Overgang van onderneming. Een overzicht van 1998 tot 2000.

Richtlijnen roepen vaak meer vragen op dan zij beantwoorden. Dat geldt zeker voor de richtlijn overgang van ondernemingen. Uitspraken van het Hof van Justitie van de EG die (weer) een nieuw licht werpen op de uitleg van deze richtlijn zijn altijd weer een dankbare bron voor discussie. Tijd voor een overzicht.

De richtlijn overgang van ondernemingen

In de zomer van 1998 werd de uit 1977 stammende richtlijn overgang van ondernemingen vervangen door een nieuwe.[1] Erg veel inhoudelijk nieuws heeft dat niet gebracht. De meeste wijzigingen waren ofwel cosmetisch van aard ("arbeidsverhouding" heet nu "arbeidsbetrekking"), ofwel vormden de codificatie van rechtspraak van het Hof van Justitie (zo heeft het begrip "onderneming" een definitie gekregen). Niettemin is er voor de Nederlandse wetgever wel wat "werk aan de winkel".[2] Zo maakt de huidige richtlijn het in tegenstelling tot de vorige mogelijk de verkrijger van een onderneming die in surseance van betaling verkeert niet langer aansprakelijk te stellen voor oude schulden van de vervreemder. Dat zal een belangrijk bezwaar tegen de overname van een in moeilijkheden verkerend bedrijf wegnemen. Daarnaast stelt de richtlijn nu onomwonden vast dat zij zowel op openbare (overheids-) als particuliere ondernemingen ziet. Dat brengt mee dat de artikelen 7:662 e.v. BW op de een of andere manier ook een plaats in het ambtenarenrecht moeten krijgen.[3]

De uitspraken die hierna ter sprake zullen komen, zijn nu eens gebaseerd op de richtlijn van 1998, dan weer nog op die uit van 1977. Dat maakt overigens geen verschil voor de door het Hof gevolgde redenering of zijn uitspraak. Ik zal daarom in het vervolg, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld, steeds over "de richtlijn" spreken, zonder aan te geven of de richtlijn uit 1977 of die uit 1998 wordt bedoeld.

Het ondernemingsbegrip

Niets is vanaf 1977 ten aanzien van overgang van ondernemingen zo vaak bij het Hof aan de orde geweest als de vraag naar wat nu eigenlijk een "onderneming" in de zin van de richtlijn is. Op 10 december 1998 is aan de serie uitspraken weer een vijftal toegevoegd.[4] Een verrassende wending bieden deze uitspraken niet, al was het alleen maar omdat wederom in een aantal van deze zaken de schoonmaakbranche in de prijzen viel.

Allereerst een resumé. De uitspraak van het Hof in het arrest Spijkers[5] uit 1986 biedt nog steeds een uistekend vertrekpunt voor het antwoord op de vraag of een onderneming overgaat. Volgens het Hof moet een lopend bedrijf zijn overgegaan; de identiteit van de onderneming moet bewaard zijn gebleven. Voor het vaststellen van die identiteit, die vóór de overgang geschiedt, moet rekening worden gehouden met een aantal factoren als de aard

---

[1] Richtlijn van 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/189/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (Richtlijn 98/50/EG).
[2] Zie de bijdrage van J.W. Loman in *ArbeidsRecht* 1999/5, 29.
[3] Zie hierover het artikel van M. Holtzer en mij in SMA 2000, nr. 2, p. 58-63.
[4] HvJ EG 10 december 1998, C-127/96 (Vidal), C-229/96 (Hoechst) en C-74/97 (Claro Sol) - zie voor deze drie zaken *JAR* 1999/16 - en C-173/96 (Hidalgo) en C-247/96 (Ziemann). Voor een uitgebreide behandeling van deze zaken verwijs ik naar M.O. Meulenbelt in *ArbeidsRecht* 1999/4, 22.
[5] HvJ EG 18 maart 1986, *NJ* 1987, 502.

