Overgang van onderneming:

Rechtspositie van de onwillige werknemer

Scriptiebegeleider: R.M. Beltzer

Student: Serife Hökelekli 6002021

Datum: 22 juli 2011

Inhoudsopgave

Voorwoord

Inleiding 1

Hoofdstuk 1 Definities van overgang van onderneming
1.1 Overgang van onderneming 3
1.2 Ondernemingsbegrip 3
1.3 Overgangsbegrip 4
1.4 Werknemersbegrip 5

Hoofdstuk 2 Rechtspositie van de werknemer
2.1 Ontslagbescherming 7
2.2 Arbeidsvoorwaarden 8
2.3 Wijzigen van arbeidsvoorwaarden 8

Hoofdstuk 3 Rechtspositie van de onwillige werknemer vóór en na overgang van onderneming
3.1 Moet een werknemer meegaan naar de verkrijger? 10
3.2 Kan de werknemer achterblijven bij de vervreemder? 11
3.3 Beëindiging arbeidsovereenkomst 14

Hoofdstuk 4 Financiële gevolgen voor de onwillige werknemer
4.1 Ontslagvergoeding 16
4.1.1 Richtlijn 16
4.1.2Nationale wetgeving 17
4.1.2.1 Kantonrechtersformule 17
4.1.2.2 Kantonrechtersformule bij een overgang van onderneming 17
4.2 Werkloosheidsuitkering 19

Conclusie 21

Literatuurlijst 23

Voorwoord

Ter afronding van de studie Arbeidsrecht hierbij mijn scriptie. De scriptie betreft de positie van een onwillige werknemer bij overgang van onderneming. Ik ben op dit onderwerp gekomen tijdens de lessen van het vak ‘Arbeidsrecht in overnames en reorganisaties’. De problematiek van de onwillige werknemer bleef me bij, waardoor ik werd geprikkeld om over dit onderwerp te schrijven.

Nu ik ben beland aan het eind van mijn studie, wil ik van de gelegenheid gebruik maken om degene te bedanken die mij hierbij hebben geholpen.
Allereerst wil ik mijn familie en vrienden bedanken. Zij zijn mijn steunpilaren. Mijn speciale dank gaat uit naar Monica van de Kolk. Zij heeft altijd de tijd genomen om mijn stukken door te nemen.
Onur, mijn stoere neefje. Je weet mij altijd een glimlach te bezorgen. Elke ontmoeting met jou geeft mij energie. Die energie heb ik goed kunnen gebruiken tijdens het afronden van mijn scriptie.
Mijn dank gaat ook uit naar Dr. R.M. Beltzer. Hij is universitair hoofddocent Arbeidsrecht en Sociale zekerheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Naast een fijne docent, is hij een fijne scriptiebegeleider. Ik bedank hem ten eerste voor zijn duidelijke en interessante lessen en ten tweede voor zijn snelle feedback, waar ik veel aan heb gehad.
Ook wil ik mijn collega’s van Bureau Gelijke Behandeling Flevoland bedanken. Zij hebben mij de gelegenheid gegeven om tijdens mijn studie praktijkervaring op te doen.

Ten slotte kan ik het niet laten om te zeggen dat ik trots ben op mijzelf. Ondanks bepaalde omstandigheden heb ik doorgezet en uiteindelijk de top bereikt. Iets wat ik al vanaf mijn eerste jaar van de mavo heb gewild.

Bedankt allemaal!

Serife Hökelekli
Dronten, 21 juli 2011

Inleiding

De Albert Heijn aan de Ringdijk in Lelystad-Haven heeft zijn deuren gesloten, omdat het filiaal niet rendabel genoeg is. De supermarkt is per 1 november 2010 overgenomen door de Aldi. De werknemers werden tijdens een bijeenkomst voor een keuze gesteld. Of zij gaan in dienst bij de Aldi of zij worden geplaatst in een andere vestiging van Ahold, voor zover dat mogelijk is.[1] *Wat ga je als werknemer nu doen? Over naar de Aldi of werken bij een andere vestiging van Ahold?*

Dit is een voorbeeld van een reorganisatie. Reorganisaties kunnen gepaard gaan met het afstoten van bepaalde bedrijfsonderdelen, omdat deze onderdelen onvoldoende rendement opleveren of niet meer passen binnen de bedrijfsplannen.[2] Wat betekent dit voor de werknemers?
Wanneer deze reorganisatie wordt aangemerkt als overgang van onderneming, gelden de regels die onder andere vastgesteld zijn in de Wet overgang van onderneming.[3] Deze wet vormt de implementatie van een EG-richtlijn uit 1977, die laatstelijk in 2001 is gewijzigd.[4] De richtlijn bepaalt dat de werknemers automatisch mee overgaan. De werknemers van de Albert Heijn aan de Ringdijk gaan dus over naar de Aldi. Bij de Aldi behouden zij dezelfde arbeidsovereenkomst. Daarnaast mogen zij, noch door de vervreemder noch door de verkrijger, wegens de overgang worden ontslagen.[5] Toch kunnen er omstandigheden ontstaan waardoor het voor een werknemer onaantrekkelijk is om in dienst te gaan of te blijven bij de verkrijger. In dit geval lijkt de Nederlandse wetgever onvoldoende rekening te hebben gehouden met de rechtspositie van deze werknemers.

De vraagstelling van deze scriptie luidt als volgt:

In hoeverre is het noodzakelijk en mogelijk de rechtspositie van een onwillige werknemer te verbeteren bij een overgang van onderneming?

Om antwoord te kunnen geven op deze vraag, wordt in hoofdstuk 1 besproken wat overgang van onderneming inhoudt. Met behulp van de uitleg van definities wordt dit nader toegelicht. In hoofdstuk 2 wordt besproken wat voor gevolgen overgang van onderneming heeft voor de werknemers. Hierbij wordt aangegeven in hoeverre de werknemers hun arbeidsvoorwaarden behouden.

---

[1] Dit is een waargebeurde casus. Een betrokken werknemer heb ik hierover gesproken. Zij heeft ervoor gekozen om in dienst te gaan bij een andere vestiging van Ahold.
[2] L.G. Verburg, *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Monografieën Sociaal Recht, Kluwer, Deventer, p. 3.
[3] Artikel 7:662 t/m 666 BW.
[4] Richtlijn nr. 77/187, PbEG 1977, L 61/62. Deze is herzien door Richtlijn nr. 98/50, PbEG 1998, L 201/88. In 2001 zijn deze twee richtlijnen samengenomen tot Richtlijn nr. 2001/23, PbEG 2001, L 82/61. Met Richtlijn wordt Richtlijn nr. 2001/23 bedoeld.
[5] *Vervreemder*: iedere natuurlijke of rechtspersoon die door een overgang de hoedanigheid van ondernemer ten aanzien van de onderneming, de vestiging of het onderdeel van de onderneming of vestiging verliest.
Verkrijger: iedere natuurlijke of rechtspersoon die door een overgang de hoedanigheid van ondernemer ten aanzien van de onderneming, de vestiging of het onderdeel van de onderneming of vestiging verkrijgt. Zie: http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/c11330_nl.htm.

In hoofdstuk 3 wordt antwoord gegeven op de vragen of een werknemer moet meegaan naar de verkrijger of dat de werknemer mag achterblijven bij de vervreemder. Daarbij worden de gevolgen voor de arbeidsovereenkomst besproken. Ook wordt in dit hoofdstuk de rechtspositie van onwillige werknemer na overgang van onderneming besproken. Daarbij komen artikel 4, lid 2 van de richtlijn en artikel 7:665 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) aanbod.
In het voorlaatste hoofdstuk wordt de financiële gevolgen voor de onwillige werknemer besproken. Ten eerste wordt aandacht besteed aan de ontslagvergoeding en vervolgens de werkloosheidsuitkering.
De scriptie wordt afgesloten met een conclusie, waarin antwoord wordt gegeven op de vraagstelling.

Hoofdstuk 1 Definities van overgang van onderneming

1.1 Overgang van onderneming

De regeling overgang van onderneming is van toepassing indien een gehele onderneming of een deel van een onderneming wordt overgenomen door een andere onderneming. De regels beschermen de werknemers bij een overgang. Zo kan een werknemer niet wegens de overgang worden ontslagen. Wil men zich beroepen op deze bescherming, dan moet er wel sprake zijn van overgang van onderneming. Als dit niet het geval is, is de verkrijger niet verplicht de rechten van de werknemer te respecteren. Ondanks dat er een overgang van onderneming is, kan niet iedereen een beroep doen op de bescherming. Degene die zich erop beroept, moet namelijk werknemer zijn. Is hij geen werknemer, dan wordt hij niet beschermd. Wanneer is er sprake van een overgang van onderneming? Wanneer is iemand een werknemer? Deze vragen waren niet gemakkelijk te beantwoorden. Daarom zijn veel prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de EG/ EU (hierna: het Hof).[6] In dit hoofdstuk worden deze vragen aan de hand van de jurisprudentie en de wet beantwoord.

