De positie van de werknemer bij overgang van onderneming

Mr. R.M. Beltzer[1]

1. Inleiding

Zou men de positie van werknemers bij overgang van onderneming in een paar zinnen willen samenvatten, dan zou een dergelijke samenvatting er zou kunnen uitzien:

Werknemers worden tegen de gevolgen van overgang van onderneming beschermd door de artikelen 7:662 e.v. BW, gebaseerd op een Europese richtlijn (verder: de richtlijn)[2], welke regels inhouden dat wanneer een onderneming overgaat, alle aan die onderneming verbonden werknemers verplicht mee overgaan met behoud van al hun arbeidsvoorwaarden, ook als die in een CAO zijn opgenomen (zie art. 14a Wet CAO en art. 2a Wet AVV). Bovendien mogen werknemers niet wegens de overgang worden ontslagen, noch door de vervreemder, noch door de verkrijger.

In deze samenvatting is een aantal termen opgenomen, waarvan men de reikwijdte dient te kennen alvorens men de vraag kan beantwoorden of de regels toepasselijk zijn. Bijvoorbeeld: wat is een "onderneming" in dit verband? Voorop staat, dat het moet gaan om een activa/passiva-transactie, waarbij de activa en passiva samen als "onderneming" kunnen worden beschouwd. Vanuit het perspectief van de werknemers bekeken, moet het om een wisseling van werkgever gaan, alleen dan is sprake van een "overgang". Een aandelentransactie bewerkstelligt dat niet – de werkgever blijft dezelfde rechtspersoon - en dat is dus ook geen overgang van onderneming in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW.

2. Het ondernemingsbegrip

Het ondernemingsbegrip wordt erg ruim uitgelegd. Niet alleen grote multinationals en kleine zelfstandigen vallen eronder – de rechtsvorm is irrelevant - maar ook onderdelen van

---

[1] R.M. Beltzer is universitair hoofddocent arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

[2] Richtlijn 77/187 van 14 februari 1977 inzake het behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (Pb. EG van 5 maart 1977, L 61/26), vervangen door Richtlijn 98/50 van 29 juni 1998 (Pb. EG van 17 juli 1998, L 201/88), die op haar beurt is vervangen door Richtlijn 2001/23 van 12 maart 2001 (Pb. EG van 22 maart 2001, L 82/16).

ondernemingen, zoals de afdeling catering van een verzekeraar, of de schoonmaakploeg in dienst van een bank. In feite kan elke afdeling van een bedrijf met een afgebakende functie een onderneming in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW zijn.[3] Van cruciaal belang voor toepasselijkheid van de regels is dat de onderneming in kwestie haar identiteit behoudt. Is dat niet het geval, dan is er geen overgang van onderneming. Volgens het EG-Hof van Justitie[4] dient voor het antwoord op de vraag of daarvan sprake is, rekening te worden gehouden met de volgende, niet limitatieve lijst van factoren:

1. de aard van de betrokken onderneming;
2. of materiële activa zijn overgedragen;
3. wat de waarde is van die activa;
4. of vrijwel al het personeel is overgenomen door de verkrijger;
5. of de klantenkring is overgedragen;
6. in welke mate de ondernemingsactiviteiten voor en na de overgang met elkaar overeenkomen;
7. of die activiteiten zijn onderbroken en zo ja, hoelang die onderbreking heeft geduurd.

Wat opvalt, is dat identiteitsbehoud ex ante dient te worden vastgesteld, terwijl soms in het geheel nog niet duidelijk wat de verkrijger precies met de overgenomen activa en werknemers zal gaan doen. Achteraf zou alsnog kunnen blijken dat de identiteit van de onderneming verloren is gegaan. Voorts verdienen de eerste en de vierde factor speciale aandacht. Wat de aard van de betrokken onderneming betreft, is van belang of de ondernemingsactiviteit wel of niet arbeidsintensief is, ofwel: of het personeel de belangrijkste productiefactor is, of dat de activa dat zijn. Is het eerste het geval, dan kan een onderneming bestaan zonder materiële activa van betekenis. Voor schoonmaakwerkzaamheden is dat meerdere malen uitgemaakt,[5] met als gevolg dat indien een schoonmaakopdracht wordt overgedragen en de verkrijger een wezenlijk deel van het personeel van de vervreemder (die voorheen het schoonmaken verzorgde) overneemt dat speciaal voor de betreffende schoonmaakactiviteit was ingezet, het gevolg is dat de gehele onderneming overgaat. In het

---

[3] Er zijn vele uitspraken over het ondernemingsbegrip te noemen. Zie voor het ondernemingsbegrip bijvoorbeeld de arresten HvJEG 18 maart 1986, *NJ* 1987, 502 (Spijkers), HvJEG 14 april 1994, *JAR* 1994/107 (Schmidt), HvJEG 12 november 1992, *JAR* 1993/15 (Watson Rask), HvJEG 19 september 1995, *NJ* 1996, 520, HvJEG 11 maart 1997, *JAR* 1997/91 (Süzen), HvJEG 25 januari 2001, *JAR* 2001/68 (Oy Liikenne Ab) en HvJEG 20 november 2003, *JAR* 2003/298 (Abler/Sodexho)

[4] HvJEG 18 maart 1986, *NJ* 1987, 502 (Spijkers).

