

Van Stiphout Advocaten

Overgang van onderneming: een doolhof voor gevorderden

Een onderzoek naar de rechtspositie van de werknemer
bij een overgang van onderneming



Zheng Mak
Helmond, mei 2012

Overgang van onderneming: een doolhof voor gevorderden

Een onderzoek naar de rechtspositie van de werknemer
bij een overgang van onderneming



Auteur: Zheng Mak
Studentennummer: 2017739

Helmond, mei 2012

Afstudeerorganisatie:	Van Stiphout Advocaten
Afstudeermentor:	mevr. mr. N.C.A. Elias-Boots
Eerste afstudeerdocent:	mevr. mr. M. Soysuren
Tweede afstudeerdocent:	dhr. mr. M.L.G. Kooij

Voorwoord

Voor u ligt mijn afstudeerscriptie: het resultaat van mijn onderzoek naar de overgang van onderneming vanuit het arbeidsrechtelijke perspectief tijdens mijn afstudeerstage bij Van Stiphout Advocaten.

Ik wilde mijn scriptie graag schrijven over een onderwerp waar Van Stiphout Advocaten belang bij heeft. Omdat de overgang van onderneming een juridisch moeilijk onderwerp is, heb ik getracht om door middel van een praktisch naslagwerk Van Stiphout Advocaten wegwijs te maken in de doolhof van de overgang van onderneming.

Allereerst wil ik Huub van Stiphout bedanken voor de kans die hij me heeft gegeven om stage te lopen bij zijn kantoor.

Mijn speciale dank gaat uit naar Nicole Elias-Boots voor haar kennis, begeleiding, kalmerende en nuchtere blik op mijn scriptie en uiteraard haar peptalks. Ondanks haar drukke schema heeft zij altijd klaar gestaan voor mij en daar ben ik haar uitermate dankbaar voor. Dankzij haar heb ik een beter product neergezet.

Ted Gersjes wil ik graag bedanken voor zijn hulp en betrokkenheid gedurende het hele proces.

En ten slotte, *last but not least*, wil ik al mijn collega's bedanken voor de broodnodige afleiding, vermaak en opbeurende woorden tijdens het schrijven van mijn scriptie.

Zheng Mak

Helmond, mei 2012

Inhoudsopgave

Glossarium	5
Samenvatting	6
Hoofdstuk 1 Inleiding	7
Hoofdstuk 2 Het begrip ‘overgang van onderneming’	9
§ 2.1 Het ondernemingsbegrip.....	9
§ 2.2 Overgang van onderneming	10
§ 2.2.1 Het overeenkomstvereiste	10
§ 2.2.2 Overgang van een economische eenheid die haar identiteit behoudt ..	11
§ 2.3 Geen overgang van onderneming	14
Hoofdstuk 3 De overgang van arbeidsvoorwaarden	16
§ 3.1 Wie gaan mee?	16
§ 3.1.1 Werknemers in concernverband	17
§ 3.1.2 Stappenplan	19
§ 3.2 Rechten en plichten	20
§ 3.2.1 Ontslagbescherming	20
§ 3.2.2 Vorderingen op de werkgever	21
§ 3.2.3 Behoud van anciënniteit	21
§ 3.2.4 Concurrentiebeding	22
§ 3.2.5 Informatieplicht	23
Hoofdstuk 4 De weigerachtige werknemer	25
§ 4.1 Opties	25
§ 4.2 Recht op ontslagvergoeding	26
§ 4.3 Recht op WW-uitkering	27
Hoofdstuk 5 De toepasselijke cao bij overgang van onderneming	28
§ 5.1 Juridisch kader	28
§ 5.1.1 Doorwerking	28
§ 5.1.2 Nawerking	30
§ 5.1.3 Minimum-cao's en standaard-cao's	31
§ 5.1.4 Veranderingen na het Unieke Kinderopvang-arrest	32
§ 5.2 Overgang van onderneming en cao	32
§ 5.2.1 Situatie 1: de vervreemder is niet aan een cao gebonden, de verkrijger is wel aan een cao gebonden	34
§ 5.2.2 Situatie 2: de vervreemder is aan een cao gebonden, de verkrijger is niet aan een cao gebonden	35
§ 5.2.3 Situatie 3: de vervreemder en de verkrijger zijn gebonden aan dezelfde cao	35
§ 5.2.4 Situatie 4: de vervreemder en de verkrijger zijn gebonden aan	36
verschillende cao's ('botsende cao's')	36
§ 5.3 Unieke Kinderopvang-arrest en art. 14a Wet CAO	39
§ 5.3.1 Cherry picking	39
§ 5.3.2 Aanpassing art. 14a Wet CAO?	40
Hoofdstuk 6 Conclusies en aanbevelingen	42
§ 6.1 Het begrip ‘overgang van onderneming’	42
§ 6.2 De overgang van arbeidsvoorwaarden	43
§ 6.3 De ‘weigerachtige’ werknemer	44
§ 6.4 De overgang van cao-bepalingen	45
Hoofdstuk 7 Evaluatie	48
Literatuur en bronnen	49

Glossarium

Afspiegelingsbeginsel:	het uitgangspunt bij een bedrijfseconomisch ontslag, waarbij werknemers uit vergelijkbare functies ingedeeld worden op leeftijdscategorieën en vervolgens per categorie op grond van het <i>last in, first out</i> principe wordt bepaald wie in aanmerking komt voor ontslag
Anciënniteit:	het aantal dienstjaren dat de werknemer heeft vervuld bij een werkgever
Arbeidsbetrekking:	de formulering die het Hof van Justitie gebruikt doelende op de situatie dat een werknemer geen arbeidsovereenkomst heeft met de onderneming waar hij feitelijk werkzaam is
Arbeidsextensieve onderneming:	een onderneming waarbij de materiële activa de belangrijkste factor is
Arbeidsintensieve onderneming:	een onderneming waarbij het personeel de belangrijkste factor is
art. 9/12/13-werknemer:	is lid van een vakbond die partij is bij de cao van de werkgever
art. 14-werknemer:	is geen lid van een vakbond die partij is bij de cao van de werkgever dan wel geen lid is van enige vakbond
AVV:	algemeenverbindendverklaring
Contra legem:	tegen de wet in / in strijd met de wet
Doorwerking cao:	de cao-bepalingen gaan deel uit maken van de individuele arbeidsovereenkomst
Hof van Justitie:	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
Nawerking cao:	de toepasbaarheid van de cao-bepalingen nadat de looptijd van de cao is verstreken
Richtlijn:	Richtlijn inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PbEG 2001, L 82/16)
Vervreemder:	de werkgever die de onderneming overdraagt
Verkrijger:	de werkgever die de onderneming overneemt
Wet AVV:	Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten
Wet CAO:	Wet Collectieve Arbeidsovereenkomst

Samenvatting

De onderzoekster heeft voor Van Stiphout Advocaten een onderzoek gedaan naar de overgang van onderneming, welke rechtsgevolgen dat heeft voor de arbeidsvoorwaarden van de werknemer en wat de gevolgen zijn voor de werknemer die niet mee over wil gaan. Het onderwerp van het onderzoek komt relatief weinig voor in de praktijk van Van Stiphout Advocaten. Van Stiphout Advocaten wil daarom een overzichtelijke uiteenzetting om kennis omtrent de overgang van onderneming op te halen. Wanneer een cliënt advies vraagt met betrekking tot een (eventuele) overgang van onderneming, kan Van Stiphout Advocaten de resultaten van onderhavig onderzoek inzien. Hierdoor besparen de advocaten kostbare tijd en kunnen zij de cliënten adequaat van advies voorzien.

Op grond van art. 7:662 BW dient een overgang van onderneming het gevolg te zijn van een overeenkomst, fusie of splitsing en dient er economische eenheid over te gaan die haar identiteit behoudt. Deze vereisten worden in de rechtspraak erg breed uitgelegd en zijn thans nog niet volledig uitgekristalliseerd in de jurisprudentie.

Indien sprake is van een overgang van onderneming, gaat de arbeidsovereenkomst van de werknemer van rechtswege over op verkrijger. De werknemer wordt in grote mate beschermd ten tijde van een overgang van onderneming. Van deze bescherming kan de werknemer die niet over wil naar verkrijger ondubbelzinnig afstand doen. Daarbij dient hij wel goed en volledig te zijn geïnformeerd. De werknemer die niet wenst over te gaan, heeft geen recht op een ontslagvergoeding of WW-uitkering tenzij zich een nadelige verandering van omstandigheden voordoet.

Indien een cao van toepassing is op de overgegangene werknemers, dient de verkrijger deze te handhaven. De verkrijger is dan pseudo-verbonden aan de cao van vervreemder. Is er geen cao van toepassing is op de werknemers, dan dient de verkrijger zijn cao aan te bieden. De overgegangene werknemer mag de toepassing van de cao van verkrijger weigeren.

De pseudo-verbondenheid van verkrijger kan eindigen door intreding van één van de drie eindigingsgronden van art. 14a Wet CAO: indien de verkrijger een cao dient toe te passen wegens een AVV, de looptijd van de cao van vervreemder is verstreken of verkrijger wordt gebonden aan een nieuwe cao. Het Unieke Kinderopvang-arrest¹ heeft enkele veranderingen teweeggebracht. Door onderhavig arrest werken de gunstigere bepalingen uit de oude cao na, zelfs indien een nieuwe cao van toepassing is. In de situatie met een overgang van onderneming, is verkrijger derhalve niet zonder meer verlost van de cao van vervreemder indien de nieuwe cao een minimum-cao betreft. Dit kan leiden tot onwenselijke gevolgen als *cherry picking*, waarbij de overgegangene werknemer de mogelijkheid krijgt tot het vergelijken van de twee cao's om vervolgens de beste eruit te kiezen, en oneindige nawerking van oude cao-bepalingen. Een oplossing hiervoor is, volgens onderzoekster, een aanpassing van de wet waarbij een overgangsperiode wordt vastgesteld. Na deze overgangsperiode dient de cao van verkrijger van toepassing te zijn. Zo wordt zowel *cherry picking* als oneindige nawerking van de cao van vervreemder uitgesloten. Deze aanpassing kan nadelige gevolgen voor de werknemer ten gevolge hebben. De onderzoekster prevaleert echter een heldere rechtspositie voor werknemer en werkgever boven de nadelige gevolgen voor werknemer.

Vele onduidelijkheden omtrent de overgang van onderneming kunnen niet opgehelderd worden. De wet laat ruimte voor interpretaties en is nog niet volledig uitgekristalliseerd in de jurisprudentie. Het verdient dan ook aanbeveling om de ontwikkelingen in de jurisprudentie nauwgezet te volgen.

¹ HR 8 april 2011, L/JN BP0580 (Unieke Kinderopvang).

Hoofdstuk 1 Inleiding

Van Stiphout Advocaten is een advocatenkantoor gevestigd te Helmond. De aldaar werkzame advocaten zijn gespecialiseerd in verschillende rechtsgebieden waaronder arbeidsrecht.

Een overgang van onderneming komt regelmatig (soms onopgemerkt) voor. Tijdens het dagelijkse inloopspreekuur heeft Van Stiphout advocaten, mede vanwege de economische crisis, gemerkt dat er steeds meer werknemers zijn die (vermoedelijk) te maken hebben met een overgang van onderneming. Er kan sprake zijn van een overgang van onderneming ex. art. 7:662 BW wanneer een bedrijf, geheel of voor een deel, wordt overgenomen. Voor de werknemer kan dit leiden tot verschillende vragen over zijn rechten en plichten.

Onderzoek naar de overgang van onderneming kost de advocaten van Van Stiphout Advocaten veel tijd omdat het een onderwerp is dat een diepgaand literatuur- en jurisprudentieonderzoek vereist. In verhouding tot andere onderwerpen binnen het arbeidsrecht, komt het onderwerp overgang van onderneming bovendien weinig voor. Kennis vergaat met de tijd als het niet bijgehouden wordt. Doordat Van Stiphout Advocaten relatief weinig juridisch advies geeft over de overgang van onderneming moet zij steeds opnieuw kennis vergaren over dit onderwerp. Vanuit dat oogpunt is getracht om tot een overzichtelijke uiteenzetting over de overgang van onderneming te komen die Van Stiphout Advocaten kan gebruiken om vergane kennis op te halen. Van Stiphout Advocaten wil cliënten adequaat van advies kunnen dienen en kostbare tijd besparen. Zij stelt het daarom op prijs dat de uitkomsten van het onderzoek weergegeven worden in een onderzoeksrapport dat gebruikt kan worden als leidraad voor de juridische hulpverlening aan cliënten.

Doelstelling

De doelstelling is dan ook: 'op 29 mei 2012 wordt aan Van Stiphout Advocaten een onderzoeksrapport overhandigd waarin de resultaten van het onderzoek naar de overgang van onderneming, de rechtsgevolgen voor de arbeidsvoorwaarden en het concurrentiebeding van de werknemer en de gevolgen voor de werknemer die niet wenst over te gaan, overzichtelijk weergegeven worden, zodat Van Stiphout Advocaten kostbare tijd bespaart en cliënten een adequaat advies kan geven.'

Vraagstelling

De centrale vraagstelling van het onderzoek luidt: 'welke rechtsgevolgen heeft een overgang van (een deel van een) onderneming voor de arbeidsvoorwaarden en het concurrentiebeding van de werknemer en wat zijn de gevolgen voor de werknemer die niet wenst over te gaan met de overgang?'

Methode van onderzoek

Omdat van Stiphout Advocaten zich voornamelijk inzet voor werknemers, heeft zij er baat bij dat het onderzoek toegespitst is op de rechtsgevolgen voor de werknemer. De onderwerpen van het onderzoek zijn gekozen vanwege praktisch nut.

Op basis van de wet, jurisprudentie, richtlijnen en literatuur is onderzoek gedaan naar de in Nederland geldende rechtsregels omtrent de overgang van onderneming. Daarbij is de nadruk gelegd op recente ontwikkelingen in de jurisprudentie.

Doelgroep

Het onderzoeksrapport is zowel geschreven voor de advocaten van Van Stiphout Advocaten, als voor de jurist die gespecialiseerd is in het arbeidsrecht.

Leeswijzer

Het rapport is opgebouwd uit zeven hoofdstukken. Na dit inleidende hoofdstuk worden in hoofdstuk twee de wettelijke vereisten van een overgang van onderneming uiteengezet. Hoofdstuk drie beschrijft de overgang van de arbeidsvoorwaarden van de werknemer. In hoofdstuk vier wordt ingegaan op de rechten en plichten van de werknemer die de onderneming niet wil volgen in de overgang. Hoofdstuk vijf gaat in op de overgang van cao-bepalingen en wordt er expliciet ingegaan op de gevolgen van het Unieke Kinderopvang-arrest. In hoofdstuk zes worden de conclusies en aanbevelingen naar aanleiding van de onderzoeksresultaten beschreven. En ten slotte is in hoofdstuk zeven de evaluatie van het onderzoek en de resultaten beschreven. De hoofdstukken zijn onderverdeeld in paragrafen en subparagrafen.

Hoofdstuk 2 Het begrip ‘overgang van onderneming’

De overgang van onderneming kan verschillende vormen aannemen; per zaak moet er gekeken worden naar verschillende aspecten om vast te kunnen stellen of er sprake is van een overgang van onderneming. De kwalificatie van een overgang van onderneming is van belang voor het behoud van de rechten en plichten van de werknemer. Slechts indien een overgang van onderneming bewerkstelligd is, gaan de rechten en plichten van werknemer van rechtswege over naar de werkgever die de onderneming overneemt, de ‘verkrijger’. De werkgever die de onderneming vervreemdt aan verkrijger wordt aangeduid als de ‘vervreemder’. In hoofdstuk twee wordt nader ingegaan op de rechten en plichten van de werknemer.

De wetgeving met betrekking tot de overgang van onderneming is vastgelegd in art. 7:662 e.v. BW. De regelgeving is geïmplementeerd vanuit de Richtlijn inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen² (hierna: de richtlijn) van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: het Hof van Justitie).

§ 2.1 Het ondernemingsbegrip

Voordat er gesproken kan worden over een overgang van onderneming, moet er eerst nagegaan worden wat het ondernemingsbegrip van art. 7:662 BW inhoudt.

Het begrip ‘onderneming’ wordt in de memorie van toelichting³ gedefinieerd: ‘alle organisaties gericht op voortbrenging of levering van goederen of verlening van diensten, ongeacht of daarbij het winststreven een rol speelt’. Het ondernemingsbegrip wordt breed uitgelegd. Zowel een non-profit organisatie⁴ als een organisatie van elke rechtsvorm en ondernemingen die in stand worden gehouden door een publiekrechtelijk lichaam, voldoen aan het ondernemingsbegrip.⁵

Bij een overgang van onderneming kan een gehele of een zelfstandig deel van een onderneming overgaan. Art. 7:662 lid 3 BW bepaalt dan ook dat ook een vestiging of een onderdeel van een onderneming wordt beschouwd als een onderneming. Een voorbeeld van een overgang van een deel van een onderneming is de overname van een dochteronderneming binnen een concernverband. De moedermaatschappij en andere dochtermaatschappijen blijven dan achter bij vervreemder.

Het ondernemingsbegrip als bedoeld in art. 7:662 BW is een ander begrip dan is vastgelegd in art. 1 lid 1 sub c Wet op de ondernemingsraden (WOR). De WOR stelt als vereiste voor het ondernemingsbegrip dat er sprake moet zijn van externe gerichtheid. Bij een overgang van onderneming kunnen echter ook interne afdelingen, zoals de afdeling beveiliging of de schoonmaakafdeling, een zelfstandig deel van een onderneming zijn en derhalve aangemerkt worden als ‘onderneming’ in de zin van art. 7:662 BW.⁶ Daarbij is het niet van belang of een afdeling de hoofdtaak of een van de neventaken van een bedrijf uitvoert. Een voorbeeld is een bankfiliaal met één schoonmaakster die alleen het hele gebouw schoonmaakt. Ondanks dat de schoonmaakafdeling geen externe gerichtheid heeft en de schoonmaakster slechts

² PbEG 2001, L 82/16

³ *Kamerstukken II* 1980/81, 15 940, nr. 3, p.4-5.

⁴ HvJ EG 19 mei 1992, *NJ* 1992, 476 (Sophie Redmond Stichting).

⁵ Zwemmer 2011, p. 1.

⁶ Beltzer& Hoogenveen 2008, p.143

een neventaak uitvoert binnen het bedrijf, wordt zij, in de hoedanigheid van 'de schoonmaakafdeling', aangemerkt als een zelfstandig deel van een onderneming dat voor overgang in aanmerking kan komen.⁷ In de volgende paragraaf zal er verder ingegaan worden op de overgang van onderneming.

