De positie van werknemers bij overgang van onderneming, fusies en splitsingen

Mr. dr. R.M. Beltzer en mr. drs. W.A. Zondag

De overgang van een onderneming, fusie of splitsing heeft belangrijke gevolgen voor de positie van werknemers. Om die reden heeft de Europese wetgever richtlijn 77/187/EEG uitgevaardigd die de rechten van werknemers bij overgang van onderneming moet beschermen. De Nederlandse wetgever heeft deze richtlijn geïmplementeerd in de vorm van de artikelen 7:662 e.v. BW, art. 14a WCAO en art. 2a WAVV. Mede onder invloed van de sindsdien verschenen jurisprudentie en de behoefte aan verduidelijking van bepaalde begrippen is deze richtlijn gewijzigd door de in 1998 totstandgekomen richtlijn 98/50/EG. Een wetsvoorstel ter implementatie van deze richtlijn is momenteel in behandeling bij de Tweede Kamer.
In het onderhavige artikel wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste elementen uit en ontwikkelingen in de wetgeving en rechtspraak op het terrein van de overgang van onderneming. [1] Na een korte uiteenzetting van het begrippenapparaat worden de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en de verplichtingen die na de overgang behouden blijven, besproken. Bijzondere aandacht wordt hierbij besteed aan pensioenen, het concurrentiebeding, ondernemingsgebonden arbeidsvoorwaarden en de CAO. Vervolgens wordt de ontslagbescherming bij overgang van onderneming in de schijnwerpers geplaatst en worden enkele speciale kanttekeningen geplaatst bij de overgang bij fusie en splitsing. Naast de rechtspositie van de individuele werknemer worden ook collectiefrechtelijke aspecten voor het voetlicht geplaatst: het adviesrecht van de ondernemingsraad op grond van de WOR en de verplichte inschakeling van werknemersverenigingen op grond van de SER-fusiegedragsregels. Het geheel wordt afgesloten met het aanstippen van de belangrijkste wijzigingen die in het wetsvoorstel inzake de regelgeving bij overgang van onderneming zijn opgenomen.

1. Enkele begrippen

[1] Voor verdere literatuur: R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2000 en P. W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 1999.

Voor een goed begrip is het nuttig enkele begrippen af te bakenen. Het belangrijkste begrip in deze bijdrage is "overgang van onderneming". Dit is de in de artikelen 7:662 e.v. BW geregelde situatie die meebrengt dat de werknemer met een andere werkgever te maken krijgt. Voor toepasselijkheid van deze artikelen dient die wijziging van de werkgever voort te vloeien uit een activa/passivatransactie. Hierbij kan men denken aan een koop- of huurovereenkomst, maar ook aan een fusie of een omzetting van de onderneming. Wordt aan een aantal voorwaarden voldaan – er moet bijvoorbeeld een "onderneming" zijn die op grond van een (rechts)handeling "overgaat" - dan verbindt de wet aan die overgang het dwingende gevolg dat de werknemer automatisch met behoud van alle uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen naar een derde overgaat. De werkgever die de onderneming overdraagt wordt met de term "vervreemder" aangeduid, de overnemer is de "verkrijger". Géén overgang van onderneming is de enkele aandelenoverdracht. De werkgever wijzigt hierdoor immers niet. Bovendien wordt hierdoor niet een onderneming overgedragen, maar slechts de zeggenschap over de onderneming.

Wanneer wij later in deze bijdrage over fusie en splitsing spreken, doelen wij op de juridische fusie en splitsing, zoals geregeld in Titel 7 van Boek 2 van het BW. Naast deze vormen bestaan de aandelenfusie en –splitsing en de bedrijfsfusie en –splitsing. Deze laatste vormen komen hierna niet meer aan de orde. Dat vloeit voort uit het feit dat wij als invalshoek voor de positie van de werknemers de artikelen 7:662 e.v. BW hanteren. Op een aandelenfusie en –splitsing zijn deze artikelen niet van toepassing, omdat de werknemers hierdoor niet met een nieuwe werkgever te maken krijgen: zoals wij aangaven, gaat alleen de zeggenschap over. Een bedrijfsfusie of –splitsing is niets anders dan een overgang van (een onderdeel van een) onderneming door middel van een activa/passivatransactie, zodat een aparte bespreking van die vorm niet nodig is.

2. Behoud van rechten en verplichtingen

2.1 Algemeen

Het doel van de artikelen 7:662 e.v. BW is het beschermen van werknemers bij een overgang van hun onderneming. Dit doel wordt vooral bereikt door de verkrijger van de onderneming te verplichten alle aan de onderneming verbonden werknemers over te nemen – hij mag niet de zieke, zwakke en misselijke werknemers achterlaten - met behoud van hun rechten en verplichtingen (art. 7:663 BW). Zo heeft een overgegane werknemer recht op behoud van het aantal vakantiedagen dat hij bij de vervreemder had, maar ook zijn concurrentiebeding gaat over. De vervreemder is nog gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger

hoofdelijk aansprakelijk voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die zijn ontstaan vóór dat tijdstip. Deze regel is in het leven geroepen om "opzetjes" tussen twee werkgevers, bedoeld om de werknemer geen verhaal te laten hebben als deze bijvoorbeeld een loonvordering instelt, te voorkomen.

Artikel 7:663 BW creëert een (beperkte) algemene vermogensovergang die ervoor zorgt dat de verkrijger in principe integraal de hoedanigheid van werkgever van zijn voorganger voortzet. Dit brengt mee dat de identiteit van de arbeidsovereenkomst gehandhaafd blijft. Gevolg hiervan is dat wanneer de verkrijger bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst met de overgegane werknemer wil opzeggen, hij voor de berekening van de opzegtermijn (art. 7:672 BW) tevens het aantal dienstjaren bij de vervreemder zal moeten betrekken. De teller gaat immers na de overgang voor de overgenomen werknemers niet opnieuw lopen; de verkrijger zal hun anciënniteit moeten eerbiedigen.[2] De vóór de overgang bij de verkrijger zittende werknemers kunnen geen 'voorrang' claimen ten opzichte van de nieuwkomers. Hierdoor kan het gebeuren dat in geval van een reorganisatie het zittende personeel moet wijken voor de nieuwkomers, simpelweg omdat de laatsten hun anciënniteit hebben meegenomen op basis waarvan zij volgens het "last in, first out"-principe een beter rangordenummer zouden kunnen hebben.

Afgezien van behoud van anciënniteit zal de overgegane werknemer van de verkrijger kunnen eisen dat hij hetzelfde loon betaald krijgt als voorheen, hetzelfde aantal vakantiedagen kan opnemen, dezelfde overwerkvergoeding betaald krijgt, enzovoort. Dit kan meebrengen dat de verkrijger verschillende pakketten arbeidsvoorwaarden moet toepassen op verschillende groepen werknemers, hetgeen tot wrijvingen tussen deze verschillende werknemers kan leiden. Zo is het goed voorstelbaar dat de overgegane werknemer A voor hetzelfde overwerk een hogere overwerkvergoeding krijgt dan zijn collega B die reeds voor de overgang bij de verkrijger in dienst was. Het belang van de overgegane werknemers bij handhaving van hun arbeidsvoorwaarden is door de wetgever echter hoger ingeschat dan het belang van de verkrijger en het reeds voor de overgang bij hem werkzame personeel bij het bestaan van een uniform arbeidsvoorwaardenpakket. Hier komen wij nog op terug.

