

ANNOTATIE

# Overgang van onderneming en de arbeidsongeschikte werknemer

**mr. dr. J.P.H. Zwemmer**

## Inleiding

Wanneer bij een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW geen ondernemingsactiviteiten achterblijven bij de vervreemder gaan alle werknemers van rechtswege over naar de verkrijger. Gaan niet alle activiteiten van de vervreemder over, dan gaan uitsluitend de werknemers over die werkzaam zijn bij het overgaande ondernemingsonderdeel. In het arrest Botzen/RDM (HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 902, m.nt. Stein) overwoog het Hof van Justitie in een situatie waarin een onderdeel van de onderneming overging, dat voor het antwoord op de vraag of de werknemer mee overgaat enkel beslissend is of het onderdeel waarbij de werknemer is aangesteld, en dat het organisatorisch kader vormt waarbinnen de arbeidsverhouding wordt geconcretiseerd, wordt overgedragen. Omdat de arbeidsovereenkomst in hoofdzaak wordt gekenmerkt door de band tussen de werknemer en het onderdeel van de onderneming waarbij hij voor de uitoefening van zijn taak is aangesteld, kan naar het oordeel van het Hof van Justitie bij de beoordeling van de vraag of de arbeidsovereenkomst overgaat, worden volstaan met vast te stellen bij welk onderdeel van de onderneming de betrokken werknemer was aangesteld. In het arrest d'Urso (HvJ EG 25 juli 1991, *NJ* 1994, 168) sprak het Hof van Justitie in dit kader over 'werknemers die voor het vervullen van hun taak tewerk zijn gesteld bij het overgedragen gedeelte van de onderneming of vestiging.' Dat kan tot onduidelijkheid leiden wanneer de werknemer slechts voor een deel werkzaam is bij het overgaande onderdeel van de onderneming zoals aan de orde was in het arrest Botzen, maar ook wanneer de werknemer in verband met de overgang van het onderdeel wordt overgeplaatst naar een andere onderneming van de vervreemder of wanneer de werknemer op het tijdstip van de overgang is geschorst. Dat laatste was aan de orde in het arrest Memedovic/Asito van 11 februari 2005 (*JAR* 2005, 67). De Hoge Raad oordeelde in dit arrest onder verwijzing naar het arrest Botzen dat de arbeidsovereenkomst van de geschorste werknemer niet mee overging omdat naar zijn oordeel in deze zaak de band tussen de betrokken werknemer en het over te dragen onderdeel van de onderneming was verbroken als gevolg van de schorsing van de werknemer. De overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Memedovic/Asito zijn in de lagere rechtspraak enkele malen aangehaald in procedures waarin werd geoordeeld over de vraag of de op het tijdstip van de overgang arbeidsongeschikte werknemer overgaat bij de overgang van het

ondernemingsonderdeel waarbij hij voorafgaande aan de arbeidsongeschiktheid werkzaam was. Dat was ook aan de orde in de uitspraak van het Hof Leeuwarden van 14 augustus 2012 die de aanleiding vormt voor dit commentaar.

