



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De positie van werknemers bij herstructurerings

Beltzer, R.M.; Zondag, W.A.

Published in:
Herstructurering van ondernemingen

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Beltzer, R. M., & Zondag, W. A. (2004). De positie van werknemers bij herstructurerings. In R. A. I. van Frederikslust, J. B. Huizink, & H. J. C. Bakker (Eds.), Herstructurering van ondernemingen LexisNexis.

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: <http://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.

De positie van werknemers bij herstructureringen

R.M. Beltzer en W.A. Zondag

1. Inleiding

Een herstructurering heeft doorgaans (grote) gevolgen voor werknemers. Deze gevolgen variëren van overgang naar een andere werkgever, een wijziging van de arbeidsovereenkomst tot (collectief) ontslag. In deze bijdrage gaan wij nader in op deze gevolgen, waarbij het accent wordt gelegd op 1) de rechten en plichten bij een overgang van onderneming, fusie en splitsing en 2) de regels bij een door herstructurering ingegeven ontslag.

Naast de rechtspositie van de individuele werknemer worden aspecten van het medezeggenschapsrecht behandeld: het adviesrecht van de ondernemingsraad op grond van de WOR en de rechten van de vakorganisaties (op grond van CAO's, de SER-fusiegedragsregels en de Wet Melding Collectief Ontslag).

2. Overgang van onderneming, fusie en splitsing

In de onderhavige paragraaf wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste elementen uit en ontwikkelingen in de wetgeving en rechtspraak op het terrein van de overgang van onderneming.¹ Na een korte uiteenzetting van het begrippenapparaat worden de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en de verplichtingen besproken die na de overgang behouden blijven. Bijzondere aandacht wordt hierbij besteed aan pensioenen, het concurrentiebeding, ondernemingsgebonden arbeidsvoorwaarden en de CAO. Vervolgens wordt de ontslagbescherming bij overgang van onderneming in de schijnwerpers geplaatst en worden enkele speciale kanttekeningen geplaatst bij de overgang door fusie en splitsing.

2.1. Enkele begrippen

Voor een goed begrip is het nuttig enkele begrippen af te bakenen. Het belangrijkste begrip in paragraaf is 'overgang van onderneming'. Dit is de in de artikelen 7:662 e.v. BW geregelde situatie die meebrengt dat de werknemer met een andere werkgever te maken krijgt.

Wanneer zijn de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing? Het antwoord kan uit art. 7:662 BW

¹ Voor verdere literatuur: M. Holtzer, *Wet overgang ondernemingen*, Deventer: Kluwer 2003; R.M. Beltzer, 'Reorganisatie en overgang van onderneming', in: L.G. Verburg en W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 157 e.v.; R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2000 en P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 1999.

worden afgeleid. Er moet gesproken kunnen worden van een 'overgang, met het oog op de voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, ten gevolge van een *overeenkomst*, fusie of splitsing, van een *economische eenheid* die haar *identiteit* behoudt'. Kernbegrippen zijn de gecursiveerde woorden 'overeenkomst', 'economische eenheid' en 'identiteit'. Bij het begrip 'overeenkomst' kan men denken aan een koopovereenkomst. Maar, ook een huur- en pachtovereenkomst vallen hieronder. Hetzelfde geldt, aldus blijkt uit het tweede lid van art. 7:662 BW, voor een fusie of omzetting van de onderneming. Het Hof van Justitie staat in dit verband, tegen de achtergrond van een optimale werknemersbescherming, een ruime visie voor. Zelfs al hebben de 'verkrijger' en de 'vervreemder' geen contract met elkaar gesloten, toch kan er sprake zijn van een overgang krachtens overeenkomst. Voldoende is dat er 'in het kader van contractuele betrekkingen een wijziging plaatsvindt in de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming en als werkgever verplichtingen aangaat ten opzichte van de werknemers van de onderneming'. Zo oordeelde het Hof dat het beëindigen van een verkoopconcessie, gevolgd door de verlening van die concessie aan een ander bedrijf, plaats vond in voornoemd kader van contractuele betrekkingen.² Het gegeven dat de overgang hierdoor in meerdere fasen plaatsvindt is in de optiek van het Hof van Justitie geen probleem.

Het begrip 'economische entiteit' is in feite een synoniem voor 'onderneming'. Het is een begrip dat recentelijk in art. 7:662 BW is opgenomen, een codificatie van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie. In de jurisprudentie refereert het Hof aan 'een duurzaam georganiseerde economische entiteit waarvan de activiteit niet beperkt is tot de uitvoering van een bepaald werk'. Hierbij verwijst het begrip 'entiteit' naar een georganiseerd geheel van personen en elementen waarmee een economische doelstelling kan worden uitgeoefend. Er moet dus sprake zijn van een duurzame organisatie, een eenmalige, afrondende opdracht voldoet hier niet aan.³ Doorgaans levert dit begrip 'economische entiteit' of 'onderneming' niet veel problemen op.

² HvJEG 7 maart 1996, NJ 1997, 172 (Merckx en Neuhys/Ford). Zie ook HvJEG 10 februari 1988, NJ 1990, 423 (Daddy's Dance Hall) met betrekking tot een pachtovereenkomst. Wanneer een bedrijf op grond van een aanbestedingsprocedure een economische activiteit verwerft (ten koste van het bedrijf van de activiteit eerst uitoefende), is ook sprake van een overgang. Zie HvJEG 28 juni 2002, JAR 2002/168 en HvJEG 20 november 2003, JAR 2003/298 (Sodexho).

³ HvJEG 11 maart 1997, JAR 1997/91 (Süzen): 'Een entiteit kan (...) niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast. Haar identiteit blijkt eveneens uit andere factoren, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering of, in voorkomend geval, de beschikbare productiemiddelen. Het loutere verlies van een opdracht aan een concurrent kan als zodanig niet een aanwijzing voor een overgang in de zin van de richtlijn zijn.'

Lastig te omschrijven is het begrip 'identiteit'. De identiteit van de betrokken onderneming moet bewaard blijven. Wanneer is dat het geval? In het Spijkers-arrest heeft het Hof geoordeeld dat het moet gaan om de overgang van een lopend bedrijf, wat met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet. Of daarvan sprake is moet, aldus het Hof, worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval die de betrokken transactie kenmerken zoals:

- de aard van de betrokken onderneming of vestiging;
- het al dan niet overdragen van de materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen;
- de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overgang;
- het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer;
- het al dan niet overdragen van de klantenkring;
- de mate waarin de voor en na de overgang verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en
- de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten.

Bij het beantwoorden van de vraag moet dus altijd aan deze en andere omstandigheden worden getoetst teneinde vast te stellen of de identiteit van een (lopend) bedrijf is overgegaan.

Wordt aan voornoemde voorwaarden voldaan dan verbindt de wet aan die overgang het dwingende gevolg dat de werknemer automatisch met behoud van alle uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen naar een derde overgaat. De werkgever die de onderneming overdraagt wordt met de term 'vervreemder' aangeduid, de overnemer is de 'verkrijger'. Géén overgang van onderneming is de enkele aandelenoverdracht. De werkgever wijzigt hierdoor immers niet. Bovendien wordt hierdoor niet een onderneming overgedragen, maar slechts de zeggenschap over de onderneming.

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

2.2 Behoud van rechten en verplichtingen

2.2.1 Algemeen

Het doel van de artikelen 7:662 e.v. BW is het beschermen van werknemers bij een overgang van hun onderneming. Dit doel wordt vooral bereikt door de verkrijger van de onderneming te verplichten alle aan de onderneming verbonden werknemers over te nemen – hij mag niet de zieke, zwakke en misselijke werknemers achterlaten – met behoud van hun rechten en verplichtingen (artikel 7:663 BW). Zo heeft een overgegangene werknemer recht op behoud van het aantal vakantiedagen dat hij bij de vervreemder had, maar ook zijn concurrentiebeding gaat over. De vervreemder is nog gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk aansprakelijk voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die zijn ontstaan vóór dat tijdstip. Deze regel is in het leven geroepen om ‘opzetjes’ tussen twee werkgevers, bedoeld om de werknemer geen verhaal te laten hebben als deze bijvoorbeeld een loonvordering instelt, te voorkomen.

Artikel 7:663 BW creëert een overgang die ervoor zorgt dat de verkrijger in principe integraal de hoedanigheid van werkgever van zijn voorganger voortzet. Dit brengt mee dat de identiteit van de arbeidsovereenkomst gehandhaafd blijft. Gevolg hiervan is dat wanneer de verkrijger bijvoorbeeld de arbeidsovereenkomst met de overgegangene werknemer wil opzeggen, hij voor de berekening van de opzegtermijn (artikel 7:672 BW) tevens het aantal dienstjaren bij de vervreemder zal moeten betrekken. De teller gaat immers na de overgang voor de overgenomen werknemers niet opnieuw lopen; de verkrijger zal hun anciënniteit moeten eerbiedigen.⁴ De vóór de overgang bij de verkrijger zittende werknemers kunnen geen ‘voorrang’ claimen ten opzichte van de nieuwkomers. Hierdoor kan het gebeuren dat in geval van een reorganisatie het zittende personeel moet wijken voor de nieuwkomers, simpelweg omdat de laatsten hun anciënniteit hebben meegenomen op basis waarvan zij volgens het ‘last in, first out’-principe een beter rangordnummer zouden kunnen hebben.⁵

Afgezien van behoud van anciënniteit zal de overgegangene werknemer van de verkrijger kunnen eisen dat hij hetzelfde loon betaald krijgt als voorheen, hetzelfde aantal vakantiedagen kan opnemen, dezelfde overwerkvergoeding betaald krijgt, enzovoort. Dit kan meebrengen dat de verkrijger verschillende pakketten arbeidsvoorwaarden moet toepassen op verschillende groepen werknemers, hetgeen tot wrijvingen tussen deze

⁴ Zie HvJEG 14 september 2000, JAR 2000/225 (Collino en Chiappero/Telecom Italia SPA), besproken door A.G. Veldman, SR 2001/3, p. 85-87.

⁵ Zie L.C.J. Sprengers, ‘Doorvoeren van bedrijfseconomische ontslagen’, in: L.G. Verburg en W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 93.

verschillende werknemers kan leiden. Zo is het goed voorstelbaar dat de overgegene werknemer A voor hetzelfde overwerk een hogere overwerkvergoeding krijgt dan zijn collega B die reeds voor de overgang bij de verkrijger in dienst was. Het belang van de overgegene werknemers bij handhaving van hun arbeidsvoorwaarden is door de wetgever echter hoger ingeschat dan het belang van de verkrijger en het reeds voor de overgang bij hem werkzame personeel bij het bestaan van een uniform arbeidsvoorwaardenpakket. Hier komen wij nog op terug.

De algemene overgang is beperkt tot reeds bestaande rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Ook rechten en verplichtingen die ten tijde van de overgang al wel bestonden, maar nog niet opeisbaar waren, gaan over. Maar rechten en verplichtingen die niet uit de arbeidsovereenkomst, maar bijvoorbeeld uit de wet voortvloeien, zijn niet voor overgang vatbaar. Had de vervreemder bijvoorbeeld verzuimd tijdig de socialezekerheidspremies te voldoen, dan is de verkrijger voor de hierdoor ontstane schuld niet aansprakelijk. Ook (loopbaan)verwachtingen van de werknemer die niet de status van een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiend recht hebben, blijven buiten de overgang. Zo is de verkrijger niet gebonden aan de verwachting van de overgegene werknemer dat hij op basis van zijn functioneren bij de vervreemder een bepaalde salarisschaal automatisch tot het einde toe zal doorlopen. Daarvoor zijn concrete toezeggingen van de werkgever vereist. Desondanks komt het regelmatig voor dat in overleg met de vakbonden wordt besloten dat de overgaande werknemers gedurende een bepaalde periode na de overgang garanties ten aanzien van het salaris perspectief zullen worden gegeven. Anders is de situatie dat uit het in een CAO opgenomen beloningssysteem van de vervreemder voortvloeit dat de werknemer elk jaar automatisch een salarisverhoging krijgt. De verkrijger is aan die CAO gebonden en zal zolang die CAO geldt de werknemer jaarlijks een salarisverhoging moeten geven. Op CAO's komen wij hierna nog terug.

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

werknemer heeft betaald, van de vervreemder terugbetaling vorderen (artikelen 6:10 en 12 BW). Hij is immers wel aansprakelijk, maar niet draagplichtig voor oude schulden.

