. Hierin is te lezen:

> 'Zoals u bekend worden de activiteiten van de afdeling Detrex International Forwarding per 28 september 2003 beëindigd. In plaats daarvan zal Pax Integrated Logistics B.V. diensten gaan verlenen ten behoeve van de DE-vennootschappen (en ook derden) welke vergelijkbaar zijn met de diensten zoals voorheen door de afdeling Detrex International Forwarding werden verricht.
> Teneinde Pax Integrated Logistics B.V. in staat te stellen de diensten voor de DE-vennootschappen te verrichten, zal Pax Integrated Logistics B.V. gebruik maken van het personeel van Detrex B.V.
> Voor u betekent dit dat u per 28 september 2003 werknemer wordt van Detrex B.V. Voor alle duidelijkheid bevestigen wij hierbij dat, behalve de wijziging van werkgever, de arbeidsovereenkomst met al de daarin opgenomen of van toepassing zijnde arbeidsvoorwaarden ongewijzigd van kracht blijft. (...)'

Bos tekende deze brief voor akkoord: zijn werkzaamheden bleven in principe dezelfde. Waar voorheen SL/DE zowel de werkzaamheden als het personeel onder eigen dak hield, werden werkzaamheden en personeel door deze overeenkomst gesplitst. Bijna twee jaar later, in juni 2005, maakte Detrex het besluit kenbaar haar werknemers per 1 januari 2006 te ontslaan, waarna zij per die datum in dienst zouden kunnen treden bij Pax. Bij brief van 20 januari 2006 is door SL/DE aan Bos bevestigd dat het voorgenomen besluit met ingang van 1 januari 2006 zou worden gerealiseerd. Deze brief bevatte de volgende passages:

> 'In een eerdere brief bent u geïnformeerd over het voorgenomen besluit van de onderneming om naast de activiteiten ook de medewerkers van Detrex International Forwarding over te laten gaan naar een dienstverband met Pax Integrated Logistics B.V.
> Aangezien ook de ondernemingsraad een positief advies heeft gegeven is nu het moment gekomen om een en ander te bevestigen.

> Met deze brief laten wij u weten dat wij dit per 1 januari 2006 willen realiseren. Dit betekent dat uw dienstverband bij Douwe Egberts Nederland B.V. per genoemde datum eindigt en dat Pax Integrated Logistics B.V. uw nieuwe werkgever wordt.
> Vooruitlopend op de in praktijk voorkomende wens van de overnemende partij om, na overname, over te gaan tot harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden, heeft de onderneming met de werknemersorganisaties afspraken gemaakt over de betaling van een eenmalige bruto uitkering. Deze uitkering dient ter compensatie van het verschil in arbeidsvoorwaarden, na overname, tussen Douwe Egberts en de overnemende partij.'

Ten tijde van de geplande overgang naar Pax was Bos arbeidsongeschikt; een maand later startte hij zijn werkzaamheden op arbeidstherapeutische basis. Na een woordenwisseling tussen Bos en de manager Transport en Logistiek van Pax werd Bos – per brief d.d. 10 februari 2006 – op non-actief gesteld. Bos had laten weten een arbeidsovereenkomst met Pax niet te accepteren. In de brief wordt door Pax gewezen op de gemaakte afspraken tussen SL/DE, Detrex en Pax:

> 'De activiteiten van de afdeling Detrex International Forwarding zijn, zoals jij weet, per 28 september 2003 beëindigd en deze activiteiten zijn door Pax Integrated Logistics B.V. overgenomen. Vanaf dat moment ben jij als werknemer overgegaan naar Detrex B.V. Tussen Detrex B.V. en Pax is de afspraak gemaakt dat alle werknemers met ingang van 1 januari jl. in dienst treden bij Pax. Hiertoe heb je in december een eerste brief gehad en op 20 januari een uitgebreidere brief met daarbij gevoegd de berekeningen.
> Recentelijk ben je op arbeidstherapeutische basis je werkzaamheden voor Pax gaan voortzetten. Je hebt ons laten weten dat je niet accepteert een dienstverband met Pax te hebben en dat je het salaris over de maand januari hebt teruggestort. Pax is van mening dat het in het belang van jou en de onderneming is om de arbeidstherapie voorlopig op te schorten. Dit betekent concreet dat je vanaf vandaag bent vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden, uiteraard met behoud van salaris.'

De kantonrechter te Heerenveen ontbond bij beschikking van 19 juli 2006 de arbeidsovereenkomst tussen Detrex en Bos met ingang van 1 augustus 2006, waarbij aan Bos een vergoeding werd toegekend (en uitbetaald). Voor zover dat vereist mocht zijn, werd de arbeidsovereenkomst tussen Pax en Bos per 1 maart 2007 ontbonden.
Bos heeft bij exploot van 28 december 2006 in kort geding Pax gedagvaard voor de kantonrechter te Leeuwarden en (onder meer) betaling van loon over de periode van 1 januari 2006 tot en met december 2006 bruto gevorderd. Volgens Bos was zijn arbeidsovereenkomst met SL/DE, zo niet reeds op 28 september 2003, dan toch in ieder geval per 1 januari 2006 van rechtswege overgegaan op Pax door de overgang van de onderneming van DE naar Pax. In het kader van deze procedure maakte Bos dus een tournure ten opzichte van zijn begin 2006 nog verkondigde stelling dat hij

geen arbeidsovereenkomst met Pax accepteerde.[3] Naar het oordeel van Pax was er geen overgang van onderneming tot stand gekomen. Op 28 september 2003 was er immers slechts sprake geweest van uitbesteding van de activiteiten zónder personeel (dat immers bij Detrex in dienst trad), terwijl op 1 januari 2006 het door Detrex gedetacheerde personeel weliswaar bij Pax in dienst kon treden, maar op andere voorwaarden en dus op grond van nieuwe arbeidsovereenkomsten.[4] Bovendien wilde Bos destijds uitdrukkelijk niet bij Pax in dienst treden (hij stortte zelfs zijn salaris over januari 2006 terug).