Het ondernemingsbegrip is een breed begrip en ziet aldus op alle organisaties die gericht zijn op het leveren van goederen of verlening van diensten. Daarbij is het niet van belang of de organisatie een winststreven heeft, welke rechtsvorm de organisatie heeft, of de organisatie of afdeling een externe gerichtheid heeft en of de desbetreffende afdeling de hoofdtaak of een neventaak uitvoert.

§ 2.2 Overgang van onderneming

De overgang van onderneming is de vervreemding van een lopend bedrijf of een zelfstandig deel daarvan, waarbij de exploitatie van de onderneming in feite voortgezet wordt door een nieuwe ondernemer.⁸

Een overgang van onderneming moet aan verschillende criteria voldoen. Deze zijn vastgelegd in art. 7:662 lid 2 sub a BW:

'2. Voor de toepassing van deze afdeling wordt verstaan onder:

- a. overgang: de overgang, **ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing**, van een **economische eenheid die haar identiteit behoudt**;
- b. economische eenheid: een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit.'

Een overgang van onderneming dient dus aan twee vereisten te voldoen:

1. het overeenkomstvereiste en
2. er dient een economische eenheid over te gaan die haar identiteit behoudt.

Deze vereisten worden achtereenvolgens uiteengezet.

§ 2.2.1 Het overeenkomstvereiste

De overgang van onderneming moet het gevolg zijn van een overeenkomst, fusie of splitsing. Dit wordt het 'overeenkomstvereiste' genoemd. Zowel in de wet als in de rechtspraak wordt het overeenkomstvereiste erg ruim uitgelegd.

De wet eist geen overeenkomst die strekt tot overdracht van activa, maar een overeenkomst die strekt tot overdracht van ondernemingsactiviteiten. Ondernemingsactiviteiten zijn bijvoorbeeld gebouwen, inventaris, de klantenkring, vergunningen, knowhow, goodwill enzovoort.⁹ Er hoeft geen sprake te zijn van eigendomsoverdracht.¹⁰

Indien er geen overeenkomst, fusie of splitsing ten grondslag ligt aan de overgang van onderneming, kan er nog steeds voldaan zijn het overeenkomstvereiste. De rechter heeft geoordeeld dat ook uit de feitelijke gang van zaken kan worden

⁷ HvJ EG 14 april 1994, JAR 1994, 107 (Schmidt).

⁸ Wiersma 2009, p. 66.

⁹ Nieuwenhuis, Stolker & Valk (red.) 2011, p. 3730.

¹⁰ HvJ EG 15 december 2005, JAR 2006, 19 (Securior).

geconcludeerd dat er wilsovereenstemming bestaat over de overgang van onderneming of dat besloten is dat de onderneming overgaat.¹¹ Een overgang van onderneming kan dus bewerkstelligd worden door slechts de intentie daartoe te hebben.

Ingevolge verschillende arresten blijkt dat het niet noodzakelijk is dat er een directe overeenkomst¹² of contractuele band tussen de vervreemder en verkrijger bestaat.¹³ Ook het beëindigen van een overeenkomst om vervolgens een nieuwe overeenkomst aan te gaan met een andere contractspartij kan een overgang van onderneming zijn. Dat blijkt uit het Sodexho-arrest¹⁴ waarbij de cateringactiviteiten in een ziekenhuis werden overgedragen aan een andere onderneming. Doordat de andere onderneming de door het ziekenhuis ter beschikking gestelde ruimte en uitrusting had overgenomen die absoluut noodzakelijk is ter voorbereiding van maaltijden en tevens de volledige klantenkring had overgenomen, was er sprake van een overgang van onderneming. Dientengevolge waren de arbeidsovereenkomsten van de werknemers van vervreemder van rechtswege overgegaan zijn naar verkrijger.

‘De wet beoogt te verzekeren dat de werknemers bij verandering van de ondernemer hun rechten zoveel mogelijk behouden. Hieruit vloeit voort dat het vereiste, dat aan die verandering een overeenkomst ten grondslag ligt, ruim dient te worden uitgelegd’, aldus het Hof van Justitie in het Sodexho-arrest. De vraag of er sprake is van een overeenkomst wordt daarom in de praktijk al snel positief beantwoord.¹⁵

Het overeenkomstvereiste ziet op iedere handeling die tot een overgang leidt; een overeenkomst, een opzegging, een beschikking,¹⁶ een rechtelijke uitspraak, een wetsbesluit¹⁷ enzovoort.

§ 2.2.2 Overgang van een economische eenheid die haar identiteit behoudt

Naast het overeenkomstvereiste moet de onderneming die overgaat een economische eenheid zijn die haar identiteit behoudt.

De economische eenheid wordt in art. 7:662 lid 2 sub b BW gedefinieerd als ‘een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit’. Hiermee kan worden bedoeld op een gehele onderneming maar ook op een zelfstandig deel van een onderneming. In de memorie van toelichting¹⁸ wordt dit verder toegelicht: ‘een min of meer zelfstandig deel van de ondernemingsactiviteit, waarmee bepaalde werknemers –of een bepaalde groep werknemers- verbonden zijn’.

De economische eenheid is dus een geheel van middelen en/of (een bepaalde groep) werknemers die min of meer zelfstandig en duurzaam zijn belast met een bepaalde werkzaamheid die al dan niet de hoofdactiviteit is.

Een economische eenheid kan een gehele onderneming zijn maar kan ook een bepaalde afdeling zijn binnen een onderneming. Een economische eenheid kan zelfs

¹¹ Hof Den Bosch 10 oktober 1990, *NJ* 1991, 635 (Steencentrale Bastings).

¹² HvJ EG 10 februari 1989, *NJ* 1990, 423 (Daddy's Dance Hall).

¹³ HvJ EG 24 januari 2002, *JAR* 2002, 47 (Temco).

¹⁴ HvJ EG 6 november 2003, *JAR* 2003, 298 (Sodexho).

¹⁵ Wiersma, 2009, p.65.

¹⁶ HvJ EG 19 mei 1992, *NJ* 1992, 476 (Sophie Redmond Stichting).

¹⁷ HvJ EG 14 september 2000, *JAR* 2000, 225 (Collino en Chiappero).

¹⁸ *Kamerstukken II* 1980/81, 15 940, nr. 3.

bestaan uit één persoon. Bijvoorbeeld als die persoon alleen een hele afdeling runt. Daarbij kan gedacht worden aan een receptioniste, een schoonmaakster of een ICT-er.¹⁹ Indien die persoon overgaat naar verkrijger kan er -soms zelfs zonder dat er enige materiële activa mee over gaat- sprake zijn van een overgang van onderneming indien de identiteit van de economische eenheid is behouden. Het Spijkers-arrest²⁰ is hierbij van overwegend belang.

In het Spijkers-arrest dat dateert van 1986 heeft het Hof van Justitie een aantal factoren vastgesteld om te bepalen wanneer er sprake is van een overgang van onderneming waarbij de identiteit van de economische eenheid wordt behouden, de zogenaamde 'Spijkers-factoren'. De zeven factoren zijn:

1. de aard van de betrokken onderneming;
2. of materiële activa 'van betekenis' is overgedragen;²¹
3. wat de waarde is van de immateriële 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, hoe lang die onderbreking heeft geduurd.

Het Hof van Justitie heeft hierbij uitdrukkelijk benadrukt dat deze factoren niet limitatief zijn, niet op zichzelf mogen worden beschouwd en er geen vastgestelde rangorde bestaat tussen deze factoren; ze zijn slechts richtinggevend.²² De factoren zijn sinds 1986 onveranderd gebleven. Een aantal factoren zijn slechts verfijnd in de jurisprudentie.

De eerste Spijkers-factor -de aard van de onderneming- wordt beschouwd als één van de belangrijkste criteria. Hierbij dient er een onderscheid gemaakt te worden tussen arbeidsintensieve en arbeidsextensieve ondernemingen.

Bij een arbeidsintensieve onderneming zijn de werknemers de belangrijkste factor. Voorbeelden van arbeidsintensieve ondernemingen zijn schoonmaakbedrijven,²³ bewakingsdiensten en thuiszorg.²⁴ Wanneer er geen activa overgaat maar wel (een overwegend deel van het) personeel wordt overgenomen, kan er dus toch sprake zijn van een overgang van onderneming.

De arbeidsextensieve ondernemingen zijn de ondernemingen waarbij de activa juist kenmerkend is voor de onderneming. Wanneer de identiteit verloren gaat omdat een aanzienlijk deel van de activa, dan wel het deel van de activa dat als 'van betekenis' gekwalificeerd kan worden, niet overgaat, is er sprake van een arbeidsextensieve onderneming. Een voorbeeld kan worden gevonden in het Finse busmaatschappijen-arrest; door het Hof van Justitie werd geoordeeld dat voor de overgang van de busmaatschappij het onvoldoende was dat er een wezenlijk deel van het personeel werd overgenomen. De bussen, of een deel daarvan, vormden een belangrijk onderdeel van de onderneming waardoor er zonder overgang van de bussen, geen overgang van onderneming bewerkstelligd was.²⁵

¹⁹ HvJ EG 14 april 1994, *JAR* 1994, 107 (Schmidt).

²⁰ HvJ EG 18 maart 1986, *NJ* 1987, 502 (Spijkers).

²¹ Verfijnd in het Süzen-arrest: HvJ EG 11 maart 1997, *JAR* 1997, 91.

²² Beltzer 2005, p. 50.

²³ HvJ EG 11 maart 1997, *JAR* 1997, 91 (Süzen) en HvJ EG 14 april 1994, *JAR* 1994/107 (Schmidt).

²⁴ HvJ EG 10 december 1998, gevoegde zaken C-247/96 en C-173/96 (resp. Ziemann en Sanchez Hidalgo).

²⁵ HvJ EG 25 januari 2001, *JAR* 2001, 68 (Finse busmaatschappijen).

Zowel uit de rechtspraak als in de praktijk blijkt dat het verschil tussen arbeidsintensieve en arbeidsextensieve ondernemingen moeilijk te maken is. Zo kan een schoonmaakbedrijf gekenmerkt worden als arbeidsintensief, indien er slechts gebruik gemaakt wordt van eenvoudige hulpmiddelen als een emmer en een zwabber maar zou een schoonmaakbedrijf als arbeidsextensief gekenmerkt kunnen worden als er gebruik gemaakt wordt van geavanceerde schoonmaakmachines.²⁶

In de rechtspraak en in de praktijk wordt voornamelijk gekeken naar factor 1: de aard van de onderneming. Afhankelijk van de aard van de onderneming kijkt men vervolgens naar factor 2 of factor 4. Een arbeidsextensieve onderneming dient een aanzienlijk dan wel een belangrijk deel van de materiële activa over te dragen, wil er sprake zijn van overdracht van materiële activa 'van betekenis' (factor 2) terwijl een arbeidsintensieve onderneming vrijwel al het personeel dient over te dragen (factor 4).

Per zaak moet er bekeken worden welke factoren zwaarder wegen. Indien een overgang van onderneming plaatsvindt binnen dezelfde sector, hoeft er bijvoorbeeld niet gekeken te worden naar factor 6: in welke mate de ondernemingsactiviteiten voor en na de overgang overeenkomen.²⁷

Indien er tijdelijk is gestopt met de activiteiten, zal er niet alleen gekeken worden naar de aard van de onderneming, maar zal ook factor 7 van overwegend belang zijn. Factor 7 gaat over een eventuele onderbreking van activiteiten waarbij het van belang is om vast te stellen hoe lang de activiteiten hebben stilgelegen. Een overgang van onderneming bewerkstelligd immers de voortzetting van een lopend bedrijf door een andere werkgever. Daar lijkt geen sprake van te zijn indien gestopt is met de activiteiten. Het Hof van Justitie heeft hierover bepaald dat uit de feitelijke omstandigheden moet worden afgeleid of dan toch overgang van onderneming heeft plaatsgevonden.

Een voorbeeld is een onderneming die alleen gedurende de zomermaanden geopend is. Wanneer de overgang van onderneming plaatsvindt in de wintermaanden, kan geen beroep worden gedaan op het niet plaatsvinden van een overgang van onderneming wegens gestaakte activiteiten. Deze valt immers samen met de periode dat de onderneming steeds haar werkzaamheden heeft gestaakt. Indien de onderneming in de zomermaanden haar activiteiten had gestaakt, dan kan wel betoogd worden dat er geen overgang van onderneming heeft plaatsgevonden wegens het niet kunnen voortzetten van een onderneming, hetgeen wel dient te worden beoogd met een overgang van onderneming.²⁸

Een ander voorbeeld kan worden gevonden in het Bork-arrest waarbij het Hof van Justitie oordeelde dat de periode van staking van activiteiten van veertien dagen die vielen tijdens de kerstdagen en oud en nieuw, te kort is om per definitie niet van een overgang van onderneming te spreken.²⁹

Zoals het Hof van Justitie al heeft aangegeven, moeten de factoren in samenhang worden gezien. Er kan niet op grond van één factor beoordeeld worden of er sprake is van een overgang van onderneming. Daarnaast zijn de factoren niet limitatief; bij het ontbreken van één factor of meerdere factoren, kan er dus nog steeds een overgang van onderneming bewerkstelligd zijn.

Dat er gekeken dient te worden naar meer dan één omstandigheid om vast te kunnen stellen dat er sprake is van een overgang van onderneming is, blijkt ook uit

²⁶ Beltzer 2005, p. 52-53.

²⁷ HR 10 december 2004, JAR 2005, 13 (Process House).

²⁸ HvJ EG 17 december 1987, zaak 287/86.

²⁹ HvJ EG 15 juni 1988, zaak 101/87 (Bork).

het Süzen-arrest.³⁰ In casu werden de schoonmaakwerkzaamheden van Süzen overgenomen door een andere onderneming. Süzen was derhalve van mening dat zij van rechtswege in dienst zou treden bij de andere onderneming omdat er een overgang van onderneming was verwezenlijkt. Wanneer een activiteit wordt voortgezet door een andere onderneming, kan er sprake zijn van een overgang van onderneming. In voornoemd arrest heeft de rechter echter bepaald dat een economische eenheid niet kan worden gereduceerd tot de activiteiten waarmee zij is belast. 'De identiteit van een economische eenheid wordt tevens gevormd door factoren als personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering en/of de beschikbare productiemiddelen'. Louter overgang van de activiteit is dus onvoldoende om een overgang van onderneming te verwezenlijken.

Een opmerkelijk arrest omtrent het behoud van de identiteit van een economische eenheid is het Klarenberg/Ferrotron-arrest³¹ uit 2009. In deze zaak heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat ondanks het verliezen van de organisatorische eenheid na overgang, er nog steeds sprake kan zijn van een overgang van onderneming. Het verliezen van de organisatorische eenheid betekent immers nog niet het verlies van identiteit, aldus het Hof van Justitie. Het niet terugkeren van de onderneming als eenheid bij de verkrijger, hoeft niet in de weg te staan aan een overgang van onderneming.³² Als de verkrijger alle productiefactoren van vervreemder kon gaan gebruiken of daadwerkelijk als zodanig heeft gebruikt, is een overgang van onderneming aan de orde.³³ Er moet behoud zijn van de functionele band die de onderling samenhangende, elkaar aanvullende factoren verenigt. Daarbij moet de nadruk niet alleen gelegd worden op het organisatorische element van de overgegangene eenheid, maar eveneens op de voortzetting van haar economische activiteit.

§ 2.3 Geen overgang van onderneming

Op grond van bovenstaande kan er in vele verscheidene situaties sprake zijn van een overgang van onderneming. Zoveel zelfs, dat er wellicht geen zicht meer is in welke situaties er geen sprake is van een overgang van onderneming. Om het een en ander te verduidelijken zijn hieronder een aantal situaties opgenomen die thans geen overgang van onderneming bewerkstelligen.

1. Gestaakte werkzaamheden
Er is geen overgang van onderneming als er gestopt is met de activiteiten. Er moet immers sprake zijn van een voortzetting van bedrijfsactiviteiten. In enkele gevallen kan er, ondanks dat er is gestopt met de activiteiten, sprake zijn van een overgang van onderneming (zie paragraaf 2.2.3). Daarbij dient gelet te worden op de feitelijke omstandigheden.
2. Faillissement
Op grond van art. 7:666 lid 1 BW is er tevens geen sprake van een overgang van onderneming indien de werkgever in staat van faillissement verkeert en de onderneming tot de boedel behoort. Een faillissement doorbreekt de werking van overgang van onderneming.
3. Bemanning van een zeeschip
In art. 7:666 lid 2 BW is bepaald dat de bemanning van een zeeschip buiten de werking valt van art. 7:662 e.v. BW.

³⁰ HvJ EG 11 maart 1997, *JAR*, 1997, 91 (Süzen).

³¹ HvJ EG 12 februari 2009, *JAR* 1009, 92 (Klarenberg/Ferrotron)

³² Beltzer 2009 (1), p. 51-57.

³³ Ktr. Eindhoven 25 juni 2009, *LJN* BJ9652.

4. Overgang van een activiteit
Wanneer slechts een activiteit wordt overgenomen, is er geen overgang van onderneming. Van belang zijn ook andere factoren zoals de overname van leiding, personeel, bedrijfsvoering, productiemiddelen enzovoort. Deze situaties doen zich regelmatig voor bij bijvoorbeeld schoonmaakbedrijven. Wanneer de schoonmaakactiviteiten aan een ander worden gegund, is er geen sprake van overgang van onderneming. De onderneming die de schoonmaakactiviteiten voorheen uitvoerde, is immers nog in stand gebleven.³⁴
5. Contractswisseling c.q. heraanbesteding
In art. 38 van de CAO in het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf is opgenomen dat een contractswisseling, dan wel een heraanbesteding geen overgang van onderneming bewerkstelligt.
6. Aandelentransactie
Wanneer louter aandelen overgaan waarbij geen verandering optreedt in de persoon van de werkgever, is er geen sprake van een overgang in de zin van art. 7:662 BW.³⁵
7. Administratieve reorganisatie van overheidsdiensten
Een administratieve reorganisatie van overheidsdiensten of de overgang van administratieve functies tussen overheidsdiensten wordt niet aangemerkt als overgang van onderneming.³⁶

Het vaststellen of sprake is van een overgang van onderneming is niet gemakkelijk. Ondanks dat er slechts een tweetal vereisten zijn waar een overgang van onderneming aan moet voldoen, is het in de praktijk vaak moeilijk te bepalen of er sprake is van een overgang van onderneming omdat deze vereisten erg breed worden uitgelegd. Daarbij zijn de vereisten nog niet uitgekristalliseerd in de jurisprudentie waardoor de grens tussen wel en geen overgang van onderneming nog vaag is. Vaak kan er ook pas na de overname van een bedrijf bepaald worden of sprake is geweest van een overgang van onderneming. Op basis van de feitelijke omstandigheden die zich hebben voorgedaan, kan getoetst worden op de gegeven vereisten.

