

De arbeidsovereenkomst op het breukvlak¹ van een overgang²

67 Door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen uit een arbeidsovereenkomst over op de verkrijger van de onderneming. Hierna gaat het niet zozeer over de overgang van de onderneming of over de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, maar meer over de arbeidsovereenkomst als zodanig. Die arbeidsovereenkomst heeft een verleden ten tijde van de overgang van een onderneming. Hieronder is aan de orde wat dat kan betekenen voor haar toekomst, na het tijdstip van de overgang van de onderneming.

1 Inleiding

Normaal gesproken is al vlug de gedachte: er is een overgang van een onderneming en de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst³ gaan van rechtswege over op de verkrijger van de onderneming. Zo eenvoudig ligt het soms niet. Met de arbeidsovereenkomst kan ten tijde van een overgang van een onderneming van alles aan de hand zijn. De vraag kan zijn of er wel een arbeidsovereenkomst bestond ten tijde van de overgang van de onderneming of dat in een vóór de overgang van de onderneming opgezegde arbeidsovereenkomst al of niet een proeftijd was afgesproken. Het kan gaan om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die met de verkrijger wordt voortgezet. Er kan zijn opgezegd, met of zonder ontslagvergunning, al of niet onregelmatig, al of niet kennelijk onredelijk. Er is al of niet een beëindiging met wederzijds goedvinden afgesproken. Zo zijn er nog wel meer alledaagse voorbeelden te bedenken. Bij de drie partijen betrokken bij de overgang van de onderneming – de vervreemder, de werknemer en de verkrijger – kan dat leiden tot (soms onverwachte) onzekerheid. Bedoeling van deze bijdrage is de 'toestand' waarin een arbeidsovereenkomst ten tijde van een overgang van een onderneming zoal kan worden aangetroffen aan de hand van een aantal voorbeelden wat nader te beschouwen. Deze bijdrage is geschreven vanuit het gezichtspunt van de verkrijger, meer dan vanuit het gezichtspunt van de vervreemder en de werknemer. Het is goed op te merken dat waar in deze bijdrage stellingen worden ingenomen, daar ook heel goed anders over kan worden gedacht.

2 Geen arbeidsovereenkomst

Eenvoudig is het als er geen arbeidsovereenkomst bestaat. Bestaat die niet dan werkt art. 7:663 BW niet. Een persoon werkzaam op basis van een overeenkomst van opdracht⁴ gaat niet over.⁵

Een ambtenaar is niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst, maar op basis van een publiekrechtelijke (eenzijdige) aanstelling. Dat betekent dat bij een privatisering⁶ de ambtenaar niet overgaat. De Europese richtlijn inzake de overgang van een onderneming is weliswaar in beginsel van toepassing op personen in dienst van de overheid⁷, maar het Nederlandse arbeidsrecht sluit die bescherming

uit voor ambtenaren.⁸ De bepalingen inzake overgang van een onderneming gelden wel voor arbeidscontractanten, in dienst van de overheid.⁹

Een deprivatisering¹⁰, het geval van een overgang van een onderneming van een privaatrechtelijke rechtspersoon naar een publiekrechtelijke rechtspersoon, valt in beginsel wel onder de werking van de richtlijn inzake de overgang van een onderneming.¹¹

Niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst met de inlener is een uitzendkracht of een werknemer die is gedetacheerd. Als de inlener zijn onderneming overdraagt, gaat de uitzendkracht niet mee over. De werknemer in dienst van een moedermaatschappij¹², maar feitelijk werkzaam bij een werkmaatschappij, die haar onderneming overdraagt, is niet werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst met de vervreemder en gaat niet over.¹³ De arbeidsovereenkomst met de formele werkgever, en niet de overgang van de activiteiten van de materiële werkgever, is in die laatste gevallen beslissend.¹⁴

Zelfs een arbeidsovereenkomst met de formele werkgever is soms niet toereikend. Een in de uitoefening van haar functie geschorste werknemster ging niet mee over in het kader van een contractswisseling in de schoonmaakbranche.^{15 16}

