

mr M.A. de Vries¹

Overgang van onderneming **De belangrijkste arbeidsrechtelijke aspecten op een rij**

De financiële pagina's van de kranten laten zien dat het aantal fusies en overnames weer aantrekt. Uit een recent onderzoek is gebleken dat het totaalbedrag dat is gemoeid met fusies en overnames in Nederland in de eerste helft van dit jaar met meer dan 60% is gestegen ten opzichte van vorig jaar.² Voldoende reden om nader stil te staan bij de juridische aspecten van bedrijfsovernames. In dit artikel zullen de belangrijkste arbeidsrechtelijke aspecten van overgang van onderneming worden besproken.

Wettelijke basis

De artikelen 7:662 e.v. BW regelen de arbeidsrechtelijke gevolgen van een overgang van onderneming. Deze artikelen zijn gebaseerd op een Europese richtlijn.³ Kern van de wetgeving is de bescherming van werknemers tegen een wijziging in arbeidsvoorwaarden of tegen het ontslag bij een overdracht van een onderneming of een onderdeel daarvan. De vraag rijst wanneer sprake is van overgang van onderneming in de zin van de wet of de Europese richtlijn. Hiervan is sprake indien 'een economische eenheid krachtens overeenkomst wordt overgedragen waarbij de eigen identiteit behouden blijft'. Dit criterium, dat in de praktijk doorgaans ruim wordt geïnterpreteerd, geeft aanleiding tot vele vragen. Immers, indien een onderneming in zijn geheel wordt overgedragen is goed voor te stellen dat de identiteit van het bedrijf bewaard blijft, maar hoe zit dit indien slechts een deel van de onderneming, bijvoorbeeld alleen de transportafdeling van een supermarktketen wordt overgedragen?

In de rechtspraak zijn enkele criteria naar voren gekomen om vast te stellen of de identiteit van (een deel van) de onderneming bewaard is gebleven.⁴ Hiervoor moet worden beoordeeld of een lopend bedrijf is overgegaan wat met name kan blijken doordat de exploitatie ervan in feite wordt voortgezet of hervat. Om te bepalen of aan deze voorwaarde is voldaan moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de transactie kenmerken, zoals:

- de aard van de betrokken onderneming;
- of er materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen worden overgedragen;
- de waarde van de materiële activa op het tijdstip van de overdracht;
- of vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer wordt overgenomen;
- of de klantenkring wordt overgedragen;
- de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen.

Deze feitelijke omstandigheden zijn slechts deelaspecten van het door de nationale rechter te verrichten globale onderzoek. Geen van de deelaspecten is beslissend. Of er overdracht van activa (gebouwen, machines) heeft plaatsgevonden is niet beslissend omdat dit ook slechts een deelaspect is. In arbeidsintensieve sectoren zoals bijvoorbeeld de schoonmaakbranche zal met

name moeten worden beoordeeld of een wezenlijk deel van het personeel is overgenomen, maar daarover later meer.

De wetgeving inzake overgang van onderneming is overigens niet van toepassing indien sprake is van een bedrijfsovername die plaatsvindt via een aandelenoverdracht. In dat geval blijft de onderneming in stand en houdt het personeel dezelfde werkgever. Bij een aandelenoverdracht komt namelijk alleen de zeggenschap van de onderneming in andere handen.

Overgang krachtens overeenkomst

Hiervoor is reeds aangegeven wanneer sprake is van overgang van onderneming in de zin van de wet. Eén van de elementen is dat sprake moet zijn van overgang 'krachtens overeenkomst'. De overeenkomst kan bijvoorbeeld de vastlegging zijn van een verkoop, verhuur of verpachting. Uit de rechtspraak blijkt dat het 'overeenkomst-vereiste' eerder naar de strekking dan naar de letter dient te worden uitgelegd. Zo oordeelde het Europese Hof van Justitie dat een stopzetting van een subsidie door een gemeente aan een instelling en het vervolgens toekennen van de subsidie aan een andere instelling die soortgelijke activiteiten ontplooid kan worden gezien als een overgang van onderneming.⁵ Dit is opvallend omdat er in dit geval geen overeenkomst aan ten grondslag lag tussen de twee instellingen.

