



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Overgang van onderneming: de weging van de Spijkers-factoren

Beltzer, R.M.

Published in:
Arbeidsrechtelijke Annotaties

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Beltzer, R. M. (2005). Overgang van onderneming: de weging van de Spijkers-factoren. *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 2, 46-60.

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.

Overgang van onderneming: de weging van de Spijkers-factoren

Overgang van onderneming, identiteitsbehoud, belang van overname personeel, overgang binnen dezelfde branche

1 Inleiding

In Arbeidsrechtelijke Annotaties 2002/1¹ is het ondernemingsbegrip van de Richtlijn overgang van ondernemingen² (geïmplementeerd in artikel 7:662 BW) aan de hand van een zevental handvatten aan de orde geweest. In aflevering 2004/1 hebben Franx-Schaap en Lennarts de stand van zaken behandeld aan de hand van het Sodexho-arrest.³ Een eind 2004 gewezen arrest van de Hoge Raad (HR 10 december 2004, *JAR* 2005/13) zal in onderstaande annotatie aan de orde komen. In de annotatie is speciale aandacht weggelegd voor het belang van overname van personeel voor de vaststelling of van een overgang van onderneming sprake is.

2 Feiten en procesverloop tot de Hoge Raad

Werknemer Verbeek is in 1976 in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) Hovap International (Holland) BV (verder: Hovap). In het voorjaar van 1998 heeft Hovap in verband met ontwikkelingen in haar belangrijkste afzetmarkt, de voedings- en genotmiddelenindustrie, een reorganisatie doorgevoerd. Hierbij is besloten de activiteiten op het gebied van het ontwerpen, monteren en automatiseren van procesinstallaties te beëindigen en collectief ontslag aan te vragen voor de 43 op deze afdelingen werkzame werknemers. Verbeek behoorde tot deze groep. Na toestemming van de RDA is de dienstbetrekking van Verbeek tegen 30 april 1999 opgezegd. In juli 1998 had Hovap inmiddels de afgestoten bedrijfsactiviteiten daadwerkelijk beëindigd. Kort daarna werden

¹ R.M. Beltzer, "Over Finse busmaatschappijen: het ondernemingsbegrip revisited", *ArA* 2002/1, p. 32-46.

² Richtlijn 77/189/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PbEG 5 maart 1977, L 61/26). Deze richtlijn is vervangen door de Richtlijn van 29 juni 1998 (PbEG 17 juli 1998, L 201/88), welke richtlijn op haar beurt is vervangen door Richtlijn 2001/23 van 12 maart 2001 (PbEG 22 maart 2001, L 82/16).

³ E.N. Franx-Schaap en M.L. Lennarts, "Overgang van onderneming in de cateringbranche. Of hoe een kijkje in de keuken cruciaal wordt", *ArA* 2004/1, p. 62-76. De annotatie betrof HvJEG 20 november 2003, *JAR* 2003/98 (Sodexho).

van de 43 ontslagen werknemers 24, na sollicitatiegesprekken, in dienst genomen door Process House. Process House nam bovendien een aantal activa over van Hovap, zoals gereedschappen, werk- en teken tafels en montagewagens. Voorts heeft Process House een aantal door Hovap aangevangen projecten afgerond. Volgens Verbeek bewerkstelligden deze handelingen een overgang van onderneming in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW. Voor de kantonrechter te Sneek vorderde hij van Process House het loon vanaf 24 augustus 1998 (de volgens Verbeek geldende datum van overgang) tot het moment dat aan de arbeidsovereenkomst een rechtsgeldig einde zou zijn gekomen. De kantonrechter oordeelde in zijn eindvonnis van 3 november 1999 dat geen sprake was geweest van een overgang van onderneming, nu niet was gebleken dat Process House de werknemers, de klantenkring of immateriële activa van Hovap had overgenomen. Bovendien werden de door Process House overgenomen activiteiten vanuit een ander pand verricht.