van de betrokken onderneming, of überhaupt materiële activa zijn overgedragen, wat de waarde is van die activa, of vrijwel al het personeel is overgenomen door de verkrijger, of de klantenkring is overgedragen, in welke mate de ondernemingsactiviteiten voor en na de overgang met elkaar overeenkomen en of die activiteiten zijn onderbroken en zo ja, hoelang die onderbreking heeft geduurd. Deze door het Hof genoemde factoren zijn niet limitatief, mogen niet op zichzelf beschouwd worden en er is geen vastgestelde rangorde tussen deze factoren. Dat geen materiële activa zijn overgedragen, is op zichzelf dus geen argument om te concluderen dat de richtlijn toepassing mist[6], evenmin als het feit dat hetgeen is overgedragen voor de vervreemder slechts bijkomende activiteiten betrof.[7] Ook als de onderneming een tijdje heeft stilgelegen brengt dat niet noodzakelijkerwijs mee dat de identiteit van de onderneming verloren is gegaan. Dit geldt vooral indien er in de onderneming sprake is van seizoensgebonden arbeid en de onderneming gesloten is gedurende het seizoen dat zij gewoonlijk gesloten is. Over het algemeen kan dan immers eerder geconcludeerd worden dat de onderneming als economische actor is blijven bestaan.[8] Volgens het arrest Rygaard[9] dient het echter wel te gaan om een duurzaam georganiseerde economische entiteit. Die entiteit is er niet indien de verkrijger niet een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel overneemt noch activa van betekenis zijn overgegaan.[10]

Hoewel het Hof ten aanzien van het ondernemingsbegrip wel enig houvast heeft geboden, is er geen eenduidige definitie. Met de introductie van artikel 1, eerste lid onder b heeft de rechtspraak van het Hof weliswaar een plaats in de richtlijn gekregen, maar de in de richtlijn gehanteerde terminologie laat net zoveel ruimte tot interpretatie over als de rechtspraak van het Hof.[11] De overdracht van een activiteit zonder overdracht van een werknemer of enig activum zal niet als overgang van een onderneming in de zin van richtlijn worden beschouwd, indien daarbij geen zelfstandig, duurzaam georganiseerd gedeelte van een onderneming wordt overgedragen. Een overdracht van alle werknemers die een bepaalde activiteit uitoefenen, al of niet met bij die activiteit behorende bedrijfsmiddelen zal wel binnen de richtlijn vallen, mits die werknemers een zelfstandig organisatorisch geheel vormen. Tussen deze twee uitersten zit echter nog een grijs gebied dat hopelijk door toekomstige rechtspraak van het Hof in omvang zal afnemen.

De hiervoor al even aangestipte uitspraken van het Hof van december 1998 wijken niet af van de vlak daarvoor gewezen uitspraken over het ondernemingsbegrip, behalve dan dat zij nu onder de vigeur van de richtlijn uit 1998 zijn gewezen. Met de in die richtlijn opgenomen definitie van het ondernemingsbegrip wordt, zoals gezegd, geen breuk met het verleden beoogd. In dit verband is het tekenend dat het Hof na het wijzen van het arrest Süzen[12] – tot dan toe het meest recente over de uitleg van het ondernemingsbegrip – aan de vijf verwijzende nationale rechters de vraag stelde of zij de procedure nog wilden voortzetten. Hoewel dit toch een aanwijzing moest zijn dat de nationale rechters met het arrest Süzen in de hand er toch wel uit hadden moeten komen, wilden zij niettemin allen de procedure voortzetten. Drie van de vijf zaken betrof een contractswisseling waar de schoonmaakbranche bij betrokken was. In twee van deze zaken ging het om zogenaamde

---

[6] HvJ EG 14 april 1994, *JAR* 1994/107 (Schmidt).
[7] HvJ EG 12 november 1992, *JAR* 1993/15 (Watson Rask).
[8] HvJ EG 17 december 1987, *NJ* 1989, 674 (Ny Mølle Kro).
[9] HvJ EG 19 september 1995, *NJ* 1996, 520.
[10] HvJ EG 11 maart 1997, *JAR* 1997/91 (Süzen).
[11] Deze bepaling luidt: (…) in deze richtlijn (wordt) als overgang beschouwd de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan.
[12] Zie noot 7.