3 Wel of geen arbeidsovereenkomst¹⁷?

Het al of niet bestaan van een arbeidsovereenkomst¹⁸ ten tijde van de overgang van de onderneming¹⁹, is beslissend voor het (definitief) overgaan van de werknemer en het overgaan van zijn rechten en verplichtingen.²⁰

Als de vervreemder betwist dat er een (arbeids)overeenkomst is gesloten, gaat de 'werknemer' voornamelijk niet over. Eerst zal in de verhouding met de vervreemder moeten worden vastgesteld óf er een overeenkomst is gesloten en als er een overeenkomst is gesloten of het een arbeidsovereenkomst is. Alleen als (achteraf) tussen de vervreemder en de werknemer wordt vastgesteld dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst is de werknemer in dienst gekomen van de verkrijger en krijgt hij na de overgang vanaf en per het tijdstip van de overgang een werknemer op de koop toe.

Ook als het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet wordt betwist, gaat de werknemer niet over als hij zich tegen de overgang verzet. Hij verliest zijn arbeidsovereenkomst met de vervreemder²¹ en een arbeidsovereenkomst met de verkrijger van de onderneming komt niet tot stand.²²

* MR. W.J.M. VAN TONGEREN IS ADVOCaat BIJ CMS DERKS STAR BUSMANN TE UTRECHT.

Het kan zijn dat achteraf blijkt dat een (aanvankelijke) overeenkomst van opdracht met de vervreemder zich vóór de overgang heeft ontwikkeld tot een arbeidsovereenkomst.²³

²⁴ Is dat het geval, dan is de werknemer mee overgegaan.

4 Wel een arbeidsovereenkomst, maar onzekerheid over de overgang

De hoofdregel is: bestaat/bestond er een arbeidsovereenkomst ten tijde van de overgang van de onderneming, dan is de werknemer overgegaan.

De situatie is echter denkbaar dat er tussen de vervreemder en de werknemer een arbeidsovereenkomst bestond die is beëindigd vóór het tijdstip van de overgang van de onderneming en er met die beëindiging iets aan de hand is.

Zo kan de situatie zich voordoen dat de vervreemder de arbeidsovereenkomst in de proeftijd heeft opgezegd en de werknemer stelt dat er geen proeftijd is overeengekomen en de opzegging vernietigbaar is of dat er te laat, na afloop van de proeftijd, is opgezegd. Ook kan het zijn dat de opzegging de werknemer te laat heeft bereikt. In het eerste geval zal in de verhouding met de vervreemder moeten worden vastgesteld of in de arbeidsovereenkomst een proeftijd was overeengekomen. De werknemer is overgegaan onder de opschortende voorwaarde dat komt vast te staan dat er geen proeftijd is afgesproken omdat in dát geval de arbeidsovereenkomst op het tijdstip van de overgang van de onderneming bestond. In het tweede geval ligt het in de rede aan te nemen dat de werknemer is overgegaan onder de ontbindende voorwaarde dat tussen de verkrijger en de werknemer wordt vastgesteld dat er tijdig door de vervreemder is opgezegd respectievelijk de opzegging de werknemer tijdig heeft bereikt.

De situatie kan zich ook voordoen dat de vervreemder voor de overgang van de onderneming de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd vanwege een dringende reden en de werknemer de vernietigbaarheid daarvan heeft ingeroepen, hetzij vóór, hetzij na de overgang van de onderneming.²⁵ Als de werknemer een beroep op de vernietigbaarheid wil doen, zal hij dat moeten doen bij de vervreemder van de onderneming. Immers, het gaat om een handeling van de vervreemder en met de verkrijger is (nog) geen relatie ontstaan. Mocht in de vroegere verhouding met de vervreemder worden vastgesteld dat het beroep van de werknemer op de vernietigbaarheid van de opzegging terecht is, dan bestond ten tijde van de overgang de arbeidsovereenkomst en is de werknemer overgegaan.