[5] Zie o.a. HvJEG 14 april 1994, *JAR* 1994/107 (Schmidt) en HvJEG 11 maart 1997, *JAR* 1997/91 (Süzen).

hieronder te behandelen Temco-arrest[6] zal dit gevolg worden geïllustreerd. Is de activiteit echter niet arbeidsintensief, in de zin dat materiële activa een prominente rol spelen bij de activiteit, dan is geen sprake van overgang van een onderneming indien niet een wezenlijk deel van die activa meegaat. Het overnemen van een deel van het personeel brengt dan dus niet mee dat de rest van het aan de onderneming verbonden personeel tevens meegaat.[7] Ik verwacht dat het antwoord op de vraag wanneer sprake is van een arbeidsintensieve of een niet-arbeidsintensieve activiteit nog aardig wat voer voor discussie zal opleveren.

Dit onderscheid tussen arbeidsintensieve en niet-arbeidsintensieve sectoren speelt ook een belangrijke rol bij het begrijpen van de vierde factor. Bij deze factor lijkt sprake te zijn van een omkering van oorzaak en gevolg. Niet de onderneming gaat over met als gevolg dat het aan die onderneming verbonden personeel mee overgaat (zoals de wettekst suggereert); het wel of niet overnemen van een belangrijk deel van het personeel kan volgens het Hof van Justitie juist een aanwijzing zijn te concluderen dat dan de gehele onderneming – dus met al het personeel – is overgegaan. Vooral in de arbeidsintensieve sector leidt dat tot onverwachte gevolgen. Neemt een verkrijger een onderneming over waarvan de activiteit als arbeidsintensief kan worden beschouwd, dan heeft het overnemen van een wezenlijk deel van het personeel tot gevolg dat vervolgens al het personeel mee overgaat.

3. Het overgangsbegrip

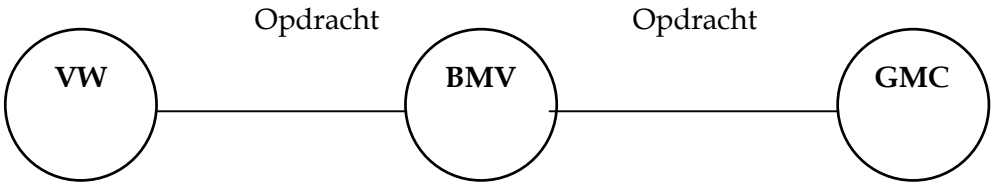
Ten tweede is van belang vast te stellen wanneer sprake is van een overgang. Ook dat begrip is door het EG-Hof bijzonder ruim uitgelegd. De richtlijn overgang van ondernemingen spreekt in art. 1 lid 1 onder a weliswaar van een overgang krachtens overeenkomst of fusie, maar als vervreemder en verkrijger alleen maar contact hebben gehad, neemt de rechtspraak al snel aan dat er een "overgang krachtens overeenkomst" is geweest. Een overgang in meerdere fasen, waarbij vervreemder en verkrijger niet rechtstreeks met elkaar hebben gecontracteerd, maar via een derde kan aldus een overgang van onderneming tussen vervreemder en verkrijger bewerkstelligen. Dit heeft zich regelmatig voorgedaan doet bij het uitbesteden van bepaalde taken, gevolgd door dezelfde uitbesteding aan een ander.[8] Het in 2002 door het Hof van Justitie gewezen Temco-arrest is illustratief. De casus was als volgt. Volkswagen België (VW) besteedde van 1993 tot begin 1995 de schoonmaak van sommige

---

[6] HvJEG 24 januari 2002, *JAR* 2002/47.
[7] Zie HvJEG 25 januari 2001, *JAR* 2001/68 (Oy Liikenne, busvervoer) en HvJEG 20 november 2003, *JAR* 2003/298 (Abler/Sodexho, catering).
[8] Zoals in HvJEG 19 mei 1992, *NJ* 1992, 476 (Sophie Redmond Stichting)