1.2 Ondernemingsbegrip

Als eerst moet de betrokken economische eenheid[7] die wordt overgedragen, worden aangemerkt als een onderneming. De vraag wat een onderneming is, heeft de meeste rechtspraak opgeleverd op het gebied van overgang van onderneming. Het belangrijkste arrest hierover is het arrest Spijkers.[8] In dit arrest heeft het Hof bepaald dat een lopend bedrijf moet overgaan om te spreken van een overgang van onderneming. Er is sprake van een lopend bedrijf wanneer de exploitatie ervan in feite door een nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde werkzaamheden of met dezelfde of soortgelijke activiteiten.[9] Is dit het geval, dan is de identiteit behouden. Om te kunnen bepalen of het lopende bedrijf zijn identiteit heeft behouden, heeft het Hof een aantal factoren genoemd. Deze factoren zijn de volgende: of de aard van de betrokken onderneming; of materiële/immateriële activa zijn overgedragen; of wat de waarde is van die activa; of vrijwel al het personeel is overgenomen door de verkrijger; of de klantenkring is overgedragen; in welke mate de ondernemingsactiviteiten voor en na de overgang met elkaar overeenkomen; of die activiteiten zijn onderbroken en zo ja, hoelang die onderbreking heeft geduurd. Deze factoren zijn niet limitatief en hebben geen onderlinge rangorde. Niettemin lijken sommige factoren in bepaalde situaties belangrijker te zijn dan de andere. Dit blijkt uit de arresten Schmidt[10] en Süzen.[11] In deze arresten is bepaald dat in een sector waar arbeid de voornaamste productiefactor is, er sprake is van identiteitsbehoud indien een qua aantal en deskundigheid

---

[6] Hof van Justitie van de Europese Unie zorgt ervoor dat de wetten en regels die in Europa gemaakt worden, goed worden toegepast.
[7] Artikel 7:662, lid 1, sub b: een geheel van een georganiseerde middelen, bestemd tot ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit'.
[8] HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502.
[9] HvJ EG 11 maart 1997, JAR 1997/91, *Süzen*.
[10] HvJ EG 14 april 1994, JAR 1994/107, *Schmidt*.
[11] HvJ EG 11 maart 1997, JAR 1997/91, *Süzen*.

wezenlijk deel van het personeel is overgenomen. Indien de verkrijger een dergelijk deel van het personeel overneemt, wordt dit aangemerkt als overgang van onderneming en zal de verkrijger al het personeel moeten overnemen. Is het daarentegen een sector waarbij materiële activa doorslaggevend zijn, dan is er sprake van identiteitsbehoud wanneer een wezenlijk deel van de materiële activa is overgenomen.[12]

Het ondernemingsbegrip is in het arrest Rygaard[13] nogmaals ter sprake gekomen. In dit arrest heeft het Hof een beperking aangebracht op het ondernemingsbegrip. Deze beperking houdt in dat de overgang betrekking moet hebben op een duurzaam georganiseerde entiteit die een georganiseerd geheel van elementen betreft. Dit betekent dat de verkrijger een georganiseerd geheel van elementen moet verkrijgen waarmee hij de activiteiten van de vervreemder duurzaam kan voortzetten.[14] In dit arrest is bepaald dat het moet gaan om een duurzaam georganiseerde economische eenheid. Hiervan is geen sprake wanneer het gaat om een opdracht die reeds (ver)gevorderd is en naar haar aard op korte termijn zal eindigen.[15]

Het kan voorkomen dat niet de gehele onderneming, maar een deel van de onderneming wordt overgenomen. Indien dat onderdeel of vestiging een economische eenheid vormt, kan sprake zijn van overgang van onderneming. Het kan een economische eenheid vormen wanneer het een georganiseerd geheel van werknemers betreft dat speciaal en duurzaam is belast met een gemeenschappelijke taak. Dit hoeft niet een geheel te zijn die zelfstandig deelneemt aan het economisch verkeer. Evenmin is vereist dat dit onderdeel of vestiging de kernactiviteiten van de onderneming uitvoert.[16]

1.3 Overgangbegrip

Als tweede moet voor de toepasselijkheid van de richtlijn en de wet sprake zijn van een overgang. Dit blijkt uit artikel 1, lid 1, sub a van de richtlijn en artikel 7:662, lid 2, sub a BW. Deze artikelen luiden als volgt: “Voor de toepassing van deze afdeling wordt verstaan onder: overgang: de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt.” Deze omschrijving is niet duidelijk, en daarom is dit verder uitgewerkt in rechtspraak. Zo werd er in het arrest Ny Mølle Kro[17] bepaald dat voor de werking van de richtlijn eigendomsoverdracht niet noodzakelijk is. Er hoeft dus geen sprake te zijn van een koopovereenkomst, maar ook andere overeenkomsten kunnen een overgang bewerkstelligen. Daarbij kan men denken aan verpachting of huur. Het Hof heeft in dit arrest ook bepaald dat onder ‘krachtens overeenkomst’ ook ‘in kader van een overeenkomst’ kan worden verstaan. Hiermee bedoelt hij dat voor een overgang een concrete overeenkomst niet is vereist. Wat het Hof hiermee heeft bedoeld, werd duidelijker in de arresten Sophie Redmond Stichting/Stichting Sigma[18] en Collino en Chiappero/Telecom Italia.[19] Na deze arresten is duidelijk dat zelfs wanneer er geen sprake is van een overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger, door feitelijke gang van zaken geconcludeerd kan worden dat er sprake is van wilsovereenstemming met betrekking tot de

---

[12] HvJ EG 25 januari 2001, JAR 2001/68.
[13] HvJ EG 19 september 1995, NJ 1996, 520.
[14] P.W. Van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer: 1999, p. 65.
[15] L.G. Verburg, *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisaties*, Deventer: Kluwer 2008, p. 147, voetnoot 19.
[16] HvJ EG 14 april 1994, JAR 1994/107 (*Schmidt*), HR 10 december 2004, JAR 2005/13 (*Verbeek/Process House).*
[17] HvJ EG 17 december 1987, NJ 1989, 647.
[18] HvJ EG 19 mei 1992, NJ 1992, 476.
[19] HvJ EG 14 september 2000, JAR 2000/225.

overgang. Daarbij is het niet van belang dat de partijen direct met elkaar hebben gecontacteerd.

1.3 Werknemersbegrip

Indien aan het ondernemingsbegrip en overgangsbegrip is voldaan, is er sprake van overgang van onderneming. Dit wil niet meteen zeggen dat men wordt beschermd. Daarvoor moet voldaan worden aan de derde voorwaarde. Deze derde voorwaarde is dat men werknemer is. In artikel 2, lid 1, onder d van de richtlijn wordt een werknemer als volgt omschreven: "werknemer, iedere persoon die in de lidstaat in kwestie krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer." Vervolgens luidt artikel 2, lid 2 als volgt: "deze richtlijn doet geen afbreuk aan het nationale recht met betrekking tot de definitie van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking." Uit de eerste lid blijkt dat het aan de lidstaat is te bepalen wie werknemer is en wie niet. Lid 2 bepaalt daarentegen dat arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen niet mogen worden uitgesloten op grond van het aantal gewerkte uren of te werken uren, de duur van het contract of het feit dat het uitzendbetrekkingen zijn.[20] Lidstaten zijn er dus niet helemaal vrij in, maar het werknemersbegrip is vooralsnog niet communautair.

Nederland heeft het werknemersbegrip beperkt tot de personen die een arbeidsovereenkomst hebben in de zin van Titel 10 van Boek 7 BW. Iemand is werknemer indien hij een arbeidsovereenkomst heeft in de zin van artikel 7:610 BW.
Deze keuze heeft ertoe geleid dat ambtenaren geen beroep kunnen doen op de bescherming. Zij hebben namelijk geen arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW, maar zijn werkzaam op basis van een aanstelling.[21]
Ook uitzendkrachten hebben geen arbeidsovereenkomst met de vervreemder. Zij hebben namelijk een arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau op grond van artikel 7:690 BW. De uitzendkrachten worden alleen beschermd wanneer het uitzendbureau zelf overgaat.
Een soortgelijke redenering gold ook voor gedetacheerden. Gedetacheerden werken vaak in concernverband. Feitelijk wordt er gewerkt bij een dochteronderneming, terwijl zij in dienst zijn van de moederonderneming. Wordt de dochteronderneming overgenomen dan gaan de gedetacheerden niet mee over. Deze redenering is ook wel bekend als de Heidemij-leer naar aanleiding van de Heidemij-uitspraak.[22] In 2005 werd de Heidemij-leer ook gevolgd in de zaak Heineken.[23] In deze zaak heeft de voorzieningsrechter bepaald dat de overdragende onderneming en de aldaar werkende werknemer een arbeidsovereenkomst moeten hebben. Na de uitspraak van het Hof in de zaak Albron[24] is hier echter een verandering in gekomen. In deze zaak heeft het Hof de 'niet-contractuele werkgever' geïntroduceerd. Met dit begrip wordt de onderneming bedoeld waar men feitelijk werkt. Volgens het Hof kan deze 'niet-contractuele werkgever' een vervreemder zijn. Dus gaat de dochteronderming mee over, dan gaan de gedachteerden in dienst van de moederonderneming alsnog mee over. Of dit in overeenstemming is met de wet en de richtlijn is nog de vraag.

---

[20] In Nederland wordt dit onderscheid ook niet gemaakt, omdat dit verboden is op grond van artikel 7:638 BW en 7:649 BW.
[21] Artikel 1, lid 1 Ambtenarenwet.
[22] Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, NJ 1982, 619.
[23] Rb. 's –Gravenhage 22 februari 2005, JAR 2005/63.
[24] HvJ EG 21 oktober 2010, JAR 2010/298, *Albron.*

De richtlijn en de wet bepalen dat ten tijde van de overgang de werknemer in dienst moet zijn bij de vervreemder. Wordt de onderneming overgedragen, dan gaan alle werknemers in dienst van de vervreemder mee over. Ook wanneer hun arbeidsovereenkomst is opgezegd, maar de opzegtermijn nog loopt, zijn zij gedurende de opzegtermijn in dienst bij de verkrijger. Deze leer wordt ook wel het formele werknemersbegrip genoemd.
Deze leer biedt geen uitsluitsel, wanneer een onderdeel van een onderneming wordt overgedragen. Dan gaat het om de vraag waar de werknemer voor de uitoefening van zijn taak feitelijk is aangesteld. Dit criterium is ontstaan in het arrest Botzen.[25] Het Hof heeft in dit arrest bepaald dat alleen de werknemers mee overgaan die feitelijk bij dat onderdeel zijn aangesteld. Dit wordt het materiële werknemersbegrip genoemd. De formele leer heeft voorrang boven de materiële leer. De materiële leer wordt alleen toegepast wanneer er een onderdeel van een onderneming wordt overgedragen.

[25] HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 902.

Hoofdstuk 2 Rechtspositie van de werknemer

In hoofdstuk 1 is besproken wanneer sprake is van overgang van onderneming. Bij een overgang van onderneming hebben de werknemers het recht op automatische overgang naar de verkrijger. Alleen het recht op automatische overgang is niet voldoende om de werknemers te beschermen. Daarom heeft de richtlijn nog andere rechten om bescherming te waarborgen. In dit hoofdstuk worden deze besproken. Daarbij worden echter alleen de rechten besproken die relevant zijn voor deze scriptie. Zo worden bijvoorbeeld pensioen en medezeggenschap buiten toepassing gelaten.