Dat de vereisten van de overgang van onderneming nog niet zijn uitgekristalliseerd in de rechtspraak, maakt dat in de toekomst de vereisten nog verder worden uitgelegd dan wel afgebakend. Of deze ooit helemaal uitgekristalliseerd worden, is nog onzeker. Met name omdat de vaststelling van de overgang van onderneming erg casuïstisch is. Ook in de rechtspraak wordt de overgang van onderneming door elke rechter anders geïnterpreteerd. Waar de ene rechter van mening is dat er een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden, is een andere rechter op grond van dezelfde feitelijke omstandigheden van mening dat er geen overgang van onderneming is bewerkstelligd. In hoger beroep of in cassatie komt het dan ook regelmatig voor dat de feitelijke omstandigheden anders dan in eerste (of tweede) aanleg worden geïnterpreteerd.

In bijlage 1 is een werkwijzer opgenomen die gebruikt kan worden bij het kwalificeren van een overgang van onderneming. De werkwijzer geeft weer welke stappen doorlopen moeten worden bij het kwalificeren van een overgang van onderneming. Deze werkwijzer dient te worden gebruikt in combinatie met de informatie die in dit hoofdstuk is gegeven.

³⁴ HvJ EG 11 maart 1997, *JAR*, 1997, 91 (Süzen).

³⁵ Nieuwenhuis, Stolker & Valk (red.) 2011, p. 3730.

³⁶ HvJ EG 15 oktober 1996, *JAR* 1996, 254 (Henke).

Hoofdstuk 3 De overgang van arbeidsvoorwaarden

De wetgever heeft als bedoeling gehad dat de werknemer er niet op achteruit gaat na een overgang van onderneming. Het uitgangspunt is dan ook dat alle rechten en plichten van de werknemer die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst van rechtswege overgaan op de verkrijger op grond van art. 7:663 BW. Een uitzondering is de overgang van pensioenrechten dat wordt geregeld in art. 7:664 BW. Dit aspect is echter te omvangrijk om mee te nemen in onderhavig onderzoek en wordt derhalve buiten beschouwing gelaten.

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op een aantal aspecten van de rechten en plichten die al dan niet over gaan naar verkrijger. Maar eerst zal er gekeken moeten worden naar het werknemersbegrip; alleen de werknemer in de zin van art. 7:662 e.v. BW behoudt zijn rechten en plichten bij een overgang van onderneming.

§ 3.1 *Wie gaan mee?*

Bij het bepalen wie van de werknemers mee gaan met de overgang van onderneming worden twee criteria gehanteerd:

1. er moet sprake zijn van een arbeidsovereenkomst met de onderneming die over gaat en
2. de werknemer moet feitelijk werkzaam zijn bij de onderneming of het deel dat overgaat.

Dit wordt ook wel de eis van de dubbele binding genoemd.³⁷

Wanneer een gehele onderneming overgaat, gaan alle werknemers met een arbeidsovereenkomst over op de verkrijger. Uitzonderingen zijn ambtenaren -die immers niet op basis van een arbeidsovereenkomst maar op grond van een aanstelling in dienst zijn- en uitzendkrachten.³⁸ De uitzendkracht is in dienst van het uitzendbureau en wordt slechts ingeleend door de vervreemder. Indien de onderneming overgaat, betekent dat niet dat de uitzendkracht daarmee in dienst treedt bij verkrijger. De bescherming van art. 7:663 BW gaat uiteraard wel op wanneer het uitzendbureau zelf een overgang van onderneming ondergaat.³⁹

Zoals in hoofdstuk twee is besproken, kan ook een deel van een onderneming overgaan. Indien een bepaald onderdeel over wordt genomen door de verkrijger, dient er voldaan te worden aan de eis van de dubbele binding; de werknemer dient dus in dienst te zijn op grond van een arbeidsovereenkomst en feitelijk werkzaam te zijn bij het desbetreffende onderdeel van de onderneming dat overgaat.⁴⁰ Eerst dient vastgesteld te worden dat de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met het deel van de onderneming dat overgaat. Indien dit niet het geval is, hoeft er niet meer gekeken te worden of de werknemer feitelijk werkzaam was bij het deel van de onderneming dat overgaat. Kan er vastgesteld worden dat hij een arbeidsovereenkomst heeft, dan moet er bepaald worden of de werknemer feitelijk werkzaam was bij het deel van de onderneming dat overgaat. Voldoet de werknemer aan beide criteria, dan valt hij onder de werking van art. 7:662 e.v. BW.⁴¹ De werknemer die voldoet aan de eis van de dubbele binding, maar wegens een schorsing niet meer feitelijk werkzaam is bij het onderdeel van de onderneming dat

³⁷ Wiersma 2009, p. 74.

³⁸ HvJ EG 13 september 2007, *JAR* 2007, 252 (Jouini).

³⁹ Beltzer & Hoogenveen 2008, p. 152-153.

⁴⁰ HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985,902 (Botzen).

⁴¹ Beltzer & Hoogenveen 2008, p. 153-154.

overgaat, kan buiten de eenheid vallen indien er geen enkele uitzicht bestaat op terugkeer in de functie.⁴²

Het criterium dan een werknemer een arbeidsovereenkomst moet hebben met de onderneming dat over gaat, is in het Albron-arrest ter discussie gesteld met betrekking tot de permanent gedetacheerde werknemer in concernverband. In De volgende paragraaf wordt hier nader op ingegaan.

§ 3.1.1 Werknemers in concernverband

Werknemers die in een concern werkzaam zijn, hebben vaak een arbeidsovereenkomst met een moedermaatschappij of een personeels-BV. Desondanks zijn zij veelal feitelijk werkzaam bij een dochtermaatschappij. Indien deze dochtermaatschappij overgaat naar een buiten het concern gelegen derde,⁴³ gaat in beginsel de werknemer die feitelijk werkzaam is bij de dochtermaatschappij, maar niet aan hen verbonden is middels een arbeidsovereenkomst, niet over naar verkrijger. Slechts indien de moedermaatschappij of de personeels-BV overgaat, gaan die werknemers mee. De gevolgen hiervan kunnen schrijnend zijn.

Een voorbeeld kan worden gehaald uit de Heidemij-zaak⁴⁴ waarbij de gezonde dochtermaatschappijen uit Heidemij I werden gelicht en middels een overgang van onderneming werden overgebracht in Heidemij II. Vervolgens werden zowel de overgebleven dochtermaatschappijen als de moedermaatschappij failliet verklaard. De werknemers die geen arbeidsovereenkomst hadden met de gezonde dochtermaatschappijen, konden geen beroep doen op de regeling van art. 7:662 e.v. BW en de arbeidsovereenkomsten van de werknemers werden door de curator beëindigd.⁴⁵

In de bovenstaande Heidemij-zaak uit 1982 werd aangenomen dat de werknemers niet over gingen naar Heidemij II omdat zij geen arbeidsovereenkomst hadden met het deel van de onderneming dat over ging. In het Albron-arrest⁴⁶ uit 2010 werden echter vraagtekens gezet bij de toepasbaarheid van deze redenering bij permanent gedetacheerde werknemers.

Aan het Hof van Justitie werd door het Hof Amsterdam de prejudiciële vraag gesteld of een werknemer die permanent is gedetacheerd, van rechtswege mee overgaat bij een overgang van onderneming, ondanks dat hij geen arbeidsovereenkomst heeft gesloten met de onderneming die over gaat.⁴⁷ In dit verband wordt het onderscheid gemaakt tussen de contractuele werkgever met wie de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft, en de niet-contractuele werkgever met wie de werknemer een 'arbeidsbetrekking' heeft. Volgens het Hof van Justitie kan, wanneer sprake is van meerdere werkgevers, de niet-contractuele werkgever bij wie de werknemers op permanente basis te werk zijn gesteld, eveneens worden beschouwd als vervreemder in de zin van de richtlijn.⁴⁸ Uit de richtlijn volgt niet dat een arbeidsovereenkomst prevaleert boven een arbeidsbetrekking. Deze dient dan ook gezien te worden als een 'gelijkwaardig alternatief'.⁴⁹ De permanent gedetacheerde werknemer wordt dus beschermd door de richtlijn. Dit oordeel doorbreekt de Nederlandse leer.⁵⁰ De vraag was dan ook hoe het Hof Amsterdam met dit leerstuk

⁴² HR 11 februari 2005, *JAR* 2005, 67 (Memedovic).

⁴³ De Bock 2012, p. 3.

⁴⁴ Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, *NJ* 1982, 619.

⁴⁵ Beltzer & Hoogenveen 2008, p. 152-153.

⁴⁶ HvJ EU 21 oktober 2010, *JAR* 2010, 298 (Albron).

⁴⁷ Henneman 2011, p. 18.

⁴⁸ Kote 2011, p. 23-24.

⁴⁹ De Bock 2012, p. 3.

⁵⁰ Kote 2011, p. 23-24.

zou omspringen. Albron had aangevoerd dat toepassing van dit leerstuk tot een interpretatie *contra legem* zou leiden. Het Hof Amsterdam⁵¹ heeft echter aangenomen dat art. 7:663 BW ruimte biedt voor een 'meervoudig werkgeversbegrip' en dat noch de wetssystematiek noch de parlementaire geschiedenis met betrekking tot art. 7:663 BW zich verzet tegen een richtlijn conforme interpretatie in overeenstemming met de uitspraak van het Hof van Justitie.⁵² Door deze uitspraak van het Hof Amsterdam is definitief het leerstuk van de bescherming van de permanente gedetacheerde werknemer bij overgang van onderneming in Nederland aangenomen.

Hoewel er nu duidelijkheid bestaat over de rechtspositie van de permanent gedetacheerde werknemer in concernverband bij een overgang van onderneming, heeft het Albron-arrest⁵³ vele vragen opgeroepen. Geniet de werknemer in dergelijke situaties van een dubbele bescherming? Met andere woorden, zou hij in het kader van een overgang van onderneming zowel met de contractuele- als de niet-contractuele werkgever mee over kunnen gaan? En geniet de werknemer die werkzaam is voor verschillende maatschappijen ook van deze bescherming?

Verder is het nog onduidelijk wat er precies wordt verstaan onder 'permanent'. Is dat de werknemer die van begin af aan te werk is gesteld bij een dochtermaatschappij, is er een minimum aan dienstjaren aan verbonden of dient er geen vooruitzicht te zijn op terugplaatsing?⁵⁴ Zolang dit begrip niet nader is gedefinieerd, bestaat er onduidelijkheid over wie aanspraak kan maken op voorgaand leerstuk. Het Hof van Justitie is niet ingegaan op dit aspect. Ook in de beschrijving van de feitelijke omstandigheden is niet verder uitgeweid over de arbeidsomstandigheden en -geschiedenis van de werknemers. Voor zover op te maken is uit het arrest, waren de werknemers van begin af aan werkzaam voor een niet-contractuele werkgever. In de beoordeling is het Hof Amsterdam niet nader ingegaan op deze feitelijke omstandigheid. Er kan dus geconcludeerd worden dat dit gegeven weinig tot geen rol heeft gespeeld in de uiteindelijke beoordeling. Om het leerstuk echter analoog toe te kunnen passen op andere situaties, dient er opgehelderd te worden wanneer een werknemer 'permanent' is gedetacheerd. De onderzoekster is van mening dat er getoetst moet worden op grond van de bedoeling van partijen bij de detachering. De duur van de dienstbetrekking is daarbij niet van overwegend belang. Een voorbeeld is een werknemer die al twintig jaar bij onderneming X werkzaam is. Na die twintig jaar wordt hij gedetacheerd naar onderneming Y. Een half jaar na zijn detachering wordt onderneming Y overgenomen door verkrijger. Hoewel werknemer slechts een relatief korte periode bij onderneming Y feitelijk werkzaam is geweest, kan er toch sprake zijn van een permanente detachering indien werknemer het toekomstperspectief heeft om structureel zijn werkzaamheden bij onderneming Y uit te voeren waarbij partijen de intentie hebben gehad om deze detachering een permanent karakter mee te geven.

Dat de duur van een dienstbetrekking niet van overwegend belang dient te zijn, blijkt ook uit het volgende voorbeeld. De werknemer die gespecialiseerd is in het opzetten van een nieuwe afdeling binnen een onderneming, kan nooit gekenmerkt worden als een permanent gedetacheerde werknemer. Het is immers zijn taak om de afdeling op te zetten waarna hij doorgaat naar een ander project. Partijen hebben niet de intentie om deze werknemer structureel bij de onderneming te werk te stellen. Ongeacht of de detachering drie maanden of vijf jaar duurt: wanneer de afdeling

⁵¹ Hof Amsterdam 25 oktober 2011, *JAR* 2011, 292 (Albron).

⁵² De Bock 2012, p. 3-4.

⁵³ Hof Amsterdam 25 oktober 2011, *JAR* 2011, 292 (Albron).

⁵⁴ De Bock 2011, p. 3-4.

succesvol is opgezet, heeft werknemer geen werkzaamheden meer met betrekking tot die onderneming.

De redenering van onderzoekster maakt dat, ongeacht wat de voorgeschiedenis is geweest van de loopbaan van werknemer, hij permanent gedetacheerd is wanneer het de bedoeling van partijen is geweest om hem structureel te werk te stellen bij een onderneming.

Er zijn nog veel onduidelijkheden omtrent de permanente gedetacheerde werknemer die door onderzoekster thans niet opgehelderd kunnen worden. Het staat buiten kijf dat er meer arresten zullen volgen. Stukje bij beetje zal de lijn omtrent dit onderwerp duidelijker worden. De eerste aanzet is in ieder geval gegeven. Zoals in de literatuur wordt aangeduid: wordt vervolgd.⁵⁵

§ 3.1.2 Stappenplan

Om te bepalen wie van de werknemers mee overgaan met een overgang van onderneming, kan onderstaand stappenplan worden gevolgd. Aantekening dient gemaakt te worden dat er nog onduidelijkheden bestaan omtrent de permanent gedetacheerde werknemer (zie paragraaf 3.1.1).



⁵⁵ O.a. door De Bock (De Bock 2012) en Henneman (Henneman 2011).

§ 3.2 Rechten en plichten

Indien de werknemer voldoet aan bovenstaande criteria, dan worden zijn rechten en plichten die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst gehandhaafd zoals die ook werden gehandhaafd voor de overgang van onderneming (met uitzondering van de pensioenrechten). Slechts het bestaan van deze rechten en/of plichten hoeven aangetoond te worden; opeisbaarheid is geen vereiste.⁵⁶ Zowel schriftelijke als mondelinge afspraken gaan mee over. Bij mondelinge afspraken die worden betwist, dienen deze uiteraard wel bewezen te worden.⁵⁷ In de volgende subparagrafen worden een aantal van deze rechten en plichten uitgewerkt.

§ 3.2.1 Ontslagbescherming

In art. 4 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat een overgang van onderneming op zichzelf geen reden vormt tot ontslag. Wordt een werknemer om die reden ontslagen, dan kan hij op grond van art. 7:670 lid 8 BW jo. art. 7:677 lid 5 BW de vernietigbaarheid inroepen binnen een termijn van twee maanden na de datum van opzegging van de arbeidsovereenkomst.

Indien een ontslag plaatsvindt niet wegens of met het oog op een overgang van onderneming maar wegens economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen,⁵⁸ dan is een ontslag mogelijk. Hierbij dienen de 'reguliere' ontslagregels in acht te worden genomen.⁵⁹ Daarbij dient de volgende aantekening gemaakt te worden: in het Bork-arrest⁶⁰ deed zich de situatie voor dat een ondernemer alle arbeidsovereenkomsten met zijn werknemers had opgezegd wegens een van bovenstaande redenen met inachtneming van de geldende opzegtermijnen. Slechts veertien dagen nadat de onderneming was gestopt met de activiteiten, werd de onderneming overgenomen door een nieuwe eigenaar. De nieuwe eigenaar nam meer dan de helft van het ontslagen personeel opnieuw in dienst met slechtere arbeidsvoorwaarden. In zijn optiek was er geen sprake van een overgang van onderneming omdat de activiteiten van de onderneming waren gestaakt. Het Hof van Justitie oordeelde echter dat vanwege het feit dat de nieuwe eigenaar het ontslagen personeel opnieuw in dienst nam, het in de regel uitgesloten is dat de werknemers wegens economische, technische of organisatorische redenen zijn ontslagen. Bovendien waren de activiteiten slechts kort gestaakt, zijnde veertien dagen en tevens tijdens de kerstdagen en oud en nieuw. Het Hof van Justitie was derhalve van mening dat de werknemers waren ontslagen in strijd met hetgeen is bepaald in de wetgeving en er geacht moest worden dat de werknemers in dienst zijn gebleven.

Er dient dus gekeken te worden:

1. of er een overgang van onderneming plaats heeft gevonden en
2. of het ontslag met het oog op de overgang van onderneming heeft plaatsgevonden of het ontslag vlak voor een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden.

Indien bevestigend geantwoord kan worden op beide vragen, dan is het ontslag vernietigbaar.

⁵⁶ HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900 (Abels).

⁵⁷ Nieuwenhuis, Stolker & Valk (red.) 2011, p. 3734.

⁵⁸ HvJ EG 16 oktober 2008, JAR 2008, 295 (Kirtruna).

⁵⁹ Nieuwenhuis, Stolker & Valk (red.) 2011, p. 3736.

⁶⁰ HvJ EG 15 juni 1988, zaak 101/87 (Bork).

§ 3.2.2 Vorderingen op de werkgever

Art. 7:663 BW bepaalt dat de vervreemder tot een jaar na overgang van onderneming hoofdelijk is verbonden voor nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst zoals loonvorderingen. Wanneer een werknemer een loonvordering heeft, kan hij deze –tot na een jaar van overgang van onderneming– verhalen op de vervreemder. Gedurende deze periode kan de werknemer er ook voor kiezen zijn vorderingen te verhalen bij de verkrijger. Na dit jaar is slechts de verkrijger verbonden en kan de vordering slechts bij hem worden verhaald.

