UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Overgang van wettelijke verplichtingen – het Hof van Justitie treedt wederom buiten contractuele grenzen

Beltzer, R.

DOI

[10.5553/ArA/156866392016010003002](https://doi.org/10.5553/ArA/156866392016010003002)

Publication date

2016

Document Version

Final published version

Published in

Arbeidsrechtelijke Annotaties

License

CC BY-NC

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Beltzer, R. (2016). Overgang van wettelijke verplichtingen – het Hof van Justitie treedt wederom buiten contractuele grenzen. *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 10(3), 12-32.
<https://doi.org/10.5553/ArA/156866392016010003002>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

ANNOTATIES

Overgang van wettelijke verplichtingen – het Hof van Justitie van de EU treedt wederom buiten contractuele grenzen

HvJ EU 28 januari 2015, C-688/13, ECLI:EU:C:2015:46,
JAR 2015/279 (Gimnasio Deportivo San Andrés SL/Tesorería
General de la Seguridad Social)

Ronald Beltzer

1 Inleiding

De crux van de regeling inzake overgang van ondernemingen, zoals op Europees niveau vormgegeven in Richtlijn 2001/23,¹ is het behoud van rechten en verplichtingen uit individuele of collectieve arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen, alsmede het ontslagverbod wegens diezelfde overgang. Men leze hiervoor de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn. Zij zijn geïmplementeerd in de artikelen 7:663-7:664 van het Burgerlijk Wetboek (BW), in artikel 14a van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet CAO), in artikel 2a van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV) en in artikel 7:670 lid 8 BW. Veelal gingen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) voorgelegde prejudiciële vragen echter over de reikwijdte van termen als onderneming, overgang en arbeidsbetrekking, of over de vraag in hoeverre de richtlijn van toepassing was in de overheidssector of in geval van insolventie. De vraag naar de reikwijdte van voor overgang vatbare rechten en verplichtingen is aan het Hof zelden voorgelegd. Een link met de arbeidsovereenkomst lijkt wel een (logisch) vereiste te zijn.

1 Richtlijn 2001/23 van 12 maart 2001 (PbEG 22 maart 2001, L 82/16) inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen van vestigingen. Deze richtlijn is voorafgegaan door de richtlijn van 29 juni 1998 (PbEG 17 juli 1998, L 201/88), die op haar beurt is voorafgegaan door Richtlijn 77/189/EEG (PbEG 5 maart 1977, L 61/26). Zie voor de implementatie van deze richtlijn in Nederland: artikelen 7:662-7:666 BW, artikel 7:670 lid 8 BW, artikel 14a Wet CAO, artikel 2a Wet AVV, alsmede enkele bepalingen in de Faillissementswet.

Om die reden gaat, bijvoorbeeld, een huurovereenkomst tussen de vervreemder en de verhuurder niet over op de verkrijger.²

Een geringe hoeveelheid rechtspraak over een in de praktijk belangrijk thema zorgt uiteindelijk voor onduidelijkheid en onzekerheid. Hoewel de richtlijn zelf een aantal uitzonderingen toelaat op de overgang van rechten en verplichtingen op het terrein van sociale zekerheid (waarover straks meer), is bijvoorbeeld denkbaar dat een algemene overgang van alle rechten en verplichtingen tot ongewenste situaties kan leiden. Men denke hierbij aan bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden, zoals korting op door de onderneming van de vervreemder gevoerde producten of geleverde diensten³ en sociale plannen.⁴ Voorts is niet zeker in hoeverre, ondanks de verplichte overgang, niettemin een harmonisatieslag mag plaatsvinden om de arbeidsvoorwaarden bij de verkrijger in ieder geval in waarde gelijk te trekken.⁵

Het is om die reden dat de onderhavige zaak van belang is: het Hof geeft uitleg aan de in artikel 3 lid 4 van de richtlijn opgenomen bepaling inzake de overgang van rechten met betrekking tot sociale zekerheid, en verduidelijkt en passant nog enkele richtlijnbevestigingen. Het gevolg van het arrest is voor de Nederlandse praktijk, naar mijn inschatting, aanzienlijk. De conclusie na het arrest moet immers zijn dat bepaalde wettelijke regelingen inzake de arbeidsovereenkomst evenzeer voor overgang vatbaar zijn – een in Nederland tot nog toe niet algemeen aanvaard standpunt – en dat, maar dat is een meer impliciete veronderstelling, derden, zoals een fonds, een beroep kunnen doen op de bepalingen inzake overgang van onderneming. Dat laatste was recentelijk in de Nederlandse rechtspraak een punt van discussie, getuige de reacties op de GOM-zaak, waarin via juridisch

- 2 HvJ EG 16 oktober 2008, C-313/07, JAR 2008/295 (Kirtruna). Weliswaar was de huurovereenkomst essentieel voor de exploitatie van – en dus de werkgelegenheid binnen – de onderneming, maar hiermee kan niet gezegd zijn dat elke link met de arbeidsovereenkomst, hoe ver verwijderd ook, voldoende is voor de kwalificatie van voor overgang vatbaar recht of plicht. In mijn annotatie ga ik hier nader op in, evenals op de vraag naar derdenwerking (de verhuurder is geen partij bij de arbeidsovereenkomst).
- 3 Zie voor de Nederlandse situatie in het bijzonder Rb. Den Bosch (Vzr.) 5 maart 2007, JAR 2007/83; Hof Den Bosch 17 juli 2007, JAR 2007/211; Ktr. Amsterdam 10 november 2008, JAR 2008/302 (DockING).
- 4 Naar Duits recht gaan sociale plannen over. Zie BAG 26 augustus 2009, zaaknr. 4 AZR 80/08, EELC 2010/26.
- 5 Het Hof is streng in HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990/423 (Daddy's Dance Hall) en HvJ EG 6 november 2003, JAR 2003/297 (South Bank University), maar in ieder geval op het oog lankmoediger in HvJ EG 27 november 2008, JAR 2009/20 (Juuri), HvJ EU 6 september 2011, JAR 2011/262 (Scattolon) en HvJ EU 18 juli 2013, JAR 2013/216 (Parkwood Leisure).

kwetsbare redeneringen een zelfstandig vorderingsrecht van het pensioenfonds werd geaccepteerd.⁶

2 Feiten en nationaal-procesverloop

Gimnasio Deportivo San Andrés SL (hierna: Gimnasio) was een onderneming die zich voornamelijk bezighield met het beheer van de Escuela Laia, een Spaanse middelbare school 'met meer dan 150 leerlingen', zo is in de uitspraak te lezen. Bij besluit van 2 september 2013 werd tegen Gimnasio een insolventieprocedure opgestart. Zes weken later, bij besluit van 15 oktober 2013, keurde de bevoegde rechterlijke instantie de overname van Escuela Laia goed; de overnemende partij was Institució Pedagògica Sant Andreu SL, een vennootschap gevormd door een groep docenten van de school die als enige een overnamebod had uitgebracht. Deze vennootschap verbond zich ertoe de werkzaamheden van Gimnasio voort te zetten en de arbeidsovereenkomsten met de werknemers ervan over te nemen. Op het eerste gezicht was hier sprake van een voortzetting van een 'al dan niet hoofzakelijk economische activiteit', zoals artikel 1 lid 1 sub b van de richtlijn als voorwaarde voor haar toepasselijkheid eist. Overeenkomstig voornoemd rechterlijke besluit was de overname onderworpen aan, voor zover hier relevant, de volgende voorwaarden:

- 'Uiterlijk binnen 45 werkdagen na de kennisgeving van het besluit moet worden overgegaan tot vaststelling van de aan de werknemers, uit welchen hoofde ook, verschuldigde bedragen, zodat deze ter kennis konden worden gebracht van het Fondo de Garantía Salarial (loonwaarborgfonds) en dit Fondo tot betaling ervan kan overgaan overeenkomstig artikel 33 van het werknemersstatuut (de relevante Spaanse wet, waarover zo meer).
- Uitdrukkelijk toegestaan is de overgang van de met de exploitatie van de productie-eenheid verband houdende overeenkomsten die de insolvente onderneming eventueel is aangegaan met derden, met name lastgevingen, verkooporders, franchiseovereenkomsten, woninghuurovereenkomsten, leveringen of diensten. De verkrijger zal aan de rechtbank mededeling doen van alle moeilijkheden die zich bij de overdrachten kunnen voordoen.
- Uitdrukkelijk overeengekomen wordt dat door de overdracht alle eventueel op de over te dragen activa rustende lasten of schulden tenietgaan, met uitzondering van die welke zijn verbonden aan in het eindverslag vermelde bijzondere voorrechten. Op de schuldenaar gaan bijgevolg geen andere schulden over dan die welke zijn opgenomen in het bindende bod volgens de daarin

