



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Overgang van onderneming: wie gaat mee, wie blijft achter, wie valt tussen wal en schip?

Beltzer, R.M.

Published in:
ArbeidsRecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Beltzer, R. M. (2005). Overgang van onderneming: wie gaat mee, wie blijft achter, wie valt tussen wal en schip? *ArbeidsRecht*, 12(5), [27].

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <http://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Overgang van onderneming: wie gaat mee, wie blijft achter, wie valt tussen wal en schip?

R.M. Beltzer*

Met enige regelmaat rijst de vraag welke werknemers in geval van overgang van onderneming mee overgaan naar de verkrijger. Hoe te oordelen over de arbeidsovereenkomsten van werknemers die door een moedermaatschappij gedetacheerd zijn bij de aan een derde over te dragen dochtermaatschappij? Welke werknemers gaan mee in de situatie dat slechts een onderdeel van een onderneming overgaat? Een ongepubliceerde en twee gepubliceerde uitspraken van recente datum geven inzicht.

Vooraf

De artikelen 7:662 e.v. BW, gebaseerd op een Europese richtlijn (verder: de richtlijn),¹ regelen de gevolgen van een overgang van onderneming. Is voldaan aan het vereiste dat "een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische entiteit"² ten gevolge van een overeenkomst, fusie of splitsing overgaat, en behoudt dit geheel zijn "identiteit" (art. 7:662 BW), dan gaan alle rechten en verplichtingen die op het moment van overgang voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst tussen de vervreemder en de werknemer op de verkrijger over (art. 7:663 BW). In sommige situaties zit de verkrijger niet op al het personeel van de vervreemder te wachten (bijvoorbeeld in de situatie dat de verkrijger voldoende gekwalificeerd personeel in dienst heeft om de over te nemen onderneming te exploiteren); in andere situaties hebben vervreemder en verkrijger de bedoeling juist wel al het aan de onderneming verbonden personeel te laten overgaan. Een verkeerde opvatting over het werknemersbegrip – wie is werknemer in de zin van art. 7:663 BW – kan grote gevolgen hebben: de vervreemder kan blijven zitten met personeel waarvan hij dacht dat het was overgegaan; de verkrijger kan met een overschot aan personeel komen te zitten of kan juist geconfronteerd worden met een gebrek aan personeel, omdat hij meende dat het personeel van de vervreemder met de onderneming zou overgaan. Een voor de praktijk nuttige exercitie is te onderzoeken welke werknemers in welke situaties overgaan, en welke achterblijven. Hiertoe is het tevens noodzakelijk inzicht te hebben in het werkgeversbegrip van de artikelen 7:662 e.v. BW.

De zaak Heineken

Alvorens op de casus in te gaan wijs ik op enkele ter zake doende bepalingen uit de richtlijn. De artikelen 7:662 e.v. BW dienen immers richtlijnconform te worden uitgelegd. De richtlijn beschermt werknemers die een arbeidsovereenkomst (of arbeidsbetrekking)³ hebben *bij de werkgever wiens onderneming overgaat* (mijn cursivering) De definitie van werkgever valt uiteen in twee delen: de vervreemder is de natuurlijke of rechtspersoon wiens onderneming overgaat en daardoor zijn hoedanigheid als ondernemer verliest; de verkrijger is degene die die hoedanigheid door dezelfde overgang juist verkrijgt (art. 2 lid 1 onder a en b van de

* Mr. R.M. Beltzer is UHD arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

¹ Richtlijn 2001/23 van 12 maart 2001 (Pb. EG van 22 maart 2001, L 82/16).

² Dit betreft het ondernemingsbegrip. Opmerkelijk is dat de wetgever het ondernemingsbegrip niet definieert, maar daarvoor schijnbaar het begrip "economische eenheid" gebruikt, terwijl de overige bepalingen van afdeling 8 van titel 10 wel het begrip "onderneming" gebruiken.

