



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Hof 's-Hertogenbosch (zaaknummer HD 200.105.666/01, ECLI:NL:GHSHE:2014:588: Benetra B.V./werknemer: over de overgang van de onderneming van een transportbedrijf zonder de overname van de vrachtauto's, de overgang van de arbeidsongeschikte werknemer en de aansprakelijkheid voor de na de overgang opgelegde loonsanctie)

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2014

Document Version

Final published version

Published in

AR Updates Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2014). Hof 's-Hertogenbosch (zaaknummer HD 200.105.666/01, ECLI:NL:GHSHE:2014:588: Benetra B.V./werknemer: over de overgang van de onderneming van een transportbedrijf zonder de overname van de vrachtauto's, de overgang van de arbeidsongeschikte werknemer en de aansprakelijkheid voor de na de overgang opgelegde loonsanctie). 224. Case note on: Hof 's-Hertogenbosch, 4/03/14 *AR Updates Arbeidsrecht*, 2014(01/04).

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 <https://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.

commentaar op	Gerechtshof 's-Hertogenbosch 04-03-2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:588, (Benetra B.V./werknemer)
datum	01-04-2014
auteur	J.P.H. Zwemmer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 04-03-2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:588, (Benetra B.V./werknemer)

Over de overgang van de onderneming van een transportbedrijf zonder de overname van de vrachtauto's, de overgang van de arbeidsongeschikte werknemer en de aansprakelijkheid voor de na de overgang opgelegde loonsanctie

1. Inleiding

In het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 4 maart 2014 komen twee thema's aan de orde waarover in de rechtspraak over overgang van onderneming op uiteenlopende wijze is geoordeeld. Het eerste thema betreft de regelmatig terugkerende vraag of sprake is van overgang van onderneming in de situatie waarin vrijwel geen activa zijn overgenomen, maar door de nieuwe exploitant van de onderneming wel een wezenlijk deel van het personeel van de vorige exploitant in dienst is genomen dat hetzelfde klantenbestand is blijven bedienen. Het tweede thema betreft de vraag of de arbeidsovereenkomst van de op het tijdstip van overgang arbeidsongeschikte werknemer is overgegaan en welke verplichtingen in dat kader (zijn) komen te rusten op de verkrijger.

2. Feiten

De werknemer was sinds 2005 in dienst van Benetra B.V., een onderneming die zich bezighield met transport over de weg. Benetra maakte daarbij gebruik van vrachtauto's die werden gestald op haar eigen bedrijfsterrein. Vanaf augustus 2009 was de werknemer arbeidsongeschikt voor eigen werk. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen 2010/2011 van toepassing. Bij overeenkomst van 17 december 2010 kwamen Benetra en Wiba (Wiba Internationale Sneltransporten B.V.) overeen dat op 1 januari 2011 het merendeel van de activiteiten van de vestiging van Benetra waarbij de werknemer voorafgaande aan zijn arbeidsongeschiktheid werkzaam was, werd verkocht aan Wiba. Daarbij nam Wiba tegen betaling van een zogenoemde 'badwillvergoeding' van € 100.000 (een groot deel van) het klantenbestand en het personeelsbestand van Benetra over. Het ging daarbij om de afdelingen Koekjestransport en Overige distributie en al het rijdend personeel, behalve de werknemer en nog twee andere chauffeurs. Tijdens een bijeenkomst waarbij het personeel van Benetra door de directies van Benetra en Wiba werd geïnformeerd over de overname van hun arbeidsovereenkomsten heeft vakbond CNV zijn goedkeuring uitgesproken over de tussen Wiba en Benetra tot stand gekomen regeling. In de overnameovereenkomst kwamen Benetra en Wiba overeen dat de werknemer gedurende zijn arbeidsongeschiktheid in dienst zou blijven bij Benetra en hij pas over zou gaan naar Wiba zodra hij volledig arbeidsgeschikt zou zijn. Benetra bleef na 1 januari 2011 het loon doorbetalen aan de werknemer. Na periode 3 van 2011 heeft Benetra het loon van de werknemer gedeeltelijk onbetaald gelaten en vanaf periode 5 van 2011 is geen loon meer betaald aan de werknemer. De werknemer heeft Benetra verzocht het achterstallige loon te voldoen. Nadat Benetra hier niet aan tegemoetkwam, vorderde de werknemer loonbetaling van Wiba, stellende dat zijn arbeidsovereenkomst op grond van overgang van onderneming naar Wiba was overgegaan. Wiba wees de loonvordering van de hand onder verwijzing naar de hierover gemaakte afspraken in de overnameovereenkomst en naar de instemming met deze afspraak door het CNV. Bij beschikking van 29 juni 2011 deelde het UWV aan de werknemer mee dat de door hem aangevraagde WIA-aanvraag werd opgeschort en de verplichting van zijn werkgever tot doorbetaling van loon werd verlengd tot 23 augustus 2012. Bij beschikking van dezelfde datum berichtte het UWV Benetra dat aan haar een loonsanctie werd opgelegd op grond van artikel 7:629 lid 11 BW.

