Mr. R.M. Beltzer

1. **Statutaire directeur**

Opzegging door de algemene vergadering van aandeelhouders en opzegging door de directeur

In de JAR Verklaard van april - juni 2004 behandelde ik een uitspraak van het Hof Den Bosch (**JAR 2004/13**). Het hof oordeelde dat de verwevenheid van het vennootschappelijke besluit met de opzegging van de arbeidsovereenkomst meebrengt dat in beginsel moet worden aangenomen dat de vennootschap met het ontslag heeft bedoeld de gehele tweezijdige rechtsverhouding te verbreken. Dat is slechts anders indien het tegendeel blijkt of een opzegverbod geldt. Deze oplossing had het voordeel van het praktische nut: het ontslag van een statutaire directeur wordt veelal in één handeling gegeven; het splitsen van de twee rechtsverhoudingen brengt onduidelijkheid, onzekerheid en gekunsteldheid mee. Inmiddels heeft de Hoge Raad zich in een tweetal arresten uitgesproken over de verhouding tussen het vennootschapsrechtelijke en het arbeidsrechtelijke ontslag van een statutaire bestuurder. Deze arresten geven een antwoord op vragen die in de literatuur waren opgeworpen. Beide arresten zijn gewezen op 15 april 2005: **JAR 2005/117** (Unidek/A.) en **JAR 2005/153** (Ciris/Bartelink).

In de zaak Unidek/A. was de casus als volgt. A. had in 1997 met Unidek een arbeidsovereenkomst gesloten. Gelijktijdig werd hij benoemd tot statutaire directeur. In 1999 vond een buitengewone algemene vergadering van aandeelhouders plaats, waarbij werd besloten A. te ontslaan. A. vocht zijn ontslag aan en voerde onder meer aan dat het besluit dat tijdens de algemene vergadering van aandeelhouders was genomen slechts zag op de beëindiging van de vennootschapsrechtelijke relatie. Zijn arbeidsovereenkomst zou nog bestaan. In cassatie ging het erom of uit art. 2:244 BW volgt dat de algemene vergadering van aandeelhouders bevoegd is de arbeidsovereenkomst met de bestuurder te beëindigen en of in beginsel moet worden aangenomen dat de vennootschap met het ontslag heeft bedoeld de gehele tweezijdige arbeidsrelatie met de bestuurder te verbreken.
De casus Ciris/Bartelink laat zich als volgt samenvatten. Bartelink was in 2000 in dienst getreden van een rechtsvoorganger van Ciris. In 2002 werd hij benoemd tot

statutaire bestuurder van Ciris. Een jaar later werd Bartelink geschorst. Hij ontving op een moment dat hij arbeidsongeschikt was een uitnodiging voor een algemene vergadering van aandeelhouders in verband met zijn voorgenomen ontslag. Bartelink nam vervolgens zelf ontslag als bestuurder, maar gaf daarbij uitdrukkelijk te kennen dat hij zijn arbeidsrechtelijke relatie in stand hield. In kort geding vorderde Bartelink doorbetaling van salaris alsmede toelating tot zijn werk. Ciris verweerde zich door te stellen dat de ontslagname van Bartelink de beëindiging van beide rechtsrelaties met Ciris tot gevolg had gehad. De voorzieningenrechter oordeelde dat het verlies van de hoedanigheid van bestuurder als gevolg van een door het bevoegde orgaan van de vennootschap gegeven ontslag, niet tot gevolg hoeft te hebben dat ook de arbeidsovereenkomst eindigt. Dit geldt ook in het geval een statutaire bestuurder zelf zijn bestuurderschap neerlegt. Nu expliciet te kennen was gegeven dat de beëindiging niet zag op de arbeidsrechtelijke relatie, moest ervan worden uitgegaan dat deze nog bestond.

Bij beide arresten is A-G Timmerman betrokken. Hij gaat ervan uit dat de vennootschapsrechtelijke regels van het ontslag voorrang hebben op de arbeidsrechtelijke regels, omdat dit past bij de wijze waarop de positie van de bestuurder elders in het BW is geregeld. Zo wijst hij op het verschil tussen art. 2:9 BW en het voor de directeur veel mildere art. 7:661 BW. De voorrang blijkt volgens de A-G ook uit de wetsgeschiedenis van de voorlopers van art. 2:244 BW. De wetgever van 1925 had namelijk de vennootschapsregels vooropgesteld en de daaruit voortvloeiende mogelijkheid te allen tijde ontslag te kunnen geven tot uitgangspunt gesteld. De wetgever is er daarbij van uitgegaan dat het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders tot ontslag tevens de arbeidsverhouding laat eindigen. Uit het Levison/MAB-arrest (HR 13 november 1992, *NJ* 1993, 265) volgt zijn inziens niet dat twee aparte rechtshandelingen vereist zijn voor het ontslag van een statutaire bestuurder. Het is dus niet zo dat enerzijds de algemene vergadering van aandeelhouders een vennootschappelijk ontslagbesluit moet nemen en anderzijds opzegging door een ander orgaan van de vennootschap noodzakelijk is. Dat zou formeel gesproken de NV of BV zelf moeten zijn, vertegenwoordigd door de directie of, bij belangenverstrengeling, de algemene vergadering van aandeelhouders. De A-G concludeert in de zaak Unidek/A. dat in het ontslagbesluit niet expliciet aan de orde te komen dat dit ook de beëindiging van de

