

# Overgang van onderneming

DOOR MR. S.E.M. DEKKER

---

## Inleiding

In dit artikel zal de overgang van onderneming worden besproken. Dit onderwerp zorgt bij veel ondernemers voor hoofdbrekens omdat men op grond van deze regeling 'zomaar' ongewenste werknemers in de schoot geworpen kan krijgen, die ook nog eens aanspraak kunnen maken op hun oude arbeidsvoorwaarden. Dit merkten de eigenaren van Markes Oil Shipping BV te Dordrecht toen zij op 3 december 1993 het motortankschip Chanine, dat werd geëxploiteerd door Jansen, overnamen van de eigenaar Voco B.V. Het schip had in de maanden november en december 1993 niet gevaren wegens onderhoudswerkzaamheden. Markes meende dat zij geen personeel had overgenomen en sloot op 7 januari 1994 een arbeidsovereenkomst met de stuurman Maas, die voorheen voor Jansen op het motortankschip had gewerkt. Omdat Maas volgens de nieuwe kapitein niet goed functioneerde, werd hij met een beroep op de proeftijd op 2 februari 1994 op staande voet ontslagen. Maas verweerde zich hiertegen door onder andere een beroep te doen op de bescherming van de regeling voor overgang van onderneming. De Rechtbank Dordrecht oordeelde dat dit beroep terecht was. Ook al was er geen direct koopcontract geweest tussen Jansen en Markes, het schip bleef dezelfde goederen vervoeren op dezelfde route. Ook het gegeven dat het schip ruim twee maanden had stil gelegen wegens reparatiewerkzaamheden kon hieraan niets veranderen. De Rechtbank oordeelde dat de arbeidsovereenkomst van Maas bovendien in de maanden november en december 1993 was blijven voortbestaan nu hij onderhoudswerkzaamheden had verricht voor de verschillende eigenaren en ook voor het overige niet van beëindiging was gebleken. De rechten en de plichten van de arbeidsovereenkomst van Maas met Jansen waren dus van rechtswege overgegaan op Markes. Er was daarom geen sprake van een nieuwe arbeidsovereenkomst waarin rechtsgeldig een proeftijdbeding had kunnen worden overeengekomen. Het beroep van Markes op het proeftijdbeding faalde derhalve en het gegeven ontslag op staande voet was nietig nu niet aan de wettelijke voorschriften voor een dergelijk ontslag was voldaan.<sup>1</sup>

Het is dus van groot belang om te weten wanneer sprake is van een overgang van onderneming. Andere onderwerpen die in dit hoofdstuk aan de orde komen, betreffen de gevolgen van de toepasselijkheid van de regeling, welke werknemers precies vallen onder de bescherming van de overgang van onderneming en de mogelijkheden die werkgevers en werknemers al dan niet hebben wanneer zij de overgang van onderneming als ongewenst beschouwen. Tot slot zal kort worden ingegaan op de bijzondere regels die gelden in het geval van een faillissement.

---

<sup>1</sup> Rb. Dordrecht 24 april 1996 en 7 augustus 1996, *JAR* 1996, 198.

## Overgang van onderneming

De Europese en nationale regeling die wordt aangeduid onder de noemer 'overgang van onderneming' is er op gericht om werknemers die een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking met de daarbij behorende rechten en plichten hebben te beschermen in het geval dat de onderneming, waarmee zij die arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking hebben gesloten, overgaat naar een andere ondernemer. De ondernemer wiens onderneming overgaat, wordt aangeduid als vervreemder en de ondernemer die de onderneming door de overgang verkrijgt, wordt aangeduid als verkrijger. Het is echter niet zo dat iedere verkrijger per definitie als opvolgend werkgever dient te worden aangemerkt met de bij de overgang van onderneming behorende verplichtingen.

De vraag of door de vervreemder aan de verkrijger *een onderneming* in de zin van de wet is overgedragen, moet iedere keer per geval worden bekeken aan de hand van alle feitelijke omstandigheden. In eerste instantie kende noch de Europese richtlijn noch de nationale regeling een ondernemingsbegrip. Het begrip is door het Europese Hof van Justitie wel ingekaderd maar het Europese Hof van Justitie gebruikt daarbij zeer open normen waardoor de rechter een grote mate van beoordelingsvrijheid heeft. In de praktijk zal daardoor vaak niet met absolute zekerheid vooraf, zonder tussenkomst van de rechter, kunnen worden vastgesteld of een onderneming in de zin van de wet wordt overgedragen.