3. De kantonrechter te Breda in eerste aanleg

In eerste aanleg vordert de werknemer primair loonbetaling van Wiba in verband met het op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege overgaan van zijn arbeidsovereenkomst naar Wiba. Voor zover mocht worden geoordeeld dat geen sprake is van overgang van onderneming vordert de werknemer subsidiair loonbetaling van Benetra omdat in dat geval de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en Benetra ongewijzigd in stand is gebleven en Benetra dan gehouden is het achterstallig en toekomstig loon aan hem te voldoen. De kantonrechter te Breda (29 september 2011, JAR 2011/286, m.nt. Haanappel-van der Burg) neemt als feit aan dat de overnameovereenkomst tussen Benetra en Wiba heeft geresulteerd in een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW omdat ook Wiba hiervan uitgaat. Zo heeft Wiba zich op het standpunt gesteld dat zij had voldaan aan de informatieverplichting uit hoofde van artikel 7:665a BW. Ten aanzien van de overgang van de arbeidsovereenkomst van de werknemer oordeelt de kantonrechter dat het wettelijk systeem van artikel 7:663 BW uitgaat van een overgang van rechtswege naar de verkrijger van alle arbeidsovereenkomsten van de werknemers die werkzaam zijn in de overgedragen onderneming. De wet biedt geen ruimte om daarop voor bepaalde werknemers een uitzondering te maken, anders dan dat de werknemer zelf kan besluiten niet in dienst te treden bij de verkrijger. Omdat een besluit van de werknemer niet in dienst te treden bij de verkrijger eveneens meebrengt dat de arbeidsovereenkomst met de vervreemder van rechtswege eindigt, moet sprake zijn van een duidelijke en ondubbelzinnige weigering van de werknemer om over te gaan naar de verkrijger. Van dat laatste is naar het oordeel van de kantonrechter in casu geen sprake. De kantonrechter neemt aan dat de werknemer voor een voldongen feit is geplaatst in die zin dat hem louter is medegedeeld door Wiba, Benetra, dan wel de vakbondsman van CNV, dat hij bij Benetra in dienst zou blijven. Dat de werknemer daartegen niet heeft geprotesteerd kan hem niet worden aangerekend in die zin dat hij daarmee zijn rechten in het kader van artikel

7:663 BW heeft verspeeld, aldus de kantonrechter. Dat de werknemer Benetra heeft aangemerkt in zijn WIA-aanvraag leidt niet tot een ander oordeel, nu Benetra op dat moment nog zijn loon betaalde en ook met het UWV correspondeerde over de WIA-aanvraag van de werknemer.