arbeidsovereenkomst betreft. Het vennootschapsrechtelijke besluit omvat tevens het arbeidsrechtelijke ontslag. Voor Unidek geldt dan ook dat het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders wel degelijk een beëindiging van zowel het bestuurderschap als de arbeidsovereenkomst tot gevolg heeft gehad.
Eenzelfde uitgangspunt geldt volgens de A-G voor de situatie waarin een statutaire bestuurder zelf zijn functie neerlegt, zoals in de zaak Ciris/Bartelink. Het is volgens de A-G onwenselijk dat een bestuurder eenzijdig zijn arbeidsovereenkomst kan scheiden van zijn rol als bestuurder. Dit zou een ontoelaatbare wijziging van zijn rechtsverhouding met de vennootschap zijn, waarbij allerlei onduidelijkheden kunnen ontstaan met betrekking tot de beloning en uit te voeren werkzaamheden. Wat moet een ex-directeur als werknemer gaan doen? En welke beloning hoort daarbij? Deze en andere vragen worden voorkomen door ervan uit te gaan dat beëindiging van het bestuurderschap tevens beëindiging van de arbeidsovereenkomst inhoudt, tenzij partijen anders overeenkomen. Nu van dat laatste niet was gebleken, had Bartelink met zijn opzegging tevens (onmiddellijk) zijn arbeidsovereenkomst verbroken, aldus de AG.

De Hoge Raad herhaalt zijn oordeel uit het Levison/MAB-arrest: de gevolgen van het ontslagbesluit voor de arbeidsovereenkomst moeten worden bepaald aan de hand van de inhoud van de arbeidsovereenkomst en de daarop van toepassing zijnde wettelijke bepalingen, tenzij Boek 2 BW zich hiertegen verzet. De Hoge Raad blijkt echter niet te vinden dat dit tot gevolg heeft dat de beide relaties als gescheiden moeten worden gezien. Vervolgens wordt namelijk verwezen naar de in de conclusie van A-G Timmerman aangehaalde wetsgeschiedenis van de artikelen 2:134 en 2:244 BW. Hieruit volgt volgens de Hoge Raad dat de bepalingen ertoe strekken te bewerkstelligen dat door het ontslagbesluit ook een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding. Het ontslagbesluit heeft dan ook in beginsel beëindiging van de arbeidsovereenkomst tot gevolg. Er is alleen ruimte voor een uitzondering indien
i) een wettelijk opzegverbod zich tegen beëindiging van de arbeidsovereenkomst verzet of
ii) partijen anders zijn overeengekomen.
Het argument dat, nu A. een arbeidsovereenkomst was aangegaan met de vennootschap, het ook de vennootschap zou moeten zijn die de

arbeidsovereenkomst opzegt, gaat volgens de Hoge Raad niet op. De bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders tot benoeming en ontslag ziet eveneens op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het is daarbij niet nodig dat in het besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van het arbeidsrechtelijke ontslag.
Het uitgangspunt dat een ontslagbesluit tevens tot gevolg heeft dat de arbeidsovereenkomst eindigt, geldt evenzeer voor de situatie dat een statutaire bestuurder zelf ontslag neemt, zo is 's Hogen Raads oordeel in het arrest Ciris/Bartelink. Niet kan worden aanvaard dat deze ontslagname eenzijdig wordt beperkt tot de hoedanigheid van bestuurder onder instandhouding van de arbeidsovereenkomst. De statutaire bestuurder die ontslag neemt als bestuurder, verbreekt daarmee dus ook zijn arbeidsovereenkomst met de vennootschap.

Al dan niet tijdelijk 'deelontslag' mogelijk?