6 Zie o.a. B.C.L. Kanen, Annotatie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 september 2015 (GOM Schoonhouden/Bpf), Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming 2015, p. 153-160; F. Hoppers, Achterstallige pensioenpremies bij overgang van onderneming, ArA 2016/2, p. 53-75; V. Gerlach, Overgang van onderneming en derdenwerking: het GOM-arrest, TAP 2016/76; J.W. de Bruin, Van oude premieachterstanden, de vorderingen die overgaan..., TPV 2014/25; de noten van H.W.P. van den Hout (A & O 2014/2), M. Heemskerk (JAR 2013/191) en E. Schop (PJ 2013/143) bij het vonnis in eerste aanleg. De Hoge Raad heeft de uitspraak van voornoemd hof bevestigd: HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375.

vastgestelde voorwaarden, en de verkrijger of de door hem aangewezen entiteit treedt niet in de reeds bestaande *belastingsschulden* van de insolvente onderneming en de *reeds ontstane verplichtingen, te weten de eventuele schulden van de insolvente onderneming aan de Tesorería General de la Seguridad Social* [mijn curs.]. Van dit besluit wordt mededeling gedaan aan de Agencia Estatal de Administración Tributaria (rijksbelastingdienst) en aan de TGSS.’

Op 25 oktober 2013 maakte de Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) bezwaar tegen het overdrachtsbesluit van 15 oktober 2013, stellende dat dit besluit artikel 44 van het werknemersstatuut schendt door te bepalen dat de socialezekerheidsschulden van Gimnasio niet overgaan op de verkrijger. Vier weken later maakte een groep voormalige werknemers van Gimnasio eveneens bezwaar tegen dat besluit.⁷

De zaak werd voorgelegd aan de *Juzgado de lo Mercantil n° 3* te Barcelona. Deze instantie schorste de behandeling van de zaak en verzocht het Hof om een beslissing over een zevental prejudiciële vragen. Ik neem deze vragen hierna integraal op:

- 1 Moet de garantie voor de verkrijger van een onderneming in staat van insolventie, of van een productie-eenheid daarvan, dat de verplichtingen die voortvloeien uit vóór de overname van de productie-eenheid ontstane socialezekerheidsschulden of uit voormalige arbeidsovereenkomsten niet op hem overgaan wanneer de insolventieprocedure een bescherming biedt die ten minste gelijkwaardig is aan die waarin de gemeenschapsrichtlijnen voorzien, worden geacht enkel en uitsluitend te gelden voor de verplichtingen die rechtstreeks verband houden met de arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen, of dient deze garantie met het oog op een volledige bescherming van de rechten van de werknemers en het behoud van de werkgelegenheid te worden verruimd tot schulden uit arbeidsovereenkomsten of socialezekerheidsschulden die vóór de overdracht aan een derde zijn ontstaan?
- 2 Kan in ditzelfde kader van de bescherming van de rechten van de werknemers de rechter bij wie de insolventieprocedure aanhangig is en die uitspraak moet doen over de overgang van de productie-eenheid, de verkrijger daarvan niet alleen een garantie bieden voor de rechten uit arbeidsovereenkomsten, maar ook voor eventuele vóór de overgang ontstane schulden van de insolvente entiteit aan werknemers van wie de arbeidsovereenkomst reeds is beëindigd of aan de sociale zekerheid?
- 3 Beschikt de verkrijger van een onderneming in staat van insolventie, of van een productie-eenheid daarvan, die zich verbindt tot voortzetting van alle of een gedeelte van de arbeidsovereenkomsten en tot overname van de uit die overeenkomsten voortvloeiende verplichtingen, over de garantie dat hem niet kunnen worden tegengeworpen noch op hem kunnen overgaan andere
- 7 Ware dit niet gebeurd, en had het Hof zonder expliciete overweging daaromtrent aangenomen dat TGSS een vorderingsrecht toekwam, dan is het mijns inziens een kleine stap naar de stelling dat derden, ongeacht of zij daarin door de directe adressanten van de richtlijn (personen met een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking) worden gesteund, een beroep kunnen doen op de (nationale implementatie van de) richtlijn.

verplichtingen van de vervreemder die verband houden met de overeenkomsten of verhoudingen waarin hij wordt gesubrogeerd, in het bijzonder verplichtingen uit eerder ontstane arbeidsovereenkomsten of socialezekerheidsschulden?

- 4 Kan Richtlijn 2001/23, wat de overgang betreft van productie-eenheden of van ondernemingen die langs gerechtelijke of administratieve weg insolvent en in staat van liquidatie zijn verklaard, aldus worden uitgelegd dat zij niet alleen de bescherming van arbeidsovereenkomsten waarborgt, maar ook de zekerheid biedt dat de verkrijger niet hoeft in te staan voor schulden die zijn ontstaan vóór de overgang van die productie-eenheid?
- 5 Is artikel 149 lid 2 van de faillissementswet, voor zover dit artikel ziet op de overgang van ondernemingen, de nationaalrechtelijke maatregel die artikel 5 lid 2 onder a van Richtlijn 2001/23 vereist voor de toepassing van de daarin vastgestelde uitzondering?
- 6 Indien de vorige vraag bevestigend wordt beantwoord, is de beslissing van de insolventierechter inzake de met die garanties en waarborgen omgeven overgang onder alle omstandigheden bindend voor alle andere rechterlijke instanties of in administratieve procedures die eventueel tegen de nieuwe verkrijger kunnen worden ingeleid met betrekking tot schulden die zijn ontstaan vóór de datum van overgang, zodat artikel 44 van het werknemersstatuut de werking van artikel 149 lid 2 en 3 van de faillissementswet niet kan doorkruisen?
- 7 Indien artikel 149 lid 2 en 3 van de faillissementswet echter niet als de uitwerking van de uitzondering van artikel 5 van Richtlijn 2001/23 kan worden beschouwd, heeft de regeling van artikel 3 lid 1 van die richtlijn dan uitsluitend gevolgen voor de rechten en verplichtingen die strikt voortvloeien uit bestaande arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen, zodat rechten of verplichtingen zoals die welke voortvloeien uit socialezekerheidsbijdragen of andere verplichtingen uit hoofde van arbeidsovereenkomsten die reeds vóór de inleiding van de insolventieprocedure zijn beëindigd, in geen geval geacht kunnen worden te zijn overgegaan op de verkrijger?

De lezer zal na lezing van deze vragen niet direct een beeld hebben van waar het in deze zaak precies om ging; de rechter haalt er immers verschillende bepalingen van Spaans socialezekerheids- en insolventierecht bij en legt deze ter vergelijking voor met in zijn ogen relevante bepalingen in de richtlijn ten aanzien van de algemene regels inzake overgang van rechten en verplichtingen en de speciale bepalingen inzake insolventie. In de kern ging het in deze zaak echter om de vraag welke schulden van Gimnasio niet hoeven over te gaan op de verkrijgende vennootschap. In het geding waren wettelijke verplichtingen inzake sociale zekerheid, zowel ten aanzien van werknemers die voor overgang al waren ontslagen als ten aanzien van werknemers die ingevolge het rechterlijke besluit waren overgegaan naar de verkrijgende vennootschap.

3 Rechtskader

Voor een begrip van het door het Hof gegeven antwoord op deze vragen is een kort overzicht van het relevante juridische kader nodig.⁸ Ik kies daarvoor, omdat het thema ook voor de in het arbeidsrecht geveerde geen dagelijkse kost is. Ik maak een onderscheid tussen het bepaalde in de richtlijn en het relevante Spaanse recht.⁹

Richtlijn 2001/23

Allereerst is artikel 3 lid 4 van de richtlijn van belang, welk lid een uitzondering formuleert op de algemene overgang van rechten en verplichtingen uit individuele (lid 1) en collectieve (lid 3) arbeidsovereenkomsten en arbeidsbetrekkingen:

‘4. a) Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de leden 1 en 3 niet van toepassing op de rechten van de werknemers op ouderdomsuitkeringen, invaliditeitsuitkeringen of uitkeringen aan nagelaten betrekkingen uit hoofde van voor één of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen welke bestaan naast de wettelijke stelsels van sociale zekerheid van de lidstaten.

b) Zelfs indien zij overeenkomstig het bepaalde onder a) niet bepalen dat de leden 1 en 3 van toepassing zijn op dergelijke rechten, stellen de lidstaten de nodige maatregelen vast om de belangen van de werknemers, alsmede van de personen die de vestiging van de vervreemder reeds hebben verlaten op het tijdstip van de overgang in de zin van artikel 1, lid 1, te beschermen met betrekking tot hun verkregen rechten of rechten in wording op ouderdomsuitkeringen, met inbegrip van uitkeringen aan nagelaten betrekkingen, uit hoofde van de in het bepaalde onder a) van dit lid bedoelde aanvullende stelsels.’