Overgang van onderneming wordt in de Nederlandse wetgeving gedefinieerd als “de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt”.<sup>2</sup> Er dient sprake te zijn van de overdracht van een lopend bedrijf. Het feit dat de onderneming voor de overgang enige tijd heeft stilgelegen, staat daarbij echter niet per definitie aan bescherming van de werknemers in de weg, zoals reeds is gebleken in de inleiding van dit hoofdstuk.<sup>3</sup>

Een *economische eenheid* is een georganiseerd geheel van personen en elementen, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend. Het maakt niet uit in welke rechtsvorm deze eenheid gegoten is dan wel of deze eenheid een winstoogmerk heeft. De bescherming van de werknemer is dus van toepassing ongeacht of een naamloze vennootschap, besloten vennootschap, stichting of eenmanszaak wordt overgedragen en of hierin een commerciële of een charitatieve onderneming wordt gedreven. Ook geldt de bescherming ongeacht of een onderneming als geheel of slechts gedeeltelijk wordt overgedragen, mits het over te dragen deel als een zelfstandige economische eenheid kan worden beschouwd.

---

<sup>2</sup> Europese Richtlijn 2001/23 en artikel 7:662vv. BW.

<sup>3</sup> Rb. Dordrecht 7 augustus 1996, *JAR* 1996, 198.

Voor de vraag of een onderneming haar *identiteit* heeft behouden zijn alle omstandigheden van het geval bepalend, zoals de overdracht door de vervreemder aan de verkrijger van gebouwen, inventaris, samenstelling van het personeel, klantenbestand, goodwill, voortzetting soortgelijke activiteit, etc.<sup>4</sup> In ieder geval kan de onderneming niet worden gelijkgesteld aan haar enkele activiteit: wanneer bij opvolgende huurovereenkomsten in hetzelfde bedrijfspand tot tweemaal toe een kledingzaak wordt geëxploiteerd, betekent dit niet dat hiermee de eerste huurder zijn onderneming vanzelfsprekend ook aan de opvolgend huurder heeft overgedragen. Hiervoor is noodzakelijk dat de identiteit van de eerste onderneming ook onder de opvolgend huurder wordt behouden.

Het gewicht dat de rechter aan elk van deze deelaspecten dient toe te kennen wordt mede bepaald door de in de onderneming uitgeoefende activiteit. Zo is in de arbeidsintensieve schoonmaaksector vaste jurisprudentie, dat de identiteit van de onderneming behouden kan blijven wanneer een aanzienlijk deel van het personeel door de verkrijger in dienst wordt genomen, terwijl er nauwelijks (im)materiële activa worden overgedragen. Bij de overdracht van een kapitaalintensief bedrijf als een busmaatschappij oordeelde het Europese Hof van Justitie echter dat geen sprake was van overgang van onderneming omdat de verkrijger niet de bussen van de vervreemder overnam. De werknemers konden dus geen aanspraak maken op bescherming.<sup>5</sup>

Het derde criterium waaraan moet zijn voldaan wil sprake zijn van een overgang van onderneming is, dat de overdracht plaatsvindt *krachtens overeenkomst, fusie of splitsing*. Om aan dit vereiste te voldoen, is het niet altijd nodig dat er een overeenkomst is gesloten tussen de vervreemder en de verkrijger waarin de eigendom van een onderneming wordt overgedragen. Ook voldoende is dat de verkrijger de feitelijke macht over de onderneming krijgt ten gevolge van een eenzijdige opzegging van een overeenkomst. Als de verpachter die een restaurant verpacht heeft, de pachtovereenkomst opzegt en vervolgens zelf het restaurant gaat exploiteren dan is aan het vereiste van de overeenkomst voldaan en kan ervan uitgegaan worden dat sprake is van een overgang van onderneming, aldus het Europese Hof van Justitie.<sup>6</sup>

Overgang van onderneming kan ook plaatsvinden in meerdere fasen, zoals blijkt uit het volgende geval waarover het Europese Hof van Justitie op verzoek van de Belgische rechter een oordeel gaf. Volkswagen had BMV opdracht verstrekt tot de schoonmaak van haar industriële installaties in Vorst. BMV gaf deze opdracht vervolgens in onderaanneming aan haar dochteronderneming GMC, die speciaal voor de uitvoering van de opdracht van Volkswagen was opgericht. Volkswagen zegde echter de opdracht met BMV op en gunde deze vervolgens aan de derde Temco. GMC ontsloeg

---

<sup>4</sup> HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502; Europese Hof van Justitie, 11 maart 1997, JAR 1997, 91.