De kantonrechter te Heerenveen wees de vordering van Bos bij vonnis van 8 maart 2007 af: het enkele feit dat SL/DE in 2003 bepaalde activiteiten had uitbesteed aan Pax, had niet tot gevolg gehad dat er op dat moment een arbeidsovereenkomst ontstond tussen Bos en Pax; dit gold temeer waar Bos als gevolg van het ondertekenen van de brief van 24 september 2003 een arbeidsovereenkomst bij Detrex had geaccepteerd en onweersproken was dat Bos en Detrex zich vanaf dat moment als werkgever en werknemer jegens elkaar hadden gedragen. Daarnaast betroffen de afspraken tussen Detrex en Pax met betrekking tot de periode vanaf 1 januari 2006 enkel de overname van personeel; zij hadden geen betrekking op de overgang van de onderneming. Voorts achtte de kantonrechter van belang dat: Bos in 2006 salaris ontving van Detrex, welk salaris, blijkens de brief van DE van 20 januari 2006, hoger was dan het salaris dat door Pax werd uitbetaald; Bos geen compensatievergoeding als bedoeld in de brief van 20 januari 2006 van SL/DE had ontvangen; niet dan wel onvoldoende was weersproken dat Bos op 6 februari 2006 had gezegd dat hij niet voor Pax wilde werken en dat hij in dienst was van Detrex; en dat het schorsingsbesluit, zoals neergelegd in de brief van 10 februari 2006, zowel was ondertekend namens SL/DE als namens Pax, welke dubbele ondertekening niet nodig was geweest als Bos bij Pax in dienst zou zijn geweest.

In appèl bekrachtigde het Hof Leeuwarden op 20 juni 2007 dit vonnis. De vraag of er in 2003 sprake was geweest van een overgang van onderneming liet het hof in het midden op de grond dat Bos destijds uitdrukkelijk akkoord was gegaan met indiensttreding bij Detrex:

> 'Voor zover hierbij sprake was van een overgang van een onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW, had dat geen consequenties voor het betrokken personeel, nu – naar als gesteld en niet weersproken tussen partijen vaststaat – het personeel dat voorheen bedoelde werkzaamheden verrichtte inmiddels niet meer bij Sara Lee/DE International B.V. in dienst was. Bos en zijn collega's waren immers uitdrukkelijk akkoord gegaan met indiensttreding bij Detrex B.V. (...) per 28 september 2003.' (r.o. 3)

3 De subsidiaire stelling van Bos, inhoudende dat er feitelijk en op basis van de raamovereenkomst een overgang van Bos als werknemer van Detrex naar Pax is geweest, laat ik verder onbesproken.

4 Op zichzelf beschouwd is dit geen enkel argument tegen overgang van onderneming; zie HR 10 december 2004, JAR 2005/13 (Verbeek/Process House). Het volgen van Pax in deze zou ertoe leiden dat het simpelweg aanbieden van een nieuwe arbeidsovereenkomst een overgang van onderneming zou kunnen voorkomen.

Naar het oordeel van het hof was geen sprake van een overgang van onderneming op 1 januari 2006, nu niet was gesteld of gebleken dat de ondernemingsactiviteiten van Detrex per die datum door Pax waren overgenomen (r.o. 4). Bos ging van dit arrest in cassatie.

3 Conclusie A-G

A-G Rank-Berenschot vat de rechtsvraag in deze zaak als volgt samen: In hoeverre kan het gebruik van een detacheringsconstructie tot gevolg hebben dat in geval van de overgang van een onderneming een arbeidsovereenkomst met een werknemer in die onderneming – in afwijking van artikel 7:663 BW – niet van rechtswege overgaat op de verkrijger van die onderneming?[5] In het bijzonder is daarbij de vraag van belang of de enkele instemming van een werknemer met zijn indiensttreding bij een dochtervennootschap van de vervreemder per de datum van de overgang voldoende is om aan te nemen dat de oorspronkelijke arbeidsrelatie tussen de betrokken werknemer en de vervreemder niet op de verkrijger overgaat.
De conclusie van de A-G strekt tot vernietiging van het arrest, op de gronden die hierna bij de bespreking van het arrest van de Hoge Raad zullen worden behandeld.

4 Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad geeft eerst een exposé over de achtergrond van de Europese Richtlijn overgang van ondernemingen en het daarop gebaseerde artikel 7:663 BW, welke inleiding de opmaat zal vormen voor zijn oordeel dat SL/DE Bos onvoldoende had voorgelicht omtrent de rechtsgevolgen van de overgang van de logistieke activiteiten aan Pax.
De door de richtlijn aan de werknemers van de overgedragen onderneming geboden bescherming is van openbare orde en in zoverre als dwingend te beschouwen voor de werknemers dat er niet in ongunstige zin van mag worden afgeweken, zo stelt de Hoge Raad. Deze zinsnede komt uit het arrest Daddy's Dance Hall van het Hof van Justitie van de EG,[6] net als de toevoeging van de Hoge Raad dat werknemers niet kunnen afzien van de rechten die de richtlijn hun toekent, en dat hun rechten niet mogen worden verminderd, ook niet met hun instemming. De door de richtlijn beoogde bescherming is echter niet absoluut: wanneer de betrokken werknemer zelf na de overgang zijn arbeidsovereenkomst uit eigen beweging niet met de nieuwe onderneming voortzet, verplicht de richtlijn hem daartoe niet.[7] Van een niet-voortzetten uit eigen beweging is sprake wanneer de werknemer uit vrije wil de arbeids-

5 De Hoge Raad beantwoordt deze vraag, niet verrassend, niet in zijn algemeenheid. Een dergelijk antwoord zou overigens wel interessant zijn, in het licht van de 'Heineken-discussie' omtrent de detachering van werknemers in concernstructuren, gevolgd door een overgang van de onderneming waar deze werknemers feitelijk werkzaam zijn. Zie ook mijn annotatie onder 5.
6 HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990, 423.
7 Zulks zou ook in strijd zijn met het recht op vrije arbeidskeuze (art. 19 Gw).