Dat het begrip 'krachtens overeenkomst' ruim wordt geïnterpreteerd blijkt ook bij uitbesteding van werk. In enkele uitspraken heeft het Europese Hof van Justitie bepaald dat bij contractsbeëindiging in arbeidsintensieve sectoren als schoonmaak, thuiszorg en beveiliging, er sprake was van overgang van onderneming.⁶ Een voorbeeld ter verduidelijking. Werknemer Jansen is in dienst bij schoonmaakbedrijf Proper en verricht schoonmaakwerkzaamheden bij opdrachtgever Pieters. Opdrachtgever Pieters zegt het schoonmaakcontract met Proper op, waarna Proper de arbeidsovereenkomst met Jansen wenst te beëindigen. Pieters gunt vervolgens de schoonmaakwerkzaamheden aan het bedrijf Clean. Jansen stelt dat hij wegens overgang van onderneming in dienst is getreden bij schoonmaakbedrijf Clean. Werknemer Jansen wordt door het Hof van Justitie in het gelijk gesteld, waarbij van belang was dat Clean niet alleen de schoonmaakactiviteiten feitelijk voortzette maar ook de identiteit van het bedrijf bewaard was gebleven nu qua aantal en deskundigheid een wezenlijk deel van het personeel was overgenomen.

Gevolgen voor personeel en arbeidsvoorwaarden

Indien sprake is van een overgang van onderneming in de zin van de wet gaan alle rechten en plichten van het personeel die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst over op de verkrijger. Dit betekent onder meer dat de dienstjaren die de werknemers hebben opgebouwd bij hun werkgever moeten worden gerespecteerd en dat werknemers dezelfde arbeidsvoorwaarden behouden, waaronder de arbeidsvoorwaarden die voortvloeien uit een toepasselijke CAO. Voor wat betreft de rechten en verplichtingen die overgaan naar de verkrijgende onderneming op basis van een bestaande CAO bestaat er een beperking. Zodra de looptijd van deze CAO is verstreken of indien de overnemende werkgever wordt gebonden aan een nieuwe ná de overgang tot stand gekomen CAO dan gaat voor de overgenomen werknemers de nieuwe CAO gelden.

Overigens blijft de oude werkgever tot een jaar na overname aansprakelijk voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Dit betekent dat de werknemer de keus heeft: hij kan wat betreft de verplichtingen die dateren van vóór de overname zowel de nieuwe als de oude werkgever aanspreken.

Welke arbeidsvoorwaarden gaan over?

Niet alleen schriftelijke maar ook mondeling gemaakte afspraken gaan mee over naar de verkrijgende ondernemer, al zal het in praktijk doorgaans lastig zijn voor de werknemer om richting de verkrijgende werkgever te bewijzen dat bepaalde toezeggingen omtrent arbeidsvoorwaarden zijn gedaan. Maar hoe zit het met afspraken dat de werknemer gebruik kan maken van een fitnessruimte, korting kan krijgen op producten van werkgever of een recht heeft op bepaalde scholing? Volgens de heersende opvatting in de literatuur gaan ook deze zogeheten bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden over op de verkrijger, ook indien op voorhand vaststaat dat de verkrijger deze arbeidsvoorwaarden niet of slechts tegen aanzienlijke kosten kan voortzetten.⁷

Ook voor het concurrentiebeding dat de werknemer heeft gesloten met zijn werkgever geldt dat het van kracht blijft nadat de onderneming is overgenomen. Het concurrentiebeding zal opnieuw overeengekomen moeten worden indien de werknemer gedurende de looptijd van de arbeidsovereenkomst of na de overname een wezenlijk andere functie is gaan c.q. gaat vervullen.

Toch ligt het niet voor alle arbeidsvoorwaarden zo eenvoudig, zoals een optieregeling, terwijl voor pensioen specifieke regels gelden.

Optieregeling

Omdat de optieregeling deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst gaan ook deze mee over op de verkrijger. Hierdoor ontstaat wel een enigszins vreemde situatie. Immers, doorgaans heeft de oude werkgever aan het personeel optierechten toegekend op aandelen van de moedermaatschappij. Na de overgang wordt de nieuwe werkgever ermee geconfronteerd dat hij opties in het kapitaal van zijn rechtsvoorganger moet verstrekken. Een praktische oplossing hiervoor kan zijn dat de nieuwe werkgever de optierechten van het personeel vervangt door optierechten te verstrekken op de aandelen in het kapitaal van de (moedermaatschappij van de) nieuwe werkgever. Gelet op het beginsel van goed werknemerschap (art. 7:611 BW) zal het niet eenvoudig zijn voor een individuele werknemer om zich hiertegen te verzetten, zeker indien ook de ondernemingsraad hiermee heeft ingestemd. Een andere in de praktijk veelvuldig voorkomende oplossing is, dat in de optieregeling een zogeheten ‘change of control’-clausule wordt opgenomen, waarin staat dat in het geval er sprake is van een overgang van onderneming de opties terstond en gedurende zeer korte tijd uitoefenbaar zullen zijn en zullen vervallen als tijdige uitoefening achterwege blijft.