Samengevat: bepaalde rechten inzake aanvullende stelsels van sociale zekerheid gaan niet over, tenzij lidstaten anders bepalen. In ieder geval dienen zij maatregelen te treffen om de werknemersbelangen te dier aanzien te beschermen.

Omdat Gimnasio op het moment van overgang zich in een insolventieprocedure bevond, onder toezicht van een gerechtelijke instantie, is het voor insolventiesituaties geschreven artikel 5 van de richtlijn relevant:

‘1. Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van een 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

8 Het Hof heeft dit juridische kader in het begin van zijn uitspraak weergegeven, maar ik kies ervoor dat hier te doen, omdat een eerdere weergave van de feiten mijns inziens het begrip verhoogt.

9 De weergave van het Spaanse recht is ontleend aan de versie in de Nederlandse taal van het arrest.

liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).

2. Indien de artikelen 3 en 4 van toepassing zijn op een overgang tijdens insolventieprocedures die zijn ingeleid ten aanzien van een vervreemder (ongeacht de vraag of deze procedures al dan niet zijn ingesteld met als doel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder) en die onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie (die een door de nationale wetgeving omschreven curator mag zijn) kan een lidstaat bepalen dat:

a) onverminderd artikel 3, lid 1, de schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die verschuldigd zijn vóór de overgang of voor de inleiding van de insolventieprocedure, niet overgaan op de verkrijger, indien dergelijke procedures uit hoofde van de in de betrokken lidstaat geldende wetgeving een bescherming bieden die ten minste gelijkwaardig is aan die welke wordt voorgeschreven in situaties die vallen onder richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever [PB L 283, p. 23], en/of dat

b) de verkrijger, de vervreemder of de persoon (personen) die de functies van de vervreemder uitoefenen enerzijds en de vertegenwoordigers van de werknemers anderzijds kunnen overeenkomen om, voor zover de geldende wetgeving of praktijk zulks mogelijk maakt, 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.

3. Een lidstaat kan lid 2, onder b), toepassen in geval van een overgang waarbij de vervreemder overeenkomstig de nationale wetgeving in ernstige economische moeilijkheden verkeert, mits de situatie door een bevoegde overheidsinstantie erkend is en onder voorbehoud van rechterlijke toetsing, op voorwaarde dat zulke bepalingen op 17 juli 1998 reeds in de nationale wetgeving bestonden.

(...)

4. De lidstaten treffen de nodige maatregelen om misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in deze richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen.'

Deze bepaling regelt, samengevat, de uitsluiting van de overgang van rechten en verplichtingen en van het opzegverbod wegens overgang van onderneming in geval van (bepaalde vormen van) insolventie. Het staat lidstaten vrij, indien zij anders hebben besloten, bepaalde wijzigingen door te voeren die buiten insolventie niet mogelijk zouden zijn geweest, te weten: het uitsluiten van de overgang

van oude schulden op de verkrijger en het aanpassen van de arbeidsvoorwaarden, aldus, samengevat, het tweede lid van artikel 5.¹⁰

Ten slotte is artikel 8 van belang:

‘Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren die gunstiger zijn voor de werknemers of om de toepassing van collectieve overeenkomsten of tussen de sociale partners gesloten akkoorden te bevorderen of mogelijk te maken die gunstiger zijn voor de werknemers.’

Dit brengt mee dat de nationale wetgever in een voor werknemers gunstige zin mag afwijken van hetgeen in de richtlijn is bepaald. Denkbaar is, bijvoorbeeld, dat een lidstaat bepaalt dat fiscale, aan de arbeidsovereenkomst gerelateerde schulden mee overgaan, of dat bepaalde groepen niet-werknemers worden beschermd. Mij dunkt dat dergelijke afwijkingen langs de lat van artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de EU – vrijheid van ondernemerschap – moeten worden gelegd, nu het Hof in de zaak Parkwood¹¹ duidelijk heeft gemaakt dat werknemersbescherming in die bepaling haar grenzen vindt. Onduidelijk is waar die grenzen liggen, zoals Peters heeft aangetoond.¹²

Spaans recht

De overgang van ondernemingen wordt geregeld door de Real Decreto Legislativo 1/1995 van 24 maart 1995, houdende goedkeuring van de gecodificeerde tekst van de wet op het werknemersstatuut (Estatuto de los Trabajadores, BOE nr. 75 van 29 maart 1995, p. 9654), zoals gewijzigd bij Ley 12/2001 van 9 juli 2001 (BOE nr. 164 van 10 juli 2001, p. 24890; hierna: werknemersstatuut). Artikel 44 lid 1 van het werknemersstatuut bepaalt dat de overgang van een onderneming niet automatisch leidt tot beëindiging van de arbeidsbetrekking: ‘de nieuwe werkgever treedt in de rechten en verplichtingen van de vorige werkgever uit hoofde van de arbeidsovereenkomst en de sociale zekerheid, met inbegrip van de pensioenverplichtingen, onder de in de toepasselijke bijzondere regeling gestelde voorwaarden en, in het algemeen, in alle verplichtingen inzake aanvullende sociale bescherming die de vervreemder is aangegaan’. Vanuit Nederlands perspectief is opvallend dat het Spaanse recht een overgang van rechten ‘uit hoofde van de sociale zekerheid’ specifiek noemt.

- 10 Zoals bekend heeft de Nederlandse wetgever niet van deze mogelijkheid gebruikgemaakt, iets wat in de nabije toekomst nog eens anders zou kunnen worden in het licht van de zogenoemde pre-packdiscussie, met name naar aanleiding van Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016 (ECLI:NL:RBMNE:2016:954, JAR 2016/64), waarin de rechtbank aan het Hof van Justitie de prejudiciële vraag heeft voorgelegd inzake de verenigbaarheid van de pre-packprocedure met artikel 7:666 BW.
- 11 HvJ EU 18 juli 2013, JAR 2013/216 (Alemo-Herron e.a./Parkwood Leisure). Zie over deze zaak N. Jansen, Parkwood: oude wijn in nieuwe zakken, maar wel met nieuwe bubbels, ArA 2014/1, p. 76-100.
- 12 S.S.M. Peters, Ondernemersvrijheid versus werknemersbescherming, Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming 2014/2, p. 65-73.

Is, zoals in deze zaak, sprake van faillissement, dan zijn overeenkomstig artikel 57 bis van hetzelfde werknemersstatuut de bijzondere voorwaarden van Ley 22/2003 Concursal van 9 juli 2003 (Wet 22/2003 op het faillissement, BOE nr. 164 van 10 juli 2003, p. 26905), zoals gewijzigd bij Ley 38/2011 van 10 oktober 2011 (BOE nr. 245 van 11 oktober 2011), van toepassing bij wijziging, opschorting en collectieve beëindiging van arbeidsovereenkomsten en bij overgang van ondernemingen. Deze wet (hierna aangeduid als: faillissementswet) voorziet, zoals in vele EU-landen het geval is, in twee mogelijke uitkomsten voor een insolventieprocedure: een akkoord of een liquidatie. In de liquidatiefase zijn de artikelen 148 en 149 van die faillissementswet van toepassing. Krachtens deze artikelen geldt een andere juridische regeling naargelang al dan niet een liquidatieplan is opgesteld en goedgekeurd.