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

2.2.2 Pensioenen

Op de regel dat alle rechten en verplichtingen overgaan, bestond tot voor kort een belangrijke uitzondering. Pensioenen in de zin van de PSW gingen volgens het tot 1 juli 2002 geldende artikel 7:664 BW namelijk niet over op de verkrijger. Het nieuwe artikel 7:664 BW bepaalt dat de door de vervreemder gedane pensioentoezegging in principe overgaat op de verkrijger.⁶ De verkrijger zal dus een gelijkwaardige toezegging moeten doen. Omdat werknemers tevens hun anciënniteit behouden, kan de verplichte overname van de pensioentoezegging een behoorlijke financiële last betekenen. Het gevaar dat de verkrijger aansprakelijk wordt voor te laat betaalde pensioenpremies is grotendeels geweken, nu uitstelfinanciering aan banden is gelegd. Op de regel dat de verkrijger de pensioentoezegging overneemt, bestaat een aantal uitzonderingen, waarvan de belangrijkste is dat de verkrijger aan de overgenomen werknemers dezelfde pensioentoezegging doet als hij aan zijn reeds zittende werknemers heeft gedaan. Die mogelijkheid bestaat zelfs als die toezegging slechter is dan de regeling die eerstgenoemde werknemers vóór de overgang hadden. Artikel 14a Wet CAO (dat ziet op de overgang van rechten en verplichtingen in een CAO) is aangepast in die zin, dat uitkomt dat ook in een CAO opgenomen pensioenrechten en -verplichtingen overgaan.

2.2.3 Concurrentiebeding

Bij toepassing van het beginsel van behoud van rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst bij de overgang van een onderneming neemt het concurrentiebeding (geregeld in artikel 7:653 BW⁷) een aparte plaats in. Een concurrentiebeding is immers een hoogstpersoonlijke aangelegenheid tussen de werkgever met diens bedrijfsdebet aan de ene kant en de werknemer in een bepaalde functie aan de andere kant. Het is meestal niet zo dat een werkgever met al zijn werknemers (gelijkluidende) concurrentiebedingen sluit.

Daarnaast beperkt het concurrentiebeding de werknemer in zijn door de Grondwet in artikel

⁶ Zie uitgebreid E. Lutjens, 'Pensioen bij overgang van een onderneming', *SMA* 2002/9.

⁷ Op dit moment wordt een wetsvoorstel dat strekt tot ingrijpende wijziging van de wettelijke regeling in de Tweede Kamer behandeld. Eén van de wijzigingen heeft betrekking op het aan de werknemer verschuldigd zijn van een billijke vergoeding. Uitvoerig: J.P. Quist, *Het concurrentiebeding nader beschouwd*, Den Haag: BJu 2004.

19, derde lid gegarandeerde vrijheid van arbeidskeuze. Daarom dient niet licht te worden aangenomen dat een concurrentiebeding is overeengekomen dan wel is gecontinueerd bij verandering van functie of na een fusie of overname.

Deze bijzonderheden staan echter niet in de weg aan de toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v.⁸ Wordt onderneming A door onderneming B overgenomen, dan zal het concurrentiebeding dat eerst tussen A en een werknemer gold na de overgang alleen nog tussen die werknemer en B gelden. Eindigt op enig moment de arbeidsovereenkomst tussen B en de werknemer, dan kan B, niet A, rechten aan het concurrentiebeding ontlenen. Op de regel van automatische overgang is in de rechtspraak echter een belangrijke uitzondering geformuleerd. In het arrest Brabant/Van Uffelen⁹ bepaalde de Hoge Raad dat een concurrentiebeding na de overgang alsnog zijn werking verliest indien het na die overgang als gevolg van een ingrijpende wijziging in de arbeidsverhouding zwaarder op de werknemer is gaan drukken. De feitelijke situatie moet dan dus voor de werknemer gewijzigd zijn. Een ingrijpende wijziging waardoor het beding zwaarder is gaan drukken wordt aangenomen wanneer de arbeidsovereenkomst na de overgang een wezenlijk andere inhoud heeft gekregen of het concurrentiebeding na de overgang een wezenlijk ander bereik heeft gekregen. Hierbij kan men denken aan de situatie dat een concurrentiebeding na de overgang een groter geografisch bereik heeft gekregen dan daarvoor, of aan de situatie dat een leidinggevende werknemer na de overgang over een grotere groep werknemer de verantwoordelijkheid krijgt.

Dit arrest betekende een breuk met de daarvoor geldende leer die nu nog geldt in situaties dat de artikelen 7:662 e.v. BW niet van toepassing zijn. Die leer houdt in dat de bijzondere positie van het concurrentiebeding en de enkele kans dat het beding na de overgang zwaarder gaat drukken ervoor zorgen dat het beding opnieuw moet worden overeengekomen door de nieuwe werkgever. Of het beding feitelijk zwaarder is gaan drukken doet hier dus niet ter zake; de kans dát dat zo is of zal zijn, is voldoende om de nieuwe werkgever geen rechten aan het concurrentiebeding te laten ontlenen.¹⁰

2.2.4 Ondernemingsgebonden arbeidsvoorwaarden

Het principe van de artikelen 7:662 e.v. BW is dat de werknemer bij de verkrijger aanspraak kan maken op dezelfde arbeidsvoorwaarden als hij voorheen bij de vervreemder had. Het

⁸ HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 235.

⁹ HR 9 maart 1979, *NJ* 1979, 467.

¹⁰ HR 31 maart 1978, *NJ* 1978, 325.

zal voor de verkrijger niet altijd eenvoudig zijn daaraan te voldoen.¹¹ Men denke aan personeelskortingen op producten die de vervreemder wel, maar de verkrijger niet voert. De vraag heeft zich voorgedaan of de verkrijger de werknemer exact hetzelfde arbeidsvoorwaardenpakket dient aan te bieden of dat de werknemer moet instemmen met wijzigingen in zijn arbeidsvoorwaardenpakket indien hij er door die wijziging per saldo niet op achteruit gaat. Hierbij is te denken aan het geval dat de verkrijger in zijn onderneming een langere werkweek hanteert dan de vervreemder, waartegenover hij meer vakantiedagen voor de overgegangene werknemers stelt. Of de situatie dat de vervreemder een systeem van variabele beloning kent en de verkrijger het salaris van de overgegangene werknemer in zijn systeem van vaste beloning wil inpassen. Kortom: een verkrijger zal graag ter gelegenheid van de overgang tot een uitruil van arbeidsvoorwaarden van de werknemers van de verkrijger willen komen. Een grammaticale uitleg van artikel 7:663 BW laat echter weinig ruimte tot twijfel: de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst gaan van rechtswege over en nergens wordt de toevoeging gemaakt dat een uitruil van arbeidsvoorwaarden kan plaatsvinden. Deze uitleg is door het Hof van Justitie bevestigd in het arrest *Daddy's Dance Hall*.¹² De Deense Højesteret had het Hof de prejudiciële vraag gesteld of de werknemer bij het aangaan van een overeenkomst met de verkrijger van de onderneming afstand kan doen van de rechten die hij aan de richtlijn ontleent, wanneer hij daarbij zulke voordelen krijgt, dat hij er door de wijziging in de aanstellingsvoorwaarden globaal gezien niet op achteruit gaat. In casu was met de betrokken werknemer overeengekomen dat zijn commissieloon in een vast salaris zou worden veranderd en dat een nieuwe proeftijd van drie maanden zou gelden. Deze laatste voorwaarde werd overigens op initiatief van de werknemer opgenomen. Het Hof overwoog dat het ging om een bescherming die van openbare orde is en waar partijen bij de arbeidsovereenkomst niet over kunnen beschikken. Werknemers kunnen niet afzien van deze bescherming en hun rechten mogen niet worden verminderd, ook niet met hun instemming. Ten slotte vond het Hof onbelangrijk dat de werknemer ter compensatie van de voor hem uit de gewijzigde arbeidsverhouding voortvloeiende nadelen zulke nieuwe voordelen verkreeg, dat hij er globaal gezien niet op achteruit zou gaan.

¹¹ Zie ook R.M. Beltzer, 'Harmonisatie is geen (ETO-)reden', *ArbeidsRecht* 2004, 13; A. Gremmen en D.A. Duijm, 'Overgang van onderneming: harmonisatie van arbeidsvoorwaarden en reorganisatie', *ArbeidsRecht* 2002, 28; M. Holtzer en W.A. Zondag, 'Wijziging van arbeidsvoorwaarden', in: L.G. Verburg en W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 198 e.v.; J.M. van Slooten, 'Overgang van onderneming en bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden', *ArbeidsRecht* 2000, 31.

¹² HvJEG 10 februari 1988, NJ 1990, 423, bevestigd in HvJEG 6 november 2003, JAR 2003/297.

'Plussen en minnen' is dus verboden, zelfs met instemming van de werknemer en zelfs als hij er daardoor in zijn totaliteit niet op achteruit gaat. De gedachte hierachter is dat het risico groot is dat de verkrijger misbruik maakt van zijn machtspositie. Daarom heeft het Hof in hetzelfde arrest bepaald dat niets er aan in de weg staat dat de werknemer ná de overgang, in overeenstemming met de regels van het overeenkomstenrecht, afwijkende arbeidsvoorwaarden met de verkrijger kan overeenkomen.

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

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

2.2.5 Rechten en verplichtingen in een CAO

De artikelen 7:662 e.v. BW zien alleen op in individuele arbeidsovereenkomsten opgenomen rechten en verplichtingen. Veel rechten en verplichtingen zijn echter opgenomen in CAO's. Voor die situatie heeft de wetgever de artikelen 14a Wet CAO en 2a Wet AVV in het leven geroepen.¹³ Het principe van deze regelingen is dat de in een al of niet algemeen verbindend verklaarde CAO opgenomen arbeidsvoorwaarden na de overgang van onderneming ook tussen de verkrijger en de werknemer blijven gelden. Op deze manier wordt hetzelfde gevolg gecreëerd als in artikel 7:663 BW voor de individuele arbeidsvoorwaarden geldt.

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

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

¹³ Zie ook W.J.P.M. Fase en J. van Drongelen, *CAO-recht, Het recht met betrekking tot CAO's en de verbindendverklaring en onverbindendverklaring van bepalingen ervan*, Deventer: Kluwer 2004, p. 124 e.v.; A.M. Luttmer-Kat, 'De doorwerking van CAO-arbeidsvoorwaarden van de vervreemder bij overgang van onderneming', *SR* 2000/7/8, p. 195-197.

Hier schuilt echter voor de verkrijger een aantal adders onder het gras hetgeen samenhangt met ons CAO-recht. In Nederland kennen we het systeem van doorwerking en nawerking van CAO-bepalingen. Doorwerking houdt in dat de in een CAO opgenomen arbeidsvoorwaarden direct doorwerken in de individuele arbeidsovereenkomsten van werknemers die lid zijn van een vakbond die partij is bij de CAO. In de praktijk stemmen werknemers die geen lid zijn van een vakbond ook in met de in een CAO opgenomen arbeidsvoorwaarden, zodat die bepalingen ook voor hen gelden. Nawerking houdt in dat wanneer de CAO afloopt, de daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden 'nawerken' in de relatie tussen werkgever en werknemer tot het moment dat zij andere afspraken maken of er een nieuwe CAO gaat gelden. Loopt de CAO van de vervreemder af, dan is daarmee de gebondenheid van de verkrijger aan de daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden niet meteen afgelopen: deze arbeidsvoorwaarden werken immers na. Wel staat het de verkrijger vrij met de overgenomen werknemers nieuwe afspraken te maken, uiteraard mits deze werknemers daarmee instemmen.