De kantonrechter passeert de stelling van Wiba dat de band tussen de werknemer en de van Benetra overgenomen vestiging volledig was verbroken in verband met de langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer en de verwachting dat de werknemer niet meer zou herstellen. De door Wiba getrokken parallel met de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Memedovic/Asito (HR 11 februari 2005, JAR 2005/67) gaan niet op omdat, zoals ook werd overwogen in de uitspraak van het Hof Amsterdam van 22 februari 2007 (JAR 2007/105), het stellen van de eis dat een werknemer ten tijde van de overgang feitelijk in de onderneming werkzaam is, de door Richtlijn 2001/23/EG beoogde bescherming te zeer zou inperken. Bovendien geldt, zo overweegt de kantonrechter, dat anders dan in de situatie die bij de Hoge Raad voorlag in het arrest Memedovic/Asito, in dit geval niet vaststaat dat de werknemer nooit meer zou kunnen terugkeren op de overgedragen transportafdelingen. Ter zitting had de werknemer gesteld dat hij volgens zijn behandeld arts weer als chauffeur zou kunnen werken, zij het met hulpmiddelen om te kunnen laden en lossen en er was geen sprake van een oordeel van een verzekeringsarts of arbeidsdeskundige waaruit bleek dat de werknemer volledig arbeidsongeschikt zou blijven ten aanzien van de bedongen arbeid. De kantonrechter oordeelt vervolgens dat tot 25 augustus 2011 de verplichting tot betaling van het loon aan de werknemer (mede) op Wiba rust. De verplichting van Benetra om op grond van de op 29 juni 2011 aan haar opgelegde loonsanctie het loon van de werknemer door te betalen tot 23 augustus 2012 kan naar het oordeel van de kantonrechter niet worden ingeroepen tegen Wiba. De kantonrechter overweegt dat de verplichting tot doorbetaling van loon uit hoofde van de loonsanctie van het UWV buiten het toepassingsbereik van artikel 7:663 BW valt. Deze verplichting is ontstaan na de overgang van de onderneming op 1 januari 2011 en in artikel 7:663 BW is bepaald dat de rechten en verplichtingen overgaan die op het tijdstip van de overgang van onderneming voortvloeiden uit de arbeidsovereenkomst tussen de vervreemdende werkgever en de werknemer, zo overweegt de kantonrechter. Benetra wordt daarom veroordeeld het loon ingevolge artikel 7:629 BW na 25 augustus 2011 tot 23 augustus 2012 aan de werknemer te voldoen.

4. Overwegingen hof

In hoger beroep stelt Benetra zich op het standpunt dat zij niet gehouden is na 25 augustus 2011 het loon van de werknemer door te betalen. Hoewel de loonsanctie van het UWV aan haar is gericht, meent zij dat de werknemer daaraan tegenover haar geen rechten kan ontlenen omdat de werknemer als gevolg van de overgang van de onderneming niet meer bij haar in dienst is. De werknemer betwist dat sprake is geweest van overgang van onderneming omdat de vrachtauto's en het bedrijfsterrein van Benetra niet zijn overgegaan naar Wiba. Wiba had al een eigen transportonderneming en het vervoer van koekjes en distributie ervan was ook al binnen de eigen onderneming van Wiba ondergebracht, zo betoogt de werknemer. Ook als wel sprake zou zijn geweest van overgang van onderneming dan is volgens de werknemer zijn arbeidsovereenkomst niet mee overgegaan omdat hij niet in passend werk kon terugkeren bij Benetra. Om deze reden is hij ook van de overgang van het overige personeel naar Wiba uitgezonderd, terwijl hij voorts heeft ingestemd met een doorbetaling van loon door Benetra zolang hij arbeidsongeschikt was, en daarmee met het voortduren van zijn arbeidsovereenkomst met Benetra.

Het hof overweegt dat op grond van de overnameovereenkomst tussen Benetra en Wiba, Benetra zowel haar klantenbestand als vrijwel haar volledige personeel overdroeg aan Wiba, terwijl Wiba bovendien nog twee maanden om niet kon beschikken over het bedrijfsterrein van Benetra. Daarnaast heeft Benetra met ingang van 1 januari 2011 al haar activiteiten in de betrokken vestiging gestaakt. Daarmee is naar voorshands oordeel van het hof voldoende aannemelijk dat sprake is van overgang van onderneming. Naar het oordeel van het hof staat aan de door hem aangenomen overgang van onderneming niet in de weg dat Wiba niet ook nog de vrachtauto's van Benetra heeft overgenomen. Wiba beschikte kennelijk zelf al over voldoende materieel of kon daarover anderszins beschikken, zo overweegt het hof. Dat een economische eenheid in de zin van artikel 7:662 lid 2 onder b BW is overgegaan leidt het hof voorts af uit de omstandigheid dat de betrokken vestiging tot mei 2010, kort voor het sluiten van de overnameovereenkomst, een aparte BV was en daarna was opgegaan in Benetra zonder dat dit gevolgen had gehad voor de bedrijfsvoering van de betrokken vestiging.