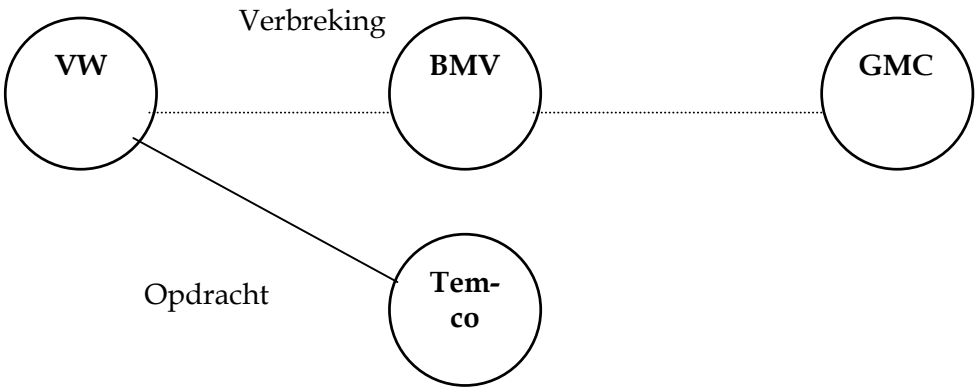
van haar productie-installaties uitbesteed aan Buyle-Medros-Vaes Associates SA (BMV). BMV heeft de uitvoering van die opdracht van het begin af aan in onderaanneming gegeven aan haar dochtermaatschappij, General Maintenance Contractors SPRL (GMC). De uitvoering van de opdracht bij Volkswagen was toentertijd haar enige activiteit.

Fase 1:



In december 1994 beëindigde Volkswagen de overeenkomst met BMV, en gunde bij overeenkomst de schoonmaakwerkzaamheden per 9 januari 1995 aan Temco. Voor Temco was de opdracht van Volkswagen één van de vele.

Fase 2:



De contractswitch van Volkswagen van BMV naar Temco had gevolgen voor het personeel van GMC dat de schoonmaakwerkzaamheden in onderaanneming bij Volkswagen verrichtte. Aangezien de overeenkomst tussen Volkswagen en BMV op 8 januari 1995 afliep, ontsloeg GMC met inachtneming van de bepalingen van Belgisch recht al haar personeel, met uitzondering van vier vakbondsafgevaardigden die een bijzondere ontslagbescherming genoten. Het verzoek de arbeidsovereenkomsten van ook deze personen op te zeggen wegens economische of technische redenen (vergelijk art. 4 lid 1 van de richtlijn) werd in de speciaal daarvoor in België in het leven geroepen procedure afgewezen. Vervolgens nam

Temco 42 van de in totaal tachtig voormalige werknemers van GMC in dienst. De vier vakbondsafgevaardigden werden niet overgenomen.

Aan het Hof van Justitie werd de volgende prejudiciële vraag voorgelegd: Is sprake van een overgang van onderneming in de situatie waarin een onderneming A de schoonmaak van haar industriële installaties aan onderneming B heeft opgedragen, die deze werkzaamheid uitbesteedt aan onderneming C, die ten gevolge van het feit dat onderneming B de opdracht verliest al haar personeel ontslaat met uitzondering van vier personen, terwijl nadien onderneming A de opdracht toevertrouwt aan onderneming D, die een gedeelte van het personeel van onderneming C in dienst neemt, maar zonder enig element van de activa van laatstbedoelde onderneming over te nemen, die blijft bestaan en haar maatschappelijk doel blijft nastreven?

Het Hof stelde allereerst vast dat sprake was van een onderneming. Temco had immers een wezenlijk deel van het personeel overgenomen in een arbeidsintensieve sector. Ook hier wreekt zich dat oorzaak en gevolg worden omgedraaid. Hoe had het Hof geoordeeld indien Temco maar dertig personen had overgenomen? Het gevolg was nu, dat Temco al het personeel moest overnemen. Dat leidt tot het ongerijmde gevolg dat indien Volkswagen juist voor Temco had gekozen omdat Temco goedkoper en/of beter zijn diensten kon aanbieden dan BMV en GMC dat konden, dit voordeel als sneeuw voor de zon verdwijnt indien vervolgens Temco kosten zou moeten maken (die het ongetwijfeld zou willen doorberekenen aan de klanten) om het overtollige personeel te ontslaan. Bovendien bestaat het risico voor VW dat het, nu via Temco, alsnog wordt opgescheept met het personeel van GMC waarover het niet tevreden was.