"insourcing": na het aflopen van het schoonmaakcontract met een schoonmaakbedrijf besloot de onderneming de schoonmaakwerkzaamheden door eigen werknemers te laten uitvoeren. De derde 'schoonmaakzaak' betrof een combinatie van insourcing en contractwisseling: de onderneming ging na het aflopen van een schoonmaakcontract de schoonmaakwerkzaamheden voor een deel met eigen werknemers verrichten en voor een ander deel werd samengewerkt met een andere onderneming. In de twee andere zaken ging het om een gewone contractwisseling: de onderneming beëindigde de overeenkomst met de ene onderneming en gunde de opdracht (respectievelijk het verzorgen van thuishulp en het verlenen van bewakingsdiensten) aan een andere onderneming. Dat het Hof in al deze zaken tot toepasselijkheid van de richtlijn concludeerde, was niet verrassend. Nadat het Hof in de arresten Schmitz en Süzen (beide 'schoonmaakzaken') al had aangegeven dat de richtlijn van toepassing is op respectievelijk contractswisseling en outsourcing, lag het voor de hand dat het hetzelfde zou doen voor insourcing en voor een combinatie van insourcing en contractswisseling. Uit de zaken over de overgang van de contracten tot het verzorgen van thuishulp en bewaking kan worden afgeleid dat overgang van onderneming door middel van insourcing, outsourcing of contractswisseling niet alleen in de schoonmaakbranche voorkomt, al zou men dat wel haast gaan denken.

Overgang in het zicht van het einde van de onderneming

Een overgang van onderneming kan voortvloeien uit verschillende afspraken. Naast de meest voor de hand liggende situatie dat onderneming B de activa en passiva overneemt die tezamen onderneming A vormen, kan gedacht worden aan de afspraak tussen A en B dat zij een juridische fusie aangaan, of aan de situatie dat vennootschap onder firma X zich "omzet" in besloten vennootschap Y.[13] In al deze gevallen is er sprake van het vereiste dat de overgang "krachtens overeenkomst" geschiedt, een vereiste dat door het Hof zo ongeveer de ruimste uitleg heeft gekregen die men zich kan voorstellen.[14]

Hoewel door de ruime uitleg van de begrippen van de richtlijn dus al snel sprake zal zijn van de overgang van een *onderneming* en het Hof al snel zal concluderen dat die overgang *krachtens overeenkomst* is geschied, bestaat er een belangrijke beperking op de toepasselijkheid van de richtlijn. Op de overgang van een failliete onderneming is zij namelijk niet van toepassing. Deze uitzondering, inmiddels gecodificeerd in artikel 4 bis van de richtlijn en in artikel 7:666 BW, is begin 1985 door het Hof gemaakt in het arrest Abels.[15] Volgens het Hof neemt het faillissementsrecht een bijzondere plaats in die afwijking van de regels van het sociale recht kan rechtvaardigen. Zou de richtlijn in een faillissementssituatie van toepassing zijn, dat had zij daartoe een uitdrukkelijke bepaling moeten hebben bevat. Het Hof overwoog verder dat surseance van betaling zich van faillissement onderscheidt doordat de procedure primair gericht is op het behoud van de boedel en de voortzetting van de onderneming en niet op liquidatie. In dat geval gaan de argumenten die tegen toepasselijkheid in faillissement pleiten volgens het Hof niet op.

Vervolgens deed zich in sommige lidstaten de vraag voor hoe het dan zat met hun nationale procedures die enerzijds niet als faillissementsprocedure zijn te beschouwen, maar

---

[13] Van een omzetting in de zin van artikel 2:18 BW is in dit geval geen sprake, nu dit artikel slecht ziet op de omzetting van de ene naar de andere rechtspersoon.

[14] Zo bewerkstelligt overheveling van een gemeentelijk subsidie van de ene stichting naar de andere volgens het Hof in de zaak Sophie Redmond Stichting een overgang krachtens overeenkomst, ofschoon beide stichtingen nooit met elkaar contracteerden (HvJ EG 19 mei 1992, *NJ* 1992, 476). Zie ook HvJ EG 17 december 1987, *NJ* 1989, 674 (Ny Mølle Kro), HvJ EG 5 mei 1988, *NJ* 1989, 712 (Besi Mill) en HvJ EG 10 februari 1988, *NJ* 1990, 423 (Daddy's Dance Hall).