<sup>5</sup> HvJ EG 25 januari 2001, JAR 2001, 68.

<sup>6</sup> HvJ EG 17 december 1987, NJ 1989, 674.

daarop al haar werknemers. Temco nam echter op basis van de in de sector geldende CAO 75% van deze werknemers in dienst. Vier werknemers bleven achter bij GMC. Het Europese Hof van Justitie oordeelde dat het ontbreken van een contractuele band tussen de vervreemder, onderaannemer GMC, en de verkrijger, Temco, niet betekent dat er van een overgang van onderneming geen sprake kon zijn. Voldoende is dat de overgang plaatsvindt in het kader van contractuele betrekkingen, ook al zijn deze slechts indirect. Hieraan was volgens het Europese Hof van Justitie voldaan nu een indirecte contractuele band bestond tussen de opdrachtgever en de onderaannemer en vervolgens tussen diezelfde opdrachtgever en de nieuwe opdrachtnemer.<sup>7</sup>

De Europese jurisprudentie gaat verder dan de Nederlandse wettekst die als voorwaarde noemt dat de overgang van onderneming plaatsvindt krachtens een "overeenkomst, fusie of splitsing". Zo oordeelde het Europese Hof van Justitie dat zelfs het intrekken door de Gemeente van subsidieverlening aan de ene partij en de toekenning hiervan aan een andere partij voldoende is, nu sprake is van een overdracht in het kader van een wijziging van contractuele verhoudingen. Dat de beslissing tot overdracht eenzijdig door de Nederlandse overheid was genomen en niet voortvloeide uit een overeenkomst tussen haar en de gesubsidieerde instellingen, doet hieraan niets af, aldus het Europese Hof van Justitie.<sup>8</sup>

### **Gevolgen toepasselijkheid**

Wanneer sprake is van een overgang van onderneming, gaan alle rechten en verplichtingen die tussen de vervreemdende onderneming en zijn werknemers bestonden op het moment van de overgang van rechtswege over op de verkrijger. De werknemers treden dus van rechtswege en onder gelijkblijvende arbeidsvoorwaarden in dienst bij de verkrijger. Slechts ten aanzien van de pensioenrechten van de werknemers bestaan uitzonderingen.<sup>9</sup> De verkrijger stapt dus als het ware in de schoenen van de vervreemder. Gedurende het eerste jaar na de overgang van de onderneming kan de werknemer zowel de vervreemder als de verkrijger aanspreken tot nakoming van zijn rechten die vóór het moment van de overgang zijn ontstaan, zoals betaling van loon, vakantiegeld, bonussen etc.

De overgang van de werknemers van rechtswege vindt plaats op het moment dat de onderneming feitelijk wordt overgenomen en voortgezet door de verkrijger. Het moment van de overgang van onderneming kan door de betrokkenen - de vervreemder, de verkrijger en de betrokken werknemers - niet worden verschoven. Het is dus niet mogelijk het moment van de overgang op basis van onderlinge afspraken in tijd (fictief) naar voren of achteren te verplaatsen om zo bijvoorbeeld tot een andere risicoverdeling tussen vervreemder en verkrijger te komen.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> HvJ EG 24 januari 2002, *JAR* 2002, 47.

<sup>8</sup> HvJ EG 19 mei 1992, *NJ* 1992, 476.

<sup>9</sup> Artikel 7:664 BW.

<sup>10</sup> HvJ EG 26 mei 2005, *RAR* 2005, 75.

## *Bedrijfsspecifieke arbeidsvoorwaarden*

Gaan ook arbeidsvoorwaarden over die specifiek aan een bepaald bedrijf zijn gebonden? Deze vraag kwam aan de orde toen ING Bank N.V. ertoe overging haar activiteiten op het gebied van *document services* uit te besteden aan Astron Document Services (Netherlands) B.V.<sup>11</sup> ING en Astron hadden afspraken gemaakt over de arbeidsvoorwaarden die voor de werknemers zouden gaan gelden na hun indiensttreding bij Astron. De afspraken behelsden dat een gelijkwaardig arbeidsvoorwaardenpakket zou gaan gelden, maar dat één op één overname van het bij ING geldende arbeidsvoorwaardenpakket geen voorwaarde was. De afspraken waren gemaakt met instemming van de vakbonden en na positief advies van de ondernemingsraad. Partijen waren het eens dat sprake was van een overgang van onderneming. In hoger beroep was de vraag aan de orde of Astron verplicht was de door ING gehanteerde specifiek met haar bedrijf verband houdende personeelsregelingen na te komen of dat met een gelijkwaardige regeling kon worden volstaan.

Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde dat de hoofdregel is, dat alle verplichtingen, dus ook de specifiek bedrijfsgebonden afspraken, van ING overgaan op Astron. Slechts voor zover nakoming van de bedrijfsspecifieke afspraken onmogelijk is (onder meer personeelskortingen op ING producten, aandelen-optieregeling), kan een vordering tot nakoming van de werknemers niet slagen. Dit levert dan echter wel een tekortkoming van de verkrijgende werkgever op in de nakoming van zijn verplichtingen, op grond waarvan de werknemers schadevergoeding kunnen vorderen.

De verkrijger kan deze aansprakelijkheid niet voorkomen door met de werknemers voorafgaand aan de overgang van de onderneming overeen te komen dat zij afstand doen van deze bedrijfsspecifieke rechten. Het Europese Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de Europese richtlijn in zoverre van dwingend recht is dat daarvan niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken.

Werknemers kunnen dus niet afzien van bescherming en hun rechten mogen voorafgaand aan de overgang van onderneming niet worden verminderd, óók niet met hun instemming.<sup>12</sup>

## *Harmonisatie arbeidsvoorwaarden*

De verkrijgende onderneming kan door de verplichting om de arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers na te komen, geconfronteerd worden met groepen werknemers met verschillende arbeidsvoorwaarden binnen haar onderneming. De verkrijger is bevoegd de arbeidsvoorwaarden van zijn personeel te harmoniseren indien wijziging van de arbeidsvoorwaarden op grond van de nationale wetgeving is toegestaan en zolang de overgang van onderneming niet direct de reden is voor de wijziging. Wijziging kan plaatsvinden met instemming van de werknemer

---

<sup>11</sup> Hof 's-Hertogenbosch 17 juli 2007, *JAR* 2007, 211.

<sup>12</sup> HvJ EG 6 november 2003, *JAR* 2003, 297.

en (onder voorwaarden) op grond van een wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst, de redelijkheid en billijkheid of de CAO.<sup>13</sup>

### **Bescherming van werknemers**

Op de bescherming bij de overgang van onderneming kan slechts een beroep worden gedaan door personen die een arbeidsovereenkomst hebben met de vervreemder op het moment dat de overgang van onderneming zich voordoet.<sup>14</sup> Deze bescherming komt ook de directeur-grotaandeelhouder toe, mits hij ook een arbeidsovereenkomst met de vennootschap heeft.<sup>15</sup>

Het enkele bestaan van het formele dienstverband is reeds voldoende voor toepasselijkheid van de bescherming. Het is niet vereist dat de werknemer ook feitelijk werkzaamheden verricht. Het Hof Amsterdam oordeelde in het geval van een werkneemster die bijna twee jaar niet meer op het werk was verschenen, inmiddels een WW-uitkering ontving en geen aanspraak meer maakte op loon, dat zij toch van rechtswege naar de verkrijgende onderneming was overgegaan omdat "het enkele bestaan van een arbeidsovereenkomst voldoende moet worden geacht voor bescherming uit hoofde van artikel 7:663 BW".<sup>16</sup> De formele en niet de feitelijke omstandigheden zijn dus bepalend voor de vraag of de werknemer bescherming toekomt.

### *Uitzendkracht en gedetacheerde werknemer*

Het bovenstaande heeft tot gevolg dat de uitzendkracht en de gedetacheerde werknemer slechts van rechtswege overgaan op de vervreemder indien het uitzendbureau respectievelijk het detacheringsbureau of de personeels-BV tot wie zij in dienstbetrekking staan (de formele werkgever), wordt overgedragen. Bij een overgang van de onderneming waar de uitzendkracht of de gedetacheerde werknemer dagelijks werkzaam is, komt hem dus geen bescherming toe. Wenst de verkrijgende onderneming hem niet te behouden dan valt hij terug op zijn formele werkgever.

