

Onder Professoren

4 oktober 2016

Actualiteiten Overgang van Onderneming

Ronald M. Beltzer

Te behandelen

1. Ondernemingsbegrip
2. Informatieplicht
3. Overgang wettelijke regelingen
4. Ontslagbescherming
5. Prepack en art. 7:666 BW

1. Ondernemingsbegrip

- Spijkersfactoren (1986) – in principe ongewijzigd, maar enkele nuanceringen.
- Onderscheid kapitaal- en arbeidsintensief (Süzen, Finse Busmaatschappijen, Sodexho).
- Ging steeds om contractwisselingen.
- Speelt onderscheid ook bij ‘normale’ overgang?
- Ja, zie HvJEU 9 september 2015, *JAR* 2015/260 (Air Atlantis).

Air Atlantis

- Werknemers Air Atlantis worden in 1993 collectief ontslagen, TAP (grootaandeelhouder) zet chartervluchten voort.
- TAP neemt huur vliegtuigen, charterovereenkomsten en kleine uitrusting over.
- Werknemers: ontslag ongeldig, overgang van onderneming. Zij spreken de Staat Portugal aan.
- Supremo Tribunal Portugal: vestiging Air Atlantis is gekoppeld aan een niet-overdraagbare licentie, “waardoor onmogelijk sprake kan zijn van de overgang van een vestiging.”

Air Atlantis

- Hof: voortzetting chartervluchten wijst op overname klanten, deel personeel is ook overgenomen.
- Niet relevant is dat onderneming Air Atlantis is geïntegreerd in onderneming TAP, nu een band is blijven bestaan tussen verschillende factoren (cf. Klarenberg, HvJEG 12 februari 2009, *JAR* 2009/92).
- Luchtvaart is kapitaalintensief (r.o. 29).
- Zie ook Hof Amsterdam 21 juli 2015, *JAR* 2015/205 (Martinair).
- Kortom: holistische weging blijft, maar onderscheid kapitaal- en arbeidsintensief evenzeer.

Aira Pascual

- HvJEU 26 november 2015, C-509/14.
- ADIF (overheidsbedrijf) besteedt “overladen van intermodale transporteenheden” uit aan Algeposa.
- Werkzaamheden vinden plaats op bedrijfsterrein ADIF.
- ADIF detacheert deel personeel bij Algeposa – doel: opleiding door onderdompeling.
- ADIF wil na ruim vijf jaar diensten zelf verrichten.
- Algeposa zegt collectief ontslag aan.
- Aira Pascual: overgang van onderneming naar ADIF.
- Rechtbank: ontslag kennelijk onredelijk, ADIF moet kleine € 29k betalen.

Aira Pascual

- Appel ADIF bij Hof van autonome regio Baskenland.
- Prejudiciële vraag: is Spaans recht, inhoudende dat bij *insourcing* een overheidsdienst niet het personeel van de opdrachtnemer hoeft over te nemen, richtlijnconform?
- Hof: insourcing kan ook overgang onderneming zijn (zie arrest CLECE).
- Hof: dat activa geen eigendom van Algeposa was, maar van ADIF, maakt niet uit (zie arrest Sodexho).
- Hof: geen overname wezenlijk deel personeel is irrelevant als, zoals hier, uitrusting de voornaamste factor van de activiteit is (zie arrest Sodexho).

Hof Den Bosch 11 augustus 2015, *JAR 2015/243*

- Werknemer treedt in 2002 in dienst bij HVB, komt in 2007 relatiebeding overeen.
- 1 oktober 2008: overname Co & Co. Werknemer treedt in dienst bij Accountants & Co (zelfde concern) wegens “eisen WTA en alle aanverwante wet- en regelgeving”.
- 8 december 2008: Co & Co wijzigt naam in ARP.
- 1 januari 2010: werknemer treedt in dienst bij ARP “vanwege te grote druk op interne administratie”. Alle bedingen uit de arbeidsovereenkomst blijven onverkort van toepassing.