overeenkomst of -verhouding[8] met ingang van de dag van overgang verbreekt, of wanneer deze overeenkomst of -verhouding met ingang van de dag na de overgang wordt beëindigd krachtens een overeenkomst die vrijelijk wordt gesloten tussen de werknemer en de vervreemder of de verkrijger van de onderneming.[9]
De crux zit in de uitleg die de Hoge Raad geeft aan voornoemde vrijheid. Van een werknemer die niet op de hoogte is van alle rechtsgevolgen, kan niet gezegd worden dat hij in vrijheid zijn keuze maakt om niet langer in dienst van zijn werkgever te blijven. Daar kwam in casu bij dat SL/DE ter uitvoering van de uitbesteding van de facilitaire activiteiten voor een constructie had gekozen die afbreuk deed aan de bescherming die de werknemers aan artikel 7:662 e.v. BW konden ontlenen. De activiteiten gingen naar Pax, terwijl de werknemers eerst bij Detrex werden ondergebracht (en werden gedetacheerd naar Pax), om vervolgens na drie jaar alsnog een aanbod te krijgen bij Pax in dienst te treden:

> 'Aldus leek naar de vorm geen sprake van overgang van een onderneming in de zin van art. 7:663. Maar de hiervoor beschreven gang van zaken, in onderlinge samenhang bezien, strekte in feite wel degelijk tot overgang van een onderneming in de zin van die bepaling. De door de werknemers, onder wie Bos, op initiatief van SL/DE gedane afstand van hun dienstbetrekking met laatstgenoemde, met gelijktijdige indiensttreding bij Detrex, is daarin een essentiële schakel.'

Het hof had aan het feit dat Bos in 2003 uitdrukkelijk akkoord was gegaan met indiensttreding bij Detrex per 28 september 2003 niet de conclusie mogen verbinden dat hij niet door de werking van artikel 7:663 BW van rechtswege in dienst was getreden bij Pax.
Bos kende immers het alternatief – door middel van de werking van artikel 7:662 e.v. BW automatische indiensttreding bij Pax – niet. Uit goed werkgeverschap vloeit in de gegeven omstandigheden voort, aldus de Hoge Raad, dat SL/DE haar werknemers voldoende opening van zaken en duidelijkheid verschaft over de te maken keuzes en volledige voorlichting geeft omtrent hun rechtspositie,

> 'om te waarborgen dat werknemers zoals Bos, die werden geconfronteerd met overgang van de onderneming waarbij zij werkzaam zijn, hun eventuele beslissing om afstand te doen van de hun door art. 7:663 geboden bescherming, volledig geïnformeerd konden nemen (vgl. HR 26 oktober 2007, nr. C 06/118, LJN BA4492). Dit geldt in het onderhavige geval met name ook voor de akkoord-

8 De Hoge Raad hanteert hier de terminologie van de (oude) richtlijn en van het Hof van Justitie. In de meest recente richtlijn wordt voor de term 'arbeidsverhouding' de term 'arbeidsbetrekking' gehanteerd. Het begrip 'arbeidsverhouding/arbeidsbetrekking' heeft echter geen zelfstandige betekenis, aldus de wetgever (Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nr. 3, p. 6.): slechts personen met een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW worden beschermd.

9 HvJ EG 11 juli 1985, 105/84, NJ 1988, 907 (Mikkelsen). De Hoge Raad gaat in zijn arrest niet in op een ander mogelijk rechtsgevolg, namelijk het einde van de arbeidsovereenkomst van rechtswege indien de werknemer niets anders doet dan ondubbelzinnig weigeren de arbeidsovereenkomst voort te zetten (HR 26 mei 2000, JAR 2000/152).

verklaring van Bos met het verbreken van het dienstverband met SL/DE en zijn indiensttreding bij Detrex na de uitbesteding van de activiteiten aan Pax. Aan deze akkoordverklaring moet daarom de eis worden gesteld dat Bos, nadat SL/DE hem de keuze had voorgelegd om

- bij haar in dienst te blijven, met als rechtsgevolg dat hij door overgang – van het desbetreffende onderdeel van de onderneming van SL/DE naar Pax – van rechtswege op het moment van die overgang bij Pax in dienst zou treden,
- dan wel in dienst te treden bij Detrex, al dan niet onder compenserende voorwaarden,

uit vrije wil de arbeidsovereenkomst met SL/DE met ingang van de dag van de overgang zou hebben verbroken, en aldus ondubbelzinnig afstand zou hebben gedaan van de hem door art. 7:663 geboden bescherming'.

Het hof had, door niet te onderzoeken in hoeverre de door Bos gegeven akkoordverklaring aan deze voorwaarden voldeed, blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. Het arrest van het Hof Leeuwarden werd vernietigd en het geding werd verwezen naar het Hof Arnhem.