Vervolgens had het Hof te oordelen over het feit dat geen rechtstreekse contractuele band bestond tussen GMC en Temco. Was dit nog een overgang "krachtens overeenkomst"? In navolging van eerdere rechtspraak oordeelde het Hof dat het feit dat de overgang via verschillende schakels is gegaan, niet in de weg staat aan het feit dat een overgang krachtens overeenkomst heeft plaatsgevonden. Niet is vereist dat GMC en Temco rechtstreeks hebben gecontracteerd. Het Hof stelde bovendien vast dat ook tussen GMC en Volkswagen contractuele banden bestonden, nu de laatste toezicht hield en rechtstreeks aan GMC betaalde. Ofwel: al zou de extra schakel BMV nog in de weg kunnen staan aan het aannemen van een overgang krachtens overeenkomst, dan wordt deze door het Hof als niet ter zake doend afgedaan. Op basis van het voorgaande concludeerde het Hof dat sprake was geweest

van een overgang van onderneming krachtens overeenkomst. Het is onzeker of het Hof tot dezelfde uitkomst zou zijn gekomen indien er volstrekt geen contact was geweest tussen de onderaannemer GMC en Volkswagen en laatstgenoemde slechts contacten onderhield met BMV.

4. Werknemersbegrip

De richtlijn overgang van ondernemingen beschermt werknemers tegen de gevolgen van de overgang. Wie werknemer zijn, beantwoordt de richtlijn indirect in artikel 2, eerste lid onder d: elke persoon die krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer. In Nederland is de regeling geïmplementeerd in Titel 10 van Boek 7 BW, en ziet dus alleen op personen met een arbeidsovereenkomst in de zin van art 7:610 BW. Ambtenaren zijn geen werknemer, zodat in geval van een privatisering zij geen bescherming van de richtlijn genieten.[9]

Ook directeuren (grootaandeelhouder en/of statutair of niet) kunnen aanspraak maken op de bescherming van de richtlijn, indien zij een arbeidsovereenkomst hebben gesloten met de rechtspersoon waarvan zij directeur zijn.[10] Indien zij in dienst zijn getreden van een rechtspersoon, worden zij immers als werknemer in de zin van Boek 7 Titel 10 BW van die rechtspersoon aangemerkt, ongeacht hoe groot hun zeggenschap in de rechtspersoon is. Dat zij in geval van een overgang van de (onderneming van die) rechtspersoon zelf vaak direct betrokken zijn geweest bij de voorwaarden waaronder de onderneming zou overgaan en derhalve moeten worden geacht in de gelegenheid te zijn geweest voor hun eigen belangen op te komen doet daarbij niet ter zake. Het feit dat bepaalde de werknemer beschermende bepalingen niet voor hen gelden (zie bijvoorbeeld de artikelen 2:134 en 244, derde lid BW) is onvoldoende om tot een ander oordeel te komen; de directeur kan immers als werknemer in de zin van Titel 10 van Boek 7 BW aanspraak maken op werknemersbescherming. Evenmin doet ter zake dat de directeur die met de rechtspersoon een arbeidsovereenkomst heeft gesloten qualitate qua tevens in een vennootschapsrechtelijke betrekking tot die rechtspersoon staat. De richtlijn staat niet in de weg aan het vennootschapsrechtelijke ontslag van de directeur wegens de overgang van de onderneming.

---

[9] HvJEG 14 september 2000, *JAR* 2000/225 (Collino & Chiappero).
[10] HvJEG 11 juli 1985, *NJ* 1988, 907 (Mikkelsen).

Deze dubbele rechtsbetrekking van de directeur roept overigens wel een interessante vraag op. Kan de directeur op basis van het vennootschapsrecht of op basis van het arbeidsrecht - in het bijzonder de richtlijn - van de verkrijger eisen dat hij ook in diens onderneming de functie van bestuurder zal hebben? De wijze van benoeming en ontslag van bestuurders van een N.V. of B.V. is geregeld in de artikelen 2:132/242 (2:162/272 voor de structuur-N.V. en -B.V.) en 2:134/244 BW. De geest van deze bepalingen sluit mijns inziens uit dat overgang van de bestuursfunctie ingevolge de richtlijn automatisch plaatsvindt. Hoewel het zijn van bestuurder niet alleen uit de vennootschapsrechtelijke overeenkomst, maar eveneens uit de arbeidsovereenkomst zelf kan voortvloeien en als zodanig als een voor overgang vatbaar recht in de zin van de richtlijn kan worden beschouwd, zou ik toch voorrang willen verlenen aan de gedachte dat het in Boek 2 BW geregelde systeem van benoeming en ontslag van directeuren zich verzet tegen een automatische overgang van de bestuursfunctie bij overgang van de onderneming in de zin van de richtlijn. Dat de bestuurdersfunctie niet overgaat impliceert overigens niet dat het bestuurderschap bij de vervreemder van rechtswege eindigt. Daartoe zal formeel een besluit moeten worden genomen door het bevoegde orgaan. De uitspraak van de president van de rechtbank te Rotterdam van 24 april 1997, waarin de president de gedaagde B.V. met een beroep op de werking van de artikelen 7:662 e.v. BW opdroeg eiseres tot statutair directeur te benoemen - een positie die zij bij twee rechtsvoorgangers min of meer reeds innam - vind ik derhalve onjuist.[11] Als werknemer/niet-bestuurder blijft de bescherming van de richtlijn wel gehandhaafd, welke gevolgen de overgang ook voor het takenpakket van de betreffende directeur mogen hebben. De directeur die bij de verkrijger geen directeur kan worden en zich daar niet bij kan neerleggen, kan zich erop beroepen dat er sprake is van een wijziging van de omstandigheden te zijnen nadele in de zin van artikel 7:665 BW.