³ Met deze uitbreiding doet de Nederlandse wetgever niets, nu de artikelen 7:662 e.v. BW slechts zien op werknemers in de zin van art. 7:610 BW.

richtlijn). In de zaak Heineken⁴ was niet aan het werkgeversbegrip voldaan (en daarmee evenmin aan het werknemersbegrip). De vervreemder van de onderneming was niet de werkgever van de aan de onderneming verbonden werknemers. In casu was de vraag aan de orde of de overdracht van de cateringactiviteiten van dochtermaatschappij Heineken Nederland BV aan Albron Catering BV een overgang van onderneming had bewerkstelligd. De werknemers die bij Heineken Nederland BV de cateringactiviteiten verrichtten, waren daar echter niet in dienst. Zij waren in dienst bij Heineken Nederlands Beheer BV, welke onderneming de bij haar in dienst zijnde werknemers detacheerde naar de verschillende binnen het Heineken-concern opererende werkmaatschappijen, waaronder Heineken Nederland BV.

FNV Bondgenoten vorderde bij de Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage primair (onder meer) Heineken Nederlands Beheer BV, in afwachting van een onherroepelijke uitspraak in een bodemprocedure, te gebieden te handelen alsof op de overgang van de cateringactiviteiten de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing zijn en Heineken Nederlands Beheer BV te verbieden tot overdracht over te gaan alvorens van Albron bevestiging zou zijn ontvangen dat ook Albron de overdracht als een overgang van onderneming beschouwt. Gezien het gebruik van het woord "alsof" meende de vakbond blijkbaar zelf dat van een overgang van onderneming naar de letter van de wet geen sprake was. De Voorzieningenrechter oordeelde dat art. 7:663 BW eist dat tussen de overdragende onderneming en de aldaar werkzame werknemer een arbeidsovereenkomst bestaat. Nu daarvan in de relatie tussen Heineken Nederland BV en de aldaar werkzame werknemers geen sprake was, was geen overgang van onderneming tot stand gekomen. Kortom: de werknemers vloeiden als het ware terug naar Heineken Nederlands Beheer BV, de onderneming waar zij in dienst zijn.

In juridischer termen is deze zaak als volgt te begrijpen. Aangezien Heineken Nederlands Beheer BV zelf niet de cateringactiviteiten verrichtte, verloor zij zelf dus niet de ondernemersstatus ten aanzien van *deze activiteiten* (i.e.: deze "onderneming") en was zij dus ten aanzien van deze transactie niet als werkgever in de zin van de richtlijn te beschouwen. Het is Heineken Nederland BV die de cateringactiviteiten verrichtte; deze BV verloor bij overdracht de ondernemersstatus van deze onderneming en alleen zij was derhalve als de werkgever in de zin van de richtlijn (en art. 7:663 BW) te beschouwen. Vanuit het werknemersbegrip gezien, kan men vaststellen dat de bij Heineken Nederland BV in de catering werkzame werknemers geen arbeidsovereenkomst met de deze onderneming (de vervreemder) hadden, zodat zij niet onder het werknemersbegrip van de richtlijn vallen. De bij Heineken gebruikte constructie – de werknemers zijn in dienst bij één maatschappij en worden van daaruit gedetacheerd naar de verschillende werkmaatschappijen – is een binnen groepsstructuren bekend verschijnsel. Aan de constructie zitten bepaalde voordelen, zoals risicokanaliserende en andere juridische 'efficiency' (denk aan CAO-onderhandelingen: er hoeft aan werkgeverszijde slechts één rechtspersoon op te treden), alsmede administratieve efficiency.⁵ Ook hier geldt dat deze voordelen hun nadeel kennen. Worden één of meer dochtermaatschappijen in de etalage gezet, dan gaan de in die maatschappijen werkzame personen niet op grond van de artikelen 7:662 e.v. BW mee over naar de verkrijger. De Heineken-zaak is illustratief. In een dergelijke situatie vloeit het personeel terug naar de eigen werkgever die vervolgens ofwel nieuw werk voor het personeel zal moeten zoeken bij een andere werkmaatschappij, ofwel het overtollige personeel zal moeten

⁴ Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 22 februari 2005, JAR 2005/63.