Artikel 148 lid 1 van de faillissementswet bepaalt dat de curator bij het begin van de liquidatiefase een liquidatieplan moet indienen bij de rechter en dat dit plan er 'zo veel mogelijk naar moet streven dat alle vestigingen, bedrijven en andere eenheden van de onderneming die in de insolventieprocedure zijn verwickeld, voor de productie van goederen en de verlening van diensten als één geheel worden vervreemd'. Het tweede lid van dit artikel bepaalt dat het liquidatieplan moet worden goedgekeurd door de rechter, die 'dat plan kan wijzigen of de liquidatie kan aanvaarden overeenkomstig de aanvullende regels' van artikel 149 van de faillissementswet. Deze aanvullende regels houden het volgende in:

'1. Wanneer er geen liquidatieplan is goedgekeurd of, in voorkomend geval, voor de aspecten die niet in een dergelijk plan zijn geregeld, geschiedt de liquidatie als volgt:

a) Alle vestigingen, bedrijven en andere eenheden van de schuldenaar voor de productie van goederen of de verlening van diensten worden als één geheel vervreemd, behoudens wanneer de rechter op grond van een rapport van de curator van oordeel is dat in het belang van de gezamenlijke schuldeisers de boedel eerst moet worden verdeeld of dat alle bestanddelen of sommige daarvan afzonderlijk te gelde moeten worden gemaakt. De vervreemding als geheel of, in voorkomend geval, van elke productie-eenheid, geschiedt bij veiling. Mislukt deze veiling, dan kan de rechter de rechtstreekse verkoop gelasten.

(...)

2. Wanneer de in lid 1, onder a), bedoelde overdracht leidt tot het behoud van de identiteit van een economische eenheid, opgevat als een geheel van georganiseerde middelen met het oog op de voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, wordt dit arbeidsrechtelijk aangemerkt als een overgang van onderneming. In dat geval kan de rechter beslissen dat de verkrijger niet wordt gesubrogeerd in de onbetaalde salarissen of schadevergoedingen die reeds vóór de overgang opeisbaar waren en die overeenkomstig artikel 33 van het werknemersstatuut voor rekening van het Fondo de Garantía Salarial (loonwaarborgfonds) komen. Verder kunnen de overnemer en de vertegenwoordigers van het personeel, met het oog op de voortzet-

ting van het bedrijf in de toekomst en het behoud van de werkgelegenheid, overeenkomsten tot wijziging van de collectieve arbeidsvoorwaarden sluiten.
3. (...)’

De crux van deze bepaling zit in het tweede lid. De rechter kan beslissen dat de verkrijger niet aansprakelijk is voor, bepaalde, oude schulden – dit vormt een uitwerking van het eerdergenoemde artikel 5 van de richtlijn. Blijkens de voorwaarden waaronder de overdracht plaatsvond, heeft de rechter zo beslist (zie het laatste *bulletpoint* van de voorwaarden, hiervoor onder paragraaf 2).

De faillissementswet bepaalt verder (in de elfde slotbepaling) dat de fiscale verplichtingen niet overgaan op of de aansprakelijkheid niet wordt verruimd ten aanzien van verkrijgers van bedrijven of economische activiteiten die toebehoren aan een schuldenaar die in een insolventieprocedure is verwickeld, wanneer de overgang tijdens die procedure plaatsvindt (zoals in deze zaak). De socialezekerheidswetgeving kent echter geen overeenkomstige bepaling. Met andere woorden: verplichtingen te dier zake zijn niet wettelijk van overgang uitgesloten.

Naast het zojuist behandelde faillissementsrecht kent het Spaanse socialezekerheidsrecht een aantal voor de casus relevante bepalingen. De door de verwijzende rechter aan het Hof voorgelegde bepalingen bevatten echter geen specifieke regels over insolventie. De Ley General de la Seguridad Social (de Spaanse algemene wet op de sociale zekerheid, hierna: LGSS) bevat een artikel 127, met als opschrift ‘Bijzondere gevallen van aansprakelijkheid voor uitkeringen’, waarvan lid 2 als volgt luidt:

‘In geval van overgang van de eigendom van het bedrijf, de nijverheid of de handel, is de verkrijger hoofdelijk met de vorige eigenaar of diens erfgenamen aansprakelijk voor de betaling van de vóór die overgang verschuldigde uitkeringen. Dezelfde aansprakelijkheid bestaat, zelfs bij kosteloze overgang of overgang zonder winst oogmerk, tussen de overdragende werkgever en de overnemer bij tijdelijke terbeschikkingstelling van personeel.’

Artikel 15 van deze LGSS, met als opschrift ‘Verplichtend karakter’, bepaalt in lid 3:

‘Verantwoordelijk (zijn) voor de nakoming van de verplichting tot betaling van de bijdragen en andere middelen van de sociale zekerheid de natuurlijke of rechtspersonen of entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid die overeenkomstig de voor alle regelingen of middelen geldende bepalingen rechtstreeks gehouden zijn tot betaling daarvan, alsook degenen die hoofdelijk, subsidiair of als rechtsopvolger van laatstgenoemden aansprakelijk zijn voor feiten, nalaten, verrichtingen of rechtshandelingen die tot die aansprakelijkheden leiden, overeenkomstig enige wetsbepaling die verwijst naar de verplichtingen uit hoofde van de sociale zekerheid of deze niet uitdrukkelijk uitsluit, of krachtens overeenkomsten die niet in strijd zijn met de wet. Deze hoofdelijke, subsidiaire of uit rechtsopvolging voortvloeiende aansprakelijkheid

Ronald Beltzer

wordt vastgesteld overeenkomstig de inningsprocedure van deze wet en de uitvoeringsbesluiten daarvan.’

Artikel 104 van de LGSS bepaalt in lid 1 dat de werkgever verantwoordelijk is voor de nakoming van de bijdrageverplichting van hemzelf en zijn personeel. Het artikel vervolgt:

‘(...) De in artikel 127 bedoelde hoofdelijke aansprakelijkheid wegens overgang van de eigendom van het bedrijf, de nijverheid of de handel, heeft betrekking op alle schulden die vóór de overgang zijn ontstaan. Van een dergelijke overgang is er zelfs sprake wanneer een werknemersvennootschap het bedrijf, de nijverheid of de handel voortzet, ongeacht of die vennootschap werknemers in dienst heeft die diensten hebben verricht voor de vorige onderneming.

Indien de werkgever een vennootschap of een entiteit is die ontbonden en geliquideerd is, gaan haar niet voldane bijdrageschulden aan de sociale zekerheid over op de vennoten of aandeelhouders, die binnen de grenzen van het aan hen toekomende liquidatiesaldo hoofdelijk gehouden zijn die te voldoen.’

Het beeld dat hieruit voortkomt, is dat de Spaanse wetgever verschillende waarborgen heeft gecreëerd om de betaling van premies te verzekeren, zowel binnen als buiten faillissement. De verhouding tussen de procedure bij de rechter die de voorwaarden bepaalt waaronder de overgang van een failliete onderneming plaatsvindt en de vrij uitvoerige regels in het Spaanse socialezekerheidsrecht inzake de betaling van premies wordt echter door de verwijzende rechter niet verduidelijkt. Het Hof heeft inzicht in die verhoudingen echter, blijkens zijn uitspraak, niet nodig.

4 Oordeel Hof van Justitie

Het Hof begint met de vaststelling dat een deel van de vragen van de Spaanse rechter zien op de vraag of bepaalde voorschriften van de nationale regeling in overeenstemming zijn met het recht van de Europese Unie. Volgens vaste rechtspraak is het Hof echter niet bevoegd, in het kader van een overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van Europese Unie (VWEU) ingeleide procedure (zoals deze dat is), de nationale bepalingen uit te leggen en evenmin om te oordelen of de uitlegging daarvan door de autoriteiten van de betrokken lidstaat juist is (zie met name het arrest Vueling Airlines, C-487/12, EU:C:2014:2232, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak). ‘Voorts staat het niet aan het Hof in het kader van de hem krachtens artikel 267 VWEU toekomende bevoegdheden uitspraak te doen over de verenigbaarheid van bepalingen van nationaal recht met het recht van de Unie (zie met name arrest Lombardini en Mantovani, C-285/99 en C-286/99, EU:C:2001:640, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).’ Wel kan het Hof de verwijzende rechter ‘alle uitleggingsgegevens met betrekking tot het Unierecht verschaffen die deze in staat stellen die

verenigbaarheid te beoordelen bij de beslechting van het bij hem aanhangige geding (zie met name arrest Lombardini en Mantovani, EU:C:2001:640, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak)'. Het Hof heeft hier, neem ik aan, het oog op de vragen 5, 6 en 7. Ik laat die vragen uiteraard rusten.

Het Hof vat vervolgens de resterende prejudiciële vragen samen en oordeelt dat:

'de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat zij in de weg staat aan een nationale regeling zoals die in het hoofdgeding, die bepaalt of toestaat dat bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen *waarbij de vervreemder in een insolventieprocedure is verwickeld, de verkrijger niet hoeft in te staan voor de schulden die op de vervreemder rusten uit hoofde van arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen, met inbegrip van die welke verband houden met het wettelijk stelsel van sociale zekerheid, voor zover deze schulden zijn ontstaan vóór de datum van overgang van de productie-eenheid* [mijn curs.]. De verwijzende rechter wenst eveneens te vernemen of het dien-aangaande relevant is dat de arbeidsbetrekkingen vóór die datum zijn beëindigd.'