Met deze arresten is een aantal zaken opgehelderd. De discussie over de vraag of het noodzakelijk is dat na het ontslagbesluit nog de opzegging van de arbeidsovereenkomst moet worden bevestigd door de 'werkgever' lijkt van de baan. Dit geldt ook voor veronderstellingen over situaties waarin een algemene vergadering van aandeelhouders zou besluiten een statutaire bestuurder te ontslaan onder instandhouding van zijn arbeidsovereenkomst. Dit lijkt niet mogelijk, nu de Hoge Raad maar twee uitzonderingen formuleert op het uitgangspunt dat het vennootschapsrechtelijke ontslag ook het arbeidsrechtelijke ontslag impliceert: een wettelijk opzegverbod of een andersluidende partijafspraak. Het maken van een eenzijdig voorbehoud valt daar niet onder. Uiteraard kan de ex-directeur wel met dit voorstel instemmen.
Een niet aan de orde gekomen aspect is dat het ontslagbesluit feitelijk niet tot gevolg behoeft te hebben dat beide relaties direct of en/of gelijktijdig eindigen. De Hoge Raad laat in het midden hoe de arbeidsovereenkomst eindigt. Hij hanteert in het arrest Unidek/A. de formulering dat een einde wordt gemaakt aan de arbeidsrechtelijke verhouding (overweging 3.4.3) of, in het arrest Ciris/Bartelink (overweging 3.5.3), dat de ontslagname door de statutaire bestuurder in beginsel tot gevolg heeft dat zijn arbeidsovereenkomst eindigt. Hierdoor is niet duidelijk hoe die arbeidsovereenkomst eindigt: door regelmatige opzegging of door een opzegging

per direct. Dat laatste heeft dan ingevolge art. 7:677 BW schadeplichtigheid wegens onregelmatige opzegging tot gevolg. Een ex-directeur is voorts ingevolge het bepaalde in art. 7:653 lid 3 BW van concurrentiebeding verlost.
Dit punt geldt mutatis mutandis voor de statutaire bestuurder. Als het neerleggen van zijn bestuurderschap ook direct het eindigen van zijn arbeidsovereenkomst zou betekenen (en let wel: de A-G heeft het over 'onmiddellijk'), dan is hij schadeplichtig omdat hij zijn opzegtermijn niet in acht heeft genomen. Ik denk dat dit niet de bedoeling van de Hoge Raad is, maar wat nu wel exact de bedoeling is, is niet duidelijk. Is het een einde van rechtswege, of moet van de opzeggende partij worden verwacht dat een opzegtermijn in acht wordt genomen? Praktisch gezien zal dus in het ontslagbesluit wel degelijk aandacht moeten worden geschonken aan de verbreking van de arbeidsrechtelijke relatie. Er moet immers worden opgezegd, waarbij dient te worden aangegeven dat dit gebeurt met inachtneming van de geldende opzegtermijn. Om problemen te voorkomen kan dit alles het beste toch maar worden bevestigd in een brief achteraf.
Het in acht nemen van een opzegtermijn betekent dat beide relaties niet gelijktijdig zullen eindigen en dus de situatie ontstaat dat de arbeidsovereenkomst (vaak ongewild) nog voortduurt, terwijl de hoedanigheid als bestuurder al is verloren. Wil de werkgever de werknemer niet meer terugzien, dan zal hij de werknemer op non-actief moeten stellen. Het loonrisico van art. 7:628 BW ligt bij de werkgever, nu in het arrest Van der Gullik/Visser en Partners (HR 21 maart 2003, **JAR 2003/91**) is bepaald dat het risico van het niet tewerkstellen bij de werkgever ligt en deze gehouden is het loon door te betalen. Dit loon zal gebaseerd zijn op het functioneren als statutaire bestuurder, nu een andere basis veelal niet voorhanden zal zijn. Deze risicoverdeling geldt zelfs indien de schorsing aan de werknemer is te wijten, bijvoorbeeld omdat hij zich heeft misdragen.

Bevoegde rechter

De Kantonrechter Rotterdam en de Voorzieningenrechter aldaar hebben zich gebogen over de vraag wie de bevoegde rechter is bij het ontslag van een statutaire directeur (7 en 14 december 2004, **JAR 2005/39**).
Vorstenburg was statutaire directeur bij Heijmans Beton- en Waterbouw BV te Zaltbommel. Hij nam eind 2004 zelf ontslag uit die functie onder instandhouding