Apart is de situatie waarin na het tijdstip van de overgang de vervreemder in of buiten rechte de juistheid van het beroep van de werknemer op de vernietigbaarheid van de opzegging zou erkennen. Dat zou dan betekenen dat de arbeidsovereenkomst weer volop bestaat en ook bestond ten tijde van de overgang van de onderneming en dat de werknemer in dienst van de verkrijger is gekomen per het tijdstip van de overgang van de onderneming, zelfs als de erkenning van de juistheid van het beroep door de werknemer op de vernietigbaarheid van de opzegging buiten de verkrijger om is geschied.

De werknemer gaat definitief niet mee over in geval van een ontslag op staande voet vóór de overgang van de onderneming, als hij voor of na het tijdstip van de overgang van de onderneming zijn beroep op de nietigheid van de opzegging intrekt en swicht²⁶ naar een beroep op een schadelich-

tig en/of kennelijk onredelijk ontslag. Hij heeft dan, nu er ten tijde van de overgang geen arbeidsovereenkomst bestond, nog uitsluitend een actie tegen de vervreemder van de onderneming. Tegen de verkrijger kan hij dan geen actie meer instellen, omdat er tussen de werknemer en de verkrijger geen arbeidsovereenkomst is ontstaan.

De werknemer zal overigens in zijn actie tegen de vervreemder geen herstel van de arbeidsovereenkomst kunnen vorderen²⁷, nu immers de vervreemder zijn onderneming heeft overgedragen en met de verkrijger is geen arbeidsovereenkomst ontstaan.

Er kan sprake zijn van de situatie van een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, afgesproken voor de overgang van de onderneming. Als de werknemer de beëindiging met wederzijds goedvinden (achteraf) betwist, zal in een zaak tegen de vervreemder moeten worden vastgesteld of de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden is geëindigd. Slaagt de werknemer er in aan te tonen dat er geen sprake is van een beëindiging met wederzijds goedvinden, dan zou dat betekenen dat de arbeidsovereenkomst nooit is geëindigd en volop bestond ten tijde van de overgang van de onderneming en dat de werknemer in dienst van de verkrijger is gekomen per het tijdstip van de overgang van de onderneming. In het geval die beëindiging is afgesproken per een tijdstip na de overgang van de onderneming komt de werknemer wel in dienst van de verkrijger, maar het is een aflopende zaak. Als in dat geval de werknemer de afspraak met de vervreemder over de beëindiging met wederzijds goedvinden betwist, zal, nu de werknemer in dienst is gekomen van de verkrijger, in een zaak met de verkrijger moeten worden vastgesteld of de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden (op grond van een afspraak vóór de overgang) (al of niet) is geëindigd. Als de afspraak tussen de vervreemder en de werknemer over de beëindiging met wederzijds goedvinden per een tijdstip na de overgang van de onderneming komt vast te staan en er zou een beëindigingsvergoeding zijn afgesproken dan is die voor rekening van de verkrijger, omdat de afgesproken vergoeding een recht is dat is overgegaan.

Onzeker is soms de overgang van een werknemer als zijn werkzaamheden bestaan uit twee taken en één van de twee taken wordt verricht in een over te dragen onderdeel van een onderneming. De overgang van een onderneming leidt niet tot een splitsing van een arbeidsovereenkomst in twee of meer delen.²⁸ Aangenomen zal dan moeten worden dat de werknemer overgaat (met zijn gehele arbeidsovereenkomst) als de taak in het over te dragen onderdeel 50% of meer van zijn totale werkzaamheden bedraagt. Als de taak in het over te dragen onderdeel minder dan 50% van de totale werkzaamheden bedraagt, zal de werknemer niet mee overgaan. Denkbaar is natuurlijk dat de vervreemder en de werknemer zelf de arbeidsovereenkomst hebben gesplitst, door twee, voor iedere taak (een), aparte arbeidsovereenkomst(en) te sluiten.