Verlaten wij de directeur en keren wij terug naar de hoofdregel dat een arbeidsovereenkomst vereist is om automatisch over te gaan. Dit leidt soms tot problemen. Ook werknemers die al zijn opgezegd maar van wie de opzegtermijn nog loopt – dus nog in dienst zijn - gaan over en zijn dus voor de resterende duur van de opzegtermijn in dienst van de verkrijger. Dat kan heel onpraktisch zijn, bijvoorbeeld omdat deze werknemers voor die korte periode toch bij allerlei instanties zullen moeten worden aangemeld, bijvoorbeeld bij de pensioenuitvoerder. Ook de situatie dat een werknemer ten tijde van de overgang in een

---

[11] Rb. Rotterdam 24 april 1997, *JAR* 1997/118. De werkgeversadvocaat deelde mij overigens tijdens het congres mede, dat de werkneemster "de Pyrrusoverwinning van het jaar" had behaald, daar zij de dag na de overgang alsnog door de algemene vergadering van aandeelhouders uit haar statutaire functie werd ontslagen.

arbeidsrechtelijke ontbindingsprocedure met de vervreemder is verwikkeld roept vragen op. Wie zet die procedure voort en, belangrijker: wie betaalt de ontbindingsvergoeding ex art. 7:685 lid 8 BW? Als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tegen een datum na de overgang ontbindt, zal de verkrijger de vergoeding moet betalen waarbij rekening is gehouden met de bij de vervreemder opgebouwde dienstjaren.[12] De vervreemder en de verkrijger kunnen er belang bij hierover goede afspraken te maken.

Sommige personen hebben geen arbeidsovereenkomst bij de onderneming die overgaat, maar werken daar wel feitelijk. Zo is de uitzendkracht in dienst bij het uitzendbureau, een werknemer in een concern is vaak in dienst bij de moeder of een personeels-BV, maar werkt feitelijk bij één of meer dochtermaatschappijen. Slechts als het uitzendbureau respectievelijk de moeder of personeels-BV overgaat, gaan zij mee over. Gaat de onderneming waar zij feitelijk werken over, wordt bijvoorbeeld een dochter uit het concern gelicht, dan gaan zij niet mee over, omdat ze niet daar een arbeidsovereenkomst hebben. De Heidemij-sterfhuisconstructie uit het begin van de jaren tachtig laat de voor werknemers bittere gevolgen van deze regel zien. Alle werknemers waren in dienst van de moedermaatschappij – waar zelf geen activiteiten werden ontplooid - maar werkzaam bij de dochters. Ter uitvoering van de sterfhuisconstructie werden de gezonde dochterondernemingen uit het Heidemijconcern gelicht en in een nieuw concern (Heidemij II) ondergebracht, terwijl de zwakke ondernemingen – inclusief de (oude) moeder waar alle werknemers in dienst waren - in het sterfhuis achterbleven. Dat vele van die werknemers feitelijk bij de gezonde dochters waren gedetacheerd gaf hun geen aanspraak op tewerkstelling in het nieuwe concern.[13]

Naast het hebben van een arbeidsovereenkomst bij de werkgever wiens onderneming wordt overgedragen bestaat een ander criterium. In het arrest Botzen[14] bepaalde het Hof van Justitie dat een werknemer slechts kan overgaan indien hij feitelijk is aangesteld bij de onderneming die overgaat: hij moet bij die onderneming horen. Het ging daar om een geval waarbij alle werknemers bij één werkgever in dienst waren en een onderdeel van de onderneming overging. In dat geval volstaat namelijk het criterium van het hebben van een arbeidsovereenkomst niet. Stelt u zich voor dat er één rechtspersoon annex werkgever is die

---

[12] Anciënniteit is een voor overgang vatbaar 'recht' indien en voor zover daar financiële rechten aan kunnen worden ontleend (HvJEG 14 september 2000, *JAR* 2000/225 - Collino & Chiappero. Mijns inziens zal dat vrijwel altijd het geval zijn.
[13] Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, *NJ* 1982, 619.
[14] HvJEG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 902.