In hoger beroep bij de Rechtbank Leeuwarden had Verbeek evenmin succes. Enkele door de rechtbank behandelde grieven zijn de moeite van het vermelden waard. Ten aanzien van de grief van Verbeek dat de kantonrechter had miskend dat Process House wel degelijk (een wezenlijk deel van) het personeel van Hovap had overgenomen, oordeelde de rechtbank dat Verbeek niet had betwist "dat Process House slechts 24 van de 43 door de reorganisatie getroffen werknemers in dienst heeft genomen en evenmin dat daaraan sollicitatiegesprekken met ongeveer dertig van deze werknemers, waaronder Verbeek zelf, zijn voorafgegaan. Met name het feit dat eerst een selectieprocedure heeft plaatsgevonden, die klaarblijkelijk tot gevolg heeft gehad dat een aantal gegadigden niet zijn aangenomen, staat er aan in de weg om aan te kunnen nemen dat van een overname van werknemers sprake is geweest." De tweede grief van Verbeek hield in dat de kantonrechter had miskend dat Process House de klantenkring van Hovap had overgenomen. Een dergelijke overname is een aanwijzing dat sprake is van een overgang van onderneming (zie de annotatie hierna). De rechtbank stelde, onder andere, dat Process House en Hovap al langer in hetzelfde marktsegment opereerden en elkaars concurrenten waren geweest. Bovendien hechtte de rechtbank waarde aan de stelling van Process House dat deze zelf de betreffende opdrachtgevers van Hovap had benaderd en met hen over het verkrijgen van nieuwe opdrachten had onderhandeld - van een overdracht van de klantenkring zou dus geen sprake zijn geweest. Wat de afgemaakte projecten betrof: volgens de rechtbank maakten die slechts een klein onderdeel uit van de omzet van de totale door Process House uitgevoerde activiteiten. De overdracht van deze activiteiten betekende dus niet dat Process House in zijn algemeenheid de activiteiten van Hovap had voortgezet. Op grond van deze en andere, hier

niet besproken, overwegingen kwam de rechtbank tot de conclusie dat “gezien de feitelijke omstandigheden die de betreffende transactie kenmerken, van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW geen sprake is geweest. In feite heeft zich niets meer voorgedaan dan dat Process House haar reeds bestaande marktaandeel op het gebied van grote bouw- en installatieprojecten heeft kunnen uitbreiden door het in dienst nemen van een aantal bij Hovap overbodig geworden werknemers en materiële activa. De identiteit van het door Hovap afgestoten deel van haar onderneming is hierbij niet behouden gebleven. Artikel 7:663 BW is in het onderhavige geval dan ook niet van toepassing, zodat de verplichtingen van Hovap als voormalig werkgever van Verbeek niet op Process House zijn overgegaan.” Verbeek stelde beroep in cassatie in.

3 Hoge Raad

De Hoge Raad casseert de uitspraak van de rechtbank wegens de gegrondbevinding van verschillende cassatiemiddelen. Na gewezen te hebben op de uitspraken van het Hof van Justitie van de EG waarin het ondernemingsbegrip is verduidelijkt (waarover in mijn annotatie meer), stelt de Hoge Raad vast dat voor het antwoord op de vraag of een onderneming is overgegaan van belang kan zijn dat vrijwel alle personeelsleden door de verkrijger zijn overgenomen. Onderdeel 1 van het middel betoogt terecht dat daarbij niet terzake doet dat aan de indiensttreding van de 24 werknemers een sollicitatie- en selectieprocedure is voorafgegaan en of daarbij een aantal sollicitanten (onder wie Verbeek) is afgevallen. Aan het doel dat met de Richtlijn overgang van ondernemingen wordt beoogd – het behoud van de rechten van werknemers bij verandering van eigenaar⁴ – zou op onaanvaardbare wijze afbreuk worden gedaan indien deze omstandigheden in de weg zouden staan aan het meewegen van de overneming van de desbetreffende werknemers bij de beantwoording van de vraag of hier sprake is van een overgang van onderneming. Ten aanzien van vermeende overname van de klantenkring oordeelt de Hoge Raad dat uit de stukken is gebleken dat wel degelijk sprake is geweest van een overdracht van relaties. Anders dan de rechtbank heeft gemeend, staat de omstandigheid dat de door Hovap aangevangen en door Process House afgemaakte projecten qua omzet slechts een klein deel