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

anderzijds ook niet aan alle kenmerken van de Nederlandse procedure van surseance van betaling voldoen. Dit resulteerde in 1991 en 1995 in twee uitspraken van het Hof, beide Italiaanse zaken.[16] Het ging hier om de vraag of de richtlijn van toepassing is op de overgang van een onderneming die onder het Italiaanse buitengewoon bewind is geplaatst. Het Hof herhaalde in deze zaken het criterium uit Abels: doorslaggevend voor het antwoord op de vraag of de richtlijn van toepassing is, is het doel dat met de betreffende procedure wordt beoogd. Is dat doel liquidatie van de onderneming, dan zijn de richtlijn (en de artikelen 7:662 e.v. BW) niet van toepassing op de overgang. Een geïnteresseerde koper kan dan die werknemers met de onderneming overnemen die hem goeddunken. Is het doel van de procedure waarin de onderneming verkeert niet liquidatie, maar juist het behoud van de onderneming – zoals in casu – dan is een eventuele koper wel verplicht alle werknemers mee over te nemen.

In 1998 heeft het Hof in twee Belgische zaken deze redenering gepreciseerd. In het op 12 maart 1998 gewezen arrest Dethier/Dassy[17] stond de vraag centraal of de richtlijn van toepassing is op de overgang van een onderneming die in de Belgische procedure van gerechtelijke vereffening verkeert. Deze procedure strekt ertoe de activa van de onderneming te gelde te maken nu de werkzaamheden niet worden voortgezet. Wie verwacht dat op basis van deze wetenschap het Hof zou concluderen dat de richtlijn dus in deze situatie niet van toepassing is – het doel van de procedure is immer liquidatie – komt bedrogen uit. Want het Hof oordeelde dat naast met het doel van de procedure ook rekening moet worden gehouden met de modaliteiten van de procedure, "met name de vraag in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet dan wel wordt gestaakt, alsook met de doelstelling van de richtlijn." Volgens het Hof kon het doel van de Belgische vereffeningsprocedure niet eenduidig worden vastgesteld. Dat is merkwaardig, nu dat doel al uit de naam blijkt: vereffening. Omdat het doel van de procedure volgens het Hof niet duidelijk was, moest dan naar de modaliteiten van de procedure worden gekeken. Deze modaliteiten weken zozeer af van de faillissementsprocedure, dat indien de werkzaamheden van de onderneming gedurende gerechtelijke vereffening feitelijk worden voortgezet, er sprake is van "continuïteit van exploitatie", zodat er geen reden zou zijn de werknemers de rechten te ontnemen die zij aan de richtlijn kunnen ontlenen.

Ruim een half jaar na het arrest Dethier/Dassy bevestigde het Hof deze uitspraak in het arrest Europièces/Sanders, waar het om de Belgische procedure van vrijwillige vereffening ging.[18] Enig verschil tussen de procedure van gerechtelijke en die van vrijwillige vereffening is dat het in het eerste geval de rechtbank is die een vereffenaar heeft benoemd. Dit geschiedt alleen indien de algemene vergadering van vennoten geen overeenstemming heeft bereikt over de te benoemen vereffenaar. Wordt die overeenstemming wel bereikt, dan is sprake van een vrijwillige vereffening. Gezien dit geringe verschil zag het Hof begrijpelijkerwijs geen reden in deze zaak anders te beslissen dan hij in het arrest Dethier/Dassy had gedaan.