van zijn arbeidsovereenkomst (nota bene: het arrest Ciris/Bartelink was nog niet gewezen, anders had Vorstenburg geweten dat zijn halve ontslagname een verbreking van beide rechtsrelaties tot gevolg had). Hierop ontsloeg de algemene vergadering van aandeelhouders hem niettemin uit beide rechtsbetrekkingen en wel met onmiddellijke ingang. Vorstenburg riep de nietigheid van het ontslag in en baseerde zich op art. 6 en 9 BBA. Hij wendde tot de kantonrechter. Art. 2:241 BW bepaalt dat de rechtbank (sector civiel) kennis neemt van alle rechtsvorderingen betreffende de overeenkomst tussen de bestuurder en de vennootschap, evenals van ontbindingsverzoeken ex art. 7:685 BW. Volgens Vorstenburg was hij geen directeur meer, dus had hij zich terecht tot de kantonrechter gewend. De kantonrechter volgde dat betoog niet: zoals de rechtbank bevoegd is kennis te nemen van ontbindingsverzoeken nadat het vennootschapsrechtelijke ontslag reeds is geëffectueerd, zo zou de rechtbank evenzeer bevoegd zijn indien de directeur zelf ontslag had genomen. De kantonrechter zet vervolgens een andere pet op, wacht tot procureurstelling heeft plaatsgevonden, en oordeelt met instemming van partijen een week later alsnog over de vermeende nietigheid van de opzegging. Die nietigheid was er volgens de voorzieningenrechter niet, omdat de heersende opvatting is dat een vennootschapsrechtelijk ontslagen directeur niet de bescherming van art. 6 BBA genieten, tenzij deze ex-directeur nog een andere functie bij de werkgever vervult of hij feitelijk is blijven werken na zijn vennootschapsrechtelijke ontslag. Deze situaties deden zich niet voor. Opvallend is dat de rechter zich impliciet aansluit bij het arrest Ciris/Bartelink, dat toen nog niet was gewezen.
Zie over deze twee zaken o.a. L.G. Verburg in Arbeidsrecht 2005/43 ("De bestuurder beschermd: effecten van dualiteit op de positie van de statutaire directeur").

2. **Overgang van onderneming**

Werknemersbegrip: wie gaat over?

De regel bij overgang van onderneming is, dat een werknemer op het moment van overgang in dienst moet zijn bij de onderneming die overgaat als hij aanspraak wil maken op de bescherming die de artikelen 7:662 e.v. BW bieden. Dus: is een werknemer gedetacheerd door de moedermaatschappij, maar gaat de dochtermaatschappij waar hij feitelijk werkt over, dan gaat hij niet mee over. Een

voorbeeld hiervan biedt een uitspraak van de Voorzieningenrechter Den Haag van 22 februari dit jaar (**JAR 2005/63**). Deze uitspraak lijkt mij juist en is in lijn met HvJEG 2 december 1999, **JAR 2000/31.**

Hetzelfde lot treft de ex-werknemer, wiens arbeidsovereenkomst reeds geëindigd is vóór de datum van overgang. Dan is er op het moment van overgang geen arbeidsovereenkomst meer in de zin van art. 7:663 BW en gaat dus niets over. Dit is voor de verkrijger van belang, bijvoorbeeld indien de vervreemder is veroordeeld tot het betalen van een vergoeding aan de werknemer en vervolgens niet thuis geeft. De ex-werknemer kan dan niet bij de verkrijger aankloppen. Anders ligt dat indien de arbeidsovereenkomst weliswaar is opgezegd, maar de opzegtermijn nog loopt op het moment van overgang. Op dat moment is art. 7:663 BW zonder restrictie van toepassing en draait de verkrijger op voor handelen van de vervreemder.

De vraag is of deze overwegingen van belang zijn bij schorsing van de werknemer. Gaat een geschorste werknemer mee over? In principe is dat het geval indien hij op het moment van overgang nog in dienst is. Als het criterium zou zijn dat feitelijke werkzaamheid vereist is, dan zouden bijvoorbeeld zieke werknemers ook niet mee overgaan en tussen wal en schip vallen. Daarom oordeelde het Hof 's-Gravenhage in de zaak Memedovic/Asito (HR 11 februari 2005, **JAR 2005/67**) dat Memedovic, hoewel geschorst, was overgegaan.

Daarmee zat het hof op het verkeerde spoor. De casus was namelijk een bijzondere. Memedovic was eerder naar aanleiding van klachten van de opdrachtgever (de politie Rotterdam) door haar werkgever Asito (een schoonmaakbedrijf) geschorst. Tijdens haar schorsing (en haar inmiddels ingetreden arbeidsongeschiktheid) werd de betreffende schoonmaakopdracht overgenomen door schoonmaakbedrijf City Service. Op grond van art. 46 lid 3 van de CAO voor het schoonmaakbedrijf is de verkrijger van een opdracht onder zekere voorwaarden (onder andere dat de werknemer "werkzaam is op het project") verplicht al het personeel van de vorige opdrachtnemer over te nemen. Asito stelde zich op het standpunt dat de werkneemster op grond van overgang van onderneming was overgegaan naar City Service. De kantonrechter volgde deze stelling niet, het hof, zoals gezegd, wel. De Hoge Raad casseerde de uitspraak van het hof. Hij oordeelde dat Memedovic niet gezien kon worden als werknemer in de zin van art. 7:663 BW, nu zeker was dat zij nooit zou terugkeren op het betreffende, overgedragen project.

