

## Overgang van onderneming: werknemer kan afstand doen van zijn rechten

7 juli 2009

### Inleiding

De vraag of het mogelijk is af te wijken van de Wet Overgang van onderneming is even oud als die wet zelf. In de praktijk doen zich situaties voor waar werkgever of werknemer ervoor willen kiezen af te wijken van hetgeen de wet voorschrijft. Men probeert dan met maatwerk een oplossing te vinden, terwijl de Wet daarvoor weinig ruimte lijkt te laten. In het [arrest Bos/Pax van 26 juni 2009](#) heeft de Hoge Raad echter bepaald dat een werknemer afstand kan doen van de bescherming die de Wet hem biedt, zij het alleen onder strikte voorwaarden. Welke voorwaarden de Hoge Raad stelt en hoe daarmee in de praktijk omgegaan kan worden, leest u in deze Legal Alert.

### Hoofdpijnen overgang van onderneming

#### *Werknemersbescherming*

Als zich een overgang van onderneming voordoet, treden de werknemers die in die onderneming werkzaam zijn op het moment van de overgang van rechtswege bij de verkrijger in dienst. Zij behouden bovendien de rechten en plichten die op grond van hun arbeidsovereenkomst met de vervreemder bestaan.<sup>1</sup> Deze bescherming is van

dwingendrechtelijke aard, in de zin dat er niet in voor de werknemers ongunstige zin van mag worden afgeweken. Werknemers kunnen niet afzien van de rechten die het leerstuk van overgang van onderneming hen toekent. Hun rechten mogen bovendien niet worden verminderd, ook niet met hun instemming.<sup>2</sup>

Er zijn evenwel situaties waarin de werknemer de bescherming die de Wet Overgang van onderneming biedt, niet nodig heeft. Dat is het geval wanneer de werknemer uit vrije wil de arbeidsovereenkomst verbreekt, of wanneer de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd krachtens een overeenkomst die vrijelijk wordt gesloten tussen de werknemer en de vervreemder en/of verkrijger.<sup>3</sup>

#### *Recht op informatie*

De werkgever die voornemens is (een deel van) zijn onderneming op de voet van art. 7:662 BW over te dragen, zal de bij die overgang betrokken werknemers volledig moeten voorlichten over hun recht om met behoud van hun arbeidsvoorwaarden over te gaan naar de verkrijger, zo volgt uit het Rabobank-arrest (HR 27 oktober 2007, JAR 2007/285).

---

Wet zijn de EG-richtlijnen 77/187 en 98/50 door Nederland geïmplementeerd.

<sup>2</sup> HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990, 423 (Daddy's Dance Hall), zie verder o.a.: HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994, 168.

<sup>3</sup> HvJ EG 11 juli 1985, NJ 1988, 907.

---

<sup>1</sup> Art. 7:663 BW, dat het hart vormt van de Wet Overgang van Onderneming neergelegd in art. 7:662-666 BW. Met die

### HR 26 juni 2009, LJN: BH4043 (Bos/Pax)

#### *Feiten*

Bos was sinds 1980 in dienst van Douwe Egberts – DE –. Hij werkte voor een afdeling waarin de logistieke activiteiten van DE waren ondergebracht. In september 2003 sluiten DE en Pax een overeenkomst op grond waarvan DE haar logistieke werkzaamheden aan – het daartoe speciaal opgerichte – Pax uitbesteedt. De werknemers, onder wie Bos, ontvangen van DE een brief waarin wordt bevestigd dat zij per september 2003 in dienst zijn van Detrex, een dochteronderneming van DE. Bos tekent deze brief voor akkoord. Hij blijft zijn werkzaamheden verrichten op grond van een tussen Detrex en Pax gesloten detacheringsovereenkomst. Ruim twee jaar later besluit Detrex om alle werknemers, onder wie Bos, te ontslaan. De werknemers kunnen per de ontslagdatum bij Pax in dienst treden (zonder dat in de visie van Detrex en Pax sprake is van een overgang van onderneming).