De algemene overgang is beperkt tot reeds bestaande rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Ook rechten en verplichtingen die ten tijde van de overgang al wel bestonden, maar nog niet opeisbaar waren, gaan over. Maar (loopbaan)verwachtingen van

---

[2] Zie recentelijk HvJEG 14 september 2000, C-343/98 (Collino en Chiappero/Telecom Italia SPA), besproken door A.G. Veldman, SR 2001/3, p. 85-87.

de werknemer die niet de status van een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiend recht hebben, blijven buiten de overgang. Zo is de verkrijger niet gebonden aan de verwachting van de overgegane werknemer dat hij op basis van zijn functioneren bij de vervreemder een bepaalde salarisschaal automatisch tot het einde toe zal doorlopen. Daarvoor zijn concrete toezeggingen van de werkgever vereist. Desondanks komt het regelmatig voor dat in overleg met de vakbonden wordt besloten dat de overgaande werknemers gedurende een bepaalde periode na de overgang garanties ten aanzien van het salarisperspectief zullen worden gegeven. Anders is de situatie dat uit het in een CAO opgenomen beloningssysteem van de vervreemder voortvloeit dat de werknemer elk jaar automatisch een salarisverhoging krijgt. De verkrijger is aan die CAO gebonden en zal zolang die CAO geldt de werknemer jaarlijks een salarisverhoging moeten geven. Op CAO's komen wij hierna nog terug.

Doordat de verkrijger de hoedanigheid van de vervreemder als werkgever voortzet, moet hij ook aan de werknemer nog openstaande schulden van vóór de overgang betalen. Door de vervreemder niet betaald loon moet hij alsnog uitkeren en voor de overgang niet opgenomen vakantiedagen alsnog toekennen. Ook een aan de werknemer ten laste van de vervreemder toegekende ontslagvergoeding zal de verkrijger moeten betalen. Hij kan de werknemer daarvoor niet verwijzen naar de vervreemder, noch kan hij uitdrukkelijk met de werknemer of de vervreemder overeenkomen dat de vervreemder alleen aansprakelijk is voor verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, of die verplichtingen nu voor of na de overgang zijn ontstaan. Wel kan de verkrijger die een schuld van vóór de overgang aan de werknemer heeft betaald, van de vervreemder terugbetaling vorderen (artikelen 6:10 en 12 BW). Hij is immers wel aansprakelijk, maar niet draagplichtig voor oude schulden.

Op enkele rechten en verplichtingen die in de praktijk voor de meeste problemen zorgen zullen wij hierna wat dieper ingaan.

2.2. Pensioenen

Op de regel dat alle rechten en verplichtingen overgaan, bestaat een belangrijke uitzondering. Pensioenen in de zin van de PSW gaan volgens artikel 7:664 BW namelijk niet over op de verkrijger. Na de overgang is de overgegane werknemer zijn reeds opgebouwde pensioen niet kwijt: hij behoudt aanspraak op hetgeen bij de vervreemder is opgebouwd en wordt "slaper" in diens pensioenregeling. De werknemer kan ervoor kiezen de waarde van zijn opgebouwde pensioen over te dragen aan de pensioenuitvoerder van de verkrijger.

Dit neemt niet weg dat voor de werknemer vaak een pensioenbreuk zal optreden. Dat de verkrijger de werknemers wel vaak in zijn eigen pensioenregeling zal opnemen - waarbij het rechtsvermoeden van art. 2, tweede lid PSW de overgegane werknemers eventueel een dienst kan bewijzen - doet daar niets aan af. Of en in hoeverre voor de werknemer als gevolg van de overgang van onderneming pensioenschade ontstaat, is afhankelijk van de inhoud van de bij de vervreemder en verkrijger geldende pensioenregelingen. Vragen die hierbij een rol spelen zijn: is er sprake van een eindloonregeling, middelloonregeling of een beschikbarepremieregeling? Hoe worden de pensioenaanspraken geïndexeerd (welvaartsvast of waardevast of helemaal niet)? Hoe zit het pensioenpakket eruit (ouderdomspensioen, partner-/weduwe- en weduwnaarspensioen)? Hoeveel dienstjaren kan de overgegane werknemer "inkopen" in de pensioenregeling van de verkrijger en op welke wijze? Men bedenke zich wel dat een overgang van onderneming veelal binnen dezelfde bedrijfstak plaatsvindt. Pensioenschade wordt dan opgevangen indien binnen die bedrijfstak een verplicht gesteld bedrijfs(tak)pensioenfonds geldt. De pensioenopbouw loopt dan gewoon door. Vanaf de datum van overgang zal de verkrijger de pensioenpremies van de overgegane werknemers aan het betreffende pensioenfonds verschuldigd zijn.

Overigens, als wetsvoorstel 27 469 dit jaar wet wordt, zal de behandeling van pensioenen in geval van overgang van onderneming ingrijpend veranderen. Dit wetsvoorstel behandelen wij aan het slot van deze bijdrage.

2.3 Concurrentiebeding

Bij toepassing van het beginsel van behoud van rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst bij de overgang van een onderneming neemt het concurrentiebeding (geregeld in art. 7:653 BW) een aparte plaats in. Een concurrentiebeding is immers een hoogstpersoonlijke aangelegenheid tussen de werkgever met diens bedrijfsdebiet aan de ene kant en de werknemer in een bepaalde functie aan de andere kant. Het is meestal niet zo dat een werkgever met al zijn werknemers (gelijkluidende) concurrentiebedingen sluit. Daarnaast beperkt het concurrentiebeding de werknemer in zijn door de Grondwet in artikel 19, derde lid gegarandeerde vrijheid van arbeidskeuze. Daarom dient niet licht te worden aangenomen dat een concurrentiebeding is overeengekomen dan wel is gecontinueerd bij verandering van functie of na een fusie of overname.

Deze bijzonderheden staan echter niet in de weg aan de toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v.[3] Wordt onderneming A door onderneming B overgenomen, dan zal het concurrentiebeding dat eerst tussen A en een werknemer gold na de overgang alleen nog tussen die werknemer en B gelden. Eindigt op enig moment de arbeidsovereenkomst tussen B en de werknemer, dan kan B, niet A, rechten aan het concurrentiebeding ontlenen. Op de regel van automatische overgang is in de rechtspraak echter een belangrijke uitzondering geformuleerd. In het arrest Brabant/Van Uffelen[4] bepaalde de Hoge Raad dat een concurrentiebeding na de overgang alsnog zijn werking verliest indien het na die overgang als gevolg van een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding zwaarder op de werknemer is gaan drukken. De feitelijke situatie moet dan dus voor de werknemer gewijzigd zijn. Een ingrijpende wijziging waardoor het beding zwaarder is gaan drukken wordt aangenomen wanneer de arbeidsovereenkomst na de overgang een wezenlijk andere inhoud heeft gekregen of het concurrentiebeding na de overgang een wezenlijk ander bereik heeft gekregen. Hierbij kan men denken aan de situatie dat een concurrentiebeding na de overgang een groter geografisch bereik heeft gekregen dan daarvoor, of aan de situatie dat een leidinggevende werknemer na de overgang over een grotere groep werknemer de verantwoordelijkheid krijgt.