Pensioen

De verplichtingen die voortvloeien uit een toezegging inzake pensioen- en spaarregelingen gaan eveneens over op de verkrijger van de onderneming. Dit is slechts anders indien:

- a) de verkrijger aan de overgenomen werknemer een zelfde toezegging doet als hij aan zijn eigen werknemers heeft gedaan (hetgeen kan betekenen dat de pensioenregeling van de werknemer verslechtert);
- b) de verkrijgende onderneming verplicht deelneemt in een bedrijfspensioenfonds. In dat geval zal de bedrijfspensioenregeling ook voor de overgenomen werknemer gaan gelden;
- c) bij CAO is afgeweken van de pensioenregeling.

Indien een werknemer nog geen pensioenregeling heeft en hij als gevolg van bedrijfsovername overgaat naar een werkgever die zijn werknemers een pensioentoezegging heeft gedaan, dan krijgt de overgenomen werknemer vanaf het moment van de overname dezelfde pensioentoezegging als de werknemers in dienst van de verkrijger.

Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming

Meer dan eens zal een bedrijfsovername er bij de verkrijger toe leiden dat hij een groep werknemers erbij krijgt met een arbeidsvoorwaardenpakket dat sterk afwijkt van het arbeidsvoorwaardenpakket binnen zijn eigen onderneming. Dit leidt doorgaans tot onrust op de werkvloer, omdat het beginsel 'gelijke monniken, gelijke kappen' onder druk kan komen te staan. De verkrijgende ondernemer heeft er daarom belang bij om nadat de overgang van onderneming een feit is, de arbeidsvoorwaarden van het personeel te harmoniseren.

In de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie is naar voren gekomen dat 'werknemers niet kunnen afzien van de rechten die de richtlijn hun toekent, ook niet met hun instemming'.⁸ Met andere woorden, de wetgeving inzake overgang van onderneming beschermt werknemers die door de eventuele verkrijger onder druk worden gezet om in te stemmen met andere dan wel minder arbeidsvoorwaarden. Hierdoor kan een verkrijger een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden niet afdwingen voor de overgang. Dit betekent dat een eventuele harmonisatie van arbeidsvoorwaarden na de overgang van onderneming zal dienen plaats te vinden. In dit artikel zal niet uitvoerig worden ingegaan op de mogelijkheden om te komen tot harmonisatie van arbeidsvoorwaarden⁹. Ik volsta ermee te vermelden dat de meest voor de hand liggende methode is het wijzigen van arbeidsvoorwaarden met instemming van de betreffende werknemers. Deze instemming zal de werknemer doorgaans pas geven indien hij voor de wijziging voldoende (financieel) wordt gecompenseerd. Een veelvoorkomende manier van compenseren is het overeenkomen van een afbouwregeling met de werknemer, waarbij de arbeidsvoorwaarde in een zekere periode wordt afgebouwd naar het niveau van de overige werknemers. Indien de werknemers hun instemming weigeren, kan de werkgever zijn verzoek tot aanpassing van arbeidsvoorwaarden (onder meer) gronden op het algemene beginsel van redelijkheid en billijkheid of een zogeheten eenzijdig wijzigingsbeding dat is opgenomen in de arbeidsovereenkomst. In alle gevallen zal een afweging plaatsvinden tussen het belang van werkgever om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen en het belang van werknemer bij handhaving van de bestaande arbeidsvoorwaarden.

Welke werknemers gaan over?

Indien de gehele onderneming wordt overgedragen aan een derde is doorgaans helder dat hiermee ook alle personeelsleden mee overgaan. Dit ligt anders indien slechts een deel van de onderneming, bijvoorbeeld een bepaalde divisie, wordt overgedragen. Hoe zit het bijvoorbeeld met stafmedewerkers die overwegend werkzaamheden verrichten ten behoeve van het overgedragen bedrijfs onderdeel? Een voorbeeld ter verduidelijking. Een supermarktketen besluit haar eigen transportafdeling inclusief vrachtwagens te verkopen aan een concurrent. De chauffeurs zullen op grond van de wet mee overgaan naar de concurrent. Een stuk onduidelijker ligt het voor de loonadministrateur die 60% van zijn werkzaamheden besteedt aan de transportdivisie. De rechtspraak biedt op dit punt weinig houvast. In een arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat 'slechts die werknemers mee overgaan die behoren bij het desbetreffende onderdeel'.¹⁰ Zelf acht ik verdedigbaar dat in ieder geval de werknemer die tenminste tweederde van zijn tijd besteedt aan het bedrijfs onderdeel dat wordt afgestoten beschouwd kan worden als werknemer die mee overgaat.

