TRA, Tijdschrift Recht en Arbeid (archief SMA)

Archief SMA
Aflevering 2007-2
Artikelen

SMA 2007, p. 59.
Dertig jaar overgang van onderneming - een lijst van wensen

(Mr. R.M. Beltzer * [1])

In 2007 is het dertig jaar geleden dat de Richtlijn overgang van ondernemingen het licht zag.* [2] Daarmee bestaat dertig jaar Europese bescherming van werknemers in de situatie dat de onderneming van hun werkgever overgaat - zij behouden bij de verkrijger van de onderneming niet alleen hun individuele of collectieve arbeidsovereenkomst, maar behouden deze zelfs ongewijzigd.* [3] Naast lof voor de richtlijn is er kritiek. In onderstaande bijdrage gaat de auteur in op de, zijn inziens, belangrijkste punten van aandacht.

Inleiding

Hoewel de richtlijn* [4] vanaf 1977 ongetwijfeld veel lof heeft geoogst en in ieder geval de bedoelingen van de opstellers ondersteuning verdienen, zijn er vanaf het begin kanttekeningen bij geplaatst. De richtlijn zou allereerst te veel bescherming bieden: denk aan het behoud van arbeidsvoorwaarden in situaties waarin dat voor de verkrijger niet alleen ongemakkelijk, maar ook ongewenst of onwerkbaar is. De kanttekeningen vloeien niet louter voort uit de klassieke tegenstelling tussen flexibiliteit en zekerheid - waar een werknemer aan zekerheid wint, verliest de werkgever immers aan flexibiliteit. Een belangrijk punt van kritiek is het feit dat enkele in de richtlijn gehanteerde, cruciale begrippen ('onderneming', 'overgang') te vaag zijn en door het Hof van Justitie EG (veel te) ruim worden gedefinieerd, waardoor de rechtszekerheid in het gedrang komt. Een ander punt van kritiek is het feit dat de richtlijn marktverstorend kan werken doordat bij vele contractswisselingen, blijkens de rechtspraak van het Hof van Justitie EG, al snel tot een overgang van onderneming kan worden geconcludeerd.
Afgezien van voormelde kanttekeningen die de richtlijn en de daarop gebaseerde rechtspraak van het Hof van Justitie EG zelf raken, bestaan knel- en vraagpunten ten aanzien van de implementatie ervan in nationale wetgeving. Zo heeft lidstaat Italië geworsteld met de vraag naar toepasselijkheid van de regels met betrekking tot overgang van onderneming indien een insolvente onderneming overgaat* [5] , heeft in Frankrijk twijfel bestaan over het beschermingsniveau voor 'genationaliseerd' personeel* [6] en recentelijk heeft men in het Verenigd Koninkrijk besloten dat vrijwel elke contractwisseling een overgang van onderneming bewerkstelligt, omdat de steeds opkomende vraag naar de toepasselijkheid van de regels tot te veel rechtsonzekerheid leidde.* [7] Deze en andere vragen zijn ook in de Nederlandse praktijk gerezen, waarbij in het bijzonder is gewezen op de onduidelijke reikwijdte van de richtlijn, de onpraktische oplossingen die in het bijzonder het Hof van Justitie met zijn enigmatische uitspraken aanreikt en de onvolledige implementatie van de richtlijn in Nederlandse wetgeving.* [8]
Drie decaden van ervaring zijn lang genoeg om een wensenlijst op te stellen voor wijziging van diezelfde regels.* [9] Sommige van de hieronder te noemen wensen zijn op nationaal niveau niet te vervullen: zolang het Hof van Justitie EG anders beslist, zijn de mogelijkheden op nationaal niveau met een eigen regeling te komen zeer beperkt. Andere wensen vloeien voort uit keuzes van de Nederlandse wetgever, keuzes die derhalve herzien kunnen worden. Conform de eeuwenoude spreuk dat 'welhaast alles in het getal zeven is verknoopt'* [10] bevat mijn lijst zeven wensen.

1 Wie wordt beschermd? Wees duidelijk over 'materiële' en 'formele' werkgevers en werknemers

Werknemer of niet: een formele benadering

Vanzelfsprekend is het cruciaal te weten wie door de richtlijn worden beschermd. Zonder contractuele regeling tussen de werknemer en de verkrijger van de onderneming betekent wel of geen richtlijnbescherming het verschil tussen het vrijwel zekere behoud van de arbeidsovereenkomst en het waarschijnlijke verlies ervan. De richtlijn laat lidstaten tot op grote hoogte zelf bepalen wie bescherming verdienen. Zij bepaalt immers, in navolging van de arresten Wendelboe en Mikkelsen* [11] , dat op de richtlijn slechts een beroep kan worden gedaan door personen die uit hoofde van de wetgeving van de betrokken lidstaat op enigerlei wijze als werknemer bescherming genieten (art. 2 lid 2). Daar voegt de richtlijn aan toe dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de in nationale rechtssystemen geldende definities van arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking.* [12] Duidelijk is dat met de richtlijn op dit punt niet wordt beoogd een uniforme bescherming binnen alle lidstaten in te voeren op basis van gemeenschappelijke criteria. De gekozen formulering is ruim: eenieder die maar op enigerlei wijze uit hoofde van de nationale wetgeving als werknemer wordt beschermd, kan een beroep doen op de in de richtlijn opgenomen bescherming. De vraag dient zich direct aan wie dat allemaal zijn. Wordt mede gedoeld op alle 'speciale gevallen', zoals de directeur-grootaandeelhouder, de oproepkracht en de uitzendkracht, de BBA-werknemer? Vooral de positie van de statutair directeur - al dan niet tevens grootaandeelhouder - van een naamloze of besloten vennootschap heeft aanleiding tot rechtspraak gegeven. Tot de uitspraak in de zaak Mikkelsen waren de meningen over diens positie verdeeld, nu staat vast dat zodra de directeur een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking heeft, hij tevens als werknemer wordt beschermd. Onduidelijk is echter of zijn statutaire hoedanigheid (de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking) tevens mee overgaat. Art. 7:662 e.v. BW lijken slechts op de arbeidsovereenkomst te zien, niet op de vennootschapsrechtelijke betrekking. De Rotterdamse rechtbank oordeelde dat van de verkrijger (een bv die als voortzetting van de vorige onderneming kon worden beschouwd) in casu mocht worden verwacht dat deze de werknemer tot statutair directeur zou benoemen, waarmee de vraag is opgeworpen of *de facto* een overgang van beide rechtsbetrekkingen mogelijk is.* [13] Ook al rammelt de uitspraak juridisch aan verschillende kanten, de onduidelijkheid is geschapen. In de categorie 'klein leed' past hier de vaststelling dat indien de directeur vóór de overgang door de algemene vergadering van aandeelhouders uit beide rechtsbetrekkingen is ontslagen en zich vervolgens met succes beroept op het opzegverbod van art. 7:670 lid 8 BW, de directeur in navolging van de in de 15 april-arresten* [14] van de Hoge Raad genoemde uitzonderingen - er geldt immers een opzegverbod - als werknemer alsnog in dienst treedt van de verkrijger. Dat zal in de meeste gevallen onwenselijk zijn.
De ruimte die aan lidstaten wordt gelaten met betrekking tot de personele werkingssfeer heeft geleid tot de vraag of ambtenaren ook als werknemer worden beschermd. In materiële zin zijn ambtenaren in vele gevallen vergelijkbaar met werknemers - slechts het etiket dat hun rechtsverhouding heeft is afwijkend van dat van de art. 7:610 BW-werknemer. In het arrest *Collino** [15] heeft het Hof van Justitie EG bepaald dat ambtenaren die onder een publiek statuut vallen niet volgens de nationale arbeidswetgeving als werknemer worden beschermd. Het ging hier om een privatisering van een Italiaanse overheidsdienst. Nu Italië er - net als Nederland - voor heeft gekozen de rechtspositie van ambtenaren elders en anders te regelen dan die van werknemers, konden de betreffende ambtenaren zich er niet op beroepen als werknemer te worden beschermd. Zij gingen derhalve niet automatisch mee over naar de verkrijger van de geprivatiseerde onderneming. De redenering van het Hof van Justitie EG lijkt te zijn dat men op het moment van overgang volgens de nationale wetgeving een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking dient te hebben. Uit het Italiaanse voorbeeld blijkt dat bij een privatisering veelal niet aan die voorwaarde zal zijn voldaan. In het omgekeerde geval - een deprivatisering of nationalisering - hebben de personen in kwestie meestal juist wel een arbeidsovereenkomst en worden zij dus als werknemer beschermd. Zij zullen

in dat geval bescherming aan de richtlijn kunnen ontlenen, aldus in het Hof van Justitie EG in de zaak *Mayeur*.* [16] Dit lijkt echter niet mee te brengen dat de verkrijgende overheid vervolgens kan worden verplicht de overgenomen werknemers een aanstelling als ambtenaar (maar wel als arbeidscontractant?) te geven. Hoe de rechtspositie van genationaliseerde werknemers in Nederland is, is onduidelijk. De Nederlandse wetgeving voorziet niet in deze situatie, hetgeen een lacune vormt. Bij de wetswijziging van 2002 is wel voorzien in de positie van arbeidscontractanten (art. 7:662 lid 1 BW) en is duidelijk gemaakt dat ambtenaren niet onder de regeling vallen, maar over deprivatisering is niets gezegd. Deze lacune is niet alleen een theoretisch probleem. Telkens wanneer een privaat uitgevoerde taak door de overheid wordt overgenomen, speelt de vraag wat de rechtspositie van het voorheen deze taak uitvoerende personeel zal zijn. Een recent voorbeeld waar deze vraag speelt biedt de Wet maatschappelijke ondersteuning. Indien gemeenten ervoor kiezen het verlenen van maatschappelijke ondersteuning zelf te gaan verrichten, zal sprake kunnen zijn van een overgang van onderneming van de vorige zorgverlener naar de betreffende gemeente.* [17]

Wat is een materiële werkgever?