Dit arrest betekende een breuk met de daarvoor geldende leer die nu nog geldt in situaties dat de artikelen 7:662 e.v. BW niet van toepassing zijn. Die leer houdt in dat de bijzondere positie van het concurrentiebeding en de enkele kans dat het beding na de overgang zwaarder gaat drukken ervoor zorgen dat het beding opnieuw moet worden overeengekomen door de nieuwe werkgever. Of het beding feitelijk zwaarder is gaan drukken doet hier dus niet ter zake; de kans dát dat zo is of zal zijn, is voldoende om de nieuwe werkgever geen rechten aan het concurrentiebeding te laten ontlenen.[5]

2.4 Ondernemingsgebonden arbeidsvoorwaarden

Het principe van de artikelen 7:662 e.v. BW is dat de werknemer bij de verkrijger aanspraak kan maken op dezelfde arbeidsvoorwaarden als hij voorheen bij de vervreemder had. Het zal voor de verkrijger niet altijd eenvoudig zijn daaraan te voldoen.[6] Men denke aan

---

[3] HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 235.
[4] HR 9 maart 1979, *NJ* 1979, 467.
[5] HR 31 maart 1978, *NJ* 1978, 325.
[6] Zie ook J.M. van Slooten, "Overgang van onderneming en bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden", *ArbeidsRecht* 2000/5, p. 13-17.

personeelskortingen op producten die de vervreemder wel, maar de verkrijger niet voert. De vraag heeft zich voorgedaan of de verkrijger de werknemer exact hetzelfde arbeidsvoorwaardenpakket dient aan te bieden of dat de werknemer moet instemmen met wijzigingen in zijn arbeidsvoorwaardenpakket indien hij er door die wijziging per saldo niet op achteruit gaat. Hierbij is te denken aan het geval dat de verkrijger in zijn onderneming een langere werkweek hanteert dan de vervreemder, waartegenover hij meer vakantiedagen voor de overgegane werknemers stelt. Of de situatie dat de vervreemder een systeem van variabele beloning kent en de verkrijger het salaris van de overgegane werknemer in zijn systeem van vaste beloning wil inpassen. Kortom: een verkrijger zal graag ter gelegenheid van de overgang tot een uitruil van arbeidsvoorwaarden van de werknemers van de verkrijger willen komen. Een grammaticale uitleg van artikel 7:663 BW laat echter weinig ruimte tot twijfel: de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst gaan van rechtswege over en nergens wordt de toevoeging gemaakt dat een uitruil van arbeidsvoorwaarden kan plaatsvinden. Deze uitleg is door het Hof van Justitie bevestigd in het arrest Daddy's Dance Hall.[7] De Deense Højesteret had het Hof de prejudiciële vraag gesteld of de werknemer bij het aangaan van een overeenkomst met de verkrijger van de onderneming afstand kan doen van de rechten die hij aan de richtlijn ontleent, wanneer hij daarbij zulke voordelen krijgt, dat hij er door de wijziging in de aanstellingsvoorwaarden globaal gezien niet op achteruit gaat. In casu was met de betrokken werknemer overeengekomen dat zijn commissieloon in een vast salaris zou worden veranderd en dat een nieuwe proeftijd van drie maanden zou gelden. Deze laatste voorwaarde werd overigens op initiatief van de werknemer opgenomen. Het Hof overwoog dat het ging om een bescherming die van openbare orde is en waar partijen bij de arbeidsovereenkomst niet over kunnen beschikken. Werknemers kunnen niet afzien van deze bescherming en hun rechten mogen niet worden verminderd, ook niet met hun instemming. Ten slotte vond het Hof onbelangrijk dat de werknemer ter compensatie van de voor hem uit de gewijzigde arbeidsverhouding voortvloeiende nadelen zulke nieuwe voordelen verkreeg, dat hij er globaal gezien niet op achteruit zou gaan.

"Plussen en minnen" is dus verboden, zelfs met instemming van de werknemer en zelfs als hij er daardoor in zijn totaliteit niet op achteruit gaat. De gedachte hierachter is dat het risico groot is dat de verkrijger misbruik kan maken van zijn machtspositie. Daarom heeft het Hof in hetzelfde arrest bepaald dat niets er aan in de weg staat dat de werknemer

[7] HvJEG 10 februari 1988, *NJ* 1990, 423.

ná de overgang, in overeenstemming met de regels van het overeenkomstenrecht, afwijkende arbeidsvoorwaarden met de verkrijger kan overeenkomen.

Daarmee zijn de problemen niet opgelost. De vraag blijft bestaan wat de verkrijger moet doen met arbeidsvoorwaarden die hij simpelweg niet kán aanbieden, zoals bij de hiervoor genoemde personeelskorting het geval is. Zo zal een bankemployee meestal tegen gunstige tarieven een hypotheek kunnen afsluiten en zal een stewardess kortingen kunnen krijgen op de vluchttarieven van de luchtvaartmaatschappij waar zij voor werkt. De verkrijger die dat product niet voert, kan daar dus ook geen korting op verlenen. Dergelijke kortingen kunnen niettemin voor de werknemer een aanzienlijke waarde vertegenwoordigen. Wat dient er na overgang van een onderneming te gebeuren met die kortingen? Er zijn drie mogelijkheden: het recht op korting voor de werknemer vervalt en er treedt niets voor in de plaats, het recht op korting gaat over en de verkrijger moet een (in waarde) vergelijkbare arbeidsvoorwaarde aanbieden of het recht op korting gaat over en de verkrijger moet het uiterste in het werk stellen de betreffende korting te verlenen door het product van de vervreemder te betrekken en het vervolgens met de korting aan de werknemer aan te bieden. De laatste conclusie lijkt welhaast absurd; niettemin wijst het arrest van het Hof van Justitie die kant op. Ons lijkt het meer voor de hand te liggen dat de verkrijger een (in geld) vergelijkbare arbeidsvoorwaarde aanbiedt, bijvoorbeeld een korting op een product dat hijzelf voert. Doel van de artikelen 7:662 e.v. BW is immers dat werknemers er wat hun arbeidsvoorwaarden betreft niet op achteruitgaan. Het simpelweg laten vervallen van min of meer "aan de vervreemder gebonden" rechten en verplichtingen is in strijd daarmee. De verkrijger verplichten koste wat kost hetzelfde arbeidsvoorwaardenpakket te handhaven is praktisch onuitvoerbaar en onwenselijk. Wij pleiten er daarom voor de richtlijn zo uit te leggen dat de verkrijger verplicht is minimaal een in waarde gelijk arbeidsvoorwaardenpakket aan de overgegane werknemers aan te bieden, met dien verstande dat waar de verkrijger zonder veel problemen dezelfde arbeidsvoorwaarden kan aanbieden - zoals voor het salaris en het aantal vakantiedagen zal gelden - hij dit ook moet doen. Ten aanzien van arbeidsvoorwaarden die de verkrijger niet kan aanbieden, zal dit er in de praktijk op kunnen neerkomen dat de werknemer ter compensatie een bedrag ineens wordt gegeven dan wel dat hem in zijn arbeidsvoorwaardenpakket compensatie wordt geboden.

De werknemer die koste wat kost aan zijn oude arbeidsvoorwaardenpakket wil vasthouden en een redelijk aanbod van de verkrijger weigert, handelt onzes inziens in strijd met de plicht zich als een goed werknemer te gedragen (artikel 7:611 BW). Vooralsnog is het

wachten op rechtspraak van het Hof waarin een oplossing voor dit probleem wordt geformuleerd.

2.5 Rechten en verplichtingen in een CAO

De artikelen 7:662 e.v. BW zien alleen op in individuele arbeidsovereenkomsten opgenomen rechten en verplichtingen. Veel rechten en verplichtingen zijn echter opgenomen in CAO's. Voor die situatie heeft de wetgever de artikelen 14a Wet CAO en 2a Wet AVV in het leven geroepen.[8] Het principe van deze regelingen is dat de in een al of niet algemeen verbindend verklaarde CAO opgenomen arbeidsvoorwaarden na de overgang van onderneming ook tussen de verkrijger en de werknemer blijven gelden. Op deze manier wordt hetzelfde gevolg gecreëerd als in artikel 7:663 BW voor de individuele arbeidsvoorwaarden geldt.

De verkrijger wordt niet gebonden aan de CAO van de vervreemder – hij was en wordt geen CAO-partij – maar hij moet de daarin opgenomen rechten en verplichtingen toepassen op de overgenomen werknemers. Dit kan meebrengen dat de verkrijger dus de arbeidsvoorwaarden van twee CAO's moet toepassen – namelijk die waaraan hij zelf reeds is gebonden en die uit de CAO van de overgenomen werknemers.

