Boekbespreking

P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*. Verschenen in de reeks Monografieën Sociaal Recht, nr. 19, Deventer: Kluwer 1999.

Inleiding

In geval van overgang van onderneming is de verkrijger van de onderneming verplicht alle aan die onderneming verbonden werknemers over te nemen en al hun rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst die zij met de vervreemder hadden te waarborgen. Deze hoofdregel vloeit voort uit Richtlijn 77/187[1] (de oude richtlijn) en staat sinds 1981 in ons BW (artikelen 7A:1639aa-dd, thans 7:662-666 BW) en in de artikelen 14a Wet CAO en 2a Wet AVV. Deze richtlijn is in 1998 gewijzigd door Richtlijn 98/50[2] (de huidige richtlijn). Veel inhoudelijke wijzigingen heeft dat niet meegebracht; in de richtlijn is voornamelijk de overvloedige rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG over vragen als "wat is een onderneming?" en "wat is een overgang?" gecodificeerd. Niettemin zal de Nederlandse wetgever op enkele punten actie moeten ondernemen om de nationale wetgeving in de pas te laten lopen. De noodzaak daartoe vloeit niet alleen voort uit het feit dat er een nieuwe richtlijn is, maar ook uit het feit dat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de oude richtlijn in 1981 wat steekjes heeft laten vallen.[3] Dat laatste kan de wetgever overigens maar in beperkte mate worden aangewreven. Vanaf de introductie van de oude richtlijn tot vandaag de dag bestaat immers in binnen- en buitenland onduidelijkheid over de reikwijdte van de richtlijn. Tot op zekere hoogte hangt dat samen met de vage termen die de richtlijn hanteert, maar er is ook een andere oorzaak. Het Europese recht is ondanks het bestaan van officiële publicatiereeksen van regelgeving en rechtspraak moeilijk toegankelijk. Het ontstaan van websites die specifiek op deze materie betrekking hebben heeft daar helaas niets aan veranderd: nog steeds ondervindt degene die met betrekking tot een bepaald Europeesrechtelijk onderwerp de relevante gegevens bij elkaar zoekt aanzienlijke moeilijkheden. Gezien de grote invloed van het Europese recht op het recht in de lidstaten - bepalingen van Europees recht en de uitspraken van het Hof van Justitie zijn in veel gevallen van rechtstreekse invloed op het recht in de lidstaten - is dat een bezwaar waaraan met spoed tegemoet zou moeten worden gekomen.

Hoewel over overgang van ondernemingen in de loop der jaren mede wegens voornoemde oorzaken regelmatig is gepubliceerd, ontbrak een gedegen wetenschappelijk onderzoek waarin de verschillende aspecten van het onderwerp in samenhang werden behandeld. In die lacune is nu voorzien: op 16 december 1999 promoveerde P.W. van Straalen aan de Rijksuniversiteit Groningen op het proefschrift met de hierboven genoemde titel. Als promotores traden prof. mr. A.M. Luttmer-Kat en prof. mr. L. Timmerman op.

Titel, probleemstelling en opzet

---

[1] Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 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, *PbEG* 1977, L 61/26.

[2] Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/187/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, *PbEG* 1998, L 201/88.

[3] Zie hierover vooral het speciale SR-nummer 7/8 van dit jaar en twee bijdragen van M. Holtzer en mijzelf in de nummers 1 en 2 van SMA van dit jaar.

Één van de eerste vragen die men zich bij een beschouwing over het boek zou moeten stellen is of de titel de lading van het boek dekt. Dat is het geval. De vraag of, en zo ja, in hoeverre de werknemer bij overgang van 'zijn' onderneming de rechten en verplichtingen uit zijn arbeidsovereenkomst behoudt, loopt als een rode draad door alle hoofdstukken heen. De zeer kritische lezer zou kunnen opmerken dat Van Straalen ook situaties behandelt waarin nu juist in principe geen sprake is van een overgang van onderneming in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW, waarbij vooral gedacht dient te worden aan de overname van de activa van een failliete onderneming (door Van Straalen behandeld in hoofdstuk 6). Indien men echter recht wil doen aan de discussies die in Nederland vooral vlak na de introductie van de op Richtlijn 77/187 gebaseerde artikelen 7A:1639aa-dd BW, doch ook recent weer zijn gevoerd over de wenselijkheid van toepasselijkheid van die artikelen op de overgang van een insolvente onderneming, mag een behandeling hiervan niet in dit proefschrift ontbreken. Bovendien dient men te bedenken dat Van Straalens onderzoek voor een belangrijk deel rechtsvergelijkend is (waarover zo meer) en men in sommige lidstaten - in tegenstelling tot in Nederland - de richtlijn zo heeft uitgelegd dat de overname van de activa van een failliete onderneming wel een overgang van onderneming constitueert.

Van Straalens probleemstelling blijkt uit de voorbeschouwing bij het boek: met het onderzoek brengt hij de door het Hof van Justitie van de EG ten aanzien van de oude en de huidige richtlijn behandelde vragen in kaart en tracht hij een antwoord te vinden op nog open liggende vragen. Een nevendoelstelling is te onderzoeken hoe in Nederland uitvoering is gegeven aan de richtlijn en of het Nederlandse recht overeenkomstig de doelstelling en de inhoud van de richtlijn wordt toegepast. Dat laatste aspect van de nevendoelstelling kan slechts worden gehaald als een antwoord op de eerste vraag is geformuleerd en om dát te kunnen doen heeft Van Straalen rechtsvergelijkend onderzoek gedaan. Dit komt grotendeels neer op een analyse van de implementatie van de richtlijn in Duitsland en Frankrijk. Deze twee landen zijn niet zozeer gekozen wegens hun geografische nabijheid; reeds vóór de totstandkoming van de richtlijn kenden deze landen een regeling ten aanzien van het behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming en de Europese Commissie heeft in het voorstel voor de oude richtlijn juist op deze regelingen voortgebouwd.

