

Wie beschermt de weigerachtige werknemer?

21

Bij de implementatie van de Richtlijn Overgang van onderneming (hierna: de Richtlijn)² in art. 7:662 BW e.v. is geen rekening gehouden met de positie van de werknemer die niet wenst mee over te gaan. In dit artikel wordt ingegaan op de positie van de weigerachtige werknemer en wordt betoogd dat het gesloten ontslagstelsel zich verzet tegen de stelling dat de arbeidsovereenkomst van deze werknemer van rechtswege eindigt vanwege de weigering mee over te gaan naar de verkrijger.

Informatieplicht werkgever

In *ArbeidsRecht* 2009/40 heeft Hustinx de informatieplicht van de werkgever bij een overgang van onderneming behandeld. Zij concludeert dat de informatieverplichting voor de vervreemder jegens de individuele werknemer met name ver reikt wanneer er geen ondernemingsraad of vakorganisaties bij de overgang betrokken zijn. Deze conclusie gaat naar onze mening niet ver genoeg, met name niet in verband met de positie van de weigerachtige werknemer. Een bevestiging van de reikwijdte van de informatieplicht van de werkgever volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 26 juni 2009.³ De Hoge Raad stelt in dit arrest dat niet snel mag worden aangenomen dat de werknemer afstand heeft gedaan van de bescherming die de Richtlijn hem biedt. Volgens de Hoge Raad ligt het, mede gelet op de eisen van goed werkgeverschap, op de weg van de werkgever voldoende opening van zaken en duidelijkheid te geven over de door de werknemer te maken keuzes en een volledige voorlichting te geven omtrent de rechtspositie van de werknemer. Er worden, terecht, hoge eisen gesteld aan de wilsuiting van de werknemer die zich tegen de overgang verzet. Ontbreekt de door de werkgever/vervreemder te geven informatie, dan kan derhalve naar onze mening niet worden aangenomen dat de werknemer in vrije wil afstand heeft kunnen doen van zijn rechten. Van een ondubbelzinnige afstandverklaring van de werknemer kan aldus uitsluitend sprake zijn indien de werkgever zijn informatieplicht juist en volledig is nagekomen.

Ondubbelzinnige weigering: einde van rechtswege?

In het arrest *Boode/Hoheisel*⁴ oordeelde de Hoge Raad dat, wanneer de werkgever zijn informatieplicht juist en volledig is nagekomen en de werknemer vervolgens ondubbelzinnig weigert mee over te gaan naar de verkrijger, de arbeidsovereenkomst van deze werknemer van rechtswege eindigt op de dag van de overgang. De Hoge Raad overwoog dat de werknemer niet de keuze heeft bij de vervreemder in dienst te blijven. Indien de werknemer de arbeidsovereenkomst niet uit vrije wil voortzet met de verkrijger dan komt de arbeidsovereenkomst met de vervreemder tot een einde. De Hoge Raad lijkt dit oordeel volgens Hampsink (mede) gebaseerd te hebben op het *Besi Mill*-arrest⁵ van het Hof van Justitie.⁶ Het Hof van Justitie overwoog in dit arrest dat de Richtlijn tracht te verzekeren dat werknemers bij de overgang van onderneming de mogelijkheid krijgen op dezelfde voorwaarden bij de verkrijger in dienst te komen. De Richtlijn beoogt echter volgens het Hof van Justitie niet de voortzetting van de arbeidsovereenkomst met de vervreemder indien de in de onderneming aangestelde werknemer niet in dienst van de verkrijger wenst te blijven. Uit dit arrest volgt volgens Beltzer dat de Richtlijn niet zover gaat dat zij de werknemer de keuze laat al dan niet bij de vervreemder in dienst te blijven.⁷ Dit betekent dat met de overgang de vervreemder van zijn verplichtingen als werkgever bevrijd wordt en de arbeidsovereenkomst van de betreffende werknemer per de datum van de overgang van rechtswege eindigt. In het *Besi Mill*-arrest werd niet expliciet geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst van de werknemer die weigert mee over te gaan naar de verkrijger van rechtswege eindigt.⁸ Een niet onbelangrijk detail, maar de Hoge Raad lijkt hier simpelweg aan voorbij te zijn gaan. De Hoge Raad maakt hierdoor naar onze mening dezelfde misslag in het *Veenendaal/Van Vuuren*-arrest⁹ door wederom te overwegen dat de arbeidsovereenkomst van de weigerachtige werknemer met de vervreemder op de dag van de overgang van rechtswege eindigt.