Hof Den Bosch 11 augustus 2015, *JAR* 2015/243

- Werknemer zegt op tegen 1 april 2014 om bij klant in dienst te treden.
- ARP beroept zich op relatiebeding, werknemer stelt dat dat er niet (schriftelijk) is. Ktr. schorst relatiebeding.
- Hof: Accountants & Co en ARP hebben in 2008 HVB overgenomen. Enige reden dat werknemer bij Accountants & Co in dienst kwam hing samen met eisen WTA en AFM.
- Hof past Klarenberg-doctrine toe (12 februari 2009, *JAR* 2009/92): functionele band is blijven bestaan, dus overgang onderneming in 2008.

Hof Den Bosch 11 augustus 2015, *JAR 2015/243*

- Ook in 2010 was er een overgang: van Accountants & Co naar ARP.
- Kortom: twee keer een overgang van onderneming mét het relatiebeding.
- Hof: niet relevant is dat instemming van werknemer is gevraagd, geen contractsovername.
- Belang werknemer géén overgang onderneming: schriftelijkheidsvereiste. Geldt niet bij overgang onderneming (HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 235 - Ibes/Atmos).

Hof Den Bosch 11 augustus 2015, *JAR* 2015/243

- Enkele overgang is geen zwaarder drukken in zin AVM-arresten.
- Opmerkelijk is dat Hof Den Bosch Klarenberg-leer toepast op overgang naar twee verschillende vennootschappen. Dit is een novum.
- Verruiming in casu m.i. geen bezwaar. Overgang vond plaats in zelfde concern, dus functionele band was sneller aan te nemen.

2. Informatie en consultatie in Richtlijn 2001/23 – artikel 7

1. De vervreemder en de verkrijger moeten de vertegenwoordigers van hun eigen werknemers die bij een overgang zijn betrokken, informatie verstrekken over:

- de datum of de voorgenomen datum van de overgang;
- de reden van de overgang;
- de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers;
- de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.

De vervreemder moet deze informatie tijdig vóór de totstandkoming van de overgang aan de vertegenwoordigers van zijn werknemers verstrekken.

De verkrijger moet deze informatie tijdig aan de vertegenwoordigers van zijn werknemers verstrekken, en in ieder geval voordat deze werknemers in hun arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden rechtstreeks door de overgang worden getroffen.

2. Wanneer de vervreemder of de verkrijger ten aanzien van hun eigen werknemers maatregelen overwegen, zijn zij verplicht de vertegenwoordigers van hun eigen werknemers tijdig over deze maatregelen te raadplegen teneinde tot een akkoord te komen.

Artikel 7

4. De in dit artikel bedoelde verplichtingen gelden ongeacht of de beslissing betreffende de overgang door de werkgever wordt genomen of door een onderneming die zeggenschap heeft over de werkgever.

Bij onderzoek van beweerde gevallen van niet-nakoming van de in deze richtlijn bedoelde verplichtingen inzake informatie en raadpleging, wordt geen rekening gehouden met een eventueel verweer van de werkgever op grond van het feit dat een onderneming die zeggenschap over hem heeft, hem de noodzakelijke informatie niet heeft verstrekt.

6. De lidstaten bepalen dat, indien er in een onderneming of vestiging, om redenen buiten hun wil om, geen vertegenwoordigers van de werknemers zijn, de betrokken werknemers vooraf in kennis moeten worden gesteld van:
 - de datum of de voorgenomen datum van de overgang,
 - de redenen van de overgang,
 - de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers,
 - de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.

Inlichtingen individuele werknemers

- Richtlijn gaat uit van informatie aan collectief – tenzij dat er niet is. Nederland: OR, PVT.
- Gebrek aan collectief: art. 7:665a BW.
- Algemene plicht uit art. 7:611 BW? Verhulp in NJ-noot Bos/Pax: neen. Zie ook art. 7:655 BW.
- Zie echter Hof Amsterdam 22 december 2015 (ECLI:NL:GHAMS:2015:5445): werkgever moet werknemers inlichten.
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 6 september 2016 (ECLI:NL:GHSHE:2016:4043): geen individuele voorlichting gevolgen overgang.