Indien de verkrijger een vordering –van voor de overgang en waarvoor vervreemder aansprakelijk was– heeft voldaan aan de werknemer, kan hij terugbetaling vorderen van vervreemder. Hierbij is hij niet verbonden aan het termijn van een jaar.⁶¹

§ 3.2.3 Behoud van anciënniteit

Het aantal jaren dat de werknemer werkzaam is geweest bij vervreemder, neemt de werknemer in beginsel niet mee naar verkrijger.⁶² Deze anciënniteit kan echter wel een rol spelen bij bijvoorbeeld het berekenen van een ontslagvergoeding ex. art. 7:685 lid 8 BW of bij de beoordeling van een ontslagaanvraag ingevolge het afspiegelingsbeginsel bij het UWV WERKbedrijf.⁶³ Het afspiegelingsbeginsel wordt als uitgangspunt gebruikt voor –summier samengevat– een bedrijfseconomisch ontslag waarbij werknemers uit vergelijkbare functies ingedeeld worden op leeftijdscategorieën en vervolgens per categorie op grond van het *last in, first out* principe wordt bepaald wie in aanmerking komt voor ontslag. Het Hof van Justitie heeft in een aantal situaties bepaald dat de anciënniteit van de werknemer overgaat op verkrijger. Bij de beoordeling van een ontslagaanvraag bij het UWV WERKbedrijf, dient er rekening gehouden te worden met de anciënniteit die werknemer heeft opgebouwd bij vervreemder.⁶⁴ Deze anciënniteit gaat dus mee over en telt mee bij de vaststelling wie het eerst voor ontslag in aanmerking komt.⁶⁵

In het Collino en Chiappero-arrest⁶⁶ heeft het Hof van Justitie besloten dat anciënniteit op zichzelf geen recht is dat voor overgang vatbaar is. Het Hof van Justitie ontkent echter niet dat anciënniteit een rol speelt bij het bepalen van bepaalde financiële rechten. Bij het berekenen van bijvoorbeeld een ontslagvergoeding of salarisverhoging, dient de verkrijger dus de dienstjaren die het overgedragen personeel heeft vervuld bij vervreemder op te tellen bij het aantal dienstjaren dat is vervuld bij verkrijger, aldus het Hof van Justitie. Ook in het Scattolon-arrest⁶⁷ heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de verkrijger de anciënniteit in acht moet nemen indien er een financieel recht aan is verbonden. Indien anciënniteit van belang is bij het vaststellen van de hoogte van het loon en werknemer anders een wezenlijk salarisverlies zou lijden, dient er rekening gehouden te worden met de anciënniteit. In hetzelfde arrest heeft het Hof van Justitie bepaald dat de dienstjaren die de werknemer bij vervreemder heeft opgebouwd, niet altijd geheel meetellen ingeval de

⁶¹ Nieuwenhuis, Stolker & Valk (red.) 2011, p. 3736.

⁶² HvJ EG 14 september 2000, JAR 2000, 225 (Collino en Chiappero).

⁶³ Beltzer 2012, p. 3.

⁶⁴ Stcrt. 2009, 10910.

⁶⁵ Beltzer 2012, p. 4.

⁶⁶ HvJ EG 14 september 2000, JAR 2000, 225 (Collino en Chiappero).

⁶⁷ HvJ EG 6 september 2011, zaak C-108/10 (Scattolon).

werknemer na overgang van onderneming bij verkrijger andere werkzaamheden heeft verricht en/of er een verschil bestaat van verantwoordelijkheden.⁶⁸

De anciënniteit dient dus meegenomen te worden indien er een financieel recht aan is verbonden. Aan het voorgaande doet niet af dat de bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit niet (geheel) meetelt indien er een wezenlijk verschil bestaat tussen de werkzaamheden en/of verantwoordelijkheden. De anciënniteit wordt wel volledig meegeteld bij het afspiegelingsbeginsel dat het UWV WERKbedrijf hanteert bij ontslagvergunningsprocedures.

§ 3.2.4 Concurrentiebeding

Een concurrentiebeding moet normaliter schriftelijk overeengekomen worden bij elk nieuw contract en/of nieuwe functie op grond van art. 7:653 lid 1 BW. Bij overgang van onderneming geldt een uitzondering op deze regel. Bij een overgang van overneming gaan de rechten en plichten van rechtswege over naar de verkrijger; dit geldt dus ook voor het concurrentiebeding.

Wanneer de overgang van onderneming niet ter discussie staat, is –er van uitgaande dat het beding niet zwaarder is gaan drukken- het concurrentiebeding dus van toepassing.⁶⁹

Een zaak van het hof 's-Hertogenbosch uit 2011⁷⁰ geeft de problematiek omtrent het concurrentiebeding en overgang van onderneming goed weer. In eerste aanleg was geoordeeld dat er geen sprake was van een overgang van onderneming waardoor het concurrentiebeding niet van toepassing was. De rechter kwam in casu tot deze uitspraak omdat twee ondernemingen volgens eigen schrijven 'hun krachten al gebundeld hadden maar nu onder één naam'. Bij deze reorganisatie bleven de medewerkers van beide ondernemingen in dienst en zijn zowel de vennootschappen als de werkbedrijven verder gegaan onder één naam.

In hoger beroep achtte de rechter dat er wel sprake was van een overgang van onderneming. De overgang van onderneming moet voldoen aan een tweetal vereisten: het overeenkomstvereiste en de identiteit van de economische eenheid moet zijn behouden.

Aan de overgang van onderneming lag geen overeenkomst ten grondslag. Uit de jurisprudentie is echter gebleken dat het overeenkomstvereiste ruim moet worden uitgelegd. Uit de feitelijke gang van zaken zou blijken dat er wilsovereenstemming bestond over de overgang van onderneming. De wilsovereenstemming is voldoende om tot de beoordeling te komen dat er voldaan is aan het overeenkomstvereiste. Mede gelet op het feit dat de werknemers voortaan loon uitbetaald kregen van verkrijger, althans onder de voortaan gezamenlijk gevoerde naam, concludeerde de rechter dat de werknemers overgegaan zijn naar verkrijger. De werknemers moesten dus gezien worden als een economische eenheid. Dat er geen materiële of immateriële activa was overgedragen, deed niet af aan het feit dat er een economische eenheid was overgegaan. Hoewel dit niet in het arrest is uitgewerkt, kan er dus uitgegaan worden dat het in casu ging om een arbeidsintensieve onderneming. Slechts in dat geval behoeft er geen materiële activa te worden overgedragen. Bij een arbeidsintensieve onderneming wordt immers geacht dat de

⁶⁸ Beltzer 2012, p. 4.

⁶⁹ Loonstra & Hoogendijk (red.) 2011, p. 1.

⁷⁰ Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2011, LJN BU6554.

werknemers de belangrijkste factor zijn. Derhalve kan er sprake zijn van een overgang van onderneming als slechts de werknemers zijn overgegaan. Hoewel deze werknemers na de samenvoeging niet voort bestonden als een afzonderlijke organisatorische eenheid, is de identiteit van de economische eenheid behouden. Wanneer de economische activiteit is voortgezet kan er, ingevolge het Klarenberg/Ferrotron-arrest,⁷¹ toch sprake zijn van behoud van identiteit. Dat de rechter in hoger beroep oordeelde dat er sprake was van een overgang van onderneming, zorgde ervoor dat het concurrentiebeding van rechtswege was overgegaan en werknemer gebonden was aan het concurrentiebeding. Dit leidde ertoe dat werknemer een boete wegens overtreding van het concurrentiebeding van € 36.288,00 moest betalen.

De crux is dus dat er uitgezocht moet worden of er sprake is van een overgang van onderneming. Indien dit niet het geval is, dan heeft het concurrentiebeding geen waarde meer als het beding niet opnieuw schriftelijk is overeengekomen. Is er wel sprake van een overgang van onderneming, dan gaat het beding van rechtswege over en kan dat, zoals in bovenstaande zaak, leiden tot een flinke boete.

Bij het bepalen of sprake is van een overgang van onderneming kan gebruik gemaakt worden van de informatie die is gegeven in hoofdstuk twee in combinatie met de werkwijzer van bijlage 1.

§ 3.2.5 Informatieplicht

De informatieplicht van de werkgever is opgenomen in art. 7:665a BW. Deze houdt in dat de werkgever de ondernemingsraad, de personeelsvertegenwoordiging of bij het ontbreken daarvan de werknemers tijdig in kennis stelt van:

- het voorgenomen besluit tot overgang;
- de voorgenomen datum van overgang;
- de reden van de overgang;
- de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers en
- de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.

Deze informatieplicht geldt zowel voor vervreemder als voor verkrijger. Beiden dienen hun eigen medewerkers te informeren.

Indien de werkgever niet voldoet in zijn informatieplicht, leidt dat tot een onrechtmatige daad jegens de werknemer.⁷² Werknemer heeft dan ook recht op een schadevergoeding. De werkgever die zijn werknemers foutief of onvolledig informeert, handelt bovendien in strijd met goed werkgeverschap ex. art. 7:611 BW.⁷³

Wanneer werknemers niet (goed) worden ingelicht, kan dat vergaande gevolgen hebben voor de werkgever. Indien art. 7:662 e.v. BW na verloop van tijd –in het Pax/Box-arrest⁷⁴ zes jaar later- toch van toepassing blijkt te zijn, dan worden handelingen die in strijd zijn met de regels met betrekking tot overgang van onderneming alsnog, met terugwerkende kracht, ongedaan gemaakt.⁷⁵ Is een werknemer bijvoorbeeld een nieuwe arbeidsovereenkomst overeengekomen die

⁷¹ HvJ EG 12 februari 2009, JAR 1009, 92 (Klarenberg/Ferrotron).

⁷² Nieuwenhuis, Stolker & Valk (red.) 2011, p. 3739.

⁷³ HR 26 juni 2009, JAR 2009, 183 (Bos/Pax).

⁷⁴ Hof Leeuwarden, 26 april 2011, JAR 2011, 170 (Bos/Pax).

⁷⁵ Beltzer 2009 (2), p. 56.

nadeligere arbeidsvoorwaarden behelzen, dan wordt geacht dat hij recht is blijven houden op de oude voordeligere arbeidsvoorwaarden.

Dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege overgaat op verkrijger, betekent niet dat werknemer geen andere voorwaarden mag overeenkomen met verkrijger mits hij volledig is geïnformeerd. Daarbij dient rekening gehouden te worden met de algemene regels van het overeenkomstenrecht.

In hoofdstuk vier wordt nader ingegaan op de informatieplicht met betrekking tot de werknemer die afstand doet van de bescherming van art. 7:662 e.v. BW en dus afstand doet van overgang van zijn arbeidsovereenkomst naar verkrijger.

Op grond van bovenstaande behoudt werknemer vele van zijn rechten en plichten waarbij hij tevens recht heeft op correcte en volledige informatie omtrent de overgang van onderneming. Wordt hij niet, foutief of onvolledig geïnformeerd, dan kan hij aanspraak maken op een schadevergoeding en worden bovendien de strijdige handelingen met terugwerkende kracht ongedaan gemaakt. In hoofdstuk vijf zal worden ingegaan op de overgang van cao-bepalingen bij een overgang van onderneming. Ook daaruit zal blijken dat de overgegangene werknemer in overwegende mate wordt beschermd.

Hoofdstuk 4 De weigerachtige werknemer⁷⁶

In hoofdstuk drie is beschreven welke rechten en plichten de werknemer die de onderneming volgt in de overgang heeft. Omgekeerd kan de vraag gesteld worden: welke rechten en plichten heeft de werknemer die de onderneming niet wil volgen in de overgang? In dit hoofdstuk zal ingegaan worden op de opties die de 'weigerachtige' werknemer heeft en of hij recht heeft op een ontslagvergoeding of uitkering op grond van de Werkloosheidswet (WW).

§ 4.1 Opties

Zoals in hoofdstuk drie is beschreven, dient de werknemer aan een aantal criteria te voldoen om van rechtswege over te kunnen gaan naar verkrijger. De hoofdregel is dat de werknemer op grond van een arbeidsovereenkomst in dienst is en feitelijk werkzaam is bij het onderdeel van de onderneming dat overgaat. Een uitzondering is gemaakt voor de permanent gedetacheerde werknemer in concernverband; ondanks dat hij een arbeidsovereenkomst heeft met een ander onderdeel van de onderneming, gaat hij op grond van het Albron-arrest,⁷⁷ toch mee over naar verkrijger.

Er van uitgaande dat de werknemer voldoet aan bovenstaande criteria, gaat hij van rechtswege mee over naar verkrijger. Indien de werknemer niet mee over wil gaan, kan hij hiertoe niet verplicht worden. Dat zou immers een inbreuk zijn op het recht op vrije arbeidskeuze ex. art. 19 Grondwet (Gw).⁷⁸

Het werkgeverschap van vervreemder eindigt automatisch na een overgang van onderneming. Indien een deel van een onderneming overgaat, of de werknemer binnen een concern werkt, kan het voorkomen dat hij bij vervreemder achter wil blijven. Indien de werknemer wenst achter te blijven bij vervreemder, kan hij daartoe geen rechten ontlenen. De vervreemder zou dan bijvoorbeeld met werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst kunnen overeenkomen waarbij het de vraag is of werknemer dezelfde arbeidsvoorwaarden en zijn anciënniteit behoudt.

De werknemer kan, onder strikte voorwaarden, afstand doen van de bescherming van art. 7:662 e.v. BW. Daarmee eindigt het dienstverband met zowel vervreemder als verkrijger.⁷⁹ In het Bos/Pax-arrest⁸⁰ heeft de Hoge Raad bepaald dat een werknemer slechts ondubbelzinnig afstand kan doen nadat de werkgever hem volledig over zijn rechten heeft geïnformeerd. Bovendien moet de werknemer de mogelijkheid zijn geboden om een beroep te doen op de overgang van onderneming voordat hij afstand mag doen van art. 7:662 e.v. BW.

Dat deze voorwaarden daadwerkelijk 'strikt' worden gehandhaafd, blijkt uit de uitspraak van het hof Leeuwarden⁸¹ van bovengenoemd, door de Hoge Raad terugverwezen, Bos/Pax-arrest. In casu heeft het hof Leeuwarden geconcludeerd dat werknemer onvoldoende is geïnformeerd over de overgang van onderneming en hij

⁷⁶ Van Kranenburg-Hanspians & Avci 2011, p. 14.

⁷⁷ HvJ EU 21 oktober 2010, JAR 2010, 298 (Albron).

⁷⁸ Beltzer & Hoogenveen 2008, p. 155.

⁷⁹ HvJ EG 5 mei 1988, NJ 1989, 712, HvJ EG 16 december 1992, JAR 1993, 64, HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 240

(Boode/Hoheisel) en HR 26 mei 2000, JAR 2000, 152.

⁸⁰ HR 26 juni 2009, JAR 2009, 183 (Bos/Pax).

⁸¹ Hof Leeuwarden, 26 april 2011, JAR 2011, 170 (Bos/Pax).

derhalve geen ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van de bescherming van art. 7:662 e.v. BW, zelfs niet door een arbeidsovereenkomst met een derde te ondertekenen.⁸² Er kan dus uitsluitend sprake zijn van een ondubbelzinnige afstandsverklaring indien de werkgever heeft voldaan in zijn informatieplicht.⁸³

§ 4.2 Recht op ontslagvergoeding

Wanneer een overgang van onderneming een wijziging van omstandigheden ten nadele van de werknemer ten gevolge heeft, dan kan op grond van art. 7:665 BW de overeenkomst ontbonden worden wegens een reden die voor rekening van de werkgever komt. Daarbij dienen de regels van art. 7:685 BW in acht te worden genomen. Voorbeelden zijn een langere reistijd (in casu 5,5 uur),⁸⁴ een gemis aan reële promotiekansen,⁸⁵ een aanzienlijk minder salaris en geen duidelijkheid over de standplaats van werknemer.⁸⁶

Aangezien in art. 7:665 BW het begrip 'werkgever' wordt gebruikt, kan er bedoeld worden op zowel de vervreemder als de verkrijger. Dit brengt mee dat de werknemer al voor de overgang van onderneming een ontbindingsverzoek kan indienen. De kantonrechter zal dan moeten beoordelen of de omstandigheden dusdanig wijzigen, dat het gerechtvaardigd is om de arbeidsovereenkomst te beëindigen en aan de werknemer een ontslagvergoeding toe te kennen.⁸⁷

Conform de aanbevelingen die zijn gegeven voor de toepassing van de kantonrechtersformule,⁸⁸ wordt bij een werkgeversverzoek waarbij de ontbindingsgrond in de risicosfeer van werkgever ligt, factor C gesteld op één. Bij een werknemersverzoek waarbij de ontbindingsgrond in de risicosfeer van de werknemer ligt, is de C-factor gelijk aan nul.

Uitgaande van het Juuri-arrest⁸⁹ geldt bij overgang van onderneming dat bij een werknemersverzoek waarbij de ontbindingsgrond in de risicosfeer van werkgever ligt, factor C gesteld moet worden op één.

Voor de vaststelling van de ontslagvergoeding dient de rechter er dus van uit te gaan dat de ontbinding voor rekening van de werkgever komt. Dit brengt echter niet mee dat een werknemer per definitie recht heeft op een hogere ontslagvergoeding dan in een neutrale situatie.⁹⁰ De correctiefactor van factor C van de kantonrechtersformule dient dus –net als in 'reguliere' ontbindingsprocedures- gesteld te worden op één ingeval zich geen bijzondere verwijtbaarheden voordoen.

Voor de weigerachtige werknemer is een verandering van omstandigheden ten nadele van de werknemer de enige reden om aanspraak te kunnen maken op een ontslagvergoeding indien zich geen verwijtbare omstandigheden voordoen aan de zijde van werkgever.

⁸² De Bock 2012, p. 5.

⁸³ Van Kranenburg-Hanspians & Avci 2011, p. 14.

⁸⁴ Ktr. Amsterdam 24 mei 2007, JAR 2007, 168.

⁸⁵ Beltzer & Zondag 2003, p. 113-114.

⁸⁶ Rb. Alkmaar 5 juli 2011, LJN BU5123.

⁸⁷ Nieuwenhuis, Stolker & Valk (red.) 2011, p. 3739.

⁸⁸ Aanbeveling procedures art. 7:685.

⁸⁹ HvJ EG 27 november 2008, JAR 2009, 20 (Juuri).

⁹⁰ HvJ EG 27 november 2008, JAR 2009, 20 (Juuri).

Wanneer de omstandigheden voor werknemer niet nadelig veranderen en hij zich desondanks ondubbelzinnig verzet tegen de overgang van zijn arbeidsovereenkomst, heeft werknemer dus geen recht op een ontslagvergoeding.

§ 4.3 Recht op WW-uitkering

Op grond van art. 24 lid 2 WW maakt een werknemer geen aanspraak op WW-uitkering indien hij verwijtbaar werkloos is geworden. Hiervan is sprake indien de werknemer op staande voet is ontslagen dan wel de dienstbetrekking is beëindigd op verzoek van de werknemer. Een uitzondering is er indien van de werknemer niet redelijkerwijs kan worden gevergd dat hij het dienstverband voortzet.

Zoals in paragraaf 4.2 is omschreven, komt een ontbinding van een arbeidsovereenkomst voor rekening van werkgever indien de overgang van onderneming een wijziging van omstandigheden ten nadele van de werknemer ten gevolge heeft op grond van art. 7:665 BW. Deze bepaling waarborgt echter niet het recht op WW-uitkering. De werknemer die de onderneming niet wil volgen in de overgang en dus op eigen verzoek de dienstbetrekking beëindigd, heeft dus geen recht op WW-uitkering ongeacht of er nadelige omstandigheden zijn na overgang.