Onzeker is soms ook de overgang van een werknemer werkzaam in een staffunctie. Het is dan de vraag of hij, als hij slechts bepaalde werkzaamheden verricht ten behoeve van het over te dragen onderdeel, wel in voldoende mate behoort tot het onderdeel van de onderneming dat wordt overgedragen, om vergezeld van zijn arbeidsovereenkomst over te gaan.²⁹

5 Wel een arbeidsovereenkomst en geen onzekerheid over de overgang

Bestaat er ten tijde van de overgang met de werknemer een (lopende) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan gaat de werknemer zonder meer over. Als nu in die arbeidsovereenkomst is bepaald dat bij goed functioneren de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd er één voor onbepaalde tijd wordt, kan er tussen de werknemer en de verkrijger, als de verkrijger van de onderneming de arbeidsovereenkomst niet wil voorzetten en de werknemer stelt dat hij goed heeft gefunctioneerd, een geschil ontstaan. In dat geval zal tussen de verkrijger en de werknemer moeten worden vastgesteld of over het geheel genomen, dat wil zeggen zowel over de periode vóór als over de periode na de overgang, de werknemer goed heeft gefunctioneerd. Als zou komen vast te staan dat de werknemer over het geheel genomen goed heeft gefunctioneerd, dan is de overeenkomst voor bepaalde tijd er één voor onbepaalde tijd met de verkrijger geworden. Als de werknemer bij de vervreemder wel goed functioneerde en bij de verkrijger niet meer, bijvoorbeeld mede door toedoen van de verkrijger, dan zal aangenomen moeten worden dat de verkrijger de werknemer redelijkerwijs niet kan houden aan het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst.

Hoe is de situatie als de verkrijger van een onderneming – voor het gemak: het gaat om eenmanszaken – in de onderneming die hij verkrijgt een werknemer aantreft met wie de vervreemder en al twee keer verlengde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft gesloten en met wie direct daaraan voorafgaande een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de verkrijger heeft bestaan, zodat de werknemer in feite terugkeert in de schoot van zijn vroegere (ex-) werkgever? Hier lijken twee regels met elkaar in conflict. De strekking van de bepalingen inzake overgang van een onderneming is het behoud van rechten, en niet een vermeerdering van rechten. Daar staat tegenover dat er in dit geval sprake is van vier opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Aangenomen zal moeten worden dat het dwingend recht op dat punt prevaleert en dat de arbeidsovereenkomst er één voor onbepaalde tijd wordt.^{30 31}

Als de vervreemder is gebonden aan een cao die toestaat dat met een werknemer vijf keer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan worden gesloten, terwijl de verkrijger is gebonden aan een cao die twee keer een verlenging toestaat, ontstaat er een conflict tussen twee cao-regels. Beslissend voor de vraag of bij de verkrijger de vijfde arbeidsovereenkomst, desgewenst, van rechtswege eindigt, zal zijn of de verkrijger intussen is gebonden aan een na de overgang tot stand gekomen cao, die (slechts) twee keer een verlenging toestaat. Aangenomen zal moeten worden dat in dat geval de vijfde arbeidsovereenkomst er één zal zijn voor onbepaalde tijd. Als dat niet het geval is, zal de vijfde arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigen.

Als door de vervreemder is opgezegd per een tijdstip ná de overgang gaat de werknemer over en krijgt de verkrijger te maken met een romp-arbeidsovereenkomst. Een actie op grond van een eventuele kennelijk onredelijke opzegging zal de werknemer dienen te stellen tegen de verkrijger. Dat laatste is beslist door de Hoge Raad in een feitelijk nogal ingewikkelde zaak.³² Het ging (kort gezegd) om een door een (toekomstig) vervreemder op 31 januari 1989 per 1 maart 1989 opgezegde arbeidsovereenkomst. Eén dag na de opzeg-