⁵ Zie hierover o.a. L.G. Verburg, "Het werkgeversbegrip in concernverband: transparantie gezocht", *ArbeidsRecht* 2001, 5. Hij verwijst tevens naar de invloed van pensioenregelingen en de wens de beloning van het personeel in één hand te houden als oorzaken voor het kiezen voor één werkgever binnen concerns.

ontslaan. Uiteraard kan de verkrijger de feitelijk in de onderneming werknemers een aanbod doen bij hem in dienst te treden, maar de werknemers behoeven daar niet op in te gaan.⁶ De verkrijger is bij zijn aanbod niet gebonden aan art. 7:663 BW: hij kan zelf kiezen wie hij in dienst neemt en onder welke voorwaarden. In de situatie dat het concern door moeilijke tijden gaat, kan dit tot voor vakbonden onaanvaardbare oplossingen leiden. Één zo'n oplossing is de volgende: het concernbestuur besluit een nieuw concern op te richten, koopt van het oude concern de gezonde (dochter)onderdelen en is daarbij niet gehouden personeel in dienst te nemen, nu dat personeel dáár niet in dienst is. Vervolgens laar men het oude concern – dat vakkundig is leeggehaald – failliet gaan. Deze sterfhuisconstructie werd gebruikt door het Heidemij-concern.⁷ De daarin opgenomen overwegingen met betrekking tot de toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW zijn een kopie van die in de Heineken-zaak. Is aan het gevolg dat de werknemers niet mee overgaan te ontkomen?

De werkgever als medecontractant

Nu zou men wellicht kunnen menen dat Heineken Nederlands Beheer BV, door haar rechtstreekse bemoeienissen met de personele gevolgen van de overdracht van de cateringactiviteiten, niettemin als medewerkgever dient te worden beschouwd. Draagt zij niet immers feitelijk de onderneming over, in ieder geval een deel ervan, te weten het personeel? Deze redenering loopt stuk op het hetgeen ik hiervoor aangaf. Het feit dat een ander dan de werkelijke werkgever in de zin van de richtlijn de onderhandelingen namens deze werkgever voert, maakt die ander nog geen werkgever. De onderhandelaar kan slechts werkgever ten aanzien van de overgedragen onderneming worden indien hij zelf die onderneming exploiteert (quod non).

Een tweede redenering om Heineken Nederlands Beheer BV als medecontractant aan te merken en toch een overgang van onderneming te bewerkstelligen is te stellen dat de detachingsactiviteit van Heineken Nederlands Beheer BV mede is overgegaan. Met deze stelling wordt dus gepoogd via een omweg Heineken Nederlands Beheer BV alsnog de werkgeversstatus in de zin van de richtlijn te geven door haar eigen werkzaamheden als onderwerp van de overeenkomst te maken. Hiermee wordt over het hoofd gezien dat deze werkzaamheden geen deel uitmaken van de overeenkomst met de verkrijger: die is immers geïnteresseerd in de cateringactiviteiten, niet in de eventuele detachingsactiviteiten van Heineken Nederlands Beheer BV.

Ten slotte: het argument dat de activa en passiva die worden overgedragen niet in eigendom aan de dochter toebehoren, maar van de moedermaatschappij/beheermaatschappij annex werkgever zijn en dat om die reden deze laatste in feite degene is die het contract met de verkrijger sluit, faalt eveneens. Het in eigendom/bezit hebben van de activa en passiva die de onderneming vormen is immers geen vereiste om als vervreemder te kunnen kwalificeren. De vervreemder is degene die de onderneming exploiteert, ongeacht of hij de daartoe noodzakelijke activa in eigendom heeft, huurt, pacht, leent of in vruchtgebruik heeft. Heineken Beheer BV was de exploitant en daarmee de vervreemder.

⁶ Een voorbeeld daarvan biedt Ktr. Rotterdam 9 februari 2000, *JAR* 2000/143. Een manager, in dienst van Shell Nederland Raffinaderij BV, maar feitelijk werkzaam bij een joint venture tussen zijn werkgever en een derde, kreeg een aanbod van de verkrijger van deze joint venture. De manager ging op het aanbod niet in en stelde dat de verkrijger niet door overgang van onderneming zijn werkgever was geworden, nu hij niet in dienst was bij de betreffende joint venture, maar daar slechts was gedetacheerd. De kantonrechter volgde die stelling.

⁷ Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, *NJ* 1982, 619

Deze overwegingen beperken de mogelijkheden de niet bij de vervreemder in dienst zijn de werknemers te laten overgaan sterk. Ik behandel hierna twee mogelijke opties. Voor de volledigheid wijs ik er hier reeds op dat indien alle betrokken partijen het eens zijn over de overgang van het personeel, tussen betrokkenen over de voorwaarden waaronder dat dient te geschieden een meerpartijenovereenkomst kan worden gesloten. De nu volgende opties behandelen echter de situatie dat een dergelijke eensgezindheid niet bestaat, of men niet het risico wil lopen dat achteraf blijkt dat men van verkeerde juridische vooronderstellingen is uitgegaan.