## Feiten

In deze zaak was de werknemer in 1996 in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van de werkgever. De werkgever exploiteerde onder andere een scheepswerf in Foxhol en de werknemer was aldaar werkzaam als ijzerwerker afbouw. In 2006 en 2007 was de werknemer arbeidsongeschikt in verband met hartklachten. De bedrijfsarts stelde in februari 2007 vast dat de werknemer zijn werkzaamheden met ingang van het einde van die maand weer mocht oppakken op bas van drie maal vijf uur per week. Per 21 mei 2007 werd de werknemer volledig hersteld verklaard door de bedrijfsarts, zij het dat de bedrijfsarts daarbij opmerkte dat de werknemer indien mogelijk nog wat moest worden ontzien bij het 'klimmen en klauteren'. Op 13 augustus 2007 droeg de werkgever de scheepswerf in Foxhol over aan een derde (verkrijger). Daaraan voorafgaand waren door de werkgever, de verkrijger en FNV Bondgenoten en CNV Bedrijvenbond afspraken gemaakt over de gevolgen voor het personeel. Deze afspraken, waarover de centrale ondernemingsraad van de werkgever werd geïnformeerd, hielden in dat de verkrijger 51 werknemers van de werkgever in dienst zou nemen. Drie werknemers zouden tot zij zouden afvloeien in de WIA en de Ziektewet in dienst blijven van de werkgever en voor twee als 'individuele gevallen' bestempelde werknemers zou door de werkgever een passende oplossing worden gevonden. De hiervoor genoemde eerder met hartklachten uitgevallen werknemer was één van deze individuele gevallen. De werkgever deelde hem op 13 augustus 2007 mee dat hij niet mee overging naar de verkrijger en voor hem gezocht zou worden naar een oplossing. Vervolgens werd de werknemer tewerkgesteld bij de vestiging van de werkgever in Harlingen. De werknemer protesteerde tegen het niet mee overgaan van zijn arbeidsovereenkomst naar de verkrijger en deelde mee dat hij geen ervaring had met het werk in Harlingen, en dit werk – kort gezegd – slecht voor zijn hart was. Nadat de werkgever bijna twee jaar later, in juni 2009, de arbeidsovereenkomst van de werknemer met toestemming van het UWV WERKbedrijf opzegde, beriep de werknemer zich op de overgang van zijn arbeidsovereenkomst naar de verkrijger met ingang van 13 augustus 2007 op grond van artikel 7:662 e.v. BW. Bij de kantonrechter vorderde hij een verklaring voor recht dat zijn arbeidsovereenkomst van rechtswege was overgegaan naar de verkrijger onder hoofdelijke veroordeling van de werkgever en de verkrijger tot betaling van het loon van de werknemer totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zou zijn geëindigd. De werknemer baseerde de door hem gevorderde hoofdelijke veroordeling van de werkgever tot betaling van het loon op een schending van de plicht om duidelijke en volledige informatie te geven over de voorgenomen overgang van de onderneming, zijn rechtspositie én over de eventueel door hem te maken keuzes. De kantonrechter wees de vorderingen toe waarbij hij de verkrijger als werkgever en de werkgever op grond van onrechtmatige daad, in verband met het schenden van de informatieplicht, hoofdelijk veroordeelde tot doorbetaling van het loon aan de werknemer.

## Oordeel hof

In hoger beroep stelt de werkgever zich op het standpunt dat de werknemer ten tijde van de overgang van de werf naar de verkrijger geen deel meer uitmaakte van de over te dragen onderneming omdat hij voor zijn eigen functie blijvend arbeidsongeschikt zou zijn. Dat zou blijken uit de opmerking van de bedrijfsarts bij de hersteldmelding van de werknemer op 21 mei 2007 en uit de mededeling van de werknemer dat het werk in Harlingen slecht zou zijn voor zijn hart. Het hof overweegt dat deze stelling verband houdt met de vraag of de gestelde arbeidsongeschiktheid van de werknemer voor de overeengekomen functie tot gevolg zou hebben dat de vereiste band tussen het overgegangene onderdeel van de onderneming en de werknemer is verbroken. Toerekening van de werknemer aan het overgaande ondernemingsonderdeel zou dan niet meer gerechtvaardigd zijn. Het hof verwijst naar het arrest Memedovic/Asito waar de overgaande onderneming bestond uit een (niet eenmalige) opdracht die voortaan door een andere opdrachtnemer werd uitgevoerd en waarin de Hoge Raad oordeelde dat de werknemer die door de vervreemder om niet met de overgang van de opdracht verband houdende redenen was geschorst, en daarmee van de opdracht was gehaald, zonder dat uitzicht op terugkeer bestond, niet overging. Doorslaggevend bij dit oordeel van de Hoge Raad was naar het oordeel van het hof dat de verhindering van de werknemer om de opgedragen werkzaamheden te verrichten wegens de schorsing in beginsel niet van tijdelijke aard was. Het hof past deze overwegingen vervolgens toe bij de beoordeling van de vraag of de arbeidsongeschikte werknemer overgaat bij de overgang van het ondernemingsonderdeel waarbij is tewerkgesteld. Het hof overweegt dat dan zal moeten worden vastgesteld of de werknemer, gelet op de aard van zijn arbeidsongeschiktheid, ooit de overeengekomen werkzaamheden bij de werkgever zou hebben kunnen hervatten. Naar het oordeel van het hof is dit het geval. De werknemer was voordat de werf overging, hersteld verklaard en de opmerking van de bedrijfsarts dat hij nog wat moest worden ontzien bij het 'klimmen en klauteren' deed daaraan niet af. Dit vormde geen 'prognose voor de toekomst'. Voor het oordeel dat een werknemer voor zijn eigen functie blijvend arbeidsongeschikt is in verband met zijn beperkingen, als gevolg waarvan zijn band met het overgegangene ondernemingsoordeel is verbroken, zou in het algemeen ook een arbeidsdeskundig onderzoek vereist zijn aldus het hof. Het hof vernietigt echter de hoofdelijke veroordeling van de werkgever tot het – bij wijze van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad – betalen van het loon wegens het door de werkgever schenden van zijn informatieplicht jegens de werknemer. Het hof overweegt dat, nu vaststaat dat de werkgever bij de verkrijger aanspraak kan maken op loon, niet valt in te zien dat hij daarvoor ook de werkgever als overdragende partij aansprakelijk kan houden (zie over de afwijzing van de aansprakelijkheid van de werkgever op grond van onrechtmatige daad de noot van Beltzer bij deze uitspraak in *JAR* 2012, 243).