5 Annotatie

Niets menselijks is werkgevers vreemd. Regelmatig zal een werkgever in het kader van een reorganisatie van zijn werkzaamheden ervoor kiezen zijn werknemers niet al te zeer in detail te informeren en 'lastige' onderwerpen uit de weg te gaan. Wijziging (en harmonisatie) van arbeidsvoorwaarden – Pax wilde het personeel van Detrex tegen slechtere arbeidsvoorwaarden in dienst nemen – is aan de orde van de dag, *nolens volens*, waarbij de discussie tussen de rechtsgeleerden over welke maatstaf men toch zou moeten hanteren bij het antwoord op de vraag óf een wijziging van arbeidsvoorwaarden (al dan niet na overgang van onderneming) überhaupt is toegestaan, schril afsteekt. Iets vergelijkbaars geldt ten aanzien van de regels met betrekking tot overgang van onderneming. Meer dan eens menen werknemers hun baan te zijn kwijtgeraakt omdat de onderneming nu eenmaal is overgenomen: werkgever weg, baan weg. Dat werknemers van hun rechten op de hoogte zijn, is iets wat men (dus) niet al te snel mag aannemen, sterker nog, het behoud van de arbeidsovereenkomst in geval van overgang van onderneming is zeker niet een recht waarvan werknemers het bestaan intuïtief aanvoelen.[10]
Het belang van een goede informatievoorziening kan, blijkens dit arrest, niet onderschat worden. Niet voldoen aan de eisen die goed werkgeverschap op dit terrein stelt, kan meebrengen dat, zoals in casu, jaren geleden een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden, met alle gevolgen van dien. Zo lees ik immers hetgeen de Hoge Raad in cassatie oordeelt: het Hof Arnhem dient nu te onderzoeken of Bos in 2003 ondubbelzinnig afstand had gedaan van zijn recht op overgang naar Pax. Is dit niet het geval geweest, dan is het gevolg dat Bos met behoud van al zijn rechten

10 Anders dan bijvoorbeeld, heden ten dage, het recht niet ontslagen te worden wegens zwangerschap.

en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst naar Pax is overgegaan – dat is nu eenmaal het uitgangspunt van artikel 7:662 e.v. BW waarvan werknemers slechts op ondubbelzinnige wijze afstand kunnen doen.
De stelling dat *de facto* (volgens een strikt formele toepassing van artikel 7:662 e.v. BW) op geen der relevante momenten (2003 en 2006) een overgang van onderneming had plaatsgevonden, moest in casu wijken voor de stelling dat partijen zulks feitelijk wel voor ogen had gestaan en aan de werknemers geen volledige voorstelling van zaken was gegeven omtrent de rechtsgevolgen van de door partijen gekozen wijze van overdracht van werkzaamheden en personeel. Ik merk hierbij op dat het hof na terugverwijzing nog steeds zou kunnen concluderen dat geen overgang van onderneming heeft plaatsgevonden, omdat, ook indien de in 2003 aangebrachte splitsing tussen werkzaamheden en personeel wordt weggedacht, nog steeds geen sprake zou zijn geweest van de overgang van een lopend bedrijf in de zin van artikel 7:663 BW. In cassatie kwam deze vraag niet aan de orde.[11]
In deze annotatie zal ik achtereenvolgens ingaan op (1) de informatieverplichting van de werkgever aan zijn werknemers bij overgang van onderneming, (2) de zogenoemde materiële benadering van de overgang van onderneming en (3) de vraag of het overnemen van (een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van) het personeel van Detrex door Pax in 2006 onder omstandigheden op zichzelf al een overgang van onderneming had kunnen bewerkstelligen.

5.1 De informatieverplichting

Om tactische redenen zal het contractspartijen bij een overgang van onderneming er soms veel aan gelegen zijn de werknemers voor te houden dat de juridische werkelijkheid is zoals zij haar voorspiegelen, al is deze realiteit soms een andere.[12] Mede in het licht daarvan is het van belang dat op de werkgever een plicht rust zijn werknemers in te lichten omtrent de rechtsgevolgen van een overgang van onderneming. Een dergelijke plicht is opgenomen in artikel 7 lid 1, 2 en 6 van de richtlijn:

> '1. De vervreemder en de verkrijger moeten de vertegenwoordigers van hun eigen werknemers die bij een overgang zijn betrokken, informatie verstrekken over:
> – de datum of de voorgenomen datum van de overgang;
> – de reden van de overgang;
> – de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers;
> – de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.

11 Gezien de feiten lijkt mij die conclusie overigens vrij onaannemelijk: de logistieke afdeling ging in haar geheel over. Uit het feit dat contractspartijen bewust in 2003 een splitsing tussen werkzaamheden en personeel aanbrachten, kan men afleiden dat men voorzag dat zónder een dergelijke splitsing art. 7:662 e.v. BW van toepassing zouden zijn – iets wat men wilde voorkomen.

12 Zoals in de hierna te behandelen zaak Rabobank/Allard-van Kuijck (HR 26 oktober 2007, JAR 2007/285, NJ 2008, 504). M.D. Ruizeveld (SR 2008/4) noemt als mogelijke reden voor de verslui-erde informatie het feit dat de verkrijger – een reisbureau – geen behoefte had de (duurdere) arbeidsvoorwaarden van de Rabobank te moeten toepassen op het overgenomen personeel.

De vervreemder moet deze informatie tijdig vóór de totstandkoming van de overgang aan de vertegenwoordigers van zijn werknemers verstrekken.
De verkrijger moet deze informatie tijdig aan de vertegenwoordigers van zijn werknemers verstrekken, en in ieder geval voordat deze werknemers in hun arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden rechtstreeks door de overgang worden getroffen.
2. Wanneer de vervreemder of de verkrijger ten aanzien van zijn eigen werknemers maatregelen overweegt, is hij verplicht de vertegenwoordigers van zijn eigen werknemers tijdig over deze maatregelen te raadplegen teneinde tot een akkoord te komen.
(...)
6. De lidstaten bepalen dat, indien er in een onderneming of vestiging, om redenen buiten hun wil om,[13] geen vertegenwoordigers van de werknemers zijn, de betrokken werknemers vooraf in kennis moeten worden gesteld van:
– de datum of de voorgenomen datum van de overgang;
– de redenen van de overgang;
– de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers;
– de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.'