1. Mevr. mr. K. van Kranenburg-Hanspians en mevr. mr. A. Avci zijn advocaten bij CMS Derks Star Busmann te Amsterdam.

2. EG-Richtlijn 77/187 van 14 februari 1977, PbEG, L 61/26, naderhand vervangen door EG-Richtlijn 77/187 van 14 februari 1977, PbEG, L 201/88. Als overgang in de zin van de Richtlijn wordt beschouwd de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan. Zie ook: L.G. Verburg, 'Europese invloeden op het Nederlandse arbeidsrecht: de overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2010/53.

3. HR 26 juni 2009, JAR 2009/183 (*Bos/Pax*).

4. HR 7 oktober 1988, NJ 1989/240 (*Boode / Hoheisel*).

5. HvJ EG 5 mei 1988, NJ 1989/712 (*Besi Mill*).

6. R. Hampsink, 'Gemorrel aan het gesloten stelsel van het ontslagrecht' in: *Loe's Magazine* 2009, eenmalige uitgave in verband met het 25-jarige jubileum van Loe Sprengers.

7. R.M. Beltzer, 'Een lacune in ontslagbescherming bij overgang van onderneming', 2 oktober 2009, *Arbeidsrechtpraktijk*, p. 4-6.

8. HvJ EG 5 mei 1988, NJ 1989/712 (*Besi Mill*).

9. HR 26 mei 2000, JAR 2000/152 (*Veenendaal/ Van Vuuren*).

Jurisprudentie HR: noch gegrond noch gerechtvaardigd

De overweging van de Hoge Raad dat de arbeidsovereenkomst van de weigerachtige werknemer met de vervreemder op de dag van overgang van rechtswege eindigt, is naar onze mening noch gegrond noch gerechtvaardigd. Dit volgt naar ons oordeel uit het doel van de Richtlijn en de hierna te noemen arresten *Katsikas*¹⁰ en *Temco*¹¹ van het Hof van Justitie.

Doel Richtlijn: werknemersbescherming

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie heeft de Richtlijn tot doel de werknemers van de vervreemder het behoud te verzekeren van hun uit een arbeidsbetrekking voortvloeiende rechten, ofwel ook bij verandering van ondernemer de continuïteit van de arbeidsovereenkomst (of arbeidsbetrekking) te waarborgen door het mogelijk te maken dat de werknemers op grond van dezelfde arbeidsvoorwaarden als de werknemers met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de verkrijger treden.¹² Dit betekent dat deze beschermende bepalingen van de Richtlijn derhalve in zoverre als dwingend zijn te beschouwen dat er niet in een voor de werknemers ongunstige zin van mag worden afgeweken. De werknemers kunnen geen afstand doen van de rechten die de Richtlijn hun toekent, zelfs niet met hun instemming.

‘Voor deze uitlegging is niet van belang, dat de werknemer (...) ter compensatie van de voor hem uit de gewijzigde arbeidsverhouding voortvloeiende nadelen zulke nieuwe voordelen verkrijgt, dat hij ten opzichte van zijn vroegere situatie er globaal gezien niet op achteruit gaat’, aldus het Hof van Justitie in zijn arrest van 10 januari 1988 (*Daddy's Dance Hall*).¹³

Dat de Richtlijn als doel heeft te waarborgen dat een werknemer bij een overgang van onderneming aanspraak houdt op voor de overgang bestaande arbeidsvoorwaarden, betekent niet dat de Richtlijn bepaalt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt.