Onderzoekster meent echter dat indien in een ontbindingsprocedure de rechter heeft bepaald dat het ontbindingsverzoek in de risicosfeer ligt van werkgever en werknemer recht heeft op een ontslagvergoeding, er te kennen is gegeven dat van werknemer niet redelijkerwijs gevergd kan worden dat hij het dienstverband voortzet. Werknemer zou dan recht hebben op WW-uitkering ondanks dat werknemer op eigen verzoek de dienstbetrekking heeft beëindigd. Daarbij dient de aantekening gemaakt te worden dat dit moet passen in het wettelijke kader. Conform de Richtlijn Passende Arbeid 2008⁹¹ is het bijvoorbeeld redelijk dat een werknemer twee tot drie uur reistijd heeft en in uitzonderlijke gevallen een langere reistijd. Indien de rechter in een ontbindingsprocedure, op verzoek van werknemer, oordeelt dat de langere reistijd van bijvoorbeeld twee uur een nadelig gevolg is voor werknemer en het ontbindingsverzoek derhalve in de risicosfeer van werkgever ligt, dan kan werknemer in die situatie wel aanspraak maken op een ontslagvergoeding maar niet op WW-uitkering.

De weigerachtige werknemer heeft aldus twee opties. Hij kan:

1. de onderneming volgen in de overgang waarbij hij bescherming geniet ex. art. 7:662 e.v. BW of
2. ondubbelzinnig afstand doen van overgang van zijn arbeidsovereenkomst met alle gevolgen van dien. Deze gevolgen zien met name op de aanspraak op ontslagvergoeding en WW-uitkering.

⁹¹ Stcrt. 2008, 123.

Hoofdstuk 5 De toepasselijke cao bij overgang van onderneming

In hoofdstuk drie is beschreven welke rechten en plichten van de werknemer overgaan op de verkrijger bij een overgang van onderneming. Indien de vervreemder en/of de verkrijger gebonden is aan een collectieve arbeidsovereenkomst (cao), doet de vraag zich voor welke cao van toepassing is op de werknemers die zijn overgegaan. Alvorens deze vraag beantwoord wordt, zal eerst een kort juridisch kader van het cao-recht geschetst worden in paragraaf 5.1.

§ 5.1 Juridisch kader

In het cao-recht wordt er onderscheid gemaakt tussen art. 9/12/13-werknemers, art. 14-werknemers en gebonden- en ongebonden werkgevers:

- art. 9/12/13-werknemer: is lid van een vakbond die partij is bij de cao van de werkgever;⁹²
- gebonden werkgever: is lid van een werkgeversorganisatie die partij is bij de cao of heeft zelfstandig een ondernemingscao afgesloten;
- ongebonden werkgever: is geen lid van een werkgeversorganisatie die partij is bij de cao of heeft niet zelfstandig een ondernemingscao afgesloten;
- art. 14-werknemer: is geen lid van een vakbond die partij is bij de cao van de werkgever of helemaal geen lid van een vakbond (ook wel 'ongebonden werknemer').

§ 5.1.1 Doorwerking

De bepalingen in een cao kunnen op verschillende manieren doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomst. Door doorwerking kunnen de individuele arbeidsvoorwaarden aangevuld worden met de cao-bepalingen en in sommige gevallen zelfs de individuele arbeidsvoorwaarden vervangen.

Art. 9/12/13-werknemer

Een art. 9/12/13-werknemer is gebonden aan de cao waar tevens de werkgever aan is gebonden. Derhalve werken de cao-bepalingen door in de individuele arbeidsovereenkomst van werknemer op grond van art. 9, 12 en 13 Wet Collectieve Arbeidsovereenkomst (Wet CAO).

Gebonden werkgever en de (on)gebonden werknemer

De gebonden werkgever:

1. is lid van een werkgeversorganisatie die een cao heeft afgesloten of
2. heeft een ondernemingscao afgesloten.

Indien de werkgever lid is van een werkgeversorganisatie die een cao heeft afgesloten, moet hij de cao toepassen op al zijn werknemers. Dit geldt aldus zowel voor de art. 9/12/13-werknemer als de art. 14-werknemer.

⁹² Loonstra 2011, p. 1.

Ook indien een werkgever zelf een ondernemingscao heeft afgesloten, werkt deze cao door in de individuele arbeidsovereenkomst van werknemer. Een ondernemingscao is een cao die slechts toepasselijk is op de onderneming van de werkgever.

Ongebonden werkgever en de (on)gebonden werknemer

Indien de werkgever niet aan een cao is gebonden, hoeft hij de bepalingen van de cao -in beginsel- niet toe te passen op zijn werknemers. Ook niet op de werknemer die wel gebonden is aan een cao.

Cao-bepalingen kunnen, ondanks ongebondenheid van de werkgever, toch doorwerken in de arbeidsovereenkomst indien:

1. een algemeen verbindendverklaring (AVV) wordt uitgesproken ten behoeve van cao-bepalingen of
2. een incorporatiebeding is overeengekomen tussen werkgever en werknemer.

De AVV zorgt ervoor dat de cao-bepalingen die algemeen verbindend zijn verklaard van toepassing zijn op alle werknemers, ongeacht de ongebondenheid van werkgever. De werkgever moet in dat geval de algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen die onder het toepassingsbereik van zijn bedrijfsuitoefening valt, toepassen op al zijn werknemers. Dit geldt slechts voor de periode dat de AVV van kracht is. Voor de periodes dat er geen AVV is, zou de werkgever de individuele arbeidsvoorwaarden van de werknemer kunnen toepassen.

Dit is administratief lastig voor de werkgever, waardoor hij veelal een incorporatiebeding overeenkomt met de werknemer. Daarmee wordt een cao van toepassing verklaard en wordt de werkgever toch gebonden aan een cao. De cao-bepalingen werken derhalve door in de arbeidsovereenkomst van werknemer en doordat werknemer heeft ingestemd met de toepassing van de cao, zijn de cao-bepalingen doorgewerkt, dan wel geïncorporeerd, in zijn individuele arbeidsovereenkomst.

Art. 14-werknemer

De art. 14-werknemer wordt gebonden aan een cao door de gebondenheid van de werkgever, een AVV of een incorporatiebeding. Een incorporatiebeding kan overeengekomen worden tussen een ongebonden werkgever en een ongebonden werknemer, en tussen de ongebonden werkgever en gebonden werknemer.

Samenvatting doorwerking

Samengevat kan er dus sprake zijn van doorwerking van de cao in de individuele arbeidsovereenkomst indien:

- de werknemer en de werkgever beide gebonden zijn aan de cao (art. 9, 12 en 13 Wet CAO);
- de werkgever gebonden is vanwege lidmaatschap van een werkgeversorganisatie die partij is bij de cao, ongeacht of de werknemer gebonden is (art. 14 Wet CAO);
- de werkgever een ondernemingscao heeft afgesloten;
- de cao algemeen verbindend is verklaard of
- er een incorporatiebeding is overeengekomen tussen werknemer en werkgever.

§ 5.1.2 Nawerking

Wanneer de looptijd van de cao is verstreken en er nog geen nieuwe cao is afgesloten, werkt de oude cao na. Deze nawerking is niet vreemd in het cao-recht aangezien partijen vaak niet op tijd klaar zijn met onderhandelingen en er derhalve geen cao overeengekomen kan worden.

Voor de bepalingen die algemeen verbindend zijn verklaard, geldt -in de hoofdregel- dat deze niet nawerken. Een uitzondering is er wanneer er verkregen rechten zijn. Later in deze paragraaf wordt daarop teruggekomen.

Indien de cao-bepalingen geïncorporeerd zijn in de individuele arbeidsovereenkomst door de gebondenheid van de werkgever of door een incorporatiebeding, dan werken alle bepalingen uit de cao na doordat deze bepalingen deel uit zijn gaan maken van de arbeidsovereenkomst. Voorgaande geldt ook voor de AVV-bepalingen. Derhalve werken ook deze bepalingen na. In de volgende subparagrafen wordt uiteengezet in welke situaties een cao nawerkt.

Art. 9/12/13-werknemer

Voor de art. 9/12/13-werknemers werkt de cao na op grond van art. 9, 12 en 13 Wet CAO. De 'oude' cao is dus nog steeds van toepassing wanneer de looptijd is verstreken.

Indien cao-bepalingen algemeen verbindend zijn verklaard, werken deze bepalingen na omdat de bepalingen zijn doorgewerkt in de individuele arbeidsovereenkomst. Dat is een uitzondering op de hoofdregel.

Gebonden werkgever en de (on)gebonden werknemer

De werkgever die lid is van een werkgeversorganisatie die partij is bij een cao of een ondernemingscao heeft afgesloten, is verplicht deze cao toe te passen op al zijn medewerkers. Wanneer de cao afloopt, werkt deze na voor alle werknemers.

AVV-bepalingen werken in de hoofdregel niet na. Indien de werkgever echter gebonden is aan een cao, dan werken de cao-bepalingen door in de arbeidsovereenkomst van werknemer. Deze bepalingen werken derhalve na, ongeacht of ze algemeen verbindend zijn verklaard.

Ongebonden werkgever en de (on)gebonden werknemer

De cao werkt na voor de werkgever en de werknemer die een incorporatiebeding zijn overeengekomen. Door het incorporatiebeding zijn de cao-bepalingen immers, geïncorporeerd in de individuele arbeidsvoorwaarden.⁹³ Deze nawerking geldt derhalve ook voor de AVV-bepalingen.

Indien er geen incorporatiebeding is overeengekomen, dan hoeft de ongebonden werkgever de cao slechts toe te passen gedurende de looptijd van de AVV. De hoofdregel is dat een AVV geen nawerking kent. Een uitzondering kan worden gevonden in de werknemer die een verkregen recht heeft gekregen. Wanneer er sprake is van een verkregen recht is moeilijk te bepalen. In de rechtspraak is nog geen eenduidige richtlijn over wanneer er sprake is van een verkregen recht. De

⁹³ Rayer 2011, p. 46.

rechter heeft in ieder geval uitgewezen dat een bepaling waarbij het loon bij ziekte voor 100% wordt doorbetaald, nawerkt.⁹⁴ Een AVV-bepaling die voorziet in het vergoeden van overwerk kan ook nawerken op grond van het Bongers-arrest.⁹⁵ In casu kreeg Bongers, een art. 14-werknemer, gedurende drie AVV-loze periodes een overwerkvergoeding. In de vierde AVV-loze periode, besloot de werkgever hem geen overwerkvergoeding meer toe te kennen. De rechter achtte het in redelijkheid en billijkheid niet gerechtvaardigd om Bongers deze vergoeding te ontfangen. Daarbij moest worden gekeken naar wat partijen over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten verwachten, mede in het licht van wat zij over en weer van elkaar aan inzicht mochten verwachten, aldus de Hoge Raad.

Art. 14-werknemer

Indien de looptijd van de AVV is verstreken (vrijwel altijd parallel met het einde van de looptijd van de cao), geldt voor de art. 14-werknemer dat de cao nawerkt, ingeval de werkgever gebonden is of er een incorporatiebeding is overeengekomen.

Indien de werkgever niet gebonden is aan een cao en/of er geen incorporatiebeding is opgenomen in de arbeidsovereenkomst, kan de art. 14-werknemer slechts beroep doen op verkregen rechten. Deze worden immers niet aangetast door het verstrijken van de looptijd van de AVV.⁹⁶

Samenvatting nawerking

Kortom, de cao werkt na indien:

- de werknemer en de werkgever beide gebonden zijn aan de cao (art. 9, 12 en 13 Wet CAO);
- de werkgever gebonden is vanwege lidmaatschap van een werkgeversorganisatie die partij is bij de cao, ongeacht of de werknemer gebonden is (art. 14 Wet CAO);
- de werkgever een ondernemingscao heeft afgesloten;
- er een incorporatiebeding is overeengekomen tussen werknemer en werkgever of
- de werknemer verkregen rechten heeft.

§ 5.1.3 Minimum-cao's en standaard-cao's

In de praktijk blijkt dat cao's veelal een minimum karakter hebben.⁹⁷ Voor minimum-cao's geldt dat er bij individuele arbeidsovereenkomst afgeweken mag worden van de cao ten gunste van de werknemer. De minimum-cao vormt een ondergrens; de individuele arbeidsvoorwaarden mogen dus wel voordeliger zijn dan de bepalingen in de cao, maar niet nadeliger.

Van de standaard-cao mag niet worden afgeweken. Er mogen dus noch voordeligere voorwaarden, noch nadeligere voorwaarden overeengekomen worden.

⁹⁴ Beltzer 2010 (2), p. 16-18.

⁹⁵ HR 2 april 1993, JAR 1993/100 (Bongers).

⁹⁶ Van Ladesteijn 2009, p. 34.

⁹⁷ Loonstra 2011, p.1.

§ 5.1.4 Veranderingen na het Unieke Kinderopvang-arrest

‘De nawerking van een cao stopt bij de inwerkingtreding van een nieuwe cao’, althans daar werd vanuit gegaan.⁹⁸ Dit is veranderd na de uitspraak van de Hoge Raad van 8 april 2011.⁹⁹

In onderhavig arrest had de werkgever zijn lidmaatschap van de werkgeversorganisatie die partij was bij de ‘oude’ cao opgezegd. Deze opzegging viel samen met het einde van de looptijd van de oude cao. Op grond van art. 10 Wet CAO dient werkgever -ondanks de opzegging- de oude cao te handhaven, totdat de overeenkomst wijzigt. Bijvoorbeeld bij het verstrijken van de looptijd van de cao.¹⁰⁰ Werkgever meende daarom gerechtigd te zijn, een nieuwe (minimum-)cao toe te passen op zijn werknemers die nadeligere voorwaarden behelsden.

Naar aanleiding van bovenstaande zaak heeft de Hoge Raad de nawerking van gunstigere bepalingen aangenomen.¹⁰¹ Wanneer de nieuwe cao een minimum karakter draagt, kan de werknemer zich blijvend beroepen op de gunstigere arbeidsvoorwaarden uit de oude cao vanwege de nawerking (of zoals de Hoge Raad beschrijft: ‘de doorwerking’) ervan. Indien de werkgever gebonden is aan een cao door middel van een lidmaatschap, een ondernemingscao of een incorporatiebeding, dan zijn de bepalingen uit de oude cao onderdeel uit gaan maken van afspraken in de individuele arbeidsovereenkomst. Wanneer de cao afloopt, werken deze bepalingen na.¹⁰² ‘De nieuwe minimum-cao stelt met haar inwerkingtreding de, voor werknemers gunstigere, arbeidsvoorwaarden van voor die datum niet buiten werking. Daarbij is niet van belang of die voorwaarden al dan niet hun oorsprong vinden in een inmiddels geëxpireerde cao’, aldus de Hoge Raad.¹⁰³ Wanneer de werkgever gebonden wordt aan een nieuwe minimum-cao, blijven dientengevolge bestaande arbeidsovereenkomsten met gunstigere arbeidsvoorwaarden uit de oude cao hun werking behouden.¹⁰⁴ Deze nawerking kan alleen geblokkeerd worden, indien de nieuwe cao een standaard-cao is. Van een standaard-cao mag immers niet afgeweken worden, ook niet ten gunste van de werknemer.¹⁰⁵

De Hoge Raad heeft dus een permanente nawerking aangenomen van de oude gunstigere voorwaarden uit de cao, omdat de individuele afspraken tussen de werknemer en werkgever boven de minimum-cao uitstijgen. Van een minimum-cao mag tenslotte slechts ten gunste van de werknemer afgeweken worden. Bij inwerkingtreding van een nieuwe minimum-cao blijven derhalve de afspraken, net zoals ten tijde van de looptijd van de cao, gelden.¹⁰⁶

§ 5.2 Overgang van onderneming en cao

Art. 14a Wet CAO bepaalt welke cao van toepassing is na overgang van onderneming. In beginsel gaan alle rechten en plichten van de werknemer van rechtswege over naar de verkrijger van de onderneming. De verkrijger dient de, in de cao vastgelegde, arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate te handhaven als de

⁹⁸ Van Grinsven & Geugjes 2007, p. 22.

⁹⁹ HR 8 april 2011, *LJN* BP0580 (Unieke Kinderopvang).

¹⁰⁰ Rayer 2011, p. 35-36.

¹⁰¹ Rayer 2011, p. 35-36.

¹⁰² Rayer 2011, p. 46.

¹⁰³ HR 8 april 2011, *LJN* BP0580 (Unieke Kinderopvang).

¹⁰⁴ Rayer 2011, p. 46.

¹⁰⁵ Loonstra 2011, p. 1.

¹⁰⁶ Rayer 2011, p. 39.

vervreemder. Dit geldt voor de rechten en plichten die 'op dat tijdstip' van overgang van onderneming gelden. Op grond van art. 14a Wet CAO en art. 2a Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV), hebben werknemers ten opzichte van de verkrijger bovendien aanspraak op de door de cao in het vooruitzicht gestelde verbeteringen van arbeidsvoorwaarden, zoals recht op prijscompensatie of loonsverhoging.¹⁰⁷

Wanneer de looptijd van de cao van vervreemder reeds is afgelopen, gaan de bepalingen niet over op de verkrijger. De cao kan echter wel nawerken (hierover meer in volgende paragrafen). Indien de oude cao exact op de dag van overgang afloopt, moet er gekeken worden of vervreemder en verkrijger de bedoeling hebben gehad om de wet te omzeilen waardoor de oude cao-voorwaarden niet overgaan op de verkrijger. Deze zaak deed zich voor in 2008. Het Hof van Justitie heeft hierover geoordeeld dat er sprake is van misbruik indien partijen hebben bekokstoofd de cao op de datum van overgang te laten aflopen.¹⁰⁸

In de situatie dat vervreemder al een cao heeft ondertekend, maar deze pas in werking treedt op een tijdstip dat na de overgang van onderneming ligt, is de verkrijger niet verplicht deze te handhaven. Discutabel is de situatie dat de cao met terugwerkende kracht in werking treedt. Dient de werkgever de cao dan alsnog toe te passen? En wat zijn de gevolgen voor de werknemer en verkrijger die al afwijkende afspraken hebben gemaakt?¹⁰⁹ Verschillende opvattingen leiden er toe dat er geen eenduidig antwoord gegeven kan worden op deze vragen. Een argument tegen de gebondenheid van de verkrijger kan zijn dat, conform het Werhof-arrest,¹¹⁰ de verkrijger niet is gebonden aan een wijziging van de cao die voor de overgang van onderneming niet gold.¹¹¹ Daarbij dient de aantekening gemaakt te worden dat in het Werhof-arrest geen sprake was van een cao die met terugwerkende kracht in werking trad, maar een wijziging van de cao. De rechter heeft in casu geoordeeld dat de verkrijger niet gebonden is aan wijzigingen die na de overgang van de onderneming zijn gemaakt aangezien slechts de op het moment van overgang geldende rechten en plichten van werknemer overgaan. Of deze redenering ook stand houdt bij een cao die met terugwerkende kracht in werking treedt, zal de rechter uit moeten maken.