Max Rood voegde mij ooit toe: 'there is no such thing as materieel werkgeverschap'. In de meeste gevallen onderschrijf ik die conclusie: er is mijns inziens weinig te zeggen voor een splitsing tussen de formele en de materiële werkgever, indien zij althans louter wordt gebruikt om een extra aansprakelijke partij in het leven te roepen - hetgeen het doel veelal is. De uit het gebruik van die termen voortvloeiende juridische vaagheid lijkt mij ongewenst. In andere woorden kan men zeggen: 'there is no such thing as een beetje werkgever'. Men is werkgever in toto, of men is het niet. Niettemin meen ik dat een onderscheid tussen de formele en materiële werkgever wel op zijn plaats is indien een onderscheid moet worden gemaakt tussen de situatie dat een en dezelfde rechtspersoon haar eigen onderneming geheel overdraagt, en de situatie dat slechts een onderdeel, zelf als onderneming in de zin van art. 7:662 BW te kwalificeren, overgaat. Een voorbeeld van het laatste geval is de outsourcing van bepaalde activiteiten. In het eerste geval dient men te bezien met wie de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft - diegene is dan de formele werkgever, ter onderscheiding van bijvoorbeeld de inlener bij wie de werknemer zijn werkzaamheden verricht -, in het tweede geval levert die kwalificatie geen helderheid op - iedereen is immers in dienst van dezelfde rechtspersoon - en zal men moeten bezien welke werknemer kan worden toebedeeld aan het niet-rechtspersoonlijkheid bezittende onderdeel dat overgaat. De werknemer die behoort bij het over te dragen onderdeel is dan 'materieel' werknemer bij die onderneming in de zin van art. 7:662 BW - zijn collega's en hijzelf zijn allen 'formeel' werknemer bij een en dezelfde rechtspersoon. De vraag is hoe de richtlijn en de daarop gebaseerde rechtspraak omgaat met voornoemde begrippen. Beschermd door de richtlijn overgang van onderneming - en door art. 7:662 e.v. BW - zijn zij die op het moment van overgang in dienst zijn van de vervreemder, en dat is degene die de onderneming exploiteert. Lezing van de richtlijn leidt tot die conclusie, en ook art. 7:663 BW lijkt die kant op te wijzen. Een dergelijke gevolgtrekking is ook niet van logica ontbloot: waarom zou een ander dan de werkgever kunnen beschikken over de arbeidsovereenkomsten die aan zijn onderneming zijn verbonden? In de meeste gevallen levert deze regel geen problemen op. Ook bij driehoeksverhoudingen is deze uitleg veelal te billijken: zo is de uitzendrelatie (art. 7:690 en 691 BW) vooral een aangelegenheid tussen uitzendbureau en uitzendkracht. Gaat de onderneming van de inlener over, dan gaat de uitzendkracht niet mee over, althans, hij kan geen bescherming ontlenen aan art. 7:662 e.v. BW. Kan de uitzendkracht niet bij de verkrijger aan de slag, dan zal het uitzendbureau veelal ander werk voor de uitzendkracht kunnen vinden.

Binnen concerns zou men anders kunnen oordelen. Meer dan eens wordt gekozen voor de constructie dat het personeel in dienst is van een bepaalde groepsmaatschappij, bijvoorbeeld de moedermaatschappij of een personeels-bv. De keuze voor een dergelijke constructie kan zijn ingegeven door meerdere overwegingen. De belangrijkste is dat risico's worden gekanaliseerd. Doordat de onderneming die de groep als geheel drijft is opgedeeld in verschillende rechtspersonen, worden ondernemersrisico en aansprakelijkheid van de groep als geheel opgedeeld over de in de groep aanwezige rechtspersonen. In deze situatie, die zich in Nederland veelvuldig voordoet, verrichten de werknemers hun werkzaamheden bij dochtermaatschappijen binnen het concern, alwaar zij niet in dienst zijn. Gaat de onderneming van de dochtermaatschappij waar zij feitelijk werkzaam zijn over, bijvoorbeeld omdat het concern besluit de werkzaamheden van de betreffende dochtermaatschappij te outsourcen, dan gaat het personeel niet mee. Het vloeit als het ware terug naar de eigen werkgever binnen het concern, de moedermaatschappij of personeels-bv. Enkele uitspraken die hierover te vinden zijn (dat zijn er overigens niet veel) wijzen die kant op.* [18]

De gevolgen van deze constructie behoeven niet bezwaarlijk te zijn. Contractueel is er immers veel te regelen: vervreemder, werknemers en verkrijger zullen vaker wel dan niet tot een vergelijk kunnen komen over de overname van het personeel. In sommige gevallen wordt het rechtsgevoel niettemin op de proef gesteld en is de geruststelling dat misbruiksituaties altijd te redresseren zijn door middel van een onrechtmatigedaadsactie niet voldoende. Hierbij is te denken aan de situatie dat de verkrijger duidelijke banden had met het concern, of zelfs door sleutelfiguren van dat concern is opgericht, en er sprake is van een vooropgezet plan om eenvoudig van personeel af te komen. De gezonde dochters - waar niemand in dienst is - worden overgedragen aan de verkrijger, terwijl het inmiddels kaalgeplukte concern achterblijft met de werknemers die geconfronteerd worden met een faillissement van hun werkgever - de inmiddels waardeloze moedermaatschappij. De zaak Heidemij* [19] is illustratief, al was daar sprake van een werkelijke noodsituatie. Zoals de Minister van Justitie destijds stelde, is in de zaak Heidemij gekozen voor the best of two evils.* [20]

Getuigt het niet van een beter ontwikkeld rechtsgevoel in voornoemde situaties te accepteren dat het personeel het werk volgt, ongeacht waar het toevalligerwijs - want afhankelijk van de grillen van de concernleiding - in dienst is?* [21] De Utrechtse kantonrechter meende dat voor die opvatting ruimte bestaat. In zijn redenering konden werknemers in dienst van Heineken Nederlands Beheer BV, gedetacheerd bij dochtermaatschappij Heineken Nederland BV, rechten ontlenen aan de regeling met betrekking tot overgang van onderneming (art. 7:662 e.v. BW) toen de cateringactiviteiten van de dochter overgingen naar Albron Beheer BV.* [22] Ter ondersteuning van zijn opvatting verwees de Utrechtse kantonrechter naar rechtspraak van het Hof van Justitie EG, in het bijzonder het arrest Botzen* [23] , waaruit hij - geparafraseerd - afleidde dat (hoewel de casus anders was dan de voorliggende casus), de feitelijke band tussen onderneming en werknemer belangrijker is dan de formele band van de arbeidsovereenkomst. Bezwaar van deze vergelijking is dat in de zaak Botzen de vraag moest worden gesteld naar het materiële werknemerschap in de door mij hiervoor aanvaarde zin: er ging immers een onderdeel over van een en dezelfde rechtspersoon, en dus moest worden vastgesteld wie feitelijk bij dat onderdeel werkzaam was. In de Heineken-zaak was sprake van verschillende rechtspersonen, en niet van onderdelen. Men kan zich afvragen of in die situatie het Botzen-criterium wel geldt, nu een toepassing ervan kan leiden tot een de facto ontkenning van rechtspersoonlijkheid van de verschillende groepsmaatschappijen.

Wat men ook moge vinden van de uitspraak van de Utrechtse kantonrechter, feit is dat onduidelijkheid bestaat over het vereiste dat de werkzame persoon in kwestie, om voor bescherming ingevolge art. 7:662 e.v. BW in aanmerking te komen, 'werknemer' is. Die onduidelijkheid kan slechts worden weggenomen indien tevens vaststaat wie als werkgever kan worden beschouwd: alleen de formele werkgever - degene met wie de arbeidsovereenkomst destijds is gesloten - of ook de, door de Utrechtse kantonrechter in feite voor een ander geval geïntroduceerde, materiële werkgever bij wie de werknemer feitelijk zijn werkzaamheden verrichtte? Een duidelijk onderscheid met de uitzendovereenkomst, waar is gekozen voor een eenduidig werkgeverschap, is dan wel gewenst. Mocht men menen dat het binnen concerns onwenselijk is dat werknemers niet werken waar zij in dienst zijn* [24] - zoals gezegd, een veel voorkomende situatie - dan zou het de voorkeur verdienen indien de wetgever zich daarover zou uitlaten, en niet zozeer de (kanton)rechter. Precedenten bestaan. Het concern kan zich bijvoorbeeld niet van de uitzendconstructie bedienen (art. 7:691 lid 6 BW). Een gelijktrekking met de hiervoor omschreven detacheringssituatie is uiteraard denkbaar, maar zal wel leiden tot een (kleine) revolutie in het arbeidsrecht.