Het boek bestaat uit drie delen. Het eerste deel is te beschouwen als de preambule van het boek; in de delen twee en drie worden de eerste twee afdelingen van de richtlijn behandeld. Dit betekent dat hoofdstuk 1 is te beschouwen als het eerste deel, de hoofdstukken 2 tot en met 5 als het tweede deel (werkingssfeer en definities) en de hoofdstukken 6 tot en met 9 (behoud van rechten van werknemers) als het derde deel. Hoofdstuk 10 draagt de titel "Nabeschouwing". Dit is een wat verwarrende benaming, nu van een verwachte epiloog geen sprake is; het hoofdstuk had beter de titel "Samenvatting" kunnen dragen, nu die titel exact de lading dekt. Het boek eindigt met een samenvatting in het Duits.

Medezeggenschap komt in het boek niet aan de orde. Aangezien het behoud van arbeidsvoorwaarden en ontslagbescherming in het boek centraal staan, is dat een goed te verdedigen keuze. Van Straalen merkt daarbij op dat de in Afdeling 3 van de richtlijn opgenomen informatie- en raadplegingsverplichtingen in de rechtspraktijk weinig problemen opleveren - ik neem aan: wegens het bestaan van onze WOR. Dit betekent echter niet dat de Nederlandse wetgeving geheel in de pas loopt met deze afdeling. In navolging van Van Straalen ga ik hier verder niet op in.[4]

Commentaar bij de hoofdstukken 1-9

[4] Zie voor dit onderwerp A.F.M. Dorresteijn, "De nieuwe richtlijn en medezeggenschapsaspecten", *SR* 2000, p. 210-213.

Hoofdstuk 1 Inleiding

In het eerste hoofdstuk gaat Van Straalen in op het bijzondere karakter van richtlijnen in het algemeen, de Nederlandse, Duitse en Franse implementatiegeschiedenis van Richtlijn 77/187 en het doel van deze richtlijn: het waarborgen van het behoud van rechten van werknemers.Tot slot wijdt hij enkele beschouwingen aan de huidige richtlijn. Bij dat laatste merkt hij op dat de oude richtlijn in het proefschrift centraal staat. Van Straalen verdedigt die keuze door erop te wijzen dat de nieuwe richtlijn weinig meer doet dan het vastleggen van hetgeen in de rechtspraak van het Hof van Justitie onder de vigeur van de oude richtlijn reeds is uitgemaakt. Nu blijkt dat laatste inderdaad uit één van de overwegingen bij de richtlijn, maar de nieuwe richtlijn introduceert wel degelijk een aantal noviteiten.[5] Had het niet meer voor de hand gelegen juist de huidige richtlijn als uitgangspunt te nemen en naar de oude te verwijzen waar dat nuttig is voor een goed begrip van de huidige bepalingen? Dat Van Straalen van de oude en niet van de huidige richtlijn uitgaat, heeft volgens mij dan ook een andere reden. Een van de meest onaangename voorvallen die een promovendus tijdens het schrijven van een proefschrift kan overkomen, is dat de regels ten aanzien van het onderwerp waarover hij schrijft een ingrijpende wijziging ondergaan. In de zomer van 1998 - toen Van Straalen dus al een eind op streek moet zijn geweest - werd de oude richtlijn vervangen door de huidige. Erg veel tijd om het boek te herschrijven vanuit een ander uitgangspunt zal hij niet hebben gehad. Nadeel van deze aanpak is dat de huidige richtlijn in mijn optiek bij tijd en wijle niet de aandacht krijgt die zij verdient. Zo ontbreekt bijvoorbeeld een gedegen verhandeling over de door artikel 1, eerste lid onder c van de huidige richtlijn opnieuw opgeworpen vraag of de richtlijn van toepassing is op de publieke sector in de ruimste zin des woords.

Hoofdstuk 2 Wie genieten bescherming?

De richtlijn beschermt werknemers. Van Straalen geeft aan dat dat volgens de oude richtlijn die personen zijn die een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding hebben. In de huidige richtlijn is de term “arbeidsverhouding” vervangen door “arbeidsbetrekking”, maar met die term is geen inhoudelijke wijziging beoogd. Deze termen worden echter niet gedefinieerd. De oude richtlijn zweeg verder over het werknemersbegrip; de nieuwe richtlijn bepaalt in artikel 2 dat iedere persoon die krachtens de nationale wetgeving bescherming geniet als werknemer, tevens werknemer in de zin van de richtlijn is, waarbij de richtlijn geen afbreuk doet aan het nationale recht met betrekking tot de definitie van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. Het nationale recht is dus bepalend voor het antwoord op de vraag of sprake is van werknemerschap.

Van Straalen meent dat de beperking van artikel 7:663 BW tot personen die een arbeidsovereenkomst in de zin van Titel 10 van Boek 7 BW hebben in strijd is met de richtlijn. In andere wetten, zoals het BBA en de socialezekerheidswetten, vallen immers bepaalde personen die geen arbeidsovereenkomst in voornoemde zin hebben toch onder het werknemersbegrip. Nu ook deze personen in het nationale recht als werknemer beschermd worden - de enige voorwaarde die in de richtlijn wordt gesteld - dient de wetgever volgens Van Straalen een aanpassing te maken.