ging van de arbeidsovereenkomst, op 1 februari 1989, droeg de werkgever zijn onderneming over. De opzegtermijn liep toen al. Omdat blijkbaar de werknemer van mening was dat de opzegging door de vervreemder kennelijk onredelijk was, heeft hij een procedure gestart tegen de vervreemder en heeft de kantonrechter een vonnis gewezen op 17 mei 1990. In dat vonnis werd onder meer beslist dat de vervreemder de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk had opgezegd en werd de vervreemder veroordeeld tot betaling van een vergoeding aan de werknemer. Het vonnis werd onherroepelijk, maar de vervreemder bood geen verhaal. Vervolgens spande de werknemer een procedure aan tegen de verkrijger van de onderneming en vorderde hij betaling van de in het vonnis van 17 mei 1990 toegewezen bedragen, onder meer de vergoeding op grond van de kennelijk onredelijke opzegging. De Hoge Raad besliste dat de rechtbank ten onrechte had geoordeeld dat de (kennelijk onredelijke) opzegging aan de vervreemder viel toe te rekenen, en verder dat de rechtbank had miskend dat 'alle op het tijdstip van de overgang van de onderneming – 1 februari 1989 – voor Meijrok (de vervreemder van de onderneming) uit de toen nog tussen haar en Kaayk bestaande arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van rechtsweg overgingen op de verkrijger van de onderneming (WCC)'.

Omdat het vonnis van 17 mei 1990 was gewezen tussen de vervreemder en de werknemer en blijkbaar de verkrijger buiten die procedure was gebleven of wellicht niet eens wist dat er een procedure liep, kon de werknemer niet direct tegen de verkrijger het na de overgang van de onderneming gewezen vonnis ten uitvoer brengen. Blijkbaar is in de procedure tussen de werknemer en de verkrijger van de onderneming uitgegaan van de inhoudelijke juistheid van het vonnis, hetgeen niet vanzelfsprekend is.³³

Aangenomen moet worden dat in het onderhavige geval in de persoon van de vervreemder de verkeerde partij is aangesproken.³⁴ De vervreemder was niet eens aansprakelijk voor zijn eigen kennelijk onredelijke opzegging op grond van art. 7:663 BW tweede zinsnede, waarin is bepaald dat de vervreemder nog een jaar hoofdelijk is verbonden voor de nakoming van de verplichtingen die zijn ontstaan vóór het tijdstip van de overgang, nu de uiteindelijke balans of een opzegging kennelijk onredelijk is, wordt opgemaakt uiterlijk op het tijdstip van de ingangsdatum van het ontslag en toen was de werknemer in dienst van de verkrijger, op wie alle rechten van de werknemer zijn overgegaan.

De werknemer had wel de vervreemder moeten aanspreken als er los van de aanspraken op grond van een kennelijk onredelijke opzegging sprake zou zijn geweest van eigen onrechtmatig handelen van de vervreemder.³⁵

De werknemer kan ook herstel van de door de vervreemder kennelijk onredelijk opgezegde arbeidsovereenkomst (niet met de vervreemder, hij is immers na de overgang van de onderneming niet langer de werkgever, maar) met de verkrijger vragen. Dat kan de werknemer overigens ook in geval van een onregelmatige opzegging, mits het tijdstip waarop de aldus opgezegde arbeidsovereenkomst eindigt ligt na het tijdstip van de overgang van de onderneming.³⁶

Niet helemaal duidelijk is of in geval van een opzegging van de arbeidsovereenkomst door de vervreemder voor de overgang van de onderneming tegen een tijdstip na die overgang, terwijl die opzegging onregelmatig en dus schadelijkt is, voor rekening blijft van de vervreemder of voor

rekening komt van de verkrijger. Er is immers sprake van een opzegging door de vervreemder van vóór de overgang die tot schadevergoeding verplicht, welke schade door die opzegging meteen opeisbaar is. Nu de arbeidsovereenkomst bestond ten tijde van de overgang en de Hoge Raad³⁷ heel in het algemeen spreekt over het van rechtswege overgaan van alle op het tijdstip van de overgang van de onderneming uit de toen nog tussen de vervreemder en de werknemer bestaande arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen, is aannemelijk dat de schadevergoeding voor rekening komt van de verkrijger.³⁸

Ten overvloede wordt opgemerkt dat een schadeplichtige opzegging door de vervreemder, waarmee de verkrijger na de overgang te maken kan krijgen, ook een kennelijk onredelijke opzegging kan zijn, zodat de verkrijger bedacht moet zijn op twee actiemogelijkheden van de werknemer.