Behoren bij de onderneming

Met het al dan niet gedeeltelijk opheffen van het onderscheid tussen de formele werkgever en de materiële werkgever in vorenbedoelde zin zijn nog

niet alle problemen opgelost. Voor de situatie dat een onderdeel van de onderneming overgaat bestaat dan nog geen duidelijkheid over de methode die moet worden gehanteerd om werknemers aan het betreffende onderdeel toe te delen. De praktijk is te gevarieerd om tot een duidelijke regel te komen. Denk aan de situatie dat werknemers voor verschillende onderdelen werken, zoals in het geval van stafmedewerkers - de situatie die in het arrest Botzen speelde. De daarin gehanteerde regel dat de werknemer slechts overgaat indien dát onderdeel overgaat waarin hij meestentijds werkzaam is, laat vragen open. Gaat de werknemer die voor twee onderdelen evenveel werkt, niet mee over? Geldt hetzelfde voor de werknemer die twee dagen voor onderdeel A, twee dagen voor onderdeel B en één dag voor onderdeel C werkt? Nu is het niet zo bezwaarlijk te accepteren dat de praktijk weerbarstiger is dan wetgevers kunnen voorzien, maar voorzichtigheid is op haar plaats indien de regel uit het arrest Botzen kan worden ontgaan, bijvoorbeeld door vlak voor een overgang een werknemer over te plaatsen naar een andere afdeling, om zo diens overgang te voorkomen of juist te bewerkstelligen. Ook hier blijkt geen sprake te zijn van een theoretisch probleem. Ik verwijs naar het arrest Asito/Memedovic.* [25] De vraag was daar of een geschorste werkneemster behoorde bij de over te dragen onderneming. Als uitgangspunt geldt dat dat het geval is indien deze werkneemster op het moment van overgang nog in dienst is van de vervreemder. Deze formele benadering levert, zoals gezegd, niets op indien elke werknemer in dienst is van dezelfde werkgever en slechts een deel van diens onderneming overgaat - zoals in casu. Men moest daarom vaststellen welke werknemers bij de inmiddels overgegane onderneming (in feite een verloren schoonmaakopdracht) werkzaam waren geweest. Ook Memedovic werkte mee aan het uitvoeren van deze opdracht, maar zij was na vermeend wangedrag bij de opdrachtgever door haar werkgever geschorst. De Hoge Raad oordeelde dat Memedovic niet gezien kon worden als werknemer in de zin van art. 7:663 BW, nu zeker was dat zij nooit zou terugkeren op het betreffende, overgedragen project. Niet gezegd kon worden dat zij behoorde bij de overgedragen onderneming. Het arrest roept de vraag op of en zo ja, in hoeverre een inhoudelijke toetsing aan de orde is bij het antwoord op de vraag of een werknemer daadwerkelijk niet meer behoort bij de onderneming. Iedereen kan wel geschorst worden. Doet de reden ertoe? Moet de rechter dat onderzoeken? En zijn er andere gevallen denkbaar waarin de werknemer niet langer behoort bij de onderneming, nu een terugkeer - althans volgens de werkgever - onwaarschijnlijk is? In dat geval vallen sommige arbeidsongeschikte werknemers ook onder de uitzondering, zoals Van Slooten in het NJB van 9 september 2005 stelt.* [26] Het tweede punt is dat de Hoge Raad in zijn uitspraak een cryptisch aandoende overweging opneemt: 'Hierbij zij aangetekend dat aan de feitelijke status van de betrokken werknemer - zij is blijvend van het project gehaald - in dit verband meer gewicht toekomt dan aan diens formele status.' Is dit een ondersteuning van de eerder genoemde uitspraak van de Kantonrechter Utrecht, of dient deze zinsnede te worden gelezen in het licht van de specifieke casus?* [27] Enige helderheid is gewenst. Een prejudiciële vraag aan het Hof over de reikwijdte van het werknemersbegrip in voornoemde situaties lijkt daarvoor de aangewezen weg.

2 Vergroot de zekerheid over het ondernemingsbegrip

De meeste prejudiciële vragen die de laatste dertig jaar aan het Hof van Justitie EG zijn voorgelegd betroffen de reikwijdte van het ondernemingsbegrip. In het arrest Spijkers* [28] heeft het Hof een opsomming van relevante elementen genoemd die de rechter dient te wegen bij de beantwoording van de vraag of het geheel van georganiseerde middelen* [29] dat overgaat als 'onderneming' kan worden gekwalificeerd. Het moet gaan om een lopend bedrijf dat zijn identiteit behoudt. Uiteraard is ook hier het antwoord van belang: is er geen onderneming, dan is er ook geen overgang en dus geen behoud van rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Het gaat om de volgende elementen:

1. de aard van de betrokken onderneming;
2. of materiële activa zijn overgedragen;
3. wat de waarde is van de immateriële activa;
4. of vrijwel al het personeel is overgenomen door de verkrijger;
5. of de klantenkring is overgedragen;
6. in welke mate de ondernemingsactiviteiten voor en na de overgang met elkaar overeenkomen;
7. of die activiteiten zijn onderbroken en zo ja, hoelang die onderbreking heeft geduurd.

Deze elementen zijn slechts richtinggevend. Zij zijn sinds 1986 door het Hof van Justitie EG in relatief veel uitspraken herhaald, zonder dat - afgezien van een verfijning hier en daar - enige wijziging in de factoren is opgetreden. De waardering van de factoren, alsmede de weging van de factoren onderling blijft een ondoorzichtig proces. Die ondoorzichtigheid vloeit noodzakelijkerwijs voort uit het feit dat vrijwel geen richtsnoeren bestaan voor het wegen van de verschillende factoren, zodat de weging een hoog subjectief gehalte heeft.* [30] Deze subjectiviteit kan nauwelijks in cassatie worden voorgelegd, nu het wegen van de Spijkers-factoren niet zozeer een juridische exercitie, als wel het vaststellen van feiten betreft. Daar komt bij dat ex ante dient te worden beoordeeld of na de overgang van identiteitsbehoud sprake zal zijn. Dit geeft de vervreemder en de verkrijger de mogelijkheid de overgang zodanig te organiseren, dat, afhankelijk van hun wensen, wel of geen overgang van onderneming tot stand komt. Zo zou de overdracht van een onderneming in verschillende losse onderdelen over een relatief lang tijdvak kunnen plaatsvinden, om zo de conclusie te kunnen rechtvaardigen dat geen overgang van onderneming heeft plaatsgevonden, nu geen lopend bedrijf is overgegaan.* [31]
De belangrijkste verduidelijking van de Spijkers-factoren lijkt te liggen in het feit dat in bepaalde situaties sommige factoren belangrijker, of juist minder belangrijk, zijn dan andere. Voor een belangrijk deel hangt dit samen met de eerste door het Hof genoemde factor: de aard van de onderneming. In relatief veel zaken betrof de casus een contractswisseling in de schoonmaaksector, waarbij de verkrijger - al dan niet daartoe gedwongen door een cao - een 'wezenlijk deel van het personeel' had overgenomen.* [32] Het Hof van Justitie EG heeft telkenmale erop gewezen dat in deze sector niet zozeer de materiële activa, als wel het personeel de belangrijkste productiefactor is. Hierdoor wint een andere factor 'of vrijwel al het personeel is overgenomen door de verkrijger (de vierde uit het Spijkers-arrest) - aan belang. Stelt men immers vast dat de onderneming vooral uit het personeel bestaat, en neemt men minimaal een wezenlijk deel daarvan over, dan is al snel sprake van een overgang van onderneming, met als gevolg dat al het personeel overgaat. In andere sectoren is het personeel niet de belangrijkste productiefactor, maar zijn de materiële activa van grotere betekenis. In die situatie wint de tweede factor uit het *Spijkers*-arrest - zijn materiële activa overgedragen? - aan belang. Een voorbeeld hiervan biedt het arrest over de Finse busmaatschappijen.* [33] Nu de verkrijger geen bussen van de vervreemder had overgenomen, was geen sprake van een overgang van onderneming, ook al had hij vrijwel al het personeel overgenomen. De praktijk zal vervolgens graag willen kunnen voorzien welke sectoren als arbeidsintensief zijn te kenschetsen, en welke als kapitaalintensief. Dit onderscheid is niet eenvoudig te maken. Binnen sectoren kan de belangrijkste productiefactor immers per onderneming verschillen. Het ene schoonmaakbedrijf werkt met eenvoudige hulpmiddelen als de emmer en de zwabber, het andere maakt gebruik van geavanceerde machines om bijvoorbeeld zwembaden te reinigen. In het laatste geval zal men minder snel dan in het eerste geval concluderen dat het personeel de belangrijkste productiefactor is. Nog afgezien van de verschillen tussen verschillende ondernemingen in dezelfde sector, is van sommige sectoren en ondernemingen überhaupt niet op voorhand te stellen of zij wel of niet arbeidsintensief zijn. Dat geeft uitspraken hierover soms een arbitrair karakter. De ICT-branche is volgens het Hof Leeuwarden als arbeidsintensief te beschouwen,* [34] A-G Verkade concludeerde in het geval van