Een grammaticale uitleg dwingt inderdaad tot die conclusie, maar een andere redenering is ook denkbaar, en naar mijn mening zelfs beter. Ik geloof niet dat de Europese wetgever heeft bedoeld dat lidstaten een formeel criterium hanteren. Dat zou immers tot gevolg kunnen hebben dat een bepaalde groep personen louter door nationale wetsduiding van

[5] Zie de literatuur bij noot 3, alsmede J.W. Loman, “Gewijzigde richtlijn overgang van ondernemingen: werk aan de winkel voor de wetgever”, *ArbeidsRecht* 1999, 29.

het werknemerschap zou kunnen worden uitgesloten of, omgekeerd, daar toe zou kunnen gaan behoren. Het gaat er veeleer om of een bepaalde persoon aan de materiële kenmerken van werknemerschap, zoals die in het nationale recht gelden, voldoet. Voor Nederland betekent dit dat er sprake moet zijn van hoogstpersoonlijke verrichting van werkzaamheden, tegen loon, gedurende bepaalde tijd, waarbij de één in dienst is van de ander. Vooral uit dit laatste criterium blijkt de onzelfstandigheid van de arbeid en juist door dat criterium wordt voeding gegeven aan de gedachte dat de betreffende persoon bij de uitvoering van zijn werkzaamheden bescherming behoeft ten opzichte van de leiding van de onderneming, ook wanneer deze werkzaamheden door overgang van de onderneming onder een nieuwe ondernemingsleiding komen te vallen. Deze redenering werkt twee kanten op: enerzijds worden personen die aan alle materiële voorwaarden voor werknemerschap voldoen als werknemer in de zin van de richtlijn beschouwd. Hierbij kan gedacht worden aan ambtenaren (een categorie personen die formeel natuurlijk ook geen werknemer zijn, maar ten aanzien waarvan Van Straalen niettemin aarzelt).[6] Anderzijds betekent dit dat personen die weliswaar in bepaalde wetten (om utiliteitsredenen) als werknemer worden aangeduid, maar niet aan voornoemde voorwaarden voldoen, geen beroep op de werknemers beschermende bepalingen met betrekking tot overgang van onderneming kunnen doen. Hierbij valt te denken aan de opdrachtnemers met een fictieve arbeidsovereenkomst.

Een tweede punt dat bespreking behoeft is Van Straalens uiteenzetting over de vraag welke werknemers overgaan met de onderneming die onderwerp van de overgang uitmaakt; met andere woorden: het probleem van de toedeling van werknemers aan de onderneming. Van Straalen komt tot de conclusie dat er een tweeledig criterium bepalend is voor het antwoord op de vraag welke werknemers bij de verkrijger in dienst treden. Ten eerste dient de werknemer een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking te hebben met de vervreemder op het moment dat de onderneming overgaat.[7] Dat zal meestal eenvoudig zijn vast te stellen. Dit deelcriterium volstaat echter niet wanneer alle werknemers in dienst zijn van dezelfde vervreemder en de vervreemder een onderdeel van zijn onderneming overdraagt (let wel: mits dit zelf ook weer een onderneming in de zin van de richtlijn is). Het tweede deelcriterium, dat is af te leiden uit het arrest Botzen,[8] houdt in dat de werknemer dient “te behoren bij” de overgedragen onderneming. Hiermee wordt bedoeld dat de werknemer bij het betreffende onderdeel moet zijn “aangesteld”, dat dit onderdeel het organisatorisch kader vormt waarbinnen de arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking is geconcretiseerd. Van Straalen concludeert dat het tweeledige criterium ertoe leidt dat uitzendkrachten en gedetacheerde werknemers niet onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Gaat de onderneming van de inlener over, dan voldoet de uitzendkracht of gedetacheerde niet aan het eerste deelcriterium. Het uitzendbureau of de detacherende onderneming is immers de werkgever. Opmerkelijk is Van Straalens conclusie dat de uitzendkracht of gedetacheerde eigenlijk ook geen bescherming geniet als het uitzendbureau of de detacheerder overgaat, omdat dan niet aan het tweede deelcriterium wordt voldaan: hij is immers voor het vervullen van zijn taak bij de inlener aangesteld, niet bij zijn eigen werkgever. Die conclusie weigert Van Straalen echter te aanvaarden: “Vanwege het a-typische karakter van de uitzendovereenkomst en de detacheringsovereenkomst hecht ik geen betekenis aan de normaal gesproken wel relevante omstandigheid dat de werknemer voor het vervullen van zijn taak bij een ander dan de

---

[6] In een recente uitspraak heeft het Hof van Justitie aangegeven dat de richtlijn niet van toepassing is op personen die “onder een publiek statuut vielen en niet onder het arbeidsrecht.” Volgens het Hof “staat (het) echter aan de nationale rechter om zich hiervan te vergewissen.” (HvJEG14 september 2000, *JAR* 2000/225). De reikwijdte van deze uitspraak is mij niet geheel helder.

[7] Zie o.a. HvJEG 25 juli 1991, C-362/89, *Jur*. 1991, I-4105 (D’Urso). Hieronder vallen ook werknemers wier voor de overgang geëffectueerd ontslag na de overgang wordt vernietigd.

[8] HvJEG 7 februari 1985, 186/83, *Jur*. 1985, 519.

formele werkgever is aangesteld." De uitkomst van die redenering onderschrijf ik, hoe zij tot stand is gekomen echter niet. Ik versta de uitspraak Botzen namelijk zo dat feitelijke tewerkstelling bij een onderneming er alleen toe doet wanneer het eerste criterium geen uitsluitsel biedt. Het arrest Botzen ziet op de toedeling bij overgang van een onderdeel van een onderneming die niet als een zelfstandige juridische werkgever is te beschouwen. Is van meet af aan duidelijk dat de werknemer in kwestie niet in dienst is van de werkgever wiens (onderdeel van een) onderneming overgaat - zoals bij de uitzendkracht en de gedetacheerde - dan speelt het arrest Botzen geen rol.

Hoofdstuk 3 Onderneming, vestiging of onderdeel daarvan

In het derde hoofdstuk behandelt Van Straalen het onderwerp dat vanaf de introductie van de richtlijn tot vandaag de dag voor verreweg de meeste onduidelijkheid (en daardoor: rechtspraak) heeft gezorgd: het ondernemingsbegrip van de richtlijn. Terecht merkt Van Straalen op dat er geen verschil bestaat tussen de begrippen onderneming, vestiging en onderdeel. Het Hof van Justitie heeft in de serie uitspraken waarin het ondernemingsbegrip is uitgelegd nooit een onderscheid aangebracht tussen deze drie termen. Deze rechtspraak is inmiddels vastgelegd in de huidige richtlijn. Artikel 1, eerste lid onder b bepaalt dat onder een overgang wordt verstaan: "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."