6 Enkele procedurele opmerkingen

In een aantal situaties is onzeker of een werknemer de sprong naar de verkrijger heeft gemaakt. Prettig is dat niet voor de verkrijger van de onderneming. In een zaak waarin de verkrijger geen partij is, zal tussen een werknemer en de vervreemder moeten worden beslist bijvoorbeeld óf er een arbeidsovereenkomst is gesloten óf dat er voor het tijdstip van de overgang een einde is gekomen aan de arbeidsovereenkomst. Wordt beslist dat ten tijde van de overgang een arbeidsovereenkomst bestond, dan krijgt de verkrijger op de koop van een onderneming nog deze werknemer toe. Onprettiger is nog dat de 'werknemer' de verkrijger kan aanspreken tot toelating tot zijn werk en/of doorbetaling van loon, met de stelling dat het in hoge mate waarschijnlijk is dat in een bodemzaak zal worden beslist dat er een arbeidsovereenkomst bestond met de vervreemder. Op zijn beurt zou de verkrijger van de onderneming ontbinding kunnen vragen van de arbeidsovereenkomst voor zover nodig. Die mogelijkheid heeft de vervreemder niet want als wordt beslist dat er een arbeidsovereenkomst bestond met de vervreemder, dan is de werknemer intussen niet meer in dienst van de vervreemder maar van de verkrijger. De verkrijger zou ook een ontslagvergunning kunnen vragen voor zover vereist.

De vervreemder kan niet meer opzeggen met gebruikmaking van zijn ontslagvergunning als de werknemer intussen in dienst is gekomen van de verkrijger.³⁹

In een lopende ontbindingszaak zou de rechter, als hij zou weten dat de werknemer is overgegaan, de verkrijger kunnen oproepen zodat hij kan vaststellen of het verzoek niet ook als verzoek van de verkrijger is te beschouwen respectievelijk zich niet ook richt tegen de verkrijger.^{40 41} In de praktijk van alledag verschijnt spontaan naast de vervreemder vaak de verkrijger ter ontbindingszitting in verband met (ook financiële) afspraken die zijn gemaakt bij gelegenheid van de overgang van de onderneming. Goed denkbaar is evenwel dat, als de ontbindingszaak wordt voortgezet met de verkrijger, de zaken heel anders kunnen liggen bijvoorbeeld ingeval een verstoorde arbeidsverhouding tussen de vervreemder en de werknemer de aanvankelijke grond voor het verzoek van de vervreemder was.

7 Conclusie

Beslissend voor de overgang van een werknemer is het bestaan van een arbeidsovereenkomst ten tijde van de overgang. Uit deze bijdrage kan worden opgemaakt dat de toestand van die arbeidsovereenkomst heel divers kan zijn. Een groot aantal (ook niet besproken) casusposities is denkbaar. Getracht is een enigszins kaleidoscopisch beeld te geven. Duidelijk is dat de verkrijger van een onderneming te maken kan krijgen met een arbeidsovereenkomst op het bestaan waarvan hij niet rekende óf met een romp-arbeidsovereenkomst met een flinke financiële nasleep, bijvoorbeeld in geval van een door de vervreemder kennelijk onredelijk opgezegde arbeidsovereenkomst. En mocht de werknemer de sprong naar de verkrijger niet hebben gemaakt dan is het de vervreemder bij wie de werknemer zal aankloppen.

In het kader van een due diligence onderzoek, dat niet ongebruikelijk is bij een overname van een onderneming, is het zeker de moeite waard, ter vermindering van (ook financiële) verrassingen om aandacht te besteden aan de arbeidsovereenkomst op het breukvlak van een overgang. Beter inzicht kan de aanleiding vormen om verstandige afspraken te maken in het belang van alle partijen.