⁴ Een onzorgvuldige formulering: niet relevant is immers of de eigendom wordt overgedragen, maar of de verkrijger de macht over de onderneming verkrijgt, ongeacht de titel op basis waarvan dit geschiedt. Zie hierover in het bijzonder E.N. Franx-Schaap en M.L. Lennarts, “Overgang van onderneming in de cateringbranche. Of hoe een kijkje in de keuken cruciaal wordt”, *ArA* 2004/1, paragraaf 7.

vormen van alle werkzaamheden van Process House, niet eraan in de weg om tot het oordeel te komen dat Process House de activiteiten van Hovap heeft voortgezet. Wel heeft de rechtbank terecht overwogen dat het belang dat moet worden gehecht aan het feit dat de voor en na overgang verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen – in het algemeen toch een aanwijzing dat een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden – in casu op nihil moet worden gesteld, gelet op het feit dat Process House voor de overgang reeds vergelijkbare activiteiten verrichtte.

4 Annotatie

De Spijkers-factoren

In het Spijkers-arrest uit 1986 heeft het Hof van Justitie van de EG verduidelijkt onder welke voorwaarden gesproken worden van een (overgang van) onderneming in de zin van de Richtlijn overgang van ondernemingen. Het vaststellen van die kwalificatie is van belang, omdat deze vaststelling automatisch de overgang van alle aan de onderneming verbonden werknemers meebrengt, welke werknemers bovendien hun rechten en verplichtingen uit de (individuele of collectieve) arbeidsovereenkomst behouden.⁵ Om te kunnen spreken van een overgang van een onderneming dient sprake te zijn van identiteitsbehoud van de onderneming (vergelijk art. 7:662 lid 2 onder a BW). Daarvan kan volgens het Hof van Justitie alleen sprake zijn indien een lopend bedrijf is overgegaan. Om vast te stellen of daarvan sprake is, dient rekening te worden gehouden met een aantal factoren, te weten:

1. de aard van de betrokken onderneming;
2. of materiële activa zijn overgedragen;
3. wat de waarde is van de immateriële activa;
4. of vrijwel al het personeel is overgenomen door de verkrijger;
5. of de klantenkring is overgedragen;
6. in welke mate de ondernemingsactiviteiten voor en na de overgang met elkaar overeenkomen;
7. of die activiteiten zijn onderbroken en zo ja, hoelang die onderbreking heeft geduurd.

⁵ Zie art. 3 van de richtlijn en art. 7:663 BW, art. 14a Wet CAO en art. 2a Wet AVV voor dit laatste rechtsgevolg.

Deze factoren zijn volgens het Hof niet limitatief, mogen niet op zichzelf beschouwd worden en er bestaat geen vastgestelde rangorde tussen deze factoren. Ze zijn slechts richtinggevend. In de zaak Spijkers vormde de overgang van een slachthuis, het bedrijfsterrein en nog enkele daarbij behorende gebouwen, alsmede het in dienst nemen van vrijwel al het personeel (op Spijkers en een collega na) door de verkrijger een overgang van onderneming, niettegenstaande het feit dat het bedrijf enkele weken had stilgelegen.

De zeven factoren die tezamen bepalen of een lopend bedrijf is overgegaan, zijn sinds 1986 door het Hof van Justitie in relatief veel uitspraken herhaald, zonder dat – afgezien van een verfijning hier en daar - enige wijziging in de factoren is opgetreden. Daarmee is het ondernemingsbegrip echter geen rustig bezit geworden. De waardering van de factoren, alsmede de weging van de factoren onderling blijft een voor vele justitiabelen en juristen ondoorzichtig proces. Die ondoorzichtigheid vloeit noodzakelijkerwijs voort uit het feit dat vrijwel geen richtlijnen bestaan voor het wegen van de verschillende factoren, zodat de weging een hoog subjectief gehalte heeft. Zo kan het voorkomen dat twee rechters ten aanzien van hetzelfde feitencomplex anders oordelen over het antwoord op de vraag of een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden.⁶ Deze subjectiviteit kan nauwelijks in cassatie worden voorgelegd, nu het wegen van de Spijkers-factoren niet zozeer een juridische exercitie, als wel het vaststellen van feiten betreft. Daar komt bij dat ex ante dient te worden beoordeeld of na de overgang van identiteitsbehoud sprake zal zijn. In theorie geeft dit vervreemder en verkrijger de mogelijkheid de overgang zodanig te organiseren, dat, afhankelijk van hun wensen, wel of geen overgang van onderneming tot stand komt. Zo zou de overdracht van een onderneming in verschillende losse onderdelen over een relatief lang tijdvak kunnen plaatsvinden, om zo de conclusie te kunnen rechtvaardigen dat geen overgang van onderneming heeft plaatsgevonden, nu geen lopend bedrijf is overgegaan. Het doel van de vervreemder en de verkrijger – hadden zij een overgang van onderneming voor ogen? – speelt mijns inziens geen, althans hoogstens een marginale rol. De regie bij de overdracht van ondernemingsactiviteiten gaat daarom niet zo ver, dat de vervreemder met een beroep op het ontbreken van zijn oogmerk een overgang van onderneming te bewerkstelligen, de werking van de artikelen 7:662 e.v. BW zou kunnen ontlopen. Het is de vraag hoe deze opvatting zich verhoudt tot art. 1 lid 1 onder b van de richtlijn, dat een oogmerkvereiste lijkt te bevatten.⁷ Dit oogmerk, indien en voor zover het volgens het Hof