Dit is als volgt te verklaren. Het criterium dat de werknemer in dienst moet zijn om over te gaan, wordt irrelevant indien alle werknemers bij dezelfde werkgever in dienst zijn en vervolgens een onderdeel van de onderneming overgaat. Dan wordt een ander criterium belangrijk, en dat criterium heeft het HvJEG in het arrest Botzen uit 1987 (7 februari 1985, *NJ* 1985, 902) geformuleerd: uitgemaakt moet worden wie "behoren bij" het betreffende onderdeel dat overgaat. Dat is niet altijd een uitgemaakte zaak. Denk hierbij aan de situatie dat een werknemer voor verschillende onderdelen tegelijk werkt en één of meer van deze onderdelen overgaan. Noch het arrest Botzen, noch enige andere mij bekende uitspraak biedt hier voldoende houvast. In de zaak Memedovic/Asito kon de Hoge Raad het Botzen-criterium ("behoren bij de overgedragen onderneming") wel toepassen. De Hoge Raad overweegt dat de werkneemster, nu zij is geschorst en terugkeer is uitgesloten, niet bij de overgedragen onderneming behoort. Let wel: het gaat hier om overgang van een onderdeel – de schoonmaakklus bij de betreffende opdrachtgever. Was Asito in haar geheel overgegaan, dan wordt het Botzen-criterium irrelevant, nu de vraag naar wie bij welk onderdeel hoort geen rol speelt (iedereen gaat dan immers over). Het hof had dit onderscheid niet gemaakt en oordeelde dat nu Memedovic in dienst was bij Asito op het moment van overgang, de automatische overgang van haar arbeidsovereenkomst naar City Service het gevolg was. De Hoge Raad heeft om die reden het arrest van het hof, mijns inziens terecht, gecasseerd. De vraag is echter of de Hoge Raad dit onderscheid exact voor ogen had. Wat cryptisch is immers de volgende overweging: "Hierbij zij aangetekend dat aan de feitelijke status van de betrokken werknemer – zij is blijvend van het project gehaald – in dit verband meer gewicht toekomt dan aan diens formele status."

Interessant in deze uitspraak is de link die de Hoge Raad legt met het ondernemingsbegrip. De Hoge Raad haalt rechtspraak van het Hof van Justitie aan, waaruit blijkt dat schoonmaakwerkzaamheden hun kwalificatie als (onderdeel van een) onderneming ontlenen aan de als economische eenheid te beschouwen groep van werknemers die de betrokken werkzaamheden duurzaam als een gemeenschappelijke activiteit verrichten. Een dergelijke onderneming gaat pas over in de zin van de richtlijn, indien de verkrijger niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar daarbij tevens een wezenlijk deel van het personeel overneemt dat de vervreemder speciaal voor die taak had ingezet. Zie hierover onder meer JAR Verklaard juli – november 2004. "In zulk een geval", aldus de Hoge Raad, "stelt ook

de bijzondere aard van dat onderdeel van de onderneming eisen aan de band tussen dat onderdeel en het daarbij betrokken personeel. Memedovic, die zonder enig vooruitzicht op terugkeer in haar oude functie was geschorst, maakt daardoor niet langer deel uit van de als economische eenheid te beschouwen groep van werknemers, die, speciaal daartoe ingezet door de oude ondernemer, duurzaam, dat wil zeggen: met een zekere continuïteit , een gemeenschappelijke activiteit verrichten."
Zie over deze zaak tevens mijn artikel in *ArbeidsRecht* 2005, 27 ("Overgang van onderneming, wie gaat mee, wie blijft achter, wie valt tussen wal en schip?").

Ondernemingsbegrip

Na arresten als Süzen (HvJEG 11 maart 1997, **JAR 1997/91**), Finse Busmaatschappijen (HvJEG 25 januari 2001, **JAR 2001/68**) en Sodexho (HvJEG 6 november 2003, **JAR 2003/298**) is duidelijk dat het voor de praktijk van belang is geworden vast te stellen in welke sector een overgang van onderneming plaatsvindt. Is de sector als arbeidsintensief te kenschetsen, dan zal de overname van een gering deel van het personeel veelal geen overgang van onderneming bewerkstelligen. Omgekeerd is een overname van een onbeduidend deel van de materiële activa in de niet-arbeidsintensieve sector een belangrijke aanwijzing dat geen sprake is van een overgang van onderneming. In die situatie kan het feit dat de verkrijger vrijwel al het personeel heeft overgenomen het niet-overgenomen personeel in principe niet baten. Het onderscheid tussen arbeidsintensief en niet-arbeidsintensief is overigens niet eenvoudig te maken. Hoe pakt de tweedeling uit ten aanzien van een garagebedrijf, een bloemen- en plantenexporteur, een cateraar? Wat de bloemen- en plantenexporteur betreft is te wijzen op het arrest Wesselman Bloemenexport/Veenman van HR 10 december 2004 (**JAR 2005/14**). Volgens A-G Verkade ging het in deze zaak niet om een sector "waarin de materiële of immateriële activa voor de activiteit zonder belang zijn, noch een sector waarin (inkoop-)arbeid de meest belangrijke factor is"(r.o. 3.19 van de conclusie). De Hoge Raad ging op dit punt niet expliciet in en concludeerde dat een overgang van onderneming had plaatsgevonden.