1. Naar: J. Romein & A. Romein-Verschoor, *Op het breukvlak van twee eeuwen. De westerse wereld rond 1900*, Leiden: Brill 1967.
2. De Nederlandse bepalingen inzake de overgang van een onderneming vieren in 2006 hun zilveren bestaan. Zij zijn op 27 juli 1981 in werking getreden.
3. In de zin van art. 7:663 BW.
4. Art. 7:400 e.v. BW.
5. Zelfs niet indien de persoon werknemer zou zijn in de zin van art. 1 sub b onder 2 BBA.
6. Zie ook R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming* (diss.), Deventer: Kluwer 2000, p. 328 e.v.
7. HvJ EG 14 september 2000, JAR 2000/225, als er sprake is van een economische activiteit, die ook privaatrechtelijk zou kunnen worden uitgeoefend, en de werkzaamheden worden verricht door personen die op grond van de nationale wetgeving inzake het arbeidsrecht als werknemer bescherming genieten.
8. Art. 7:615 BW.
9. Art. 7:662 BW.
10. Zie ook R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming* (diss.), Deventer: Kluwer 2000, p. 330 e.v.
11. HvJ EG 11 november 2004, JAR 2004/291.
12. In de praktijk zijn bestuurders van werkmaatschappijen vaak in dienst van de holding.
13. Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, NJ 1982, 619 (Heidemij). Ook Pres. Rb. Den Haag, JAR 2005/63.

14. Zo ook Ktr. Rotterdam 9 februari 2000, JAR 2000/143. Anders: Hof 20 maart 2003, JAR 2003/103. Anders ook onlangs Ktr. Utrecht 15 maart 2006, JAR 2006/80, zoals bepleit door W. Kroft, 'Overgang van onderneming: een reactie', *ArbeidsRecht* 2006, 7 met naschrift van M. Beltzer, naar aanleiding van M. Beltzer, 'Overgang van onderneming: wie gaat mee, wie blijft achter, wie valt tussen wal en schip?', *ArbeidsRecht* 2005, 27 die juridisch de betere argumenten heeft voor zijn opvatting dat beslissend is (kort gezegd) de arbeidsovereenkomst met de formele werkgever. Zie ook Hof Arnhem 15 augustus 2006, JAR 2006/239, waarin het hof kiest voor de materiële werkgever. De rollen van de formele werkgever en de materiële werkgever liepen in die casus door elkaar en de werknemer kon denken, zolas ook de verkrijger van de onderneming aanvankelijk deed, dat de materiële werkgever formele werkgever was.
15. HR 11 februari 2005, JAR 2005/67. Het is afwachten of de Hoge Raad niet een doos van Pandora heeft geopend. Het is de vraag of het arrest ook betekenis heeft in het geval diezelfde werknemer wegens ziekte definitief van de opdracht wordt afgehaald. Er zijn nogal wat problemen denkbaar in de visie dat een geschorste werknemer niet mee overgaat, bijvoorbeeld het geval dat achteraf een schorsing in rechte onrechtmatig wordt geoordeeld. Het arrest zal geen betekenis hebben als een vervreemder zijn onderneming geheel overdraagt.
16. Evenmin toereikend is een overeenkomst die formeel een arbeidsovereenkomst is tussen de bv van de man en zijn ex-vrouw, maar