Nadat het Hof heeft overwogen dat de bepalingen van de richtlijn dwingend zijn tenzij anders is bepaald, komt het in rechtsoverwegingen 41-43 tot het oordeel dat de in artikel 3 lid 4 onder a van de richtlijn opgenomen uitzondering op automatische overgang – te weten: indien het gaat om rechten van de werknemers op ouderdomsuitkeringen, invaliditeitsuitkeringen of uitkeringen aan nagelaten betrekkingen uit hoofde van voor één of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen welke bestaan naast de wettelijke stelsels van sociale zekerheid van de lidstaten – beperkt moet worden uitgelegd. Het Hof verwijst daarbij naar zijn arrest Commissie/Italië (EU:C:2009:363), punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Ik verwijs meer specifiek naar het de lezer wellicht bekendere arrest Martin/SBU,¹³ waarin hetzelfde werd overwogen ten aanzien van pensioenen: dat kon niet onder de pensioenuitzondering worden gebracht en ging dus over op de verkrijger.

De redenering die het Hof vervolgens opdiend is (voor mij) verrassend te noemen: 'Bijgevolg kunnen enkel de buiten de wettelijke stelsels van sociale zekerheid toegekende uitkeringen die limitatief zijn opgesomd in artikel 3, lid 4, onder a), van richtlijn 2001/23, aan de verplichting van overgang van de rechten van de werknemers worden onttrokken.' Met andere woorden, zo lees ik: *wettelijke* regelingen inzake sociale zekerheid kunnen niet aan de overgang worden onttrokken. Dat wordt bevestigd in rechtsoverwegingen 52 en 53, waarin het Hof concluderend vaststelt dat alle rechten en verplichtingen uit een op de datum van de overgang van een onderneming bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking tussen de werknemer en de vervreemder overgaan op de verkrijger, en dat daartoe niet alleen behoren de salarissen en andere emolumenten die zijn verschuldigd aan de werknemers van de betrokken onderneming, *'maar ook de door de vervreem-*

13 HvJ EG 6 november 2003, JAR 2003/297.

Ronald Beltzer

der verschuldigde bijdragen aan het wettelijk stelsel van de sociale zekerheid, aangezien een dergelijke schuld voortvloeit uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen met die vervreemder [mijn curs.]. 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).’ Een voor mij wat schimmige slotconclusie, omdat het overgaan van wettelijke rechten en verplichtingen geen relatie heeft met hetgeen in die arresten is geoordeeld.

Voorts gaat het Hof in op artikel 5 van de richtlijn – de uitzonderingen op de artikelen 3 en 4 in geval van insolventie. Die uitzondering doet zich hier voor, nu de vervreemder (Gimnasio) is verwickeld ‘in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke insolventieprocedure¹⁴ die is ingeleid om het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie te liquideren’. In dat geval kunnen lidstaten ervoor kiezen, zoals blijkt uit artikel 5 lid 1 en 2 eerste zinsnede van de richtlijn, om de artikelen 3 en 4 toch toe te passen, waarbij gebruik kan worden gemaakt van de hiervoor al genoemde mogelijkheden. Het Hof verwijst verder nog naar de overige bepalingen van artikel 5, alsmede naar artikel 8, dat gunstigere bepalingen niet uitsluit.

Het dictum luidt dat:

- wanneer de vervreemder bij overgang van een onderneming in een insolventieprocedure is verwickeld onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie en de betrokken lidstaat ervoor heeft gekozen gebruik te maken van artikel 5 lid 2 van die richtlijn, deze richtlijn niet eraan in de weg staat dat deze lidstaat bepaalt of toestaat dat de schulden van de vervreemder die bestaan op de datum van de overgang of van de inleiding van de insolventieprocedure en die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen, met inbegrip van die welke verband houden met het wettelijk stelsel van sociale zekerheid, niet overgaan op de verkrijger, op voorwaarde dat die procedure de werknemers een bescherming biedt die minstens gelijkwaardig is aan die welke wordt geboden door Richtlijn 80/987. Niets belet echter dat deze lidstaat bepaalt dat dergelijke schulden ook bij insolventie van de vervreemder door de verkrijger moeten worden gedragen;
- behoudens het bepaalde in artikel 3 lid 4 onder b, die richtlijn niet voorziet in verplichtingen met betrekking tot de schulden van de vervreemder die voort-

14 Interessant is dat in dit citaat van ’s Hofs oordeel de zinsnede ‘met het oog op liquidatie’ uit artikel 5 iets anders verwoord op een andere plaats in de zin staat. Wellicht vindt het Hof het oogmerk van liquidatie een vanzelfsprekende eis voor elke insolventieprocedure. Anders L.G. Verburg, die de stelling poneert dat er een verschil bestaat tussen enerzijds faillissementsprocedures (die altijd onder de uitzondering van artikel 5 vallen) en anderzijds soortgelijke procedures, waarvoor de eis van op liquidatie gerichtheid wel geldt. Zie L.G. Verburg, De doorstart in faillissement en het debiet van ‘662’, FIP 2014, 8, p. 361. Zijn redenering is vrijwel kritiekloos overgenomen door Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589, JAR 2015/220. Ik heb, net als annotator Van der Pijl bij deze zaak, mijn twijfels, zie R.M. Beltzer, Continuïteit van ondernemingen en pre-pack – hoe een idee een Europese richtlijn mist, Onderneming en Financiering 2015, 1, p. 32-43.

Overgang van wettelijke verplichtingen – het Hof van Justitie van de EU treedt wederom buiten contractuele grenzen

vloeien uit vóór de datum van overgang beëindigde arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen, maar niet eraan in de weg staat dat de regeling van de lidstaten toestaat dat dergelijke schulden overgaan op de verkrijger.

5 Annotatie

Het arrest is om twee redenen van belang. Ten eerste oordeelt het Hof dat wettelijke regels inzake sociale zekerheid voor overgang vatbaar zijn, nu slechts buiten-wettelijke stelsels te dien aanzien in de richtlijn van overgang zijn uitgesloten (tenzij lidstaten anders bepalen). Ten tweede lijkt het zo te zijn, gezien het procesverloop en de feiten in de zaak, dat een derde, in dit geval TGSS, de beheerder van de Spaanse socialezekerheidskassen, een beroep kan doen op de (geïmplementeerde) bepalingen uit de richtlijn. Beide onderdelen verdienen aparte consideratie.

Wat overgaat en wat niet overgaat

Het is in de Nederlandse rechtspraak en literatuur algemeen aanvaard dat rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst (of arbeidsbetrekking, maar deze term laat ik verder voor wat hij is¹⁵) in principe alle voor overgang vatbaar zijn. Discussie is mogelijk over welke ‘arbeidsvoorwaarden’ daar onder vallen. In de Nederlandse rechtspraak is en wordt geworsteld met wat wel aan de werkgever verbonden/bedrijfsspecifieke arbeidsvoorwaarden worden genoemd: een bank stelt financiële producten met korting aan het eigen personeel ter beschikking, een vliegmaatschappij kent een speciale personeelsregeling voor vliegen met hoge kortingen, en sommige bedrijven kennen aandelenoptieplannen waarvan het directe object aandelen in de eigen onderneming/groep zijn. Over hoe men hiermee moet omgaan, kan men verschillend denken, al lijkt het communis opinio te zijn dat het verweer van de verkrijger dat de desbetreffende arbeidsvoorwaarden te duur of ongebruikelijk zijn binnen de eigen onderneming of bedrijfstak, geen kans van slagen heeft. Het moet werkelijk gaan om praktische onuitvoerbaarheid – zoals het voortzetten van een aandelenoptieplan dat gericht is op de aandelen binnen de vervreemdende vennootschap,¹⁶ een beroep op korting op producten die de verkrijger niet voert, of het eisen van nakoming van een voor overgang beloofde functie bij een buitenlands kantoor dat niet naar de verkrijger is overgegaan – wil een beroep door de verkrijger op goed werknemerschap, inhoudende

15 Wat de term zelf overigens niet onbelangrijk maakt. De term is echter voor het vervolg van mijn annotatie zonder belang.