overgang van de onderneming van een planten- en bloemenexporteur dat het niet ging om een sector 'waarin de materiële of immateriële activa voor de activiteit zonder belang zijn, noch om een sector waarin (inkoop-)arbeid de meest belangrijke factor is'. De Hoge Raad ging op dit punt niet expliciet in.* [35] Weinigen konden met stelligheid vooraf concluderen dat catering een niet-arbeidsintensieve sector zou zijn. In november 2003 heeft het Hof van Justitie EG zulks bepaald.* [36] Het Hof gaf aan dat voor catering 'heel wat uitrusting noodzakelijk is', zoals in casu ruimten, water, energie en keukenuitrusting. Nu had de verkrijger deze zaken in gebruik genomen en het Hof concludeerde dat sprake was van een overgang van onderneming. Franx-Schaap en Lennarts noemen 's Hofs benadering in het Sodexho-arrest met zijn nadruk op de overgang van materiële activa 'eendimensionaal', en mijns inziens niet zonder goede reden.* [37] Het arrest nodigt blijkbaar ook uit tot rechterlijke ongehoorzaamheid. In een vergelijkbare zaak oordeelde de Amsterdamse voorzieningenrechter dat geen overgang had plaatsgevonden: bij overgang in dezelfde branche blijven de klantenkring en de activiteiten meestal hetzelfde, waarmee deze Spijkers-factoren geen argument konden vormen vóór overgang; daarentegen kende de verkrijger een ander menusysteem, inrichting en presentatie dan de vervreemder, zodat niet gezegd kon worden dat identiteit van de onderneming behouden was gebleven.* [38]
Een gevaar van 's Hofs nadruk op de sector waarin de overgang zich afspeelt is dat vervreemder en verkrijger een overgang kunnen ontgaan door een goede regie. Staat immers vast dat een onderneming als arbeidsintensief is te kenschetsen, dan zal de verkrijger ervoor waken dat hij het juiste aantal werknemers overneemt. In het geval het gaat om een homogene groep werknemers - het gaat bijvoorbeeld om 80 schoonmakers - zal hij in ieder geval minder dan de helft moeten overnemen om een overgang van onderneming - en dus een overgang van alle 80 werknemers - te ontgaan.* [39] Een vergelijkbare redenering geldt bij de overname van activa in een kapitaalintensieve onderneming. Deze mogelijkheid tot regie bestaat overigens niet altijd. In sommige cao's is de bepaling opgenomen dat de verkrijger verplicht is een zeker deel van het personeel van de vervreemder over te nemen. Vindt de overgang vervolgens plaats in de arbeidsintensieve sector, dan kan al snel worden geconcludeerd dat in feite sprake is geweest van een overgang van onderneming, met als gevolg dat niet het door de cao voorgeschreven percentage, maar al het personeel (automatisch) is overgegaan, met behoud van al hun rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. De cao werkt zo als trigger - althans, indien het voorgeschreven percentage als wezenlijk deel van het personeel is te bestempelen - voor overname van het gehele personeelsbestand dat de vervreemder had ingezet in de overgenomen onderneming.* [40] De bedoeling van sociale partners - het slaan van een balans tussen de belangen van het personeel en de vervreemder - wordt zo teniet gedaan. Dat behoeft men geen probleem te vinden: de Europese wetgever heeft nu eenmaal besloten dat het belang van het personeel bij behoud van de arbeidsovereenkomst voorgaat op dat van de verkrijger bij een voor hem gewenste omvang van het personeelsbestand. Zoals ik in par. 4 zal aantonen, kan de verkrijger zonder al te grote problemen van een overschot aan personeel afkomen. Een verkrijger die een dergelijk overschot voorziet, kan met de vervreemder overeenkomen dat ontslagkosten voor diens rekening komen of, indien dat niet mogelijk is omdat de vervreemder ophoudt te bestaan, een en ander in de prijs van de onderneming verdisconteren. In sommige gevallen bestaat die onderhandelingsruimte echter niet. Dat hangt samen met de nu te behandelen derde wens: het inperken van het ruime overgangsbegrip.

3 Het overgangsbegrip: neem de zorgen van ontzorgers weg

Een onderneming kan overgaan 'ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing', aldus art. 7:662 BW. De richtlijn gebruikt een soortgelijke formulering. Geen van beide formuleringen doet recht aan de juridische realiteit. Zo is bekend dat een opzegging, een subsidieverstrekking en een daad van wetgeving alle tot een overgang kunnen leiden.* [41] De wettelijke terminologie dient hieraan te worden aangepast, om misverstanden, zoals bij het Hof Amsterdam, te voorkomen.* [42] Een aparte categorie van overgang vormt die in twee (of meer) fasen. Dat is de categorie die de praktijk de grootste problemen oplevert. Een voorbeeld van een overgang in twee fasen biedt het arrest Daddy's Dance Hall,* [43] het eerste arrest waarin het Hof een dergelijke overgang mogelijk maakte.* [44] In casu was sprake van contractswisseling in de cateringsector. Het Hof oordeelde dat een overgang van onderneming had plaatsgevonden van de onderneming waar de catering voorheen werd verricht naar de cateraar die de opdracht van de opdrachtgever had verworven. Dat de vervreemder en de verkrijger niet met elkaar hadden gecontracteerd, was geen beletsel. Onduidelijk is of de redenering van het Hof meebrengt dat de opdrachtgever zelf op enig moment (al is dat maar ondeelbaar) werkgever is geworden in de zin van art. 7:663 BW - dus dat de overgang via hem ging - of dat de overgang 'direct' van de ene naar de andere opdrachtnemer is geschied. In het eerste geval is de opdrachtgever naar Nederlands recht nog tot een jaar na de overgang aansprakelijk voor op het moment van overgang bestaande vorderingen (art. 7:663 laatste zin BW), in het laatste geval is de ondernemer die de opdracht heeft verloren dat.
De uitspraak is vanuit een oogpunt van werknemersbescherming goed te begrijpen. Zou men hier geen overgang aannemen, dan zou immers de werking van de regels relatief eenvoudig te ontlopen zijn door een stroman tussen de vervreemder en de verkrijger te schuiven die met geen ander doel bij de transactie is betrokken dan als doorgeefluik te fungeren. Een dergelijk doorgeefluik biedt geen enkele garantie voor verhaal voor werknemers; voorts zou hij de overgang van onderneming kunnen doorbreken nu hij zelf niets exploiteert en aldus geen lopend bedrijf overdraagt. Een bezwaar is echter dat overgang in twee of meer fasen wordt toegepast bij álle overgangen, ook wanneer geen sprake is van het gevreesde doorgeefluik. Gevolg van deze ruime toepassing is daarmee dat contractswisselingen een overgang van onderneming in twee fasen kunnen bewerkstelligen. Telkens wanneer een opdrachtgever besluit een andere contractant in de arm te nemen om zijn catering-, schoonmaak- of bewakingswerkzaamheden te verrichten, zal de opdrachtnemer zich moeten realiseren dat sprake kan zijn van een overgang van onderneming. De vraag is of een dergelijke ruime toepassing in alle situaties gewenst is; mij lijkt hier sprake te zijn van een overreactie. De verkrijger wordt immers, zonder dat hij daarop bedacht hoeft te zijn, opgescheept met al het personeel van de vervreemder. Zoals aan het einde van de tweede paragraaf gesteld, kan de verkrijger in een normale situatie met de vervreemder onderhandelen over de voorwaarden waaronder een overgang plaatsvindt. Het vooruitzicht dat hij al het personeel met al hun arbeidsvoorwaarden zal moeten overnemen -en later wellicht ontslaan - geeft hem de mogelijkheid te onderhandelen over de overnameprijs van de activa van de onderneming. In het uiterste geval zal dit vooruitzicht hem kunnen doen afzien van de overname. Een dergelijke positie heeft de verkrijger bij een contractswisseling zelden. De overgang vindt immers plaats door de enkele gunning van het contract aan de verkrijger door de opdrachtgever. Van enige onderhandeling tussen de vervreemder - degene die de opdracht verliest - en de verkrijger is derhalve geen sprake. Zij behoeven elkaar niet eens te kennen. Dit leidt tot verstoring en verstarring van de markten voor die diensten. A-G Geelhoed heeft zulks al eens gesteld in zijn conclusie bij de Temco-zaak en gepleit voor een genuanceerde benadering, waarbij meer rekening wordt gehouden met, wat hij noemt, de economische realiteit.* [45] Zijn redenering komt samengevat neer op het volgende. Opdrachtnemers, zoals schoonmaakbedrijven, opereren vaak op lokaal en kleinschalig niveau en zij verrichten hun activiteiten in de lokalen van de opdrachtgever, waarbij het niet is uitgesloten dat concurrerende bedrijven gelijktijdig voor dezelfde opdrachtgever werkzaamheden uitvoeren. In wezen worden op deze dienstenmarkten gespecificeerde economische activiteiten voor een bepaalde periode verricht. Die periode kan variëren van één dag voor bijvoorbeeld de verzorging van de catering bij een specifiek evenement, tot een jaar of langer voor schoonmaakwerkzaamheden. Na afloop van het contract doet de dienstverlener wederom mee in de strijd om de gunst van de opdrachtgever, die zal kiezen voor een concurrent indien deze betere voorwaarden en prestaties biedt. Wanneer het personeel van een instelling klaagt over de catering, zal de opdrachtgever uitzien naar een overeenkomst met een cateraar die betere service biedt. Bij deze economische activiteiten vormt de factor arbeid meestal een belangrijke kostenpost. Aangezien de contracten van de uitbesteder met de dienstverrichter meestal voor een relatief beperkte periode worden afgesloten, zien we in deze sector een groot verloop in het personeelsbestand. De dynamiek van de markt dreigt te worden verstoord indien bij een contractswisseling te soepel een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn zou worden aangenomen. Het eerder genoemde risico geconfronteerd te worden met de verplichting de rechten te respecteren van alle personeelsleden van een bedrijf uitsluitend op grond van de overname van een contract, zal ondernemingen ervan kunnen weerhouden zich in de concurrentieslag voor het