⁶ Rb. Utrecht 14 mei 1997, *JAR* 1997/223 en Rb. Dordrecht 20 augustus 1997, *JAR* 1997/209.

⁷ Art. 1 lid 1 onder b van de richtlijn luidt: “Onder voorbehoud van het bepaalde onder a) en van de hiernavolgende bepalingen van dit artikel wordt in deze richtlijn als overgang beschouwd, de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van

van Justitie al van belang is, zou mijns inziens een objectiveerbaar oogmerk moeten zijn. De te beantwoorden vraag zou dan ongeveer moeten luiden: kan met recht gesteld worden dat vervreemder en verkrijger, gezien hun gedragingen en de inhoud van hun overeenkomst, een overgang van onderneming voor ogen hadden? Onbekendheid met de rechtsgevolgen zal de verkrijger niet baten, net zo min als het feit dat hij expliciet of impliciet⁸ heeft aangegeven niet al het personeel te willen overnemen. Rechtens relevant is immers louter zijn (objectiveerbare) oogmerk de onderneming(sactiviteiten) over te nemen.⁹

In de eerste jaren van het bestaan van de richtlijn nam men aan dat ten minste materiële activa (de tweede hierboven genoemde factor) moesten zijn overgedragen om van een onderneming te kunnen spreken. Die veronderstelling, gebaseerd op een mijns inziens verstandige aanname¹⁰, verdween na het arrest Schmidt, waarin het Hof hierover opmerkte: “De omstandigheid dat de overdracht van activa in de rechtspraak van het Hof wordt genoemd als één van de criteria waarmee de nationale rechter in het kader van het globale onderzoek van een ingewikkelde operatie rekening moet houden om te beoordelen of een onderneming daadwerkelijk is overgedragen, mag niet tot de conclusie leiden dat er zonder overdracht van activa geen overdracht is. Het doel van de richtlijn (...) is het behoud van de rechten van de werknemers en dit kan niet afhankelijk zijn van het in aanmerking nemen van één enkele factor die het Hof overigens op zich niet doorslaggevend heeft geacht.”¹¹ Kortom: de overdracht van materiële activa is slechts een factor naast andere factoren en geheel conform het Spijkers-arrest zou deze factor qua belang gelijk aan andere factoren moeten zijn. Toch is deze conclusie niet juist gebleken.

5 Sommige factoren zijn gelijkwaardig dan andere¹²

een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan.

⁸ Impliciet, door bijvoorbeeld alle werknemers te laten solliciteren en daarbij aan te geven dat niet voor alle werknemers plaats zal zijn. Vergelijk de casus in het arrest Verbeek/Process House, waarin Process House 24 van de 43 werknemers van Hovap liet solliciteren.

⁹ Een ander argument deze bepaling beperkt op te vatten is dat met de bepaling is beoogd de rechtspraak van het Hof van Justitie te codificeren: op dit punt is geen breuk met deze rechtspraak beoogd. Het Hof heeft zich bij mijn weten echter nimmer uitgelaten in de termen die art. 1 lid 1 onder b van de richtlijn gebruikt.