twee afdelingen heeft. Wordt de ene afdeling verkocht, dan zal moeten worden bepaald wie daar feitelijk werken, aldus het Hof van Justitie in het Botzen-arrest. Nu was dit een redelijk eenvoudig voorbeeld, maar soms is het wat lastiger te bepalen wie bij welk onderdeel werkt en dus wel of niet overgaat, zoals in het geval dat werknemers van afdeling rouleren of tegelijkertijd voor meerdere afdelingen werken. Concluderend is vast te stellen dat er twee voorwaarden zijn: een arbeidsovereenkomst hebben bij de onderneming die overgaat en feitelijk werkzaam zijn. Dit zijn niet twee cumulatieve eisen. Zou men ze als cumulatief beschouwen, dan zou een gedetacheerde werknemer normaal gesproken nooit overgaan: gaat de onderneming van zijn werkgever over, dan voldoet hij niet aan het tweede criterium; gaat de onderneming waar hij feitelijk werkt over, dan voldoet hij niet aan het eerste criterium. Het tweede criterium speelt pas een rol indien het eerste geen uitkomst biedt. Dat doet zich alleen voor in de situatie dat een onderdeel van een onderneming overgaat.

5. Ontslagbescherming

Het zal niemand niet verbazen dat de verkrijger niet altijd zit te wachten op het gehele personeelsbestand van de vervreemder. Dit zou kunnen leiden tot een opzetje tussen de vervreemder en de verkrijger dat ertoe leidt dat de arbeidsovereenkomsten van bepaalde werknemers nog vóór de overgang zijn geëindigd. De richtlijn bemoeilijkt dit soort afspraken (zie art. 4 lid 1): de overgang van een onderneming mag op zichzelf noch voor de vervreemder, noch voor de verkrijger een reden vormen bepaalde werknemers te ontslaan. Deze regel is als opzegverbod opgenomen in het achtste lid van artikel 670 van Boek 7.

Ontslag wegens de overgang is echter niet hetzelfde als ontslag wegens overtolligheid. De richtlijn bepaalt namelijk in datzelfde art. 4 lid 2 dat ontslagen wegens economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid meebrengen, toegestaan zijn. Dat staat nergens in Nederlandse wetgeving, maar geldt hier uiteraard ook. Wanneer deze redenen precies bestaan is niet duidelijk, want er zijn mij geen uitspraken over bekend. Het spreekt voor zichzelf 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 opgegeven reden voor het ontslag. Een reorganisatieontslag bij de vervreemder om de onderneming beter verkoopbaar te maken mag, meen ik, niet als een toegestaan ontslag worden beschouwd. Een reorganisatieontslag is wel mogelijk indien dat onafhankelijk van de ophanden zijnde overgang gerechtvaardigd is. Dan dient u wel met overtuigende gegevens te komen. In de praktijk is waarschijnlijk de

verkrijger de enige die veilig overtollig personeel, dus na de overgang, kan ontslaan. Het is daarom zaak dat vervreemder en verkrijger ook dit punt in de overnameprijs verdisconteren.

De omgekeerde situatie kan zich ook voordoen. De verkrijger wil graag alle werknemers hebben, maar de werknemers willen zelf niet mee over. Dat is ook niet verplicht, want dat zou in strijd zijn met onder meer art. 19 Gw. De werknemers kunnen bijvoorbeeld vlak voor de overgang opzeggen. Misschien komen ze dan nog voor een deel van de opzegtermijn in dienst van de verkrijger. Maar soms wil een werknemer niet opzeggen en wil hij gewoon bij de vervreemder in dienst blijven. Die mogelijkheid bestaat echter niet indien de vervreemder niet meewerkt. De richtlijn ziet de onderneming en de daarbij behorende werknemers als een onlosmakelijk deel. Dat betekent, zoals gezegd, niet dat de werknemer mee moet overgaan, het betekent wel dat de werknemer niet bij de vervreemder in dienst kan blijven als de vervreemder daar niet voor voelt. Verzet een werknemer zich ondubbelzinnig tegen de overgang, dan betekent dat volgens de Hoge Raad zelfs van rechtswege het einde zijn arbeidsovereenkomst.[15]

In dit verband wijs ik op art. 7:665 BW. Dat artikel bepaalt dat indien de overgang van een onderneming een wijziging van de omstandigheden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft en de arbeidsovereenkomst daarom wordt ontbonden ingevolge artikel 7:685 BW, zij met het oog op de toepassing van lid 8 van dat artikel geldt als ontbonden wegens een reden die voor rekening van de werkgever komt. Bij een voor de werknemer nadelige wijziging van omstandigheden kan gedacht worden aan een heel scala van omstandigheden, variërend van het gemis aan reële promotiekansen en het moeten afleggen van een grotere reisafstand voor het woon/werkverkeer tot een weigering van de verkrijger de overgegane werknemer het oude salaris te betalen. De werknemer kan in die gevallen de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:685 BW. Gaat de kantonrechter daartoe over, dan komt die ontbinding, zoals aangegeven, voor rekening van de werkgever, hetgeen gevolgen kan hebben voor de ontslagvergoeding en het recht op WW.