Optie 1: een extra contract

In de Heineken-zaak had Heineken Nederlands Beheer BV een overeenkomst kunnen sluiten met Albron, waarbij de detachingsactiviteit als zodanig onderwerp van overgang is. In die situatie zouden twee contracten en twee overgangen ontstaan: de cateringactiviteiten gaan over van Heineken Nederland BV naar Albron;⁸ de daar werkzame werknemers volgen indirect hun werk doordat Heineken Nederlands Beheer BV, hun werkgever, de detachingsactiviteit overdraagt en in dié situatie dus wel als vervreemder optreedt en de artikelen 7:662 e.v. BW hun werk kunnen doen. In mijn optiek schuilt een gevaar in deze oplossing. Het probleem zit in het tweede contract. Indien Heineken Nederlands Beheer BV met de verkrijger onderhandelt over de detachingsactiviteit, moet ervan uit worden gegaan dat dit een onderneming vormt in de zin van art. 7:662 BW. Indien dat niet zo is, gaan de daaraan verbonden werknemers immers niet automatisch over. Ik vraag mij af of een onderscheid moet worden gemaakt tussen de werknemers die zich bezighouden met het detacheren - de personen die onder andere de selectie van werknemers maken - en de werknemers die gedetacheerd worden. Zij houden zich strikt genomen immers niet bezig met de detachingsactiviteit, nemen geen deel aan deze "onderneming" maar zijn slechts - oneerbiedig gesteld - voorwerp van die activiteit. Ik ken geen precedentes, maar het zou me niet verbazen indien een rechter zou oordelen dat in deze situatie geen sprake is van "een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische entiteit". Naast dit argument wijs ik op het probleem van identiteitsbehoud van de onderneming.⁹ Gaat Albron de detachingsactiviteit voortzetten? Of was slechts het doel de werknemers via een omweg op de een of andere manier te laten overgaan? In veel gevallen waarin deze constructie wordt geprobeerd, zal dat laatste het geval zijn. De voor en na overgang verrichte activiteiten komen dan niet langer overeen, hetgeen - mijns inziens helemaal in deze opzet - een belangrijke aanwijzing is dat de onderneming haar identiteit heeft verloren, met als gevolg dat geen overgang van onderneming plaatsvindt. Ik vrees daarom dat de opzet zal mislukken: de samenstellende delen (twee overeenkomsten) vormen niet het gewenste geheel, te weten, een overgang van de activiteiten mét de daaraan verbonden werknemers.

Optie 2: juridische fusie

Omslachtiger, maar uiteindelijk trefzekerder is het aangaan van een juridische fusie en/of splitsing in de zin van art. 2:309/334a BW. Toegepast op de Heineken-casus zou Heineken Nederland BV een juridische fusie moeten aangaan met Albron BV. Is zulks ten aanzien van

⁸ Strikt genomen is dat geen overgang van onderneming, althans, de gevolgen die afdeling 8 in het leven roept doen zich niet voor, nu er geen werknemers zijn die op basis van deze overeenkomst overgaan.

⁹ Zie hiervoor o.a. HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502 (Spijkers).

deze gehele ondernemingen niet mogelijk of onwenselijk, dan zouden de onderdelen van Heineken Nederland BV en Albron BV waar het om draait eerst van Heineken Nederland BV en Albron BV moeten worden afgesplitst. De rechtspersoon die de activa en passiva van de respectievelijke ondernemingen uiteindelijk onder algemene titel verkrijgt, verkrijgt zo ook het detachingscontract tussen Heineken Nederlands Beheer BV en Heineken Nederland BV, met als gevolg dat in deze situatie onderneming en werknemers toch gelijktijdig overgaan. Zoals gezegd, deze route is omslachtig, en mijn simplificering doet geen recht aan de vele haken en ogen die kleven aan de juridische fusie en splitsing.¹⁰