Een werknemer kan overigens niet gedwongen worden bij de verkrijger in dienst te treden. Indien een werknemer niet mee wil, en het bedrijf of bedrijfs onderdeel waar hij werkzaam is gaat over, dan eindigt zijn arbeidsovereenkomst op het moment van de overgang van de onderneming. Dat werknemer niet mee over wil moet wel ondubbelzinnig blijken uit verklaringen van de betreffende werknemer. De weigerachtige houding van de werknemer zal normaliter een negatief effect hebben op zijn eventuele aanspraak op een WW-uitkering omdat het UWV de werknemer als verwijtbaar werkloos zal aanmerken.

De werkgever mag de arbeidsovereenkomst met de in zijn onderneming werkzame werknemer niet opzeggen *wegens* de overgang van onderneming.¹¹ Wanneer ontslag niet *wegens* of met het oog op overgang van onderneming plaatsvindt maar *wegens* bedrijfseconomische redenen die wijziging van het personeelsbestand meebrengen, is ontslag wel mogelijk, waarbij de normale ontslagregels dienen te worden nageleefd.

Adviesrecht ondernemingsraad

De ondernemingsraad heeft een adviesrecht met betrekking tot het voorgenomen besluit tot overdracht van (een deel van) de onderneming. Indien geen advies wordt gevraagd aan de ondernemingsraad, of indien de ondernemer ondanks een negatief advies van de ondernemingsraad de overname wil voortzetten, heeft de ondernemingsraad de mogelijkheid om naar de Ondernemingskamer te stappen. De Ondernemingskamer kan worden verzocht de ondernemer te verbieden het besluit tot overname uit te voeren. Overigens dient te worden bedacht dat ook de ondernemingsraad van de kopende partij een adviesrecht heeft met betrekking tot de voorgenomen transactie.

Conclusie

Ondanks de in de rechtspraak gegeven criteria is de vraag of in een bepaald geval sprake is van overgang van onderneming of een onderdeel daarvan niet altijd gemakkelijk te beoordelen. De feitelijke omstandigheden zijn telkens doorslaggevend. In arbeidsintensieve sectoren zoals de schoonmaak- en beveiligingsbranche zal met name van belang zijn vast te stellen of een wezenlijk deel van het personeel overgaat naar de verkrijgende onderneming. In overige sectoren zal het al dan niet overgaan van activa zoals machines, inventaris en het kantoorpand een grotere rol spelen.

Uitgangspunt van de Europese en Nederlandse wetgeving is dat de rechten en plichten van werknemers overgaan op de verkrijgende ondernemer. Dit geldt voor opgebouwde dienstjaren en bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden zoals bijvoorbeeld een bepaalde scholing. Daar staat tegenover dat de werknemer in beginsel ook na overgang van onderneming gebonden blijft aan het concurrentiebeding dat hij met de overdragende ondernemer heeft gesloten.

De rechtspraak maakt in ieder geval duidelijk dat doorgaans een ruime interpretatie wordt gegeven aan de bepalingen van de Europese richtlijn inzake overgang van onderneming. Dit vanuit de gedachte dat de werknemers moeten worden beschermd tegen een wijziging in arbeidsvoorwaarden of tegen ontslag bij overgang van onderneming. Werkgevers doen er daarom verstandig aan tijdig juridische bijstand in te roepen om discussie en procedures te voorkomen.

¹ Advocaat bij Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen te Amsterdam en vaste medewerker van LOON.

² Zie o.m. Financieel Dagblad, 30 juni 2005, 'Totaalbedrag overnames flink omhoog'.

³ Richtlijn 2001/23 van 12 maart 2001, PbEG van 22 maart 2001, L 82/16.

⁴ Zie o.a. het arrest Spijkers/ Benedik, HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502.

⁵ Zie arrest Redmond Stichting, HvJ EG 19 mei 1992, NJ 1992, 476.

⁶ Zie o.a. het arrest Süzen, HvJ EG 11 maart 1997, JAR 1997, 91 en arrest Temco, HvJ EG 24 januari 2002, JAR 2002, 47.

⁷ Zie J.M. van Slooten, 'overgang van onderneming en bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden', Tijdschrift Arbeidsrecht 2000/5.

⁸ Zie arrest Daddy's Dance Hall, HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990, 423.

⁹ Zie voor een uiteenzetting van de mogelijkheden tot wijziging van arbeidsvoorwaarden (i.c. kostenvergoedingen) het artikel van mr J.A.K. Kuipers in LOON nr. 8 2005.

¹⁰ Zie arrest Botzen / Rotterdamsche Droogdokmaatschappij, HvG EG 7 februari 1985, NJ 1985, 902.

¹¹ Zie arrest Bork, HvG EG 15 juni 1988, NJ 1990, 247.