Art. 7:665a BW

- Niet in de WOR opgenomen.
- Geschillenregeling niet van toepassing.
- Begrippenkader uit WOR wijkt af van dat van BW.
- Overtreding is een onrechtmatige daad.
- Waarom alleen geldig als er geen OR is?

HR 26 juni 2009, JAR 2009/183 (Bos/Pax)

- Bos werkte sinds 1980 bij DE in de logistiek.
- 2003: Zijn afdeling gaat over naar Pax (speciaal opgericht). Personeel gaat naar Detrex BV.
- Brief: u behoudt uw arbeidsvoorwaarden.
- OR was akkoord gegaan.
- Uit uitgelekte stukken (verzoekschrift bij Ktr. Heerenveen) blijkt dat men overgang van onderneming heeft willen voorkomen.

Bos/Pax

- 2005: Detrex ontslaat personeel per 1-1-2006; personeel kan bij Pax in dienst treden.
- Brief: Pax wil harmoniseren.
- Hof in appel: geen overgang van onderneming in 2003 of 2006, want:
 - In 2003 ging geen personeel over.
 - In 2006 ging geen onderneming over.

De HR en de informatieplicht

- HR: Uit goed werkgeverschap vloeit voort dat de werkgever zijn werknemers juist inlicht over de gevolgen van een uitbesteding van werkzaamheden.
- Gebeurt dat niet, dan kan niet gezegd worden dat de werknemer uit vrije wil niet mee is overgegaan (vgl. HR 26 mei 2000, *JAR* 2000/152 – Van Vuuren).
- In casu waren werknemers en activiteiten in twee verschillende vennootschappen ondergebracht: aan werknemers was niet de keuze gegeven “mee te gaan” naar de vennootschap die de activiteiten voortzette.

Gevolgen Bos/Pax

- Gevolg uitspraak: Bos was met terugwerkende kracht in dienst getreden van Pax, en wel vanaf het moment dat de werkzaamheden aan Pax waren overgedragen (2003). Zie Hof Arnhem 26 april 2011, *JAR* 2011/170.
- Relevant voor praktijk: het splitsen van activiteiten en personeel is niet ongebruikelijk. Zonder fatsoenlijke voorlichting over de gevolgen hiervan – en het voorleggen van de keuze mee over te gaan – handelt de werkgever in strijd met art. 7:611 BW en kan alsnog een overgang van onderneming hebben plaatsgevonden.

HR 26 oktober 2007, *JAR* 2007/285 (Rabobank/Allard-van Kuijck)

- Werkneemster Allard was sinds 1981 in dienst van de Rabobank, laatstelijk als reismedewerkster.
- 2003: Rabobank maakt bekend reisafdeling over te dragen. Overleg over sociaal plan mislukt.
- Koper Globe kan “om bedrijfseconomische redenen” Rabobank-arbeidsvoorwaarden niet overnemen.
- Anders gaat overname niet door.

Rabobank/Allard-van Kuijck

- Personeel krijgt per brief van 1 augustus de keuze voor 1 september te beslissen:
 1. af te zien van arbeidsvoorwaarden en over te gaan of
 2. achter te blijven: dan zoekt de bank maximaal twee maanden naar ander werk. Eventueel vergoeding van twee maandsalarissen.
- Rabobank wijst op gevaar WW-weigering.
- Werkneemster kiest voor overgang en verliest 29% van arbeidsvoorwaarden.
- Zij eist na overgang € 12 000 wegens schending goed werkgeverschap.

De Hoge Raad oordeelt

- A-G Langemeijer: “Gij zult niet een ander op het verkeerde been zetten.”
- HR: Rabobank heeft versluisde informatie gegeven.
- Werkneemster wordt opgescheept met dilemma dat niet het hare is.
- Rabobank heeft druk gelegd op werknemers om “solidair” te zijn met andere werknemers.
- Bedrijfseconomische redenen kunnen alleen een rol spelen bij eventueel ontslag.
- Werkgever mag niet ervan uitgaan dat werknemers zich wel goed laten voorlichten.