¹⁰ Vraagt men een willekeurige persoon waar hij aan denkt bij het woord onderneming, dan zal hij veelal eerst en vooral bepaalde materiële activa noemen. Nu is geen spraakgebruik niet per definitie een maatstaf voor een juridische definitie, al dient in mijn optiek het recht vooral de maatschappelijke opvattingen – zich nu eenmaal mede uitende in het spraakgebruik – te volgen.

¹¹ HvJEG 14 april 1994, JAR 1994/107.

¹² Vrij naar George Orwell.

In sommige situaties lijken bepaalde factoren belangrijker, of juist minder belangrijk, dan andere. Voor een belangrijk deel hangt dit samen met de eerste door het Hof genoemde factor: de aard van de onderneming. In relatief veel door het Hof (en de nationale rechter) behandelde zaken betrof de casus een contractswisseling in de schoonmaaksector, waarbij de verkrijger – al dan niet daartoe gedwongen door een CAO – een “wezenlijk deel van het personeel” had overgenomen.¹³ Het Hof van Justitie heeft telkenmale erop gewezen dat in deze sector niet zozeer de materiële activa, als wel het personeel de belangrijkste productiefactor is. Hierdoor wint een andere factor - of vrijwel al het personeel is overgenomen door de verkrijger (de vierde uit het Spijkers-arrest) - aan belang. Stelt men immers vast dat de onderneming in casu vooral uit het personeel bestaat, en neemt men minimaal een wezenlijk deel daarvan over, dan is al snel sprake van een overgang van onderneming, met als gevolg dat ál het personeel overgaat.

In andere sectoren is het personeel niet de belangrijkste productiefactor, maar zijn de materiële activa van grotere betekenis. In die situatie wint de tweede factor uit het Spijkers-arrest – zijn materiële activa overgedragen? – aan belang. Een voorbeeld hiervan biedt het arrest over de Finse busmaatschappijen,¹⁴ waar het, eenvoudig gesteld, ging om de vraag of de overdracht van een vervoersconcessie voor busvervoer in de gemeente Helsinki zonder dat de bussen mee overgingen een overgang van onderneming had bewerkstelligd. In casu was geen sprake van een overgang van onderneming, nu het er niet zozeer om ging of de verkrijger een wezenlijk deel van het personeel had overgenomen (dat had hij inderdaad gedaan), maar of hij de bussen had overgenomen (quod non). Overigens blijkt uit andere uitspraken van het Hof, in het bijzonder het arrest Süzen,¹⁵ dat de verkrijger niet alle bussen had hoeven overnemen om een overgang van onderneming te bewerkstelligen: voldoende is dat in deze situatie “materiële activa van betekenis” zijn overgenomen. Dit betekent een verfijning van de tweede factor uit het Spijkers-arrest.

Een voorzichtige conclusie die uit deze rechtspraak kan worden getrokken, is dat de invulling van de eerste Spijkers-factor - de aard van de onderneming - bepaalt welk belang moet worden gehecht aan de overdracht van materiële activa. Uit de arresten Schmidt en Süzen enerzijds en het arrest over de Finse busmaatschappijen anderzijds kan worden afgeleid dat het van belang kan zijn of de betreffende activiteit die overgaat wel of niet arbeidsintensief is. Een onderneming die arbeidsintensief is kan bestaan zonder materiële

¹³ Als voorbeelden noem ik hier, naast het al genoemde Schmidt-arrest, de arresten Temco (HvJEG 24 januari 2002, *JAR* 2002/47) en Süzen (HvJ EG 11 maart 1997, *JAR* 1997/91).

¹⁴ HvJEG 25 januari 2001, *JAR* 2001/68.

¹⁵ Zie o.a. HvJEG 11 maart 1997, *JAR* 1997/91.

activa (arresten Schmidt en Süzen). Brengt de aard van de onderneming echter mee dat het aanwezig zijn van materiële activa kenmerkend is voor de onderneming, dan kan deze onderneming niet haar identiteit behouden indien zij zonder die activa (of in ieder geval een deel daarvan dat als “van betekenis” kan worden gekwalificeerd) overgaat. Met andere woorden: in die situatie is geen lopend bedrijf overgegaan. Kon in de arresten Schmidt en Süzen sprake zijn van een onderneming die voornamelijk of zelfs alleen uit werknemers bestaat, in de casus van de Finse busmaatschappijen waren juist de bussen van essentieel belang.