Bos stelt zich vervolgens alsnog op het standpunt dat hij per september 2003 als gevolg van een overgang van onderneming van rechtswege is overgegaan naar Pax. De Kantonrechter die over de zaak oordeelt, wijst dat standpunt van de hand, daarin gevolgd door het Hof. Het Hof is onder meer van mening dat in het midden kan blijven of in september 2003 sprake was van een overgang van onderneming, omdat Bos toen uitdrukkelijk akkoord gegaan is met indiensttreding bij Detrex.

Bos, bijgestaan door ons kantoor, gaat in cassatie en stelt zich, kort gezegd, op het standpunt dat alleen het feit dat hij de brief uit september 2003 voor akkoord getekend heeft, onvoldoende is om aan te nemen dat hij afstand heeft gedaan van de bescherming die de Wet Overgang van onderneming hem biedt. De Hoge Raad volgt dat standpunt.

#### *Kernoverwegingen Hoge Raad*

Doordat DE Bos heeft uitgenodigd het dienstverband met haar te verbreken en in dienst te treden bij Detrex, die de aan Pax uit te besteden activiteiten feitelijk ook zou gaan verrichten, leek naar de vorm geen sprake te zijn van een overgang van onderneming. In feite strekte de gang van zaken echter wel degelijk tot een overgang van onderneming, aldus de Hoge Raad. Het feit dat Bos afstand heeft gedaan van de arbeidsovereenkomst met DE, onder gelijktijdige indienst-

treding bij Detrex, is in die overgang een essentiële schakel, aldus de Hoge Raad. In dat licht heeft het Hof aan de enkele omstandigheid dat Bos uitdrukkelijk akkoord gegaan is met indiensttreding bij Detrex ten onrechte de conclusie verbonden dat hij in september 2003 niet door werking van art. 7:663 BW van rechtswege bij Pax in dienst getreden is.

Aan welke eisen dient een akkoordverklaring dan wel te voldoen, wil daaraan de conclusie verbonden kunnen worden dat de werknemer afstand heeft gedaan van de bescherming van art. 7:663 BW?

Aan de akkoordverklaring van Bos moet, aldus de Hoge Raad, de eis worden gesteld dat hij uit vrije wil de arbeidsovereenkomst met DE zou hebben verbroken en aldus ondubbelzinnig afstand zou hebben gedaan aan de aan hem door art. 7:663 BW geboden bescherming.

Wat DE had moeten doen om ervoor te zorgen dat de akkoordverklaring van Bos aan de voornoemde eisen voldeed, is het volgende.

In de eerste plaats had DE Bos een keuze moeten voorleggen om:

- i) bij haar in dienst te blijven, met als rechtsgevolg dat hij door overgang van het desbetreffende onderdeel van de onderneming van DE naar Pax, van rechtswege bij Pax in dienst zou treden, ofwel
- ii) in dienst te treden bij Detrex, al dan niet onder compenserende arbeidsvoorwaarden.

Daarnaast had DE Bos – conform het hiervoor besproken Rabobank-arrest – voldoende opening van zaken en duidelijkheid over de te maken keuzes moeten verschaffen, en hem volledige voorlichting moeten geven omtrent zijn rechtspositie. Dit om te waarborgen dat Bos, die geconfronteerd werd met een overgang van de onderneming waarbij hij werkzaam was, zijn eventuele beslissing om afstand te doen van de bescherming die hij op grond van de Wet Overgang van onderneming genoot, volledig geïnformeerd kon nemen, aldus de Hoge Raad.

### Commentaar

Ook al kwamen oplossingen zoals DE en Pax hebben gekozen in de praktijk met enige regelmaat voor, tot op heden was niet duidelijk in hoeverre deze zijn toegestaan. Met name was onduidelijk hoe dergelijke afspraken zich verhouden tot het duidelijke standpunt van het Hof van Justitie dat een werknemer niet kan afzien van zijn dwingendrechtelijke bescherming. De Hoge Raad heeft nu bevestigd dat die hoofdregel ook voor dit soort situaties geldt, maar geeft ook aan hoe van die hoofdregel kan worden afgeweken.