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, beginnend bij de zaak Spijkers (HvJEG 18 maart 1986, *NJ* 1987, 502), blijkt dat de overname van een wezenlijk deel van het personeel dan wel materiële activa van betekenis niet de enige factoren zijn die er toe doen. In het arrest Verbeek/Process House (HR 10 december 2004, **JAR 2005/13**) kwam een van deze factoren expliciet aan de orde. De casus was als volgt.
Werknemer Verbeek was in 1976 in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) Hovap International (Holland) BV (verder: Hovap). In het voorjaar van 1998 voerde Hovap in verband met ontwikkelingen in haar belangrijkste afzetmarkt, de voedings- en genotmiddelenindustrie, een reorganisatie door. Hierbij werd besloten de activiteiten op het gebied van het ontwerpen, monteren en automatiseren van procesinstallaties te beëindigen en collectief ontslag aan te vragen voor de 43 op deze afdelingen werkzame werknemers. Verbeek behoorde tot deze groep. Na toestemming van de RDA werd de dienstbetrekking van Verbeek tegen 30 april 1999 opgezegd. In juli 1998 had Hovap inmiddels de afgestoten bedrijfsactiviteiten daadwerkelijk beëindigd. Kort daarna werden van de 43 ontslagen werknemers 24, na sollicitatiegesprekken, in dienst genomen door Process House. Process House nam bovendien een aantal activa over van Hovap, zoals gereedschappen, werk- en tekentafels en montagewagens. Voorts heeft Process House een aantal door Hovap aangevangen projecten afgerond. Volgens Verbeek bewerkstelligden deze handelingen een overgang van onderneming in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW. Voor de kantonrechter te Sneek vorderde hij van Process House het loon vanaf 24 augustus 1998 (de volgens Verbeek geldende datum van overgang) tot het moment dat aan de arbeidsovereenkomst een rechtsgeldig einde zou zijn gekomen. De kantonrechter oordeelde in zijn eindvonnis van 3 november 1999 dat geen sprake was geweest van een overgang van onderneming, nu niet was gebleken dat Process House de werknemers, de klantenkring of immateriële activa van Hovap had overgenomen. Bovendien werden de door Process House overgenomen activiteiten vanuit een ander pand verricht.
In hoger beroep bij de Rechtbank Leeuwarden had Verbeek evenmin succes. Enkele door de rechtbank behandelde grieven zijn de moeite van het vermelden waard. Ten aanzien van de grief van Verbeek dat de kantonrechter had miskend dat Process House wel degelijk (een wezenlijk deel van) het personeel van Hovap had overgenomen, oordeelde de rechtbank dat Verbeek niet had betwist "dat Process House slechts 24 van de 43 door de reorganisatie getroffen werknemers in dienst

heeft genomen en evenmin dat daaraan sollicitatiegesprekken met ongeveer dertig van deze werknemers, waaronder Verbeek zelf, zijn voorafgegaan. Met name het feit dat eerst een selectieprocedure heeft plaatsgevonden, die klaarblijkelijk tot gevolg heeft gehad dat een aantal gegadigden niet zijn aangenomen, staat er aan in de weg om aan te kunnen nemen dat van een overname van werknemers sprake is geweest."
De tweede grief van Verbeek hield in dat de kantonrechter had miskend dat Process House de klantenkring van Hovap had overgenomen. Een dergelijke overname is een aanwijzing (een van de factoren uit het arrest Spijkers) dat sprake is van een overgang van onderneming. De rechtbank stelde, onder andere, dat Process House en Hovap al langer in hetzelfde marktsegment opereerden en elkaars concurrenten waren geweest. Bovendien hechtte de rechtbank waarde aan de stelling van Process House dat deze zelf de betreffende opdrachtgevers van Hovap had benaderd en met hen over het verkrijgen van nieuwe opdrachten had onderhandeld – van een overdracht van de klantenkring zou dus geen sprake zijn geweest. Wat de afgemaakte projecten betrof: volgens de rechtbank maakten die slechts een klein onderdeel uit van de omzet van de totale door Process House uitgevoerde activiteiten. De overdracht van deze activiteiten betekende dus niet dat Process House in zijn algemeenheid de activiteiten van Hovap had voortgezet. Op grond van deze en andere, hier niet besproken, overwegingen kwam de rechtbank tot de conclusie dat "gezien de feitelijke omstandigheden die de betreffende transactie kenmerken, van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW geen sprake is geweest. In feite heeft zich niets meer voorgedaan dan dat Process House haar reeds bestaande marktaandeel op het gebied van grote bouw- en installatieprojecten heeft kunnen uitbreiden door het in dienst nemen van een aantal bij Hovap overbodig geworden werknemers en materiële activa. De identiteit van het door Hovap afgestoten deel van haar onderneming is hierbij niet behouden gebleven. Artikel 7:663 BW is in het onderhavige geval dan ook niet van toepassing, zodat de verplichtingen van Hovap als voormalig werkgever van Verbeek niet op Process House zijn overgegaan." Verbeek stelde beroep in cassatie in.
De Hoge Raad casseert de uitspraak van de rechtbank. Hij stelt vast dat voor het antwoord op de vraag of een onderneming is overgegaan van belang kan zijn dat vrijwel alle personeelsleden door de verkrijger zijn overgenomen. Onderdeel 1 van het middel betoogt daarom terecht dat daarbij niet terzake doet dat aan de indiensttreding van de 24 werknemers een sollicitatie- en selectieprocedure is