Hoewel de werknemersbescherming van openbare orde is, heeft het Hof van Justitie in het arrest *Mikkelsen/Danmols Inventar*¹⁴ evenwel overwogen dat de Richtlijn niet van toepassing is op werknemers die op het tijdstip van de overgang in dienst waren van de vervreemder én vrijelijk hebben besloten de arbeidsovereenkomst na de overgang niet voort te zetten bij de verkrijger. De werknemer kan zich dus verzetten tegen de overgang van zijn arbeidsovereenkomst, hetzij door de arbeidsovereenkomst met de werkgever per de dag van de overgang te beëindigen (door middel van opzegging dan wel ontbinding) hetzij door de arbeidsovereenkomst per de dag van de overgang te beëindigen op basis van een overeenkomst die vrijelijk wordt gesloten tussen de werknemer en de werkgever. Volgens Beltzer kan de werknemer dan ook altijd met zijn werkgever (vervreemder of verkrijger) overeenkomen dat de arbeidsovereenkomst niet wordt voortgezet en de werknemer aldus niet in dienst treedt bij de verkrijger.¹⁵

HvJ EG: positie weigerachtige werknemer afhankelijk van nationale wetgeving

Vier jaar na het *Besi Mill*-arrest herhaalde het Hof van Justitie in het *Katsikas*-arrest¹⁶ dat de werknemer het recht heeft zich te verzetten tegen de overgang van de arbeidsovereenkomst naar de verkrijger. Een verplichting voor de werknemer in dienst te treden bij de verkrijger zou immers dwangarbeid betekenen. Volgens het Hof van Justitie verplicht de Richtlijn

‘de Lid-Staten evenwel niet te bepalen dat de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met de vervreemder in stand blijft in geval een werknemer uit eigen vrije wil besluit de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding niet met de verkrijger voort te zetten. De Richtlijn staat daaraan ook niet in de weg.’

Het Hof van Justitie overwoog in dit kader dat het aan de lidstaten is te beslissen wat in het geval dient te gebeuren met de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de vervreemder in het geval dat de werknemer weigert mee over te gaan naar de verkrijger. Vervolgens overwoog het Hof van Justitie dat de lidstaten met name kunnen bepalen, dat de arbeidsovereenkomst dan wordt geacht te zijn opgezegd op initiatief van hetzij de werknemer, hetzij de werkgever. Lidstaten kunnen volgens het Hof van Justitie ook bepalen dat de arbeidsovereenkomst met de vervreemder in stand blijft.¹⁷ Tien jaar later, in 2002,

10. HvJ EG 16 december 1992, JAR 1993/64 (*Katsikas e.a. / Stauereibetrieb Paetz & Co.*).

11. HvJ EG 24 januari 2002, JAR 2002/47 (*Temco Service Industries / Imzilyen, e.a.*).

12. Vgl. HvJ EG 5 mei 1988, NJ 1989/712; HvJ EG 14 november 1996, NJ 1997/620.

13. HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990/423: In dit arrest ging het om een werknemer die in dienst was genomen door een werkgever, die een niet-overdraagbare pachtovereenkomst had gesloten voor een aantal restaurants en bars die eigendom waren van een andere vennootschap. Op het moment dat deze pachtovereenkomst werd ontbonden ontsloeg de werkgever al haar personeel, waaronder de desbetreffende werknemer. De exploitatie werd echter onmiddellijk overgenomen door een nieuwe pachter (*Daddy's Dance Hall*). Al het personeel werd door de nieuwe pachter overgenomen, maar op basis van andere arbeidsvoorwaarden. Het Hof oordeelde dat ook hier de Richtlijn van toepassing was.

14. HvJ EG 11 juli 1985, NJ 1988, 907; vgl. ook HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994, 168 (*d'Urso*), HvJ EG 26 mei 2005, JAR 2005/205 (*Celtec*).

15. R.M. Beltzer, ‘Een lacune in ontslagbescherming bij overgang van onderneming’, 2 oktober 2009, *Arbeidsrechtpraktijk*, p. 4-6; R.M. Beltzer, ‘Overgang van onderneming’, Deventer: Kluwer 2000, p.47-55.