### **Memedovic/Asito**

In de zaak Memedovic/Asito ging het om een werkneemster van een schoonmaakbedrijf die gedurende zeven jaar was tewerkgesteld op dezelfde schoonmaakopdracht van de werkgever. Aan deze tewerkstelling was een einde gekomen omdat zij zich discriminerend zou hebben uitgelaten tegenover werknemers van de opdrachtgever. De werkgever had de werkneemster in verband hiermee geschorst en haar meegedeeld dat om ontbinding van haar

arbeidsovereenkomst zou worden verzocht. De werkneemster had zich vervolgens ziek gemeld bij de werkgever. Voordat de arbeidsovereenkomst werd ontbonden, werd de schoonmaakopdracht overgenomen door een ander schoonmaakbedrijf. Op grond van artikel 46 lid 3 van de destijds geldende CAO voor het Schoonmaak- en glazenwassersbedrijf was het schoonmaakbedrijf dat de opdracht overnam (de verkrijger) verplicht de op de schoonmaakopdracht werkzame werknemers van het schoonmaakbedrijf in dienst te nemen. De werkgever stelde zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst van de geschorste werkneemster op grond van artikel 7:663 BW was overgegaan naar de verkrijger. Het hof volgde de werkgever in eerdere instantie en oordeelde:

‘Als een werknemer in zijn functie geschorst is, behoudt hij die specifieke functie zo lang hij niet uit zijn functie ontheven is of ontslagen is. Pas na de ontheffing uit zijn functie of het verkrijgen van een andere functie bij dezelfde werkgever, hetgeen ook kan inhouden het ingezet worden op een ander project, verliest de werknemer de band met zijn functie, waarin hij was geschorst. Dit betekent, dat Memedovic nog steeds behoorde tot de groep werknemers, die verbonden was aan het Project.’

De Hoge Raad vernietigde het arrest van het hof. Omdat onder andere op grond van het arrest Botzen de band tussen de betrokken werknemer en het over te dragen onderdeel van de onderneming beslissend is bij de beantwoording van de vraag of de werknemer kan worden toegerekend aan dat ondernemingsonderdeel is, zo overwoog de Hoge Raad, ‘die toerekening niet langer gerechtvaardigd indien de band is verbroken, doordat de betrokken werknemer (om andere redenen dan met het oog op de overdracht van het desbetreffende bedrijfsonderdeel) is geschorst (en daarmee van het project is gehaald) zonder dat enig uitzicht op terugkeer in diens oude functie bestaat.’ In een dergelijke situatie kan de werknemer in de terminologie van artikel 7:663 BW niet langer worden aangemerkt als werkzaam bij het betrokken ondernemingsonderdeel, niet omdat de werknemer verhinderd is de werkzaamheden feitelijk te verrichten, maar omdat die verhindering niet van in beginsel tijdelijke aard is. Dat de geschorste werkneemster in het arrest Memedovic/Asito niet kon worden aangemerkt als werkzaam bij het overgaande ondernemingsonderdeel werd naar het oordeel van de Hoge Raad mede veroorzaakt door de omstandigheid dat sprake was van een zogenaamde arbeidsintensieve onderneming. In een dergelijke situatie stelt ook de bijzondere aard van dat onderdeel van de onderneming eisen aan de band tussen dat onderdeel en het daarbij betrokken personeel. De werkneemster die zonder enig vooruitzicht op terugkeer van de schoonmaakopdracht was gehaald, maakte dientengevolge naar het oordeel van de Hoge Raad niet langer deel uit van de als economische eenheid te beschouwen groep van werknemers die, speciaal daartoe ingezet door het schoonmaakbedrijf, duurzaam, dat wil zeggen met een zekere continuïteit, een gemeenschappelijke activiteit verrichtten.