16 Een dergelijke voortzetting zou tot (pervers) gevolg kunnen hebben dat het overgegene personeel er belang bij houdt dat het de onderneming van de vervreemder – wellicht een concurrent van hun nieuwe werkgever, de verkrijger – goed gaat, met navenant gedrag als gevolg. Kritiek heb ik daarom op de uitkomst in de zaak die leidde tot Ktr. Amsterdam 11 maart en 2 november 1999, JAR 2000/1, waarin een dergelijk plan voor overgang vatbaar werd geacht. Zie over deze zaak J.M. van Slooten, Overgang van onderneming en bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden, ArbeidsRecht 2000, 31.

dat de werknemer geen beroep kan doen op de desbetreffende arbeidsvoorwaarde, kans van slagen hebben.¹⁷

Een in Nederland minder gestelde vraag is of tevens die rechten en verplichtingen kunnen overgaan die niet zelf tussen de werkgever en werknemer zijn overeengekomen, maar een andere bron kennen. Pensioen is via artikel 7:664 BW en de fictie van de overeenkomst tussen werkgever en werknemer ‘gedekt’, maar een vergelijkbare dekking bestaat niet ten aanzien van, bijvoorbeeld, contracten met derden, zoals een leasemaatschappij waarvan men het wagenpark voor het personeel betreft. Een contractuele benadering brengt mee dat men de term ‘voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst’, zoals deze is opgenomen in artikel 7:663 BW, zo uitlegt dat deze ziet op dat wat louter tussen werkgever en werknemer is overeengekomen. Via de bepalingen van artikel 14a Wet CAO en artikel 2a Wet AVV geldt een vergelijkbare redenering voor uit een cao voortvloeiende arbeidsvoorwaarden. Deze contractuele benadering heeft het voordeel van (relatieve) eenvoud, al zal men natuurlijk moeten vaststellen wat nu precies is overeengekomen, hetgeen bij gebreke van een schriftelijk stuk of een schimmige cao-bepaling (die men eerst zal moeten uitleggen) niet steeds zal meevallen. Het is deze benadering die in Nederland de overhand lijkt te hebben. Ten aanzien van de wettelijke regulering van reïntegratieverplichtingen gedurende arbeidsongeschiktheid is, bij mijn weten tweemaal, anders geoordeeld. In zijn uitspraak van 28 augustus 2012 oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden, zonder nadere motivering, dat hetgeen als loonsanctie door het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) aan de vervreemder was opgelegd, op de verkrijger was overgegaan. De ex artikel 7:625 BW verschuldigde verhoging van 50% wegens te laat betaald loon ging evenzeer op de verkrijger over, evenals de verplichting tot afgifte van correcte loonstroken en een correcte jaaropgave.¹⁸ Beter gemotiveerd was de beschikking van het Hof Den Bosch van 4 maart 2014 (r.o. 4.8.2 e.v.):

‘Ingevolge artikel 7:663 BW gaan door de overgang van onderneming alle rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en de daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger. Dat betekent dat, indien in de op dat moment bestaande arbeidsverhouding sprake is van een situatie van arbeidsongeschiktheid de (wettelijke) verplichting tot re-integratie van die arbeidsongeschikte werknemer van rechtswege overgaat op de verkrijger. De verkrijgende werkgever dient daarbij ook op te komen voor de eventuele gevolgen van het niet voldoen aan die re-integratieverplichting door de oude werkgever. Wanneer dat gevolg, zoals in dit geval, inhoudt dat het UWV gebruik maakt van haar bevoegdheid om de verplichting tot doorbetaling van loon op grond van artikel 7:629 lid 11 BW te verlengen, dan dient dat gevolg, nu dat immers samenhangt met de wijze waarop de “werkgever” op grond van de bestaande arbeidsovereenkomst vorm heeft gegeven aan de

17 Zie in het bijzonder de DockING-zaken: Rb. Den Bosch (Vzr.) 5 maart 2007, JAR 2007/83; Hof Den Bosch 17 juli 2007, JAR 2007/211; Ktr. Amsterdam 10 november 2008, JAR 2008/302.

18 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 augustus, JAR 2012/259.

re-integratieverplichting in de relatie tot de werknemer voor rekening van de verkrijger te komen. De werknemer kan daaraan derhalve een loonaanspraak ontlelen, omdat hij een arbeidsovereenkomst heeft. Die arbeidsovereenkomst heeft hij niet meer met de oude werkgever, nu deze immers van rechtswege is overgegaan naar de verkrijger. Daarbij is naar het voorlopig oordeel niet van belang dat de beschikking van het UWV in dit geval gericht is tot Benetra, die kennelijk nog als werkgever is opgevoerd door [geïntimeerde] bij zijn aanvraag voor een WIA-uitkering. Het staat zowel Benetra als Wiba vrij om als belanghebbende deze beschikking aan te vechten, maar het heeft in ieder geval niet als gevolg dat [geïntimeerde] er in de relatie met Wiba geen rechten aan zou kunnen ontlelen.’

Ook hier zien we een overgang van niet direct uit afspraken tussen werkgever en werknemer voortvloeiende verplichtingen. In beide gevallen was de verplichting aan de vervreemder opgelegd door het UWV. Interessant in de laatste zaak was nog dat de verkrijger van oordeel was dat de werknemer in kwestie niet was overgegaan, ‘omdat zou zijn afgesproken dat de werknemer niet mee zou overgaan zolang hij arbeidsongeschikt was’. Uiteraard een zinloos argument.

Afgezien van voornoemde twee uitspraken zijn mij geen uitspraken bekend waarin werd afgeweken van het principe dat voor overgang vatbare rechten en verplichtingen hun directe basis dienen te vinden in een contractuele relatie en ook zélf een dergelijk contractueel karakter dienen te dragen. Deze contractuele benadering was, afgezien van voornoemde uitlegproblemen, overigens niet zonder bezwaren. Hoe, bijvoorbeeld, om te gaan met anciënniteit? Daar heeft de Europese rechtspraak de oplossing voor gevonden dat anciënniteit op zichzelf geen voor overgang vatbaar recht is, maar toch overgaat indien en voor zover het gekoppeld is aan wel voor overgang vatbaar (financieel) recht.¹⁹ Na deze uitspraken heb ik mij afgevraagd welke gevolgen deze arresten hadden voor bijvoorbeeld de opzegtermijn. Het recht op een zekere opzegtermijn, alsmede de parallelle plicht deze te respecteren, is onmiskenbaar verbonden met de arbeidsovereenkomst. Opgebouwde anciënniteit zou in die redenering meetellen voor het berekenen van de opzegtermijn die de verkrijger ingevolge artikel 7:672 BW in acht dient te nemen. Maar daar wringt nu juist de schoen: die opzegtermijn is wettelijk geregeld, en vloeit dus zelf niet voort uit de arbeidsovereenkomst. De onwenselijke situatie zou dan kunnen bestaan dat een werknemer wiens opzegtermijn contractueel was overeengekomen, wel een beroep kon doen op deze opzegtermijn berekend op basis van de daaraan verbonden anciënniteit, maar de werknemer in wiens arbeidsovereenkomst hierover niets stond dat recht niet had. Hoe zou men dan overigens moeten omgaan met de (veelvoorkomende) situatie dat de arbeidsovereenkomst slechts verwijst naar de wettelijke regeling? Is dat dan een verplichting *ex lege*, of is deze door de enkele expliciete verwijzing *ex contractu*

19 HvJ EG 14 september 2000, JAR 2000/225 (Collino & Chiappero); HvJ EU 6 september 2011, JAR 2011/262 (Scattolon). De vraag of het recht ‘financieel’ móét zijn, is voor discussie vatbaar. Het Hof gebruikte de term in de zaak Collino & Chiappero, waar het ook ging om rechten van dien aard.

geworden? Hier kon men onderuit komen met de stelling dat vele in de wet opgenomen bepalingen ten aanzien van de arbeidsovereenkomst een contractueel karakter dragen: zij zijn in de wet geregeld om te voorkomen dat zij aan de werknemer worden onthouden (denk aan vakantiedagen) of om te waarborgen dat de werkgever zijn sterkere onderhandelingspositie niet misbruikt (zoals bij opzegtermijnen).