Strikt juridisch gezien werkt de cao terug tot het moment van aflopen van de oude cao. Hoewel op het moment van overgang geen cao van toepassing was, dient er te worden geacht dat de cao -vanwege de terugwerkende kracht- van toepassing is vanaf het moment dat de oude cao is afgelopen; dat is eigen aan terugwerkende kracht. Door deze redenering wordt verkrijger alsnog gebonden aan de cao van vervreemder. Wordt deze redenering niet aangenomen, dan wordt voorbij gegaan aan het principe van terugwerkende kracht. De onderzoekster is derhalve van mening dat de cao die met terugwerkende kracht in werking treedt, van toepassing dient te zijn na een overgang van onderneming. Indien reeds afwijkende afspraken zijn gemaakt, zijn deze afspraken slechts van toepassing indien deze boven het minimumniveau van de cao uitstijgen. De nadelige afspraken dienen gelijk getrokken te worden met de ondergrens van de minimum-cao. Deze redenering strookt met de bedoeling van de wetgever; de werknemer wordt beschermd tegen nadelige

¹⁰⁷ Beltzer 2011, p. 7.

¹⁰⁸ HvJ EG 27 november 2008, *JAR* 2009, 20 (Juuri).

¹⁰⁹ Beltzer 2011, p. 7-10.

¹¹⁰ HvJ EG 9 maart 2006, *JAR* 2006, 83 (Werhof) en Ktr. Tilburg 16 december 2009, *JAR* 2010, 45.

¹¹¹ Beltzer 2011, p. 10.

gevolgen voor zijn arbeidsovereenkomst ten gevolge van een overgang van onderneming.

Ingeval de cao een standaard karakter heeft, komen de afwijkende afspraken te vervallen aangezien van een standaard-cao geenszins mag worden afgeweken. In de meeste gevallen zal de nieuwe cao echter een minimum-cao zijn.

Er kunnen zich vier verschillende situaties voordoen bij een overgang van onderneming met betrekking tot de cao:

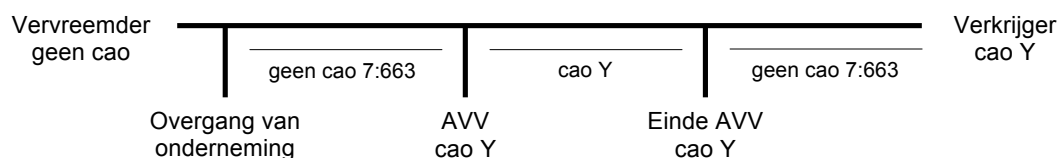
1. de vervreemder is niet aan een cao gebonden, de verkrijger is wel aan een cao gebonden;
2. de vervreemder is aan een cao gebonden, de verkrijger is niet aan een cao gebonden;
3. de vervreemder en de verkrijger zijn gebonden aan dezelfde cao;
4. de vervreemder en de verkrijger zijn gebonden aan verschillende cao's ('botsende cao's').¹¹²

Deze vier situaties en de gevolgen daarvan voor de toepasselijke cao worden in paragraaf 5.2.1 tot en met 5.2.4 nader uiteengezet.

§ 5.2.1 Situatie 1: de vervreemder is niet aan een cao gebonden, de verkrijger is wel aan een cao gebonden

Indien de vervreemder niet gebonden is aan een cao, geldt art. 14a Wet CAO niet. Op grond van art. 7:663 BW gaan de arbeidsvoorwaarden die tussen vervreemder en werknemer gelden van rechtswege over op verkrijger. De gebonden verkrijger, dient dan op grond van art. 14 Wet CAO zijn cao aan te bieden aan de overgegangene werknemer. De werknemer heeft de mogelijkheid om de toepassing van de cao van verkrijger te weigeren. De vraag kan echter gesteld worden of dit ten goede komt aan de arbeidsrelatie, mede in het kader van goed werknemerschap. Het weigeren van de toepassing van de cao van verkrijger kan leiden tot een verstoorde arbeidsrelatie met de werkgever zoals in de zaak van KLM/Van Staveren.¹¹³

Wanneer de cao van verkrijger algemeen verbindend wordt verklaard, is de verkrijger verplicht de cao toe te passen, ook op de overgegangene werknemers. Deze gebondenheid geldt slechts in de periode dat de AVV van kracht is. Een AVV werkt immers niet na, tenzij er sprake is van verkregen rechten of wanneer de cao-bepalingen zijn doorgewerkt in de individuele arbeidsovereenkomst.



Ingevolge het recente Scattolon-arrest¹¹⁴ is het toegestaan onmiddellijk na overgang de cao van de verkrijger toe te passen. Dit kan door instemming van de overgegangene werknemer. De toepassing van de cao mag echter geen afbreuk doen aan het nuttig

¹¹² Beltzer 2011, p. 17.

¹¹³ Rb. Amsterdam 18 september 1996, JAR 1996, 228 (KLM/Van Staveren).

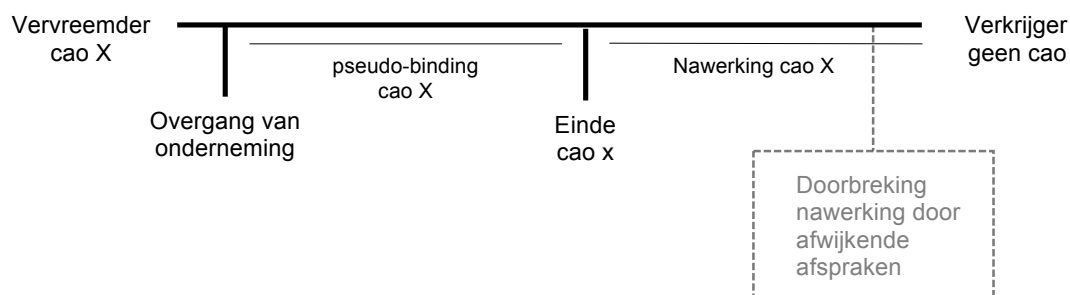
¹¹⁴ HvJ EG 6 september 2011, zaak C-108/10 (Scattolon).

effect van de richtlijn: het ‘mag niet als doelstelling of als gevolg hebben dat aan deze werknemers voorwaarden worden opgelegd die globaal minder gunstig zijn dan de voorwaarden die voor de overgang van toepassing waren’, aldus het Hof van Justitie.¹¹⁵

§ 5.2.2 Situatie 2: de vervreemder is aan een cao gebonden, de verkrijger is niet aan een cao gebonden

Na de overgang ontstaat voor de verkrijger op grond van art. 14a lid 1 Wet CAO een binding aan de cao van de vervreemder. Dit wordt een ‘pseudobinding’ genoemd omdat de verkrijger krachtens de regels van Wet CAO niet aan de cao van de vervreemder gebonden is, maar wel de rechten en plichten op de overgegangene werknemers moet toepassen.¹¹⁶ Wanneer de cao van vervreemder afloopt, werken deze bepalingen na op grond van art. 14 Wet CAO.

Was de werknemer bij vervreemder een art. 9/12/13-werknemer, dan is hij na de overgang van onderneming - indien de verkrijger niet is gebonden aan een cao, dan wel gebonden is aan een andere cao- een art. 14-werknemer bij verkrijger. Na de looptijd van de cao zijn de verkrijger en de werknemer vrij om te onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden.¹¹⁷ Door afwijkende afspraken overeen te komen, wordt de nawerking doorbroken.



§ 5.2.3 Situatie 3: de vervreemder en de verkrijger zijn gebonden aan dezelfde cao

Indien de vervreemder en de verkrijger gebonden zijn aan dezelfde cao, gelden uiteraard dezelfde voorwaarden. Wanneer de looptijd van de cao is verstreken, werken de voorwaarden uit de cao na op grond van art. 9, 12, en 13 Wet CAO.¹¹⁸ Dit geldt ook voor de AVV-bepalingen omdat deze zijn doorgewerkt in de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemer.

Situatie na het Unieke Kinderopvang-arrest

Op deze situatie zou het Unieke Kinderopvang-arrest¹¹⁹ toegepast kunnen worden ingeval de looptijd van de oude cao is verstreken, en de nieuwe cao een minimum-cao betreft. De gunstigere voorwaarden uit de oude cao zijn doorgewerkt in de

¹¹⁵ Rayer 2011, p. 41-42.

¹¹⁶ Loonstra 2011, p. 2.

¹¹⁷ Beltzer 2011, p. 24-25.

¹¹⁸ Beltzer 2011, p. 17.

¹¹⁹ HR 8 april 2011, *LJN* BP0580 (Unieke Kinderopvang).

individuele arbeidsovereenkomst en werken derhalve na. In onderhavig arrest is deze nawerking aangenomen in de situatie zonder overgang van onderneming. In de wetsgeschiedenis en de literatuur wordt aangenomen dat het leerstuk van de nawerking ook geldt bij overgang van onderneming.¹²⁰ De onderzoekster is derhalve van mening dat de nawerking van het Unieke Kinderopvang-arrest dus ook opgaat in de situatie met overgang van onderneming. De rechter heeft zich tot op heden niet over deze kwestie uitgelaten, een definitief antwoord zal afgewacht moeten worden.¹²¹

§ 5.2.4 Situatie 4: de vervreemder en de verkrijger zijn gebonden aan verschillende cao's ('botsende cao's')

Indien de verkrijger gebonden is aan een andere cao dan de vervreemder, rijst de vraag welke cao er toegepast moet worden op de overgegangene werknemers. Dit wordt ook wel de 'problematiek van botsende cao's'¹²² genoemd.

Art. 14a lid 1 Wet CAO bepaalt dat de rechten en plichten uit de cao van de vervreemder van rechtswege overgaan op de verkrijger. De verkrijger moet dan de in de cao vastgelegde arbeidsvoorwaarden van vervreemder in dezelfde mate handhaven.¹²³ De verkrijger is dan pseudo-verbonden en wordt dus verplicht binnen zijn onderneming twee cao's toe te passen.¹²⁴ Bij een overgang van onderneming ondergaat de art. 9/12/13-werknemer, de transformatie naar een art. 14-werknemer wanneer er sprake is van botsende cao's. De werknemer is immers niet langer gebonden aan dezelfde cao als de werkgever.

De periode dat de verkrijger pseudo-verbonden is aan de cao van vervreemder wordt ook wel de 'handhavingsperiode'¹²⁵ genoemd. Tijdens deze periode staat het de verkrijger en de werknemer niet vrij om afspraken te maken die strijdig zijn met de cao van vervreemder.¹²⁶

Op grond van art. 14a lid 2 Wet CAO geldt deze pseudo-binding totdat:

1. de verkrijger verplicht wordt een cao toe te passen op grond van een AVV;
2. de cao van vervreemder is verstreken of
3. de verkrijger gebonden wordt aan een nieuwe cao.

Bij intreding van een van de eindigingsgronden betekent echter niet dat de verkrijger zonder meer is verlost van de handhavingsperiode. Zoals gezegd wordt de nawerkingsleer aangenomen in de wetsgeschiedenis en de literatuur in de situatie na overgang van onderneming.¹²⁷ De handhavingsperiode zal dus niet zonder meer eindigen. De eindigingsgronden van art. 14a lid 2 Wet CAO zullen achtereenvolgens besproken worden.

Eindigingsgrond 1: AVV

Wanneer de cao van verkrijger algemeen verbindend wordt verklaard, geldt de cao van verkrijger op grond van art. 14a lid 2 Wet CAO en art. 2a lid 2 Wet AVV. De

¹²⁰ HR 8 april 2011, *LJN* BP0580 (Unieke Kinderopvang).

¹²¹ Loonstra 2011, p. 2.

¹²² Beltzer 2003, p. 35.

¹²³ Beltzer 2003, p. 36.

¹²⁴ Beltzer 2011, p. 15-16.

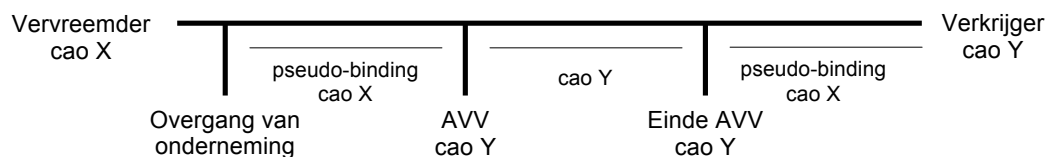
¹²⁵ Loonstra 2011, p. 2.

¹²⁶ Beltzer 2011, p. 19.

¹²⁷ HR 8 april 2011, *LJN* BP0580 (Unieke Kinderopvang).

voorwaarden uit de cao die algemeen verbindend verklaard zijn, gelden dan ook voor de overgegangene werknemer.

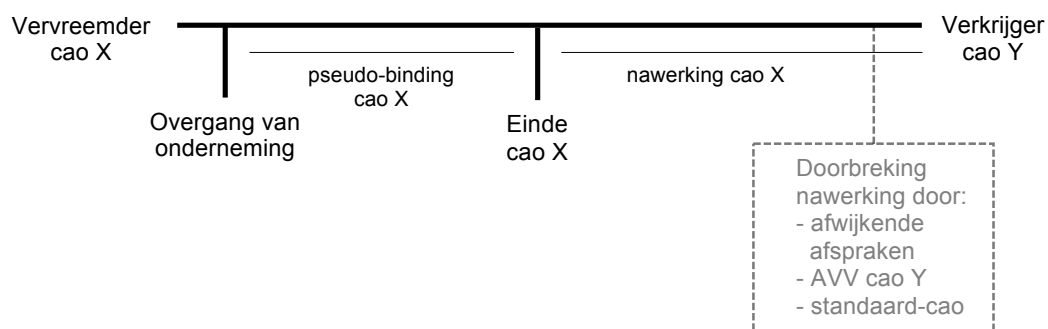
De cao van verkrijger geldt totdat de looptijd van de AVV is verstreken. De overgegangene werknemer heeft immers niet ingestemd met de toepasselijkheid van de cao van verkrijger. Daardoor zijn de cao-bepalingen, dan wel de AVV-bepalingen, niet geïncorporeerd in de individuele arbeidsovereenkomst; de cao is van toepassing vanwege de AVV. Wanneer de AVV afloopt, valt de werknemer terug in zijn oude arbeidsvoorwaarden. Een AVV kent namelijk voor de overgegangene art. 14-werknemer, uitgezonderd van verkregen rechten, geen nawerking uit de oude cao.¹²⁸



Bovenstaande gaat ook op de situatie dat ook de cao van vervreemder algemeen verbindend is verklaard; gedurende de looptijd van de AVV van de cao van verkrijger, is de cao van verkrijger van toepassing op de overgegangene werknemers. Nadat de looptijd van de AVV is verstreken, valt de werknemer terug in zijn oude arbeidsvoorwaarden.

Eindigingsgrond 2: verstreken cao

Wanneer de cao van vervreemder afloopt, kan in de cao-loze periode onderhandeld worden over de arbeidsvoorwaarden. De art. 14-werknemer hoeft de toepassing van een nieuwe cao niet te accepteren. In dat geval werkt de cao van vervreemder na. Deze nawerking kan doorbroken worden door afwijkende afspraken tussen de werknemer en de verkrijger, doordat de verkrijger door een AVV verplicht wordt een cao toe te passen of wanneer de verkrijger aan een standaard-cao gebonden wordt. De nawerking van de cao van vervreemder wordt in de volgende subparagraaf nader toegelicht.



¹²⁸ HR 10 januari 2003, *JAR* 2003, 38 (Stichting Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet).

Eindigingsgrond 3: nieuwe (minimum-)cao

Indien de verkrijger aan een nieuwe cao wordt gebonden, dan eindigt in beginsel de handhavingsperiode. De cao van verkrijger wordt dan van toepassing op de overgegangene werknemers.

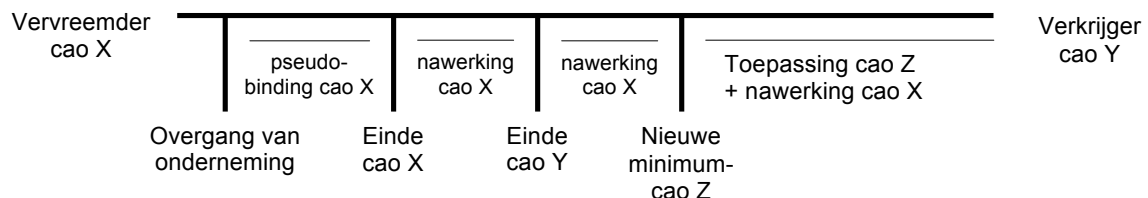
Bovenstaande situatie wordt door het Unieke Kinderopvang-arrest¹²⁹ gecompliceerder.

Situatie na het Unieke Kinderopvang-arrest

Conform het Unieke Kinderopvang-arrest werken de gunstigere bepalingen uit de oude cao na indien de nieuwe cao een minimum karakter heeft. In onderhavig arrest is de nawerking aangenomen vanwege de doorwerking van de cao-bepalingen in de individuele arbeidsovereenkomst, echter wel in de situatie zonder overgang van onderneming. Naar aanleiding hiervan kan de vraag gesteld worden of deze nawerking ook analoog toegepast kan worden op de overgegangene werknemer in de situatie met een overgang van onderneming.

Indien werkgever lid is van een werkgeversorganisatie die partij is bij een cao, hij een ondernemingscao heeft afgesloten of door een incorporatiebeding is gebonden aan een cao, dan zijn de cao-bepalingen geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst van werknemer. Wanneer de looptijd van de cao is verlopen, dan werken deze bepalingen na tot er een nieuwe cao van toepassing wordt verklaard. De uitzondering hierop, ingevolge het Unieke Kinderopvang-arrest, is dat de gunstigere voorwaarden uit de oude cao nawerken, zelfs indien de nieuwe cao van toepassing is. Er ontstaat dan een combinatie van cao-bepalingen uit de oude en de nieuwe cao.

Door de rechtsregel uit het Unieke Kinderopvang-arrest wordt door de onderzoekster gesteld dat wanneer de verkrijger gebonden wordt aan een nieuwe minimum-cao, de gunstigere bepalingen uit de cao van vervreemder nog steeds van toepassing zijn. Uiteraard slechts indien de gunstigere bepalingen doorwerking vinden in de arbeidsovereenkomst van de overgegangene werknemer. De overgegangene werknemer is dan gebonden aan de cao van verkrijger maar maakt tevens aanspraak op de gunstigere voorwaarden van de cao van vervreemder. Door de rechter is geen uitspraak gedaan over de nawerking van gunstigere cao-bepalingen in de situatie met overgang van onderneming. Of deze redenering wordt beaamd, zal dus afgewacht moeten worden.



De nawerking van het Unieke Kinderopvang-arrest gaat niet op indien de nieuwe cao een standaard-cao betreft. Van een standaard-cao mag immers niet afgeweken worden. Indien de nieuwe cao van verkrijger een standaard karakter heeft, dan werkt de oude cao van vervreemder dus niet na gedurende de looptijd van de nieuwe standaard-cao.