De inlichtingenverplichting geldt in Nederland dus in principe jegens de vakbond en/of de ondernemingsraad (die op grond van artikel 25 WOR in veel gevallen overigens een adviesrecht heeft); indien vertegenwoordigers ontbreken, dient iedere betrokken werknemer afzonderlijk te worden ingelicht. Deze laatste verplichting is geïmplementeerd in artikel 7:665a BW. Zij speelde in de onderhavige zaak geen rol, nu er wel (ten minste) een ondernemingsraad bij de plannen betrokken was.
De gevolgen van het verzuim de juiste informatie (tijdig) te verschaffen zijn niet duidelijk; het Hof van Justitie van de EG heeft zich er bij mijn weten nimmer over uitgelaten. In Nederland heeft de vraag zich voorgedaan tot welke sanctie schending van artikel 7:665a BW zou moeten leiden; doordat het artikel niet in de WOR staat, staan de daar genoemde rechtswegen niet open voor werknemers. De door de wetgever aangedragen oplossing is dat overtreding van artikel 7:665a BW leidt tot een onrechtmatige daad jegens de werknemers.[14] Tandeloos behoeft deze bepaling niet te zijn: In het Verenigd Koninkrijk leidde het verzuim de vakbond in te lichten tot het betalen van een vergoeding van £ 5 miljoen, hetgeen ongeveer gelijkstond aan een betaling van £ 3000 aan elke werknemer.[15]
De vraag is wat de juridische gevolgen kunnen zijn indien de werkgever wel de vertegenwoordigers van het personeel inlicht – dat zal in Nederland meestal de onder-

13 Deze woordkeuze wijkt af van art. 7:665a BW: de laatste bepaling is ruimer, omdat de wetgever wenste dat de werkgever onder alle omstandigheden zijn werknemers zou inlichten omtrent een voorgenomen overgang. Zie Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 14.
14 Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 5, p. 9. Zie voor kritiek op (de plaatsing van) art. 7:665a BW: R.M. Beltzer & M. Holtzer, Het wetsvoorstel overgang van onderneming: de niet te onderschatten invloed van Richtlijn 98/50 EG, SMA 2001, p. 299-314.
15 Zie <www.law-now.com>. De bron is te vinden via de nieuwsbrief die via deze site wordt gestuurd.

nemingsraad zijn[16] – maar niet tevens zijn personeel van de overgang op de hoogte stelt. Leest men wet en richtlijn, dan bestaat er niet de verplichting om zowel de vertegenwoordigers van de werknemers als de werknemers zélf in te lichten: artikel 7:665a BW speelt naar de letter, zoals ik hiervoor reeds vermeldde, pas een rol indien er geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is. Ik merk dit op, omdat uit het verzoekschrift aan de kantonrechter te Heerenveen in de procedure die uiteindelijk leidde tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen Detrex en Bos blijkt, dat de ondernemingsraad op de hoogte was van de plannen:

> '8. Zoals gesteld zijn alle werknemers die zich bezighouden met logistieke werkzaamheden gesepareerd in de daarvoor opgerichte vennootschap Dextrex (...). De reden hiervan was gelegen in het feit dat de directie van Detrex in samenspraak met de OR destijds de betrokken werknemers juist niet van rechtswege wilde laten overgaan op de verkrijgende partij (Pax).'

Hoe nu de uitspraak van de Hoge Raad op dit punt te interpreteren? Men kan twee redeneringen volgen. De eerste is dat het voldoen aan de informatieverplichting aan de ondernemingsraad in casu niet relevant was, omdat men nu juist géén overgang van onderneming wenste en dus, naar achteraf blijkt, afbreuk heeft willen doen aan de bescherming die de werknemer toekomt. Met andere woorden: de informatieverplichting aan de ondernemingsraad heeft niet geleid tot een bescherming van de belangen van de werknemers, waar die wel aangewezen zou zijn. Dat zou verklaren waarom de Hoge Raad de nadruk legt op goed werkgeverschap en niet de systematiek volgt van artikel 7 van de richtlijn en van artikel 7:665a BW – die artikelen bieden immers geen soelaas. De tweede redenering is dat de richtlijn (zie artikel 8) en artikel 7:665a BW geen beletsel vormen een zwaardere plicht op de werkgever te leggen, nu deze plicht ten goede komt aan de bescherming van de werknemer. Bezwaar tegen deze laatste redenering is mijns inziens dat artikel 7:665a BW nu juist zo expliciet bepaalt dat deze plicht jegens individuele werknemers alleen geldt indien geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld. De plicht geldt in ieder geval wel indien de werkgever heeft gepoogd zijn werknemers op het verkeerde been te zetten. Dit blijkt uit de zaak Rabobank/Allard-van Kuijck uit 2007.[17] Ook hier was de werknemersvertegenwoordiging – in casu de vakbond – op de hoogte van het voornemen een onderneming over te dragen. Het overleg tussen de vakbonden en de Rabobank inzake de overdracht van de reisactiviteiten van de Rabobank leidde uiteindelijk niet tot een sociaal plan. Op 1 augustus 2003 ontvingen werknemers van de Rabobank die werkzaam waren bij de reisafdeling een brief waarin zij werden opgeroepen af te zien van het behoud van hun Rabobank-arbeidsvoorwaarden, omdat de verkrijger – Globe – anders de reisactiviteiten niet zou willen overnemen. De werknemers kregen een maand bedenktijd (overigens midden in de zomervakantie vallend) wel of niet in te gaan op het aanbod om bij Globe in dienst

16 Of de personeelsvertegenwoordiging. Uiteraard kan ook de vakbond een rol spelen wegens verplichtingen die uit een cao voortvloeien of door toepasselijkheid van het SER-besluit fusiegedragsregels.