Hof Amsterdam 22 december 2015

- Werknemers sluiten in 1993 en 2006 arbeidsovereenkomsten met Stas.
- Werknemers tekenen geheimhoudingsbeding.
- 9 april 2010: Stas verkoopt onderneming aan Stas nieuw per 1 mei 2010.
- Werknemers zeggen medio april arbeidsovereenkomst op.
- Stas: arbeidsovereenkomsten eindigen per 31 mei (dus na de overgang).
- Werknemers treden in dienst bij Repa Transportbanden BV – concurrent.

Hof Amsterdam 22 december 2015

- Hoofdregel: relatiebeding gaat over naar Stas nieuw, nu op moment overgang arbeidsovereenkomsten nog bestonden.
- Hof: werkgever heeft inlichtingenplicht jegens individuele werknemers bij overgang van onderneming geschonden. (r.o. 3.5).
- Werknemers wilden niet mee overgaan. Normaal rechtsgevolg: einde van rechtswege (Van Vuuren-arrest).

Hof Amsterdam 22 december 2015

- Werknemers voelden zich hier gebonden aan de opzegtermijn, omdat Stas daar melding van maakte.
- Vraag of geheimhoudingsbeding is overgegaan "kan in het midden blijven", omdat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als Stas er een beroep op zou doen.

Ktr. Utrecht 28 oktober 2015

- Werknemer werkte sinds 2000 bij Tritanium, 40 uur per week. 2014: overgang naar MTC.
- Werknemer krijgt beëindigingsovereenkomst ter ondertekening voorgelegd (€ 30k mee).
- Arbeidsovereenkomst eindigt per 30 juni 2014.
- Werknemer tekent arbeidsovereenkomst voor een jaar met overnemer Falck, ingaande 1 juli 2014.
- Na een jaar wenst Falck de arbeidsduur terug te brengen van 40 naar 16 uur.
- Werknemer: ik ben krachtens overgang van onderneming bij Flack in dienst gekomen.

Ktr. Utrecht 28 oktober 2015

- Falck: werknemer tekende beëindigingsovereenkomst, op moment overgang was er geen arbeidsovereenkomst meer, dus ook geen overgang.
- Ktr.: bescherming werknemer is van openbare orde, hij kan er niet van afzien.
- Ktr.: in de gegeven omstandigheden volgt uit art. 7:611 BW dat MTC de werknemer had moeten inlichten. Verwijzing naar Bos/Pax.
- Ktr.: nu heeft werknemer niet uit vrije wil gekozen.

Hof Amsterdam 23 juni 2015

- Werknemer werkt bij RMO (tapijthandel), krijgt juli 2008 aanbod van eigenaar winkel over te nemen.
- Doet dit niet, winkel gaat over 1 januari 2009 over op X.
- Werknemer hoort op 5 januari van X: ik zou geen personeel overnemen.
- Werknemer heeft vanaf 1 januari geen loon ontvangen van RMO of X.
- Werknemer vordert loon en schade van RMO en X.
- Ktr. wijst vorderingen af.

Hof Amsterdam 23 juni 2015

- Werknemer: er was geen overgang, dus ik kan oude werkgever aanspreken.
- Hof: die was er wel, want hele winkel is voortgezet (gaat niet in op arbeids-/kapitaalintensief).
- Hof: RMO is tot jaar na overgang aansprakelijk, en alleen voor oude schulden, dus werknemer kan RMO niet aanspreken voor alles na 1 januari 2009.
- Voorts is het jaar van art. 7:663 BW (laatste zin) al verstreken.

3. Overgang rechten en plichten

- Uitgangspunt: rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst gaan over.
- Geldt dit ook voor wettelijke rechten?
- Hof Leeuwarden 14 augustus 2012, *JAR* 2012/243 en Hof Den Bosch 4 maart 2014, *JAR* 2014/101: loonsanctie UWV gaat ook over.
- Geldt dat ook voor premies sociale zekerheid?
- Heeft UWV eventueel zelfstandig vorderingsrecht als derde?
- Zie GOM-zaak: pensioenfonds heeft zelfstandig recht.