Bij de overgang van de vestiging van Benetra naar Wiba is naar het oordeel van het hof ook de arbeidsovereenkomst van de werknemer van rechtswege mee overgegaan. Het hof passeert daarbij de stelling van de werknemer dat zijn arbeidsovereenkomst niet is overgegaan naar Wiba omdat hij geen deel (meer) uitmaakte van de onderneming die door Benetra werd overgedragen aan Wiba. Het hof wijst erop dat de werknemer tijdens zijn arbeidsongeschiktheid verbonden bleef aan de door Benetra overgedragen vestiging. Die vestiging was verantwoordelijk voor alle re-integratieactiviteiten tijdens zijn arbeidsongeschiktheid. Onder deze omstandigheden kan naar het oordeel van het hof niet worden gezegd dat zich hier een situatie voordoet als aan de orde in het arrest Memedovic/Asito. Dat de werknemer niet in passend werk kon terugkeren bij Benetra is door Benetra gemotiveerd weersproken. De enkele omstandigheid dat mogelijk in het kader van de re-integratie het zogenoemde tweede spoor is/wordt ingezet, is naar het oordeel van het hof onvoldoende om hierover anders te oordelen. Ook een dergelijke re-integratie heeft niet tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst met de werkgever wordt verbroken. Ook het feit dat in de overnameovereenkomst tussen Wiba en Benetra (tijdelijk) wordt afgezien van de overgang van de werknemer brengt het hof niet tot een ander oordeel. Een overgang van rechtswege in de zin van artikel 7:663 BW kan door de vervreemder en de verkrijger niet op een ander moment worden gesteld dan het tijdstip van de overgang van de onderneming. Voor zover in de stellingen van de werknemer moet worden gelezen dat hij niet wenste in te stemmen met de overgang van zijn arbeidsovereenkomst naar Wiba overweegt het hof dat in dat geval sprake moet zijn van een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring waarin hij zijn weigering over te gaan kenbaar heeft gemaakt. Daarvan is naar het oordeel van het hof in casu geen sprake geweest. Dat de werknemer geen bezwaar heeft gemaakt tegen de loondoorbetaling door Benetra na 1 januari 2011 kan niet worden beschouwd als een weigering in dienst te treden bij Wiba. Dat geldt evenmin voor het door de werknemer vermelden van Benetra als zijn werkgever op het aanvraagformulier voor de WIA-uitkering. Als hieruit al een weigering mee over te gaan zou kunnen worden afgeleid, dan heeft die verklaring naar het oordeel van het hof niet het daarmee beoogde rechtsgevolg gehad omdat deze was gericht aan het UWV en niet aan Benetra of Wiba.

Anders dan de kantonrechter in eerste aanleg oordeelt het hof dat de werknemer Benetra niet kan aanspreken op loondoorbetaling in verband met de door het UWV opgelegde loonsanctie. Het hof wijst erop dat de arbeidsovereenkomst van de werknemer op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege is overgegaan naar de verkrijger. Indien op het tijdstip van overgang sprake is van arbeidsongeschiktheid gaat de (wettelijke) verplichting tot re-integratie van die arbeidsongeschikte werknemer van rechtswege over op de verkrijger. De verkrijgende werkgever dient daarbij ook op te komen voor de eventuele gevolgen van het niet voldoen aan die re-integratieverplichting door de oude werkgever. Daarbij is naar het oordeel van het hof niet van belang dat de beschikking van het UWV in dit geval gericht is tot Benetra. Het staat zowel Benetra als Wiba vrij om als belanghebbende deze beschikking aan te vechten, maar het heeft in ieder geval niet als gevolg dat de werknemer hier in de relatie met Wiba geen rechten aan zou kunnen ontnemen.