16. HvJ EG 16 december 1992, JAR 1993/64 (*Katsikas e.a. / Stauereibetrieb Paetz & Co.*).

17. Vgl. HvJ EG 7 maart 1996, NJ 1997/172 (*Merckx*).

overwoog het Hof van Justitie in het *Temco*-arrest¹⁸ dat de lidstaten daarbij de keuze hebben uit:

1. de mogelijkheid dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd doordat de werkgever dan wel de werknemer een nadere rechtshandeling verricht en de arbeidsovereenkomst opzegt; en
2. de mogelijkheid dat de arbeidsovereenkomst in stand blijft.

Nationale wetgeving

Ter implementatie van voornoemde Richtlijn is art. 7:663 BW (en de voorloper daarvan) in het Burgerlijk Wetboek opgenomen. In dit artikel is bepaald dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen, die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van *rechtswege* overgaan op de verkrijger. Het huidige art. 7:663 BW houdt echter geen rekening met de situatie dat een werknemer zich verzet tegen de overgang van zijn arbeidsovereenkomst naar de verkrijger. De overgang naar de verkrijger wordt als vanzelfsprekend aangenomen. Enerzijds doet dit recht aan het doel van de Richtlijn, maar anderzijds gaat het voorbij aan het grondrecht van de werknemer zelf te bepalen waar hij werkzaam wil zijn. De inhoud van art. 7:663 BW voorziet niet in de situatie dat de werknemer, die om hem moverende reden geen prijs stelt op behoud van rechten bij een overgang naar een nieuwe werkgever, uitdrukkelijk wordt beschermd. Voor de werknemer die weigert mee over te gaan naar de verkrijger heeft de Nederlandse wetgever geen regeling getroffen als bedoeld in de arresten *Katsikas* en *Temco*. Evenmin is sprake is van een wettelijke regeling die bepaalt dat de arbeidsovereenkomst met de vervreemder van rechtswege eindigt indien de werknemer weigert bij de verkrijger in dienst te treden. Het is dan ook op zijn minst merkwaardig te noemen dat de Hoge Raad in de arresten *Boode/Hoheisel* en *Veenendaal/Van Vuuren* heeft overwogen dat een werknemer niet verplicht kan worden mee te gaan naar de verkrijger van de werkgever en tegelijkertijd oordeelt dat de arbeidsovereenkomst met de overdragende werkgever, zonder dat daarvoor een wettelijke of anderszins geregelde basis aanwezig is, per de datum van de overgang van onderneming eindigt.¹⁹ Wij sluiten ons in dit kader dan ook aan bij Beltzer en Hampsink,²⁰ die van mening zijn dat het gesloten stelsel van het ontslagrecht zich verzet tegen de door de Hoge Raad aangenomen beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de arresten *Boode/Hoheisel* en *Veenendaal/Van Vuuren*.²¹ Een dergelijk – automatisch – einde

van de arbeidsovereenkomst valt niet te plaatsen binnen het gesloten ontslagstelsel maar ook niet binnen bijvoorbeeld het gestelde van art. 7:672 BW (nog los van het feit dat in het geval van een overgang van onderneming noch de vervreemder, noch de werknemer de arbeidsovereenkomst opzegt). Waarom zou de werknemer die weigert mee over te gaan geen bescherming genieten ten aanzien van de opzegtermijn die, indien de arbeidsovereenkomst wel zou eindigen door de overgang van onderneming, gehanteerd dient te worden bij een reguliere beëindiging? Het Nederlandse arbeidsrecht biedt voldoende argumenten op grond waarvan gesteld kan worden dat de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigt door de overgang van onderneming. Art. 7:667 BW bepaalt dat een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, wanneer de tijd is verstreken bij overeenkomst, bij de wet of door het gebruik aangegeven. Het is naar onze mening niet houdbaar dat de overgang van onderneming automatisch resulteert in een gefixeerde einddatum van de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en vervreemder. Er kan niet gesteld worden dat door de overgang van onderneming de arbeidsovereenkomst van de weigerachtige werknemer in tijd is verstreken. Wij stellen hiervoor al vast, dat de wet niet voorziet in een einde van rechtswege in geval van een overgang van onderneming. Eindigt de arbeidsovereenkomst dan op grond van gebruik? Ook het antwoord op deze vraag is ontkennend.

Concrete gevolgen voor de praktijk

De conclusie dat de overweging van de Hoge Raad met betrekking tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de weigerachtige werknemer onjuist is, kan de volgende concrete gevolgen voor de praktijk hebben.