Maar dat is nog niet alles. Ook als de verkrijger zelf aan een CAO gebonden wordt kunnen de bepalingen uit de CAO van de vervreemder een rol spelen. Een beginsel van CAO-recht is namelijk dat de overgegangene werknemer zijn oude arbeidsvoorwaarden behoudt indien deze niet strijdig zijn met de nieuwe CAO van de verkrijger.¹⁴ Dit kan leiden tot een ongewenst 'haasje over'-effect: de overgegangene werknemer behoudt het goede van de arbeidsvoorwaarden uit zijn oude CAO (die deel zijn gaan uitmaken van zijn arbeidsovereenkomst) en pikt de krenten uit de pap van de nieuwe CAO van de verkrijger. Hiermee gaat niet alleen het afgewogen karakter van de CAO verloren – men levert wat in en krijgt er wat anders voor terug – maar wordt de verkrijger tevens de mogelijkheid ontnomen de eventueel bestaande ongelijke arbeidsvoorwaarden van het overgegangene en het zittende personeel weg te nemen.¹⁵ Veel mogelijkheden hier iets aan te doen heeft de verkrijger niet. Is er geen wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst opgenomen, dan zal de verkrijger eventueel met een beroep op de eisen van goed werknemerschap¹⁶ kunnen eisen dat de overgegangene werknemers instemmen met voorgestelde wijzigingen in hun arbeidsvoorwaarden die tot doel hebben de ongelijkheid tussen de verschillende groepen werknemers ongedaan te maken.

¹⁴ Rb. Amsterdam 18 september 1996, *JAR* 1996/228 en HR 10 januari 2003, *JAR* 2003/38, waarover R.M. Beltzer, 'Botsende en nawerkende CAO-bepalingen', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2003/1, p. 30-39.

¹⁵ Vergelijk evenwel M. Holtzer en W.A. Zondag, Wijziging van arbeidsvoorwaarden, in: L.G. Verburg en W.A. Zondag (red), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 209-210.

¹⁶ HR 6 juni 1998, *JAR* 1998/199, waarover C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2001/1, p. 30-44.

Concluderend kan men stellen dat de verkrijger pas geheel van de werking van de in een CAO opgenomen arbeidsvoorwaarden van de vervreemder is 'bevrijd', indien hij zelf aan een CAO gebonden wordt, waaraan de overgenomen werknemers op grond van hun lidmaatschap van de vakbond die de CAO heeft ondertekend dan wel op grond van hun instemming met de daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden eveneens gebonden zijn én die CAO alle zaken regelt die ook in de CAO van de vervreemder geregeld waren.

2.3 Bijzondere overwegingen bij fusies en splitsingen

Gaat een onderneming door middel van een juridische fusie of splitsing over, dan gelden naast de artikelen 7:662 e.v. BW de bepalingen uit de zevende titel van Boek 2 BW (fusies en splitsing). Voor de werknemer maakt dit in het algemeen niet veel uit, omdat in beide regelingen sprake is van een overgang van alle rechten en verplichtingen. Toch zijn er enkele verschillen tussen Titel 7 en de artikelen 7:662 e.v. BW.¹⁷ Zo is de verkrijger ook aansprakelijk voor schulden van de gefuseerde werkgever jegens ex-werknemers die al voor de fusie of splitsing uit dienst waren. In tegenstelling tot de artikelen 7:662 e.v. BW is voor aansprakelijkheid van de verkrijger niet vereist dat de arbeidsovereenkomst ten tijde van de overgang nog bestond; alle rechten en verplichtingen van de verdwijnende rechtspersoon gaan immers ten gevolge van de fusie op de verkrijger over, niet alleen die uit ten tijde van de fusie nog bestaande arbeidsovereenkomsten.

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

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

¹⁷ Uitvoerig: R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2000, p. 213-248.

Daarnaast verdient de speciale aansprakelijkheidsregeling van artikel 2:334t BW enige aandacht. Het eerste lid van dit artikel bepaalt dat de verkrijgende rechtspersonen en de voortbestaande gesplitste rechtspersoon die ten tijde van de splitsing bestonden aansprakelijk zijn tot nakoming van de verbintenissen van de gesplitste rechtspersoon. Ook werknemers kunnen zich op artikel 2:334t BW beroepen. Dit artikel geeft hun bepaalde voordelen boven de aansprakelijkheidsbepaling van de laatste zin van artikel 7:663 BW. Artikel 7:663 BW beperkt de aansprakelijkheid van de vervreemder (dus: de afsplitsende rechtspersoon) voor rechten en verplichtingen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien en die op het moment van overgang bestonden tot een jaar na de overgang van de onderneming. Artikel 2:334t BW kent geen beperking in tijd die afwijkt van de normale verjaringsregels. Bovendien is de kring van aansprakelijken ruimer dan bij artikel 7:663 BW: door de werking van artikel 2:334t BW kunnen in principe zowel de splitsende rechtspersoon als elke verkrijgende rechtspersoon tot nakoming worden aangesproken – zelfs ongeacht of de werknemer na de afsplitsing in dienst van de afsplitsende rechtspersoon is gebleven of automatisch bij een verkrijgende rechtspersoon in dienst is getreden. Artikel 7:663 BW beperkt de aansprakelijkheid tot de partijen die de arbeidsovereenkomst respectievelijk vervreemden en verkrijgen.

3. Ontslagbescherming

3.1 Ontslagprocedures

Herstructurering van een onderneming leidt veelal tevens tot het vervallen van arbeidsplaatsen. Het gevolg hiervan is dat werknemers noodgedwongen worden ontslagen. Om de ontslagen te verwezenlijken, zal de werkgever een ontslagprocedure moeten volgen. Twee hoofdroutes kunnen hierbij van elkaar worden onderscheiden: de route via de Centrale Organisatie voor Werk en Inkomen (CWI) en de route via de kantonrechter (ontbindingsprocedure). Beide routes worden hierna toegelicht. Ook wordt stilgestaan bij enkele bijzondere ontslagregels ingeval een ontslag wordt ingegeven door een overgang van onderneming.

3.2 De CWI-procedure

De traditionele route voor het realiseren van een ontslag op grond van bedrijfseconomische redenen was en is de zogenoemde CWI-route. De werkgever vraagt ex art. 6 BBA toestemming aan de CWI (ook wel ontslagvergunning genoemd) teneinde tot opzegging van de arbeidsovereenkomst te kunnen overgaan.

Korte of lange procedure

Doorgaans neemt een procedure bij de CWI wel enkele maanden in beslag. De werkgever moet immers zijn ontslagaanvraag toelichten en werkgever en werknemer worden in de gelegenheid gesteld op elkaars standpunten te reageren (hoor en wederhoor). Het is evenwel ook mogelijk bij een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen te kiezen voor het volgen van een zogenoemde verkorte procedure. Heeft de werknemer geen bezwaren tegen de ontslagaanvraag om bedrijfseconomische redenen dan bestaat de mogelijkheid via een verkorte procedure te komen tot een afhandeling van een ontslagaanvraag. In bijlage C van het Ontslagbesluit is daartoe een standaard werknemersverklaring van geen bezwaar opgenomen. Als de werknemer deze verklaring invult en deze door de werkgever meegestuurd wordt zal de aanvraag via de verkorte procedure behandeld worden. Van belang is daarbij wel dat in beginsel alle voor ontslag voorgedragen werknemers hieraan willen meewerken. De procedure wordt verkort genoemd, omdat de werknemer in beginsel niet meer de gelegenheid geboden verder te reageren op deze aanvraag en deze zal ook niet ter advies aan de ontslagcommissie worden voorgelegd. De werknemer behoeft door het afzien van het voeren van verweer tegen het ontslag niet bevreesd te zijn voor een weigering van een werkloosheidsuitkering. In de Werkloosheidswet is namelijk een bepaling opgenomen (art. 24) op grond waarvan een werknemer die meewerkt aan de (verkorte) procedure door geen verweer te voeren tegen het ontslag, niet zal worden tegengeworpen dat hij verwijtbaar werkloos is geworden. Voorwaarde is wel dat de ontslagvergunning uitsluitend is gebaseerd op bedrijfseconomische gronden en niet op – bijvoorbeeld – disfunctioneren van de werknemer.

Noodzakelijkheidstoetsing

Een door de werkgever bij de CWI ingediende aanvraag voor toestemming wordt beoordeeld op grond van de in het Ontslagbesluit opgenomen criteria. Één van deze criteria, waaruit blijkt dat de CWI rekening heeft te houden met het zogenoemde evenredigheidsbeginsel, is vervat in art. 3:1. Op grond van deze bepaling beoordeelt de CWI of het voorgenomen ontslag *redelijk* is. Daarbij neemt hij in aanmerking de mogelijkheden en de belangen van de betrokken werkgever en werknemer alsmede andere belangen voor zover de in het Ontslagbesluit opgenomen bepalingen dit inhouden.¹⁸ Een uitwerking van deze algemene toetsingsmaatstaf voor de beoordeling van een verzoek om toestemming in verband met bedrijfseconomische redenen is neergelegd in art. 4:1. Op grond van deze bepaling kan de CWI een ontslagvergunning verlenen

wanneer 'de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat uit bedrijfseconomisch oogpunt een of meer arbeidsplaatsen dienen te vervallen'. Uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat het hier om een volledige toetsing gaat (dus niet marginaal).¹⁹ In de praktijk wordt evenwel, zo blijkt uit empirisch onderzoek onder de voorgangers van de CWI (de RDA's), een *marginale(re)* toetsing aangelegd. Deze marginale(re) toetsing wordt voornamelijk ingegeven door bij CWI's bestaande vrees op de stoel van de ondernemer plaats te nemen.²⁰

CWI's hechten in het kader van de noodzakelijkheidstoetsing veel waarde aan uitgebreid cijfermateriaal. Betwist de werknemer de overgelegde cijfers dan mag van de CWI worden verwacht en verlangd dat het verweer van de werknemer inhoudelijk wordt beoordeeld. De wijze waarop de noodzakelijkheidstoetsing door de CWI plaatsvindt, verschilt in de praktijk overigens per zaak en per CWI. Enerzijds wordt dit bepaald door de opstelling van degene die de ontslagaanvraag behandelt en anderzijds door de inhoud van het door de werknemer gevoerde verweer. Naarmate uit het collectief overleg blijkt dat van de zijde van ondernemingsraad en vakorganisaties (zie hierover par. 4) de bedrijfseconomische noodzaak niet wordt bestreden, is ook de inhoudelijke toetsing door de CWI veelal marginaler van aard.²¹

Bij de uitvoering van de noodzakelijkheidstoetsing en de beoordeling van het overgelegde cijfermateriaal hanteert de CWI een checklist die als bijlage aan het Ontslagbesluit is gevoegd. Het betreft gegevens die de werkgever bij het verzoek om toestemming ex art. 6 BBA aan de CWI moet verstrekken. Deze checklist kan dienen als hulp voor de werkgever bij het indienen van een verzoek tot toestemming van beëindiging van de arbeidsverhouding vanwege bedrijfseconomische redenen. Het helpt tevens de werknemer aan de hand van die informatie de inhoud en strekking van zijn verweer te gaan bepalen.²² Volgens deze checklist wordt als relevante informatie aangemerkt:

- de opgave van het aantal werknemers dat in dienst is;
- (geconsolideerde) balansen en verlies en winstrekeningen (van ten minste twee jaar);

¹⁸ Zie over deze toetsing ook W.A. Zondag, 'Toetsing van het bedrijfseconomisch gemotiveerde ontslag', *Arbeid Integraal* 2003/5, p. 155-163; J. van Drongelen en A.D.M. van Rijs, *De ontslagpraktijk van de CWI*, Deventer: Kluwer 2003, p. 113 e.v.

¹⁹ *Kamerstukken I* 1997-1998, 25 263, nr. 132b, p. 6.

²⁰ Vergelijk voor deze vrees: R.M. Beltzer, R. Knegt en A.D.M. van Rijs, *Ontslagvergoedingen, Regelingen, opvattingen en praktijk*, Den Haag: Sdu 1998, p. 87; E.J.H.M. Lousberg, *Bescherming van de arbeid in het licht van nieuwe technologieën* (diss.), Lelystad: Vermande 1997, p. 49 e.v.; T. Havinga, *Arbeidsbureau en collectief ontslag, Een empirisch onderzoek naar het functioneren van de ontslagprocedure* (diss.), Groningen: 1989, p. 263; R. Knegt en A.C.J.M. Wilthagen, *Toetsing van ontslag*, Groningen: 1988, p. 116-118.

²¹ L.C.J. Sprengers, 'Doorvoering van bedrijfseconomisch ontslag', in: L.G. Verburg en W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 76-79; J. van Drongelen en A.D.M. van Rijs, a.w., p. 133.

²² Zie ook L.C.J. Sprengers, a.w., p. 76-79.