5. Overgang onderneming transportbedrijf zonder de overname van de vrachtauto's

Dat Wiba na 1 januari 2011 niet gebruik is gaan maken van de vrachtauto's van Benetra vormt voor het hof geen grond om aan te nemen dat het transportbedrijf van Benetra niet met behoud van identiteit is overgegaan naar Wiba. Dat Benetra op grond van de met Wiba gesloten overnameovereenkomst zowel haar klantenbestand als vrijwel haar volledige personeel overdroeg aan Wiba en Wiba nog twee maanden kon beschikken over het bedrijfsterrein van Benetra en de omstandigheid dat Benetra haar activiteiten in de betrokken vestiging staakte, brengen voor het hof mee dat sprake is van overgang van onderneming. Het is de vraag of het hof hier een juiste maatstaf aanlegt. Zo oordeelde de kantonrechter te Amsterdam onlangs in een op hoofdlijnen vergelijkbare casus (Ktr. Amsterdam 17 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1262 en AR 2014-0266) dat het door Martinair staken van de passagiersactiviteiten en het door KLM in dienst nemen van het voorheen bij Martinair in dienst zijnde personeel niet impliceerde dat sprake was van overgang van onderneming. De identiteit van de passagiersactiviteiten van Martinair was onvoldoende behouden gebleven omdat de voor de activiteiten noodzakelijke activa – de door Martinair gebruikte vliegtuigen – niet in gebruik waren genomen door KLM, zo overwoog de kantonrechter.

Is bij een overgang van een kapitaalsintensieve onderneming als hier aan de orde dan nooit sprake van identiteitsbehoud wanneer de activa niet over – of in gebruik (zie HvJ EG 15 december 2005, JAR 2006/19 (Securicor)) – zijn genomen door de verkrijger? Dat lijkt op gespannen voet te staan met de overwegingen van het Hof van Justitie in het Spijkers-arrest (HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987/502). In dit arrest overwoog het Hof van Justitie dat het antwoord op de vraag of sprake is van overgang van onderneming niet uitsluitend afhangt van het al dan niet overgaan van activa, maar aan de hand van alle feitelijke omstandigheden moet worden onderzocht of het gaat om de vervreemding van een lopend bedrijf, wat met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten. Dat materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen zijn overgenomen is een van de zeven feitelijke omstandigheden – Spijkers-factoren – die het Hof van Justitie in dit kader noemt. Voorts benadrukt het Hof van Justitie dat al deze factoren slechts deelaspecten zijn van het te verrichten globale onderzoek en daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld. Dat neemt echter niet weg dat de ene Spijkers-factor zwaarder kan wegen dan de andere. In het arrest Verbeek/Process House (HR 10 december 2004, JAR 2005/13) oordeelde de Hoge Raad dat wanneer de verkrijger voorafgaand aan de overgang reeds vergelijkbare werkzaamheden verrichtte, het belang van de omstandigheid dat de activiteiten voor en na de overgang met elkaar overeenkomen op nihil moet worden gesteld. Mijns inziens volgt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van na het Spijkers-arrest, dat de omstandigheid dat wel of geen activa zijn overgenomen door de verkrijger, bepalend zal zijn bij de beantwoording van de vraag of sprake is van identiteitsbehoud. Dat is alleen anders wanneer de arbeidskrachten het voornaamste kenmerk vormen van de ondernemingsactiviteit (HvJ EG 11 maart 1997, JAR 1997/91 (Süzen)). Die handvatten zijn mijns inziens ook nodig voor de praktijk omdat een volledig holistische benadering van de vraag of sprake is van identiteitsbehoud zou leiden tot te veel rechtsonzekerheid over het antwoord op de vraag of sprake is (geweest) van overgang van onderneming. Daarbij merk ik op dat het onderscheid tussen ondernemingen met een zogenaamd kapitaalsintensief karakter en ondernemingen met een arbeidsintensief karakter in lang niet alle gevallen zwart-wit is. Een illustratie van dat laatste vormt het oordeel van het Hof van Justitie in het Sodexho-arrest (HvJ EG 20 november 2003, JAR 2003/298).