De werkgever en in het bijzonder de vervreemder, dient de individuele werknemers in het geval van een overgang van onderneming zo tijdig en volledig mogelijk te informeren over de overgang en de (individuele) gevolgen. Deze informatieplicht staat wat ons betreft los van de overige verplichtingen die de werkgever op grond van de Wet op de Ondernemingsraden, SER Fusiegedragsregels of een collectieve arbeidsovereenkomst heeft. De eisen van goed werkgeverschap brengen mee dat het op de weg van de werkgever ligt om zijn werknemers voldoende te informeren over de in verband met de overgang te maken keuzes en ..hen volledige informatie te geven over hun rechtspositie en de geldende wettelijke bepalingen.²² Wij realiseren ons dat de praktijk weerbarstig is en dat het informeren van werknemers vaak een haastig sluitstuk is, al dan niet kort voor de beoogde overgang. Het is echter voor de vervreemder van belang zich te realiseren dat de arbeidsovereenkomst van een werknemer in het geval van een overgang van onderneming niet altijd eindigt en dat de (weigerachtige) werknemer zich in onze visie op

18. HvJ EG 24 januari 2002, JAR 2002/47 (*Temco Service Industries / Imzilyen, e.a.*).

19. Zie noot 13; vgl. Ktr. Arnhem, 14 februari 1995, NJ 1995/508.

20. R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming', Deventer: Kluwer 2000, p. 47-55. Zie ook: HvJ EG 5 mei 1988, NJ 1989/712 (*Besi Mill*).

21. Dit blijkt evenwel uit de uitspraak van de Ktr. Enschede, 6 september 2007, LJN BB3340.

22. Zie noot E. Verhulp, JAR 2009/183.

het standpunt kan stellen dat hij ook na de overgang in dienst blijft bij de vervreemder.

Ter illustratie worden hieronder twee situaties geschetst die zich kunnen voordoen in het geval van een overgang van onderneming.

Situatie 1: alle activiteiten worden overgedragen

Alle activiteiten van de vreemder worden overgedragen en de arbeidsomstandigheden als gevolg van de overgang veranderen niet of nauwelijks. Er wordt bewust gesproken van arbeidsomstandigheden en niet van arbeidsvoorwaarden. Het is mogelijk dat een verkrijger besluit om de activiteiten op een nieuwe bedrijfslocatie, 100 kilometer verder dan de vorige bedrijfslocatie, te continueren. De werknemer die, na te zijn geïnformeerd over de gevolgen van de overgang, weigert in dienst te treden bij de verkrijger en in dienst wil blijven bij de vervreemder zal hier weinig financieel voordeel van hebben. De vervreemder, laten wij voor het gemak uitgaan van een enkele onderneming die geen onderdeel is van een groter concern, heeft zelf geen activiteiten meer die de werknemer kan uitvoeren en voor de werknemer is een passende functie elders bij de verkrijger beschikbaar onder gelijkblijvende voorwaarden. Indien of de vervreemder of de werknemer ontbinding verzoekt van de arbeidsovereenkomst ligt het in de lijn der verwachtingen dat de kantonrechter geen of een bijzonder lage vergoeding zal toekennen. Wanneer in het onderhavige voorbeeld de vervreemder onderdeel is van een groter concern, kan dat een extra argument zijn voor een werknemer niet mee over te willen naar bijvoorbeeld een kleinere onderneming met minder carrièrekansen. Immers, indien deze werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoekt, is het denkbaar dat de kantonrechter zal nagaan of de werkgever heeft onderzocht of er elders binnen het concern alternatieven voor deze werknemer bestaan.