- in de toelichting dient ingegaan te worden op onder andere de verhouding vreemd/eigen vermogen, reserves, waarderingsgrondslag voorraden, voorzieningen, kostenontwikkeling, rentabiliteit, liquiditeit en solvabiliteit (inclusief verklaring van een accountant, indien deze verklaring verplicht is);
- de netto resultaten ontwikkelingen (twee volledige jaren en lopende boekjaar tot moment indiening ontslagverzoek) door middel van absolute gegevens, inclusief eventuele voorzieningen en incidentele baten/lasten;
- een weergave van toekomstige ontwikkelingen (circa zes maanden);
- een prognose van de financiële positie in de nabije toekomst (minimaal zes maanden) onder overlegging van een accountantsverklaring (indien aanwezig) bij (on)gewijzigde omstandigheden;
- de opgave van balans en verlies en winstposten die de financiële positie verklaren;
- het minimale bezuinigingsbedrag op personeelskosten;
- andere genomen of te nemen kostenbesparende maatregelen;
- het oude en het toekomstige organisatieplaatje (met toelichting waarin ook de redengeving) bij reorganisatie;
- de functies die vervallen of wijzigen door technologische veranderingen (automatisering, robotisering en verdergaande mechanisering);
- vergelijkbare omzet en vergelijkbare productiegegevens over de laatste twee jaar (geïndexeerd of via absolute gegevens) en een overzicht van de personeelsopbouw in deze periode (het aantal werknemers en hun functies) in geval van werkvermindering;
- bij werkvermindering een opgave van de orderportefeuille en de toekomstverwachtingen;
- de ontwikkeling van de financiële positie (over meerdere jaren) in relatie tot het aantal te schrappen arbeidsplaatsen;
- eventueel een afschrift van brieven aan opdrachtgevers met opzegging respectievelijk wijziging contract waardoor werk is komen te vervallen;
- het overleg bij overname van bepaalde bedrijfsactiviteiten om werkgelegenheid in stand te houden;
- bij overname van bepaalde bedrijfsactiviteiten het overleggen van een verklaring van de overnemende partijen met inzicht in de personele organisatie (het aantal functies) en mededeling/ datum van overname.

Selectie criterium

Als de CWI tot het oordeel is gekomen dat de werkgever voldoende aannemelijk heeft

gemaakt dat een of meerdere arbeidsplaatsen zijn komen te vervallen, wordt een volgende toets aangelegd. Het betreft nu een selectie van werknemers die voor ontslag in aanmerking komen. Hierbij moet de CWI zich houden aan de regels die in het Ontslagbesluit zijn opgenomen. Voor de selectie van werknemers die voor ontslag worden voorgedragen, worden de in artikel 4:2 van het Ontslagbesluit genoemde criteria toegepast. Dit houdt in dat per bedrijfsvestiging en per categorie uitwisselbare functies werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking worden gebracht. Dit wordt ook wel de lifo-regel genoemd. Op de lifo-regel zijn enkele uitzonderingen mogelijk. De eerste uitzondering doet zich voor als de werkgever aannemelijk maakt dat een werknemer over zodanige bijzondere kennis of bekwaamheden beschikt dat zijn ontslag voor het functioneren van de onderneming te bezwaarlijk zou zijn. In dat geval kan de CWI deze werknemers bij de toepassing van de lifo-regel buiten beschouwing laten. De tweede uitzondering doet zich voor bij een groepsontslag van meer dan tien werknemers die tegelijkertijd binnen één werkgebied van de CWI voor ontslag in aanmerking komen. In afwijking van het anciënniteitbeginsel kan dan per leeftijdsgroep de ontslagvolgorde worden bepaald. Men noemt dit het wel afspiegelingsbeginsel. Bij de hantering van dit principe moet wel de onderlinge verhouding van het aantal werknemers dat per leeftijdsgroep voor ontslag in aanmerking wordt gebracht, voor zover als dat mogelijk is, overeenkomen met de onderlinge verhouding van het aantal werknemers in elk van deze leeftijdsgroepen. De in het Ontslagbesluit voorkomende leeftijdsgroepen zijn de leeftijdscategorieën van 15 tot 25 jaar, van 25 tot 35 jaar, van 35 tot 45 jaar, van 45 tot 55 jaar en van 55 jaar en ouder. Binnen ieder van deze leeftijdsgroepen moet vervolgens inachtneming van de regels over het anciënniteitbeginsel de ontslagvolgorde worden bepaald. De werkgever kan voor toepassing van het afspiegelingsbeginsel kiezen omdat hij op deze wijze een evenwichtiger personeelsopbouw na doorvoering van de reorganisatie kan behouden. Immers, als alleen met het anciënniteitbeginsel bij een omvangrijke herstructurering wordt gewerkt, bestaat het gevaar dat er een vergrijsd personeelsbestand resteert, omdat meestal in de groep oudere werknemers de werknemers met de langste dienstverbanden zijn terug te vinden.

Herindienstnemingsvoorwaarde

Aan het verlenen van toestemming voor opzegging wegens bedrijfseconomische redenen kan de CWI de - ontbindende - voorwaarde verbinden dat de werkgever binnen zesentwintig weken na de bekendmaking van de toestemming geen werknemer in dienst zal nemen voor het verrichten van werkzaamheden van dezelfde aard, dan nadat hij degene voor wie de toestemming tot opzegging van de arbeidsverhouding wordt verleend, in de

gelegenheid heeft gesteld zijn vroegere werkzaamheden op de bij de werkgever gebruikelijke voorwaarden te hervatten (artikel 4:5).²³

Opzegtermijn

Nadat door de CWI een ontslagvergunning is verleend, kan de werkgever tot opzegging overgaan. Dit houdt in dat er nog een opzegtermijn in acht moet worden genomen (de arbeidsovereenkomst eindigt dus niet op het moment dat de vergunning door de CWI is verleend). De in acht te nemen opzegtermijn bedraagt – afhankelijk van de duur van het dienstverband – één tot vier maanden (artikel 7:672 lid 2 BW). Voor elke vijf dienstjaren, wordt de opzegtermijn met een maand verlengd, met als maximum een termijn van vier maanden. Deze termijn kan uitsluitend bij CAO of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan worden verkort. Indien door de CWI een ontslagvergunning is verleend, geldt een speciale kortingsregeling. In dat geval wordt de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn namelijk verkort met één maand, met dien verstande dat de resterende termijn van opzegging ten minste één maand bedraagt (artikel 7:672 lid 4 BW).

Toetsing door de rechter: kennelijk onredelijke opzegging

Een werkgever die na een door de CWI verleende ontslagvergunning de opzegtermijn in acht heeft genomen, loopt nog altijd het risico dat de werknemer het ontslag inhoudelijk door de rechter laat toetsen (art. 7:681 BW). De rechter zal (geheel los van het oordeel van de CWI) tot het oordeel kunnen komen dat de opzegging ondanks de verleende ontslagvergunning kennelijk onredelijk is. Als de rechter van oordeel is dat de opzegging ‘kennelijk onredelijk’ is, zal de werkgever worden veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding. Het is evenwel ook mogelijk dat de rechter de werkgever veroordeeld tot herstel van dienstbetrekking. Van een kennelijk onredelijke opzegging kan volgens art. 7:681 lid 2 sub b BW worden gesproken wanneer ‘mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging’. De vraag of een dergelijke situatie zich voordoet, moet worden beantwoord op grond van de omstandigheden, zoals deze zich niet later dan op het tijdstip van ingang van het ontslag voordeden. Nadien intredende omstandigheden kunnen in aanmerking worden genomen voor zover zij

²³ Zie hierover P.S. van Minnen en W.A. Zondag, ‘Ontslagvergunning onder ontbindende voorwaarde’, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2002/1, p. 85 e.v.

aanwijzingen opleveren voor wat niet later dan op voormeld tijdstip kon worden verwacht.²⁴ De schadevergoeding, die ook uit een vergoeding van geleden immateriële schade kan bestaan²⁵, heeft de strekking compensatie te bieden voor het door de werkgever veronachtzamen van de onevenredigheid tussen het belang van de werkgever en de nadelige gevolgen die het ontslag voor de werknemer kan hebben.²⁶ In de rechtspraak van de afgelopen jaren wordt in steeds grotere mate op grond van kennelijk onredelijke opzegging een schadevergoeding toegekend wanneer - gelet op de financiële middelen van de werkgever - de financiële nazorg van de werkgever voor de werknemer onvoldoende is geweest.²⁷ Zo zal het ontslag van een werknemer met bijvoorbeeld twintig dienstjaren kennelijk onredelijk kunnen worden geacht als de werknemer zonder enige financiële compensatie 'de straat op wordt gestuurd' terwijl het bedrijf er financieel niet slecht voor staat. De hoogte van de schadevergoeding wordt door de rechter bepaald aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waarbij onder meer de lengte van het dienstverband een belangrijke factor vormt.²⁸

Opgemerkt zij dat er in de praktijk weinig procedures op grond van 'kennelijk onredelijke opzegging' worden gevoerd. De reden daarvan kan onder meer zijn gelegen in het feit dat werkgevers vrijwillig werknemers een afvloeiingsvergoeding of andere financiële compensatie toekennen (vaak op grond van een sociaal plan).

3.3 De ontbindingsprocedure

Een alternatieve route om een ontslag wegens economische redenen te kunnen realiseren, is de zogenoemde ontbindingsroute ex art. 7:685 BW. Op grond van art. 7:685 lid 1 BW is ieder der partijen bij de arbeidsovereenkomst te allen tijde bevoegd zich tot de kantonrechter te wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst 'wegens gewichtige redenen' te beëindigen. Als gewichtige redenen in de zin van art. 7:685 BW worden blijkens het tweede lid beschouwd 'omstandigheden die een dringende redenen in de zin van art. 7:677 lid 1 BW zouden hebben opgeleverd indien de arbeidsovereenkomst deswege onverwijld zou zijn opgezegd, alsook veranderingen in de omstandigheden, welke van dien aard zijn, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen'. In de rechtspraak wordt het begrip 'veranderingen in de omstandigheden' zeer ruim uitgelegd. Niet alleen een verstoring van de arbeidsrelatie, maar ook economische omstandigheden

²⁴ HR 3 maart 1995, *NJ* 1995, 451.

²⁵ HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 495; HR 3 september 1993, *NJ* 1993, 715.

²⁶ HR 17 oktober 1997, *NJ* 1999, 266 m.n. PAS.

²⁷ Vergelijk HR 30 januari 1998, *JAR* 1998/82; HR 1978, *NJ* 1979, 185 m.n. PAS; HR 1 december 1961, *NJ* 1962, 78.

vormen een legitieme ontbindingsgrond.²⁹ Vandaag de dag kunnen nagenoeg alle denkbare redenen die normaal gesproken tot ontslag kunnen leiden, beschouwd worden als veranderingen in de omstandigheden.³⁰

Noodzakelijkheidstoetsing

Net zo min als de CWI verlangt de kantonrechter in het kader van de bedrijfseconomische motivering een 'keihard' bewijs van de noodzakelijkheid van het vervallen van arbeidsplaatsen. Voldoende is dat de werkgever de noodzaak ervan aannemelijk maakt.³¹ Wordt de werknemer in een ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW betrokken, dan is het aan de werknemer verweer te voeren tegen de door de werkgever gewenste ontbinding wanneer hij van mening is dat de aangevoerde bedrijfseconomische gronden niet per se behoeven te leiden tot het definitief vervallen van zijn arbeidsplaats dan wel dat uit de feiten kan worden afgeleid dat het beoogde ontslag juist door de werkgever *bedoeld* is om een bepaalde periode van verminderde bedrijvigheid te overbruggen. Dit verweer kan onder meer bestaan uit het wijzen op de mogelijkheid een ontheffing van het verbod van werktijdverkorting aan te vragen ingeval aannemelijk is dat de oorzaak van de verminderde bedrijvigheid niet tot het normale bedrijfsrisico van de werkgever behoort. Hoewel in de tekst van art. 7:685 BW niet kan worden gelezen dat een ontbindingsbeschikking alleen behoort te worden verleend als het ontslag een *ultimum remedium* vormt, zal de kantonrechter toch niet snel voorbijgaan aan dit verweer.³² Daarbij zal de kantonrechter in beginsel rekening dienen te houden met de op de werkgever rustende verplichting na te gaan in welke mate er alternatieven voor het ontslag voorhanden zijn waardoor aan de belangen van de werknemers kan worden tegemoetgekomen. Een blik op de jurisprudentie leert daarbij wel dat kantonrechters niet allen dezelfde 'volle' of 'marginale' noodzakelijkheidstoets aanleggen.³³ Sommige kantonrechters toetsen erg marginaal, terwijl anderen alle cijfers op tafel willen hebben. Wel

²⁸ HR 25 juni 1999, *JAR* 1999/149.