Deze binding kan ingevolge de artikelen 14a WetCAO en 2a WetAVV op twee manieren eindigen. Ten eerste kan de verkrijger zelf gebonden worden aan een (algemeen verbindend verklaarde) CAO. In dat geval gaan die bepalingen gelden en zal de verkrijger de daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden op alle werknemers – inclusief de overgenomen werknemers – die binnen het bereik van die CAO vallen, moeten toepassen. Let wel: volgens de wet geldt deze regel alleen indien de verkrijger *ná* de overgang aan een (algemeen verbindend verklaarde) CAO gebonden wordt. Was hij dus *ten tijde* van de overgang aan een CAO gebonden, dan zal hij dus niettemin de arbeidsvoorwaarden moeten eerbiedigen die voortvloeien uit de CAO die voor de overgenomen werknemers vóór de overgang gold. Het tweede geval waarin de gebondenheid van de verkrijger eindigt is het moment dat de (algemeen verbindend verklaarde) CAO van de vervreemder afloopt (zie het tweede lid van de artikelen 14a Wet CAO en 2a Wet AVV).

Hier schuilt echter voor de verkrijger een aantal adders onder het gras hetgeen samenhangt met ons CAO-recht. In Nederland kennen we het systeem van doorwerking en nawerking van CAO-bepalingen. Doorwerking houdt in dat de in een CAO opgenomen

---

[8] Zie ook A.M. Luttmer-Kat, "De doorwerking van CAO-arbeidsvoorwaarden van de vervreemder bij overgang van onderneming", *SR* 2000/7/8, p. 195-197.

arbeidsvoorwaarden direct doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten van werknemers die lid zijn van een vakbond die partij is bij de CAO. In de praktijk stemmen werknemers die geen lid zijn van een vakbond ook in met de in een CAO opgenomen arbeidsvoorwaarden, zodat die bepalingen ook voor hen gelden. Nawerking houdt in dat wanneer de CAO afloopt, de daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden "nawerken" in de relatie tussen werkgever en werknemer tot het moment dat zij andere afspraken maken of er een nieuwe CAO gaat gelden. Loopt de CAO van de vervreemder af, dan is daarmee de gebondenheid van de verkrijger aan de daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden niet meteen afgelopen: deze arbeidsvoorwaarden werken immers na. Wel staat het de verkrijger vrij met de overgenomen werknemers nieuwe afspraken te maken, uiteraard mits deze werknemers daarmee instemmen.

Maar dat is nog niet alles. Ook als de verkrijger zelf aan een CAO gebonden wordt kunnen de bepalingen uit de CAO van de vervreemder een rol spelen. Een beginsel van CAO-recht is namelijk dat de overgegane werknemer zijn oude arbeidsvoorwaarden behoudt indien deze niet strijdig zijn met de nieuwe CAO van de verkrijger.[9] Dit kan leiden tot een ongewenst "haasje over"-effect: de overgegane werknemer behoudt het goede van de arbeidsvoorwaarden uit zijn oude CAO (die deel zijn gaan uitmaken van zijn arbeidsovereenkomst) en pikt de krenten uit de pap van de nieuwe CAO van de verkrijger. Hiermee gaat niet alleen het afgewogen karakter van de CAO verloren – men levert wat in en krijgt er wat anders voor terug – maar wordt de verkrijger tevens de mogelijkheid ontnomen de eventueel bestaande ongelijke arbeidsvoorwaarden van het overgegane en het zittende personeel weg te nemen. Veel mogelijkheden om hier iets aan te doen heeft de verkrijger niet. Is er geen wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst opgenomen, dan zal de verkrijger eventueel met een beroep op de eisen van goed werknemerschap[10] kunnen eisen dat de overgegane werknemers instemmen met voorgestelde wijzigingen in hun arbeidsvoorwaarden die tot doel hebben de ongelijkheid tussen de verschillende groepen werknemers ongedaan te maken.

Concluderend kan men stellen dat de verkrijger pas geheel van de werking van de in een CAO opgenomen arbeidsvoorwaarden van de vervreemder is "bevrijd", indien hij zelf aan een CAO gebonden wordt, waaraan de overgenomen werknemers op grond van hun lidmaatschap dan wel hun instemming met de daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden

---

[9] Rb. Amsterdam 18 september 1996, *JAR* 1996/228.
[10] HR 6 juni 1998, *JAR* 1998/199, waarover C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2001/1, p. 30-44.

eveneens gebonden zijn én die CAO alle zaken regelt die ook in de CAO van de vervreemder geregeld waren.

3. Ontslagbescherming

De verkrijger zal niet altijd het gehele personeel van de vervreemder willen overnemen. Om te voorkomen dat de vervreemder en de verkrijger afspraken maken over het beëindigen van de arbeidsovereenkomsten van voor de verkrijger overbodig personeel, bepaalt het eerste lid van artikel 4 van Richtlijn 98/50 dat de overgang van een onderneming op zichzelf noch voor de vervreemder, noch voor de verkrijger een reden mag vormen bepaalde werknemers te ontslaan. Deze bepaling is niet in Nederlandse wetgeving omgezet, al voorziet het hierna te behandelen wetsvoorstel 27 469 in een opzegverbod wegens overgang van onderneming. Heel bezwaarlijk is het vooralsnog ontbreken van een dergelijk opzegverbod niet, want de enkele overgang is noch voor de kantonrechter een gewichtige reden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst (art. 7:685 BW), noch voor de RDA een grond voor het verlenen van een ontslagvergunning.

De werknemer die toch wegens de overgang van de onderneming is ontslagen, kan dat ontslag met succes in rechte aanvechten. Daarbij is de werknemer niet gebonden aan de termijn van zes maanden van artikel 9 BBA.[11] Stelt de rechter vast dat de werknemer in strijd met de richtlijn is ontslagen, dan wordt de werknemer geacht ten tijde van de overgang nog in dienst van de vervreemder te zijn geweest (en dus te zijn overgegaan naar de verkrijger[12]). Ontslag wegens een reden die samenhangt met de overgang van de onderneming – zo kan een overschot aan personeel een collectief ontslag noodzakelijk maken - is niet onmogelijk. Art. 4 lid 1 van Richtlijn 98/50 bepaalt dat ontslag wegens economische, technische, of organisatorische redenen – "eto-redenen"- is toegestaan. Die redenen kunnen zich zowel bij de vervreemder als bij de verkrijger voordoen.