De voorwaarden die de Hoge Raad formuleert zijn streng. De werkgever zal zijn werknemers niet slechts op hoofdlijnen, maar volledig over hun rechten moeten informeren. Hij kan dat niet aan, bijvoorbeeld, de bij de overgang betrokken werknemersorganisaties overlaten. Ook de voorwaarde dat werknemers de mogelijkheid moet worden geboden een beroep te doen op overgang van onderneming, zal tot complicaties kunnen leiden. Het aanbieden van die mogelijkheid kan er immers toe leiden dat een werknemer er toch voor kiest van rechtswege bij de verkrijger in dienst te treden, terwijl dat niet de vervreemder of verkrijger gewenste oplossing is.

Het is echter de vraag of het risico dat een beroep wordt gedaan op overgang van onderneming, door deze uitspraak groter is geworden. Wij achten dat niet aannemelijk. Het risico dat een werknemer niet voor de door de vervreemder en verkrijger aangeboden constructie kiest, bestond vóór deze uitspraak immers ook. Met name de laatste jaren beriepen werknemers en vakbonden zich in toenemende mate op rechten uit hoofde van de Wet Overgang van Onderneming en wezen zij daarmee de wens van de vervreemder en verkrijger van die wet af te wijken, af. Recente voorbeelden zijn te vinden in Heineken- en ING-uitspraken.<sup>4</sup>

Daarbij komt dat tot het arrest Bos/Pax niet duidelijk was of een constructie zoals DE en Pax die aan Bos voorlegden, überhaupt mogelijk was. Dat gegeven bracht in zichzelf al de nodige risico's

en onzekerheid met zich.

Het arrest Bos/Pax brengt voor werkgevers dus ook goed nieuws: er is in ieder geval duidelijkheid. Want als aan de door de Hoge Raad genoemde voorwaarden wordt voldaan, kan met de werknemer rechtsgeldig worden afgesproken dat hij afstand doet van de bescherming die art. 7:663 BW hem biedt.

Een praktische toepassing zal vooral moeten inhouden dat de betrokken werknemers duidelijke informatie ontvangen en vervolgens een duidelijke, keuze krijgen voorgeschoteld: óf een beroep op de Wet Overgang van onderneming zonder aanvullende (overgangs)maatregelen, óf een (met de vakbonden overeenkomen) afwijkende regeling die – zoals in het door de Hoge Raad besliste geval – voor de werknemer gunstige elementen kent. Aldus kan worden voorkomen dat – zoals in de zaak Bos/Pax – eerst wordt gekozen voor die gunstige (overgangs)maatregelen en vervolgens – als die zijn “uitgewerkt” – alsnog een beroep kan worden gedaan op de rechten bij overgang van onderneming.

<sup>4</sup> V.zr. Rb. 's-Gravenhage 22 februari 2005, JAR 2005/63; Ktr Utrecht 15 maart 2006, JAR 2006/80; Hof Amsterdam 29 mei 2008, JAR 2008/218; en Hof 's-Hertogenbosch 17 juli 2007, JAR 2007/211; Ktr Amsterdam 10 november 2008, JAR 2008/302.

Tripolis  
Burgerweeshuispad 301  
Postbus 75084  
1070 AB Amsterdam  
T +31 88 888 1888  
F +31 88 888 1889

## Contact

Voor vragen naar aanleiding van deze Legal Alert kunt u contact opnemen met:

### Stefan Sagel

T +31 88 888 1755  
E stefan.sagel@debrauw.com

### Londen

5th Floor, East Wing  
10 King William Street  
Londen EC4N 7TW  
Verenigd Koninkrijk  
T +44 20 7337 3510  
F +44 20 7337 3520

### New York

650 Fifth Avenue, 4th floor  
New York, NY 10019-6108  
Verenigde Staten  
T +1 212 259 4100  
F +1 212 259 4111

**Deze publicatie geeft  
hoofdpunten weer. De  
inhoud is niet noodzakelijk  
volledig en is geen juridisch  
advies.**

Indien u deze nieuwsbrief niet meer wenst te ontvangen, word u verzocht contact op te nemen met de afdeling Marketing in Amsterdam of stuur een e-mail aan: unsubscribe@debrauw.com