verwerven van de opdracht te begeven. Bij dit soort kortlopende contracten staat de gunning van een contract centraal, niet de overname van een onderneming, en het gaat naar het oordeel van Geelhoed te ver de overname van personeel dat de opdracht voorheen uitvoerde als een soort ondernemersrisico te zien. Dat risico is uiteraard wel aanvaardbaar bij een gewone overname van een gehele onderneming of een significant deel daarvan.* [46] Het risico is dan immers incalculeerbaar.
Geelhoeds analyse steun ik van harte. Is deze ruime toepassing al contraproductief te noemen, zij is evenzeer contra-intuïtief. Sociale partners lijken er immers veelal van uit te gaan dat een enkele contractswisseling juist geen overgang van onderneming impliceert. Hoe anders is het bestaan van bepalingen in cao te verklaren, inhoudende dat de dienstverlener aan wie een opdracht is gegund verplicht is een zeker deel van het personeel over te nemen van de dienstverlener die de opdracht heeft verloren? Ik wees in par. 2 al op de trigger-functie van dergelijke bepalingen. Het door het Hof gekozen middel is hier erger dan de kwaal. In zijn wens misbruik te voorkomen, heeft het Hof niet gekozen voor een ad hoc-oplossing (of dat overgelaten aan de lidstaten), maar met voorbijgaan aan de gerechtvaardigde wensen van partijen in de dienstensector ervoor gekozen een algemene regel op te stellen die in alle situaties van contractwisseling ertoe kan leiden dat sprake is van een overgang van onderneming. De Richtlijn overgang van onderneming verhoudt zich op dit punt matig met art. 98 EG-Verdrag. Overwegingen met betrekking tot de markt en competitie moeten volgens die bepaling in ogenschouw worden genomen. In een markt die wordt gekarakteriseerd door specialismen, kortetermijncontracten tussen opdrachtgevers en dienstverleners en een aanzienlijk personeelsverloop, ware het mijns inziens te overwegen de bescherming van werknemers vorm te geven via het conventionele arbeidsrecht en niet via de regels met betrekking tot overgang van onderneming. Dit impliceert dat het aan sociale partners wordt overgelaten te bepalen hoe de belangen van de werknemers het beste kunnen worden behartigd - hetgeen, zoals ik in par. 2 al stelde, in cao's momenteel volop gebeurt.
Ook hier is een uitzondering wellicht op haar plaats voor de situatie dat de contractswisseling binnen een groep plaatsvindt. Indien bijvoorbeeld de moederonderneming besluit dat bepaalde diensten niet langer worden afgenomen van dochtermaatschappij A, maar voortaan van dochtermaatschappij B worden betrokken, dan zou men kunnen verdedigen dat een dergelijke contractswisseling (geheel conform huidig recht) een overgang van onderneming bewerkstelligt, nu werknemers in die situatie de facto minder worden beschermd en de controle van de moedermaatschappij - die in die situatie vaak de enige 'onderhandelende' partij is - ten nadele van het personeel kan worden aangewend - bijvoorbeeld door de activiteiten van A naar B over te hevelen om vervolgens dochter A, met het personeel, failliet te laten gaan. Hier zou men kunnen menen dat er eerder reden is de werknemers het werk te laten volgen.
In het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie EG zijn de in deze paragraaf genoemde wensen, met uitzondering van de in het begin van deze paragraaf genoemde aanpassing van de wettekst, niet op nationaal niveau te regelen. Hiertoe zou de richtlijn zelf moeten worden aangepast.

4 ETO, de grote onbekende

Hoewel dat niet blijkt uit art. 7:670 lid 8 BW, is het niettemin mogelijk werknemers te ontslaan om een reden die direct samenhangt met de overgang. Art. 4 lid 1 van de richtlijn regelt dat ontslag wegens economische, technische of organisatorische redenen ('ETO'-redenen) die leiden tot een wijziging in de omvang van het personeelbestand, toegestaan zijn. Indien de werkgever - en dat kan zowel de vervreemder als de verkrijger zijn* [47] - kan bewijzen dat de werknemer is ontslagen om een ETO-reden, is het ontslag niet vernietigbaar wegens strijd met het opzegverbod van art. 7:670 lid 8 BW. Wat een ETO-reden is, is vooralsnog niet duidelijk. Het wachten is op een uitspraak van het Hof van Justitie EG of van de Hoge Raad. Uiteraard zal gelden, dat naarmate de datum van ontslag dichterbij de datum van overgang ligt, kritischer gekeken dient te worden naar de door de werkgever voor ontslag gegeven reden. Als ik een voorzet zou mogen doen voor een regel: ontslag is niet wegens een ETO-reden gegeven indien het ontslag is ingegeven door de wens van de vervreemder de onderneming beter verkoopbaar te maken. Dat lijkt mij precies het soort ontslag dat de richtlijn en art. 7:670 lid 8 BW beogen te redresseren. Het feit dat vakbonden met de ontslagen hebben ingestemd, maakt het verbod niet minder sterk. Het Hof heeft immers meerdere malen gesteld dat noch de werknemers, noch hun vertegenwoordigers (vakbonden) kunnen afzien van de bescherming die de richtlijn biedt, omdat deze van openbare orde is.47 Geen strijd met het opzegverbod bestaat naar mijn mening indien de vervreemder, afgezien van de op handen zijnde overgang, ETO-redenen heeft, bijvoorbeeld omdat de onderneming in financiële problemen verkeert. Zonder een overgang had hij in die situatie ook personeel kunnen ontslaan. Tevens zou ik willen voorstellen dat de ETO-toets impliceert dat slechts de situatie bij de ontslaggevende werkgever in aanmerking wordt genomen. Of de verkrijger wel of geen ruimte zou hebben voor de betreffende werknemer zou (ook voor de CWI) irrelevant moeten zijn. Een andere opvatting leidt niet alleen tot sterke verwatering van het 'ETO-ontslagrecht' van de vervreemder, maar zou ook tot bewijsproblemen leiden: hoe kan bewezen worden dat de vervreemder op de ontslagdatum wist dat een overgang ophanden was en dat op dat moment de verkrijger ruimte had voor de betreffende werknemer?
In de praktijk lijkt het voor de verkrijger gemakkelijker personeel na de overgang om een ETO-reden te ontslaan, getuige de moeilijkheden die sommige * [48] vervreemders vóór de overgang hebben gehad om de CWI ervan te overtuigen dat er redenen zijn om personeel te ontslaan. De ontslagkosten van de verkrijger na overgang zouden kunnen worden verdisconteerd in de overnameprijs. Uiteraard is zulks alleen mogelijk indien sprake is van een directe contractuele relatie tussen beiden. Bij een contractswisseling is dat echter meestal niet het geval (zie hiervoor par. 3).

5 Hef het gebrek aan flexibiliteit bij wijziging van arbeidsvoorwaarden op. Introduceer ook hier ETO-redenen

Wat gaat over?

De kern van de bescherming is het behoud van rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst (art. 3 van de richtlijn, art. 7:663 BW). Onduidelijk is welke rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst overgaan en welke niet, maar een ruime opvatting, in het voordeel van de werknemer, lijkt op haar plaats, gezien het doel van de richtlijn. Vaststaat dat een recht uit de arbeidsovereenkomst niet opeisbaar behoeft te zijn om te kunnen overgaan naar de verkrijger.* [49] De toezegging aan de werknemer dat hij volgend jaar een loonsverhoging van 5% krijgt, is net zo goed jegens de verkrijger in te roepen als het aantal vakantiedagen dat de werknemer bij de vervreemder had opgebouwd. Hoever dit recht gaat, is onduidelijk. De toezegging dat de werknemer volgend jaar op het kantoor te New York mag werken heeft weinig waarde indien de verkrijger aldaar geen kantoor heeft. Vasthouden aan die belofte leidt tot een uitleg *ad absurdum*. Wat de een absurd vindt, kan de ander echter redelijk vinden. Zo kan men van mening verschillen over het antwoord op de vraag of de verkrijger gehouden is de overgegane werknemers opties in het kapitaal van de vervreemder ter beschikking te stellen.* [50] Als men aanneemt dat bepaalde rechten niet overgaan, dient vervolgens de vraag te worden beantwoord of daar iets vergelijkbaars voor in de plaats dient te komen, of dat het recht simpelweg vervalt. De eerste oplossing lijkt redelijker dan de tweede* [51] 0; bovendien lijkt zij het meest in de lijn van het hierna te behandelen arrest *Martin/SBU* te liggen.
Een apart geval vormt het behoud van anciënniteit. Het Hof oordeelde in de zaak *Collino** [52] dat anciënniteit die de overgegane werknemers bij hun oude werkgever hebben opgebouwd, op zich geen recht is dat zij bij hun nieuwe werkgever geldend kunnen maken. 'Daarentegen is de anciënniteit medebepalend voor bepaalde financiële rechten van de werknemers, en die rechten zullen door de verkrijger al naar het geval op dezelfde voet als bij de vervreemder moeten worden gehandhaafd. De verkrijger is dus bij de berekening van de rechten van financiële aard zoals een vergoeding bij afloop van de arbeidsovereenkomst of salarisverhogingen, gehouden om alle dienstjaren die het overgedragen personeel heeft vervuld, samen te tellen, voor zover deze verplichting voortvloeide uit de arbeidsverhouding van dit personeel met de vervreemder en overeenkomstig de in het kader van die arbeidsverhouding overeengekomen voorwaarden.' Deze redenering kan tot opmerkelijke resultaten leiden. Een verkrijger die een overschot aan personeel (wegens een ETO-reden) wil ontslaan, zal bij het bepalen van de ontslagvolgorde geen rekening behoeven te houden met de anciënniteit van het overgenomen personeel dat daarmee derhalve een relatief ongunstige positie inneemt. Bij het berekenen van de ontslagvergoeding zal die anciënniteit echter wel meetellen. In het geval van een hoge anciënniteit zal de verkrijger die kosten wil

besparen, pogen toch andere werknemers (met minder dienstjaren) voor ontslag voor te dragen.

Wat mag de verkrijger?

In de aan het Hof van Justitie EG voorgelegde zaken blijkt nergens dat enige beperking aan het recht op behoud van arbeidsvoorwaarden wordt gesteld. De werknemer mag ook niet van het behoud van zijn rechten afzien (of het omgekeerde voor de werkgever geldt in geval van verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst is niet duidelijk). In het eerder genoemde arrest Daddy's Dance Hall* [53] oordeelde het Hof dat de werknemer bij het aangaan van een overeenkomst met de verkrijger van de onderneming geen afstand kan doen van de rechten die hij aan de richtlijn ontleent (i.e. het recht te houden wat men had), ook niet wanneer hij daarbij zulke voordelen krijgt dat hij er door de wijziging in de aanstellingsvoorwaarden globaal gezien niet op achteruitgaat. Het gaat om een regel van openbare orde waarvan werknemers niet kunnen afzien, zelfs niet met instemming van de vakbonden. In casu was met de betrokken werknemer overeengekomen dat zijn commissieloon bij de verkrijger in een vast salaris zou worden veranderd en dat een nieuwe proeftijd van drie maanden zou gelden - dat laatste nota bene op voorstel van de werknemer. De verkrijger die aan de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbiedt met slechtere arbeidsvoorwaarden, loopt het risico dat de werknemer weigert en zich beroept op het behoud van zijn betere pakket. Had de vervreemder de arbeidsovereenkomst met de werknemer beëindigd onder toekenning van een (forse) vergoeding ter compensatie van het slechtere arbeidsvoorwaardenpakket bij de verkrijger, dan behoeft de werknemer geen scrupules te hebben: hij kan de zak geld accepteren en later alsnog de verkrijger aanspreken tot nakoming van de overgegane arbeidsvoorwaarden.* [54] Krijgt de verkrijger de werknemer echter wel zo ver dat hij tekent voor de nieuwe arbeidsovereenkomst mét de slechtere arbeidsvoorwaarden, dan behoeft hij - wilsgebreken daargelaten - niet te vrezen dat hij de werknemer later alsnog diens oude rechten dient toe te kennen. In het arrest Martin/SBU, waar het ging om een door de verkrijger niet nagekomen vroegpensioenregeling, oordeelde het Hof dat in een dergelijk geval het aan de verkrijger is de nodige compensatie te verlenen om te komen tot de voorwaarden voor vroegpensioen die in de arbeidsverhouding tot de vervreemder golden.* [55] Van nietigheid van de afspraak is dus geen sprake.