voorafgegaan en of daarbij een aantal sollicitanten (onder wie Verbeek) is afgevallen. Aan het doel dat met de Richtlijn overgang van ondernemingen wordt beoogd – het behoud van de rechten van werknemers bij verandering van eigenaar – zou op onaanvaardbare wijze afbreuk worden gedaan indien deze omstandigheden in de weg zouden staan aan het meewegen van de overneming van de desbetreffende werknemers bij de beantwoording van de vraag of hier sprake is van een overgang van onderneming. Dat lijkt mij logisch, omdat er anders van de bescherming weinig overblijft. Het feit dat de verkrijger na een selectie- en sollicitatiefase heeft besloten bepaalde personeelsleden uit te zonderen van overname, is dus op zichzelf beschouwd niet van belang voor het antwoord op de vraag of een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Zoals A-G Verkade stelt (r.o. 5.5): Het gaat er niet om hóé het personeel is overgenomen, doch dát het personeel is overgegaan. "Aan het doel dat met de richtlijn wordt beoogd (…) wordt afbreuk gedaan indien door een dergelijke omstandigheid de personeelsovername niet als factor zou kunnen meewegen."

Wel had de rechtbank volgens de Hoge Raad terecht overwogen dat het belang dat moet worden gehecht aan het feit dat de voor en na overgang verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen – in het algemeen een aanwijzing dat een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden (ook een Spijkers-factor") – in casu op nihil moest worden gesteld, gelet op het feit dat Process House voor de overgang reeds vergelijkbare activiteiten verrichtte.

Het uitgangspunt van de Hoge Raad dat het belang van de mate waarin de ondernemingsactiviteiten voor en na de overgang met elkaar overeenkomen in een situatie dat vervreemder en verkrijger in hetzelfde marktsegment opereren "op nihil" moet worden gesteld, lijkt mij juist. In die situatie is immers vrijwel altijd sprake van een hoge mate van overeenstemming tussen de voor en na overgang verrichte activiteiten, waarmee de werknemer die wenst te zijn overgegaan een argument in de schoot wordt geworpen. Uiteraard is ook dan denkbaar dat de verkrijger alsnog geheel andere activiteiten gaat ontplooien met de door hem overgenomen activa; in een dergelijke situatie zal deze factor alsnog moeten worden meegewogen.

Overgangsgbegrip

Twee arresten verdienen bespreking, een uitspraak van het Hof Amsterdam van 18 november 2004 (**JAR 2005/95**) en een uitspraak van het EG-Hof (HvJEG 26 mei 2005, **JAR 2005/205**). Het Amsterdamse Hof oordeelde ten aanzien van een contractswisseling in de schoonmaakbranche dat geen sprake was geweest van een overgang van onderneming, nu tussen de verliezer en de verkrijger van de opdracht geen overdracht krachtens overeenkomst had plaatsgevonden. "Integendeel", aldus het hof, "in haar brief (…) vraagt Maas & Waal (degene die de opdracht verloor, RMB) te worden bekend gemaakt met de naam van de nieuwe aannemer." Een letterlijke interpretatie van de term "overgang krachtens overeenkomst" zou inderdaad tot die conclusie leiden. Maar het hof had behoren te weten dat een zogenaamde overgang in twee fasen, zoals een contractswisseling, door het EG-Hof al meerdere malen als overgang krachtens overeenkomst is betiteld. Nergens wordt de eis gesteld dat vervreemder en verkrijger elkaar kennen, als de tussenliggende schakel maar met beide partijen contact heeft gehad. Zie o.a. HvJEG 10 februari 1988, *NJ* 1990, 423, HvJEG 25 januari 2001, **JAR 2001/68** en HvJEG 24 januari 2002, **JAR 2002/47**. Zie ook het hiervoor behandelde arrest Memedovic/Asito, waar evenzeer sprake was van een overgang in twee fasen.