17 HR 26 oktober 2007, JAR 2007/285 en NJ 2008, 504.

te treden. De brief vermeldde verder dat indien een werknemer niet voor overgang naar Globe zou kiezen, ontslag zou volgen (nadat de Rabobank de werknemer maximaal twee maanden zou hebben bijgestaan met het zoeken naar een andere functie).[18] De vergoeding zou twee maanden loon bedragen.[19] Voorts had de Rabobank de werknemers op een mogelijk WW-gevaar gewezen indien werknemers zouden weigeren over te gaan. Na de overgang eiste Allard-van Kuijck een schadevergoeding van € 12.000 wegens schending door de Rabobank van het goed werkgeverschap, hierin bestaande dat de Rabobank het ten onrechte had doen voorkomen dat zij slechts uit twee mogelijkheden kon kiezen, te weten mee overgaan naar Globe tegen aanzienlijk slechtere arbeidsvoorwaarden tezamen met een door de Rabobank aangeboden compensatieregeling, hetzij niet mee overgaan, waarna indien niet binnen twee maanden een andere functie zou zijn gevonden, ontslag zou volgen met gevaar dat een WW-uitkering zou worden geweigerd. Het hof had in appèl geoordeeld dat de Rabobank om die redenen in strijd had gehandeld met artikel 7:611 BW. Het had op de weg van de Rabobank gelegen openheid van zaken te geven. Dat een en ander in overleg met vakbonden was geschied, en dat de werknemers juridische bijstand hadden gehad, maakte dit niet anders. In zijn conclusie onderschreef A-G Langemeijer dit oordeel, verwijzend naar een volgens hem door Schoordijk verzonnen zin: 'Gij zult een ander niet op het foute been zetten.' Naar het oordeel van de Hoge Raad had het hof hiermee blijk gegeven van een juiste opvatting omtrent hetgeen in een situatie als deze van een goed werkgever mag worden gevergd. Vooral de brief deed de Rabobank de das om:

> 'In die brief werd de werkneemster immers voor beide keuzegevallen een ingrijpende wijziging in de rechtspositie voorgespiegeld welke in strijd was met genoemde bepaling en welke beoogde haar de door die bepaling geboden bescherming te ontnemen. Daarmee werd de werkneemster op onvolledige en onjuiste gronden tot een keuze bewogen, waartoe in de slotpassage van die brief onmiskenbaar druk op haar werd uitgeoefend door haar te plaatsen voor een dilemma dat niet het hare was, maar dat van de Rabobank, die de overgang van dit onderdeel van haar onderneming wenste te bewerkstelligen en voor de personele gevolgen daarvan verantwoordelijk was. Een en ander was in strijd met het gedrag waartoe een goed werkgever in een dergelijke situatie verplicht is, ongeacht de op zichzelf wellicht verdedigbare bedoelingen en oogmerken van de Rabobank met de overdracht aan Globe, zoals door haar gesteld.'

18 Verhulp meldt in zijn noot bij het arrest in NJ dat een dergelijk ontslag 'nauwelijks mogelijk' lijkt, 'gelet op het opzegverbod van art. 7:670 lid 8 BW, terwijl op grond van art. 7:665 BW een eventuele ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens de overgang van onderneming voor rekening van de werkgever komt'. Zijn stelling is slechts juist indien men een ruime opvatting van de reikwijdte van deze bepalingen accepteert. Doet men dat niet, dan zou de conclusie moeten zijn dat de bepalingen in de casus niet van toepassing zijn: Zodra de overgang een feit is, kan een werknemer immers niet meer *bij de vervreemder* (Rabobank) wegens de overgang worden ontslagen, noch kan een eventuele ontbinding te maken hebben met het feit dat de werknemer er door de overgang op achteruit zou gaan.

19 De werkneemster om wie het in deze procedure ging, was 22 jaar in dienst.

Doen alsof er slechts 'two evils' (overgang met verlies van arbeidsvoorwaarden of ontslag) zijn, waarbij de werknemer maar beter het door vervreemder en verkrijger gewenste 'lesser evil' kan kiezen, leidt tot strijd met artikel 7:611 BW. Een werkgever mag er daarbij niet van uitgaan dat werknemers zich wel goed zullen laten voorlichten, dan wel dat vakbonden in voldoende mate voor hun belangen zullen opkomen.

Bekijkt men de twee uitspraken tezamen, dan ontstaat het volgende beeld. Overleg met de werknemersvertegenwoordiging (en kennis aldaar van de op handen zijnde overgang van onderneming) betekent niet dat het de werkgever vrij staat zijn werknemers omtrent de gevolgen van een overgang van onderneming zodanig in te lichten, dat onvoldoende uitkomt wat hun rechten zijn. Het geven van foutieve of onvolledige informatie kan leiden tot strijd met goed werkgeverschap.[20] De vraag die resteert, is of op de werkgever in het kader van een overgang van onderneming nu een algemene informatieplicht rust. Met andere woorden: bestaat die verplichting ook indien de werkgever de vertegenwoordigers van het personeel wel op juiste wijze en volledig heeft ingelicht? En gaat de informatieplicht bijvoorbeeld ook zo ver dat de werkgever de werknemer wijst op het bestaan van artikel 7:665 BW, dat de werknemer een steun in de rug kan geven bij een ontbindingsprocedure? Zoals Verhulp in zijn noot bij het arrest Pax/Bos opmerkt, biedt het arbeidsrecht meer voorbeelden van een – actieve – informatieplicht van de werkgever. Men mag hier echter niet uit concluderen dat er inmiddels een algemene informatieplicht zou bestaan.[21] Ik ben daarom geneigd de zojuist gestelde vraag in ontkennende zin te beantwoorden.[22] Met andere woorden: uit hetgeen de Hoge Raad ten aanzien van de informatieplicht bij overgang van onderneming heeft overwogen, kan men niet afleiden dat op de werkgever in het kader van een overgang van onderneming de plicht rust alle potentieel relevante informatie te verstrekken.

5.2 De materiële benadering van overgang van onderneming

De Hoge Raad overwoog dat de door SL/DE gevolgde gang van zaken 'naar de vorm' geen overgang van onderneming leek te zijn, maar daar in feite wel toe strekte. Men kan hierin een benadering lezen waarin afstand wordt genomen van de strikte redenering dat slechts sprake is van een overgang van onderneming indien op het moment van overgang vervreemders onderneming en het daarbij behorende per-

20 De twee uitspraken vullen elkaar ten aanzien van de informatieplicht dus aan; men kan mijns inziens niet concluderen dat de Hoge Raad in Bos/Pax verder gaat dan in de zaak Rabobank/Allard-van Kuijck. In de laatste zaak behoefde de Hoge Raad niet de algemenere overwegingen op te nemen die in Bos/Pax staan vermeld, nu duidelijk sprake was van het bewust verstrekken van foutieve informatie.