²⁹ Is de kantonrechter niet zeker van zijn zaak, dan kan hij uiteraard advies inwinnen bij de CWI. In een aantal ontbindingsprocedures is een dergelijk advies ingewonnen. Vergelijk Ktg. Zutphen 15 juli 1995, *JAR* 1996/177.

³⁰ A.M. Luttmer-Kat, in: G.J.J. Heerma van Voss (red.), *De arbeidsovereenkomst*, losbladig, aant. 2 bij art. 7:685 BW.

³¹ Vergelijk Ktr. Amsterdam 17 februari 2004, *JAR* 2004/56 (al vond de kantonrechter in deze zaak de bedrijfseconomische noodzaak onvoldoende aannemelijk gemaakt); Ktg. Zutphen 21 juni 2001, *JAR* 2001/152.

³² Zij het dat uit empirisch onderzoek is gebleken dat kantonrechters gemakkelijk te overtuigen zijn van de noodzaak van het bedrijfseconomisch gemotiveerde ontslag, terwijl zij het aan de werknemer overlaten om de bedrijfseconomische onderbouwing van het verzoek te weerleggen. R. Knecht en A.C.J.M. Wilthagen, a.w., p. 318.

³³ Ktg. Amsterdam 31 januari 2003, *JAR* 2003/46; Ktg. Zwolle 10 juni 1994, *JAR* 1994/141; Ktr. Maastricht 25 juli 2002, *JAR* 2002/285 en Ktr. Amsterdam 2002, *JAR* 2002/139.

is het zo dat een zeer marginale toetsing kan worden gecompenseerd met een hogere financiële vergoeding (waarover hierna).³⁴

Selectie criterium

In tegenstelling tot de CWI is de kantonrechter niet gebonden aan het in het Ontslagbesluit opgenomen selectie criterium (lifo en/of afspiegelingsbeginsel). Dit neemt echter niet weg dat kantonrechters rekening houden met de in het Ontslagbesluit genoemde regels en deze vaak (analoog) toepast. Kantonrechters gaan echter doorgaans wel soepeler om met deze regels dan de CWI. Als de werkgever goed kan motiveren waarom in afwijking van de regel 'last in first out' een bepaalde werknemer moet worden ontslagen, kan hij vaak op begrip bij de kantonrechter rekenen.³⁵ Wel loopt hij het risico dat de kantonrechter de afwijking van het normaliter toe te passen selectie criterium verdisconteert in de hoogte van de toe te kennen vergoeding.

Vergoeding en de kantonrechtersformule

Als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst – al dan niet conform het verzoek – ontbindt wegens *gewijzigde omstandigheden* – de ontbindingsgrond bij een reorganisatie – kan hij ingevolge artikel 7:685 lid 8 BW aan één van de partijen een vergoeding toekennen 'zo hem dat met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt'. Voor de berekening van de hoogte van de toe te kennen vergoeding wordt in de regel de 'Landelijke kantonrechterformule', de Aanbevelingen van de Landelijke Kring van Kantonrechters, toegepast. Ingevolge deze formule wordt de hoogte van de vergoeding bepaald door het aantal gewogen dienstjaren, de beloning en een correctiefactor. Ingeval sprake is van een 'neutraal' of 'kleurloos' ontslag c.q. een ontslag dat in de 'risicosfeer' van de werkgever ligt – men kan dan volgens de toelichting denken aan het vervallen van een arbeidsplaats ten gevolge van een reorganisatie waarbij de anciënniteitsvolgorde in acht is genomen – zal de correctiefactor op één worden gesteld. De werkgever is dan op grond van de formule één, anderhalf of twee bruto maandsalarissen vermeerderd met vaste en overeengekomen looncomponenten per dienstjaar (dienstjaren voor het 40e levensjaar tellen voor 1, van het 40e tot het 50e voor 1,5 en elk dienstjaar vanaf het 50e telt voor 2) verschuldigd. De factor C is variabel. Betreft het een 'neutraal' ontslag c.q. een ontslag dat in de risicosfeer van de werkgever ligt (zoals een reorganisatie, gebrek aan werk) dan wordt de C-factor op 1 gesteld.

³⁴ Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 17 februari 2004, *JAR* 2004/56 (toekenning vergoeding boven sociaalplanniveau).

³⁵ Zie L.C.J. Sprengers, a.w., p. 93.

Treft de werkgever of de werknemer een verwijt dan kan de C-factor resp. naar boven of naar beneden worden bijgesteld. De correctiefactor wordt op nul gesteld wanneer de kantonrechter van oordeel is dat de toekenning van een vergoeding op grond van bijzondere omstandigheden niet gerechtvaardigd is. In de overige gevallen zal de kantonrechter een correctiefactor toepassen op basis van zijn beoordeling van de bijzondere omstandigheden van het geval. Behoudens eventuele immateriële schade zal de vergoeding ingevolge Aanbeveling 3.5 niet hoger zijn dan de verwachte inkomensderving tot aan de pensioengerechtigde leeftijd. Een werknemer van 54 jaar met 17 dienstjaren en een bruto salaris van € 5.000,- (inclusief toeslagen e.d.) heeft dus bij een C-factor van 1 recht op de volgende vergoeding € 130.000,- (26 x 5000,- x 1).

3.4 Bijzondere ontslagregels bij overgang van onderneming

Bijzondere – aanvullende - ontslagregels gelden bij een overgang van onderneming. Om te voorkomen dat de vervreemder en de verkrijger (die niet het gehele personeel wil overnemen) afspraken maken over het beëindigen van de arbeidsovereenkomsten van voor de verkrijger overbodig personeel, bepaalt het eerste lid van artikel 4 van de richtlijn dat de overgang van een onderneming op zichzelf noch voor de vervreemder, noch voor de verkrijger een reden mag vormen bepaalde werknemers te ontslaan. Deze bepaling is omgezet in artikel 7:670 lid 8 BW. De werknemer die toch wegens de overgang van de onderneming is ontslagen, kan dat ontslag met succes in rechte aanvechten. Stelt de rechter vast dat de werknemer in strijd met de richtlijn is ontslagen, dan wordt de werknemer geacht ten tijde van de overgang nog in dienst van de vervreemder te zijn geweest (en dus te zijn overgegaan naar de verkrijger³⁶). Ontslag wegens een reden die samenhangt met de overgang van de onderneming – zo kan een overschot aan personeel een collectief ontslag noodzakelijk maken - is niet onmogelijk. Artikel 4 lid 1 van de richtlijn bepaalt dat ontslag wegens economische, technische, of organisatorische redenen – ‘eto-redenen’ - is toegestaan. Die redenen kunnen zich zowel bij de vervreemder als bij de verkrijger voordoen. Deze bepaling is overigens niet in Nederlandse wetgeving opgenomen.

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

van omstandigheden kan gedacht worden aan een heel scala van omstandigheden, variërend van het gemis aan reële promotiekansen en het moeten afleggen van een grotere reisafstand voor het woon/werkverkeer tot een weigering van de verkrijger de overgegane werknemer het oude salaris te betalen. De werknemer kan in die gevallen de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:685 BW, waarbij de arbeidsovereenkomst 'met het oog op de toepassing van lid 8' wordt beschouwd 'als ontbonden wegens een reden welke voor rekening van de werkgever komt'. Aan enige wettelijke termijn is dit beroep op artikel 7:665 BW niet gebonden, maar de werknemer zal natuurlijk niet mogen dralen. Een werknemer die van tevoren al weet niet bij de verkrijger in dienst te willen treden en wiens arbeidsovereenkomst voor of op het moment van de overgang is geëindigd, kan zich overigens ook op artikel 7:665 BW beroepen. Hij hoeft niet eerst over te gaan naar de verkrijger.

Stelt de kantonrechter vast dat de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden, dan is denkbaar dat uit artikel 7:665 BW voortvloeit dat hij bij berekening van de billijke vergoeding factor C van de kantonrechtersformule op hoger dan 1 stelt (ervan uitgaande dat er geen andere factoren zijn die meebrengen dat C juist op lager dan 1 dient te worden gesteld). $C = 1$ is immers de 'neutrale' situatie.

3.5 De rol van een sociaal plan

In het kader van herstructurering wordt vaak door de werkgever (veelal in overleg met de betrokken werknemersverenigingen en/of ondernemingsraad) een sociaal plan opgesteld: een verzameling van regelingen met betrekking tot de sociale gevolgen van de door te voeren reorganisatie. Naast regelingen met betrekking tot de interne en externe herplaatsing van werknemers en zogenoemde vertrekpremies, vormen afvloeiingsvergoedingen, die worden toegekend ter verzachting van de gevolgen van het ontslag, vaak een belangrijk onderdeel van het sociaal plan.³⁷ Vaak betreft deze vergoeding een suppletie van een krachtens de Werkloosheidswet te verkrijgen uitkering of een aanvulling tot het niveau van het oude nettoloon ingeval een andere baan of functie met een lager loon wordt gevonden. Moet de kantonrechter bij de bepaling van een vergoeding in het kader van een ontbindingsprocedure ex art. 7:685 BW zich refereren aan de in een toepasselijk sociaal plan neergelegde vergoeding? In beginsel niet, want de kantonrechter heeft de bevoegdheid een vergoeding 'naar billijkheid' vast te stellen. Hij mag derhalve zijn eigen oordeel volgen. Om

³⁶ Zie HvJEG 15 juni 1988, NJ 1990, 247.

toch meer eenheid in de rechtspraak te bewerkstelligen, heeft de Landelijke Kring van Kantonrechters echter een aanbeveling opgesteld (die geldt per 1 juni 1998). Deze aanbeveling luidt als volgt. In geval van een ontbinding wegens reorganisatie van het bedrijf zal de kantonrechter in afwijking van de genoemde kantonrechtersformule een vergoeding toekennen 'overeenkomstig een ter zake gemaakt sociaal plan, mits dat plan schriftelijk overeengekomen is door de werkgever met de tot de CAO onderhandelingen in de sector toegelaten dan wel anderszins voldoende representatieve vakorganisaties, tenzij onverkorte toepassing daarvan leidt tot een evident onbillijke uitkomst voor de betrokken werknemer'. Te denken valt volgens de toelichting aan de gevallen dat niet of nauwelijks rekening is gehouden met een zeer lang dienstverband, dan wel met een handicap van de werknemer. Als de onverkorte toepassing van de verfijnde aanbeveling leidt tot een onbillijke uitkomst is de 'gewone' kantonrechtersformule van toepassing, zij het dat indien slechte financiële omstandigheden van het bedrijf redengevend zijn voor de reorganisatie, daarin voldoende grond ligt de correctiefactor in ieder geval niet hoger dan 1 te laten zijn. Volgens de toelichting behoeft voor de vaststelling van de toe te kennen vergoeding in beginsel geen waarde te worden gehecht aan een – al dan niet na overleg met de vakbonden en/of ondernemingsraad - eenzijdig door de werkgever opgesteld sociaal plan. Door het ontbreken van overeenstemming zou volgens de toelichting onvoldoende kunnen worden getoetst of er aanleiding bestaat een lagere vergoeding toe te kennen, terwijl anderzijds honorering van een dergelijk sociaal plan zou impliceren dat de werkgever eenzijdig de hoogte van de vergoeding kan bepalen. Opmerkelijk is evenwel dat kantonrechters zich in veel gevallen niets aantrekken van de aanbeveling. Zo blijken kantonrechters wel degelijk grote betekenis toe te kennen aan een 'redelijk' sociaal plan dat met een ondernemingsraad is overeengekomen.

4. Medezeggenschapsaspecten

4.1 Ondernemingsraad en vakorganisatie

Omvangrijke herstructureringen (waaronder ook een fusie of overname wordt begrepen) vinden in de regel niet plaats zonder dat (uitvoerig) overleg wordt gevoerd met de werknemers. Werknemers worden daarbij doorgaans vertegenwoordigd door een ondernemingsraad en/of een vakorganisatie. Deze consultatie is meestal niet vrijblijvend. De ondernemingsraad en de vakorganisatie hebben juridisch gezien een stevige positie. Hierna

³⁷ Zie hierover D.J. Buijs, 'Afvloeiingsregelingen', in: L.G. Verburg en W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 139-156.

bespreken wij respectievelijk de positie van de ondernemingsraad (het adviesrecht op grond van de Wet op de Ondernemingsraden) en de positie van de vakorganisatie.