Gelet op het bovenstaande had naar mijn mening het door Wiba gebruik gaan maken van de vrachtauto's van Benetra bepalend moeten zijn geweest voor een bevestigende beantwoording van de vraag of sprake is van overgang van onderneming. Ik wijs daarbij ook op de omstandigheden in het arrest Oy Liikenne van het Hof van Justitie (HvJ EG 25 januari 2001, JAR 2001/68). Hoewel in dit arrest sprake was van een contractswissel, sluiten de omstandigheden die hier aan de orde waren aan bij die in deze zaak. In het arrest Oy Liikenne oordeelde het Hof van Justitie dat geen sprake was van identiteitsbehoud bij de overgang van een vervoersconcessie van de ene op de andere busmaatschappij omdat de busmaatschappij die de vervoersconcessie verkreeg geen gebruik ging maken van de bussen van de andere maatschappij, maar eigen bussen inzette op de vervoersconcessie. De nieuwe vervoerder nam hier wel 33 van de 45 chauffeurs in dienst die voorheen op deze concessie reden. Ook nam de nieuwe vervoerder de dienstuniformen van de voormalige vervoerder over. Het Hof van Justitie oordeelde dat geen sprake was van overgang van onderneming en overwoog daarbij:

'In een sector als het geregeld openbaar vervoer per autobus, waarin materiële activa in belangrijke mate bijdragen aan de activiteit, moet het feit dat geen overgang van enig belang van dergelijke, voor de goede werking van de eenheid onontbeerlijke activa van de vorige naar de huidige opdrachtnemer heeft plaatsgevonden, evenwel tot de conclusie leiden, dat de eenheid haar identiteit niet heeft behouden.'

In lijn hiermee zouden de door Benetra gebruikte vrachtauto's moeten worden beschouwd als onontbeerlijke activa voor de goede werking van de transportonderneming. Het feit dat deze vrachtauto's niet zijn overgenomen door Wiba impliceert dan dat geen sprake is van identiteitsbehoud, en dus van overgang van onderneming. Dat Benetra zowel haar klantenbestand als vrijwel haar volledige personeel overdroeg aan Wiba en Benetra na de overgangsdatum al haar activiteiten in de betrokken vestiging staakte is dan onvoldoende om aan te nemen dat de onderneming met behoud van identiteit is overgegaan.

6. De overgang van de arbeidsongeschikte werknemer

Het hof passeert de stelling van de werknemer dat zijn arbeidsovereenkomst niet is overgegaan naar Wiba omdat hij in verband met zijn arbeidsongeschiktheid op het tijdstip van overgang geen deel (meer) uitmaakte van de onderneming die door Benetra werd overgedragen aan Wiba. Het hof oordeelt dat hier geen sprake is van een situatie als aan de orde in het arrest Memedovic/Asito. In een eerder commentaar (AR 2012-0759) bij de uitspraak van het Hof Leeuwarden van 14 augustus 2012 (JAR 2012/243) stond ik reeds stil bij de positie van de arbeidsongeschikte werknemer bij overgang van onderneming. Het hof oordeelde in deze uitspraak dat ook de arbeidsovereenkomst van de langdurig maar niet blijvend arbeidsongeschikte werknemer, die voorafgaand aan zijn arbeidsongeschiktheid werkzaam was bij het overgegangene ondernemingsonderdeel en daar naar verwachting ook weer aan het werk zou gaan na zijn herstel, van rechtswege mee overgaat (in zijn recente uitspraak van 18 maart 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2165, oordeelde het hof op een zelfde wijze). In mijn commentaar betoogde ik dat het niet mee overgaan van de arbeidsongeschikte werknemer op de voet van de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Memedovic/Asito in strijd is met het doel van artikel 7:662 e.v. BW en de daaraan ten grondslag liggende Richtlijn 2001/23/EG, ook wanneer op het tijdstip van de overgang aannemelijk zou zijn dat de arbeidsongeschikte werknemer niet meer op een wijze als voorheen werkzaam zal kunnen zijn bij het overgaande ondernemingsonderdeel. Mijns inziens moeten de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Memedovic/Asito restrictief worden uitgelegd en zouden deze uitsluitend van toepassing kunnen zijn in een situatie als aan de orde in dat arrest, waarin de betrokken werknemer op het tijdstip van de overgang om niet met de overgang van het ondernemingsonderdeel verband houdende redenen is geschorst en geen uitzicht op terugkeer bestaat.