21 Hetgeen goed voorstelbaar is, nu werkgever en werknemer verschillende strategische belangen kunnen hebben, waarbij het belang van de werknemer bij openheid van zaken niet behoeft te prevaleren. Denk aan de vroege fasen van het behandelen van een klacht tegen de werknemer.

22 Zo lijkt ook A.L. Hustinx te oordelen (Informatievoorziening aan werknemers bij overgang van onderneming, ArbeidsRecht 2009, 40). Ruizeveld heeft naar aanleiding van het Rabobank-arrest een overzicht gegeven van de omstandigheden die van belang zijn voor het antwoord op de vraag of op de werkgever in het kader van een overgang van onderneming een informatieplicht rust (M.D. Ruizeveld, Goed werkgeverschap en informatieplicht: wat iedere werknemer moet weten, SR 2008/4).

soneel (dat aldaar een arbeidsovereenkomst dient te hebben) overgaan. De vervreemder dient op het moment van overgang zelfstandig te kunnen beschikken over zowel de onderneming als de daaraan gekoppelde arbeidsovereenkomsten. Gaat een onderdeel van zijn onderneming over, dan gaat alleen het personeel mee over dat daar op het moment van overgang feitelijk werkzaam was. Deze twee eisen ten aanzien van het personeel – het hebben van een arbeidsovereenkomst 'binnen' de onderneming die wordt overgedragen en het feitelijk werkzaam zijn binnen het onderdeel dat wordt overgedragen – zijn in de literatuur bekend onder term 'dubbele binding'. Is een werknemer niet in dienst bij de vervreemder wiens onderneming overgaat, of is hij dat wel maar gaat 'zijn' onderdeel niet over,[23] dan is er geen sprake van een overgang van onderneming ten aanzien van deze werknemer. Of de dubbele binding ook binnen groepsstructuren een vereiste is, is in Nederland onderwerp van discussie.[24] Momenteel is bij het Hof van Justitie van de EG een zaak aanhangig, aangebracht door het Hof Amsterdam, waarin aan het Hof de (prejudiciële) vraag wordt gesteld die dit vereiste van dubbele binding betreft.[25]

Strikt genomen speelt de vraag naar de eis van dubbele binding geen rol in deze zaak. In 2003 was er sprake van dubbele binding, maar ging het personeel niettemin niet mee over naar Pax, omdat het was voorgehouden dat men bij Detrex hetzelfde kon blijven doen als voorheen. De optie naar Pax over te gaan werd niet geboden. In 2006 werd niet de onderneming van Detrex overgedragen (ik ga hierop in de volgende paragraaf nader in), zodat men aan de vraag van overgang van personeel in het kader van artikel 7:662 e.v. BW niet toekwam. Men mag de uitspraak daarom, mijns inziens, niet in het licht van deze discussie zien. Noch denk ik dat de Hoge Raad hier een materiële benadering omarmt ten aanzien van het antwoord op de vraag welke werknemers in het algemeen mee overgaan. Daarvoor is de casus te specifiek: Het ging er hier om dat de bescherming van werknemers werd gecompromitteerd door hen niet op de hoogte te stellen van hun rechten op grond van artikel 7:662 e.v. BW in 2003. Door schijnconstructies kan de rechter heen kijken: uit de stukken is mij niet gebleken dat SL/DE een andere reden voor de gekozen constructie had dan het voorkómen van een overgang van onderneming. Zulks wordt bevestigd door r.o. 8 in de uitspraak van de kantonrechter te Heerenveen, dat ik eerder citeerde. Men zou ook kunnen oordelen dat SL/DE in feite misbruik van haar recht had gemaakt (artikel 3:13 BW) door de activiteiten en het personeel te splitsen over twee rechtspersonen, al lost het bewandelen van die weg zich op in

23 Zoals recent nog aan de orde was in de zaak die leidde tot de uitspraak van het Hof Den Haag van 16 juni 2009, JAR 2009/219. Het hof verwees in deze zaak expliciet naar de zaak Botzen/RDM (HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 902).

24 Zie voor een overzicht van de rechtspraak en de literatuur met betrekking tot dit onderwerp: M. Holtzer, De toepassing van de Wet overgang van ondernemingen in concernverband, Ondernemingsrecht 2007-86, p. 272-277.

25 Het arrest van het Hof Amsterdam van 30 juni 2009 is gepubliceerd in JAR 2009/195. Het betreft een herformulering van een eerdere prejudiciële vraag (29 mei 2008, JAR 2008/218). Zie voor kritiek op deze eerdere formulering: E. Knipschild, Permanente detachering in concernverband en overgang van onderneming, ArbeidsRecht 2008, 63.

een verplichting tot vergoeding van de schade, en niet in een vernietiging van de gewraakte constructie.[26]

5.3 Overgang vanwege overname personeel?

Het hof had in appèl geoordeeld dat per 1 januari 2006 geen overgang van onderneming had plaatsgevonden: er was immers geen lopend bedrijf aan Pax overgedragen. De logistieke activiteiten waren al in 2003 aan Pax overgedragen, en wel zonder personeel, omdat dat personeel, Bos incluis, ervoor had gekozen bij Detrex in dienst te treden. De impliciete redenering is dat de overname van het personeel van Detrex in 2006 *op zichzelf* geen overgang van onderneming kon bewerkstelligen. Hierbij passen mijns inziens enkele kanttekeningen, in het licht van het gegeven dat de overname van louter personeel er in verschillende casussen toe lijkt te hebben geleid dat een overgang van onderneming had plaatsgevonden. Het enkele feit dat het personeel werd uitgenodigd te solliciteren, zoals ook in deze zaak, is daarbij niet van belang, aldus de Hoge Raad in het arrest Verbeek/Process House.[27]