Situatie 2: een deel van de activiteiten wordt overgedragen

Een deel van de activiteiten van de vervreemder wordt overgedragen en binnen de onderneming(en) van de vervreemder blijven (al dan niet andere) activiteiten en werknemers achter. Laten we voor het gemak aannemen dat de arbeidsomstandigheden als gevolg van de overgang voor de werknemers niet of nauwelijks veranderen. De weigerachtige werknemer heeft onzes inziens wederom de keuze of hij bij de verkrijger in dienst treedt of achterblijft bij de vervreemder. Met de oprekking van het begrip vervreemder na het arrest *Albron/Heineken* is het denkbaar dat een werknemer er de voorkeur aan geeft in dienst te blijven van een groter concern in plaats van over te gaan naar een kleine(re) onderneming met mogelijk minder ontwikkelingsmogelijkheden.²³

Wij menen dat de vervreemder vervolgens ten behoeve van de weigerachtige werknemer binnen de onderne-

ming(en) dient na te gaan welke mogelijkheden er zijn om deze werknemer aan het werk te houden. Immers, als gevolg van het ontbreken van een wettelijke regeling in Nederland als bedoeld in de arresten *Katsikas* en *Temco* is niet wettelijk vastgelegd wat er met de weigerachtige werknemer gebeurt. Wij menen dat de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege eindigt door de overgang van onderneming en dat de weigerachtige werknemer in dienst blijft van de vervreemder. Tegelijkertijd vinden wij dat de werknemer, een en ander in lijn met de *Taxi Hofman*-leer, vanwege, kort gezegd, de gewijzigde omstandigheden op het werk, een andere functie met een mogelijk lager salaris niet eenvoudig kan afwijzen. De werknemer heeft er immers zelf voor gekozen, ondanks het feit dat zijn werkzaamheden zijn overgedragen, achter te blijven bij de vervreemder. Het is de vraag of een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst geïnitieerd door de vervreemder omdat er geen alternatieven voor de weigerachtige werknemer na een overgang zijn, kan stranden indien het verzoek niet voldoet aan een zogenoemde ETO-reden. Art. 4 lid 1 van de Richtlijn heeft als doel de werknemer te beschermen tegen ontslag wegens de overgang van onderneming. De vervreemder die geconfronteerd wordt met een werknemer die weigert mee over te gaan naar de verkrijger en voor de vervreemder wil blijven werken, zal onder omstandigheden een ontbinding van de arbeidsovereenkomst moeten kunnen verzoeken. Een dergelijk verzoek zal onder meer geweigerd kunnen worden indien de werkgever heeft nagelaten passend werk aan te bieden, waarbij wij menen dat voornoemde verplichting tot het aanbod van passend werk in het geval alle activiteiten worden overgedragen en de vervreemder onderdeel uitmaakt van een grote concern (situatie 1) minder vergaand is dan in het geval dat een deel van de activiteiten wordt overgedragen (situatie 2).

Timing van informatievoorziening aan werknemer essentieel

Het moment waarop de vervreemder de werknemers in het geval van een overgang van onderneming informeert over de gevolgen is voor de werknemer van groot belang. De werknemer dient in het geval van een overgang van onderneming tijdig te worden geïnformeerd over de overgang, de gevolgen voor de werknemer en over zijn rechten. Hiervoor werd al ingegaan op de situatie dat door de overgang de arbeidsomstandigheden wijzigen als gevolg waarvan de werknemer zou kunnen besluiten in dienst te willen blijven bij de vervreemder. Het is ook mogelijk voor de werknemer op grond van art. 7:665 BW de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst met de vervreemder te ontbinden. Heeft de werknemer deze mogelijkheid niet, bijvoorbeeld omdat er onvoldoende tijd resteert vóór de overgang bedoelde procedure te doorlopen, dan zal de werknemer expliciet moeten

23. HvJ EG 21 oktober 2010, JAR 2010/298 (*Albron/Heineken*).

kiezen tussen het in dienst blijven bij de vervreemder en het in dienst treden bij de verkrijger.