4.2 Het adviesrecht van de ondernemingsraad

Wanneer de ondernemer van plan is een besluit te nemen over één omvangrijke herstructurering (waaronder fusie en overname begrepen) zal hij vóór de definitieve besluitvorming advies moeten vragen aan de - bij meer dan vijftig op basis van een arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling werkzame werknemers in te stellen - ondernemingsraad.

Fusie

Het besluit tot fusie vindt men niet expliciet terug in artikel 25 WOR. Wel komen voor het besluit tot overdracht van zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan (sub a) en het besluit tot het vestigen van zeggenschap van of het overnemen of afstoten van de zeggenschap over een andere onderneming (sub b). Bij deze besluiten moet men denken aan de aan- en verkoop van een onderneming of bepaalde onderdelen daarvan. Het behoeft geen betoog dat een juridische fusie en een bedrijfsfusie onder voornoemde categorieën kunnen worden begrepen.³⁸ Minder voor de hand ligt dit echter voor de aandelenfusie. In artikel 25 WOR wordt immers gesproken van een overdragen van de zeggenschap over de onderneming ofwel over de arbeidsorganisatie. Bij een aandelenoverdracht van de meerderheid van de aandelen wordt echter de zeggenschap in de *ondernemer*, ofwel de vennootschap, in plaats van de zeggenschap in de *onderneming*, overgedragen. Ook lijkt het een vreemde zaak wanneer een aandeelhouder die zijn aandelen wil vervreemden advies zou moeten vragen aan de ondernemingsraad ondanks het feit dat dit besluit niet een bestuursbesluit behoeft te zijn. Desalniettemin heeft het Hof Amsterdam in de PUEM-zaak beslist dat een voorgenomen besluit tot aandelenoverdracht een adviesplichtig besluit vormt en wel omdat de overdracht van dit aandelenpakket uiteindelijk leidt tot een overdracht van de zeggenschap over de onderneming die door de ondernemer in stand wordt gehouden.³⁹

Andere aspecten van een herstructurering

Ook andere aspecten van een herstructurering - vaak bestaand uit een wijziging van de bevoegdheden in de organisatie en het doorvoeren van een collectief ontslag - kunnen

³⁸ Voor de medezeggenschapsaspecten van andere fusievarianten: R.H. van het Kaar, *Medezeggenschap bij fusie en ontvochting* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1993, p. 105-110.

doorgaans onder het bereik van art. 25 WOR worden gebracht. De 'catalogus' van art. 25 WOR noemt namelijk behalve het besluit tot overdacht van de zeggenschap ook een voorgenomen besluit ten aanzien van:

- een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming;
- een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming of in de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming (men denke aan een wijziging in de bevoegdheidsverdeling in de top van de onderneming).

Wel moet, zo blijkt uit het bovenstaande, kunnen worden gesproken van een 'belangrijk' besluit. Dit impliceert dat het om een relatief begrip gaat: wat voor de ene onderneming als een belangrijk, niet alledaags besluit kan worden beschouwd, hoeft daarmee niet ook een belangrijk besluit voor een andere onderneming te zijn. Met alle relevante omstandigheden dient rekening te worden gehouden. De aard van de ondernemingsactiviteiten zal hierbij een belangrijke rol spelen. Ook valt of staat de belangrijkheid van een besluit niet met de gevolgen die het besluit heeft in de sociale en/of werkgelegenheidsfeer. Dit uitgangspunt neemt echter niet weg dat een besluit waarbij werknemersbelangen in het geding zijn eerder als een belangrijk besluit zal kunnen worden aangemerkt dan een besluit dat geen directe invloed heeft op specifieke werknemersbelangen, hetgeen ook in overeenstemming is met de wetsgeschiedenis en de primaire functie die de ondernemingsraad, als belangenbehartiger van de werknemers, in de onderneming vervult.⁴⁰ De Ondernemingskamer laat de nadere invulling van het begrip 'belangrijk' afhangen van de concrete omstandigheden van het geval, waarbij met name wordt gelet op de inhoud en het gewicht van het besluit, de aanleiding en de beweegredenen voor het besluit⁴¹, de aard van de activiteiten van de onderneming en het aantal werknemers dat met de gevolgen van het besluit wordt geconfronteerd.⁴²

³⁹ Hof Amsterdam 27 juli 1989, *NJ* 1990, 734.

⁴⁰ Vergelijk Hof Amsterdam 30 juni 1988 (besproken door M.G. Rood in *TVVS* 1988, p. 253): 'De omstandigheid dat art. 25, eerste lid onder f, WOR niet de eis van 'belangrijk' stelt, betekent niet dat onder 'haar werkzaamheden' in genoemde bepaling mede moet worden verstaan werkzaamheden waarbij slechts een onbeduidend aantal werknemers is betrokken en waarbij de gang van zaken binnen de onderneming als geheel geen noemenswaardige gevolgen heeft'.

⁴¹ Vergelijk Hof Amsterdam 22 januari 2004, *JAR* 2004/61 (sluiting van twee afdelingen niet adviesplichtig i.v.m. voorafgaande ontwikkelingen).

⁴² Vergelijk HR 16 maart 1994, *NJ* 1994, 561; Hof Amsterdam 23 december 1993, *JAR* 1994/15. Voorts: Hof Amsterdam 18 juni 1998, *JAR* 1998/150, waarin werd bepaald dat de belangen van de werknemers (waaronder ook de belangen van de gezinsleden kunnen vallen, bijvoorbeeld bij een verplaatsing van de onderneming) in de besluitvorming moeten worden betrokken; een gunstige financiële positie van de onderneming biedt daarbij meer ruimte voor honorering van de werknemersbelangen.

Moment van adviesaanvraag

Op welk moment van het herstructureringsproces moet nu advies aan de ondernemingsraad worden gevraagd? Dient hij de adviesaanvraag ten aanzien van bijvoorbeeld een voorgenomen fusie te doen op het moment dat bepaalde beleidsvoornemens worden ontwikkeld, op het moment dat men fusiepartners gaat selecteren, op het moment dat met fusiepartners wordt gesproken of pas op het moment dat er met fusiepartners onderhandeld is en het duidelijk wordt dat een fusie in aantocht is? Een duidelijk antwoord op deze vraag kan niet zonder meer worden gegeven. Artikel 25 WOR bepaalt slechts dat het advies op een zodanig tijdstip moet worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit, hetgeen duidt op een vroeg moment in het besluitvormingsproces.

Anderzijds moet de ondernemer volgens het derde lid tevens een overzicht geven van de gevolgen van het besluit en van de naar aanleiding daarvan genomen maatregelen. Dit duidt weer op een zodanig stadium in het besluitvormingsproces dat er reeds enige duidelijkheid bestaat over de concrete gevolgen van het fusieproces. Het is daarom moeilijk aan te geven waar het juiste inschakelingsmoment ligt. Tussen *nadenken over* en *besluiten tot* ligt een vloeiende lijn waarop zich ergens een punt vindt dat de fase van het voorgenomen besluit doet intreden.⁴³ In elk geval is van 'wezenlijke invloed' geen sprake meer wanneer de besluitvorming nog slechts afhangt van de medewerking van derden, de goedkeuring van de RvC, of in het algemeen van voorwaarden en modaliteiten die niet behoren tot de bevoegdheden van de ondernemer en waarvan het niet in zijn macht ligt die te bevorderen. Ook als een intentieverklaring is afgegeven die in feite een gave koopovereenkomst is, en waarin geen enkele ontbindende voorwaarde is opgenomen, is het cruciale moment voor adviesaanvraag een gepasseerd station.⁴⁴

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of het adviesmoment meer naar voren of meer naar achter op de tijdbalk moet worden gemarkeerd.⁴⁵ Sommigen staan een laat inschakelingsmoment voor.⁴⁶ Anderen daarentegen geven de voorkeur aan een vroeg inschakelingsmoment.⁴⁷ Vaak zal de ondernemer dit dilemma met de ondernemingsraad kunnen bespreken. Een ondernemer is verplicht tijdens de overlegvergaderingen mededeling doen van besluiten die hij in voorbereiding heeft met betrekking tot aangelegenheden als bedoeld in de artikelen 25 en 27 WOR. Hierbij dienen dan tevens

⁴³ F. Koning, 'Rechtspraak medezeggenschap', SMA 1980, p. 545.

⁴⁴ OK 15 april 1999, JAR 1999/101. Zie ook HR 7 oktober 1998, JAR 1998/251.

⁴⁵ Vergelijk L.G. Verburg, De raadpleging van de ondernemingsraad en de vakorganisaties, in: L.G. Verburg en W.A. Zondag (red.), Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie, Deventer: Kluwer 2003, p. 60-63.

⁴⁶ M.G. Rood, WOR (losbladig), aant. 2 bij artikel 25 lid 2.

afspraken te worden gemaakt over het tijdstip en de wijze waarop de ondernemingsraad in de besluitvorming wordt betrokken (art. 24 WOR).⁴⁸ In sommige gevallen kan dit overleg leiden tot een afzonderlijke ondernemingsovereenkomst ex art. 32 WOR waarin wordt afgesproken op welk moment de ondernemingsraad om advies zal worden gevraagd. Ook wordt het dilemma wel opgelost doordat ondernemer en ondernemingsraad opteren voor een gefaseerde besluitvormingsprocedure waarbij ook de adviesprocedure ex art. 25 WOR in stukjes wordt geknipt. De ondernemer vraagt per fase advies aan de ondernemingsraad en kan – indien deze fase als afgerond kan worden beschouwd – tot (gedeeltelijke) uitvoering van dit onderdeel overgaan. Geeft de ondernemingsraad ten aanzien van zo'n onderdeel groen licht, dan kan men daarop in beginsel niet meer terugkomen. Eens gegeven, blijft gegeven... De Ondernemingskamer overwoog hierover: 'Niet nakoming van de door partijen bij aanvang gemaakte afspraken over het te volgen tijdsplan en de in acht te nemen waarborgen zal van invloed kunnen zijn bij de beantwoording van de vraag of de ondernemer in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Slechts indien zich onvoorziene feiten of omstandigheden hebben voorgedaan die van zodanige ernst en gewicht zijn dat in redelijkheid getwijfeld moet worden aan de aanvaardbaarheid van onverkorte instandhouding van een eerder besluit of aan de juistheid van dat besluit, zal daarop in het kader van de latere besluitvorming met recht een beroep gedaan kunnen worden.' Het enkele feit dat de ondernemingsraad van gedachten is veranderd is, zo zal duidelijk zijn, geen voldoende grond op een eerder gegeven positief advies terug te komen.⁴⁹

Toetsing door de Ondernemingskamer

De ondernemingsraad heeft een beroepsrecht tegen een door de ondernemer genomen besluit als bedoeld in art. 25 lid 5 WOR indien het besluit van de ondernemer afwijkt van het advies dat de ondernemingsraad terzake heeft uitgebracht of indien na het uitbrengen van het advies feiten of omstandigheden bekend zijn geworden die het advies anders hadden kunnen doen luiden (art. 26 lid 1 WOR). Daarbij geldt dat de ondernemingsraad niet met nieuwe bezwaren mag aankomen die nog niet eerder aan de ondernemer zijn kenbaar gemaakt. De Ondernemingskamer oordeelde in de zaak die onder naam 'Bezwaren OR' door

⁴⁷ B. Geersing, Het inschakelingsmoment bij en de functie van het beroepsrecht voor het adviesrecht van de OR ingevolge artikel 25 WOR. Enkele kanttekeningen, SMA 1980, p. 920-924.

⁴⁸ Zie hierover: L.C.J. Sprengers, 'Wijziging artikel 24 WOR: wordt de ondernemingsraad nu daadwerkelijk een denktank van de ondernemer?', SR 1998/12, p. 367-370; L.G. Verburg, 'Artikel 24 lid 1 WOR: voorwetenschap maakt niet altijd gelukkig', SR 1998/12, p. 364-367 en J. van der Hulst, *Het sociaal plan* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 44-45.