Het Europese Hof lijkt deze contractuele benadering niet te volgen; zijn overwegingen vinden veeleer hun weerklink in voornoemde uitspraken van de twee Nederlandse gerechtshoven. Die komen er, samengevat, op neer dat op grond van artikel 7:663 BW voor overgang vatbare rechten en verplichtingen weliswaar gebaseerd moeten zijn op het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar zelf uit andere bron kunnen komen. Zij kunnen een contractueel karakter hebben. Rechten uit het eerdergenoemde voorbeeld van de autoleaseregeling lijken mij evenzeer voor overgang vatbaar, al zal men, vermoedelijk, niet kunnen volhouden dat de leaseregeling zelf automatisch overgaat – zij is immers een zelfstandige overeenkomst gesloten tussen werkgever en een derde, net als een huurovereenkomst, die evenmin voor overgang vatbaar is.²⁰ De werknemer kan echter wel rechten aan de leaseregeling ontleen indien deze van toepassing is op zijn arbeidsovereenkomst.²¹

Voor overgang vatbare rechten en verplichtingen kunnen echter ook hun contractuele karakter hebben verloren of dit karakter zelfs nooit hebben gehad. Opzegtermijnen, de plicht een getuigschrift af te geven, de ontslagvolgorde bij bedrijfs-economisch ontslag, opgelegde boetes wegens het niet nakomen van bepaalde arbeidsregels, ofwel: alle regelingen die hun basis vinden in het bestaan van een arbeidsovereenkomst, zijn voor overgang vatbaar. Dat geldt dus ook voor ten behoeve van werknemers in het leven geroepen regelingen die door derden worden uitgevoerd, zoals scholingsfondsen en pensioen. Ook zaken als niet-betaalde loonbelasting²² en (wettelijke) socialezekerheidspremies zijn voor overgang vatbaar nu zij verbonden zijn aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst, ook al dragen zij geen contractueel karakter. Deze benadering past bij de veelbesproken GOM-uitspraken, waar men halsbrekende toeren moest uithalen om het contractuele karakter van algemeen verbindend verklaarde pensioenrechten binnenboord te houden.²³ Achteraf gezien, met het TGSS-arrest in de hand, was dat ten aanzien van het antwoord op de vraag of het wel om voor overgang vatbare rechten en verplichtingen ging, niet noodzakelijk geweest. Overigens zegt het Hof

20 HvJ EG 16 oktober 2008, JAR 2008/295 (Kirtruna).

21 Uiteraard kan men de leasemaatschappij niet verplichten de verkrijger als wederpartij te accepteren. Zo ver reikt Richtlijn 2001/23 niet. De verkrijger zal echter wel de werknemer aan de voor overgang op hem van toepassing zijnde leaseregeling vergelijkbare rechten dienen toe te kennen.

22 Ik doel hier op de belasting die is verschuldigd op grond van de Wet op de loonbelasting 1964. Voor de Wet inkomstenbelasting 2001 kan men anders oordelen – er moet immers een band bestaan met de arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking.

23 Zie de genoemde bijdragen in noot 6, in het bijzonder die van Kanen en Hoppers die expliciet het TGSS-arrest behandelen. Gerlach behandelt het arrest ook, maar meent dat het geen gevolgen heeft voor de Nederlandse rechtspraktijk wegens gebrek aan derdenwerking. Ik kom hier op terug.

Arnhem-Leeuwarden in de GOM-zaak juist dat rechten en verplichtingen uit sociale zekerheid en het fiscale recht niet overgaan, omdat zij op de wet berusten (r.o. 5.17) – een na de TGSS-uitspraak (dat een halfjaar voor de GOM-zaak werd gewezen) niet langer houdbaar standpunt, dunkt me.

Ten slotte wil ik hier opmerken dat ik van mening ben dat men het arrest niet zo beperkt dient te lezen dat het slechts ziet op rechten en verplichtingen met betrekking tot sociale zekerheid, omdat artikel 3 lid 4 van de richtlijn nu toevallig de inzet van het geding was. Daardoor vind ik de overwegingen van het Hof te generiek. Het Hof zegt in rechtsoverweging 43 bijna terloops dat slechts de in de richtlijn limitatief genoemde uitkeringen op basis van niet-wettelijke stelsels van sociale zekerheid van overgang kunnen worden uitgesloten (en de wettelijke dus niet). Er is geen aanleiding te veronderstellen dat het Hof anders zal oordelen over andere, wettelijke regels die gerelateerd zijn aan de arbeidsovereenkomst. Het arrest geeft eerder de indruk dat het Hof het niet in het minst kwestieus vindt dat dergelijke wettelijke regels voor overgang vatbaar zijn, waarbij de verkrijger deze regels respecteert (en voortzet) zoals de vervreemder ze op de datum van overgang had achtergelaten.

Deze opvatting van het Hof heeft, zoals ik in de inleiding stelde, belangrijke gevolgen voor de Nederlandse rechtspraktijk. Mijn conclusie bij dit thema is dat een verkrijger de arbeidsovereenkomst voortzet, inclusief alle daaraan verbonden rechten en verplichtingen, uit welke bron dan ook. Een vervolgvraag is of dergelijke rechten (en verplichtingen) ook door derden kunnen worden afgedwongen.

Derdenwerking

Richtlijn 2001/23 is onmiskenbaar in het leven geroepen ter bescherming van het op moment van overgang bij de desbetreffende onderneming werkzame personeel, al dient het belang van werkgevers meegewogen te worden, blijkens de eerdergenoemde Parkwood-zaak. Een analyse van de overwegingen van het Hof in de op basis van de richtlijn gewezen uitspraken laat duidelijk zien dat het doel van de richtlijn is te voorkomen dat de werknemer er, globaal gezien, door de overgang van onderneming op achteruitgaat.²⁴ Het is dus zijn belang dat vooropstaat, niet dat van de werkgever (bijvoorbeeld: bij gelijke behandeling van de overgekomen en zittende werknemers), noch dat van eventuele derden – de *actio popularis* is sowieso in de Nederlandse rechtspraktijk geen onderwerp van discussie. Lastiger te beantwoorden is de vraag of een belanghebbende bij een overgang van onderneming een beroep kan doen op deze, de werknemer beschermende bepalingen, ook tegen de wil van de directe adressant in. Hanteert men de in Nederland dominante, contractuele leer, dan lijken derden geen rechten te kunnen ontleenen aan de richtlijn, noch aan de daarop gebaseerde Nederlandse implementatiewetgeving. Zulks zou immers in strijd zijn met de gedachte dat slechts degene ten behoeve van wie de bepalingen in het leven zijn geroepen, een beroep op die bepalingen toekomt – het zogenoemde relativiteitsvereiste. Het Hof Amsterdam oordeelde op 20 mei 2014 langs dezelfde lijn dat de Stichting Naleving Cao voor Uitzendkrachten als derde niet bij de verkrijger kon aankloppen om door de ver-

24 Zie bijvoorbeeld de in noot 19 genoemde zaak Scattolon.

Ronald Beltzer

vreemde verschuldigde bedragen te voerden, een oordeel dat na de TGSS-uitspraak aan herziening toe is.

Gezien het voorgaande is de kritiek verklaarbaar die in de literatuur is verschenen op de uitkomst in de GOM-zaak in eerste aanleg en in hoger beroep, waarin immers een derde – een pensioenfonds – het recht werd toegekend achterstallige premies bij de verkrijger te vorderen.²⁵ Het Hof heeft weliswaar eerder, in de zaak Kitruna,²⁶ geoordeeld dat een derde niet getroffen wordt door de bepalingen in de richtlijn, maar in deze zaak betrof het de vraag of een huurovereenkomst tussen vervreemder en verhuurder voor overgang vatbaar was. Het antwoord hierop was ontkennend, omdat deze overeenkomst niet ziet op de verhouding tussen de werkgever en de werknemer. De huurovereenkomst heeft geen connectie met de arbeidsovereenkomst. Gerlach lijkt de overwegingen van het Hof op dit punt anders te interpreteren wanneer hij stelt dat uit dit arrest kan worden afgeleid dat derdenwerking door het Hof in haar algemeenheid niet is aanvaard. Mij dunkt dat het Hof dat hier niet heeft bedoeld, maar veeleer een onderscheid heeft gemaakt tussen wel (zoals: rechten uit wettelijke sociale zekerheid) en niet (zoals: huurovereenkomsten met derden) uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen.²⁷ Voorts speelde in de Kitruna-zaak niet het relativiteitsvereiste, maar de vraag of bepaalde andere overeenkomsten voor overgang vatbaar zijn.