In de eerste twee paragrafen van het hoofdstuk betoont Van Straalen zich een waar meester van de samenvatting. Het helaas nog immer complexe onderwerp - waarover men een boek zou kunnen schrijven - weet hij in zeven pagina's helder te ontleden, daarbij hoofdzaken goed van bijzaken scheidend. Paragraaf 3.3, waarin Van Straalen de vraag behandelt of een openbaar lichaam een onderneming in de zin van de richtlijn kan zijn - een vraag die door het Hof van Justitie in het arrest Henke[9] bevestigend is beantwoord - is echter wat aan de korte kant, vooral waar het de behandeling van de Nederlandse situatie betreft. Er is stellig meer te zeggen dan dat artikel 7:662 BW in overeenstemming is met de richtlijn nu het aangeeft dat onder een onderneming tevens een dienst of instelling is te verstaan. Zo heeft de Nederlandse wetgever over het antwoord op de vraag of de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing zijn op de overgang van of naar een openbaar lichaam door de jaren heen nooit een eenduidig standpunt ingenomen, waarbij in de verschillende kamerstukken verwarrenderwijs geen onderscheid is gemaakt tussen toepasselijkheid op openbare ondernemingen enerzijds en toepasselijkheid op overheidspersoneel anderzijds.[10]

Hoofdstuk 4 Overdracht krachtens overeenkomst of fusie

Dat een onderneming in andere handen komt, is niet voldoende voor de vaststelling dat er een overgang van onderneming is: de onderneming moet immers ook "overgaan", en wel "krachtens overeenkomst of een fusie" (artikel 1, eerste lid onder a van de richtlijn). Van Straalen beschrijft helder hoe dit vereiste door het Hof van Justitie steeds ruimer is uitgelegd: ook een eenzijdige rechtshandeling – zoals de opzegging van een pachtovereenkomst[11] – is een overgang krachtens overeenkomst, evenals een rechterlijke beslissing tot ontbinding van een bepaalde overeenkomst dat kan zijn. Ook een overgang in twee fasen, waarbij

---

[9] HvJEG 15 oktober 1996, C-298/94, *Jur*. 1996, I-4989.
[10] Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1979/1980, 15 940, nr. 3, p. 6, *Handelingen II* 19 februari 1981, p. 3347-3349, *Kamerstukken I* 1980/1981, 15 940, nr. 3, p. 5, *Kamerstukken II* 1985/1986, 17 938, nr. 15, p. 13 en *Kamerstukken II* 1996/1997, 25 088, nr. 2, p. 106-107.
[11] HvJEG 17 december 1987, 287/86, *Jur*. 1987, 5465 (Ny Mølle Kro).

vervreemder en verkrijger niet rechtstreeks met elkaar contracteerden, kan hieronder vallen.[12] Dat is op zich niet vreemd wanneer men bedenkt dat in deze gevallen, zoals bij de opzegging van een huurovereenkomst gevolgd door het sluiten van een huurovereenkomst met een ander, de onderneming eerst wordt "teruggegeven" aan de oorspronkelijke vervreemder die vervolgens de onderneming weer overdraagt aan een nieuwe verkrijger. In wezen is dan sprake van twee keer een overgang van onderneming. Wonderlijk is wel de uitspraak van het Hof dat intrekking van een subsidie aan de ene stichting, gevolgd door subsidieverlening aan de andere stichting, als een overgang van onderneming tussen deze twee stichtingen moet worden beschouwd.[13] Terecht stelt Van Straalen dat van een "teruggave" aan de subsidieverlener van een onderneming dan immers in het geheel geen sprake is.

Bij de behandeling van de fusie merkt Van Straalen terecht op dat in geval van een juridische fusie – want daar gaat het in de richtlijn om – zowel de artikelen 7:662 e.v. BW als de fusiebepalingen naast elkaar van toepassing kunnen zijn. De overgang onder algemene titel die fusie op grond van artikel 2:309 BW bewerkstelligt levert voor werknemers vrijwel hetzelfde resultaat op als overgang op grond van de artikelen 7:662 e.v. BW. Waar de regelingen verschillen, zoals bij de overgang van pensioenrechten, lijkt hij in het algemeen het standpunt in te nemen dat de voor de werknemer gunstigste regeling geldt.[14] Het dwingende en tegelijkertijd beschermende karakter van de artikelen 7:662 e.v. BW dwingt daar in mijn optiek inderdaad toe.

Het spiegelbeeld van fusie is splitsing. Net als fusie kan een splitsing een overgang van onderneming bewerkstelligen; splitsing wordt zelfs expliciet in artikel 7:662 BW genoemd. Bij deze relatief nieuwe rechtsfiguur doen zich aardig wat "openliggende vragen" voor, veel meer dan bij fusie het geval is. Zo kan zich bij splitsing eerder de vraag voordoen of er wel een onderneming in de zin van de richtlijn overgaat. De splitsingsregeling biedt werknemers bovendien geen zekerheid omtrent hun toekomstige werkgever, een probleem dat zich bij fusie niet voordoet.[15] Opmerkelijk is dat fusie echter uitgebreider wordt besproken dan splitsing; verschil in behandeling suggereert immers verschil in belang. De anderhalve pagina die splitsing in Van Straalens proefschrift krijgt toebedeeld staat in mijn optiek niet in verhouding tot het belang dat deze figuur vertegenwoordigt in relatie tot de probleemstelling die hij voor zichzelf heeft geformuleerd.

Hoofdstuk 5 Overgang van onderneming

In dit hoofdstuk behandelt Van Straalen de in het arrest Spijkers[16] geïntroduceerde en daarna steeds herhaalde eis dat voor de toepasselijkheid van de richtlijn essentieel is dat er sprake is van behoud van identiteit van de onderneming. De titel van het hoofdstuk kan daardoor wat verwarring wekken, nu de daarin voorkomende begrippen "overgang" (krachtens overeenkomst) en "onderneming" tot op zekere hoogte al in de twee voorafgaande hoofdstukken aan de orde zijn geweest.