Naar het oordeel van de Hoge Raad kan dus de werknemer die om niet met de overgang van het betrokken ondernemingsonderdeel verband houdende redenen is geschorst, niet worden aangemerkt als een bij dat ondernemingsonderdeel werkzame werknemer in de zin van artikel 7:663 BW wanneer die schorsing van permanente aard is. De overweging van de Hoge Raad dat daarbij ook van belang is dat sprake is van een arbeidsintensieve onderneming kan

ik moeilijk plaatsen. Of al dan niet sprake is van een arbeidsintensieve onderneming vormt naar mijn mening op zichzelf geen omstandigheid die relevant zou moeten zijn bij de beantwoording van de vraag of de werknemer kan worden aangemerkt als werkzaam bij het overgaande ondernemingsonderdeel. Mijns inziens kan de Hoge Raad dit niet zo bedoeld hebben. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie (zie o.a. HvJ EG 14 april 1994, *NJ* 1995, 149 (Schmidt) en HvJ EG 11 maart 1997, *NJ* 1998, 377 (Süzen)) volgt dat de omstandigheid dat sprake is van een arbeidsintensieve onderneming van belang is voor het antwoord op de vraag of een (onderdeel van een) onderneming is overgegaan in de zin van artikel 7:662 lid 2 BW en niet bij de beantwoording van de (daaropvolgende) vraag of de werknemer kan worden aangemerkt als werkzaam bij het overgaande ondernemingsonderdeel in de zin van artikel 7:663 BW.

### **Wanneer zou de arbeidsongeschikte werknemer niet meer kunnen worden aangemerkt als werkzaam bij het overgaande ondernemingsonderdeel ex artikel 7:663 BW?**

Naar het oordeel van het Hof Leeuwarden kunnen de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Memedovic/Asito ook worden toegepast bij de beoordeling van de vraag of de arbeidsongeschikte werknemer overgaat bij de overgang van het ondernemingsonderdeel waarbij hij voorafgaande aan zijn arbeidsongeschiktheid werkzaam was. Omdat het moet gaan om een verhindering die in beginsel niet van tijdelijke aard mag zijn, is dan van belang of de werknemer, gelet op de aard van zijn arbeidsongeschiktheid, ooit de overeengekomen werkzaamheden bij de werkgever zou hebben kunnen hervatten, aldus het hof. In andere lagere rechtspraak werd op een vergelijkbare wijze geoordeeld (zie Ktr. Leeuwarden 16 februari 2010, LJN BL5712, Ktr. Breda 29 september 2011, *RAR* 2012, 9 en Ktr. Heerlen 10 november 2011, *RAR* 2012, 129). In mijn commentaar bij de uitspraak van de Kantonrechter te Leeuwarden van 16 februari 2010 (*AR* 2010-186, m.nt. J.P.H. Zwemmer) vroeg ik mij af waar de grens ligt bij de toepassing van de 'Memedovic-leer' bij de beantwoording van de vraag of de arbeidsongeschikte werknemer overgaat. In deze uitspraak oordeelde de kantonrechter dat de arbeidsongeschikte werknemer niet mee was overgegaan op basis van de prognose van de bedrijfsarts dat de werknemer niet (meer) geschikt was voor het verrichten van werkzaamheden bij het overgaande ondernemingsonderdeel. Omdat niet duidelijk was waarop de bedrijfsarts deze prognose baseerde, betoogde ik in mijn commentaar dat dan het gevaar bestaat dat te gemakkelijk zou kunnen worden geoordeeld dat de werknemer op grond van de 'Memedovic-leer' niet mee overgaat. Daarmee zou afbreuk worden gedaan aan de met artikel 7:662 e.v. BW beoogde bescherming van de werknemer. Dat laatste werd naar mijn mening pijnlijk duidelijk in de uitspraak in kort geding van de kantonrechter te Amsterdam van 12 oktober 2011 (*JAR* 2011, 283). De kantonrechter overwoog hier dat de band tussen de arbeidsongeschikte werknemer en het overgaande ondernemingsonderdeel is verbroken wanneer de arbeidsongeschiktheid 'van dien aard' is dat de werknemer niet meer werkzaam zal zijn bij het betrokken ondernemingsonderdeel. Dat de werknemer dan niet mee overgaat, achtte de kantonrechter ook alleszins redelijk 'omdat daarmee wordt bereikt dat de gevolgen van de arbeidsongeschiktheid niet voor rekening