¹²⁹ HR 8 april 2011, LJN BP0580 (Unieke Kinderopvang).

§ 5.3 Unieke Kinderopvang-arrest en art. 14a Wet CAO

§ 5.3.1 Cherry picking

Er van uitgaande dat de rechtsregel van het Unieke Kinderopvang-arrest¹³⁰ opgaat in de situatie met overgang van onderneming, kan de overgegangene werknemer zich beroepen op gunstigere voorwaarden uit de oude cao. Maar wanneer de minimum-cao van verkrijger andere gunstigere bepalingen behelst, betekent dit dan voor de werknemer dat hij zich én op de gunstigere voorwaarden mag beroepen uit de oude cao, én zich mag beroepen op de gunstigere voorwaarden uit de nieuwe minimum-cao (ook wel aangeduid als '*cherry picking*')? Van een minimum-cao mag immers slechts ten voordele van de werknemer afgeweken worden.

Een voorbeeld is een werknemer die conform zijn oude cao een maandloon krijgt van € 3.000,00 euro maar geen overwerkvergoeding krijgt. Conform de nieuwe cao van verkrijger krijgt de werknemer een maandloon van € 2.800,00 euro maar tevens overwerkvergoeding. Heeft de werknemer dan recht op € 3.000,00 euro én overwerkvergoeding?¹³¹ Hierbij dient de aantekening gemaakt te worden dat de situatie van de werknemer die een maandloon krijgt van € 2.800,00 met overwerkvergoeding niet per direct leidt tot een slechtere voorwaarde ten opzichte van de werknemer die € 3.000,00 krijgt zonder overwerkvergoeding wanneer de werknemer standaard overuren maakt. In casu wordt de situatie aangenomen dat de werknemer slechts sporadisch overuren maakt.

In de literatuur worden twee standpunten ingenomen over het zogenaamde '*cherry picking*' uit verschillende cao's¹³² waarbij de werknemer zowel de gunstigere voorwaarde uit de oude cao als de gunstigere voorwaarde uit de nieuwe cao 'uitkiest'.

Het eerste luidt dat art. 14a Wet CAO exclusieve werking zou moeten hebben en dat de werknemer enkel recht heeft op (integrale) toepassing van de cao van de vervreemder. De bedoeling van de wetgever is om te voorkomen dat de overgenomen werknemers er ten gevolge van een overgang van onderneming op achteruit gaan. Dit betekent echter niet dat de overgegangene werknemers ten gevolge van een overgang van onderneming er op vóóruit moeten gaan.¹³³ Daarbij zou de verkrijger hierdoor nog moeilijker gelijkheid kunnen creëren tussen de 'oorspronkelijke' werknemers en de overgegangene werknemers. Ten opzichte van de oorspronkelijke werknemers zou het onredelijk zijn; zij krijgen immers voor hetzelfde werk, minder beloning. Een oplossing kan zijn dat in art. 14a Wet CAO opgenomen wordt dat de overgegangene werknemers geen rechten kunnen ontleen aan de cao van verkrijger.¹³⁴

Aan de andere kant wordt betoogd dat uit art. 14a Wet CAO niet blijkt dat aan de handhavingsperiode exclusieve werking moet worden toegekend. De nawerkingsleer geldt ook bij overgang van onderneming. Met een beroep op het Unieke Kinderopvang-arrest¹³⁵ zou de overgegangene werknemer eveneens recht hebben op de gunstigere arbeidsvoorwaarden van de cao van de verkrijger.¹³⁶ Er wordt namelijk

¹³⁰ HR 8 april 2011, L/JN BP0580 (Unieke Kinderopvang).

¹³¹ Loonstra, p. 2.

¹³² Beltzer 2012, p. 6.

¹³³ Loonstra 2011, p. 2.

¹³⁴ Beltzer 2011, p. 39.

¹³⁵ HR 8 april 2011, L/JN BP0580 (Unieke Kinderopvang).

¹³⁶ Loonstra 2011, p. 2.

door de wetgever niet uitgesloten dat de overgegangene werknemer er na een overgang van onderneming erop vooruit gaat.

De rechter heeft geen uitspraak gedaan over het zogenaamde *cherry picking*. Of de overgegangene werknemer dus aanspraak kan maken op zowel de gunstigere voorwaarden uit de oude cao als de gunstigere voorwaarden uit de nieuwe minimum-cao is dus nog discutabel. In de literatuur wordt, zoals bovenstaand is beschreven, druk gespeculeerd over de gevolgen van onderhavig arrest. Antwoorden blijven echter uit, die zullen door de rechter gegeven moeten worden.

Hoewel *cherry picking* erg voordelig kan zijn voor de overgegangene werknemer, is de onderzoekster van mening dat dit niet ten goede komt aan een heldere rechtspositie voor zowel werknemer als werkgever. Het overzicht zou gemakkelijk verloren kunnen worden. De onderzoekster is derhalve van mening dat de mogelijkheid tot *cherry picking* uitgesloten moet worden. In paragraaf 5.3.2 wordt nader ingegaan op welke wijze uitsluiting gerealiseerd kan worden.

§ 5.3.2 Aanpassing art. 14a Wet CAO?

Een andere vraag die het Unieke Kinderopvang-arrest¹³⁷ heeft opgeroepen is of art. 14a Wet CAO niet haar werking heeft verloren en derhalve aangepast dient te worden. Ingevolge art. 14a lid 2 Wet CAO zou de handhavingsperiode van verkrijger eindigen indien hij een cao moet toepassen op grond van een AVV, de verkrijger gebonden wordt aan een nieuwe cao of wanneer de cao van vervreemder afloopt. In paragraaf 5.2.4 is echter uiteengezet dat de handhavingsperiode niet zonder meer eindigt. Door het Unieke Kinderopvang-arrest is de verkrijger, zelfs nadat hij gebonden wordt aan een nieuwe minimum-cao, niet verlost van de handhavingsperiode. In voornoemd arrest is immers de nawerking van de gunstigere bepalingen uit de oude cao aangenomen. De nawerking van de oude cao van vervreemder zorgt ervoor dat art. 14a lid 2 Wet CAO als het ware buiten werking wordt gesteld.

Aangezien de meeste cao's een minimum karakter hebben,¹³⁸ kan de oude cao oneindig nawerken. In de literatuur wordt er door sommigen daarom gepleit voor een aanpassing van art. 14a Wet CAO, waarin wordt opgenomen voor welke periode de nawerking geldt, dan wel dat de nawerking stopt bij inwerkingtreding van een nieuwe cao. Een aanpassing van de wet kan een einde maken aan onbillijke gevolgen zoals de mogelijkheid tot *cherry picking*, administratieve problemen en het op slot raken van cao-overleggen.¹³⁹ Het zou een relatief kleine inbreuk in het Nederlandse cao-systeem zijn, die te rechtvaardigen is omdat er potentieel (zeer) onbillijke situaties worden vermeden. Wanneer de nawerkingsleer wordt uitgesloten bij overgang van onderneming, gaan de eindigingsgronden van art. 14a Wet CAO weer op.¹⁴⁰

Anderen achten een aanpassing van de wet nog niet noodzakelijk. Zij zijn van mening dat de cao-partijen zelf met een oplossing moeten komen. De Wet CAO is er immers op gericht dat er veel ruimte is voor partijen om te onderhandelen. Er wordt niet miskend dat het arrest tot administratieve problemen kan leiden en/of onderhandelingen op slot kan zetten, maar er wordt wel betwijfeld of deze dusdanig onoverkomelijk zijn dat een aanpassing van de wet benodigd is. Een oplossing kan

¹³⁷ HR 8 april 2011, LJN BP0580 (Unieke Kinderopvang).

¹³⁸ Loonstra 2011, p.1.

¹³⁹ Rayer 2011, p. 44.

¹⁴⁰ Beltzer 2011, p. 37-40.

worden gevonden in het opnemen van cao-bepalingen met een standaard karakter voor de bepalingen die nadeliger zijn dan de oude cao. Deze oplossing is echter slechts geschikt voor bedrijfstak-cao's. Wanneer een werkgever overstapt naar een andere cao of er een overgang van onderneming plaatsvindt, kan de oude cao nog steeds gunstiger zijn ten aanzien van de bepalingen in de nieuwe cao die nog een minimum karakter hebben. In dat geval zullen dan toch alle bepalingen met elkaar vergeleken moeten worden om te bepalen wat de gunstigere bepaling is. Een oplossing kan dan zijn om de hele cao een standaard karakter te geven. Het nadeel hiervan is dat er geenszins van afgeweken mag worden.¹⁴¹

De aanpassing van art. 14a Wet CAO en tevens de uitsluiting, dan wel beperking van de nawerking bij overgang van onderneming, zou het een en ander doorzichtiger maken. Voor de overgegangene werknemers kan dit echter nadeliger zijn. De wetgever heeft bedoeld dat de arbeidsvoorwaarden voor de overgegangene werknemers er niet op achteruit gaan na een overgang van onderneming. De uitsluiting of beperking van de nawerking kan dit wel als gevolg hebben.

De onderzoekster meent dat door een aanpassing van art. 14a Wet CAO waarbij een overgangsperiode wordt vastgesteld de meest heldere oplossing is. Na de overgangsperiode zou de cao van verkrijger van toepassing moeten zijn. Door deze aanpassing wordt voor zowel de werkgever als de werknemer duidelijkheid gecreëerd. Daarbij dient nadrukkelijk als *lex specialis* opgenomen te worden dat de nawerking van gunstigere bepalingen bij overgang van onderneming wordt beperkt. Ondanks dat de overgegangene werknemer hierdoor mogelijk op achteruit gaat, prevaleert, volgens de onderzoekster, het belang van een heldere rechtspositie. Welke oplossing er in de praktijk zal worden gehandhaafd voor de problematiek dat het Unieke Kinderopvang-arrest¹⁴² heeft opgeroepen, is nog onduidelijk vanwege de recentheid van onderhavig arrest. Er zullen ongetwijfeld meerdere uitspraken volgen gebaseerd op dit arrest. Het antwoord dient vooralsnog afgewacht te worden. Het is overigens nog discutabel of het Unieke Kinderopvang-arrest opgaat voor de situatie na overgang van onderneming.

¹⁴¹ Rayer 2011, p. 45-46.

¹⁴² HR 8 april 2011, L/JN BP0580 (Unieke Kinderopvang).

Hoofdstuk 6 Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk zijn de conclusies en aanbevelingen opgenomen van de kernhoofdstukken. Deze hoofdstukken vormen gezamenlijk de resultaten van het onderzoek naar de overgang van onderneming en de rechtspositie van de overgegangene werknemer waarbij de centrale vraagstelling luidt: 'welke rechtsgevolgen heeft een overgang van (een deel van een) onderneming voor de arbeidsvoorwaarden en het concurrentiebeding van de werknemer en wat zijn de gevolgen voor de werknemer die niet wenst over te gaan met de overgang?'

De conclusies staan op volgorde van behandeling in het rapport.

§ 6.1 Het begrip 'overgang van onderneming'

Een overgang van onderneming dient op grond van art. 7:662 BW aan twee vereisten te voldoen, zijnde:

- het overeenkomstvereiste en
- overgang van een economische eenheid die haar identiteit te behoudt.

Ondanks dat een overgang van onderneming slechts aan een tweetal vereisten moet voldoen, is het kwalificeren van een overgang van onderneming niet gemakkelijk gebleken. Er kan niet tot een definitieve kwalificatie gekomen worden doordat de vereisten erg breed zijn uitgelegd in de jurisprudentie en waarschijnlijk nog verder uitgelegd worden omdat ze tot op heden niet zijn uitgekristalliseerd in de jurisprudentie. Slechts een aantal situaties zijn reeds uitgesloten waardoor het begrip 'overgang van onderneming' voor een klein deel afgebakend is. Thans zijn er dus een groot aantal situaties waarbij er sprake kan zijn van een overgang van onderneming. Waar de lijn ligt tussen wel of geen overgang van onderneming is nog onbekend.

Een volledige uitkristallisering zal, volgens de onderzoekster, onwaarschijnlijk zijn daar de vaststelling van een overgang van onderneming volledig afhankelijk is van de feitelijke omstandigheden die zich hebben voorgedaan. Ook uit de rechtspraak blijkt dat de kwalificatie van een overgang van onderneming niet gemakkelijk blijkt. In vele zaken zijn antwoorden van het Hof van Justitie op prejudiciële vragen nodig om tot een uitspraak te komen. In de zaken waar geen prejudiciële vragen zijn gesteld, komt de rechter in hoger beroep of cassatie vaak tot een andere uitspraak dan in eerste of tweede aanleg.

Geconcludeerd kan dus worden dat het vaststellen van een overgang van onderneming onbestemd is. De tekst van de wet is niet duidelijk en de jurisprudentie is (nog) niet toereikend genoeg om de wet voldoende aan te vullen. Dat de vereisten van de overgang van onderneming breed worden uitgelegd, past echter wel bij de visie van de wetgever. De wetgeving omtrent de overgang van onderneming is met name gericht op de belangen van de werknemer. Wanneer sprake is van een overgang van onderneming, gaan de rechten en plichten van werknemer van rechtswege over op verkrijger. In paragraaf 6.2 wordt hier verder op ingegaan.

Het verdient aanbeveling om de ontwikkelingen in de jurisprudentie met betrekking tot de overgang van onderneming nauwgezet te volgen met name omdat dit juridische vraagstuk in de jurisprudentie nog niet uitgekristalliseerd is en er nog steeds sprake is van nieuwe inzichten over de invulling van het begrip 'overgang van onderneming'.

Dat de vereisten van de overgang van onderneming nog niet zijn uitgekristalliseerd in de jurisprudentie, zorgt er ook voor dat er niet te snel van uitgegaan mag worden dat er geen overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. De onderzoekster beveelt aan om gebruik te maken van de informatie die is gegeven in hoofdstuk twee in combinatie met de werkwijzer (bijlage 1), maar ook om daar buiten te denken. Het kan voorkomen dat een feitelijke omstandigheid waarvan we thans in de veronderstelling zijn dat het geen overgang van onderneming bewerkstelligd, in de rechtspraak tot andere inzichten leidt.

§ 6.2 De overgang van arbeidsvoorwaarden

Een werknemer die op basis van een arbeidsovereenkomst werkt en feitelijk werkzaam is bij het deel van de onderneming dat overgaat, gaat van rechtswege over op de verkrijger. Een uitzondering is gemaakt voor de werknemer die permanent gedetacheerd is in het Albron-arrest¹⁴³ en dus geen arbeidsovereenkomst heeft met het deel van de onderneming dat overgaat. Dit arrest dateert uit oktober 2011 en heeft vele vragen opgeroepen waarop nog geen antwoord is gegeven. De vragen zien op een eventuele dubbele bescherming van de werknemer en wie er precies wordt verstaan onder de permanent gedetacheerde werknemer. De onderzoekster heeft gemeend dat een werknemer die is gedetacheerd met de bedoeling dat deze detachering permanent zou zijn, onder dit begrip valt. Zowel de jurisprudentie als de wet voorzien onvoldoende in de uitleg van dit begrip. Er zullen ongetwijfeld meerdere uitspraken volgen naar aanleiding van onderhavig arrest.

Voor het bepalen of de arbeidsovereenkomst van werknemer overgaat, kan gebruik gemaakt worden van het stappenplan in paragraaf 3.1.2.

Indien een werknemer wordt beschermd ingevolge art. 7:662 ev. BW, gaan in beginsel alle arbeidsvoorwaarden van rechtswege over op verkrijger. Er kan geconcludeerd worden dat de werknemer in grote mate wordt beschermd ten tijde van een overgang van onderneming. Deze conclusie strookt met de bedoeling van de wetgever; de wet beoogt te verzekeren dat de werknemers bij verandering van de ondernemer hun rechten zoveel mogelijk behouden. Dat blijkt onder andere uit de ontslagbescherming van de werknemer, waarbij hij geacht wordt in dienst te zijn gebleven indien er vlak na zijn ontslag (wegens een economische, technische, organisatorische reden) alsnog een overgang van onderneming plaatsvindt. Ook uit de informatieplicht van de werkgever blijkt dat de werknemer beschermd wordt. Indien niet wordt voldaan in de informatieplicht, leidt dat tot een onrechtmatige daad waarbij recht bestaat op een schadevergoeding en worden alle handelingen die in strijd zijn met de regels met terugwerkende kracht teruggedraaid.

Aan de zijde van verkrijger is de wetgeving minder voordelig. Hij dient zowel de werknemers als de arbeidsvoorwaarden over te nemen. Bovendien moet hij verschillende arbeidsvoorwaarden handhaven ten aanzien van de overgegangene werknemers en zijn 'oorspronkelijke' werknemers. Aan het beginsel van gelijke arbeid, gelijk loon wordt dan voorbij gegaan. Geconcludeerd kan worden dat de wetgever de belangen van de overgegangene werknemer prevaleert boven die van de verkrijger alsmede diens 'oorspronkelijke' werknemers door de wetgeving op de wijze in te richten zoals die thans geldt. De overgegangene werknemer neemt een bijzondere rechtpositie in ten opzichte van de 'oorspronkelijke' werknemer van verkrijger.

¹⁴³ Hof Amsterdam 25 oktober 2011, JAR 2011, 292 (Albron).

De onderzoekster beveelt aan om uit te zoeken of een overgang van onderneming is bewerkstelligd. Alleen dan geniet de werknemer immers van bescherming ex. art. 7:662 BW. Daarbij kan gebruik gemaakt worden van de informatie die is gegeven in hoofdstuk twee en de werkwijzer die is opgenomen in bijlage 1. Dat het van belang is om vast te stellen of er een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden blijkt bijvoorbeeld uit de overgang van het concurrentiebeding. Bij een overgang van onderneming, gaat het beding van rechtswege over op verkrijger. Is er echter geen overgang van onderneming bewerkstelligd, dan dient het beding opnieuw schriftelijk overeengekomen te worden. Indien de werknemer het concurrentiebeding heeft overtreden, hangt het dus af van de kwalificatie van de overgang van onderneming of het beding nog geldt en of de werknemer diens gevolge een boete dient te betalen.

§ 6.3 De 'weigerachtige' werknemer

De werknemer die niet mee over wil naar de verkrijger kan ondubbelzinnig afstand doen van de overgang van zijn arbeidsovereenkomst. Daarbij dient hij goed en volledig te zijn geïnformeerd door de werkgever.

In tegenstelling tot de werknemer die de onderneming volgt in de overgang, wordt de weigerachtige werknemer niet beschermd door de wet. Wanneer er geen verandering van omstandigheden ten nadele van de werknemer na overgang van onderneming optreedt, maakt de werknemer geen aanspraak op een ontslagvergoeding of een WW-uitkering.