In de meeste gevallen zal de verkrijger niet direct aan de overgenomen werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbieden, maar hun rechten, althans tijdelijk, respecteren. De vraag is hoe lang tijdelijk is. Uit de arresten Daddy's Dance Hall en Martin/SBU blijkt dat ter gelegenheid van de overgang geen afspraken over afwijkende arbeidsvoorwaarden mogen worden gemaakt (om eventueel misbruik van een zwakke positie van de werknemer te voorkomen). Ook vakbonden kunnen daarom met de vervreemder en/of de verkrijger geen van de geldende arbeidsvoorwaarden afwijkende afspraken maken in sociale plannen of een 'aansluit-cao'. De Richtlijn overgang van ondernemingen gaat niet zo ver dat de verkrijger en de werknemer na overgang niet op grond van de normale regels van het arbeidscontractenrecht van de oorspronkelijke arbeidsvoorwaarden afwijkende afspraken zouden kunnen maken, aldus het Hof. Dat zou de verkrijger immers in een zwakkere positie dan de vervreemder plaatsen en dat verhoudt zich slecht tot het gegeven dat de verkrijger ook de rechten van de vervreemder overneemt. De overgang zelf mag echter nimmer reden voor wijziging zijn.* [56] De reikwijdte van deze laatste zin is niet duidelijk. Duidelijk is wel dat de verkrijger de arbeidsvoorwaarden van het overgenomen personeel niet mag wijzigen indien hij louter wil harmoniseren: dat is immers een verboden wijziging 'wegens de overgang', in de woorden van het Hof in het arrest Martin/SBU.* [57] Maar wanneer mag de verkrijger dat dan wel? De meeste wijzigingen die zich nadien voordoen hebben toch een link met het feit dat een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Ook indien de wijziging pas na vijf jaar na overgang plaats heeft.

Van Slooten* [58] heeft een voorzet gedaan om de verkrijger wat meer ruimte te geven. Hij sluit daarbij aan bij de ETO-redenen die voor ontslag gelden. Dat brengt mee, dat de verkrijger de arbeidsvoorwaarden van het overgegane personeel zou moeten kunnen aanpassen indien hij kan wijzen op economische, technische of organisatorische redenen die een dergelijke wens tot wijziging meebrengen. Een verkrijger die een bedrijf overneemt dat in nood is komen te verkeren wegens veel te hoge salarislasten, zou zo na overgang het salaris naar beneden moeten kunnen aanpassen. Van Slootens voorzet verdient het om ingeschoten te worden: waarom zou men immers bij wijziging van arbeidsvoorwaarden verbieden wat bij ontslag - de ultieme wijziging van de arbeidsovereenkomst - is toegestaan? Van Slooten wijst als argument voor zijn stelling op art. 7:665 BW, een op de richtlijn (art. 4 lid 2) gebaseerd artikel dat een geruisloos bestaan leidt.* [59] Het artikel bevat de bepaling dat indien de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:685 BW wordt ontbonden wegens een voor de werknemer aanmerkelijke nadelige wijziging als gevolg van de overgang van onderneming, de ontbinding voor de toepassing van lid 8 van art. 7:685 BW (de ontbindingsvergoeding) voor rekening van de werkgever komt. Blijkbaar hebben de Europese en de nationale wetgever beiden onderkend dat een overgang van onderneming een wijziging van arbeidsvoorwaarden kan meebrengen, ondanks het verbod een wijziging wegens de overgang aan te brengen. Samengevat komt Van Slooten tot de conclusie dat de overgang van onderneming op zichzelf niet de enige reden mag zijn voor wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Kan gewezen worden op een ETO-reden, dan is de wijziging toegestaan.

Ten slotte past hier een opmerking over het behoud van rechten en verplichtingen in de publieke sector. In het arrest Delahaye heeft het Hof een uitzondering geformuleerd op het principe van ongewijzigde overgang van de arbeidsovereenkomst. De richtlijn verzet zich er niet tegen dat bij overgang van onderneming van een privaatrechtelijke rechtspersoon naar de staat, deze laatste als nieuwe werkgever de beloning van de betrokken werknemers vermindert teneinde aan de geldende nationale regeling voor overheidspersoneel te voldoen. De voor de toepassing en uitlegging van deze regeling bevoegde instanties zijn echter verplicht daarbij zoveel mogelijk het doel van de richtlijn in acht te nemen en met name rekening te houden met de diensttijd van de werknemer, voorzover in de nationale regeling voor overheidspersoneel de anciënniteit een factor is bij de berekening van de bezoldiging van het overheidspersoneel. Wanneer die berekening leidt tot een aanmerkelijke vermindering van de beloning van de betrokkene, vormt een dergelijke vermindering een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de betrokken werknemers, zodat hun arbeidsovereenkomst om die reden moet worden geacht te zijn verbroken door toedoen van de werkgever (zie art. 7:665 BW).

6 Maak een duidelijke, aanvaardbare regeling voor botsende cao-bepalingen

De automatische overgang van rechten en verplichtingen geldt niet alleen voor de individuele arbeidsovereenkomst, ook collectieve regelingen - in Nederland: cao's - dienen door de verkrijger te worden gerespecteerd, althans, voor zover het om normatieve bepalingen gaat Deze plicht geldt tot het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast (art. 3 van de richtlijn, art. 14a Wet CAO en art. 2a Wet AVV). Het is niet mogelijk de verkrijger tegen diens wil te binden aan een na de overgang tot stand gekomen, opvolgende versie van de cao waaraan de vervreemder vóór overgang gebonden was, ook niet indien de arbeidsovereenkomst van de overgegane werknemer een incorporatiebeding bevat dat verwijst naar de cao en de opvolgende versies daarvan. Een andere uitleg zou de contractsvrijheid van de verkrijger al te zeer beperken, aldus het Hof van Justitie EG.* [60]

Voorts maakt de richtlijn het mogelijk het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd te beperken, mits dit tijdvak niet korter wordt dan een jaar. Deze bepaling is niet in Nederlandse wetgeving geïmplementeerd. Dit behoeft niet bezwaarlijk te zijn, mits de verkrijger niet tot in lengte van dagen geconfronteerd kan worden met de oude, destijds voor de vervreemder uit een cao voortvloeiende arbeidsvoorwaarden. Het Nederlandse cao-recht roept echter precies dat gevolg in het leven.* [61] Omdat naar Nederlands recht cao-bepalingen worden geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst van de individuele werknemers - tenminste indien de werknemer gebonden is op grond van zijn lidmaatschap van de cao-sluitende vakbond of op grond van een incorporatiebeding in zijn arbeidsovereenkomst - blijven deze bepalingen hun gelding behouden op het moment dat de betreffende cao afloopt. Zij gelden immers niet op grond van de cao zelf, maar op basis van de arbeidsovereenkomst waarin zij zijn geïncorporeerd. Het aflopen van de cao doet aan de geldigheid van de inmiddels geïncorporeerde bepalingen niets af. De verkrijger zal, indien hij een wijziging wenst door te voeren in deze bepalingen, met de werknemers tot overeenstemming moeten komen. Ook indien de verkrijger

gebonden raakt aan een nieuwe cao betekent dit niet per definitie het einde van de bepalingen uit de 'overgenomen' cao. De overgenomen werknemers dienen dan immers wel onder de werkingssfeer van de nieuwe cao te vallen. Zelfs indien dat het geval is, kan het nog steeds zo zijn dat de nieuwe cao bepalingen van de oude cao niet opzij zet, bijvoorbeeld omdat de nieuwe cao niet in een dergelijke bepaling voorziet of omdat de nieuwe cao weliswaar een dergelijke bepaling wel kent, maar deze een minimumkarakter draagt. De verkrijger kan er zo na jaren nog achterkomen dat de ten tijde van de overgang voor de overgenomen werknemers geldende arbeidsvoorwaarden nog steeds gelden.* [62]
Voorts biedt ons systeem de mogelijkheid tot het zogenoemde 'cherry picking', waarbij de werknemer zowel rechten kan doen gelden op de arbeidsvoorwaarden uit de bij de vervreemder geldende cao, als op de arbeidsvoorwaarden die bij de verkrijger op basis van een daar geldende cao bestaan, waarbij de keuze voor de ene of de andere arbeidsvoorwaarde uiteraard afhangt van het voordeel dat de werknemer met zijn keuze behaalt. Hiermee dreigt het afgewogen karakter van een cao verloren te gaan.* [63] Het zou aanbeveling verdienen dat de overgegane werknemer een keuze dient te maken: ofwel hij behoudt zijn arbeidsvoorwaarden uit de cao van de vervreemder en kan dus geen rechten doen gelden op het arbeidsvoorwaardenpakket van de verkrijger, ofwel hij kiest voor het pakket van de laatste, waarmee hij zijn rechten op de arbeidsvoorwaarden uit de cao van vervreemder verliest.* [64] De nationale wetgever heeft de ruimte tot een dergelijke regeling te komen, nu de richtlijn op dit punt niets voorschrijft.