⁴⁹ Hof Amsterdam 8 augustus 2002, JAR 2002/276.

het leven gaat⁵⁰, dat uit het systeem van de WOR volgt dat een ondernemingsraad slechts beroep kan instellen op grond van bezwaren tegen het aangevochten besluit die de ondernemingsraad in zijn advies tot uitdrukking heeft gebracht. Met bezwaren van de ondernemingsraad die niet in zijn advies zijn vermeld, kan de ondernemer immers geen rekening houden. Op het voorgaande wordt alleen een uitzondering toegestaan als het gaat om bezwaren die voortvloeien uit feiten en omstandigheden die de ondernemingsraad bij het uitbrengen van zijn advies niet heeft gekend en niet behoefde te kennen, zoals ook bepaald in art. 26 lid 1 WOR.

Komt de Ondernemingskamer tot het oordeel dat de ondernemer bij de afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen (het toetsingscriterium) dan kunnen bepaalde voorzieningen worden getroffen, desgevraagd versterkt door een dwangsom (art. 26 lid 5). Heeft de ondernemer in het geheel geen advies gevraagd, dan wordt volgens de Lingeziekenhuis-beschikking⁵¹ aangenomen dat de ondernemer in redelijkheid niet tot het besluit had kunnen komen. Want, zo overwoog de Ondernemingskamer, 'niet-nakomen van hetgeen aldus in art. 25 WOR is bepaald, betekent niet alleen dat de ondernemingsraad niet op de voorgeschreven wijze heeft kunnen kennisnemen van de inhoud en de beweegredenen voor het voorgenomen besluit en dat hij daarop geen invloed heeft kunnen uitoefenen, doch ook dat de ondernemer niet op de voorgeschreven wijze heeft kunnen kennisnemen van de zienswijze van de ondernemingsraad, die juist in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen ten behoeve van het overleg met en de vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzame personen is ingesteld'. Is er wel advies gevraagd, dan wordt slechts marginaal getoetst. De Ondernemingskamer stelt zich de vraag of de ondernemer in redelijkheid tot zijn besluit komen.

Door de tamelijk formele toetsing kan het gebeuren dat een ondernemingsraad na in eerste procedure bij de Ondernemingskamer gelijk te hebben gekregen in een tweede procedure toch nog aan het kortste eind trekt. In de eerste procedure wordt gewonnen omdat er ten onrechte geen advies is gevraagd, de motivering onvoldoende is of omdat de gevolgen voor het personeel of de te nemen maatregelen om deze op te vangen onvoldoende zijn uitgewerkt. In de tweede procedure bij de Ondernemingskamer zijn deze formele mankementen hersteld en vindt er een debat plaats over de inhoudelijke kant van de zaak.

⁵⁰ Hof Amsterdam 27 mei 1982, *NJ* 1983, 271 m.n. Ma.

⁵¹ Hof Amsterdam 1 mei 1980, *NJ* 1981, 271.

De ondernemingsraad verliest het dan al snel, omdat de Ondernemingskamer niet op de stoel van de ondernemer wil gaan zitten. In een zaak waarin de ondernemingsraad en de ondernemer een verschillende visie hadden op de vraag of sprake was van overcapaciteit, rekende de Ondernemingskamer het (doen) opstellen van marktverwachtingen tot de taken van de ondernemingsleiding.⁵² Marktverwachtingen dienen immers aan de ondernemingsleiding de uitgangspunten te verschaffen waarop zij haar beleid voor de toekomst baseert. De ondernemingsraad zal daarom – als hij van mening is dat de visie van de ondernemer niet deugdelijk is – aannemelijk moeten maken dat de ondernemer bij het (doen) opstellen van zijn marktverwachtingen niet verantwoord is te werk gegaan. De ondernemingsraad zou in dat verband deskundigen in de arm kunnen nemen, maar bedacht moet worden dat alleen een deskundigenrapport dat afwijkt van de door de ondernemer gehuldigde visie niet meteen de conclusie rechtvaardigt dat de ondernemer ‘dus’ niet verantwoord is te werk gegaan. Ook uit andere (vaste) jurisprudentie blijkt dat een ondernemer die zijn huiswerk goed doet bij de Ondernemingskamer niet al te veel problemen hoeft te verwachten. Een belangenafweging tussen het belang van het personeel om de werkgelegenheid in stand te houden en het economisch belang, valt in het voordeel van het laatste uit. Het feit dat een vestiging (nog) winst maakt, is op zichzelf onvoldoende reden de bedrijfssluiting tegen te houden. De Ondernemingskamer is namelijk niet snel genegen om bij de toetsing aan de economische uitgangspunten de personele belangen zó zwaar mee te laten wegen dat deze een belemmering vormen voor het al dan niet kunnen doorvoeren van de beleidseconomische, strategische keuzes. Zelfs wanneer sprake is van een uitstekende financiële positie van het bedrijf kan het verder verbeteren van de resultaten met het oog op de langere termijn een redelijke grondslag vormen voor het nemen van een beslissing die nadelige gevolgen voor de werkgelegenheid heeft.⁵³ Het voorgaande wordt slechts anders indien de ondernemer ‘zijn huiswerk’ niet goed heeft gedaan – er is onvoldoende inzicht gegeven in de afweging van de belangen die in aanmerking moeten worden genomen⁵⁴ – of indien de personele gevolgen niet op een redelijke wijze zijn opgevangen.⁵⁵

⁵² Hof Amsterdam 27 mei 1982, *NJ* 1983, 754 m.n. Ma. Vergelijk ook Hof Amsterdam 10 december 1981, *NJ* 1983, 24 m.n. Ma (enquête-zaak).

⁵³ Hof Amsterdam 18 juni 1998, *JAR* 1998/150.

⁵⁴ Vergelijk Hof Amsterdam 7 juli 1988, *NJ* 1989, 845.

⁵⁵ Hof Amsterdam 10 juli 2003, *JAR* 2003/239 (besluit tot reductie van de personeelskosten niet kennelijk onredelijk; alternatieve plan van de ondernemingsraad was door de ondernemer voldoende gemotiveerd verworpen). Zie voor een overzicht: L.G. Verburg, ‘De OK, de medezeggenschap in het jaar 2002’, *ArbeidsRecht* 2003, 32 en L.C.J. Sprengers, ‘Rechtspraakoverzicht medezeggenschapsrecht’, *SMA* 2002/10. Zie voor kritiek op de door de OK gemaakte belangenafweging, die teveel inbreuk zou maken op een redelijk evenwicht tussen aandeelhouders en werknemers: R. van de Water en L.C.J.

Een voorbeeld van het voorgaande vormt een procedure inzake de sluiting van een vestiging van kauwgumfabrikant RBV Leaf.⁵⁶ RBV Leaf heeft een viertal productielocaties, waaronder één in Amsterdam en één in Sneek. In 2000 was aan de ondernemingsraad advies gevraagd over een reorganisatie in de vestiging Amsterdam. De ondernemingsraad had hierover positief geadviseerd. Daarna was de reorganisatie ook feitelijk doorgevoerd. Twee jaar later heeft de bestuurder opnieuw advies gevraagd, maar nu over het voorgenomen besluit de fabriek in Amsterdam te sluiten en de kauwgomproductie te verplaatsen naar een nieuw te bouwen fabriek in Sneek. Het besluit tot sluiting in Amsterdam werd voorgenomen wegens het verlies van de twee - verreweg de grootste - afnemers van kauwgom in stripverpakking, zodat de productie in Amsterdam met 40 procent zou moeten worden verminderd. Thans gaf de ondernemingsraad geen positief advies, hetgeen uiteindelijk resulteerde in een procedure bij de Ondernemingskamer. Één van de vragen die in de procedure aan de orde kwam, was deze of het de ondernemer wel vrij staat zo kort na een reorganisatie een dergelijk besluit te nemen. De Ondernemingskamer meende van wel, omdat de ondernemer bij de reorganisatie in 2000 reeds had aangegeven dat een eventueel verlies van een in Amsterdam gefabriceerd product een directe bedreiging zou vormen voor het voortbestaan van deze vestiging, omdat prijstechnisch niet kon worden geconcurrereerd. De stelling dat destijds zou zijn toegezegd dat de fabriek in Amsterdam open zou blijven, ging volgens de Ondernemingskamer niet op, nu een verlies van 40 procent van de totale productie in Amsterdam redelijkerwijs kon worden beschouwd als een zodanige wijziging in de omstandigheden dat het tot dan toe gehanteerde uitgangspunt dat de onderneming in stand zou worden gelaten zolang maar winst werd gemaakt, kon worden verlaten.

4.2 Consultatie van vakorganisaties

4.2.1 CAO's

Veel CAO's bevatten een algemene bepaling op grond waarvan de vakorganisaties moeten worden geïnformeerd dan wel geconsulteerd wanneer de ondernemer overweegt om de 'personeelsbezetting ingrijpend te herzien' dan wel een besluit neemt dat 'belangrijke gevolgen voor de werkgelegenheid' kan hebben. Hierbij is doorgaans bepaald dat de melding of ('diepgaande en indringende') consultatie op een zodanig tijdstip moet plaatsvinden dat de voorgenomen activiteiten alsmede de te verwachten gevolgen daarvan

Sprengers, 'Take the money and run', SR 2002/12; M. Holtzer, 'Kroniek medezeggenschapsrecht 2002: nieuwe ontwikkelingen op onverwachte terreinen', in: G. van Solinge en M. Holtzer, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003*, Deventer: Kluwer, 2003, p. 31 e.v.

⁵⁶ Hof Amsterdam 13 juni 2002, JAR 2002/152.

voor de werkgelegenheid of de bestaande rechtspositie in het algemeen nog door de vakorganisaties kan worden beïnvloed. Bovendien zal de door de werkgever te verstrekken informatie inzicht moeten geven in de motieven die aan de voorgenomen activiteiten ten grondslag liggen, de aard, de omvang en de plaats daarvan, alsmede de te verwachten werkgelegenheidseffecten en/of de bestaande rechtspositie van de werknemers. Soms is expliciet bepaald dat bij het nemen van dergelijke beslissingen als uitgangspunt geldt dat de werkgever 'binnen zijn primaire verantwoordelijkheid voor de continuïteit van de onderneming niet zal overgaan tot collectief ontslag van de medewerkers, tenzij bijzondere omstandigheden hem hiertoe noodzaken'.

4.2.2 Wet Melding Collectief Ontslag

In par. 3 zijn wij reeds uitvoerig ingegaan op de rechtspositie van individuele werknemers bij ontslag in het kader van een herstructurering. Thans besteden wij enige aandacht aan het collectiefrechtelijke element dat is verankerd in de Wet Melding Collectief Ontslag (WMCO).⁵⁷

Op grond van de WMCO ontstaan voor de werkgever, wanneer hij voornemens is binnen een tijdvak van drie maanden de dienstbetrekking van twintig werknemers werkzaam binnen één CWI-district te beëindigen, informatie- en overlegverplichtingen. Deze verplichtingen bestaan ten aanzien van (1) belanghebbende verenigingen van werknemers (vakorganisaties) en (2) het bevoegd gezag in het betrokken werkgebied (gewoonlijk de CWI).

Deze wachttijd is bedoeld om werkloosheid zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken. Vakbonden kunnen de tijd benutten door met de werkgever op zoek te gaan naar eventuele alternatieven voor een collectief ontslag. De CWI kan de wachttijd benutten in het kader van de arbeidsbemiddeling door te zoeken naar herplaatsingsmogelijkheden en te bezien in hoeverre door scholingsmaatregelen de kans op herplaatsing van de werknemers kan worden vergroot.

Het niet naleven van de meldingsplicht heeft tamelijk vergaande gevolgen voor de planning met betrekking tot de voorgenomen herstructurering. De CWI neemt individuele ontslaanvragen namelijk niet eerder in behandeling dan na een maand nadat de meldingen aan de werknemersverenigingen en CWI is gedaan (artikel 6 lid 1 WMCO). Ook in het geval dat uit de melding blijkt dat de ondernemingsraad van de betrokken werkgever

⁵⁷ Zie hierover J. Heinsius, 'De Wet melding collectief ontslag', in: L.G. Verburg en W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 103-138.

alsnog geraadpleegd dient te worden of indien de belanghebbende vakverenigingen nog niet voor het plegen van overleg zijn uitgenodigd, neemt de CWI de individuele ontslagaanvragen niet eerder in behandeling totdat dit wel is gebeurd (artikel 6 lid 2 WMCO).