Het hof overweegt dat een overgang van rechtswege in de zin van artikel 7:663 BW door de vervreemder en de verkrijger niet op een ander moment kan worden gesteld dan het tijdstip van de overgang van de onderneming. Dit oordeel is in lijn met de overwegingen van het Hof van Justitie in het arrest Celtec/Astley (HvJ EG 26 mei 2005, JAR 2005/205). In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie dat het tijdstip waarop de hoedanigheid van 'ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert' overgaat van de vervreemder op de verkrijger het tijdstip is waarop de onderneming én de daar werkzame werknemers overgaan in de zin van de Richtlijn. De weigering van de werknemer in dienst te treden bij de verkrijger leidt tot een beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst van rechtswege (HvJ EG 11 juli 1985, NJ 1988/907 (Mikkelsen) en HR 7 oktober 1988, NJ 1989/240 (Boode/Hoheisel)). Die weigering moet dan wel geschieden in een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring (HR 26 mei 2000, JAR 2000/152 (Veenendaal/Van Vuuren)). Op de vervreemder rust in dat kader de verplichting de werknemer te informeren over zijn rechtspositie en over de gevolgen van het al dan niet overgaan van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:663 BW. Uit de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Bos/Pax (HR 26 juni 2009, JAR 2009/183) volgt dat het op initiatief van Benetra (en Wiba) en met goedkeuring door de vakbond na de overgang in dienst van Benetra blijven van de werknemer gedurende zijn arbeidsongeschiktheid, niet kan worden opgevat als een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werknemer om niet mee over te gaan. Dat de werknemer na de overgang Benetra vermeldde op het aanvraagformulier voor de WIA-uitkering en hij zich nu bij het hof op het standpunt stelt dat hij zou hebben ingestemd met het voortduren van zijn arbeidsovereenkomst met Benetra zolang hij arbeidsongeschikt was, maakt dit naar mijn mening niet anders. Ook als hieruit zou kunnen worden opgemaakt dat de werknemer niet zou hebben ingestemd met de overgang van zijn arbeidsovereenkomst naar Wiba, maakte de werknemer dit pas duidelijk (lang) nadat de onderneming was overgegaan naar Wiba. Naar mijn mening kan dat dan geen effect meer hebben op de overgang van de arbeidsovereenkomst van de werknemer.