In de TGSS-zaak besteedt het Hof geen woorden aan de vraag of TGSS een zelfstandig vorderingsrecht kon ontleen aan de nationale wetgeving die de implementatie vormt van artikel 3 van de richtlijn. Ik meldde bij de beschrijving van de casus reeds dat TGSS bezwaar had gemaakt tegen het geaccordeerde overdrachtsbesluit van 15 oktober 2013 en dat vier weken later een groep voormalige werknemers van Gimnasio eveneens bezwaar maakte tegen dat besluit. Het Hof leidt uit deze feiten niet expliciet af dat TGSS, als derde, een zelfstandig vorderingsrecht toekomt. Nu kan men over de oorzaken daarvan van alles denken. De eerste aan het Hof voorgelegde prejudiciële vraag heeft het Hof in ieder geval een opening geboden zich uit te laten over de derdenwerking van de richtlijn. Denkbaar is dat het Hof de vraag niet relevant vond, waarbij de gedachte kan opkomen dat het Hof het een vanzelfsprekendheid vindt dat TGSS een dergelijk recht toekwam. Dat staat dan in contrast met de eerder genoemde, scherpe reacties op de GOM-uitspraken.

Accepteert men, zoals ik in de vorige paragraaf heb betoogd, dat met de arbeidsovereenkomst samenhangende rechten en verplichtingen, ongeacht hun rechtskarakter, voor overgang vatbaar zijn, dan lijkt daaruit goed te kunnen volgen dat ook anderen zich daarop kunnen beroepen. De overgang van ten behoeve van werknemers in het leven geroepen bepalingen boet immers sterk aan belang in indien deze bepalingen slechts door de werknemer zelf zouden kunnen worden ingeroepen. Veel fondsen, zoals een pensioenfonds of scholingsfonds, hebben immers een zelfstandig belang bij nakoming door de vervreemder van de voor

25 Deze kritiek is vrijwel unisono terug te vinden in de in noot 6 genoemde bijdragen.

26 HvJ EG 16 oktober 2008, JAR 2008/295.

27 Gerlach 2016.

overgang gemaakte afspraken.²⁸ Dat geldt ook voor bijvoorbeeld de fiscus, uiteraard waar het gaat om aan de arbeidsovereenkomst verbonden fiscale verplichtingen.

Hier doemt een parallel op met de situatie in Nederland ten aanzien van de adressanten van artikel 7:610 BW. Lange tijd werd als vanzelfsprekend aangenomen dat slechts partijen bij de arbeidsovereenkomst het recht toekwam zich te beroepen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst. In de zaak Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM²⁹ kwam de vraag aan de orde of het pensioenfonds, PGGM, zich kon beroepen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen Knipscheer, die zich via zijn vehikel-BV Kniphham had laten detacheren bij Stichting Thuiszorg Rotterdam, en de laatste. Het belang van PGGM was helder: ware er geen arbeidsovereenkomst, dan zouden voor Knipscheer geen pensioenpremies behoeven te worden afgedragen. A-G Timmerman wilde er niet van weten:

“2.16 In het tweede middelonderdeel wordt erover geklaagd dat het hof heeft miskend dat aan PGGM een beroep op art. 7:610a BW toekomt.

2.17 Deze klacht kan mijns inziens niet slagen. Art. 7:610a heeft ten doel de rechtspositie van een werknemer te beschermen. Een derde, zoals PGGM, kan aan het desbetreffende artikel geen rechten ontleen. Ik verwijs naar de nota n.a.v. het verslag II, 26257, nr 7, p. 16 (Parlementaire geschiedenis, Flexibiliteit en zekerheid, p. 330):

“a. Kunnen derden zich beroepen op rechtsvermoedens van artikelen 610a en 610b? Nee, rechtsvermoedens gelden in relatie tussen werkgever en werknemer. Wel kunnen UVI en fiscus erop wijzen dat zij zich op deze rechtsvermoedens kunnen beroepen.”

De Hoge Raad oordeelde (r.o. 3.3) dat het Hof Den Haag in appèl terecht had overwogen dat voor de beantwoording van de vraag of Knipscheer op grond van de verplichtstelling moet deelnemen in de regeling van PGGM, ‘beslissend is dat de verplichtstelling van PGGM geldt voor degenen die met, voorzover hier van belang, een thuiszorginstelling een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht hebben gesloten. Het hof heeft dan ook in zijn eindarrest terecht onderzocht of de tussen Thuiszorg Rotterdam en Knipscheer bestaande rechtsverhouding voldoet aan de criteria die gelden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Eveneens terecht heeft het hof dit onderzoek gedaan aan de hand van de criteria die in bovengenoemd arrest zijn geformuleerd. Die criteria zijn immers zowel van toepassing in het geval partijen erover twisten of tussen hen een arbeidsovereen-

28 Zie ook de Hoge Raad in voornoemde GOM-zaak (HR 16 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375), waarin hij wijst op het feit dat het ‘voor een effectieve rechtsbescherming’ wenselijk is dat het pensioenfonds een eigen vorderingsrecht heeft. Dat bevreemdt (slechts) in zoverre dat de werknemers zelf in casu niet geschaad werden, omdat het pensioen toch tot uitkering zou komen, ongeacht of de premieachterstand zou zijn overgegaan. De Hoge Raad lijkt overigens te menen dat een dergelijk vorderingsrecht van derden gebaseerd is op artikel 8 van Richtlijn 2001/23 – de mogelijkheid tot uitbreiding van bescherming van werknemers in nationale regelgeving –, iets wat mij kwestieus lijkt.

29 HR 13 juli 2007, JAR 2007/231.

Ronald Beltzer

komst is gesloten, als wanneer een derde betoogt dat de tussen partijen bestaande rechtsverhouding als arbeidsovereenkomst heeft te gelden.’

In rechtsoverweging 3.4 scherpt de Hoge Raad zijn oordeel aan door te overwegen dat het hof zich niet van zijn oordeel dat tussen Knipscheer en Thuiszorg Rotterdam een arbeidsovereenkomst bestond, behoefde te laten weerhouden door de enkele omstandigheid dat vaststaat dat Knipscheer en Thuiszorg Rotterdam geen arbeidsovereenkomst met elkaar wilden sluiten omdat zij de verplichte deelneming van Knipscheer in het PGGM-pensioenfonds niet wensten. Bij de beantwoording van de vraag of tussen partijen een arbeidsovereenkomst gold, is immers niet alleen van belang hetgeen partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, maar ook de wijze waarop zij feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven, aldus de Hoge Raad.

Hoewel de Hoge Raad in dit arrest niet expliciet overweegt dat aan PGGM de bevoegdheid toekomt te ageren op basis van artikel 7:610 BW, moet de conclusie zijn dat, gezien de overwegingen van de Hoge Raad, een dergelijk recht wel wordt geaccepteerd.

7 Slot

Mijn conclusie na analyse van de TGSS-uitspraak is tweeledig. Ten eerste gaan alle aan de arbeidsovereenkomst verbonden rechten en verplichtingen op de verkrijger over, ongeacht hun bron of juridische kwalificatie. Enig vereiste lijkt te zijn dat er een relatie met de arbeidsovereenkomst bestaat. Om die reden gaan aan de arbeidsovereenkomst verbonden socialezekerheidsrechten en fiscale verplichtingen over op de verkrijger, maar een huurovereenkomst tussen de vervreemder en een derde niet. Ten tweede lijkt in dit arrest derdenwerking van de contractuele relatie die de arbeidsovereenkomst ten gronde is, aanvaard. Die derdenwerking bestaat ook op nationaal niveau, zoals het arrest STR/PGGM toont.³⁰ Mij lijkt die werking gewenst, om praktische en principiële redenen. Praktisch, omdat de arbeidsovereenkomst is behangen met rechten en verplichtingen die niet *ex contractu* zijn en die worden bewaakt/uitgevoerd door andere partijen. Het getuigt van praktische zin deze rechten ook door deze (in)direct belanghebbenden te kunnen laten afdwingen, mede omdat het soms maar toevallig is welke keuze is gemaakt ten aanzien van de desbetreffende ‘arbeidsvoorwaarde’. Principieel geldt als argument dat voornoemde derden uiteindelijk steeds ten behoeve van de factor arbeid hun taken verrichten, welke taken hun zijn opgedragen door sociale partners, de wetgever of de uitvoerende macht. Het gaat dan niet aan, ten laste van het grotere, juridisch complexe geheel dat de arbeidsrelatie omvat, een enge, contractuele benadering de overhand te geven.

30 Moeizaam is hier dan wel de in de vorige paragraaf aangehaalde opvatting van de wetgever, zoals geciteerd door A-G Timmerman in zijn conclusie onder 2.17. Mij lijkt die opvatting voor veel situaties achterhaald.