Met name over het recht op een WW-uitkering bestaat onduidelijkheid. De weigerachtige werknemer zou geen recht hebben op WW-uitkering omdat hij verwijtbaar werkloos is geworden door zelf zijn dienstverband te beëindigen. Indien de overgang van onderneming geen nadelige veranderingen van omstandigheden met zich meebrengt kan de onderzoekster zich nog enigszins verenigen daarmee. Maar indien de rechter in een ontbindingsprocedure heeft bepaald dat het ontbindingsverzoek in de risicosfeer ligt van werkgever en werknemer recht heeft op een ontslagvergoeding, is volgens onderzoekster te kennen gegeven dat van werknemer niet gevergd kan worden dat hij het dienstverband voortzet. Daarmee voldoet werknemer op grond van art. 24 lid 2 WW aan de uitzondering die is gegeven voor aanspraak op WW-uitkering bij beëindiging van het dienstverband op verzoek van de werknemer en zou werknemer dus recht hebben op WW-uitkering.

Voor de weigerachtige werknemer zijn niet veel opties. Hij kan de onderneming volgen in de overgang waarbij hij bescherming geniet ingevolge art. 7:662 e.v. BW of afstand doen van de overgang van zijn arbeidsovereenkomst met alle gevolgen van dien. Er zou gepleit kunnen worden voor de constructie dat een arbeidsovereenkomst met vervreemder niet automatisch eindigt na een overgang van onderneming. Feit blijft echter dat wellicht de functie van werknemer verloren is gegaan omdat bijvoorbeeld zijn afdeling over is gegaan naar verkrijger. Deze constructie zou dan alleen waarde hebben indien een deel van een onderneming overgaat waarbij werknemer in dezelfde dan wel soortgelijke functie in dienst kan blijven of de werknemer werkzaam is in concernverband.

Over de weigerachtige werknemer bij overgang van onderneming is weinig literatuur en jurisprudentie beschikbaar. Op basis van de literatuur en jurisprudentie die reeds geraadpleegd is, kan met name omtrent het recht op WW-uitkering niet uitputtend uiteen worden gezet welke rechten en plichten de weigerachtige werknemer heeft.

Het verdient dan ook aanbeveling om ook omtrent de weigerachtige werknemer de ontwikkelingen in de jurisprudentie nauwgezet te volgen.

Voor de weigerachtige werknemer is het tevens van belang dat onderzocht wordt of de werknemer goed en volledig is geïnformeerd door de werkgever. Afhankelijk daarvan kan worden bepaald of de werknemer ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van de bescherming van art. 7:662 e.v. BW. Heeft de werkgever niet voldaan in zijn informatieplicht, dan heeft de werknemer geen ondubbelzinnig afstand gedaan en heeft werknemer recht op een schadevergoeding. Bovendien worden alle handelingen die in strijd zijn met de regels, met terugwerkende kracht, teruggedraaid.

§ 6.4 De overgang van cao-bepalingen

Welke cao van toepassing is, hangt af van de gebonden of ongebondenheid van zowel de vervreemder als de verkrijger. Er kunnen zich vier situaties voordoen. Per situatie wordt uiteengezet welke cao van toepassing is.

Situatie 1: de vervreemder is niet aan een cao gebonden, de verkrijger is wel aan een cao gebonden

De cao van verkrijger is niet van toepassing tenzij de overgegangene werknemer heeft ingestemd met de toepassing ervan. Indien bepalingen uit de cao algemeen verbindend zijn verklaard, zijn die bepalingen slechts gedurende de looptijd van de AVV van toepassing op de overgegangene werknemers.

Situatie 2: de vervreemder is aan een cao gebonden, de verkrijger is niet aan een cao gebonden

De cao van vervreemder is van toepassing op de overgegangene werknemers. De verkrijger is dan pseudo-verbonden aan de cao van vervreemder. Indien de cao van vervreemder afloopt, werken deze bepalingen na. Deze nawerking kan doorbroken worden door het overeenkomen van afwijkende afspraken tussen de overgegangene werknemer en de verkrijger.

Situatie 3: de vervreemder en de verkrijger zijn gebonden aan dezelfde cao

Aangezien vervreemder en verkrijger gebonden zijn aan dezelfde cao, gelden dezelfde cao-bepalingen. Wanneer de cao afloopt, werken de bepalingen na. Indien de verkrijger aan een nieuwe cao gebonden wordt, werken de gunstigere voorwaarden uit de oude cao na op grond van het Unieke Kinderopvang-arrest.¹⁴⁴

Situatie 4: de vervreemder en de verkrijger zijn gebonden aan verschillende cao's ('botsende cao's')

Indien vervreemder en verkrijger gebonden zijn aan verschillende cao's, is de cao van vervreemder van toepassing op de overgegangene werknemers. De verkrijger is dan pseudo-verbonden aan de cao van vervreemder.

¹⁴⁴ HR 8 april 2011, *LJN BP0580* (Unieke Kinderopvang).

Op grond van art. 14a lid 2 Wet CAO geldt deze pseudo-binding totdat:

1. de verkrijger wordt verplicht een cao toe te passen op grond van een AVV;
2. de cao van vervreemder is verstreken of
3. de verkrijger gebonden wordt aan een nieuwe cao.

Indien een van deze eindigingsgronden intreedt, betekent dat niet per definitie dat de verkrijger volledig verlost is van zijn pseudo-binding aan de cao van vervreemder. De cao van vervreemder kan, met name met een beroep op het Unieke Kinderopvang-arrest, nawerken.

Eindigingsgrond 1: AVV

Indien de verkrijger verplicht wordt een cao toe te passen wegens een AVV, dan is slechts gedurende de looptijd van de AVV de cao van verkrijger van toepassing op de overgegangene werknemers. Na de looptijd van de AVV, is verkrijger weer pseudo-verbonden aan de cao van vervreemder.

Eindigingsgrond 2: verstreken cao

Na het verstrijken van de looptijd van de cao van vervreemder, werkt de cao na. Deze nawerking kan doorbroken worden door afwijkende afspraken overeen te komen, doordat de verkrijger verplicht wordt een cao toe te passen vanwege een AVV of doordat verkrijger gebonden wordt aan een nieuwe standaard-cao.

Eindigingsgrond 3: nieuwe (minimum-)cao

Indien een verkrijger wordt gebonden aan een nieuwe cao, dient het onderscheid gemaakt te worden tussen minimum- en standaardbepalingen in een cao. Conform het Unieke Kinderopvang-arrest werken de gunstigere bepalingen uit de oude cao na indien de nieuwe cao een minimum karakter heeft. Betreft de nieuwe cao dus een minimum-cao, dan is deze wel van toepassing op de overgegangene werknemers, maar behoudt de werknemer zijn gunstigere voorwaarden uit de oude cao. Deze nawerking kan slechts doorbroken worden door intreding een standaard-cao, dan wel door de nadeligere bepalingen uit de nieuwe cao een standaard karakter te geven.

Het Unieke Kinderopvang-arrest en art. 14a Wet CAO

Het Unieke Kinderopvang-arrest heeft, zoals bovenstaand al is weergegeven, betrekking op de nawerking van de gunstigere voorwaarden uit de oude cao. Indien uitgegaan wordt van de toepasselijkheid van de rechtsregel uit onderhavig arrest bij overgang van onderneming, dan stuit men op een tweetal knelpunten.

Knelpunt 1

De overgegangene werknemer heeft te maken met twee cao's: de cao van vervreemder en de nieuwe cao van verkrijger. Indien de cao van verkrijger een minimum-cao betreft, kan de werknemer niet geconfronteerd worden met slechtere voorwaarden, er kan ten slotte alleen afgeweken worden in het voordeel van de werknemer. Dit leidt ertoe dat de werknemer de arbeidsvoorwaarden uit de oude en nieuwe cao kan vergelijken om vervolgens de beste eruit te kiezen, ook wel aangeduid als '*cherry picking*'.

Vanuit het oogpunt van de overgegangene werknemer is *cherry picking* heel voordelig. De onderzoekster is echter van mening dat de mogelijkheid tot *cherry picking* uitgesloten moet worden. De onderzoekster acht een heldere rechtspositie voor zowel werknemer als werkgever doorslaggevend.

Knelpunt 2

Aangezien de meeste cao's een minimum karakter hebben, kan de verkrijger oneindig geconfronteerd worden met de nawerking van gunstigere bepalingen uit de cao van vervreemder. Daardoor worden de eindigingsgronden van art. 14a lid 2 Wet CAO buiten werking gesteld.

Ten aanzien van art. 14a lid 2 Wet CAO is onderzoekster van mening dat een aanpassing van de wet, waarbij een overgangsperiode wordt opgenomen voor de toepassing van de cao van vervreemder, wenselijk is. Een redelijke overgangsperiode is bijvoorbeeld een jaar. Ondanks dat er nadelige gevolgen kunnen voortvloeien uit een aanpassing van de wet voor werknemer, zorgt dit voor een heldere rechtspositie van zowel werknemer als werkgever.

Slotconclusie

Geconcludeerd kan worden dat de wet ruimte laat voor interpretaties. In de jurisprudentie is de wet nog niet volledig uitgekristalliseerd. Derhalve kan geen uitsluitel gegeven worden omtrent de vele onduidelijkheden met betrekking tot het begrip 'overgang van onderneming' en de rechten en plichten van de werknemer. De veelal ontbrekende uitleg van de rechters speelt hierbij parten.

Slotaanbeveling

Afsluitend wordt de aanbeveling gegeven die ook aansluit op de eerdere aanbevelingen om de ontwikkelingen in de jurisprudentie nauwgezet te volgen. Daarbij wordt met name gedoeld op de jurisprudentie omtrent het begrip 'overgang van onderneming', de permanent gedetacheerde werknemer, de rechten van de weigerachtige werknemer en de nawerking van gunstigere cao-bepalingen.

Ten aanzien van de overgang van arbeidsvoorwaarden van de werknemer dient er uitgezocht te worden of een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Daarbij kan er gebruik gemaakt worden van de informatie uit hoofdstuk twee in combinatie met de werkwijzer die is opgenomen in bijlage 1.

Hoofdstuk 7 Evaluatie

Onderhavige onderzoeksresultaten kunnen gebruikt worden voor de juridische hulpverlening aan de cliënten van Van Stiphout Advocaten die (wellicht) te maken hebben met een overgang van onderneming. Daarbij dient de aantekening gemaakt te worden dat de resultaten kunnen veranderen door nieuwe ontwikkelingen en inzichten in de jurisprudentie. Zoals al eerder is gebleken, is de wetgeving met betrekking tot de overgang van onderneming nog niet uitgekristalliseerd in de jurisprudentie.

Er zijn vele onduidelijkheden behandeld in dit onderzoek. Niet elke onduidelijkheid kon worden opgehelderd doordat er thans geen antwoorden gegeven worden in de wet of in de jurisprudentie. De resultaten vormen derhalve slechts een momentopname van de huidige rechtsregels omtrent de overgang van onderneming. De ontwikkelingen in de jurisprudentie dient men daarom nauwgezet te volgen om cliënten van een correct juridisch advies te kunnen voorzien.

Deze scriptie kan gebruikt worden als een uitgangspunt en kan door middel van ontwikkelingen in de jurisprudentie aangevuld dan wel aangepast worden.

Literatuur en bronnen

Boeken:

Beltzer & Hoogenveen 2008

R.M. Beltzer & E.M. Hoogenveen, 'Overgang van onderneming', in: L.G. Verburg & W.A. Zondag (red.), *Monografieën sociaal recht. Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2008, p. 141-157.

Van Grinsven & Geugjes 2007

P.M.H.J. van Grinsven & H.C. Geugjes, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Nieuwenhuis, Stolker & Valk (red.) 2011

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Burgerlijk Wetboek. Boeken 6, 7, 8 en 10. Tekst & commentaar*, Deventer: Kluwer 2011, p. 3729-3740.

Artikelen:

Beltzer 2003

R.M. Beltzer, 'Botsende en nawerkende CAO-bepalingen', *ARA* 2003-1, p. 30-39.

Beltzer 2005

R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming: de weging van de Spijkers-factoren', *ArA* 2005-2, p. 46-60.

Beltzer 2009 (1)

R.M. Beltzer, 'Verlies van eenheid en overgang van onderneming', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2009-2, p. 50-62.

Beltzer 2009 (2)

R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming: wat niet weet, deert toch', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2009-3, p. 42-56.

Beltzer 2010 (1)

R.M. Beltzer, 'De zaak Juuri: over ontslag en de wil van sociale partners', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010-1, p. 81-94.

Beltzer 2010 (2)

R.M. Beltzer, 'De wenselijkheid van nawerking van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen in het licht van het juridische systeem', *Academie voor arbeidsrecht* 2010-10/11/12.

Beltzer 2011

R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en cao', *Academie voor Arbeidsrecht* 2011-7/8.

Beltzer 2012

R.M. Beltzer, 'De zaak Scattolon – één arrest, twee belangwekkende conclusies', *ArbeidsRecht* 2012-1, p. 3-6.

Beltzer & Zondag 2003

R.M. Beltzer & W.A. Zondag, 'De positie van werknemers bij overgang van onderneming, fusies en splitsingen', *O&F* 2003-58, p. 108-118.

De Bock 2012

E.S. de Bock, 'Kroniek overgang van onderneming 2011', *ArbeidsRecht* 2012-3, p. 3-7.

Henneman 2011

R.F.N. Henneman, 'Overgang van onderneming in concernverband: wordt vervolgd', *V&O* 2011-1, p. 18-20.

Kote 2011

C.J.M.W. Kote, 'Permanent gedetacheerde werknemer in concernverhouding niet meer vogelvrij bij overgang van onderneming', *NtEr* 2011-1, p. 20-26.

Van Kranenburg-Hanspians & Avci 2011

K. van Kranenburg-Hanspians & A. Avci, 'Wie beschermt de weigerachtige werknemer', *ArbeidsRecht* 2011-4, p. 14-18.

Van Ladesteijn 2009

J. van Ladesteijn, 'Hoe zat het ook al weer? Overgang van CAO-rechten en – verplichtingen', *Elsevier SalarisMagazine* 2009-5, p. 34.

Loonstra & Hoogendijk (red.) 2011

C. J. Loonstra & B. Hoogendijk (red.), 'Concurrentiebeding, tijdelijk/vast dienstverband en overgang van onderneming', *Dossier Arbeid & Recht* 2011-11.

Loonstra 2011

C.J. Loonstra, 'Enkele cao-rechtelijke vragen', *Dossier Arbeid & Recht Special december* 2011.

Rayer 2011

C.W.G. Rayer, 'Nawerking van gunstigere cao-bepalingen', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2011-3, p. 30-46.

Wiersma 2009

K. Wiersma, 'Enkele recente ontwikkelingen inzake overgang van onderneming', *Onderneming en Financiering* 2009-4, p. 65-85.

Zwemmer 2011

J.P.H. Zwemmer, 'Commentaar op: Hof van Justitie EU 6-9-2011, EUR C-108/10, (Scattolon/Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca)', *AR Updates Commentaar* 2011-14.

Parlementaire stuk(ken)

Kamerstukken II 1980/81, 15 940, nr. 3.

Richtlijn(en)

PbEG 2001, L 82/16.

Stcrt. 2008, 123.

Aanbeveling(en)**Aanbeveling procedures art. 7:685**

Aanbevelingen voor procedures ex. art. 7:685, zoals vastgesteld in de plenaire vergadering van de Kring van Kantonrechtters d.d. 8 november 1996 en laatstelijk gewijzigd d.d. 5 oktober 2001.

Beleidsregel(s)

Stcrt. 2009, 10910.

Jurisprudentie

HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900 (Abels).
HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 902 (Botzen).
HvJ EG 18 maart 1986, *NJ* 1987, 502 (Spijkers).
HvJ EG 17 december 1987, zaak 287/86.
HvJ EG 5 mei 1988, *NJ* 1989, 712.
HvJ EG 15 juni 1988, zaak 101/87 (Bork).
HvJ EG 10 februari 1989, *NJ* 1990, 423 (Daddy's Dance Hall).
HvJ EG 19 mei 1992, *NJ* 1992, 476 (Sophie Redmond Stichting).
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 (Rygaard).
HvJ EG 15 oktober 1996, *JAR* 1996, 254 (Henke).
HvJ EG 11 maart 1997, *JAR* 1997, 91 (Süzen).
HvJ EG 10 december 1998, gevoegde zaken C-247/96 en C-173/96 (resp. Ziemann en Sanchez Hidalgo).
HvJ EG 14 september 2000, *JAR* 2000, 225 (Collino en Chiappero).
HvJ EG 25 januari 2001, *JAR* 2001, 68 (Finse busmaatschappijen).
HvJ EG 24 januari 2002, *JAR* 2002, 47 (Temco).
HvJ EG 15 december 2005, *JAR* 2006, 19 (Securior).
HvJ EG 9 maart 2006, *JAR* 2006, 83 (Werhof).
HvJ EG 13 september 2007, *JAR* 2007, 252 (Jouini).
HvJ EG 16 oktober 2008, *JAR* 2008, 295 (Kirtruna).
HvJ EG 27 november 2008, *JAR* 2009, 20 (Juuri).
HvJ EG 12 februari 2009, *JAR* 1009, 92 (Klarenberg/Ferrotron).
HvJ EU 21 oktober 2010, *JAR* 2010, 298 (Albron).
HvJ EG 6 september 2011, zaak C-108/10 (Scattolon).

HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 240 (Boode/Hoheisel).
HR 2 april 1993, *JAR* 1993/100 (Bongers).
HR 26 mei 2000, *JAR* 2000, 152.
HR 10 januari 2003, *JAR* 2003, 38 (Stichting Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet).
HR 30 januari 2004, *JAR* 2004, 68 (Parallel Entry/KLM).
HR 11 februari 2005, *JAR* 2005, 67 (Memedovic).
HR 10 december 2004, *JAR* 2005, 13 (Process House).
HR 26 juni 2009, *JAR* 2009, 183 (Bos/Pax).
HR 8 april 2011, *LJN* BP0580 (Unieke Kinderopvang).

Hof 's-Hertogenbosch 10 oktober 1990, *NJ* 1991, 635 (Steencentrale Bastings).
Hof Leeuwarden, 26 april 2011, *JAR* 2011, 170 (Bos/Pax).
Hof Amsterdam 25 oktober 2011, *JAR* 2011, 292 (Albron).
Hof 's-Hertogenbosch 29 november 2011, *LJN* BU6554.

Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, *NJ* 1982, 619.
Rb. Amsterdam 18 september 1996, *JAR* 1996, 228 (KLM/Van Staveren).
Rb. Alkmaar 5 juli 2011, *LJN* BU5123.

Ktr. Amsterdam 24 mei 2007, *JAR* 2007, 168.
Ktr. Eindhoven 25 juni 2009, *LJN* BJ9652.
Ktr. Tilburg 16 december 2009, *JAR* 2010, 45.