7 Hef de onbalans bij insolventie op

Sinds het arrest *Abels** [65] is duidelijk dat de richtlijn niet van toepassing is indien een failliete onderneming overgaat. Lidstaten mogen echter anders bepalen. De Nederlandse wetgever heeft dat niet gedaan: art. 7:666 BW verheft boven twijfel dat de verkrijger die een failliete onderneming overneemt, zich niets aan art. 7:662-665 gelegen behoeft te laten liggen. Evenmin behoeft hij zich te bekommeren om opzegverboden, lange opzegtermijnen of afgesproken ontslagvergoedingen. Faillissement is, in tegenstelling tot de surseance van betaling waarin voornoemde regels vrijwel alle wel gelden, een werkgeverswalhalla.* [66] Dit zou werkgevers ertoe kunnen verleiden het faillissement als tactisch middel te gebruiken om zo op eenvoudige, althans goedkope, wijze af te slanken en door te starten - dit terwijl de procedure van de surseance van betaling juist voor die situatie geschreven is. Zoals in de zaak *Ammerlaan** [67] is gebleken. levert een dergelijke handelwijze onder omstandigheden misbruik van recht op (art. 3:13 BW).* [68] Art. 5 lid 4 van de richtlijn eist dat de wetgevers van de lidstaten maatregelen treffen die misbruik van insolventieprocedures voorkomen. Dit heeft in 2002 geleid tot introductie van een aantal artikelen in de Faillissementswet.* [69] De richtlijn biedt echter lidstaten eveneens de mogelijkheid de toepasselijkheid van de richtlijn buiten de situatie van faillissement te beperken, en wel in die zin dat de verkrijger van een in surseance van betaling* [70] verkerende onderneming niet aansprakelijk is voor oude schulden. Voorts kan bepaald worden dat een dergelijke verkrijger opnieuw kan onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden. Introductie van deze versoepelingen in onze wetgeving zou de belangrijkste bezwaren tegen het huidige 'alles of niets'-karakter van de regels met betrekking tot overgang van een insolvente onderneming wegnemen. Hoewel om een dergelijke versoepeling van de regels al jaren door de praktijk wordt gevraagd, heeft de wetgever van deze mogelijkheden geen gebruik gemaakt. Een herziening van die keuze (die mijns inziens nimmer expliciet is gemaakt) zou ik voorstaan.

Slot

Dertig jaar ervaring met de regeling van overgang van onderneming leidt tot de conclusie dat de regeling weliswaar geen total loss is - de regeling biedt immers een hoge graad van bescherming -, maar evenmin als wonderkind kan worden gekwalificeerd.* [71] Daarvoor bestaan op Europees en nationaal niveau nog te veel onduidelijkheden en heeft de nationale wetgever kansen laten liggen. Overigens zijn die kansen niet van voorbijgaande aard: de nationale wetgever heeft nog steeds de ruimte bepaalde zaken anders en beter te regelen. Voorts lijkt het Hof van Justitie EG soms te weinig consideratie te hebben met de gerechtvaardigde belangen van betrokkenen, hetgeen heeft geleid tot uitspraken waarin vasthouden aan een dogma belangrijker lijkt dan een voor alle partijen aanvaardbare oplossing.* [72] Dat steekt mijns inziens vooral in de in Nederland veelvuldig voorkomende situatie waarin een machtsbalans bestaat tussen werkgevers en werknemers. Het streng vasthouden aan de stelling dat de bescherming van openbare orde is en sociale partners er niet van mogen afwijken leidt tot contraproductieve en contra-intuïtieve resultaten.

---

*[1] Mr. R.M. Beltzer is redacteur van dit blad.

*[2] *Richtlijn nr. 77/187//EG van 14 februari 1977 inzake het behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PbEG 5 maart 1977, L 61/26), vervangen door Richtlijn nr. 98/50/EG van 29 juni 1998 (PbEG 17 juli 1998, L 201/88), die op haar beurt is vervangen door Richtlijn nr. 2001/23/EG van 12 maart 2001 (PbEG 22 maart 2001, L 82/16). De Nederlandse wetgever heeft de bepalingen uit de richtlijn pas op 27 juli 1981 geïmplementeerd.*

*[3] *Een ander doel van de richtlijn is het vergemakkelijken van het verplaatsen van ondernemingen binnen de EU. Deze doelstelling is in de rechtspraak van het Hof van Justitie EG naar mijn mening nimmer uit de verf gekomen.*

*[4] *Met 'de richtlijn' wordt verder steeds gedoeld op de versie uit 2001.*

*[5] *HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994, 168 (D'Urso).*

*[6] *HvJ EG 11 november 2004, JAR 2004/291 (Delahaye).*

*[7] *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006 (no. 246), section 3.*

*[8] *De literatuur is omvangrijk en uitvoerig. Voor de belangrijkste punten wijs ik op de twee proefschriften die op dat terrein zijn geschreven: P. W. van Straalen, Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming (diss. RUG), Deventer: Kluwer 1999 en R.M. Beltzer, Overgang van onderneming in de private en publieke sector (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2000. Van recenter datum zijn de volgende uitgaven: M. Holtzer, Wet overgang ondernemingen, Deventer: Kluwer 2003 en R.M. Beltzer, Overgang van ondernemingen, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003. Van mijn dissertatie zal overigens in 2007 een herziene druk verschijnen.*

*[9] *De in de hiernavolgende paragrafen genoemde wensen vloeien voort uit wat naar mijn mening de belangrijkste punten van aandacht zijn. Uiteraard is er meer (klein) leed te verzinnen en te benoemen, maar daar zal ik omwille van de duidelijkheid en de omvang van mijn bijdrage in de meeste gevallen van afzien.*

*[10] *Marcus Tullius Cicero, Somnium Scipionis, De republica VI, 18 ('qui numerus [zeven] rerum omnium fere nodus est').*

*[11] *HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 901 en HvJ EG 11 juli 1985, NJ 1988, 907.*

*[12] *Deze laatste term is niet in Nederlandse wetgeving opgenomen. Slechts personen met een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW worden in Nederland beschermd.*

*[13] *Pres. Rb. Rotterdam 24 april 1997, JAR 1997/118. De directeur had overigens die statutaire functie niet bij de vervreemder, nu deze als rechtsvorm de v.o.f. had. De voorganger van deze v.o.f. was echter een bv alwaar de directeur wel een statutaire functie had. Om die reden meende de president dat het redelijk was dat de verkrijger zou worden verplicht de directeur - weer - de statutaire titel te geven. Zie over deze uitspraak J.B. Huizink, 'De rondvaart van de statutair directeur', ArbeidsRecht 1997/10, 58.*

*[14] *HR 15 april 2005, JAR 2005/117 (Unidek/A.) en JAR 2005/153 (Ciris/Bartelink).*

*[15] *HvJ EG 14 september 2000, JAR 2000/225.*

*[16] *HvJ EG 26 september 2000, JAR 2000/239.*

*[17] *Juridisch ingewikkelder wordt het indien de gemeente besluit de taak aan een ander te laten (hetgeen art. 10 van de wet verlangt): dan kan sprake zijn van een overgang in twee fasen (zie onder 3). Zie voor een vergelijkbaar geval de zaak Sophie Redmond Stichting (HvJ EG 19 mei 1992, NJ 1992, 476), waar een wijziging in subsidieverlening leidde tot een overgang van de stichting die de subsidie had verloren naar de stichting die de subsidie verkreeg. R.A.A. Duk wees mij ten slotte op het zogeheten Zeeuwse model, waarin geen sprake is van een overgang van onderneming: de zorgbehoevende kiest zelf wie hem zorg zal verlenen en die zorgverlener kan dan zijn kosten bij de gemeente in rekening brengen. In dergelijke gevallen worden ook wel contracten met de zorgverleners aangegaan, maar dat betreft dan louter de financiële voorwaarden; of een zorgverlener inderdaad wordt ingeschakeld, hangt dan geheel van de individuele zorgbehoevenden af.*

*[18] *HvJ EG 2 december 1999, JAR 2000/31, Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, NJ 1982, 619, Ktg. Rotterdam 9 februari 2000, JAR 2000/143 en Vzr. Rb. 's-Gravenhage 22 februari 2005, JAR 2005/63.*

*[19] *Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, NJ 1982, 619.*

*[20] *Opgenomen in Stcrt. 1983, 67.*

*[21] *Juridische redeneringen, enerzijds gericht op het in stand houden van de voorwaarde dat de binnen een concern gedetacheerde werknemer een arbeidsovereenkomst moet hebben bij de werkgever wiens eigen onderneming overgaat, doch anderzijds bewerkstelligend dat deze werknemer niettemin op basis van art. 7:662 e.v. BW overgaat, zijn mijns inziens niet waterdicht. Zie mijn bijdrage 'Overgang van onderneming: wie gaat mee, wie blijft achter, wie valt tussen wal en schip?', ArbeidsRecht 2005, 27.*

*[22] *Ktr. Utrecht 15 maart 2006, JAR 2006/80. Tegen de uitspraak is hoger beroep ingesteld.*

*[23] *HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 902.*

*[24] *Zie bijvoorbeeld A.T.J.M. Jacobs, 'De arbeidsovereenkomst in het NBW', NJB 1994, p. 1035-1044, waarin hij pleit voor de introductie van een zogenaamd groepswerkgeverschap: de werknemer wordt geacht in dienst te zijn van alle rechtspersonen binnen dezelfde groep. Zie ook de reactie van C.M.P. van Lent, 'Het concern als werkgever?', met naschrift A.T.J.M. Jacobs, NJB 1994, p. 1424-1426 over doorbreking van concernwerkgeverschap in internationale situaties.*