Of de identiteit van de onderneming bewaard is gebleven, is geen gemakkelijk te beantwoorden vraag. De in het arrest Spijkers geformuleerde omstandigheden die er voor de beantwoording van die vraag toe doen[17] zijn slechts richtinggevend, niet doorslaggevend en

---

[12] HvJEG 10 februari 1988, 324/86, *Jur*. 1988, 739 (Daddy's Dance Hall).
[13] HvJEG 19 mei 1992, 29/91, *Jur*. 1992, I-3189 (Sophie Redmond Stichting).
[14] Zie p. 54 en 55.
[15] Zie mijn artikel "Splitsing, overgang van onderneming en werkgeverschap", *SMA* 1999, p. 246-253.
[16] HvJEG 18 maart 1986, 24/85, *Jur*. 1986, 1119.
[17] Het Hof heeft genoemd: de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van materiële activa (zoals gebouwen en roerende zaken), de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet

ook niet limitatief. Zo kan de identiteit van de onderneming bewaard blijven indien in het geheel geen activa worden overgedragen of wanneer de onderneming een tijdje heeft stilgelegen. Van Straalen stelt vast dat de Nederlandse rechtspraktijk met het vereiste van identiteitsbehoud weinig raad weet. Rechters volstaan vaak met een opsomming van de feiten, gevolgd door de conclusie dat het feitencomplex al dan niet een overgang van onderneming meebrengt: "Welk gewicht aan de afzonderlijke feitelijke omstandigheden wordt toegekend en om welke redenen dat gebeurt, wordt niet altijd duidelijk." Dat lijkt mij zelfs nog voorzichtig gesteld; niet bezijden de waarheid is zijn opmerking dat de lagere rechtspraak een "rommelig beeld" laat zien. Als beste voorbeeld hiervan zou ik willen wijzen op twee uitspraken, één van de Rechtbank Utrecht en één van de Rechtbank Dordrecht die ten aanzien van hetzelfde feitencomplex (het ging om de overgang van een verzekeringsportefeuille) verschillend oordeelden over de vraag of een onderneming was overgegaan.[18]

De huidige richtlijn geeft in artikel 1, eerste lid onder b aan dat de activiteiten niet alleen moeten worden voortgezet, maar dat de overgang ook moet geschieden met het oog op voortzetting van die activiteiten. Van Straalen leidt uit het enkele feit dat dezelfde of soortgelijke activiteiten zijn voortgezet - een omstandigheid die er ingevolge het arrest Spijkers toe doet bij het antwoord op de vraag of er een onderneming overgaat - af dat de verkrijger deze voortzetting ook beoogde. Hoewel dit niet uit de richtlijn volgt, lijkt mij dit een juiste conclusie. Het oogmerkvereiste is immers nog nooit in de rechtspraak van het Hof van Justitie gesteld, integendeel: de feitelijke omstandigheden zoals in het arrest Spijkers geformuleerd zijn van belang, niet de bedoelingen van de verkrijger. Nu ook de stukken omtrent de totstandkoming van de huidige richtlijn (voor zover die al voorhanden zijn) niets over het oogmerkvereiste vermelden, komt de gedachte op dat de redigering van het artikel simpelweg onvoldoende is doordacht.

Hoofdstuk 6 Overdracht van insolvente ondernemingen

Van Straalen behandelt vervolgens de vraag naar de (wenselijkheid van de) toepasselijkheid van de richtlijn op de overgang van een failliete of in surseance van betaling verkerende onderneming. De discussie daaromtrent begon al vlak na de introductie van de richtlijn en duurt tot vandaag de dag. Natuurlijk is in het hoofdstuk een belangrijke plaats ingeruimd voor het in 1985 gewezen arrest Abels,[19] waarin het Hof van Justitie besliste dat de richtlijn niet van toepassing is op de overgang van een failliete onderneming, maar wel op de overgang van een onderneming die in surseance van betaling verkeert. Daarbij overwoog het Hof dat surseance van betaling primair gericht is op het behoud van de boedel en de voortzetting van de onderneming en dus niet op liquidatie, zoals bij faillissement. Deze redenering is herhaald in twee Italiaanse zaken[20] die Van Straalen ook behandelt. Daarbij merkt hij op dat het Hof nooit heeft uitgelegd waarom het doel van de procedure zo belangrijk is.

Maar er is mijns inziens meer over te zeggen. De betekenis van "het doel van de procedure" is niet helder. Het is bijvoorbeeld maar de vraag of van de Nederlandse faillissementsprocedure gezegd kan worden dat haar doel liquidatie van de onderneming is, zeker nadat de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat bij de afwikkeling van een faillissement andere belangen dan die van de schuldeisers - zoals de belangen van het personeel bij behoud

---

overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten.

[18] Rb. Utrecht 14 mei 1997, *JAR* 1997/223 en Rb. Dordrecht 20 augustus 1997, *JAR* 1997/209.

[19] HvJEG 7 februari 1985, 135/83, *Jur*. 1985, 469, bevestigd in HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 191. Artikel 7:666 BW bevestigt deze uitspraken.

[20] HvJEG 25 juli 1991, C-362/89, *Jur*. 1991, I-4105 (D'Urso) en HvJEG 7 december 1995, C-472/93, *Jur*. 1995, I-4321 (Spano/Fiat).

van hun baan - bij de curator voorrang kunnen krijgen.[21] Betekent dit dan, nu in een dergelijk geval de procedure niet langer ziet op liquidatie, maar op behoud van de onderneming, dat op de overgang van een failliete onderneming onder omstandigheden toch de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing kunnen zijn? Op deze problematiek gaat Van Straalen helaas niet in.[22]

Vervolgens gaat Van Straalen in op de wijzigingen die de huidige richtlijn heeft teweeggebracht. Het nieuwe artikel 4 bis schept de mogelijkheid dat lidstaten bepalen dat in geval van overgang van een onderneming die zich in een insolventieprocedure bevindt de verkrijger niet aansprakelijk wordt voor schulden van de vervreemder uit een arbeidsovereenkomst die zijn ontstaan vóór de overgang. Daarnaast mogen lidstaten bepalen dat de verkrijger, vervreemder of persoon die de functies van de vervreemder uitoefenen enerzijds en de vertegenwoordigers van de werknemers anderzijds kunnen overeenkomen in de arbeidsvoorwaarden wijzigingen aan te brengen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming te verzekeren.