6. Behoud van rechten en verplichtingen

[15] HR 26 mei 2000, *JAR* 2000, 152 (Van Vuuren).

Op grond van art. 7:663 BW behouden werknemers hun uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen na de overgang: loon, vakantiedagen, concurrentiebeding, alles gaat over, inclusief oude schulden. Had de vervreemder het loon nog niet betaald, dan kan de werknemer na de overgang de verkrijger voor dat niet-betaalde loon aanspreken. Hij kan overigens ook de vervreemder nog aanspreken tot betaling van dat loon, en wel tot een jaar na de overgang. Dat volgt uit de laatste zin van art. 7:663 BW.

Alleen rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst gaan over. Had de vervreemder bijvoorbeeld bepaalde socialezekerheidspremies niet betaald, dan is de verkrijger daarvoor na de overgang niet aansprakelijk. Het is een immers een verplichting uit de wet die premies te betalen, niet uit de arbeidsovereenkomst. Bovendien is het geen verplichting die voor de werkgever ten opzichte van de werknemer bestaat; het is verplichting van de werkgever ten opzichte van de uitvoeringsinstelling.

Na de overgang kan de verkrijger die arbeidsvoorwaarden wijzigen, dat wil zeggen: als de werknemer daarmee instemt. Voorstelbaar is dat de arbeidsvoorwaardenpakketten van de vervreemder en de verkrijger niet altijd goed op elkaar aansluiten. Stelt u zich voor dat de werknemers van de vervreemder een 36-urige werkweek hebben, waarvoor zij destijds hun dertiende maand hebben ingeleverd. Bij de verkrijger is het net anders: daar werkt men veertig uur, maar bestaat wel recht op een dertiende maand. Na de overgang hebben de overgenomen werknemers recht op hun 36-urige werkweek. Hun collega's die er al langer zitten en hetzelfde werk doen, moeten vier uur langer zitten. Onder omstandigheden kunnen de overgenomen werknemers ook nog bij hun nieuwe werkgever een dertiende maand claimen.[16]

Een ander voorbeeld: stel dat de werknemers bij de vervreemder als arbeidsvoorwaarde hadden dat zij personeelskortingen konden krijgen op producten die de werkgever aanbiedt. Denkt u aan kortingen op de rente bij leningen bij de bank, op vliegtickets als je bij de KLM werkt, maar ook aan zaken als gratis lunch in de broodjeszaak, enzovoort. Wat als de verkrijger die kortingen niet kan aanbieden omdat hij simpelweg die producten niet levert? Het Hof van Justitie heeft in 1986 een uitspraak gedaan over de mogelijkheid de arbeidsvoorwaarden te wijzigen.[17] De Deense Højesteret, het equivalent van de Nederlandse Hoge Raad, had het Hof de prejudiciële vraag gesteld of de werknemer bij het aangaan van een overeenkomst met de verkrijger van de onderneming afstand kan doen

---

[16] Het voert te ver daar hier verder op in te gaan. Ik verwijs naar mijn bijdrage "Botsende en nawerkende CAO-bepalingen", *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2003/1, p. 30-40.
[17] HvJEG 10 februari 1988, *NJ* 1990, 423 (Daddy's Dance Hall), bevestigd in HvJEG 6 november 2003, *JAR* 2003/297 (Martin).