- die in feite een alimentatieovereenkomst is, HR 10 oktober 2003, *JAR* 2003/263.
17. HR 10 december 2004, *JAR* 2005/15 (*Diosynth*). Partijen die een overeenkomst sluiten welke strekt tot het verrichten van werk tegen betaling, kunnen deze overeenkomst op verschillende wijzen inrichten (...). Aan de hand van de op deze wijze vastgestelde inhoud van de overeenkomst kan de rechter vervolgens bepalen of de overeenkomst behoort tot één van de in de wet geregelde bijzondere overeenkomsten (vergelijk HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149 (*Groen/Schaevers*)).
 18. HvJ EU 7 februari 1985, *NJ* 1985, 901 (*Wendelboe/Faillissementsboedel L.J. Music ApS*).
 19. HvJ EG 26 mei 2005, *JAR* 2005/205. Het tijdstip waarop de overgang plaatsvindt, is het tijdstip waarop de hoedanigheid van ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert van de vervreemder op de verkrijger overgaat. Vanaf dat tijdstip gaat de werknemer met wie een arbeidsovereenkomst bestaat dwingendrechtelijk over, ook al zouden partijen hebben afgesproken dat er nog tijdelijk sprake is van detachering.
 20. HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 901. Het is de nationale wetgever die vaststelt of de arbeidsovereenkomst op het tijdstip van de overgang van de onderneming nog bestaat.
 21. Zie ook R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming* (diss.), Deventer: Kluwer 2000, p. 47 e.v., De onwillige werknemer.
 22. HR 10 september 1993, *NJ* 1993, 777; Ktg. Arnhem 14 februari 1995, *NJ* 1995, 508; HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 566.
 23. Vergelijk HR 8 april 1994, *JAR* 1994/94 (*Agfo*-arrest).
 24. De Hoge Raad wil niet weten van een geruisloze overgang, zoals in het geval van een inleenverhouding naar een arbeidsovereenkomst, HR 5 april 2002, *NJ* 2003, 124 (*ABN AMRO/Multi*).
 25. Strikt genomen moet worden gezegd dat door het beroep op de vernietigbaarheid van de opzegging de arbeidsovereenkomst als een Feniks uit zijn as herrijst en dat de werknemer meteen werknemer van de verkrijger van de onderneming wordt, totdat in de verhouding met de vervreemder is vastgesteld dat de vernietigbaarheid ten onrechte is ingeroepen.
 26. Switchen is mogelijk, volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad onder meer HR 7 juni 2002, *NJ* 2003, 125 (*Connexion*).
 27. Art. 7:682 BW.
 28. Vergelijk Rb. Rotterdam 27 juni 1986, *NJ* 1988, 32 en Ktr. Zwolle 2 maart 1999, *JAR* 1999/13.
 29. HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 902 (*Batzen*-arrest).
 30. Tenmeer nu art. 7:668a lid 2 BW van verschillende werkgevers uitgaat die elkaars opvolger zijn.
 31. Een enigszins vergelijkbare problematiek speelt in HR 14 juli 2006, *JAR* 2006/190, waarin aan de orde is een door een curator na faillissement opgezegde arbeidsovereenkomst die voor bepaalde tijd wordt voortgezet met een verkrijger van een onderneming.
 32. HR 21 april 1995, *NJ* 1995, 671 (*Kaayk/WCC*).
 33. Voor het tijdstip van de beoordeling van de gevolgen van een opzegging dient te worden uitgegaan van de ingangsdatum van de opzegging, dat wil zeggen de ingangsdatum van het ontslag (HR 3 maart 1995, *NJ* 1995, 451) en toen was de werknemer in dienst van de verkrijger van de onderneming.
 34. R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming* (diss.), Deventer: Kluwer 2000, p. 104, gaat er overigens vanuit dat als de werknemer ná de overgang een procedure wil starten wegens een voor de overgang gegeven kennelijk onredelijk ontslag, de werknemer deze procedure zal moeten aanspannen tegen de vervreemder.
 35. HvJ EG 12 maart 1998, *JAR* 1998/100.
 36. Art. 7:682 lid 1 BW.
 37. HR 14 juli 2006, *JAR* 2006/190.
 38. De vervreemder zal wel nog een jaar aansprakelijk zijn jegens de werknemer in verband met het bepaalde in de tweede zinsnede van art. 7:663 BW.
 39. Hof Den Bosch 9 maart 2004, *JAR* 2004/82. Het punt van de opzegging is in cassatie niet meer aan de orde gesteld. HR 22 september 2005, *JAR* 2005/252. Anders lang geleden: Rechtbank Dordrecht oordeelde op 5 september 1984 (*NJ* 1985, 903) dat een na het tijdstip van de overgang verkregen ontslagvergunning, op naam van de vervreemder, valt in het pakket van rechten en verplichtingen van de verkrijger van de onderneming. De rechtbank pardonneert en passant dat de opzegging is gedaan door de vervreemder van de onderneming, namens de verkrijger, dit omdat art. 7A:1639aa e.v. BW (oud) nog maar zeer recent waren ingevoerd.
 40. HR 10 september 1993, *NJ* 1993, 777.
 41. Zie ook R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming* (diss.), Deventer: Kluwer 2000, p. 98 e.v.