Ten slotte doet Van Straalen twee voorstellen voor andere regelgeving ten aanzien van de overgang van insolvente ondernemingen. Daarbij maakt hij dankbaar gebruik van de mogelijkheden die artikel 4 bis biedt. Zijn eerste voorstel komt neer op een gelijkschakeling tussen faillissement en surseance van betaling wat de toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW betreft. Voorts is in zijn voorstel de verkrijger alleen aansprakelijk voor verplichtingen die na de overgang zijn ontstaan. Het voorstel is vanuit het oogpunt van harmonisatie van EU-wetgeving nastrevenswaardig: interessant is Van Straalens constatering dat men in Duitsland, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk, Spanje en Denemarken de richtlijn toepast op overgang van een onderneming die zich in een op liquidatie gerichte insolventieprocedure bevindt. Van Straalen merkt op dat een gelijkschakeling van faillissement en surseance van betaling het voordeel heeft dat wordt voorkomen dat het faillissement oneigenlijk wordt gebruikt om op eenvoudige wijze met een afgeslankte onderneming verder te gaan: men laat zich failliet verklaren, ontslaat het personeel en zet de onderneming in een nieuwe rechtspersoon voort, zonder last te hebben van de artikelen 7:662 e.v. BW. Hierbij dient bedacht te worden dat de huidige richtlijn in het laatste lid van artikel 4 bis de lidstaten verplicht maatregelen te treffen die het oneigenlijk gebruik van insolventieprocedures voorkomen. Zo lijkt Van Straalen twee vliegen in één klap te slaan. Hiermee is echter nog maar weinig gezegd over de nastrevenswaardigheid van het voorstel op inhoudelijke gronden. Het lijkt mij dat essentiële voorvragen moeten worden gesteld alvorens tot een dergelijk voorstel te kunnen komen. Zo is het nuttig inzicht te krijgen in de economische gevolgen van toepasselijkheid van de richtlijn op de overgang van een insolvente onderneming. In Nederland is ondanks de verhitte discussies die over dit onderwerp zijn gehouden nooit een onderzoek naar de economische gevolgen gedaan, in het buitenland bij mijn weten evenmin.

Bij zijn tweede voorstel gaat Van Straalen ervan uit dat de scheiding tussen faillissement en surseance van betaling behouden blijft. Wel gaat hij ook in dit voorstel uit van de niet-aansprakelijkheid van de verkrijger voor oude schulden. Om misbruik van de faillissementsprocedure te voorkomen, zou Van Straalen een nieuw lid aan artikel 7:666 BW willen toevoegen waarin staat opgenomen dat de artikelen 7:662 e.v. BW toch toepassing vinden indien het faillissement is misbruikt. Van misbruik zou behoudens tegenbewijs moeten worden uitgegaan indien zich bepaalde indicatoren voordoen die in de wet zelf kunnen worden opgenomen. Van Straalen verwijst hierbij naar de indicatoren die eerder door het

---

[21] HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727.

[22] Uitzondering hierop vormt zijn commentaar, opgenomen in een noot, op een artikel van mij in het *Tijdschrift voor Insolventierecht*. Het is hier niet de plaats daar verder op in te gaan.

Hugo Sinzheimer Instituut zijn vastgesteld.[23] Tevens pleit Van Straalen voor een wijziging van artikel 13 Faillissementswet. Wordt een faillissement wegens misbruik ongedaan gemaakt, dan zou dit artikel er niet meer aan in de weg mogen staan dat handelingen van de curator - zoals gedane opzeggingen - tevens ongedaan worden gemaakt.

Al zou de wetgever besluiten geen gebruik te maken van de mogelijkheden die artikel 4 bis biedt, Van Straalens voorstellen tot introductie van een nieuw lid bij artikel 7:666 BW en wijziging van artikel 13 Faillissementswet lijken mij niet alleen zeer nastrevenswaardig, maar ook noodzakelijk in verband met de eisen die de huidige richtlijn stelt.

Hoofdstuk 7 Overgang van rechten en plichten

Met uitzondering van pensioenrechten (artikelen 7:664 BW en 14a, derde lid Wet CAO) gaan alle rechten en verplichtingen uit individuele arbeidsovereenkomsten en collectieve overeenkomsten over. In dit hoofdstuk behandelt Van Straalen de overgang van rechten en verplichtingen uit een individuele arbeidsovereenkomst; het volgende hoofdstuk is voor de collectieve overeenkomst gereserveerd. Naast behandeling van de vraag welke rechten en verplichtingen allemaal overgaan en welke niet, gaat Van Straalen in dit hoofdstuk onder andere in op de vraag in hoeverre arbeidsvoorwaarden vlak vóór of na de overgang kunnen worden gewijzigd, of de verkrijger een nieuwe proeftijd met een overgegane werknemer mag overeenkomen, of de werknemer zich met succes tegen de overgang kan verzetten en wat de gevolgen daarvan zijn, op welk tijdstip de overgang geschiedt en hoe het zit met de aansprakelijkheid van vervreemder en verkrijger na de overgang.

De richtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie lijken op het punt van de overgang van individuele rechten en verplichtingen duidelijk, maar dit betekent niet dat er geen problemen bestaan. Een onopgelost probleem is de situatie dat de verkrijger een bepaald individueel recht van een werknemer niet kán waarborgen. Van Straalen noemt het voorbeeld van een werknemer die van de vervreemder de toezegging had gekregen bij een buitenlandse vestiging een stage te lopen. Heeft de verkrijger niet zo'n vestiging, dan kan hij de werknemer onmogelijk een zelfde toezegging doen. Hetzelfde geldt voor kortingen die de werknemer op producten van de vervreemder kreeg: voert de verkrijger dat product niet, dan kan hij er ook geen korting op bieden. Juist lijkt mij Van Straalens conclusie dat dit soort rechten weliswaar overgaat, maar dat de werknemer er wegens strijd met goed werknemerschap niet met succes een beroep op kan doen. Dergelijke rechten kunnen niettemin voor de werknemer een aanzienlijke waarde vertegenwoordigen. Van Straalen spreekt niet van enige compensatie voor de werknemer. Ik zou menen dat het doel van de richtlijn meebrengt dat de verkrijger een (in waarde) vergelijkbare arbeidsvoorwaarde dient te bieden. Het simpelweg laten vervallen van min of meer "aan de vervreemder gebonden" rechten en verplichtingen is in strijd met die doelstelling.

Niet alleen rechten, ook verplichtingen gaan over. Het bekendste voorbeeld is het concurrentiebeding. De overgang kan meebrengen dat het concurrentiebeding wordt verzwaard, bijvoorbeeld omdat het concurrentiebeding bepaalt dat de werknemer geen concurrerende werkzaamheden mag verrichten binnen een straal van tien kilometer van de vestiging van de werkgever en de verkrijger veel meer vestigingen heeft dan de vervreemder had. Van Straalen meent dat het niet mogelijk is dat een concurrentiebeding zwaarder op de werknemer gaat drukken, waarbij hij er de nadruk op legt dat de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst ongewijzigd op de verkrijger overgaan. De omvang van het concurrentiebeding bij de verkrijger zou worden bepaald door de situatie bij de vervreemder

[23] Zoals het feit dat de leiding over de onderneming van de vervreemder en die van de verkrijger in dezelfde handen ligt. Zie R. Knegt (red), *Faillissementen en selectief ontslag, een onderzoek naar 'oneigenlijk' gebruik van de Faillissementswet*, Mededelingen van het Hugo Sinzheimer Instituut 11, 1996, p. 33-35.

op het moment van de overgang; het wordt als het ware gefixeerd. Ik volg hem daarin niet. De inhoud van de arbeidsovereenkomst - en daarmee van een concurrentiebeding - is gedurende de looptijd van die arbeidsovereenkomst aan verandering onderhevig, bijvoorbeeld vanwege veranderingen in verantwoordelijkheden van de werknemer of vanwege wijzigingen in de ondernemingsstructuur. Of er gedurende de looptijd van de arbeidsovereenkomst sprake is van een overgang van een onderneming in de zin van de richtlijn maakt daarbij geen verschil, aangezien de richtlijn het uitgangspunt van continuïteit van de arbeidsverhouding hanteert. Ofwel: zoals een concurrentiebeding zonder dat sprake is van overgang van een onderneming qua inhoud kan veranderen en zwaarder kan gaan drukken, zo kan het dat ook indien wel sprake is van overgang van een onderneming. Dit laat de leer van de Hoge Raad uit het arrest Brabant/Van Uffelen[24] echter onverlet: ondergaat de arbeidsovereenkomst door de overgang een ingrijpende wijziging met als gevolg dat het concurrentiebeding aanzienlijk zwaarder op de werknemer drukt dan voorheen, dan verliest het beding zijn rechtskracht.

Hoofdstuk 8 Rechten en verplichtingen uit collectieve overeenkomsten

Volgens de artikelen 14a Wet CAO en 2a Wet AVV is de verkrijger verplicht de rechten en verplichtingen die zijn opgenomen in een (algemeen verbindend verklaarde) cao waaraan de vervreemder gebonden is, te eerbiedigen. Deze gebondenheid vervalt op het moment dat verkrijger zelf gebonden wordt aan een cao die ook op de overgenomen werknemers van toepassing is of wanneer de cao van de vervreemder afloopt.

Het eerste wat de lezer misschien opvalt wanneer hij de titel van het hoofdstuk leest is dat er “collectieve overeenkomsten” staat, en niet “collectieve arbeidsovereenkomsten”. Het eerste begrip, dat uit de richtlijn komt, is inderdaad ruimer dan het tweede, dat de Nederlandse wetgever hanteert. Van Straalen geeft aan dat de Nederlandse wetgever geen aandacht heeft besteed aan collectieve overeenkomsten als het sociaal plan of de ondernemingsovereenkomst. Hij stelt vast dat de beperking tot (algemeen verbindend verklaarde) cao’s geen problemen oplevert: de arbeidsvoorwaarden die in een ondernemingsovereenkomst zijn opgenomen werken immers niet dwingend en automatisch door in de individuele arbeidsovereenkomst; hetzelfde geldt voor in een sociaal plan (niet zijnde een cao) opgenomen regelingen.

De overgang van in een cao opgenomen rechten en verplichtingen levert overigens genoeg problemen op. Is artikel 14a Wet CAO bijvoorbeeld van toepassing op niet-gebonden werknemers? Van Straalen is overtuigend wanneer hij stelt dat dat niet het geval is: ten aanzien van niet-gebonden werknemers vloeien immers geen verplichtingen voort uit de cao van de vervreemder, die vloeien slechts voort uit de eventuele instemming van die werknemers. Er gaan dus ook geen verplichtingen op grond van de Wet CAO over.

In de vakliteratuur is verschillende malen gewezen op de problemen die de overgang van in een cao opgenomen rechten en verplichtingen kan opleveren. In de meeste gevallen doet het probleem zich voor bij de zogenaamde “botsing van cao’s”. Dit probleem vloeit voort uit de moeizame relatie tussen de richtlijn en het Nederlandse cao-recht met zijn onderscheid tussen gebonden en niet-gebonden werknemers, de leer van de nawerking en de figuur van de algemeenverbindendverklaring. In theorie kan een verkrijger hierdoor tot in lengte van dagen te maken hebben met de cao-bepalingen van de vervreemder. Gezien de inhoudelijke omvang en complexiteit van het onderwerp, zou een behandeling ervan het kader van deze boekbespreking te buiten gaan. Dit geldt ook voor een bespreking van de merites van het voorstel dat Van Straalen doet tot wijziging van het huidige nationale recht op dit punt. Hij pleit ervoor dat de verkrijger in ieder geval na een jaar de mogelijkheid heeft de

[24] HR 9 maart 1979, *NJ* 1979, 467.

arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers aan te passen aan die van de langer zittende werknemers.