van de rechten die hij aan de richtlijn ontleent (i.e. het recht te houden wat men had), wanneer hij daarbij zulke voordelen krijgt dat hij er door de wijziging in de aanstellingsvoorwaarden globaal gezien niet op achteruitgaat. In casu was met de betrokken werknemer overeengekomen dat zijn commissieloon bij de verkrijger in een vast salaris zou worden veranderd en dat een nieuwe proeftijd van drie maanden zou gelden – dat laatste nota bene op voorstel van de werknemer. Het Hof overwoog dat de richtlijn tot doel heeft de werknemers van een overgedragen onderneming het behoud te verzekeren van hun uit een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding voortvloeiende rechten. Aangezien deze bescherming van openbare orde is en de partijen bij de arbeidsovereenkomst er dus niet over kunnen beschikken, zijn de bepalingen van de richtlijn, en met name die inzake de bescherming van werknemers tegen ontslag bij overgang, in zoverre als dwingend te beschouwen voor de werknemers dat er niet in ongunstige zin van mag worden afgeweken, aldus het Hof. Hieruit volgt, dat de 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. Voor deze uitlegging is niet van belang, dat de werknemer - zoals in casu - ter compensatie van de voor hem uit de gewijzigde arbeidsverhouding voortvloeiende nadelen zulke nieuwe voordelen verkrijgt, dat hij er globaal gezien niet op achteruit gaat. Kortom: een werknemers kan dus niet, zelfs niet indien hij dit zelf zou wensen, afstand doen van de rechten die de richtlijn hem biedt. Hem kan bijvoorbeeld geen nieuwe arbeidsovereenkomst worden aangeboden met slechtere arbeidsvoorwaarden, nadat de oude met de verkrijger door ontbinding is geëindigd, waarbij de werknemer een (forse) vergoeding heeft gekregen ter compensatie van het slechtere arbeidsvoorwaardenpakket. Vlak voor deze passage had het Hof echter opgemerkt dat de werknemer na de overgang wel afwijkende arbeidsvoorwaarden met de verkrijger kan overeenkomen, indien de vervreemder die mogelijkheid ook reeds had. Deze twee overwegingen vallen aldus met elkaar te rijmen, dat de eerste overweging slechts betekent dat ter gelegenheid van de overgang geen afspraken over afwijkende arbeidsvoorwaarden mogen worden gemaakt om eventueel misbruik van een zwakke positie van de werknemer te voorkomen. Ook vakbonden kunnen met de vervreemder en/of de verkrijger geen van de geldende arbeidsvoorwaarden afwijkende afspraken maken in sociale plannen of "aansluitings-CAO's. Na de overgang is de angst voor misbruik minder gegrond, nu de werknemer immers al is overgegaan naar de verkrijger met behoud van arbeidsvoorwaarden. De richtlijn overgang van ondernemingen gaat niet zo ver dat de verkrijger en de werknemer daarna niet op grond van de normale regels van het arbeidscontractenrecht van de oorspronkelijke arbeidsvoorwaarden

afwijkende afspraken zouden kunnen maken. Dat zou de verkrijger immers in een zwakkere positie dan de vervreemder plaatsen en dat verhoudt zich slecht tot het gegeven dat de verkrijger ook de rechten van de vervreemder overneemt. Indien de inmiddels overgegane werknemer en de verkrijger beiden graag de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst willen wijzigen – de werknemer omdat dat beter aansluit bij zijn wensen, de verkrijger omdat zo de arbeidsvoorwaarden van deze werknemer in de pas lopen met die van de andere werknemers – moet dat mogelijk zijn, mits de overgang zelf niet de reden is voor de wijziging. Wanneer van dat laatste sprake is, is onduidelijk. Onlangs heeft het Hof bepaald dat de enkele wens de arbeidsvoorwaarden te harmoniseren een verboden wijziging "wegens de overgang van onderneming" inhoudt.[18]

7. Slot

De positie van de werknemer bij overgang van onderneming is een eigenaardige. Het ondernemings- en "het overgangsbegrip worden door de rechtspraak zeer ruim uitgelegd om het doel van de richtlijn overgang van ondernemingen – bescherming van de werknemer – te waarborgen. De begrippen dekken al lang de lading niet meer die de opstellers van de regeling voor ogen moeten hebben gehad. Opmerkelijk is dat de overgang van werknemers soms afhangt van hoeveel personeel de verkrijger uit vrije wil overneemt, indien de ondernemingsactiviteit tenminste als de arbeidsintensief is te beschouwen, welke term overigens op zichzelf volstrekt niet eenduidig is. Bij het bepalen wie vervolgens worden beschermd (het werknemersbegrip), is te constateren dat de rechtspraak veel minder bereid is ruim te interpreteren: is de werknemer niet in dienst bij de over te nemen onderneming, dan gaat hij niet mee over. Is hij wel in dienst, maar volhardt hij in een weigerachtige houding, dan is hij automatisch zijn arbeidsovereenkomst kwijt (en waarschijnlijk zijn recht op WW). Het wijzigen van de arbeidsvoorwaarden ter gelegenheid van de overgang, bijvoorbeeld om de arbeidsvoorwaardenpakketten van de vervreemder en de verkrijger op elkaar af te stemmen, is daarentegen weer uit den boze. Door de onduidelijkheid van de gehanteerde definities en de soms vreemde gevolgen die de regeling meebrengt, zal de positie van de werknemer bij overgang van onderneming de komende jaren nog een betrouwbare bron van rechtspraak blijken te zijn.

---

[18] HvJEG 6 november 2003, *JAR* 2003/297 (Martin).