2.1 Ontslagbescherming

De verkrijger is verplicht de werknemers van de vervreemder over te nemen. Deze verplichting zal geen effect hebben als de verkrijger of de vervreemder ter gelegenheid van de overgang de werknemers eenvoudig kan ontslaan. Daarom is in de richtlijn een centrale bepaling opgenomen in artikel 4, lid 1. Dit artikel luidt als volgt: "de overgang van de onderneming, vestiging, of onderdeel van de onderneming of vestiging vormt op zich zelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen. De lidstaten mogen bepalen dat de eerste alinea niet van toepassing is op bepaalde welomschreven categorieën werknemers waarop de wettelijke voorschriften of het gebruik van de lidstaten inzake bescherming tegen ontslag geen betrekking hebben."
Het ontslagverbod geldt dus wanneer iemand wegens de overgang wordt ontslagen. Indien de overgang de enige reden is, is er sprake van ontslag wegens de overgang.[26] Of het de enige reden is, wordt beoordeeld aan de hand van objectieve omstandigheden. Wordt geconstateerd dat het inderdaad de enige reden is, dan geldt het ontslagverbod. Het gevolg hiervan is dat de werknemer nog steeds in dienst is van de vervreemder of de verkrijger.

Dat men nooit wegens overgang ontslagen kan worden, is niet helemaal juist. In artikel 4 lid 1 is namelijk ook een uitzondering opgenomen. Deze uitzondering houdt in dat ontslag is toegestaan wegens 'economische, technische of organisatorische reden' (hierna: ETO-reden) die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen. Zowel de verkrijger als de vervreemder kan zich beroepen op deze uitzondering.[27] Verkeert een onderneming wegens de overgang in economische problemen, dan is ontslag alsnog mogelijk. Het is echter niet duidelijk wanneer deze redenen ontstaan. In de literatuur wordt wel gesteld dat hoe dichter het gegeven ontslag bij de datum van overgang ligt, des te kritischer men dient te zijn ten aanzien van de door de werkgever opgeven reden voor het ontslag.[28]

---

[26] HvJ EG 15 juni 1988, NJ 1990, 247.
[27] HvJ EG 12 maart 1998, JAR 1998/100.
[28] Zie bijvoorbeeld: L.G. Verburg, *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisaties*, Deventer: Kluwer 2008, p. 165.

Artikel 4, lid 1, derde zin bevat nog een uitzondering. De lidstaten mogen namelijk bepalen dat het ontslagverbod niet van toepassing is op bepaalde welomschreven categorieën werknemers die volgens de wettelijke voorschriften of het gebruik van de lidstaten geen ontslagbescherming genieten. In Nederland kan men denken aan werknemers die in de proeftijd worden ontslagen, waarbij de overgang wel een rol mag spelen. Volgens het Hof moet deze uitzondering wel strikt worden geïnterpreteerd. Deze uitzondering heeft alleen van betrekking op werknemers die in het geheel geen ontslagbescherming genieten.

Artikel 4, lid 2 bevat ook een zekere vorm van ontslagbescherming. Hierin wordt bepaald dat indien de arbeidsovereenkomst wordt verbroken omdat de overgang van onderneming een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer als gevolg heeft, de arbeidsovereenkomst geacht wordt te zijn verbroken door toedoen van de werkgever. Dit wordt in hoofdstuk 4 uitgebreid besproken.

2.2 Arbeidsvoorwaarden

De hoofdregel van bescherming is dat bij overgang van onderneming alle aan de onderneming verbonden werknemers automatisch mee overgaan met behoud van al hun rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst. Dit vloeit voort uit artikel 3, lid 1 van de richtlijn. Deze hoofdregel heeft de Nederlandse wetgever geïmplementeerd in artikel 7:663 BW. In dit artikel is bepaald dat door een overgang van onderneming de rechten en de plichten die voor de vervreemder uit een arbeidsovereenkomst voortvloeien van rechtswege overgaan op de verkrijger. De werknemer behoudt wat hij had. Het kan echter voorkomen dat de verkrijger niet alles kan bieden. Mag hij de arbeidsvoorwaarden dan wijzigen? Deze vraag is beantwoord in het arrest Daddy's Dance Hall.[29] Uit dit arrest blijkt dat de bepalingen van de richtlijn dwingend zijn, waarvan ten ongunste van de werknemer niet van afgeweken mag worden. De verkrijger geen wijzigingen aanbrengen in de arbeidsvoorwaarden, ook al stemt de werknemer hiermee in.

2.3 Wijziging van arbeidsvoorwaarden

In paragraaf 2.2 is te lezen dat een verkrijger de arbeidsvoorwaarden niet mag wijzigen. Een werknemer houdt immers wat hij had. Toch zijn sommige wijzigingen onvermijdelijk. Hierbij kan men denken aan het gemis van reële promotiekansen en het moeten afleggen van een grotere reisafstand voor het woon-werkverkeer. Bij dit soort wijzigingen zal er niet snel sprake zijn van wijzigingen die gelegen zijn in de overgang op zich. Hoe zit het dan met de onvermijdelijke wijzigingen? Zoals in de vorige paragraaf was te lezen, mag een verkrijger niet wijzigen. Wel is hem de mogelijkheid gegeven te wijzigen binnen dezelfde grenzen als die van de vervreemder, met dien verstande dat de overgang van onderneming geen reden is voor de wijziging.
Toch lijkt het erop dat de richtlijn wel een mogelijkheid heeft gegeven tot wijzigingen. De richtlijn spreekt namelijk in artikel 4, lid 2 over een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsovereenkomst. De richtlijn sluit dus enige verandering van arbeidsvoorwaarden niet uit, als het maar geen aanmerkelijke wijziging is. Dit betekent dat niet-aanmerkelijke wijzigingen wel mogelijk zijn. Met het woord 'aanmerkelijk' heeft de richtlijn de deur op een kier gezet ten gunste van de werkgever. De vraag is of dit ook de bedoeling geweest van de

[29] HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990, 432.

richtlijn. Volgens Beltzer is het praktisch onuitvoerbaar en onwenselijk om koste wat kost dezelfde arbeidsvoorwaarden te handhaven. Hij pleit er dan ook voor de richtlijn zo uit te leggen dat de verkrijger verplicht is minimaal een in waarde gelijk arbeidsvoorwaardenpakket aan de overgegane werknemers aan te bieden, met dien verstande dat waar de verkrijger zonder veel problemen dezelfde arbeidsvoorwaarden kan aanbieden, zoals salaris en aantal vakantiedagen, hij dit ook moet doen. Wanneer hij dit niet kan, dient hij hier een compensatie tegenover te stellen.[30] Deze formulering van Beltzer is juist. Er kunnen namelijk bepaalde arbeidsvoorwaarden zijn die de verkrijger echt niet kan bieden. Een voorbeeld daarvan is dat de werknemer het recht heeft stage te lopen bij een buitenlandse vestiging. Heeft de verkrijger geen buitenlandse vestiging, dan is het voor de verkrijger onmogelijk om deze stage te bieden. Het is van de werknemer dan niet redelijk deze verplichting af te dwingen.[31] Hiermee kan worden geconcludeerd dat de notie dat arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming niet gewijzigd kunnen worden bij bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden niet op gaat.

[30] R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 2000, p. 108-111.
[31] J.M. van Slooten, 'Overgang van onderneming en bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden', *ArbeidsRecht* 2000, 31.

Hoofdstuk 3 Rechtspositie van de onwillige werknemer vóór en na overgang van onderneming

In hoofdstuk 2 zijn de rechten van werknemers besproken. Ten eerste behouden de werknemers hun arbeidsovereenkomst. Ten tweede kunnen de werknemers niet wegens de overgang worden ontslagen. Toch zijn sommige wijzigingen onvermijdelijk (zie paragraaf 2.3). Deze wijzigingen kunnen zo onaantrekkelijk zijn dat de werknemer het niet ziet zitten mee over te gaan. Is een werknemer dan verplicht of mag hij achterblijven bij de vervreemder? Deze vragen worden in dit hoofdstuk beantwoord.

3.1 Moet een werknemer meegaan naar de verkrijger?

Zoals eerder is besproken, gaat een werknemer automatisch over bij overgang van onderneming. Betekent dit dat hij verplicht is mee te gaan?
Ten eerste mag een werknemer hiertoe niet worden verplicht, en wel op grond van artikel 19 van de Grondwet. Dit artikel bepaalt dat iedere Nederlander recht heeft op vrije keuze van arbeid. Indien een werknemer wordt verplicht, is dit in strijd met de Grondwet.
Ten tweede, zo stelt Beltzer, is het niet redelijk dat de richtlijn en artikel 7:662 e.v. BW onverminderd gelden waardoor de werknemer tegen zijn zin automatisch in dienst is bij de verkrijger. Hierbij stelt Beltzer dat de werknemer en de vervreemder met onderling goedvinden elk moment een einde kunnen maken aan de arbeidsovereenkomst. Daarom moet het voor een werknemer mogelijk zijn dit ook met de verkrijger overeen te komen.[32]
Ten derde is in de rechtspraak gesteld dat een werknemer niet verplicht is mee te gaan. Een voorbeeld hiervan is het arrest Mikkelsen/Danmols Inventar.[33] In dit arrest heeft het Hof het volgende bepaald: “De richtlijn heeft ten doel om zeker te stellen dat de rechten van werknemers bij wijziging van de werkgever worden behouden, door hen de mogelijkheid te bieden om voor de verkrijger te blijven werken onder dezelfde voorwaarden als met de vervreemder. De richtlijn beoogt immers een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsverhouding met de verkrijger zoveel mogelijk te verzekeren, door deze te verplichten de in collectieve overeenkomsten vastgelegde arbeidsvoorwaarden te handhaven (artikel 3, lid 2), en door de werknemers te beschermen tegen ontslag waarvan de reden enkel in de overgang is gelegen (artikel 4, lid 1).” Vervolgens bepaalt het Hof: “De door de richtlijn beoogde bescherming is evenwel niet nodig, wanneer de betrokkene zelf na de overgang zijn dienstbetrekking uit eigen beweging niet met de nieuwe ondernemer voortzet. Dat is het geval wanneer de betrokken werknemer uit vrije wil de arbeidsovereenkomst of -verhouding met ingang van de dag van overgang verbreekt, of wanneer deze overeenkomst of verhouding met ingang van de dag van de overgang wordt beëindigd krachtens een overeenkomst die vrijelijk wordt gesloten tussen de werknemer en de vervreemder of de verkrijger van de onderneming.