Hoofdstuk 9 Ontslag

In dit laatste hoofdstuk voor de nabeschouwing staat artikel 4 van de richtlijn centraal. Dit artikel bevat in het eerste lid een verbod werknemers louter wegens de overgang te ontslaan. Van Straalen gaat in op de reikwijdte van het artikel, op de uitzondering dat ontslag niettemin is toegestaan indien economische, technische of organisatorische redenen daarom vragen en op de gevolgen voor een ontslag dat in strijd met het eerste lid is gegeven. Net als in de hoofdstukken daarvoor kijkt Van Straalen scherp naar hoe men dit artikel in Duitsland en Frankrijk interpreteert. Dat is vooral hier van belang, nu het eerste lid van artikel 4 niet in de Nederlandse wetgeving is geïmplementeerd. Het tweede lid, dat bepaalt dat de arbeidsovereenkomst of de arbeidsbetrekking geacht wordt te zijn verbroken door toedoen van de werkgever indien die verbreking het gevolg is van het feit dat de overgang een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer ten gevolge heeft, is geïmplementeerd in artikel 7:665 BW.

Kritiek heeft Van Straalen op het arrest Buyck/Van den Ameele.[25] De Hoge Raad bepaalde in dat arrest dat een in strijd met artikel 4 gegeven ontslag nietig moet worden geacht. Daarmee introduceerde hij een noviteit in het arbeidsrecht. Bovendien is de werknemer volgens de Hoge Raad niet gebonden aan het bepaalde in het tweede lid van artikel 9 BBA (termijn van zes maanden om de opzegging te vernietigen). Volgens Van Straalen heeft de Hoge Raad hiermee ten onrechte horizontale werking aan de richtlijn verleend. Het lijkt er inderdaad op dat de Hoge Raad aan het arrest Bork[26] van het Hof van Justitie een wel erg absolute betekenis heeft gegeven: in dat arrest bepaalde het Hof dat werknemers wier arbeidsovereenkomst in strijd met artikel 4 vóór de overgang is beëindigd, geacht moeten worden op de datum van de overgang nog steeds in dienst van de onderneming te zijn. Een dergelijk criterium verhoudt zich mijns inziens echter ook prima met het in Nederland bestaande systeem van vernietigbaarheden. Met Van Straalen ben ik het daarom eens dat een wegens de overgang gegeven ontslag vernietigbaar zou moeten zijn, niet nietig.

Slot

Is Van Straalen in zijn opzet geslaagd? Ik meen van wel. Hij heeft de vragen die bij overgang van onderneming spelen in kaart gebracht, heeft aangegeven hoe de Nederlandse wetgever de richtlijn heeft geïmplementeerd en wanneer hij meende dat die implementatie niet conform de doelstelling (of de inhoud) van de richtlijn is geschied, heeft hij de vinger op de door hem als zodanig geïdentificeerde zere plekken gelegd. Antwoorden heeft hij natuurlijk niet op alle vragen en dat kan ook niet. Het ondernemingsbegrip van de richtlijn is bijvoorbeeld te veel afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval om een blauwdruk te kunnen geven. Daarnaast hoeft men het niet op alle punten met hem eens te zijn. Er zijn wel wat door Van Straalen behandelde onderwerpen aan te wijzen ten aanzien waarvan men met hem van mening kan verschillen. Zo betwist ik zijn oordeel dat BBA-werknemers die geen arbeidsovereenkomst in de zin van Titel 10 van boek 7 BW hebben tevens onder de richtlijn vallen en deel ik zijn mening niet dat concurrentiebedingen op het moment van de overgang worden “bevroren” om nooit meer te worden ontdooid, en zo zijn er nog wat punten, waarvan ik de meeste hiervoor bij mijn hoofdstuksgewijs commentaar heb behandeld.

---

[25] HR 29 december 1995, *NJ* 1996, 419.
[26] HvJEG 15 juni 1988, 101/87, *Jur*. 1988, 3057.

Het belang van Van Straalens rechtsvergelijkend onderzoek kan juist bij dit onderwerp niet worden overschat. Zijn rechtsvergelijking is, in tegenstelling tot vele andere, wat obligate rechtsvergelijkende slotparagrafen of -hoofdstukken in proefschriften, een belangrijke meerwaarde van het boek. Volgens Nederlandse traditie wordt er in de juridische literatuur maar weinig over het recht over de grenzen geschreven; bij het onderwerp overgang van ondernemingen geldt dat evenzeer. Van Straalen (en eerder zijn promotor Luttmer-Kat[27]) vormt daarop een aangename uitzondering. Misschien is de keerzijde van deze uitgebreide rechtsvergelijking dat er minder ruimte en tijd was om enkele nationaalrechtelijke onderwerpen die meer aandacht verdienden uit te werken. Hierbij denk ik aan de overgang door middel van splitsing en de vraag naar de toepasselijkheid van de richtlijn en de artikelen 7:662 e.v. BW op de publieke sector.

Al met al geeft Van Straalens proefschrift een helder, systematisch overzicht van de verschillende aspecten bij overgang van onderneming. Het is redelijk goed gedocumenteerd. Hierdoor kan het boek als naslagwerk dienen voor eenieder die met het onderwerp te maken krijgt. Daarbij heeft Van Straalen zowel de wetenschap als de praktijk een goed houvast gegeven ter beantwoording van de lastig te beantwoorden vragen die het onderwerp overgang van onderneming oproept.

---

[27] Zie bijvoorbeeld A.M. Luttmer-Kat, “Botsende collectieve arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming: een blik over de grenzen”, *SR* 1998, p. 290-294.