Zou men kunnen stellen dat indien Pax in 2006 een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel van Detrex had overgenomen dat Detrex speciaal voor deze activiteit (de logistieke werkzaamheden ten behoeve van SL/DE) had ingezet,[28] er om deze reden al sprake was van een overgang van onderneming?[29] Ik meen dat dat niet het geval is. Men behoeft dan niet eens te treden in de discussie of in de activiteiten nu kapitaal- of arbeidsintensief zijn.[30] De reden dat geen overgang van de onderneming van Detrex heeft plaatsgevonden, ligt niet zozeer in het feit dat de detacheringsactiviteit van Detrex geen (duurzaam) geheel van georganiseerde middelen zou zijn[31] – het ondernemingsbegrip van artikel 7:663 BW –, maar dat deze activiteit simpelweg geen onderdeel is van de overeenkomst die tot overgang van onderneming zou kunnen leiden. Pax was niet geïnteresseerd in de detacheringsactiviteit van Detrex (de enige activiteit van Detrex) en nam daarmee geen

26 J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek, aantekening 3 bij art. 3:13 BW, Deventer: Kluwer 2009. Om die reden kan men zich mijns inziens net zo goed, zoals geschiedde in de zaak Rabobank/Allard-van Kuijck, beroepen op art. 7:611 BW.

27 HR 10 december 2004, JAR 2005/13. Ik verwees hier reeds naar in noot 2. Zie over deze zaak mijn bijdrage R.M. Beltzer, Overgang van onderneming: de weging van de Spijkers-factoren, ArA 2005/2, p. 46-60.

28 Dit is de terminologie die het Hof van Justitie hanteert. Zie o.a. HvJ EG 11 maart 1997, JAR 1997/91 (Süzen).

29 Zou men dit al aannemen, dan doet dat niets af aan het belang van de terugverwijzing naar het Hof Arnhem: men dient immers vast te stellen hoe partijen zich in 2003 hebben gedragen. Mocht daaruit voortvloeien dat Bos niet ondubbelzinnig (want: niet geheel geïnformeerd) afstand had gedaan van zijn recht naar Pax over te gaan, dan begrijp ik de Hoge Raad zo, dat al in 2003 een overgang van onderneming had plaatsgevonden.

30 Zie hierover in ArA: E.N. Franx-Schaap & M.L. Lennarts, Overgang van onderneming in de cateringbranche. Of hoe een kijkje in de keuken cruciaal wordt, ArA 2004/1, p. 62-76, alsmede mijn bijdragen Over Finse busmaatschappijen: het ondernemingsbegrip revisited, ArA 2002/1, p. 32-46, Overgang van onderneming: de weging van de Spijkers-factoren, ArA 2005/2, p. 46-60, en Verlies van eenheid en overgang van onderneming, ArA 2009/2, p. 50-62.

31 Zoals Ktr. Utrecht (15 maart 2006, JAR 2006/80) ten aanzien van een personeels-BV in het Heineken-concern lijkt te hebben overwogen (r.o. 4.4.2). De detacheringsactiviteit kan wel degelijk een duurzaam karakter hebben.

onderneming van Detrex over. De activiteiten die Pax wenste, had het in 2003 al overgenomen. Nu mag men een onderneming niet reduceren tot de activiteit waarmee zij is belast, zoals Grapperhaus in 2006[32] in navolging van het Hof van Justitie[33] stelde, maar ik zie, in ieder geval in deze casus, niet in hoe het enkele in dienst nemen van personeel van Detrex, zonder dat enige activiteit van Detrex zélf wordt overgenomen, ooit tot een overgang van onderneming van Detrex naar Pax in 2006 had kunnen leiden. Anders oordelen leidt mijns inziens tot een overstrekking van het ondernemingsbegrip: een voorwaarde dient altijd te zijn dat van de vervreemder zelf diens (onderdeel van een) onderneming wordt overgenomen.

6 Slot

Indien ik het goed inschat, zal de uitspraak Bos/Pax terechtkomen in de serie uitspraken van de Hoge Raad die belangrijke gevolgen hebben voor de rechtspraktijk. Zoals ik aan het begin van mijn annotatie reeds vermeldde, is het bepaald niet uitzonderlijk dat werkgevers de weg bewandelen die SL/DE en de Rabobank kozen. Gezien het feit dat artikel 7:662 e.v. BW door hun ruime bereik dagelijks vele malen toepassing vinden, zal het regelmatig voorkomen dat werknemers onvoldoende worden ingelicht omtrent hun rechten bij overgang van onderneming.[34]
Nu blijkt dat aan deze handelwijze, hoe begrijpelijk ook vanuit de optiek van de werkgever, grote risico's kleven: het onvolledig of (bewust) foutief inlichten van personeel onder het mom dat men geen slapende honden wakker wil maken (Rabobank) of op voorhand deze mogelijkheid wil uitsluiten door de toepasselijkheid van artikel 7:662 e.v. BW te ontgaan door middel van een constructie (SL/DE), zal er, soms jaren later nog, toe kunnen leiden dat artikel 7:662 e.v. BW toch van toepassing blijken te zijn geweest. Eventuele handelingen die in strijd met de regels met betrekking tot overgang van onderneming zijn verricht, worden dan alsnog, met terugwerkende kracht, ongedaan gemaakt. Het belang van werknemers bij bescherming van (de inhoud van) hun arbeidsovereenkomst prevaleert boven het belang van de werkgever om zijn handen zo veel mogelijk vrij te hebben: daartoe mag hij zelfs niet zwijgen.

32 F.B.J. Grapperhaus in Ondernemingsrecht 2006/87 (rechtspraak Sociaal Recht).
33 O.a. HvJ EG 11 maart 1997, JAR 1997/91 (Süzen).
34 Gesprekken met rechtsbeoefenaars in de praktijk en mijn eigen – beperktere – ervaring hebben mij gesterkt in deze opvatting.