---

[32] R.M. Beltzer, *Overgang in privaat- en publieke sector*, Deventer : Kluwer 2008, p. 74.
[33] HvJ EG 11 juli 1985, NJ 1988, 907.

In een dergelijke situatie moet worden aangenomen, dat artikel 3, lid 1, van de richtlijn niet van toepassing is."

De Hoge Raad heeft dit bevestigd in de zaak Boode/Hoheisel[34], maar heeft eraan toegevoegd dat ondubbelzinnig moet blijken dat de werknemer niet mee over wil. Een zaak waarin deze ondubbelzinnigheid werd aangenomen, wordt duidelijk in de behandeling van het arrest Veenendaal/Van Vuuren.

Geconcludeerd kan worden dat een werknemer niet verplicht is over te gaan, maar dit moet wel ondubbelzinnig blijken.

3.2 Kan de werknemer achterblijven bij de vervreemder?

De richtlijn gaat dus niet zo ver dat een werknemer verplicht is mee over te gaan. Als hij ondubbelzinnig verklaart dat hij niet mee wil, gaat hij niet mee. Blijft hij dan achter bij de vervreemder?
Deze vraag is als eerste beantwoord in het arrest Besi Mill.[35] Hoewel het Hof de nadruk had gelegd op de aansprakelijkheid van de vervreemder, kwam het onderwerp wel kort aan de orde. Dit arrest ging over het volgende. De bar/discotheek Besi Mill had Besselsen in huurkoop overgedragen aan Manshanden en Tweehuijzen. Beiden waren vennoten van Summerland BV. De bedrijfsleider Berg en Busschers waren voor de overdracht ontslagen. Na de overdracht liep hun opzegtermijn nog door, waardoor zij ook waren overgegaan. De verkrijger had echter geen werkzaamheden voor deze twee werknemers. Daardoor kwamen deze werknemers niet toe aan werken en ontvingen zij geen loon. Daarom hadden de werknemers loon gevorderd van Besselsen en van de twee vennoten. Besselsen achtte zich niet aansprakelijk voor de loonbetaling, omdat de loonvordering ging om de periode na de overgang. De Hoge Raad stelde het Hof de volgende prejudiciële vragen:

1. Moet artikel 3 lid 1 richtlijn zo worden uitgelegd dat –voorzover in de wetgeving van de lidstaten niet anders is bepaald- de vervreemder na het tijdstip van de overgang niet meer aansprakelijk is voor de verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst?
2. Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord, moet die bepaling dan zo worden verstaan, dat de vervreemder pas niet meer aansprakelijk is indien de werknemer daar toestemming voor heeft gegeven?
3. Indien vraag 2 met 'nee' wordt beantwoord, moet de bepaling dan zo worden verstaan, dat genoemd rechtsgevolg niet intreedt indien de werknemer daartegen bezwaar maakt, zodat hij in dienst blijft van de vervreemder?[36]

Het Hof antwoordde als volgt. Uit artikel 3, lid 1 van de richtlijn blijkt dat door de overgang van de onderneming ook de voor de vervreemder uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen van rechtswege overgaan op de verkrijger. Het is aan de lidstaten zelf te bepalen of de vervreemder en de verkrijger na de overgang hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen die ontstaan zijn voor de overgang. Is er van deze regeling gebruik gemaakt, dan kan de werknemer na de overgang dus ook de vervreemder aansprakelijk stellen. Heeft

[34] HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 240.
[35] HvJ EG 5 mei 1988, NJ 1989, 712 *(Besi Mill*).
[36] R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in privaat- en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008 p. 78.

een lidstaat deze bepaling niet, dan is de vervreemder na de overgang bevrijd van de verplichtingen die voor de overgang zijn ontstaan. Het Hof onderbouwt dit als volgt: "Volgens vaste rechtspraak (..) beoogt de richtlijn (…) te verzekeren, dat de werknemers, in geval van wijziging in de persoon van het hoofd van de onderneming, hun rechten behouden, door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever blijven. Zij beoogt echter niet de voortzetting van de arbeidsovereenkomst of –verhouding met de vervreemder, indien de in de onderneming aangestelde werknemers niet in diens van de verkrijger willen blijven."[37]

Na de overgang is de vervreemder dus van zijn verplichtingen als werkgever bevrijd. Dit betekent dat na de overgang de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt. Hierdoor heeft de werknemer niet meer de keuze achter te blijven bij de vervreemder. Er is immers geen sprake meer van een arbeidsovereenkomst met de vervreemder.

Na het arrest Besi Mill was het voor de lidstaten nog steeds onduidelijk of een lidstaat mag bepalen dat een werknemer wel een keuze kan maken. Duitsland heeft zo'n bepaling bijvoorbeeld wel, namelijk het 'Widerspruchrecht'. Volgens dit recht kan de werknemer kiezen bij de vervreemder te blijven of bij de verkrijger in dienst te treden. Op zich is dit niet in strijd met de richtlijn. Artikel 8 van de richtlijn bepaalt namelijk dat nog gunstiger bepalingen zijn toegestaan. Toch was er geen eenstemmigheid over dit onderwerp. Daarom was een uitspraak van het Hof van Justitie noodzakelijk. En zo werd in het arrest Katsikas/Konstantinidis[38] het Duitse Widerspruchrecht behandeld. Konstantinidis had een van zijn restaurants, namelijk een Griekse restaurant dat was gevestigd in Duitsland, overgedragen aan Mitossis. In het overdrachtscontract werd opgemaakt dat de vervreemder werd bevrijd van alle verplichtingen die de exploitatie met zich zou brengen. Katsikas, een werknemer van Konstantinidis, wilde niet in dienst treden bij Mitossis. Daarom verzocht hij Kostantinidis of hij bij een restaurant van Konstantinidis mocht werken. Konstantinidis ontsloeg hem echter 'in de naam van Mitossis.' Katsikas vorderde betaling van niet voldane vergoedingen op basis van de arbeidsovereenkomst. Konstaninidis stelde daarentegen dat hij geen werkgever meer was. Hiertegen beriep Katsikas zich op zijn Widerspruchrecht.
Aan het Hof werd gevraagd of Katsikas zich ook op dit recht kon beroepen. Daarop antwoordde het Hof als volgt: "Artikel 3, lid 1 van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat het een werknemer die ten tijde van de overgang in de zin van artikel 1 lid 1 van de richtlijn in dienst is van de vervreemder, niet verbiedt zich te verzetten tegen de overgang van zijn arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding op de verkrijger. De richtlijn verplicht de lidstaten evenwel niet te bepalen, dat de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met de vervreemder in stand blijft in geval een werknemer uit eigen wil besluit de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding niet met de verkrijger voort te zetten. De richtlijn staat daaraan ook niet in de weg. Het is aan de lidstaten te bepalen, wat in een dergelijke geval met de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met de vervreemder gebeurt."
Lidstaten mogen eenzelfde bepaling als in Duitsland hebben. Lidstaten beslissen dus hiermee wat de rechtspositie van een onwillige werknemer is.

Vervolgens ging het Hof in het arrest Temco nog een stap verder. Het Hof overwoog daarin het volgende: "Ofschoon de overdracht van de arbeidsovereenkomst dus zowel voor de werkgever als voor de werknemer verbindend is, heeft het Hof erkend, dat deze laatste kan

---

[37] Idem.
[38] HvJ EG 16 december 1992, JAR 1993/64.

weigeren dat zijn arbeidsovereenkomst aan de overnemer wordt overgedragen (zie onder meer, arrest van 16 december 1992, Katsikas e.a., C-132/91, C-138/91 en C-139/91, jurispr. blz I-6577, punten 31-33). In dat geval hangt de situatie van de werknemer af van de wetgeving van iedere lidstaat: ofwel kan de overeenkomst die de werknemers aan de vervreemdende onderneming bindt, worden opgezegd op initiatief van de werkgever of de werknemer, ofwel kan de overeenkomst met die onderneming in stand blijven (zie, onder meer, het arrest Katsikas e.a. reeds aangehaald, punt 36).”[39] Hiermee zegt het Hof dat de lidstaten een keuze hebben uit ofwel:
- de mogelijkheid dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd doordat de werkgever dan wel de werknemer een nadere rechtshandeling verricht en de arbeidsovereenkomst opzegt;
- de mogelijkheid dat de arbeidsovereenkomst in stand blijft.

Naar aanleiding van de arresten kan ten aanzien van de onwillige werknemer geconcludeerd worden dat de richtlijn niet voorziet in de voortzetting van de arbeidsovereenkomst noch in de beëindiging ervan en dat de lidstaten zelf vrij zijn een regeling te treffen. Nederland heeft een dergelijke regeling zoals Duitsland niet. In het arrest Veenendaal/Van Vuuren wordt duidelijk in welke nadelige positie de Nederlandse onwillige werknemer belandt.[40] Veenendaal werkte sinds 1986 bij Bak Driebergen B.V. (hierna: Bak). Het bedrijfsonderdeel van Bak, waarin Veenendaal werkzaam was, werd per 1 november 1998 overgedragen aan Van Vuuren. Van Vuuren was gevestigd in Grouw, dat 158,6 kilometer verderop ligt. De overgang werd in augustus per brief aan Veenendaal medegedeeld. In deze brief werd vermeld dat hij dezelfde arbeidsvoorwaarden behoudt en dat hij een vergoeding kan krijgen voor verhuis-, reis- en verblijfskosten. Ook werd hem verteld dat een weigering gevolgen heeft voor zijn Werkloosheidsuitkering (hierna: WW-uitkering). Toch laat Veenendaal weten dat hij zijn arbeidsovereenkomst niet wil voortzetten in Grouw. Als reactie krijgt hij van Bak: “Daar u reeds uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven dat u geen prijs stelt op de u aangeboden voortzetting van uw arbeidsovereenkomst met van Vuuren Deuren B.V. houdt dit in dat de arbeidsovereenkomst met Bak per 1 november eindigt.” Hierop heeft Bak geen reactie ontvangen van Veenendaal. Veenendaal verschijnt evenmin bij Van Vuuren in Grouw. Op 18 januari 1999 dient Veenendaal een verzoek in bij de rechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met Van Vuuren. Vervolgens verzocht Veenendaal op 18 januari 1999 ontbinding bij de rechter op de voet van artikel 7:685 BW. Daarbij heeft hij aangevoerd dat de omstandigheden dusdanig waren gewijzigd dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet van hem kon worden gevergd. Daartegen heeft Van Vuuren aangevoerd dat het verzoek van Veenendaal niet-ontvankelijk moest worden verklaard. Als argument voerde Van Vuuren aan dat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden was beëindigd. De kantonrechter was het met Van Vuuren eens en had Veenendaal niet-ontvankelijk verklaard. Volgens Veenendaal was artikel 7:685 BW ten onrechte buiten toepassing gelaten. Vervolgens ging hij in hoger beroep bij de Rechtbank Utrecht. Hij voerde aan dat hij met zijn brief van 2 oktober 1998 aan Bak alleen had aangegeven dat hij niet in Grouw wilde werken. Het was niet de bedoeling van deze brief aan te geven dat hij zijn arbeidsovereenkomst met van Vuuren niet wilde voortzetten. Ook voerde hij aan dat Bak hem moest wijzen op de mogelijkheid om beroep te doen op artikel 7:665 BW. De rechtbank verwierp Veenendaals beroep en bekrachtigde de beschikking van de kantonrechter. Veenendaal stelde beroep in cassatie in. De Hoge Raad was van mening dat de rechtbank een juiste maatstaf heeft gehanteerd. De rechtbank vond het van belang te overwegen of Van Vuuren uit de verklaring van