HvJEU 28 januari 2015

- Overgang (failliete) school naar nieuwe school, door oud-leraren opgezet.
- Spanje: overgang van onderneming ook van toepassing bij faillissement in geval van doorstart (geen liquidatie), oude *fiscale* schulden gaan niet mee. Geen regeling voor premies sociale zekerheid.
- Bij ontbinden onderneming: oude vennoten moeten premies voldoen.
- Deal: voortzetting zonder oude schulden.
- Fonds: geen basis voor uitzonderen socialezekerheidspremies.
- Werknemers verzetten zich ook tegen deal.

HvJEU 28 januari 2015

- Alleen de *buiten* de wettelijke stelsels van sociale zekerheid toegekende uitkeringen in art. 3 lid 4 onder a kunnen aan overgang worden onttrokken (r.o. 43).
- Wordt limitatief uitgelegd. Zie o.a. Martin/SBU (prepensioen gaat ook over).
- Wettelijke stelsels gaan wel over – r.o. 55.
- Lidstaten mogen bepalen dat de bovenwettelijke stelsels wel overgaan. Zie art. 8 Richtlijn 2001/23.
- Richtlijn gaat niet over rechten van werknemers die op moment overgang niet meer in dienst zijn.

R.o. 55

”Behoren bijgevolg tot die schulden niet alleen de salarissen en andere emolumenten die zijn verschuldigd aan de werknemers van de betrokken onderneming, maar ook de door de vervreemder verschuldigde bijdragen aan het wettelijk stelsel van de sociale zekerheid, aangezien een dergelijke schuld voortvloeit uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen met die vervreemder. Zoals ook uit artikel 2, lid 1, van richtlijn 2001/23 volgt, impliceert een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking volgens die richtlijn immers een rechtsverhouding tussen de werkgevers en de werknemers waarbij de arbeidsvoorwaarden worden geregeld (arrest Kirtruna en Vigano, EU:C:2008:574, punt 41).”

4. Art. 7:665 BW

- Gewijzigd per 1 juli 2015:

Met het oog op de toepassing van artikel 673 geldt de arbeidsovereenkomst als beëindigd of niet voortgezet op initiatief van de werkgever, indien de overgang van de onderneming een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft en om die reden

a. de arbeidsovereenkomst door of op verzoek van de werknemer is beëindigd; of

b. de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na een einde van rechtswege op initiatief van de werknemer niet aansluitend is voortgezet.

Reikwijdte

- Ondanks gewijzigde tekst geen breuk met verleden beoogd.
- Regering: gemis aan promotiekansen, langere reistijd, weigering salaris te betalen.
- Is een verandering ten nadele van werknemer "ernstig verwijtbaar"?
- Praktijk: werknemer die met succes een beroep doet op art. 7:665 BW zal eenvoudiger kunnen aantonen dat hij niet de WW-kassen heeft benadeeld.

Hof Den Haag 12 mei 2005

- Arbeidsovereenkomsten met Kwekerij X worden in oktober opgezegd wegens bedrijfsbeëindiging tegen 29 december 2013.
- Eind 2013 - begin 2014 vindt een overname plaats door Nieuwkoop Paprika's.
- Werknemers: opgezegd in strijd met opzegverbod art. 7:670 lid 8 BW.
- Hof: opzegverbod wegens overgang van onderneming moet ruim worden uitgelegd, beëindiging wegens bedrijfsbeëindiging (art. 7:670b lid 2 BW, nu art. 7:670a lid 2 sub d BW) moet beperkt worden uitgelegd.

Hof Den Haag 12 mei 2005

- Indien zich kort na de opzegging of zelfs kort tegen de datum waartegen de datum is opgezegd een overgang voordoet, geldt het opzegverbod van art. 7:670 lid 8 BW.
- Dit geldt "ook indien het daadwerkelijke motief op het moment van de opzegging de toen voorgenomen of reeds gerealiseerde bedrijfsbeëindiging was".
- Dus: ook een 'oprechte' opzegging, gevolgd door het toevallig vlak erna vinden van een koper leidt tot strijd met art. 7:670 lid 8 BW.