komen van de werkgever (de verkrijger), die op generlei wijze verantwoordelijk kan worden gesteld voor het ontstaan van die arbeidsongeschiktheid, noch voor de wijze waarop de reïntegratie is aangepakt en uitgevoerd.' Met deze laatste overweging lijkt de kantonrechter de met artikel 7:662 e.v. BW en de daaraan ten grondslag liggende Richtlijn bedoelde bescherming van de werknemer bij overgang van onderneming uit het oog te hebben verloren. Zo ook Haanappel-van der Burg. In haar noot bij deze uitspraak betoogt zij dat niet alleen het niet mee overgaan van de arbeidsongeschikte werknemer, maar ook het niet mee overgaan van de geschorste werknemer in strijd zou zijn met de Richtlijn. Haanappel-van der Burg meent dat de door het Hof van Justitie in het arrest Botzen bedoelde band tussen de werknemer en het onderdeel van de onderneming of vestiging waarbij hij voor de uitoefening van zijn taak is aangesteld, betrekking heeft op het organisatorische kader waarbinnen de arbeidsverhouding wordt geconcretiseerd. Dat organisatorische kader omschrijft zij als de organisatorische gang van zaken waarbinnen de arbeidsverhouding vorm krijgt. Hierbij kunnen volgens Haanappel-van der Burg relevant zijn de werktijd die is besteed aan het onderdeel van de onderneming, de arbeidsovereenkomst die aangeeft waartoe de werknemer zich heeft verplicht, alsook de allocatie van loonkosten tussen verschillende onderdelen van de onderneming. Of de werknemer ook daadwerkelijk in staat is de arbeid te verrichten, maakt hiervan naar haar mening geen deel uit. Deze benadering lijkt aan te sluiten bij het oordeel van het Hof Amsterdam in zijn arrest van 22 februari 2007 (JAR 2007, 105, m.nt. Verhulp). In dit arrest had de werkneemster op het moment van de overgang al bijna twee jaar geen arbeid verricht omdat zij met de werkgever in een procedure was verwikkeld naar aanleiding van het door de werkgever zonder vergunning opzeggen van haar arbeidsovereenkomst en omdat de werkneemster later door zwangerschapsverlof en ziekte geen arbeid kon verrichten. Het hof oordeelde dat de werkneemster was overgegaan omdat het stellen van de eis dat de werknemer ten tijde van de overgang van de onderneming tevens feitelijk in de onderneming werkzaam is de door de Richtlijn beoogde bescherming te zeer zou inperken. Het hof overwoog daarbij dat de Nederlandse wetgeving aan het enkele bestaan van een arbeidsovereenkomst ten behoeve van de werknemer rechtsbescherming verbindt, zodat het enkele bestaan van een arbeidsovereenkomst voldoende moet worden geacht voor bescherming uit hoofde van artikel 7:663 BW. In deze zaak was echter de gehele onderneming van de vervreemder overgegaan. Daardoor speelden de overwegingen van het Hof van Justitie in het arrest Botzen en van de Hoge Raad in het arrest Memedovic/Asito hier geen rol.

### **Doel Richtlijn impliceert restrictieve uitleg overwegingen Hoge Raad in Memedovic/Asito**

Ik vraag mij af of verenigbaar is met het doel van de Richtlijn dat de 'Memedovic-leer' ook wordt toegepast bij de beoordeling van de vraag of de op het tijdstip van de overgang arbeidsongeschikte werknemer overgaat bij de overgang van het ondernemingsonderdeel waarbij hij voorafgaande aan zijn arbeidsongeschiktheid werkzaam was. Met het van rechtswege overgaan van de arbeidsovereenkomst bij overgang van onderneming wordt beoogd de werknemer te beschermen tegen ontslag en tegen een verandering of achteruitgang

in zijn positie als gevolg van de overgang van onderneming. De arbeidsongeschikte werknemer wordt beschermd in Titel 10 Boek 7 BW. De positie van de op het tijdstip van de overgang van het ondernemingsdeel arbeidsongeschikte werknemer kan echter veranderen of achteruitgaan wanneer hij niet mee zou overgaan bij de overgang van het ondernemingsonderdeel waarbij hij voorafgaande aan zijn arbeidsongeschiktheid werkzaam was. Zo zal de vervreemder na de overgang van het ondernemingsonderdeel niet of in mindere mate kunnen voldoen aan zijn re-integratieverplichtingen ex artikel 7:658a BW. Voorts zou de overgang van het ondernemingsonderdeel dan tot het ontslag van de arbeidsongeschikte werknemer kunnen leiden, nu het opzegverbod tijdens ziekte op grond van artikel 7:670b lid 2 BW niet geldt bij een opzegging wegens de beëindiging (door de vervreemder als gevolg van de overgang) van de werkzaamheden van het onderdeel van de onderneming waarin de werknemer werkzaam was. Op grond hiervan zou het niet mee overgaan van de arbeidsongeschikte werknemer op grond van de 'Memedovic-leer', 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, in strijd zijn met het doel van artikel 7:662 e.v. BW en de daaraan ten grondslag liggende Richtlijn. Naar mijn mening dienen de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Memedovic/Asito derhalve restrictief te worden uitgelegd. De 'Memedovic-leer' zou dan uitsluitend van toepassing 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.