[39] HvJ EG 24 januari 2002, JAR 2002, 47 (Temco Services Industries/Imzilyen e.a.).
[40] HR 26 mei 2000, JAR 2000/152.

Veendendaal had mogen opmaken dat Veenendaal zijn arbeidsovereenkomst wilde beëindigen. Bij het beëindigen moest sprake zijn van een duidelijke ondubbelzinnige verklaring van Veenendaal. Bij de beantwoording hiervan had de rechtbank de verklaring van 2 oktober 1998, gericht tegen Bak, gebruikt. Kennelijk was de gedachtegang van de rechtbank dat de verklaring van Veenendaal ook gold voor de verhouding tussen Veenendaal en Bak. Volgens de Hoge Raad had Veenendaal ondubbelzinnig afgezien van overgang van zijn arbeidsovereenkomst naar Van Vuuren. Daarom was hij nimmer in dienst getreden bij Van Vuuren. Doordat hij nimmer in dienst was getreden bij Van Vuuren, bestond er ook geen mogelijkheid tot ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst.

Met dit arrest heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt indien een werknemer niet mee over wil. Zoals vele auteurs terecht stellen is dit in strijd met het gesloten stelsel van het ontslagrecht. Alleen in de in de wet genoemde gevallen kan een arbeidsovereenkomst eindigen. Een arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege, wanneer de tijd is verstreken bij overeenkomst, bij de wet of door het gebruik aangegeven.[41] Dat een werknemer niet mee over wil, valt niet te plaatsen onder één van deze gronden. Daarom kan er worden gesteld dat het gesloten stelsel van het ontslagrecht zich verzet tegen de beëindiging die door de Hoge Raad in het leven is geroepen. Daarom wordt de Hoge Raad niet altijd gevolgd door de kantonrechters. Een voorbeeld daarvan is een kantonrechter in Enschede. Deze kantonrechter overwoog: "Vastgesteld dient te worden dat het Nederlandse arbeidsrecht geen bepaling kent op grond waarvan de arbeidsovereenkomst van een werknemer met een werkgever die een project verliest van rechtswege eindigt indien de werknemer niet in dienst wenst te treden van de werkgever die het project verwerft. Als de arbeidsovereenkomst van eiser niet van rechtswege is geëindigd blijft over opzegging, beëindiging met wederzijds goedvinden of ontbinding."[42]

Deze uitspraak past wel in het gesloten ontslagstelsel en biedt daarnaast werknemerbescherming.

3.3 Beëindiging arbeidsovereenkomst

In de vorige paragrafen werd duidelijk dat een werknemer in Nederland geen recht heeft achter te blijven bij zijn vervreemder. Wil hij alsnog niet mee over, dan eindigt zijn arbeidsovereenkomst van rechtswege wanneer hij dit ondubbelzinnig verklaart. Een werknemer die zijn arbeidsovereenkomst niet kwijt wil, gaat natuurlijk mee. Heeft hij het vervolgens niet naar zijn zin, dan kan hij alsnog zijn arbeidsovereenkomst opzeggen of laten ontbinden.

De richtlijn heeft een extra bescherming opgenomen voor werknemers die niet in dienst willen blijven van de verkrijger. Deze bescherming is opgenomen in artikel 4, lid 2 en bepaalt: "indien de arbeidsovereenkomst of de arbeidsbetrekking wordt verbroken omdat de overgang een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer ten gevolge heeft, wordt de arbeidsovereenkomst of de dienstbetrekking geacht te zijn verbroken door toedoen van de werkgever."[43] Wat wordt er met 'aanmerkelijke

---

[41] Artikel 7:667 BW.
[42] Kantonrechter Enschede 6 september 2007, LJN BB3340. R. Hampsink, 'Gemorrel aan het gesloten stelsel van het ontslagrecht', *Loe's magazine* 2009. Zie ook: http://www.advokatenkollektief.nl/publicaties_2009___pagina9_466.html.
[43] De gevolgen hiervan worden ingevuld door de nationale wetgever. R.M. Beltzer, 'Een lacune in ontslagbescherming bij overgang van onderneming', *TAP* 2009.

wijzigingen' bedoeld? Een voorbeeld van een aanmerkelijke wijziging is te vinden in het arrest Juuri.[44] In dit arrest kreeg de werknemer te maken met een andere cao. Naar aanleiding van dit arrest kan gesteld worden dat een rechtmatige toepassing van een cao door de verkrijger een aanmerkelijke wijziging oplevert voor de werknemer.
Een ander voorbeeld is het arrest Merckx en Neuhuys.[45] Het Hof heeft in dit arrest de vraag moeten beantwoorden of verandering in loonhoogte wordt aangemerkt als een aanmerkelijke nadelige wijziging. Daarbij overwoog het Hof als volgt: "Een wijziging van het niveau van het aan de werknemer toegekende loon is een van de aanmerkelijke wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden in de zin van die bepaling, zelfs wanneer het loon onder meer afhankelijk is van de behaalde omzet. Wanneer de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding wordt verbroken omdat de overgang een dergelijke wijziging met zich meebrengt, dan wordt de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding geacht te zijn verbroken door toedoen van de werkgever."

Een aanmerkelijke wijziging moet volgens het Hof wel worden beoordeeld naar omstandigheden van het geval.[46] Daarbij overweegt het Hof als volgt: "In die omstandigheden staat het aan de verwijzende rechter te onderzoeken, waarom de werknemer de aangeboden arbeidsovereenkomst heeft geweigerd, waarbij hij dient na te gaan, of dit voorstel voor een arbeidsovereenkomst een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer ten gevolge had."

Een verandering in het loonniveau is dus sowieso een aanmerkelijke wijziging. Betreft het andere arbeidsvoorwaarden, dan moet aan de hand van alle feiten en omstandigheden worden beoordeeld of er sprake is van een aanmerkelijke wijziging.

Nederland heeft artikel 4 lid 2 geïmplementeerd in artikel 7:665 BW. Dit artikel luidt als volgt: "Indien de overgang van een onderneming een wijziging van de omstandigheden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft de arbeidsovereenkomst deswege wordt ontbonden ingevolge artikel 685, geldt zij met het oog op de toepassing van lid 8 van dat artikel als ontbonden wegens een reden welke voor de rekening van de werkgever komt." Bij dit artikel worden in Nederland de volgende voorbeelden genoemd: verliezen van promotiekansen door de werknemer en het als gevolg van de overgang zodanig groot worden van de woon-werkafstand, dat het in redelijkheid niet van de werknemer kan worden verlangd dat hij de werkzaamheden voortzet.[47] Deze voorbeelden zullen wel minder snel passen in artikel 4 lid 2 van de richtlijn. Artikel 7:665 BW spreekt namelijk over 'omstandigheden', terwijl de richtlijn spreekt over 'arbeidsvoorwaarden'. Artikel 7:665 BW is dus ruimer en zal voor een werknemer meer kansen bieden.
Naast deze positieve kant heeft artikel 7:665 BW helaas ook een negatieve kant. Dit artikel heeft zich namelijk wel beperkt tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst, terwijl de richtlijn spreekt over een verbreking. In dit geval biedt juist de richtlijn meer bescherming. Als een Nederlandse werknemer zijn arbeidsovereenkomst opzegt, wordt hij op grond van de richtlijn wel beschermd. Zijn arbeidsovereenkomst wordt dan verbroken door toedoen van de werkgever. Dit betekent dat de werkgever de opzegtermijn in acht moet nemen. Daarnaast heeft de werknemer de mogelijkheid een kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure te starten op

---

[44] HvJ 27 november 2008, C-396/07, JAR 2009/20, (Juuri/Fazer Amico OY). Dit arrest wordt in hoofdstuk 4 nog uitgebreider besproken.
[45] HvJ EG 7 maart 1996, JAR 1996, 169, IRLR 467 en 468, ECJ.
[46] HvJ EG 12 november 1998, JAR 1999, 15.
[47] Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nrs. 3-4, p. 10.

grond van artikel 7:681 BW.[48] De wetgever vindt ook niet dat het artikel uitgebreid moet worden tot opzegging. Daarbij wordt als volgt geconcludeerd: “anders dan bij ontbinding het geval is, worden in het arbeidsovereenkomstenrecht geen rechtsgevolgen verbonden aan de opzegging door de werknemer die noodzakelijk maken dat in het Burgerlijke Wetboek wordt bepaald dat die opzegging geldt als opzegging door de werkgever. Artikel 7:665 BW is derhalve terecht beperkt tot het geval van ontbinding.” Beltzer[49] en Even[50] stellen terecht dat de wetgever blijkbaar artikel 7:681 BW over het hoofd heeft gezien.