Deze strikte scheiding tussen de formele en de materiële werkgever geldt ook binnen concernverhoudingen.<sup>17</sup> De nadelige gevolgen die onder deze regeling het onderbrengen van het personeel in een personeels-BV kan hebben voor de werknemers binnen het concern is aan de orde gekomen bij een reorganisatie van de Heidemij groep. De werknemers binnen de groep waren in dienst van NV Heidemaatschappij Beheer. De werknemers waren gedetacheerd bij de dochtermaatschappijen binnen de groep. In het kader van de reorganisatie werden de gezonde dochtermaatschappijen ondergebracht in Heidemij Holding NV. De werknemers werden bij NV

---

<sup>13</sup> Zie voor een uitvoerige behandeling van deze wijzigingsbevoegdheden met als doel harmonisatie: Jan Dop en Eva Knipschild, *De regelen der arbeidsverhouding*, Amsterdam 2004, p. 114vv.

<sup>14</sup> Artikel 7:663 BW en artikel 7:610 BW.

<sup>15</sup> HvJ EG 11 juli 1985, NJ 1988, 907.

<sup>16</sup> Hof Amsterdam 22 februari 2007, JAR 2007, 105.

<sup>17</sup> HvJ EG 2 december 1999, JAR 2000, 31.

Heidemaatschappij Beheer achtergelaten en ontslagen. De werknemers beriepen zich op de overgang van onderneming en stelden dat zij van rechtswege waren overgegaan met de overgedragen onderneming. De President van de Rechtbank Arnhem oordeelde dat de overgangswetgeving niet van toepassing was, nu sprake was van een aandelentransactie, maar dat ook als dit niet het geval was geweest de werknemers niet zouden zijn overgegaan omdat zij geen arbeidsovereenkomst hadden met de overgedragen onderneming.<sup>18</sup>

Een soortgelijk geval deed zich voor bij Heineken toen de cateringactiviteiten van de dochtermaatschappij Heineken Nederland BV werden overgedragen aan Albron Catering BV. De werknemers die binnen Heineken Nederland BV de catering verrichtten, waren in dienst van de personeels-BV Heineken Nederland Beheer BV en niet van Heineken Nederland BV zelf. De Voorzieningenrechter 's-Gravenhage oordeelde dat tussen de vervreemder en de werknemers een arbeidsovereenkomst moet bestaan, willen de werknemers aanspraak kunnen maken op de bescherming van de overgang van onderneming. Daar was in dit geval geen sprake van, waardoor de werknemers niet overgingen naar Albron maar terugvloeiden naar de personeels-BV. Anders oordeelde de Kantonrechter Utrecht in de bodemprocedure. Nu de werknemers reeds geruime tijd de werkzaamheden verrichtten bij Heineken Nederland BV en dus binnen het concern waar ook de formele werkgever deel van uitmaakt, komt de werknemers een beroep op de bescherming van de overgang van onderneming toe, aldus de Kantonrechter.<sup>19</sup> De wens om tot bescherming van de werknemers te komen, lijkt in deze uitspraak, gezien de motivering, echter de vader van de gedachte te zijn en zij strookt niet met de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie.

De Hoge Raad heeft zich nog niet over de positie van de gedetacheerde werknemers uitgelaten. Tot die tijd doen partijen er goed aan om in overnamecontracten afspraken te maken omtrent de risicoverdeling van claims van binnen het concern gedetacheerde werknemers indien een concernonderneming wordt overgenomen, die niet de formele werkgever van de in het concernonderdeel werkzame werknemers is.

### *Formeel én feitelijk dienstverband*

Wordt niet de gehele onderneming maar slechts een onderdeel hiervan overgedragen dan geldt als vereiste voor bescherming naast het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen de vervreemder en de werknemer, dat de werknemer ook feitelijk werkzaam is bij het overgedragen onderdeel van de onderneming.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, NJ 1982, 619.

<sup>19</sup> Ktr. Utrecht 15 maart 2006, JAR 2006, 80.

<sup>20</sup> HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 902.

Illustratief voor het verschil tussen het overdragen van een gehele onderneming en het overdragen van een deel daarvan is de positie van de geschorste werknemer. Wordt de onderneming, waarmee deze werknemer een arbeidsovereenkomst heeft, in haar geheel overgedragen, dan komt de geschorste werknemer enkel en alleen op grond van zijn arbeidsovereenkomst al een beroep toe op de bescherming van de overgang van onderneming.