Ook op een andere wijze wordt de werknemer beschermd. Art. 7:665 BW bepaalt, in navolging van het tweede lid van art. 4 van Richtlijn 98/50, dat indien de overgang van een onderneming een wijziging van de omstandigheden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft en de arbeidsovereenkomst deswege wordt ontbonden ingevolge artikel 7:685 BW, zij met het oog op de toepassing van lid 8 van dat artikel geldt als ontbonden wegens een reden die voor rekening van de werkgever komt. Bij een voor de werknemer nadelige wijziging

[11] HR 29 december 1995, *JAR* 1996/29.
[12] Zie HvJEG 15 juni 1988, *NJ* 1990, 247.

van omstandigheden kan gedacht worden aan een heel scala van omstandigheden, variërend van het gemis aan reële promotiekansen en het moeten afleggen van een grotere reisafstand voor het woon/werkverkeer tot een weigering van de verkrijger de overgegane werknemer het oude salaris te betalen. De werknemer kan in die gevallen – maar alleen nadat de overgang is voltrokken - de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:685 BW, waarbij de arbeidsovereenkomst "met het oog op de toepassing van lid 8" wordt beschouwd "als ontbonden wegens een reden welke voor rekening van de werkgever komt". Aan enige wettelijke termijn is dit beroep op artikel 7:665 BW niet gebonden, maar de werknemer zal natuurlijk niet mogen dralen. Stelt de kantonrechter vast dat de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden, dan vloeit naar onze mening uit artikel 7:665 BW voort dat hij bij berekening van de billijke vergoeding factor C van de kantonrechtersformule op hoger dan 1 stelt (ervan uitgaande dat er geen andere factoren zijn die meebrengen dat C juist op lager dan 1 dient te worden gesteld). Aan het beschermende karakter van artikel 7:665 BW wordt afbreuk gedaan door het feit dat er slechts een beroep op kan worden gedaan indien de overgang reeds is voltrokken. Een werknemer die van tevoren al weet niet bij de verkrijger in dienst te willen treden en wiens arbeidsovereenkomst voor of op het moment van de overgang is geëindigd, kan zich dus niet beroepen op dit artikel. Hij zal eerst moeten overgaan naar de verkrijger, vervolgens (wederom) moeten constateren dat van een verslechtering van omstandigheden sprake is en dan pas bij de kantonrechter een beroep op de bepaling kunnen doen. Kent die hem een vergoeding toe, dan kan de werknemer de verkrijger en de vervreemder – de laatste tot een jaar na de overgang (art. 7:663 BW) – tot betaling van die vergoeding aanspreken.

4. Speciale overwegingen bij fusies en splitsingen

Gaat een onderneming door middel van een juridische fusie of splitsing over, dan gelden naast de artikelen 7:662 e.v. BW de bepalingen uit de zevende titel van Boek 2 BW (fusies en splitsing). Voor de werknemer maakt dit in het algemeen niet veel uit, omdat in beide regelingen sprake is van een overgang van alle rechten en verplichtingen. Toch zijn er enkele verschillen tussen Titel 7 en de artikelen 7:662 e.v. BW. [13]

Het belangrijkste gevolg van het van toepassing zijn van beide regelingen is dat pensioenen, in weerwil van het bepaalde in art. 7:664 BW, toch overgaan in geval van een fusie of splitsing. Titel 7 maakt immers geen uitzondering voor deze arbeidsvoorwaarde.

Hetzelfde geldt indien de pensioenregeling voortvloeit uit een CAO (in tegenstelling tot fusie wordt splitsing niet genoemd in de artikelen 14a Wet CAO en 2a Wet AVV. Wij menen echter dat hier sprake is van een kennelijke omissie van de wetgever).

Daarnaast is de verkrijger ook aansprakelijk voor schulden van de gefuseerde werkgever jegens ex-werknemers die al voor de fusie of splitsing uit dienst waren. In tegenstelling tot de artikelen 7:662 e.v. BW is voor aansprakelijkheid van de verkrijger niet vereist dat de arbeidsovereenkomst ten tijde van de overgang nog bestond; alle rechten en verplichtingen van de verdwijnende rechtspersoon gaan immers ten gevolge van de fusie op de verkrijger over, niet alleen die uit ten tijde van de fusie nog bestaande arbeidsovereenkomsten.

Bij splitsing spelen enkele specifieke problemen die bij fusie niet spelen. Is bij een fusie altijd zonneklaar wie werkgever zal zijn, bij een splitsing van een onderneming naar verschillende rechtspersonen hoeft dat niet altijd het geval te zijn, hoewel op de besturen van de partijen bij de splitsing ingevolge art. 2:334g lid 1 BW de plicht rust in een schriftelijke toelichting uiteen te zetten wat de verwachte gevolgen voor de werkzaamheden zijn vanuit juridisch, economisch en sociaal oogpunt.

Meent een werknemer dat onduidelijk is wat zijn positie als gevolg van de splitsing zal zijn, dan zou hij, als schuldeiser, kunnen eisen dat minimaal een der partijen bij de splitsing zekerheid stelt. Gebeurt dat niet, dan zal een verzet als bedoeld in art. 2:334l BW gegrond worden verklaard (art. 2:334k BW). In onze optiek zal de werknemer ook verzet kunnen aantekenen indien de artikelen 7:662 e.v. BW te zijnen aanzien onjuist of ten onrechte wel of niet worden toegepast. De arbeidsovereenkomst zelf is in ieder geval niet voor splitsing vatbaar (art. 2:334j BW): de werknemer zal dus als gevolg van de splitsing niet ineens meerdere werkgevers krijgen.

Daarnaast verdient de speciale aansprakelijkheidsregeling van art. 2:334t BW enige aandacht. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon , die ten tijde van de splitsing bestonden, aansprakelijk zijn tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon. Ook werknemers kunnen zich op artikel 2:334t BW beroepen. Dit artikel geeft hun bepaalde voordelen boven de aansprakelijkheidsbepaling van de laatste zin van artikel 7:663 BW. Artikel 7:663 BW beperkt de aansprakelijkheid van de vervreemder (dus: de afsplitsende rechtspersoon) voor rechten en verplichtingen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien en die op het moment van overgang bestonden tot een jaar na de overgang van de

---

[13] Uitvoerig: R.M. Beltzer, a.w., p. 213-248.

onderneming. Artikel 2:334t BW kent geen beperking in tijd die afwijkt van de normale verjaringsregels. Bovendien is de kring van aansprakelijken ruimer dan bij artikel 7:663 BW: door de werking van artikel 2:334t BW kunnen in principe zowel de splitsende rechtspersoon als elke verkrijgende rechtspersoon tot nakoming worden aangesproken – zelfs ongeacht of de werknemer na de afsplitsing in dienst van de afsplitsende rechtspersoon is gebleven of automatisch bij een verkrijgende rechtspersoon in dienst is getreden. Artikel 7:663 BW beperkt de aansprakelijkheid tot de partijen die de arbeidsovereenkomst respectievelijk vervreemden en verkrijgen.

5. Medezeggenschapsaspecten

Ondanks de overgang van de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, heeft een fusie (of overgang van onderneming op andere wijze) veel onzekerheden voor de betrokken werknemers tot gevolg. Meestal leidt een fusie immers tot synergievoordelen, met gevolgen voor de werkgelegenheid binnen de nieuw ontstane onderneming. Om die reden hebben werknemers er belang bij reeds tijdens het fusieproces op een of andere wijze betrokken te worden. Een betrokkenheid, die is geïnstitutionaliseerd in de hierna te bespreken WOR en de SER-fusiegedragsregels (Fusiecode). Wij gaan evenwel voorbij aan regelingen die zijn neergelegd in CAO's en convenanten.[14]

5.1 Het adviesrecht van de ondernemingsraad

Wanneer de ondernemer van plan is een besluit te nemen over één van de in art. 25 WOR opgesomde aangelegenheden, dient hij vóór de definitieve besluitvorming advies aan de - bij meer dan 50 op basis van een arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling werkzame werknemers in te stellen - ondernemingsraad.