Hoofdstuk 4 Financiële gevolgen voor de onwillige werknemer

4.1 Ontslagvergoeding

4.1.1 Richtlijn

Zoals in hoofdstuk 3 is besproken, is artikel 4, lid 2 bedoeld om de werknemer die zijn arbeidsovereenkomst opzegt of laat ontbinden extra te beschermen. Het was met dit artikel echter niet duidelijk of de lidstaten een vergoeding moesten vastleggen indien een werknemer ontbinding aangevraagd heeft wegens het wijzigen van omstandigheden. Daarom is door de Finse cassatierechter een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof in de hiervoor al genoemde zaak Juuri.[51] De feiten van deze zaak waren als volgt. De werkneemster was sinds 5 april 1994 door het bedrijf Juuri te werkgesteld als medewerkster van een personeelsrestaurant in Finland. Op haar arbeidsbetrekking was de cao voor de Metaalsector van toepassing. Op 31 januari 2003, de laatste dag waarop deze cao gold, is het restaurant overgegaan op Amica. Amica heeft de werkneemster bericht dat de cao voor de Horeca van toepassing zou zijn. De werkneemster weigerde dit te accepteren, waarna Juuri haar arbeidsovereenkomst op 19 februari 2003 met onmiddellijke ingang heeft opgezegd. De werkneemster vorderde betaling van een opzeggingsvergoeding, alsmede een vergoeding gelijk aan veertien maandsalarissen wegens een onrechtmatige verbreking van de arbeidsovereenkomst. Vervolgens werd de zaak geschorst en werd het Hof de volgende vraag gesteld: “Moet artikel 4, lid 2, van richtlijn [2001/23] aldus worden uitgelegd dat een lidstaat in zijn wetgeving moet waarborgen dat, indien een werknemer zelf zijn arbeidsovereenkomst verbreekt vanwege aanzienlijk verslechterde arbeidsvoorwaarden ten gevolge van een overgang van onderneming, de werknemer op dezelfde manier recht heeft op een financiële vergoeding van de werkgever als wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst op onrechtmatige wijze heeft beëindigd, daarbij in aanmerking nemend dat de werkgever overeenkomstig artikel 3, lid 3, van [deze] richtlijn de collectieve arbeidsovereenkomst waaraan de vervreemder was gebonden en die de werknemer betere arbeidsvoorwaarden garandeerde, slechts heeft gehandhaafd tot het verstrijken daarvan, en daardoor de verslechtering van de arbeidsvoorwaarden is veroorzaakt?”
Het Hof overweegt dat artikel 4, lid 2 van de richtlijn de bedoeling heeft de werkgever verantwoordelijk te stellen voor de verbreking van een arbeidsovereenkomst, zonder te regelen wat de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen zijn. Het artikel voorziet dus niet in een verplichting voor de werknemers een bepaalde vergoedingsregeling te waarborgen. Dit blijkt

---

[48] A.G. Veldman, ‘Ontslagvergoeding bij opzegging als gevolg van overgang van onderneming’, *TRA* 2009, 4 , p. 29.
[49] R.M. Beltzer, ‘Een lacune in ontslagbescherming bij overgang van onderneming’, *TAP* 2009, p. 6.
[50] J.H. Even, ‘Van overgang van onderneming en doelredeneringen’, *TAP* 2009, p. 185.
[51] HvJ 27 november 2008, C-396/07, JAR 2009/20, (Juuri/Fazer Amica Oy).

ook uit de toelichting bij het voorstel voor de richtlijn. Hierin is bepaald dat, als de werknemer zijn arbeidsovereenkomst verbreekt om een reden waarvoor de werkgever verantwoordelijk is, de hieruit voortvloeiende rechtsgevolgen, zoals vergoedingen, moeten worden beoordeeld aan de hand van de wettelijke bepalingen van de lidstaten. Het is dus de bedoeling dat een lidstaat de volle werking van de richtlijn verzekerd. Daarbij hoeft hij echter niet te waarborgen dat de werknemer die dit artikel terecht inroept, recht heeft op een financiële vergoeding door deze verkrijger als ware zijn arbeidsovereenkomst onrechtmatig beëindigd. De nationale rechter moet in het kader van zijn bevoegdheden echter waarborgen dat de verkrijger in een dergelijk geval ten minste de gevolgen draagt die het toepasselijke nationale recht aan de verbreking van de arbeidsovereenkomst of de arbeidsbetrekking door toedoen van de werkgever verbindt, zoals de uitbetaling van het loon en van andere voordelen die krachtens dit nationale recht zijn verbonden aan de opzegtermijn die deze werkgever moet eerbiedigen.[52]
Volgens Beltzer is werd in het arrest Juuri duidelijk dat artikel 4, lid 2 slechts een ondergrens bevat: "indien artikel 3 van de richtlijn niet is geschonden – anders is namelijk sprake van een verboden inbreuk op de arbeidsvoorwaarden, dient de werknemer niet slechter te worden behandeld dan andere werknemers die door toedoen van de werkgever worden ontslagen. In ieder geval betekent dit niet dat een werknemer de rechten verkrijgt die een onrechtmatige ontslagen werknemer zou hebben."[53] Beltzer stelt dat deze uitspraak gevolgen heeft voor de Nederlandse rechtsorde, omdat artikel 7:665 BW geen recht geeft op hoge(re) vergoeding. Wat hij hiermee bedoelt, wordt duidelijk in de volgende paragraaf.

4.1.2 Nationale wetgeving

Vraagt een Nederlandse werknemer ontbinding aan wegens wijziging van omstandigheden die zijn ontstaan door overgang van onderneming, doet hij een beroep op artikel 7:665 BW. Dit artikel verwijst naar artikel 7:685, lid 2 BW. Dit artikel bepaalt: "Indien de rechter het verzoek inwilligt wegens veranderingen in de omstandigheden kan hij, zo hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt, aan een van de partijen ten laste van de wederpartij een vergoeding toekennen; hij kan toestaan dat de vergoeding op door hem te bepalen wijze in termijnen wordt betaald."
Met behulp van deze artikelen kan gesteld worden dat de wetgever heeft bedoeld dat de rechter een vergoeding moet toekennen aan de werknemer. Hoeveel is deze vergoeding en hoe wordt deze bepaald? Dit wordt in de volgende paragraaf besproken.

4.1.2.1 Kantonrechtersformule[54]

Aan de hand van de kantonrechtersformule bepalen de Nederlandse rechters of een werknemer ontslagvergoeding wordt toegekend. De kantonrechtersformule bepaalt ook de hoogte van deze vergoeding. De uitkomst van de kantonrechtersformule wordt bepaald door 3 componenten: Aantal gewogen dienstjaren, Beloning per maand en Correctiefactor (A * B * C). Nadat de rechter deze componenten heeft vastgesteld, worden deze waarden vermenigvuldigd.

Aantal gewogen dienstjaren (A)

---

[52] J.H. Even, 'Van overgang van onderneming en doelredeneringen twee recente uitspraken van het Hof van Justitie', *TAP* 2009, p. 185 e.v.
[53] R.M. Beltzer, 'De zaak Juuri: over ontslag en de wil van sociale partners', *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2010, 9, p. 91.
[54] Concept zie: http://www.kantonrechtersformule.nl/wat-is-de-kantonrechtersformule.html.

Bij de berekening van A wordt de diensttijd berekend aan hand van de dienstjaren, de leeftijd bij de aanvang van de arbeidsrelatie en de leeftijd bij beëindiging van de arbeidsrelatie. Dienstjaren van een werknemer jonger dan vijfendertig jaar tellen voor een half keer mee. Elk dienstjaar voor een werknemer tussen de vijfendertig en vijfenveertig jaar oud telt één keer mee. Jaren gewerkt tussen de vijfenveertig en vijfenvijftig jaar oud tellen anderhalf keer mee. De dienstjaren van een werknemer na zijn vijfenvijftigste levensjaar tellen twee keer mee.

Beloning per maand (B)
Bij de berekening van B wordt uitgegaan van het brutomaandsalaris, in ieder geval vermeerderd met vaste en overeengekomen looncomponenten, zoals vakantietoeslag, een vaste dertiende maand, een structurele overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag. Behoudens zeer uitzonderlijke gevallen zullen niet onder de vaste beloning vallen: het werkgeversdeel pensioenpremie, de auto van de zaak, onkostenvergoedingen, de werkgeversbijdrage in de zorgverzekeringspremie en incidentele en niet overeengekomen looncomponenten.

Correctiefactor (C)
De correctiefactor is de variabele factor. Indien de ontbindingsgrond geheel in de risicosfeer van de werkgever valt en verwijtbaarheid niet aan de orde is, is de correctiefactor gelijk aan één. Indien de ontbindingsgrond geheel in de risicosfeer van de werknemer valt, zonder dat van enige verwijtbaarheid sprake is, dan is C gelijk aan nul. Is er sprake van verwijtbaarheid en nalatigheid van de rechter, dan zal de correctiefactor anderhalf of twee worden. Hoe meer het de werkgever te verwijten hoe is, hoe hoger de correctiefactor zal zijn.