In de zaak Celtec/Astley e.a. (HvJEG 26 mei 2005, **JAR 2005/205**) stond de vraag centraal op welk moment werknemers bij een overgang van onderneming overgaan. Is dat tegelijk met de overname van de onderneming (die dan, op zichzelf beschouwd, uiteraard niet vooral uit het personeel bestaat, zoals bij schoonmaakondernemingen) of kan dat ook op een eerder of later moment zijn, al naar gelang de wensen van vervreemder en verkrijger? Het Hof verwijst naar eerdere rechtspraak en stelt dat de overgang van de arbeidsovereenkomsten noodzakelijkerwijs plaatsvindt op hetzelfde tijdstip als dat van de overgang van de onderneming en niet naar goeddunken van de vervreemder of de verkrijger naar later kan worden verschoven. Dat lijkt redelijk, omdat anders de bescherming van de werknemers in het gedrang kan komen. Denk hierbij aan de aansprakelijkheidsregel van art. 7:663, laatste zin BW, die geheel zou kunnen worden ontlopen door het tijdstip van overgang van werknemers op een jaar vóór de overgang van de onderneming te stellen. Een verkrijger zou zelfs in de arbeidsintensieve sector een overgang van onderneming kunnen tegenhouden door in het geheel geen personeel over te nemen, althans niet op het moment van overgang.

De vraag is echter of dat tijdstip niet kan worden verschoven met instemming van de werknemer, bijvoorbeeld door af te spreken dat hij nog enige tijd in dienst blijft van de vervreemder en op detacheringsbasis bij de verkrijger werkzaam zal zijn. Vooral in deze zaak was een dergelijke afspraak goed denkbaar. In casu was namelijk sprake van privatisering van een overheidsdienst. Deze privatisering vond plaats in 1990, doch het betrokken personeel had gebruik gemaakt van de mogelijkheid bij de vervreemder aangesteld te blijven als ambtenaar en gedetacheerd te worden bij de verkrijger. Een dergelijke afspraak leek mij tot dit arrest zowel in de private als publieke sector geldig, mits vervreemder en personeel het daar over eens waren: de overgang van het personeel naar de verkrijger is immers niet een verplichting. Na de overgang behield het personeel derhalve volgens afspraak de ambtenarenstatus en was de vervreemder nog immer hun werkgever. Dat was voor het personeel waarschijnlijk de beste oplossing. Een privatisering bewerkstelligt immers geen overgang van onderneming indien de betrokken ambtenaren onder een "publiek statuut" vallen. Hun wordt daarmee de bescherming van Richtlijn 2001/23 onthouden (zie HvJEG 14 september 2000, **JAR 2000/225**). In sommige gevallen kan het aantrekkelijker zijn de ambtenarenstatus te behouden. Na drie jaren trad het personeel alsnog als werknemer in dienst van de verkrijger. De kwestie betrof in feite de vraag of het dienstverband van het personeel als ononderbroken moest worden beschouwd of niet. De prejudiciële vragen gingen echter veeleer over het tijdstip van overgang.

Het Hof lijkt voormelde detacheringsafspraken onmogelijk te maken. Het tijdstip van overgang kan immers niet door een afspraak opzij worden gezet, ook niet door de werknemer (of, in casu: de ambtenaar), zelfs niet met instemming van de werknemersvertegenwoordigers (r.o. 37 van het Hof). De bescherming die de werknemer wordt geboden is immers van openbare orde. Door de uitspraak van het Hof ontstaat een merkwaardige situatie: als de detacheringsafspraak niet mogelijk was, ging het personeel waarschijnlijk ten tijde van de privatisering in het geheel niet over, want als ambtenaar hadden zij überhaupt niet kunnen overgaan. De beantwoording van de prejudiciële vraag biedt geen oplossing voor dit probleem, nu hiervoor niet de juiste vraag is gesteld. Het arrest roept ook de vraag op welke waarde moet worden gehecht aan onze nationale rechtspraak, waarin de mogelijkheid van permanente detachering van ambtenaren eerst niet, maar later wel mogelijk werd geacht (zie HR 20 juni 1997, **JAR 1997/154**, CRvB 22 februari 2001,

TAR 2002, 77 en CRvB 31 januari 2002, *TAR* 2002, 89). In het kader van een overgang van onderneming lijkt een permanente detachering bij de verkrijger niet langer mogelijk te zijn.