Wat betekenen deze twee uitspraken nu voor de Nederlandse rechtspraktijk? Dat is lastig in te schatten. Men zou kunnen redeneren dat indien de werkzaamheden van de onderneming gedurende de betreffende procedure worden voortgezet, de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing zijn indien die onderneming vervolgens overgaat. Er is immers "continuïteit van exploitatie". Dat het doel van de procedure eigenlijk liquidatie is – zoals bij faillissement, maar ook bij de Belgische (of Nederlandse) vereffeningsprocedure - doet dan niet ter zake. Maar dat zou betekenen dat ook enkele belangrijke voordelen van doorstart na

---

[16] HvJ EG 25 juli 1991, *NJ* 1994, 168 (D'Urso) en 7 december 1995, *NJ* 1996, 643 (Spano/Fiat). Zie over deze zaken T.J.C.M. Broekman in *ArbeidsRecht* 1996/2, 9.
[17] HvJ EG 12 maart 1998, *JAR* 1998/100.
[18] HvJ EG 12 november 1998, C-399/96.

faillissement zouden komen te vervallen. De doorstarter zou dan immers toch verplicht kunnen worden alle werknemers mee te nemen.

Misschien wordt de soep niet zo heet gegeten en heeft het Hof de niet-toepasselijkheid van de richtlijn echt tot de overgang van failliete ondernemingen willen beperken. Bevindt de onderneming zich in een procedure die weliswaar tot liquidatie van de onderneming kan leiden, maar die niet als faillissementsprocedure is te kwalificeren, dan is de richtlijn van toepassing. Dat spoort ook met de opmerking van het Hof in het arrest Abels dat het faillissementsrecht een bijzondere plaats inneemt die afwijking van de regels van het sociale recht rechtvaardigt. Het blijft dan wel opmerkelijk dat het Hof zich in de Belgische zaken in zulke moeilijke bochten heeft gewrongen: waarom heeft het niet gewoon gezegd dat de uitzondering alleen op faillissement ziet?

Overgang en concern

De richtlijn maakt voor haar werking geen onderscheid naar de banden die eventueel tussen de vervreemder en de verkrijger bestaan. Er kan net zo goed sprake zijn van overgang van onderneming wanneer de vervreemder en de verkrijger volslagen vreemden voor elkaar zijn (al moet er wel enig contact zijn , want de overgang dient natuurlijk wel steeds "krachtens overeenkomst" te geschieden) als wanneer vervreemder en verkrijger als moeder- en dochteronderneming binnen hetzelfde concern opereren. Blijkbaar bestond over dit laatste in het Verenigd Koninkrijk onduidelijkheid. In de zaak die begin december vorig jaar leidde tot uitspraak van het Hof in de zaak Allen/Amalgamated Construction[19] had de Britse rechter aan het Hof onder andere de prejudiciële vraag gesteld of de richtlijn van toepassing is binnen concernverband. In deze zaak ging het om een overgang van een onderneming van de ene naar de andere dochter binnen een concern. De onderneming bestond kort gezegd uit een aanbestedingscontract en de werknemers die dat contract zouden uitvoeren. Het Hof had weinig moeite die vraag te beantwoorden: de richtlijn ziet op elke wijziging krachtens overeenkomst in de natuurlijke of rechtspersoon die de onderneming exploiteert. Elke aan de onderneming verbonden werknemer gaat met die onderneming mee over en krijgt dus te maken met een nieuwe juridische werkgever. Dat de zeggenschap over beide ondernemingen in één hand liggen doet dus niet ter zake.

Naar mij is gebleken leidt overgang binnen concernverband in de praktijk nog wel tot een andere onduidelijkheid. Hoewel het Hof over deze onduidelijkheid nooit expliciet een uitspraak geeft gedaan, is een dergelijke uitspraak wel af te leiden uit de richtlijn in het algemeen en de zojuist behandelde uitspraak in de Britse zaak in het bijzonder. Ik doel op het volgende. Het komt regelmatig voor dat alle werknemers binnen een groep, ongeacht waar zij feitelijk werken, in dienst zijn van een der rechtspersonen binnen de groep. Soms is dat de moedermaatschappij, soms een aparte personeels-B.V. Dat is vooral vanuit een administratief oogpunt handig. Binnen die moedermaatschappij of personeels-B.V. worden vaak geen ondernemingsactiviteiten ontplooid. De werkelijke activiteiten worden ontplooid in de dochters/werkmaatschappijen van de groep, waarnaar de werknemers van de groep gedetacheerd worden en waar zij hun werkzaamheden verrichten. Er bestaat dan geen arbeidsovereenkomst tussen de gedetacheerde werknemer en de werkmaatschappij. Wat gebeurt er nu met de werknemers als zo'n werkmaatschappij overgaat? Bij een congres dat ik laatst bezocht bleken misverstanden te bestaan over wat nu rechtens is: gaan alle werknemers die feitelijk bij die werkmaatschappij werken mee over – wat velen redelijk leek - ongeacht of zij in dienst van die werkmaatschappij zijn, of gaan alleen die werknemers over