7. De aansprakelijkheid voor de na de overgang opgelegde loonsanctie

Anders dan de kantonrechter oordeelt het hof dat de verlengde verplichting tot loonbetaling aan de werknemer uit hoofde van de loonsanctie van het UWV als uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting onder het toepassingsbereik van artikel 7:663 BW valt (zo ook Hof Leeuwarden 28 augustus 2012, JAR 2012/259). Dat lijkt mij in lijn met de aan artikel 7:663 BW ten grondslag liggende ratio. In artikel 7:663 BW, noch in het daaraan ten grondslag liggende artikel 3 uit de Richtlijn, wordt een onderscheid gemaakt tussen al dan niet als arbeidsvoorwaarden aan te duiden wezenlijke en minder wezenlijke aspecten van de arbeidsovereenkomst. Daardoor is sprake van een alomvattende overgang van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen (zie hierover nader par. 5.6 van mijn dissertatie *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012). De verkrijger treedt op het moment van overgang in alle uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, ongeacht of deze voor of na de overgang (zijn) ontstaan of opeisbaar (zijn) (ge)worden (HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985/900 (Abels)). Hoewel de verplichting tot verlengde loonbetaling voortvloeit uit de wet, staat zij in een dusdanig nauw verband met de arbeidsovereenkomst dat deze verplichting naar mijn mening voor de toepassing van artikel 7:663 BW moet worden aangemerkt als een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting. De arbeidsovereenkomst vormt immers de grondslag voor deze verplichting en de werknemer kan hiervan zelfstandig nakoming vorderen bij de werkgever. Dat geldt, indien daarover in de arbeidsovereenkomst met de werknemer geen afspraken zijn gemaakt, ook voor andere meer gebruikelijke uit de wet voortvloeiende verplichtingen van de werkgever op grond van de arbeidsovereenkomst met de werknemer, zoals de verplichting tot betaling van het in artikel 7:629 lid 1 BW genoemde percentage van het loon tijdens ziekte en het in acht nemen van de in artikel 7:672 BW voorgeschreven opzegtermijn.

Hoewel de loonsanctie in dit geval na de overgang was opgelegd aan Benetra, oordeelt het hof dat het hier gaat om een verplichting die rust op 'de werkgever'. Sinds 1 januari 2011 is dat, als gevolg van de door het hof aangenomen overgang van onderneming, Wiba. Dat de beschikking van het UWV is gericht aan Benetra is dan naar het oordeel van het hof niet van belang. Naar het oordeel van het hof kan de werknemer uitsluitend Wiba aanspreken op loonbetaling in verband met de door het UWV opgelegde loonsanctie. Dat de loonsanctie na het tijdstip van overgang werd opgelegd neemt mijns inziens echter niet weg dat deze mede is gegrond op het door Benetra voorafgaande aan de overgang van de arbeidsovereenkomst niet voldoen aan haar re-integratieverplichtingen ex artikel 7:658a BW. Betoogd zou kunnen worden dat de aansprakelijkheid voor de verlengde loonbetaling om die reden onder de hoofdelijke aansprakelijkheid van Benetra op grond van de tweede zin van artikel 7:663 BW zou kunnen vallen. Daarnaast zou Wiba, indien over de kosten van een eventuele loonsanctie niets werd afgesproken in de

overnameovereenkomst, Benetra kunnen aanspreken voor (een deel van) het loon dat op grond van het door Benetra niet voldoen aan haar re-integratieverplichtingen door Wiba aan de werknemer moet worden betaald. Artikel 7:663 BW beoogt geen inbreuk te maken op de onderlinge verhouding tussen de vervreemder en de verkrijger ten aanzien van de aansprakelijkheid voor uit de arbeidsovereenkomst van de overgegangene werknemer voortvloeiende verplichtingen. Dat brengt mee dat de verkrijger die aan de werknemer een schuld heeft voldaan waarvoor de vervreemder voor de overgang ten opzichte van de werknemer aansprakelijk en draagplichtig was, de vervreemder kan aanspreken tot terugbetaling daarvan (zie Rb. Zwolle-Lelystad 19 oktober 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BU5790). Wiba zou dan op grond van artikel 6:10 en 6:12 BW regres kunnen nemen op Benetra voor de kosten van de aan haar haar opgelegde loonsanctie indien deze het gevolg is van het door Benetra niet voldoen aan haar re-integratieverplichtingen jegens de werknemer gedurende de tijd dat hij bij Benetra in dienst was.

Of derden, zoals pensioenfondsen of de Belastingdienst, de verkrijger op grond van artikel 7:663 BW kunnen aanspreken op voorafgaande aan het tijdstip van de overgang ontstane (wettelijke) verplichtingen van de vervreemder uit hoofde van de arbeidsovereenkomst van de werknemer, lijkt op basis van de rechtspraak af te hangen van de aard van de verplichting (zie hierover nader aant. C.3 van mijn commentaar bij art. 7:663 BW in Sdu Commentaar Arbeidsrecht Artikelsgewijs).