5. Pre-pack

- Fenomeen afkomstig uit Verenigd Koninkrijk.
- In veel arrondissementen al gangbaar (niet allemaal, Midden-Nederland bijvoorbeeld niet).
- De rechtbank geeft desgewenst informeel aan wie als curator (en R-C) wordt benoemd indien het tot een faillissement mocht komen.

Pre-pack

- Stille bewindvoerder/beoogd curator schuift op voorhand aan bij de gesprekken over een potentiële doorstart van een in zwaar verkerende ondernemer.
- Indien het tot een succesvolle pre-pack komt is de doorstart voorbereid en vindt naadloos plaats in onmiddellijke aansluiting op faillietverklaring.

Pre-pack

Voordelen pre-pack t.o.v. normale doorstart:

1. Reputatie onderneming veel minder schade.
2. Behoud groter deel werkgelegenheid (?).
3. Maximalisering opbrengst voor gezamenlijke schuldeisers (?).

Pre-pack

Kritiek:

1. Pre-pack mist wettelijke basis (máár: vgl. kantonrechterformule).
2. Geen transparantie (en daardoor onvoldoende formeel toezicht op gang van zaken, geen beroepsmogelijkheden).
3. Geen openheid, waardoor mogelijk lagere opbrengst (geen marktwerking bij overname); gaat ten koste van schuldeisers.
4. Concurrentievervalsing (opruimfunctie faillissement).
5. Verhouding met art. 7:666 BW is lastig.

Richtlijn 2001/23

- Art. 5 lid 1: De artikelen 3 en 4 van deze richtlijn zijn niet van toepassing op een overgang van onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.

Richtlijn 2001/23

Art. 5 lid 2: Indien de artikelen 3 en 4 van toepassing zijn op een overgang tijdens insolventieprocedures kan een lidstaat bepalen dat:

- a. De schulden van de vervreemder voortvloeiend uit arbeidsovereenkomsten verschuldigd vóór overgang van onderneming of inleiding van de procedure niet overgaan op de verkrijger;
- b. De verkrijger, de vervreemder en de werknemersvertegenwoordigers kunnen overeenkomen om in de arbeidsvoorwaarden wijzigingen aan te brengen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming, de vestiging of onderdelen daarvan te verzekeren.

Richtlijnconform?

- In Nederland art. 7:666 BW.
- Regels met betrekking tot overgang van onderneming niet van toepassing in een faillissementsprocedure.
- Faillissementsprocedure oorspronkelijk gericht op liquidatie: vereffening van de onderneming in betalingsproblemen.
- Maar inmiddels doorstarten in faillissement en gebruik van pre-pack.
- Nog steeds slechts gericht op liquidatie?

Rechtspraak

- Twee uitspraken tot nu toe: Rb. Overijssel 28 juli 2015, *JAR* 2015/220 en Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, *JAR* 2016/64 met noten Van der Pijl.
- Rb. Overijssel: pre-pack niet in strijd met richtlijn. Art. 7:666 BW is duidelijk – elk faillissement is uitgesloten; eis van op liquidatie gericht zijn geldt alleen voor andere insolventieprocedures.
- Verder: Celtec-arrest bepaalt dat overgang pas plaatsvindt als onderneming daadwerkelijk overgaat naar verkrijger – moment dat deze kan exploiteren. Dat moment ligt in faillissement en niet ervóór.

Rechtspraak

- Rb. Midden-Nederland: prejudiciële vragen.
- Pre-pack is op voortzetting gericht en niet op liquidatie en de richtlijn moet zo worden gelezen dat de eis van liquidatie ook op de faillissementsprocedure ziet.
- Commissie Insolventierecht van NOvA: Overeenkomst tot voortzetting komt materieel tot stand vóór faillissement, daarna nog slechts "tekenen bij het kruisje" door curator. Het formele toezicht tijdens faillissement wordt zo uitgehold.
- Als Hof beslist cf. Van der Pijl (zie noten), dan moet art. 7:666 BW worden aangepast – richtlijnconforme interpretatie gaat niet.