De zaak Memedovic/Asito

Een werknemer moet op het moment van overgang in dienst zijn bij de onderneming die overgaat. Is de arbeidsovereenkomst reeds geëindigd vóór de datum van overgang, dan is er op het moment van overgang geen arbeidsovereenkomst meer in de zin van art. 7:663 BW en gaat dus ook niets over. Dit is voor de verkrijger van belang, bijvoorbeeld indien de vervreemder is veroordeeld tot het betalen van een vergoeding aan de werknemer en vervolgens niet thuis geeft. De ex-werknemer kan dan niet bij de verkrijger aankloppen. Anders ligt dat indien de arbeidsovereenkomst weliswaar is opgezegd, maar de opzegtermijn nog loopt op het moment van overgang. Op dat moment is art. 7:663 BW zonder restrictie van toepassing. Hetzelfde geldt indien de werknemer is geschorst. Hij is dan nog in dienst, en gaat mee over naar de verkrijger. Zo dacht – kort gezegd – het Hof 's-Gravenhage in de zaak die leidde tot een uitspraak van de Hoge Raad van 11 februari 2005¹¹ in een geschil tussen een werkneemster en haar vermeende werkgever. De werkneemster, schoonmaakster Memedovic, was naar aanleiding van klachten van de opdrachtgever door haar werkgever Asito Rotterdam Rijnmond BV (verder: Asito) geschorst. Tijdens haar schorsing (en haar inmiddels ingetreden arbeidsongeschiktheid) werd de betreffende schoonmaakopdracht overgenomen door schoonmaakbedrijf City Service. Op grond van art. 46 lid 3 van de CAO voor het schoonmaakbedrijf is de verkrijger van een opdracht onder zekere voorwaarden (onder andere dat de werknemer “werkzaam is op het project”¹²) verplicht al het personeel van de vorige opdrachtnemer over te nemen. Asito stelde zich op het standpunt dat de werkneemster op grond van overgang van onderneming was overgegaan naar City Service. De kantonrechter volgde deze stelling niet, het hof wel. De Hoge Raad caseerde de uitspraak van het hof. Hij oordeelde dat Memedovic niet gezien kon worden als werknemer in de zin van art. 7:663 BW, nu zeker was dat zij nooit zou terugkeren op het betreffende, overgedragen project.

Behoren bij het onderdeel van de onderneming

Hoe is dit arrest te begrijpen? Allereerst dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de situatie van de Heineken-casus en deze casus. In de Heineken-casus ging een gehele

¹⁰ Voor verdere complicaties verwijs ik naar mijn proefschrift *Overgang van onderneming in de private en publieke sector* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2000, hoofdstukken 3 en 4.

¹¹ HR 11 februari 2005, JAR 2005/67.

¹² Het onderscheid tussen deze bewoordingen en die uit art. 7:663 BW komen in de arresten niet goed uit de verf. Denkbaar is immers dat de schoonmaak-CAO voor de werknemer minder gunstig is: men moet immers werkzaam zijn op het project, en Memedovic was nu juist geschorst en arbeidsongeschikt. In het geval er sprake is van een overgang van onderneming, maakt dat overigens niet uit, nu art. 7:663 BW veel ruimer wordt geïnterpreteerd (schorsing en arbeidsongeschiktheid doen er voor de overgang niet toe) en voorrang heeft op CAO's.