Onzes inziens dient de vervreemder de werknemer tevens te informeren over de mogelijkheid een ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:665 BW te verzoeken in geval van een verslechtering als gevolg van de overgang. Wij menen dat de vervreemder in strijd met de wet handelt als hij de werknemer mededeelt dat indien deze niet wenst over te gaan naar de verkrijger, de arbeidsovereenkomst per de datum van overgang van rechtswege eindigt. De gronden waarop een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt zijn hiervoor uiteengezet en een overgang van onderneming valt niet onder een van deze omstandigheden. De werknemer die niet volledig op de hoogte is van zijn mogelijkheden, kan naar onze mening nimmer vrijelijk afstand doen van de rechten die de Richtlijn hem toekent. De weigerachtige werknemer blijft – wegens het ontbreken van een regeling in de wet en vanwege de relevante bepalingen uit Boek 7 die in dit artikel kort zijn aangehaald – naar ons oordeel op de datum van overgang van onderneming in dienst van de vervreemder. Het kan natuurlijk niet zo zijn dat de weigerachtige werknemer achter het net vist doordat de Nederlandse wetgever heeft nagelaten om, zoals werd bevestigd in het *Temco*-arrest, wettelijk te benoemen en vast te leggen wat er gebeurt met de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en vervreemder. Het staat haaks op het doel van de Richtlijn deze werknemer niet te beschermen.

Conclusie

Gelet op de informatieplicht die op de werkgever rust, dient de weigerachtige werknemer naar ons oordeel geïnformeerd te worden over de lacune in de ontslagbescherming bij overgang van onderneming. Uitsluitend indien de weigerachtige werknemer volledig en juist is geïnformeerd en hij tijdig de gelegenheid heeft gehad een weloverwogen beslissing over de voortzetting van zijn arbeidsovereenkomst te nemen, kan met deze werknemer vrijelijk een overeenkomst worden gesloten, dat de arbeidsovereenkomst met de vervreemder eindigt en niet wordt voortgezet bij de verkrijger.

Indien de weigerachtige werknemer en de werkgever niet tot een beëindigingsovereenkomst kunnen komen, betekent dit naar onze mening niet dat de arbeidsovereenkomst met de vervreemder van rechtswege per

de datum van overgang eindigt. Immers, in het *Katsikas*-arrest werd overwogen dat de lidstaten vrij zijn een regeling te treffen voor de situatie dat de werknemer zich verzet tegen een overgang van onderneming. Vervolgens werd in het *Temco*-arrest bepaald dat bij het treffen van een dergelijke regeling de lidstaten de keuze hebben uit de mogelijkheid dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd middels een nadere rechtshandeling te verrichten door de werkgever dan wel de werknemer of dat de arbeidsovereenkomst met de vervreemder in stand blijft. De Nederlandse wetgever heeft echter geen regeling vastgelegd als bedoeld in voornoemde arresten, waardoor uit de wet niet volgt wat de rechtsgevolgen zijn voor de weigerachtige werknemer. De Hoge Raad is dan ook op de stoel van de wetgever gaan zitten door te oordelen dat de arbeidsovereenkomst van de weigerachtige werknemer per de datum van overgang van rechtswege eindigt vanwege de ondubbelzinnige weigering. Dit oordeel strookt naar onze mening niet met de jurisprudentie van het Hof van Justitie en is in strijd met het gesloten ontslagstelsel in Nederland. Op grond van het voorafgaande menen wij dan ook dat de weigerachtige werknemer, waarmee geen minnelijke regeling tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst getroffen kon worden, in dienst blijft van de vervreemder. Het is om die reden aan de vervreemder de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te bewerkstelligen, hetzij door opzegging na toestemming van het UWV WERKbedrijf, hetzij door middel van een verzoek tot ontbinding.

Het bovenstaande betekent eveneens dat het onvermijdelijk is dat het huidige art. 7:663 BW een wijziging ondergaat. Wij pleiten voor een uitbreiding van dit artikel met een extra lid, waarin is bepaald dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de weigerachtige werknemer door opzegging dan wel ontbinding (door de vervreemder) bewerkstelligd dient te worden. Art. 7:665 BW regelt vervolgens, indien de overgang leidt tot een wijziging van de omstandigheden ten nadele van de werknemer, dat de ontbinding voor rekening van de werkgever komt.²⁴ Op deze manier geniet de weigerachtige werknemer eveneens arbeidsrechtelijke bescherming in plaats van dat zijn arbeidsovereenkomst in het niets verdwijnt.

24. Vgl. HvJ EG 12 november 1998, C-399/96 (*Europièces/Sanders*): het HvJ EG maakt in dit arrest eveneens een koppeling tussen de weigering zelf en de reden daarvoor.