Op het voorgaande gelden enkele uitzonderingen. De maand wachttijd kan door de CWI buiten beschouwing worden gelaten indien:

- de melding aan de CWI ondersteund wordt door een verklaring van de belanghebbende werknemersverenigingen dat zij reeds zijn geraadpleegd en dat zij zich ermee kunnen verenigen (artikel 6a WMCO) of
- na goedkeuring door de minister van SZW, indien de herplaatsing van de met ontslag bedreigde werknemers of de werkgelegenheid in de betrokken onderneming in gevaar zou worden gebracht ten gevolge van de toepassing van de wachttijd (artikel 6 lid 3 en 4 WMCO).

Om te beoordelen of de werkgelegenheid van de betrokken onderneming in gevaar wordt gebracht door het handhaven van de wachttijd is het noodzakelijk dat de werkgever met behulp van (cijfermatige) gegevens een 'totaalbeeld' verstrekt van de bedrijfseconomische positie waarin het bedrijf verkeert. Naast de noodzakelijke bedrijfseconomische gegevens ter onderbouwing van het voorliggende ontslagmotief kunnen aanvullende gegevens nodig zijn in verband met de beoordeling van het verzoek om ontheffing van de maand wachttijd voor het aantal af te vloeien werknemers. Wanneer het bedrijf in een ongunstige financiële positie verkeert en het vanwege ongunstige marktontwikkelingen nog geruime tijd zal duren voordat er weer een financieel gezonde situatie aanbreekt, kan het redelijk zijn inwilliging van het dispensatieverzoek met betrekking tot de wachttijd te overwegen. Daarbij kan het belang van dispensatie worden onderstreept door een verklaring van de ondernemingsraad en de vakorganisatie(s).

4.2.3 SER-fusiegedragsregels

Bij fusie gelden bijzondere regels met betrekking tot het consulteren van vakbonden. Het gaat om de SER-fusiegedragsregels, ook wel aangeduid als Fusiecode.

De SER-fusiegedragsregels, bedoeld om werknemersbelangen en aandeelhoudersbelangen te beschermen, kwamen tot stand bij besluit van de Sociaal-Economische Raad van 19 juni 1970. In 2000 vond een belangrijke wijziging van deze regels plaats. Hierna zullen zowel de oude (aangeduid als de Fusiecode 1975) als de nieuwe gedragsregels (aangeduid als de Fusiecode 2000) worden besproken.

De Fusiecode heeft geen wettelijke status – het betreft een met instemming van de wetgever totstandgekomen product van zelfregulering - en is daardoor in beginsel niet in rechte afdwingbaar. Wij schrijven in beginsel, omdat de code wel van toepassing kan zijn verklaard in een (algemeen verbindend verklaarde) CAO-bepaling, met als gevolg dat de naleving krachtens CAO-recht kan worden afgedwongen.⁵⁸ De SER zelf acht het overigens gewenst dat de Fusiecode een wettelijke basis krijgt, zodat ook sectoren die niet in de SER zijn vertegenwoordigd (non-profit, overheid) onder het bereik van de Fusiecode komen. Of de wetgever hieraan gehoor zal geven, is nog maar de vraag.

Een speciaal daartoe ingestelde commissie, de op grond van de Fusiecode 2000 ingestelde Geschillencommissie Fusiegedragsregels, is belast met de behandeling van geschillen over de naleving van de gedragsregels. Het ambtshalve toezicht op de naleving van de code door de Fusiecodecommissie, de voorganger van de Geschillencommissie Fusiegedragsregels, is in de Fusiecode 2000 komen te vervallen. In de plaats daarvan bevat de Fusiecode 2000 een partijprocedure met tuchtrechtelijke aspecten (artikel 9-33 Fusiecode 2000). Een door de Geschillencommissie gedane uitspraak over de naleving van de Fusiecode is openbaar. Heeft de schending van de Fusiecode een ernstig karakter of is sprake van ernstige verwijtbaarheid, dan kan de Geschillencommissie dat met zoveel woorden – door middel van een persbericht - bekendmaken. Dit is de zwaarste sanctie die de commissie kan opleggen.⁵⁹ De uitspraken van de Geschillencommissie en de Fusiecodecommissie zijn opgenomen in het ‘Commentaar op de Fusiegedragsregels’ waarvan regelmatig nieuwe drukken verschijnen.⁶⁰

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

Het begrip ‘fusie’ in de Fusiecode moet ruim worden geïnterpreteerd, althans ruimer dan de gebruikelijke betekenis is in het normale spraakgebruik. Onder fusie moet namelijk worden verstaan de verkrijging van zeggenschap, direct of indirect, over de activiteiten van de onderneming of een onderdeel daarvan alsmede – volgens de Fusiecode 2000 - de vorming van een samenstel van ondernemingen. Dit betekent dat alle in de vermogenssfeer liggende transacties waardoor de zeggenschap over een onderneming en haar activiteiten of een deel daarvan rechtstreeks of middellijk blijvend geheel of gedeeltelijke een fusie in de zin

⁵⁸ Zie C.A. Boukema en R.H. van het Kaar, in: *Rechtspersonen*, aant. 4, Inleiding, SER-fusiegedragsregels; A.T.J.M. Jacobs, *Collectief arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 224-231; S.S.M. Peters, ‘SER-Besluit Fusiegedragsregels’, *SMA* 2000, p. 139 e.v.; R.H. van het Kaar, ‘30 jaar Fusiegedragsregels, ‘rots in de branding’ of ‘stilstand is achteruitgang’’, *SMA* 2002, p. 388 e.v.

⁵⁹ Toelichting op artikel 32 Fusiecode 2000.

van de code opleveren. Zo vallen niet alleen aandelenfusies⁶¹, bedrijfsfusies en juridische fusies onder voornoemd begrip, maar ook – net als bij de overgang van een onderneming krachtens artikel 7:662 BW – de huur of de verhuur en exploitatie van (on)roerend goed van een onderneming indien sprake is van een voldoende duurzame, daartoe strekkende overeenkomst.

Het begrip ‘onderneming’ in de Fusiecode 2000 heeft dezelfde betekenis als het in de WOR gebezigde ondernemingsbegrip: elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht. Het gaat er dus niet om of *organisatorisch* gezien sprake is van een zelfstandige entiteit, maar of *maatschappelijk* gezien - voor een objectieve buitenstaander - van zelfstandigheid kan worden gesproken. Verder is de grootte van de onderneming van belang. Het bereik van de Fusiecode 2000 is in dit opzicht zowel verruimd als beperkt. De verruiming ligt besloten in de verlaging van het aantal werknemers in Nederland dat bij de fusie betrokken moet zijn, namelijk van 100 naar 50 werknemers (gelijk aan de instellingsgrens voor een ondernemingsraad). De inperking bestaat hieruit dat de code niet van toepassing is indien bij de onderneming of de gezamenlijke ondernemingen waarin de zeggenschap door fusie overgaat in de regel minder dan tien werknemers werkzaam zijn. Hiermee is beoogt te voorkomen dat de code ook van toepassing is op zogenoemde bagatelfusies.⁶²

Welke gedragsregels moeten nu op grond van de Fusiecode in acht worden genomen? Voor wat betreft de Fusiecode 2000 is het antwoord te vinden in de artikelen 3-6, die op overeenkomstige wijze moeten worden toegepast bij een fusie middels een openbaar bod of een geleidelijke aankoop ter beurze van (rechten op) aandelen.⁶³ Samengevat komen deze regels op het volgende neer.

Voordat over een voorbereiding of totstandkoming van een fusie een openbare mededeling wordt gedaan, worden – behoudens een enkele uitzondering - de verenigingen van werknemers van de inhoud daarvan in kennis gesteld (artikel 3). In artikel 4 is vervolgens bepaald dat alvorens overeenstemming over een fusie wordt bereikt, partijen van de voorbereiding van de fusie kennis geven aan de werknemersverenigingen. Concreet gaat het om de volgende – in beginsel schriftelijk te verstrekken - informatie: de motieven voor de

⁶⁰ De laatste druk is van 1998, te bestellen via www.ser.nl.

⁶¹ Met betrekking tot de verwerving van een 50%-belang wordt in de toelichting op de Fusiecode 2000 opgemerkt dat de in het fusiebegrip opgenomen zinsnede ‘de vorming van een samenstel van ondernemingen’ bewerkstelligt dat het merendeel van de 50%-gevallen op die grond als een fusie in de zin van de code is aan te merken.

⁶² Zie over de gehanteerde getalscriteria: S.S.M. Peters, ‘SER-besluit fusiegedragsregels ter bescherming van de belangen van werknemers’, SMA 2000.

fusie, de voornemens met betrekking tot het in verband daarmee te voeren ondernemingsbeleid alsmede de te verwachten sociale, economische en juridische gevolgen van de fusie en de in samenhang daarmee voorgenomen maatregelen. De contractspartijen stellen vervolgens de werknemersverenigingen in de gelegenheid hun oordeel te geven over de in voorbereiding zijnde fusie vanuit het gezichtspunt van het werknemersbelang. En dan komt – aldus de toelichting – de kern van de gedragsregels. De werknemersverenigingen moeten in de gelegenheid worden gesteld in een bespreking aandacht te besteden aan:

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

Over het *moment* waarop aan bovenstaande verplichtingen moeten worden vervuld, verschillen de Fusiecode 1975 en de Fusiecode 2000 in belangrijke mate van elkaar. Eerstgenoemde code bepaalt dat de werknemersverenigingen onverwijld in kennis moeten worden gesteld bij een zodanige stand van de fusiebesprekingen ‘dat de verwachting gewettigd is geworden dat in die besprekingen overeenstemming kan worden bereikt.’ Dit criterium geeft al snel aanleiding tot discussie over de vraag of in een concreet geval sprake is van een gewettigde verwachting. Het moment ligt ergens op de vloeiend lopende lijn tussen beginfase van de fusiebesprekingen en de wilsovereenstemming tussen de fusiepartners. Weliswaar heeft de Fusiecommissie in haar uitspraken enkele handvatten voor de tijdstipbepaling gegeven, maar het water is en bleef troebel.⁶⁴ Daarom bepaalt de Fusiecode 2000 thans dat – in aansluiting op de definitie van de WOR – aan de informatieverplichting moet worden voldaan ‘op een zodanige wijze dat het oordeel van de verenigingen van werknemers van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet totstandkomen van de fusie en op de modaliteiten daarvan’ (artikel 4 lid 6). De woorden ‘op zodanige wijze’ hebben blijkens de toelichting betrekking op de aard van de verstrekte informatie, op de inrichting van het overleg en op het tijdstip waarop de informatie wordt verstrekt en het overleg plaatsvindt.

⁶³ Artikel 5 en 6. Laatstgenoemd artikel is nieuw ten opzichte van de Fusiecode 1975.

⁶⁴ W.A. Zondag, ‘Samenloop van medezeggenschapsrechten en de rol van zelfregulering bij fusie’, in: K.F. Haak e.a. (red.), *Recht in bedrijf*, Gouda Quint, 1997, p. 49-52.

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

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

Een belangrijke hoeksteen van de Fusiecode is de geheimhoudingsplicht. Van de door de fusiepartijen verstrekte informatie dienen de werknemersverenigingen geheimhouding te betrachten, tenzij het tegendeel hen schriftelijk is meegedeeld (artikel 7 lid 1 Fusiecode 2000). In de toelichting wordt opgemerkt dat het van belang is over het tijdstip van beëindiging van de geheimhouding duidelijke afspraken te maken, omdat deze doorslaggevend zijn. Zo zal het een werknemersvereniging die, bijvoorbeeld op basis van krantenberichten, de indruk heeft dat zij niet langer tot geheimhouding is verplicht, niet zonder meer vrijstaan mededelingen te doen over gegevens die haar in het kader van artikel 4 zijn verstrekt. Eerst zal zij bij de betrokkene(n) moeten verifiëren of haar indruk juist is.

5. Besluit

Bovenstaand - toch al uitgebreid - overzicht kan niet meer dan een overzicht in vogelvlucht zijn. Dat vloeit voort uit de complexiteit van de materie die immers vele onderwerpen omvat waarbij verschillende belanghebbenden zijn betrokken. Wij hopen te hebben duidelijk gemaakt dat men bij herstructurering van ondernemingen ten aanzien van het personeel niet alleen te maken heeft met bijvoorbeeld het ontslagrecht, maar tevens met onderwerpen als wijziging van arbeidsvoorwaarden, de rol van vakbonden bij collectieve ontslagen en medezeggenschap van de ondernemingsraad. Dat maakt de positie van werknemers bij herstructureringen weliswaar complex, maar tegelijkertijd een boeiend onderwerp van studie.