onderneming annex rechtspersoon (en dus: potentieel werkgever) over. In die situatie moet men vaststellen wie daar op het moment van overgang in dienst is, en wie bij een andere onderneming binnen het concern in dienst is. Alleen de eersten gaan over. Aan deze redenering heeft men echter niet veel indien een onderdeel van een onderneming overgaat en alle werknemers in dienst zijn bij één en dezelfde onderneming annex werkgever. Een eenvoudig voorbeeld: bestaat een BV uit twee afdelingen en wordt één afdeling overgedragen, dan heeft men niets aan de Heineken-zaak, maar dient te worden vastgesteld wie bij welke afdeling hoort en, vervolgens, wie wel en wie niet overgaat. In die situatie is het arrest Botzen/Rotterdamsche Droogdokmaatschappij¹³ van belang, een arrest waarnaar de Hoge Raad in deze zaak ook verwijst. Uit dat arrest kan worden afgeleid, dat slechts die werknemers overgaan die “behoren bij” het betreffende onderdeel. Dat is niet altijd een uitgemaakte zaak. Denk hierbij aan de situatie dat een werknemer voor verschillende onderdelen tegelijk werkt en één of meer van deze onderdelen overgaan. Noch het arrest Botzen, noch enige andere mij bekende uitspraak biedt hier voldoende houvast. In de zaak Memedovic/Asito kon de Hoge Raad het Botzen-criterium (“behoren bij de overgedragen onderneming”) wel toepassen. De Hoge Raad overweegt dat de werkneemster, nu zij is geschorst en terugkeer is uitgesloten, niet bij de overgedragen onderneming behoort. Let wel: het gaat hier om overgang van een onderdeel – de schoonmaakklus bij de betreffende opdrachtgever. Was Asito in haar geheel overgegaan, dan wordt het Botzen-criterium irrelevant, nu de vraag naar wie bij welk onderdeel hoort geen rol speelt (iedereen gaat dan immers over). Het hof had dit onderscheid niet gemaakt en oordeelde dat nu Memedovic in dienst was bij Asito op het moment van overgang, de automatische overgang van haar arbeidsovereenkomst naar City Service het gevolg was. De Hoge Raad heeft om die reden het arrest van het hof terecht gecasseerd. De vraag is echter of de Hoge Raad dit onderscheid exact voor ogen had. Wat cryptisch is immers de volgende overweging: “Hierbij zij aangetekend dat aan de feitelijke status van de betrokken werknemer – zij is blijvend van het project gehaald – in dit verband meer gewicht toekomt dan aan diens formele status.” Aardig in deze uitspraak is de link die de Hoge Raad legt met het ondernemingsbegrip. De Hoge Raad haalt rechtspraak van het Hof van Justitie aan, waaruit blijkt dat schoonmaakwerkzaamheden hun kwalificatie als (onderdeel van een) onderneming ontleen aan de als economische eenheid te beschouwen groep van werknemers die de betrokken werkzaamheden duurzaam als een gemeenschappelijke activiteit verrichten.¹⁴ Een dergelijke onderneming gaat pas over in de zin van de richtlijn, indien de verkrijger niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar daarbij tevens een wezenlijk deel van het personeel overneemt dat de vervreemder speciaal voor die taak had ingezet. “In zulk een geval”, aldus de Hoge Raad, “stelt ook de bijzondere aard van dat onderdeel van de onderneming eisen aan de band tussen dat onderdeel en het daarbij betrokken personeel. Memedovic, die zonder enig vooruitzicht op terugkeer in haar oude functie was geschorst, maakt daardoor niet langer deel uit van de als economische eenheid te beschouwen groep van werknemers, die, speciaal daartoe ingezet door de oude ondernemer, duurzaam, dat wil zeggen: met een zekere continuïteit, een gemeenschappelijke activiteit verrichten.”

De zaak Hofstee/Volker Wessels

Uit een tweetal arresten van de Hoge Raad valt af te leiden dat de werknemer die ondubbelzinnig duidelijk maakt niet mee overgaan te willen gaan naar de verkrijger van

¹³ HvJEG 7 februari 1985, NJ 1985, 902.

¹⁴ Zie o.a. HvJEG 20 november 2003, JAR 2003/298 (Abler/Sodexho) en, recent, Ktr. Utrecht 27 oktober 2004, JAR 2005/6.