Het besluit tot fusie vindt men niet expliciet terug in art. 25 WOR. Wel komen voor het besluit tot overdracht van zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan (sub a) en het besluit tot het vestigen van zeggenschap van danwel het overnemen of afstoten van de zeggenschap over een andere onderneming (sub b). Bij deze besluiten moet men denken aan de aan- en verkoop van een onderneming of bepaalde onderdelen daarvan. Het behoeft geen betoog dat een juridische fusie en een bedrijfsfusie onder voornoemde

[14] Zie hierover P.F. van der Heijden en J. van der Hulst, *De ondernemingsovereenkomst*, Sinzheimercahier 10, Den Haag: Sdu 1995, p. 46-49.

categorieën kunnen worden begrepen.[15] Minder voor de hand ligt dit echter voor de aandelenfusie. In art. 25 WOR wordt immers gesproken van een overdragen van de zeggenschap over de onderneming ofwel over de arbeidsorganisatie. Bij een aandelenoverdracht van de meerderheid van de aandelen wordt echter de zeggenschap in de *ondernemer*, ofwel de vennootschap, in plaats van de zeggenschap in de *onderneming,* overgedragen. Ook lijkt het een vreemde zaak wanneer een aandeelhouder die zijn aandelen wil vervreemden advies zou moeten vragen aan de ondernemingsraad ondanks het feit dat dit besluit niet een bestuursbesluit behoeft te zijn. Desalniettemin heeft het Hof Amsterdam in de bekende PUEM-zaak beslist dat een voorgenomen besluit tot aandelenoverdracht een adviesplicht besluit vormt en wel omdat de overdracht van het aandelenpakket uiteindelijk leidt tot een overdracht van de zeggenschap over de onderneming die door de ondernemer in stand wordt gehouden.[16]

Op welk moment moet nu advies aan de ondernemingsraad worden gevraagd? Dient hij dit te doen op het moment dat bepaalde beleidsvoornemens worden ontwikkeld, op het moment dat men fusiepartners gaat selecteren , op het moment dat met fusiepartners wordt gesproken of pas op het moment dat er met fusiepartners onderhandeld is en het duidelijk wordt dat een fusie in aantocht is? Een duidelijk antwoord op deze vraag kan niet zonder meer worden gegeven. Art. 25 WOR bepaalt slechts dat het advies op een zodanig tijdstip moet worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Dit duidt dus op een vroeg moment in het besluitvormingsproces. Anderzijds moet de ondernemer volgens het derde lid tevens een overzicht geven van de gevolgen van het besluit en van de naar aanleiding daarvan genomen maatregelen. Dit duidt weer op een zodanig stadium in het besluitvormingsproces dat er reeds enige duidelijkheid bestaat over de concrete gevolgen van het fusieproces. Het is daarom moeilijk aan te geven waar het juiste inschakelingsmoment ligt. Tussen *nadenken over* en *besluiten tot* ligt een vloeiende lijn waarop zich ergens een punt vindt dat de fase van het voorgenomen besluit doet intreden.[17] In elk geval is van wezenlijke invloed geen sprake meer wanneer de besluitvorming nog slechts afhangt van de medewerking van derden, de goedkeuring van de RvC, of in het algemeen van voorwaarden en modaliteiten die niet behoren tot de bevoegdheden van de ondernemer en waarvan het niet in zijn macht ligt die te bevorderen. Ook als een intentieverklaring is afgegeven die in feite een gave koopovereenkomst is, en waarin geen

---

[15] Voor de medezeggenschapsaspecten van andere fusievarianten: R.H. van het Kaar, *Medezeggenschap bij fusie en ontvlechting* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1993, p. 105-110.
[16] Hof Amsterdam 27 juli 1989, *NJ* 1990, 734.
[17] F. Koning, "Rechtspraak medezeggenschap", *SMA* 1980, p. 545.

enkele ontbindende voorwaarde is opgenomen, is het cruciale moment voor adviesaanvraag een gepasseerd station.[18]

In de literatuur is er discussie over de vraag of het "adviesmoment" meer naar voren of meer naar achteren op de tijdbalk moet worden gemarkeerd. Sommigen opteren voor een laat inschakelingsmoment.[19] Anderen daarentegen opteren voor een vroeg inschakelingsmoment.[20] In de literatuur is wel een benadering verdedigd die aansluit bij het feitelijke proces van de besluitvorming. Dat wil zeggen dat het proces zich zo dient te ontwikkelen dat de ondernemingsraad in een vroeg stadium bij het besluitvormingsproces wordt betrokken.[21] Deze oplossing zou kunnen worden bereikt door "het vragen van advies" niet op te vatten in de enge betekenis, in die zin dat de ondernemer slechts op één moment een adviesaanvraag aan de ondernemingsraad voorlegt en daarmee voldoet aan het gestelde in art 25 WOR. In plaats daarvan zou door middel van overleg en het verstrekken van informatie de ondernemingsraad reeds in een vroeg stadium moeten worden ingelicht en in de gelegenheid worden gebracht mee te denken. Het formele advies vormt in deze visie slechts de afronding van een al vroegtijdig gestarte eigen interne besluitvormingsprocedure.[22] Tegen deze benadering is echter weer als bezwaar in te brengen dat hierbij wordt voorbijgegaan aan het voorschrift van de wet dat spreekt van een "voorgenomen besluit" en een "te nemen besluit", hetgeen zou duiden op een zekere afronding van het besluit.[23] Wat hiervan zij, in elk geval is de ondernemer op grond van de in 1998 gewijzigde WOR (art. 24 lid 1) verplicht om in het kader van de verplicht te houden overlegvergaderingen mededeling te doen van besluiten die hij in voorbereiding heeft met betrekking tot aangelegenheden als bedoeld in de art. 25 en 27 WOR. Hierbij dienen dan tevens afspraken te worden gemaakt over het tijdstip en de wijze waarop de ondernemingsraad in de besluitvorming wordt betrokken.[24]

Laat de ondernemer ten onrechte na een adviesaanvraag te doen, doet hij dit te laat of wijkt hij ten onrechte van het advies af, dan kan de ondernemingsraad ex art. 26 WOR tegen

---

[18] OK 15 april 1999, *JAR* 1999/101. Zie ook HR 7 oktober 1998, *JAR* 1998/251.
[19] M.G. Rood, WOR (losbladig), aant. 2 bij art. 25 lid 2.
[20] L.C.J. Sprengers, "De provincie en de Staat als mede-ondernemer: zet de Ondenremingskamer bestuurlijk Nederland op zijn kop?", *SR* 1994/4, p. 95 en B. Geersing, "Het Inschakelingsmoment bij en de functie van het beroepsrecht voor het adviesrecht van de OR ingevolge art. 25 WOR. Enkele kanttekeningen", *SMA* 1980, p. 920-924
[21] B. Geersing, a.w.
[22] Vergelijk voor een adviesaanvraag in het kader van een stappenplan: OK 27 juni 1991, *ROR* 1991-2, 16 en OK 26 oktober 1989, *ROR* 1989, 29.
[23] H. Bijll Nachenius, Rechtspersonen (losbladig), aant. 10 bij art. 25 WOR.
[24] Vergelijk J. van der Hulst, *Het sociaal plan* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 44-45.

het besluit beroep instellen bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam. Reeds door derden verworven rechten blijven echter onaangetast.

5.2 Inschakeling van de werknemersverenigingen

De SER-fusiegedragsregels, bedoeld om werknemers- een aandeelhoudersbelangen te beschermen, kwamen tot stand bij besluit van de Sociaal-Economische Raad van 19 juni 1970. In 2000 vond een belangrijke wijziging van deze regels plaats. Aangezien de gewijzigde bepalingen nog niet inwerking zijn getreden (inwerkingtreding vindt plaats op een nog nader te noemen datum), zullen hierna zowel de "oude" (aangeduid als de Fusiecode 1975) als de "nieuwe" gedragsregels (aangeduid als de Fusiecode 2000) worden besproken.

De Fusiecode heeft geen wettelijke status – het betreft een met instemming van de wetgever totstandgekomen product van zelfregulering - en is derhalve in beginsel niet afdwingbaar. Wij schrijven in beginsel, omdat de code wel van toepassing kan zijn verklaard in een (algemeen verbindend verklaarde) CAO-bepaling, met als gevolg dat de naleving krachtens CAO-recht kan worden afgedwongen. [25] De SER zelf acht het overigens een wenselijk zaak dat de Fusiecode een wettelijke basis krijgt, zodat ook sectoren die niet in de SER zijn vertegenwoordigd (non-profit, overheid) onder het bereik van de Fusiecode komen. Of de wetgever hieraan gehoor zal geven, is nog maar de vraag.