[19] HvJ EG 2 december 1999, *JAR* 2000/31. Zie over deze zaak M.O. Meulenbelt in *ArbeidsRecht* 2000/2, 9.

die een arbeidsovereenkomst hebben met de betreffende werkmaatschappij? Dat zou betekenen dat wanneer alle werknemers een arbeidsovereenkomst met de moeder of een personeels-B.V. hebben gesloten, geen van hen met de werkmaatschappij zou overgaan. De verkrijger krijgt dan dus een onderneming zonder werknemers, iets wat waarschijnlijk vaak niet zijn bedoeling is. Toch is dit wel hoe de richtlijn en de artikelen 7:662 e.v. BW uitwerken. Wanneer de activa en passiva van een werkmaatschappij worden overgedragen, gaan de feitelijk in die werkmaatschappij werkzame werknemers niet over naar de verkrijger. Zij gaan immers slechts over naar de verkrijger indien de onderneming van hún werkgever overgaat, en dat kan alleen het geval zijn indien de personeels-B.V. dan wel de moedermaatschappij zelf overgaat. Tenzij deze werknemers op een andere wijze dan ingevolge de artikelen 7:662 e.v. BW bij de verkrijger in dienst kunnen treden - en de verkrijger kan bij gebreke van toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW de hem meest welgevallige werknemers er uitpikken - verliezen zij als gevolg van de overgang hun werk, maar niet hun arbeidsovereenkomst. Zij vloeien als het ware weer terug naar de rechtspersoon in de groep die als hun werkgever optreedt. Deze rechtspersoon zal andere werkzaamheden voor hen moeten verzinnen of hen, bij gebleken overtolligheid, moeten ontslaan. Dat laatste gebeurde in de beruchte Heidemijzaak.[20] De gezonde dochterondernemingen werden uit het concern gelicht en in een nieuw concern ondergebracht, terwijl de zwakke ondernemingen – inclusief de (oude) moeder waar alle werknemers in dienst waren - in het sterfhuis achterbleven. Dat vele van die werknemers feitelijk bij de gezonde dochters waren gedetacheerd gaf hun geen aanspraak op tewerkstelling in het nieuwe concern.

Conclusie

De laatste twee jaren van jurisprudentie van het Hof laten geen schokkende wijzigingen zien ten aanzien van de uitleg van het ondernemingsbegrip uit de richtlijn. Dit zou erop kunnen duiden dat er na jaren van steeds grotere "fine tuning" van het ondernemingsbegrip een zeker rustpunt is bereikt. Opmerkelijk zijn wel de uitspraken van het Hof over de toepasselijkheid van de richtlijn op de overgang van een onderneming die zich in een vereffeningsprocedure bevindt. Hoewel het doel van die procedure toch als "liquidatie" is te beschouwen – en men op basis van de jurisprudentie van het Hof daarom zou kunnen men dat de richtlijn niet van toepassing is – heeft het Hof uitgemaakt dat de richtlijn in die situatie toch van toepassing is, onder andere omdat er "continuïteit van exploitatie" was. De gevolgen van deze twee uitspraken voor de Nederlandse praktijk zijn niet helder. Ten slotte heeft het Hof duidelijk gemaakt dat de banden tussen vervreemder en verkrijger er niet toe doen voor het antwoord dop de vraag of de richtlijn van toepassing is. Daarom is zij ook van toepassing op de overgang van een onderneming wanneer vervreemder en verkrijger deel uitmaken van hetzelfde concern.

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