Anders is dit echter indien een onderdeel van diezelfde onderneming wordt overgedragen, zo oordeelde de Hoge Raad ten aanzien van de overdracht van een bepaald schoonmaakproject van werkgever waar de werknemster voor haar schorsing werkzaam was. Volgens de Hoge Raad was duidelijk dat de werknemster nooit meer op het desbetreffende project werkzaam zou zijn. Hieraan verbond de Hoge Raad vervolgens de conclusie dat de werknemster dus niet (meer) feitelijk werkzaam was in het overgedragen bedrijfsonderdeel en daarom niet van rechtswege overging op de verkrijger.<sup>21</sup>

### **De ongewenste overgang van onderneming**

Zowel van de kant van de werkgever als van de kant van de werknemer kan bezwaar bestaan tegen de overgang naar de nieuwe opvolgende ondernemer. De werkgever kan er bijvoorbeeld met de verkrijger naar streven om de onderneming 'vrij van (bepaalde) arbeidskrachten' over te dragen en de werknemer kan bezwaar hebben tegen een overgang naar een nieuwe werkgever bijvoorbeeld omdat zijn carrièreperspectieven minder zullen zijn.

Het is niet mogelijk de bepalingen voor de overgang van onderneming te omzeilen door de werknemers te ontslaan met het oog op de aanstaande overgang van onderneming. Om dit te voorkomen, is in de richtlijn en vervolgens in de nationale wetgeving de bepaling opgenomen dat een dergelijke opzegging niet geoorloofd is en dat de werknemer hiervan de nietigheid kan invoeren.<sup>22</sup> Ontslag is echter wel mogelijk indien hiervoor een van de overgang van onderneming losstaande reden bestaat, bijvoorbeeld disfunctioneren of een zelfstandige bedrijfseconomische reden. Eindigt de arbeidsovereenkomst vóór de overgang van onderneming dan gaat de werknemer in zijn geheel niet mee over, eindigt de opzegtermijn van de arbeidsovereenkomst ná de overgangsdatum of ligt de ontbindingsdatum daarna, dan gaat de werknemer nog wel mee over, maar uitsluitend voor de duur van de opzegtermijn respectievelijk tot de datum van de ontbinding. Heeft de werknemer jegens de vervreemder recht op een ontslagvergoeding, dan heeft hij dit recht na de overgang van onderneming ook tegenover de verkrijger, immers alle rechten en plichten van de werknemer gaan over. Het is van belang dat vervreemder en de verkrijger ook op dit punt afspraken maken over de risicoverdeling.

---

<sup>21</sup> HR 11 februari 2005, *JAR* 2005, 67.

<sup>22</sup> Artikel 7:670 lid 8 BW.

Ook de werknemer kan redenen hebben om niet over te willen gaan naar de verkrijgende onderneming, bijvoorbeeld omdat hij na de overgang verder zal moeten reizen naar zijn werk. Wanneer de werknemer op ondubbelzinnige wijze duidelijk maakt dat hij weigert bij de verkrijger in de dienst te treden, zal hij niet tegen zijn zin van rechtswege overgaan naar de verkrijger. Deze weigering levert echter wel een beëindigingshandeling van de werknemer op waardoor zijn dienstverband met de vervreemder op het moment van de overgang van onderneming dan wel tot een einde komt.<sup>23</sup> Als de werknemer daadwerkelijk een aanmerkelijk nadeel lijdt ten gevolge van de overgang van onderneming en het gezien dat nadeel billijk is dat de arbeidsovereenkomst van de werknemer eindigt, dan kan hij de kantonrechter verzoeken zijn arbeidsovereenkomst te ontbinden. Hierbij geldt dat de reden van de door de werknemer verzochte ontbinding voor rekening van de werkgever komt, wat doorgaans zal leiden tot toekenning van een (hogere) ontslagvergoeding.<sup>24</sup>

### **Faillissement**

De regeling van de overgang van onderneming geldt niet wanneer de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Door de overnemende partij niet te belasten met de oude verplichtingen van de failliete werkgever ten opzichte van het voltallige personeelsbestand worden de mogelijkheden tot een doorstart zo ruim mogelijk gehouden. De verkrijger kan in dit geval dus wel kiezen welke werknemers hij wenst over te nemen en onder welke arbeidsvoorwaarden hij dit wil doen.<sup>25</sup>