Een speciaal daartoe ingestelde commissie, de op grond van de Fusiecode 2000 ingestelde Geschillencommissie Fusiegedragsregels, is belast met de behandeling van geschillen over de naleving van de gedragsregels. Het ambtshalve toezicht op de naleving van de code door de Fusiecodecommissie, de voorganger van de Geschillencommissie Fusiegedragsregels, is in de Fusiecode 2000 komen te vervallen. In de plaats daarvan bevat de Fusiecode 2000 een partijprocedure met tuchtrechtelijke aspecten (art. 9-33 Fusiecode 2000). Een door de Geschillencommissie gedane uitspraak over de naleving van de Fusiecode is openbaar. Heeft de schending van de Fusiecode een ernstig karakter of is sprake van ernstige verwijtbaarheid, dan kan de Geschillencommissie dat met zoveel woorden – middels een persbericht - bekendmaken. Dit is de zwaarste sanctie die de commissie kan "opleggen". [26] De "jurisprudentie" van de Geschillencommissie en de Fusiecodecommissie zijn opgenomen in het "Commentaar op de Fusiegedragsregels" waarvan regelmatig nieuwe drukken verschijnen.[27]

---

[25] Zie C.A. Boukema en R.H. van het Kaar, in: Rechtspersonen, aant. 4, Inleiding, SER-fusiegedragsregels.
[26] Toelichting op art. 32 Fusiecode 2000.
[27] De laatste druk is van 1998, te bestellen via www.ser.nl.

Voor het antwoord op de vraag of de Fusiecode van toepassing is, is de inhoud van de begrippen "fusie" en "onderneming" van belang.

Het begrip "fusie" in de Fusiecode moet ruim worden geïnterpreteerd, althans ruimer dan de gebruikelijke betekenis is in het normale spraakgebruik. Onder fusie moet namelijk worden verstaan de verkrijging van zeggenschap, direct of indirect, over de activiteiten van de onderneming of een onderdeel daarvan alsmede – volgens de Fusiecode 2000 - de vorming van een samenstel van ondernemingen. Dit betekent dat alle in de vermogenssfeer liggende transacties waardoor de zeggenschap over een onderneming en haar activiteiten of een deel daarvan rechtstreeks of middellijk blijvend geheel of gedeeltelijke een fusie in de zin van de code opleveren. Zo vallen niet alleen aandelenfusies[28], bedrijfsfusies en juridische fusies onder voornoemd begrip, maar ook – net als bij de overgang van een onderneming krachtens art. 7:662 BW – de huur c.q. de verhuur en exploitatie van (on)roerend goed van een onderneming indien sprake is van een voldoende duurzame, daartoe strekkende overeenkomst.

Het begrip "onderneming" in de Fusiecode 2000 heeft dezelfde betekenis als het in de WOR gebezigde ondernemingsbegrip: elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht. Het gaat er dus niet om of *organisatorisch* gezien sprake is van een zelfstandige entiteit, maar of *maatschappelijk* gezien - voor een objectieve buitenstaander - van zelfstandigheid kan worden gesproken. Verder is de grootte van de onderneming van belang. Het bereik van de Fusiecode 2000 is in dit opzicht zowel verruimd als beperkt. De verruiming ligt besloten in de verlaging van het aantal werknemers in Nederland dat bij de fusie betrokken moet zijn van 100 naar 50 (gelijk aan de instellingsgrens voor een ondernemingsraad). De inperking bestaat hieruit dat de code niet van toepassing is indien bij de onderneming of de gezamenlijke ondernemingen waarin de zeggenschap door fusie overgaat in de regel minder dan 10 werknemers werkzaam zijn. Hiermee is beoogt te voorkomen dat de code ook van toepassing is op zogenoemde bagatel-fusies.[29]

---

[28] Met betrekking tot de verwerving van een 50%-belang wordt in de toelichting op de Fusiecode 2000 opgemerkt dat de in het fusiebegrip opgenomen zinsnede 'de vorming van een samenstel van ondernemingen' bewerkstelligt dat het merendeel van de 50%-gevallen op die grond als een fusie in de zin van de code is aan te merken.

[29] Zie over de gehanteerde getalscriteria: S.S.M. Peters, "SER-besluit fusiegedragsregels ter bescherming van de belangen van werknemers", *SMA* 2000.

Welke gedragregels moeten nu op grond van de Fusiecode in acht worden genomen? Voor wat betreft de Fusiecode 2000 is het antwoord te vinden in de artt. 3 t/m 6, die op overeenkomstige wijze moeten worden toegepast bij een fusie middels een openbaar bod of een geleidelijke aankoop ter beurze van (rechten op) aandelen.[30] Samengevat komen deze regels op het volgende neer.

Voordat over een voorbereiding of totstandkoming van een fusie een openbare mededeling wordt gedaan, worden – behoudens een enkele uitzondering - de verenigingen van werknemers van de inhoud daarvan in kennis gesteld (art. 3). In art. 4 is vervolgens bepaald dat alvorens overeenstemming over een fusie wordt bereikt, partijen van de voorbereiding van de fusie kennis geven aan de werknemersverenigingen. Concreet gaat het om de volgende – in beginsel schriftelijk te verstrekken - informatie: de motieven voor de fusie, de voornemens met betrekking tot het in verband daarmee te voeren ondernemingsbeleid alsmede de te verwachten sociale, economische en juridische gevolgen van de fusie en de in samenhang daarmee voorgenomen maatregelen. De contractspartijen stellen vervolgens de werknemersverenigingen in de gelegenheid hun oordeel te geven over de in voorbereiding zijnde fusie vanuit het gezichtspunt van het werknemersbelang. En dan komt – aldus de toelichting – de kern van de gedragsregels. De werknemersverenigingen moeten in de gelegenheid worden gesteld in een bespreking aandacht te besteden aan:

- de grondslagen van het in verband met de fusie te voeren ondernemingsbeleid met inbegrip van de sociale, economische en juridische aspecten daarvan;
- de grondslagen van maatregelen tot het voorkomen, wegnemen of verminderen van eventuele nadelige gevolgen voor de werknemers, waaronder het verstrekken van financiële tegemoetkomingen;
- het tijdstip en de wijze waarop het personeel zal worden ingelicht;
- de verslaggeving van de gevoerde besprekingen.

Over het *moment* waarop aan bovenstaande verplichtingen moeten worden vervuld, verschillen de Fusiecode 1975 en de Fusiecode 2000 in belangrijke mate van elkaar. Eerstgenoemde code bepaalt dat de werknemersverenigingen onverwijld in kennis moeten worden gesteld bij een zodanige stand van de fusiebesprekingen "dat de verwachting gewettigd is geworden dat in die besprekingen overeenstemming kan worden bereikt." Dit criterium geeft al snel aanleiding tot discussie over de vraag of in een concreet geval sprake is van een gewettigde verwachting. Het moment ligt ergens op de vloeiend lopende lijn

[30] Art. 5 en 6. Laatstgenoemd artikel is nieuw ten opzichte van de Fusiecode 1975.

tussen beginfase van de fusiebesprekingen en de wilsovereenstemming tussen de fusiepartners. Weliswaar heeft de Fusiecommissie in haar "jurisprudentie" enkele handvatten voor de tijdstipbepaling gegeven, maar het water is en bleef troebel.[31] Daarom bepaalt de Fusiecode 2000 thans dat – in aansluiting op de definitie van de WOR – aan de informatieverplichting moet worden voldaan "op een zodanige wijze dat het oordeel van de verenigingen van werknemers van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet totstandkomen van de fusie en op de modaliteiten daarvan" (art. 4 lid 6). De woorden "op zodanige wijze" hebben blijkens de toelichting betrekking op de aard van de verstrekte informatie, de inrichting van het overleg en het tijdstip waarop de informatie wordt verstrekt en het overleg plaatsvindt.