4.1.2.2 Kantonrechtersformule bij overgang van onderneming[55]
Er zijn verschillende opvattingen over hoe artikel 7:665 BW zich verhoudt tot de kantonrechtersformule. Velen zijn van mening dat de correctiefactor begint bij één en vanaf daar alleen maar omhoog gaat. Zo stelt Beltzer dat het geen uitgemaakte zaak is dat de C-factor op hoger dan één dient te worden gesteld. Volgens Even impliceert Beltzer hiermee dat de correctiefactor ten minste op één dient te worden gesteld.[56] Jellinghaus is weer van mening dat artikel 7:665 BW niet is bedoeld om een vergoeding met correctiefactor één veilig te stellen.[57] Naar mijn mening moet de correctiefactor bij een terecht beroep op artikel 7:665 BW ook ten minste op één worden gesteld. Artikel 7:665 BW bepaalt namelijk dat de ontbinding voor rekening van de werkgever komt. Hieruit kan geconcludeerd worden dat de correctiefactor in ieder geval begint bij één. De vraag is nu wanneer de correctiefactor hoger wordt gesteld dan één. In de vorige paragraaf hebben we gezien dat de correctiefactor hoger wordt wanneer de verwijtbaarheid van de werkgever hoger wordt. Wanneer is een werkgever dan meer verwijtbaar te stellen wanneer een onwillige werknemer zijn arbeidsovereenkomst laat ontbinden? In het eerder besproken arrest Juuri is namelijk vastgesteld dat een beëindiging van een arbeidsovereenkomst vanwege aanmerkelijke verslechtering van de arbeidsvoorwaarden door overgang van onderneming niet gelijkgesteld kan worden aan een onrechtmatig ontslag. Even stelt dat deze uitspraak voor de Nederlandse situatie zo kan worden uitgelegd dat bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst in een dergelijke geval ervan uit dient te worden gegaan dat er geen schuld (verwijtbaarheid) is aan de zijde van de

[55] J.H. Even, 'Van overgang van onderneming en doelredeneringen twee recente uitspraken van het Hof van Justitie', *TAP* 2009, p. 185 e.v.
[56] R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in private en publieke sector*, p. 168 en 169. J.H. Even, 'Van overgang van onderneming en doelredeneringen twee recente uitspraken van het Hof van Justitie', *TAP* 2009, p. 185, noot 46.
[57] S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden*, Monografieën Sociaal Recht, Kluwer 2003, p. 113 en 122 e.v.

werkgever.[58] Zijn de arbeidsvoorwaarden in strijd met de richtlijn verslechterd, dan is dit echter anders. De advocaat-generaal Colomer stelt in zijn opinie in de zaak Juuri dat dan de 'schuldgradaties' aan de orde komen. Hiermee bedoelt hij dat wanneer de richtlijn is geschonden, dit een aanleiding is tot een verzwaring van de aansprakelijkheid voor de werkgever vergeleken met de situatie waarin de richtlijn niet is geschonden. Dit lijkt een logische redenering. Even is van mening dat ook het Hof van Justitie zal meegaan met deze redenering, omdat het Hof van Justitie heeft bepaald dat een beëindiging conform artikel 4, lid 2 niet gelijk kan worden gesteld aan een onrechtmatig ontslag, onder de nadrukkelijke voorwaarde dat de aanmerkelijke wijzigingen van de arbeidsvoorwaarden niet zijn ontstaan door het door de verkrijger niet nakomen van de plichten uit de richtlijn. Net als Even het stelt, is de conclusie dat, als de richtlijn door de verkrijger is geschonden, en de arbeidsomstandigheden daarom aanmerkelijk zijn verslechterd, waardoor de arbeidsovereenkomst dient te worden ontbonden, dit tot uiting dient te komen in een hogere correctiefactor. Heeft de verkrijger de richtlijn niet geschonden, dan moet de correctiefactor in ieder geval op één worden gesteld.
De werknemer mag echter niet automatisch hiervan uitgaan. Dit blijkt uit de volgende uitspraak.[59] Een bedrijf in Tilburg verkocht zijn activiteiten aan onderneming die was gevestigd in Bree (België). Dit was een overgang van onderneming. Van de negenentwintig werknemers weigerden er zes mee over te gaan. Zij verzochten om ontbinding van hun arbeidsovereenkomst onder een toekenning van een vergoeding. Één van de werknemers voerde aan dat haar arbeidsomstandigheden aanmerkelijk zouden verslechteren door een langere reistijd en wijzigingen in arbeidsvoorwaarden door toepasselijk Belgisch recht en een Belgische cao. Volgens deze werknemer zou een neutrale vergoeding (correctiefactor één) voor de hand liggen, omdat de verplaatsing van de activiteiten zich in de risicosfeer van de werkgever bevindt. De vergoeding zal dan neerkomen op zeven-en-een-half maandsalaris. De kantonrechter overwoog dat de overgang inderdaad het gevolg had van een aanmerkelijke wijziging in de arbeidsomstandigheden ten nadele van de werknemer. Daardoor had de werknemer inderdaad recht op een vergoeding. De redelijkheid en billijkheid verzetten zich echter tegen een correctiefactor die gesteld is op één. Volgens de kantonrechter zou dit unfair zijn ten aanzien van de blijvers, en de werknemer die in het zicht van deze verandering vrijwillig was vertrokken. Als er een sociaal plan zou zijn opgesteld, zou dit volgens de kantonrechter waarschijnlijk recht geven op een suppletie van lager elders door de werknemers gegenereerde inkomsten en zou deze gezien de financiële positie van de werkgever beperkt zijn. De rechter wees een vergoeding toe van circa één maandsalaris. Deze uitspraak toont aan dat een werknemer niet automatisch mag uitgaan van een vergoeding gebaseerd op de neutrale kantonrechtersformule, ook al is er een terecht beroep gedaan op artikel 7:665 BW.
De rechter moet naar mijn mening ook de verwijtbaarheid van de werknemer hierbij betrekken. Zo kan er van een werknemer worden verwacht dat hij niet te gemakkelijk om ontbinding heeft gevraagd. Flexibiliteit mag van een werknemer worden gevergd.

4.2 Werkloosheidsuitkering

Artikel 24, lid 2 WW bepaalt dat een werknemer verplicht is te voorkomen dat hij verwijtbaar werkloos wordt. Iemand is verwijtbaar werkloos indien:

---

[58] J.H. Even, 'Van overgang van onderneming en doelredeneringen twee recente uitspraken van het Hof van Justitie', *TAP* 2009 p. 186.
[59] Ktr. Tilburg 26 juli 2007, JAR 2007/259, (werkneemster/X).

“B: de dienstbetrekking op initiatief van de werknemer is beëindigd zonder dat aan de voortzetting zodanige bezwaren waren verboden dat aan de voortzetting redelijkerwijs niet van de werknemer kon worden gevergd.”(b-grond).

Dat iemand het initiatief neemt, betekent niet meteen dat de werknemer verwijtbaar werkloos is. Om dat te kunnen beoordelen, is het van belang te bepalen op wiens initiatief de arbeidsovereenkomst is beëindigd. Het initiatief ligt bij de werkgever indien van de werknemer niet gevergd kan worden dat hij zijn arbeidsovereenkomst voortzet. Kan van de werknemer worden gevergd dat de arbeidsovereenkomst bij de verkrijgende werkgever zou zijn voortgezet, dan moet worden aangenomen dat het initiatief bij de werknemer ligt. Indien wordt geconstateerd dat het initiatief bij de werknemer ligt, is het de vraag of aan de voortzetting zodanige bezwaren waren verbonden dat voortzetting redelijkerwijs niet van de werknemer gevergd had kunnen worden. Als er geen zodanige bezwaren zijn, is er sprake van verwijtbare werkloosheid.

De Centrale Raad van Beroep heeft echter aangegeven dat een werknemer die weigert mee over te gaan niet kan worden aangemerkt als verwijtbaar werkloos.[60] In dit arrest stelde de eiser dat nu de gedaagde niet heeft ingestemd met overneming van de arbeidsovereenkomst door de verkrijger, er gesproken dient te worden van het nemen van ontslag zoals bedoeld in artikel 24, lid 2, onder b WW. De Raad heeft overwoog dat dit standpunt niet kon worden aanvaard. Het niet tot stand komen van een dienstbetrekking tussen de werknemer en de verkrijger ziet de Raad niet als het nemen van ontslag. Wel is de dienstbetrekking van rechtswege met ingang van de dag van overgang van onderneming beëindigd doordat gedaagde te kennen heeft gegeven, niet in te stemmen met overgang op de verkrijger van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst die zij met de vervreemder had. [61]

In 2001 heeft de Centrale Raad van Beroep zich nogmaals uitgelaten over deze problematiek.[62] Dit arrest ging om het volgende. Na de overgang weigerde een werkneemster haar kantinewerkzaamheden onder dezelfde arbeidsvoorwaarden te continueren. De arbeidsovereenkomst werd vervolgens door de kantonrechter ontbonden onder toekenning van een vergoeding van circa 25.000 gulden. Het toenmalige LISV[63] voerde aan dat de werkneemster verwijtbaar werkloos was geworden. Volgens de Raad had de werkneemster wel recht op een WW-uitkering. Daarbij stelde de Raad dat de werkneemster door eigen toedoen geen passende arbeid had behouden. Of dit het geval is, moet aan de hand van alle feiten en omstandigheden worden beoordeeld, waaronder de omvang van de nieuwe arbeidsvoorwaarden. Bij de beoordeling moet ook rekening worden gehouden met de beloning van het werk.[64] Gedurende het eerste halfjaar van de werkloosheid wordt de werknemer geacht arbeid te aanvaarden waarvoor de beloning niet afwijkt van hetgeen hij bij zijn vorige werkgever verdiende. Indien een werknemer wegens substantieel verslechterde arbeidsvoorwaarden weigert een dienstverband te continueren, valt dit niet onder het weigeren van passende arbeid.[65]

---

[60] CRvB 19 april 1994, RSV 1994, 228.
[61] Mr. Drs. S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname,* Deventer: Kluwer 2003, p. 112.
[62] Centrale Raad van Beroep17 oktober 2001, 452, UZC 2001,316.
[63] Het Landelijk instituut sociale verzekeringen was belast met de uitvoering van o.a. de wettelijke arbeidsongeschiktheids-,ziekengeld-en werkloosheidsverzekeringen. Tegenwoordig is dit de taak van het UWVWERKbedrijf.
[64] Zie bijvoorbeeld Centrale Raad van Beroep 30 november 1995, RSV 1996, 70.
[65] Mr. Drs. S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname,* Deventer: Kluwer 2003, p. 113.

In principe heeft de onwillige werknemer recht op een WW-uitkering. Dat dit de bedoeling is geweest blijkt ook uit de memorie van toelichting.[66] In deze memorie heeft de minister het volgende aangegeven:
"Dat het ontslag wordt beschouwd als voor rekening van de werkgever is uiteraard voorts van belang voor de toepassing van de sociale wetten, in het bijzonder de Werkloosheidswet. Voor de toepassing van artikel 21 van die Wet is de werknemer te beschouwen als onvrijwillig werkloos en mitsdien gerechtigd tot een uitkering krachtens die Wet. De richtlijn behoeft hier niet een expliciete uitvoeringsbepaling. Voldoende is dat de uitvoeringsorganen bij de uitvoering van de Wet, met name bij de toepassing van artikel 21, met het bepaalde in de richtlijn rekening te houden. Zij kunnen zich daarbij voor de juiste uitleg baseren op het nieuwe artikel 1639ddBW(het huidige 7:665 BW, SJ). Zonodig kan invloed worden uitgeoefend via een aanwijzing van de Sociale Verzekeringsraad."