Dit betekent echter niet dat het oude dienstverband van de werknemer bij de failliete vervreemder in het geheel geen invloed meer kan hebben op het dienstverband bij de overnemende partij na de doorstart. Een werkneemster was bij de failliete vervreemder in dienst geweest op basis van twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Toen zij vervolgens door de nieuwe ondernemer in dienst werd genomen op basis van een bepaalde tijdscontract dat vervolgens nog eens met een jaar werd verlengd, kon zij met succes een beroep doen op de wettelijke regeling dat de vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege wordt omgezet naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.<sup>26</sup> Ook haar oude arbeidsovereenkomsten telden dus mee.<sup>27</sup> De anciënniteit die de werknemer heeft opgebouwd onder de failliete verkrijger kan eveneens een rol blijven spelen binnen het nieuwe, niet van rechtswege overgegangene dienstverband bij de overnemende partij. Dit kan onder meer van belang zijn bij de berekening van een eventuele ontslagvergoeding. Het is derhalve ook bij de overname van een failliete onderneming van belang dat de overnemende partij zorgvuldig onderzoek doet naar de inhoud van de dienstverbanden van de werknemers van de failliet die hij eventueel in dienst wenst te nemen. De banden met het oude

---

<sup>23</sup> HR 26 mei 2000, *JAR* 2000, 152.

<sup>24</sup> Artikel 7:665 BW.

<sup>25</sup> Artikel 7:666 BW.

<sup>26</sup> Artikel 7:668a BW.

<sup>27</sup> HR 14 juli 2006, *JAR* 206, 190.

dienstverband worden immers, ondanks het ontbreken van de bescherming van de overgang van onderneming, niet in alle gevallen volledig verbroken.

### **Conclusie**

Van een overgang van onderneming is sprake wanneer een economische eenheid die haar identiteit behoudt, krachtens een overeenkomst, fusie of splitsing wordt overgedragen. Of hiervan sprake is, hangt steeds af van alle omstandigheden van het geval. Wanneer sprake is van overgang van onderneming heeft dit vergaande gevolgen voor zowel de verkrijgende ondernemer als de werknemers. Alle werknemers gaan immers met behoud van hun arbeidsvoorwaarden van rechtswege over op de verkrijger. Het is dan ook van groot belang voor een ondernemer om vooraf te kijken of mogelijk sprake is van overgang van onderneming, en zo ja, welke rechten en plichten dan precies overgaan. Hiervan kan dus ook sprake zijn indien de ondernemer een huur- of pachtovereenkomst opzegt en zelf de exploitatie ter hand neemt, bij out- en insourcing of bij het overnemen van een opdracht die eerst door een ander bedrijf werd uitgevoerd. Voorwaarde is uitdrukkelijk niet dat de vervreemder en de verkrijger het doel hadden om een onderneming over te dragen of zelfs maar dat tussen hen een directe contractuele band bestaat.

Wanneer sprake is van een overgang van onderneming heeft de verkrijger nauwelijks mogelijkheden om de wettelijke bescherming van de werknemers ongedaan te maken. Voorafgaand aan de overgang van de onderneming kan met de werknemers niet rechtsgeldig worden overeengekomen dat ze afzien van deze wettelijke bescherming. Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden achteraf is alleen mogelijk wanneer deze losstaat van de overgang. Verzet anderzijds de werknemer zich ondubbelzinnig tegen de overgang van onderneming dan zal hij niet overgaan maar eindigt tevens zijn dienstverband met de vervreemder. Wel kan hij de rechter verzoeken om zijn arbeidsovereenkomst te ontbinden indien hij door de overgang naar de verkrijger een aanmerkelijk nadeel lijdt. De reden van de beëindiging zal dan voor rekening van de werkgever komen.

Bij de doorstart van een (onderdeel van een) failliet bedrijf geldt de bescherming van de overgang van onderneming niet, zodat de verkrijger kan kiezen welke werknemers hij onder welke voorwaarden in dienst neemt. Het is echter niet zo dat het oude dienstverband geen enkele invloed meer kan hebben op de nieuwe arbeidsovereenkomst. Ook in dit geval dient dus voorafgaand aan het in dienst nemen van een werknemer goed gekeken te worden naar de inhoud van het dienstverband zoals dat bij de failliete werkgever bestond.