Gelijktijdig met het inlichten van de werknemersverenigingen, danwel het moment waarop zij zouden moeten worden ingelicht als er een werknemersvereniging zou bestaan, dient kennisgeving te worden gedaan aan het secretariaat van de Sociaal-Economische Raad (art. 8 Fusiecode 2000).

Wanneer zowel de werknemersverenigingen als de ondernemingsraad gelijktijdig moeten worden ingeschakeld, rijst de vraag of het niet wenselijk is dat toch een zekere rangorde wordt aangemerkt, om te voorkomen dat de ondernemingsraad en de werknemersverenigingen - geheel onafhankelijk van elkaar - tot een verschillende beoordeling komen. In deze samenloopkwestie voorziet art. 4 lid 7 Fusiecode 2000 (art. 18 Fusiecode 1975), inhoudende dat de ondernemingsraden in de gelegenheid worden gesteld kennis te nemen van het oordeel van de werknemersverenigingen opdat die ondernemingsraden daarmee rekening kunnen houden bij het uitbrengen van een advies als bedoeld in art. 25 WOR.

Een belangrijke hoeksteen van de Fusiecode is de geheimhoudingsplicht. Van de door de fusiepartijen verstrekte informatie dienen de werknemersverenigingen geheimhouding te betrachten, tenzij het tegendeel hen schriftelijk is meegedeeld (art. 7 lid 1 Fusiecode 2000). In de toelichting wordt opgemerkt dat het van belang is over het tijdstip van beëindiging van de geheimhouding duidelijke afspraken te maken, omdat deze doorslaggevend zijn. Zo zal het een werknemersvereniging die, bijvoorbeeld op basis van krantenberichten, de indruk heeft dat zij niet langer tot geheimhouding is verplicht, niet zonder meer vrijstaan

[31] W.A. Zondag, "Samenloop van medezeggenschapsrechten en de rol van zelfregulering bij fusie", in: K.F. Haak e.a. (red.), *Recht in bedrijf*, Gouda Quint, 1997, p. 49-52.

mededelingen te doen over gegevens die haar in het kader van art. 4 zijn verstrekt, maar zal zij eerst bij de betrokkene(n) moeten verifiëren of haar indruk juist is.

6. Toekomstige ontwikkelingen: wetsvoorstel 27 469

Op het moment van het schrijven van deze bijdrage is wetsvoorstel 27 469 aanhangig.[32] Met dit wetsvoorstel wordt beoogd uitvoering te geven aan de eisen die Richtlijn 98/50 stelt. De lidstaten hebben tot 1 juli 2001 de tijd om de wijzigingen door te voeren. Veel behoeft er niet te worden veranderd: Richtlijn 98/50 is immers vooral te beschouwen als een verduidelijking van haar voorganger, Richtlijn 77/189, en een codificatie van de rechtspraak die op basis van die richtlijn is gewezen. Daarnaast biedt zij lidstaten echter de mogelijkheid op enkele punten te differentiëren. Zo mogen lidstaten er bijvoorbeeld onder bepaalde voorwaarden voor kiezen in geval van overgang van een insolvente onderneming de verkrijger niet aansprakelijk te houden voor schulden van vóór de overgang.

Van deze mogelijkheid maakt de wetgever geen gebruik; wel stelt hij enkele andere wijzigingen voor. Omdat het wetsvoorstel nog aan (kamer)discussie onderhevig is, zullen wij er niet diep op in gaan. Bij de huidige stand van zaken lijkt het erop dat de positie van de werknemers bij overgang van onderneming op de volgende punten wijziging zal ondergaan:

- Er komt een opzegverbod wegens overgang van onderneming in art. 7:670 lid 8 BW.
- Art. 7:664 BW wordt gewijzigd: voortaan gaan pensioenen over op de verkrijger. Een uitzondering bestaat indien de verkrijger zelf een pensioenregeling kent en hij deze van toepassing verklaart op de overgenomen werknemers. Vanuit werkgevershoek (VNO-NCW) is kritiek gekomen op dit voorstel. Het zou immers via de achterdeur een – nu niet bestaande – pensioenplicht voor werkgevers introduceren.
- In geval van overgang van een failliete onderneming gelden de artikelen 7:662-665 BW, 14a Wet CAO en 2a Wet AVV niet (art. 7:666 BW). Wordt een faillissement echter vernietigd wegens misbruik – te weten: met het oogmerk afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer – dan worden inmiddels door de curator gedane opzeggingen behandeld alsof er geen faillissement was (art. 13a Fw.). Dat betekent dat de werknemer ervoor kan kiezen de opzegging te vernietigen (wegens het ontbreken van een vergunning van de RDA) of een schadevergoeding te vragen (wegens het niet in acht nemen van de juiste opzegtermijn of wegens kennelijk onredelijk ontslag).

[32] *Kamerstukken II* 2000-2001, 27 469, nr. 1-2.

- Een nieuw in te voeren art. 7:665a BW regelt de informatieplicht jegens werknemers in het geval dat in de onderneming geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld. Hierbij is niet relevant of werknemers de mogelijkheid hadden om de instelling van een medezeggenschapsorgaan bij de ondernemer af te dwingen. Ook wanneer de werknemers het recht op vertegenwoordiging niet hebben geëffectueerd, dient de werkgever de werknemers in te lichten over de voorgenomen overgang.[33]

De datum van 1 juli 2001 wordt waarschijnlijk niet gehaald. Onder omstandigheden kunnen onderdanen van lidstaten na die datum een direct beroep doen op een bepaling in een richtlijn die (nog) niet in nationale wetgeving is omgezet, mits de betreffende bepaling zo nauwkeurig, concreet en onvoorwaardelijk is geformuleerd, dat zij door iedere rechterlijke instantie kunnen worden toegepast. Wij menen dat aan Richtlijn 98/50 geen directe werking toekomt.[34] Omdat men echter met ons van mening kan verschillen,[35] wijzen wij erop dat directe werking van de richtlijn overigens weinig voeten in de aarde zal hebben: de richtlijn schrijft de lidstaten weinig nieuwe verplichtingen voor; de belangrijkste wijziging van wetsvoorstel 27 469 – de overgang van pensioenrechten – is volgens de richtlijn facultatief: lidstaten mogen de overgang van pensioenrechten dus nog steeds uitsluiten.

7. Resumé

Uit het voorgaande is wel gebleken dat het recht met betrekking tot de overgang van onderneming, een belangrijk onderdeel van het arbeids- en ondernemingsrecht, complex kan worden genoemd. Niet in het minst omdat zoveel verschillende touwtjes aan elkaar moeten worden geknoopt en het voortdurend in beweging is. En dat zal nog wel even zo blijven.

De auteurs zijn resp. onderzoeker bij het HSI van de Universiteit van Amsterdam en universitair docent Arbeidsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

---

[33] *Kamerstukken II 2000-2001*, 27 469, nr. 3 (MvT), p. 14.
[34] Evenzo o.a. M.P. Nieuwe Weme, "Overheid en overgang van onderneming", in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Overheid en onderneming. Tussen publiek en privaat ondernemen*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 131 en D. Christe, "Wie bergt de geloste ambtenaar?", *ArbeidsRecht* 1996/12, 74.
[35] Zie G.J.J. Heerma van Voss, "Overgang van onderneming en ambtenaren", *SR* 2000, p. 207-210.