rechtsweg zijn arbeidsovereenkomst verliest zodra de overgang een feit is. Deze werknemer valt tussen wal en schip: hij blijft niet achter bij de vervreemder, maar is evenmin overgegaan.¹⁵ Op 4 november wees het Hof Amsterdam arrest in de zaak tussen werknemer Hofstee en Volker Wessels.¹⁶ Ook hier wilde de werknemer niet mee overgaan, maar de gevolgen waren, mede door de bijzondere casus, anders dan in de twee arresten. Mede daarom is het arrest de moeite van het behandelen waard. Hofstee was als managementassistent in dienst bij KPN Netwerk Bouw BV (verder: KPN). In het kader van een reorganisatie vervielen 600 arbeidsplaatsen en werd de vestiging te Groningen, waar Hofstee werkte, in februari 2002 gesloten. In diezelfde maand werd Hofstee door KPN boventallig verklaard. Voor Hofstee werd een CWI-vergunning gevraagd, waarna de arbeidsovereenkomst op 28 juni tegen 1 december 2002 werd opgezegd. In de tussentijd had KPN (op 31 mei 2002) Volker Wessels Netwerk Bouw (verder: VW) opgericht en de door haar gedreven onderneming in VW ingebracht. Redenerend vanuit de hiervoor behandelde Heinekencasus, zou Hofstee dus alsnog bij VW in dienst treden: hij was immers op het moment van overgang nog in dienst. Sterker nog: de toestemming van de CWI was op 28 juni verleend, een datum waarop de overgang van onderneming al had plaatsgevonden, zodat KPN, nu niet langer zij maar VW werkgever was, geen gebruik had kunnen maken van de CWI-vergunning. Niettemin oordeelde het hof dat Hofstee niet was overgegaan. Vast stond immers dat de activiteiten van de Groningse vestiging, na sluiting in februari 2002, waren overgeplaatst naar KPN Bouw in Son. Hofstee wilde zijn werkzaamheden aldaar niet voortzetten, omdat hij hierdoor dagelijks 550 kilometer zou moeten reizen (indien hij niet voor verhuizen zou kiezen). De Groningse vestiging van KPN Bouw was nimmer heropend en Hofstee had na zijn boventalligverklaring geen werkzaamheden meer bij KPN Bouw te Groningen verricht. Van de op 31 mei 2002 aan VW overgedragen onderneming maakte de Groningse vestiging geen deel meer uit, nu de vestiging te Son die activiteiten op het moment van overgang naar VW uitoefende en Hofstee had duidelijk gemaakt dáár niet te willen werken. "Het enkele feit dat er op 31 mei 2002 nog een arbeidsovereenkomst tussen KPN Bouw en Hofstee bestond (in afwachting van de toestemming van de CWI) maakt dat niet anders", aldus het hof. Deze overweging moet in mijn optiek niet veralgemeniseerd worden; zij ziet slechts op deze specifieke casus. In een 'normale' overgangssituatie zou het feit dat het CWI inmiddels een vergunning had afgegeven en Hofstee inmiddels in zijn opzegtermijn zat geen rol spelen bij het antwoord op de vraag of hij was overgegaan. Dat zou immers het geval zijn, nu hij nog in dienst was op het moment van overgang. In deze zaak was echter sprake van een dubbele overgang: eerst van Groningen naar Son, toen van Son naar VW. Omdat Hofstee niet bij de vestiging te Son werkte, kon hij nooit overgaan naar VW. Met andere woorden: hij was weliswaar in dienst van KPN Bouw op het moment van overgang, maar volgens het Botzen-criterium "behoorde" hij bij de verkeerde vestiging. Had hij ervoor gekozen naar Son over te gaan, dan was hij in mijn optiek wel degelijk naar VW overgegaan.

Slot

Voor het antwoord op de vraag welke werknemers in geval van overgang van onderneming overgaan, dient men het werknemersbegrip volgens een tweetrapsraket te benaderen. In het geval van meerdere (potentiële) werkgevers, zoals in concernstructuren, dient men te bezien of de werknemer in dienst is bij de onderneming die overgaat. Is dat niet het geval, dan gaat de werknemer niet mee over naar de verkrijger, maar blijft hij in dienst van de (hem detacherende) onderneming. In feite is dit dezelfde situatie als wanneer een uitzendkracht

¹⁵ HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 240 en HR 26 mei 2000, JAR 2000/152.

¹⁶ Hof Amsterdam 4 november 2004, rolnr. 861/03. De zaak is (nog) niet gepubliceerd.

geconfronteerd wordt met een overgang van de onderneming van de inlener waar hij op dat moment werkzaam is. Ook de uitzendkracht valt dan terug op zijn werkgever, het uitzendbureau. Is de eerste horde genomen, dan bestaan er situaties waarin een tweede vraag moet worden gesteld. Die situaties betreft de overgang van een onderdeel van een onderneming. Men zal dan moeten vaststellen welke werknemers behoren bij het over te dragen onderdeel. Dat is niet altijd gemakkelijk, maar in situaties van duidelijk afgebakende afdelingen en werknemers die niet al te veel 'zwerven' over verschillende afdelingen is het criterium goed hanteerbaar.