Conclusie

Aangekomen bij de conclusie kom ik terug op mijn centrale vraag:

In hoeverre is het noodzakelijk en mogelijk de rechtspositie van een onwillige werknemer te verbeteren bij een overgang van onderneming?

De richtlijn beschermt de werknemer bij overgang van onderneming. De richtlijn ziet namelijk op het behoud van rechten en plichten bij een overgang. Ondanks deze bescherming kan het voor een werknemer onaantrekkelijk zijn in dienst te treden bij de verkrijger. Hierbij moet men bijvoorbeeld denken aan langere reistijd of gemis van promotiekansen. Wil een werknemer daarom niet mee over, dan is hij dit niet verplicht. Dit is onder andere bepaald in het arrest Mikkelsen/Danmols. De richtlijn gaat dus niet zo ver dat een werknemer verplicht is om mee over te gaan. De Hoge Raad heeft bepaald dat indien de werknemer ondubbelzinnig verklaard dat hij niet mee wil, hij niet mee over gaat. De vraag is dan of hij achterblijft bij de vervreemder. Dit moet ontkennend worden beantwoord. De richtlijn beoogt namelijk niet de voortzetting van de arbeidsovereenkomst met de vervreemder, indien de werknemer niet in dienst van de verkrijger wil treden. Duitsland heeft echter een bepaling waarin de werknemer wel een keuze mag maken om of bij de vervreemder of bij de verkrijger in dienst te gaan. Nederland heeft een soortgelijke bepaling niet. In Nederland eindigt de arbeidsovereenkomst van deze werknemer van rechtswege. Dit is echter in strijd met het gesloten stelsel van het ontslagrecht. Daarnaast strookt dit niet met de werknemersbescherming. Daarom moet een onwillige werknemer in dienst kunnen blijven van de vervreemder. Het is vervolgens aan de vervreemder de arbeidsovereenkomst op te zeggen dan wel door middel van een verzoek tot ontbinding te beëindigen. Kranenburg-Hanspians en Avci stellen terecht dat in het huidige artikel 7:663 BW een wijzigingen moet plaatsvinden. Zij pleiten voor een uitbreiding van dit artikel met een extra lid, waarin is bepaald dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de weigerachtige werknemer door opzegging dan wel ontbinding (door de vervreemder) bewerkstelligd dient te worden.[67] Wat zij met (door de vervreemder) bedoelen, is mij niet geheel duidelijk. Indien zij daarmee suggereren dat dit extra lid alleen bedoeld is voor de

[66] Kamerstukken 15.940, nr. 3, blz. 11.
[67] K. van Kranenburg-Hanspians en A. Avci, 'Wie beschermt de weigerachtige werknemer', *Tijdschrift Arbeidsrecht* 2011, afl. 4, p. 18.

vervreemder, dan ben ik niet helemaal met ze eens. Naar mijn mening moet de werknemer zich er ook op kunnen beroepen, anders heeft dit extra lid alsnog geen nut.
Het gevolg van dit extra lid is dat de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigt. Daarom ben ik net als hen van mening dat een soortgelijke lid wel dient opgenomen te worden. Dit past meer in het gesloten stelsel van het ontslagrecht.

Vervolgens beroept de werknemer zich op artikel 7:665 BW. Dit artikel bepaalt namelijk: "Indien de overgang van een onderneming een wijziging van de omstandigheden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft en de arbeidsovereenkomst deswege wordt ontbonden ingevolge artikel 685, geldt zij met het oog op de toepassing van lid 8 van dat artikel als ontbonden wegens reden welke voor rekening van de werkgever komt." Dit artikel is ter implementatie van artikel 4, lid 2 van de richtlijn. Deze implementatie is echter niet volledig. Artikel 7:665 BW heeft zich namelijk beperkt tot ontbinding, terwijl de richtlijn spreekt over een verbreking. Dit betekent dat een Nederlandse onwillige werknemer bij een opzegging alsnog geen bescherming geniet. Terwijl de richtlijn deze bescherming wel biedt. Daarom zal de Nederlandse wetgever ook aan dit artikel nog iets moet doen, wil de onwillige werknemer voldoende bescherming krijgen. Beltzer stelt terecht dat ook dit artikel heroverwogen moet worden. Volgens hem moet het zo geformuleerd worden dat uitkomt dat, indien een werknemer niet wenst over te gaan wegens een wijziging van de omstandigheden te zijnen nadele, deze weigering voor rekening van de werkgever komt, zonder referentie aan de bijzondere procedure van artikel 7:685 BW.[68] Wil de wetgever de aanbeveling van Kranenburg-Hanspians en Avci overnemen dan moet ook de aanbeveling van Beltzer in artikel 7:665 BW worden opgenomen.
Terugkomend op het voorbeeld in de inleiding: Stel dat Ahold de werknemer niet voor de keuze had gesteld en de Wet overgang van onderneming is, zoals hij nu is. Wat had een werknemer dan het beste kunnen doen, indien hij niet in dienst wil treden van de verkrijger? Dan kon de werknemer het beste, of voordat hij naar de Aldi ging of nadat hij in dienst was bij de Aldi, zijn arbeidsovereenkomst laten ontbinden door de rechter. Dan kan de werknemer in ieder geval een beroep doen op artikel 7:665 BW. Dit geldt ook voor andere werknemers, die in een soortgelijke geval terecht komen.

Stel dat de Wet overgang van onderneming wel conform het voorgaande wordt aangepast. Wat is dan de rechtspositie van een werknemer en wat kan hij doen, indien hij niet in dienst wil treden van de verkrijger?
Ten eerste eindigt de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege, want artikel 7:663 BW bepaalt dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de onwillige werknemer door opzegging dan wel ontbinding bewerkstelligd dient te worden. Hierdoor heeft de werknemer wel de mogelijkheid om achter te blijven bij de Albert Heijn aan de Ringdijk. Zijn arbeidsovereenkomst bestaat immers nog. De vervreemder of de werknemer zal vervolgens, op grond van artikel 7:663 BW, de arbeidsovereenkomst moeten opzeggen dan wel ontbinden. De werknemer beroept zich vervolgens op artikel 7:665 BW. Op grond van dit artikel komt niet alleen de ontbinding, maar ook de opzegging voor rekening van de werkgever. Deze uitkomst past meer in het gesloten ontslagrecht en daarnaast in overeenstemming met artikel 4 lid 2 van de richtlijn.

[68] R.M. Beltzer, 'Een lacune in ontslagbescherming bij overgang van onderneming', *TAP* 2009 , p. 6.

Literatuurlijst

Rechtspraak

- HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 902
- HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502
- HvJ EG 11 juli 1985, NJ 1988, 907
- HvJ EG 17 december 1987, NJ 1989, 647
- HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990, 432
- HvJ EG 5 mei 1988, NJ 1989, 712, *Besi Mill*
- HvJ EG 15 juni 1988, NJ 1990, 247
- HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 240
- HvJ EG 19 mei 1992, NJ 1992, 476
- HvJ EG 16 december 1992, JAR 1993/64
- HvJ EG 14 april 1994, JAR 1994/107, *Schmidt*
- HvJ EG 19 september 1995, NJ 1996, 520
- HvJ EG 11 maart 1997, JAR 1997/91, *Süzen*
- HvJ EG 12 maart 1998, JAR 1998/100
- HvJ EG 14 september 2000, JAR 2000/225
- HvJ EG 25 januari 2001, JAR 2001/68.
- HvJ EG 24 januari 2002, JAR 2002, 47, *Temco Services Industries/Imzilyen e.a*.
- HvJ 27 november 2008, C-396/07, JAR 2009/20, *Juuri/Fazer Amica Oy*
- HR 24 december 1993, NJ 1994, 419
- HR 26 mei 2000, JAR 2000/152
- HR 10 december 2004, JAR 2005/13, *Verbeek/Process House*
- Hof van Justitie 7 maart 1996, JAR 1996, 169, IRLR 467 en 468, ECJ
- Hof van Justitie 12 november 1998, JAR 1999, 15
- CRvB 19 april 1994, RSV 1994, 228
- Centrale Raad van Beroep 30 november 1995, RSV 1996, 70
- Centrale Raad van Beroep17 oktober 2001, 452, UZC 2001,316
- Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, NJ 1982, 619
- Rb. ‘s –Gravenhage 22 februari 2005, JAR 2005/63
- Ktr. Tilburg 26 juli 2007, JAR 2007/259, *werkneemster/X*
- Kantonrechter Enschede 6 september 2007, LJN BB3340

Literatuur

- R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 2000
- R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in privaat- en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008
- S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, Monografieën Sociaal Recht, Deventer: Kluwer 2003
- P.W. Van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 1999
- L.G. Verburg, *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Monografieën Sociaal Recht, Deventer: Kluwer 2003

Artikelen

- R.M. Beltzer, ‘Een lacune in ontslagbescherming bij overgang van onderneming’, *Tap* 2009
- R.M. Beltzer, ‘De zaak Juuri: over ontslag en de wil van sociale partners’, *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2010, 9
- J.H. Even, ‘Van overgang van onderneming en doelredeneringen twee recente uitspraken van het Hof van Justitie’, *TAP* 2009
- R. Hampsink, ‘Gemorrel aan het gesloten stelsel van het ontslagrecht’, *Loe’s magazine* 2009
- K. van Kranenburg-Haspians en A. Avci, ‘Wie beschermt de weigerachtige werknemer’, *Tijdschrift Arbeidsrecht* 2011, 4
- J.M. van Slooten, ‘Overgang van onderneming en bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden’, *ArbeidsRecht* 2000, 31
- A.G. Veldman, ‘Ontslagvergoeding bij opzegging als gevolg van overgang van onderneming’, TRA 2009. 4

Website

- http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/c11330_nl.htm
- http://www.advokatenkollektief.nl/publicaties_2009___pagina9_466.html
- http://www.kantonrechtersformule.nl/wat-is-de-kantonrechtersformule.html

Regelgeving

- Richtlijn nr. 2001/23, PbEG 2001, L 82/61
- Artikel 7:638 BW
- Artikel 7:649 BW
- Artikel 7:662 t/m 666 BW
- Artikel 7:667 BW
- Artikel 1 lid 1 Ambtenarenwet
- Kamerstukken 15.940, nr. 3, blz. 11
- Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nrs. 3-4, p. 10