*[25] *HR 11 februari 2005, JAR 2005/67.*

*[26] *J.M. van Slooten, 'Kroniek van het sociaal recht', NJB 2005, p. 1632.*

*[27] *Zie over deze zaak A.Ph.C.M. Jaspers, 'Overgang van onderneming: gaat een geschorste werknemer mee?', SR 2005, p. 182-186. Jaspers maakt overigens niet een duidelijk onderscheid tussen het formele begrip en het materiële begrip in de zin die ik aan beide begrippen geef, maar concludeert dat de Hoge Raad een materiële benadering heeft gehanteerd (wie werkt feitelijk waar?) waar een formele benadering (wie heeft een arbeidsovereenkomst?) naar zijn opvatting voor de hand had gelegen. Zoals gezegd, ik denk dat een materiële oplossing hier de enig mogelijke was, nu alle werknemers bij dezelfde rechtspersoon in dienst waren en een formele benadering daardoor niets oplevert.*

*[28] *HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502 (Spijkers).*

*[29] *Deze term is overgenomen in art. 7:662 lid 2 BW. Opmerkelijk is dat het woord 'onderneming' niet in dit tweede lid voorkomt.*

*[30] *Zo kan het voorkomen dat twee rechters ten aanzien van hetzelfde feitencomplex anders oordelen over het antwoord op de vraag of een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden Rb. Utrecht 14 mei 1997, JAR 1997/223 en Rb. Dordrecht 20 augustus 1997, JAR 1997/209.*

*[31] *Zie ook mijn bijdrage 'Overgang van onderneming: de weging van de Spijkers-factoren', Arbeidsrechtelijke Annotaties 2005, p. 46-60.*

*[32] *Als voorbeelden noem ik hier de arresten Temco (HvJ EG 24 januari 2002, JAR 2002/47) en Süzen (HvJ EG 11 maart 1997, JAR 1997/91).*

*[33] *HvJ EG 25 januari 2001, JAR 2001/68.*

*[34] *Hof Leeuwarden 30 augustus 2006, JAR 2006/242.*

*[35] *R.o. 3.19 van de conclusie bij HR 10 december 2004, JAR 2005/14.*

*[36] *HvJ EG 6 november 2003, JAR 2003/298 (Sodexho).*

*[37] *E.N. Franx-Schaap & M.L. Lennarts, 'Overgang van onderneming in de cateringbranche. Of hoe een kijkje in de keuken cruciaal wordt', ArA 2004/1, p. 69. Zie ook R.A.A. Duk over deze zaak in SEW 2004, p. 479-481.*

*[38] *Vzr. Amsterdam 1 mei 2006, JAR 2006/123.*

*[39] In de zaak Temco nam de verkrijger 42 van de 80 werknemers in dienst. Het gevolg was dat een overgang van onderneming niet kon worden vastgesteld: de verkrijger kreeg daardoor met terugwerkende kracht, vanaf de datum van overgang, alsnog alle 80 werknemers in dienst.

*[40] *Zie hierover o.a. S.F. Sagel, 'Overname van personeel en overgang van onderneming: oorzaak of gevolg?', SR 2004, p. 158-162.*

*[41] *Zie o.a. HvJ EG 17 december 1987, NJ 1989, 674 (Ny Mølle Kro), HvJ EG 19 mei 1992, NJ 1992, 476 (Sophie Redmond Stichting) en HvJ EG 14 september 2000, JAR 2000/225 (Collino).*

*[42] *Hof Amsterdam 18 november 2004, JAR 2005/95. Het hof oordeelde dat geen sprake was van een overgang, omdat vervreemder en verkrijger nimmer met elkaar hadden gecontracteerd. Had het hof kennis genomen van de Europese rechtspraak, dan had het geweten dat een contract geen vereiste is.*

*[43] *HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990, 423 (Daddy's Dance Hall).*

*[44] *De overgang in twee fasen heeft zich nadien in meerdere aan het Hof voorgelegde cases voorgedaan. In de Temco-zaak (HvJ EG 24 januari 2002, JAR 2002/47) was zelfs sprake van een overgang in drie fasen.*

*[45] *Hij heeft zijn standpunten herhaald in zijn conclusie bij het Sodexho-arrest, doch - wederom - zonder weerklank te vinden bij het Hof.*

*[46] *Geelhoed acht het risico evenzeer aanvaardbaar bij langdurige concessies waar de opdrachtnemer substantieel dient te investeren om de onderneming winstgevend te maken, zoals bij spoorwegvervoer en radio- en televisiefrequenties.*

*[47] *HvJ EG 12 maart 1998, JAR 1998/100 (Déthier).*

*[48] *HvJ EG 26 mei 2005, JAR 2005//205 (Celtec).*

*[49] *HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900 (Abels).*

*[50] *In Ktg. Amsterdam 11 maart en 2 november 1999 (JAR 2000/1) werd die vraag bevestigend beantwoord. Zie hierover J.M. van Slooten, 'Overgang van onderneming en bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden', ArbeidsRecht 2000, 31.*

*[51] *E.W.J.H. de Liagre Böhl, 'De wet van overgang van ondernemingen: achtergronden en wettekst', in: R.J. de Folter (red.), Overdracht van een onderneming, Deventer: Kluwer 1983, p. 154.*

*[52] *HvJ EG 14 september 2000, JAR 2000/225.*

*[53] *HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990, 423.*

*[54] *De relatieve waarde van door de vervreemder toegekende 'lump sums' blijkt tevens uit het arrest Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet (HR 10 januari 2003, JAR 2003/38): Te Riet had f 65 000 gekregen ter compensatie van het verlies aan loon. Later sprak hij alsnog en met succes de verkrijger aan tot betaling van dat loon. Over deze zaak schreef ik 'Botsende en nawerkende CAO-bepalingen', Arbeidsrechtelijke Annotaties 2003/1, p. 30-40.*

*[55] *HvJ EG 6 november 2003, JAR 2003/297.*

*[56] *Zie o.a. HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994, 168 en 12 november 1992, JAR 1993/15.*

*[57] *Zie hierover mijn bijdrage 'Harmonisatie is geen (ETO-) reden', ArbeidsRecht 2004, 13.*

*[58] *J.M. van Slooten, 'Overgang van onderneming en bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden', ArbeidsRecht 2000, 31.*

*[59] *Art. 7:665 BW is een onvolledige implementatie van art. 4 lid 2 van de richtlijn. Zie hierover R.M. Beltzer & M. Holtzer, 'Het wetsvoorstel overgang van onderneming: de niet te onderschatten invloed van Richtlijn 98/50 EG', SMA 2001, p. 299-314.*

*[60] *HvJ EG 9 maart 2006, JAR 2006/83 (Werhof). Over deze zaak schreef ik 'Overgang van cao-bepalingen: bevriezing of dynamiek', ArA 2006, p. 52-62.*

*[61] *Zie mijn bijdrage 'Botsende en nawerkende CAO-bepalingen', Arbeidsrechtelijke Annotaties 2003, p. 37-39.*

*[62] *Zulks deed zich voor in de zaak Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet (HR 10 januari 2003, JAR 2003/38).*

*[63] *Dit probleem is in de literatuur uitgebreid beschreven. Zie onder meer A.A. de Jong, 'Botsende CAO's bij overgang van onderneming (2)', ArbeidsRecht 1997, 31, A.M. Luttmer-Kat, 'Collectieve arbeidsvoorwaarden en overgang van een onderneming', SR 1997, p. 281-285 en van dezelfde auteur 'Botsende collectieve arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming: een blik over de grenzen', SR 1998, p. 290-294.*

*[64] *Dit laatste dient uiteraard binnen de grenzen van de richtlijn te geschieden. Een werknemer kan immers niet afzien van de rechten die de richtlijn hem biedt. De keuze van de werknemer komt dus pas in het vizier zodra de cao van de vervreemder afloopt, of zodra de verkrijger na overgang aan een nieuwe cao gebonden wordt die ook voor de werknemer geldt.*

*[65] *HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900.*

*[66] *De term is afkomstig van B.F.M. Knüppe, 'De doorstart en de Richtlijnen 77/187/EEG en 98/50/EEG', in: A.M. Luttmer-Kat (red.), Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?, Insolad - Vereniging Insolventie Advocaten, Insolad Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2000.*

*[67] *Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, JOR 1996/16. Het Hof vernietigde het faillissement op grond van misbruik van bevoegdheid: het faillissement was aangevraagd met als vooropgezet doel afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers.*

*[68] *De literatuur hierover is overvloedig. Zie o.a. R. Knegt, Faillissementen en selectief ontslag: een onderzoek naar 'oneigenlijk gebruik' van de Faillissementswet, Amsterdam: HSI 1996, R. Knegt e.a., Fraude en misbruik bij faillissement. Een onderzoek naar hun aard en omvang en de mogelijkheden van bestrijding, Amsterdam: HSI 2005, G. W. van der Voet, Misbruik van faillissementsrecht bij overgang van onderneming, Rotterdam: Erasmus Universiteit Rotterdam 2000 en M.L. Lennarts & S.N. de Valk, 'Aansprakelijkheid van bestuurders jegens werknemers wegens misbruik van faillissement', ArA 2004/2, p. 108-123.*

*[69] *Het betreft art. 5, 13a, 67 en 72 Fw.*

*[70] *Of een andere, op behoud van de onderneming gerichte insolventieprocedure.*

*[71] *R.A.A. Duk, 'Artt. 1639aa e.v.: een wonderkind of een total loss?', SMA 1982, p. 633-636.*

*[72] *Tekenend is het feit dat het Hof in de Temco-zaak met geen woord rept over het uitgewerkte voorstel van A-G Geelhoed. Zie par. 3.*

Copyright (C) Kluwer 2010