Voor de praktijk wordt vervolgens de vraag in welke sector een overgang plaatsvindt van eminent belang. Is de sector als arbeidsintensief te kenschetsen, dan zal de overname van een gering deel van het personeel veelal geen overgang van onderneming bewerkstelligen. Omgekeerd is een overname van een onbeduidend deel van de materiële activa in de niet-arbeidsintensieve sector een belangrijke aanwijzing dat geen sprake is van een overgang van onderneming. In die situatie kan het feit dat de verkrijger vrijwel al het personeel heeft overgenomen het niet-overgenomen personeel in principe niet baten. Het onderscheid tussen arbeidsintensief en niet-arbeidsintensief is overigens niet eenvoudig te maken. Zo lijkt het mij een zinloze exercitie een lijst op te stellen met sectoren waarin het personeel de belangrijkste productiefactor is en een lijst met sectoren waar dat niet zo is. Binnen sectoren kan de belangrijkste productiefactor immers per onderneming verschillen. Denk hierbij enerzijds aan een schoonmaakbedrijf dat op een markt opereert waar veel met eenvoudige hulpmiddelen als de emmer en de zwabber wordt gereinigd, en anderzijds aan een schoonmaakbedrijf dat gebruik maakt van geavanceerde machines om bijvoorbeeld zwembaden te reinigen. In het laatste geval zal men minder snel dan in het eerste geval concluderen dat het personeel de belangrijkste productiefactor is. Nog afgezien van de verschillen tussen verschillende ondernemingen in dezelfde sector, is van sommige sectoren en ondernemingen überhaupt niet op voorhand te stellen of zij wel of niet arbeidsintensief zijn. Zo kan ik aan de hand van de feiten in de zaak Verbeek/Process House niet voorspellen wat de aard van de onderneming in casu meebrengt voor het belang dat aan overname van personeel en (im)materiële activa moet worden toegekend. Zowel personeel als activa werden overigens overgenomen. En hoe pakt de tweedeling uit ten aanzien van een garagebedrijf, een bloemen- en plantenexporteur,¹⁶ een cateraar? Wat catering aangaat: in

¹⁶ Zie HR 10 december 2004, JAR 2005/14. Volgens A-G Verkade ging het in deze zaak niet om een sector “waarin de materiële of immateriële activa voor de activiteit zonder belang zijn, noch een sector waarin (inkoop-)arbeid de meest belangrijke factor is” (r.o. 3.19 van de conclusie). De Hoge Raad ging op dit punt niet expliciet in.

november 2003 heeft het Hof van Justitie ten aanzien van cateringactiviteiten in een ziekenhuis bepaald dat deze niet tot de arbeidsintensieve sector behoren.¹⁷ Het Hof gaf aan dat voor catering “heel wat uitrusting noodzakelijk is”, zoals in casu ruimten, water, energie en keukenuitrusting. Nu had de verkrijger deze zaken overgenomen en het Hof concludeerde dat sprake was van een overgang van onderneming. Franx-Schaap en Lennarts noemen ‘s Hofs benadering in het Sodexho-arrest met haar nadruk op de overgang van materiële activa “eendimensionaal”, en mijns inziens niet zonder goede reden.¹⁸ Voorspelbaar was de uitkomst in het Sodexho-arrest zeker niet. Er is zeker een redenering te verzinnen op basis waarvan men de conclusie zou kunnen trekken dat juist wel het personeel de belangrijkste factor was. Zo diende het personeel over speciale kennis met betrekking tot diëten te beschikken. Het al dan niet hebben van speciale kennis zou een belangrijk gegeven kunnen zijn en het is in zijn algemeenheid wellicht verleidelijk te menen dat het opleidingsniveau van de werknemers een belangrijke rol speelt bij de kwalificatie van de onderneming als arbeidsintensief of niet-arbeidsintensief: hoe hoger de opleiding van de werknemers, des te belangrijker zullen deze werknemers als productiefactor zijn. Maar dat is slechts schijn. Zo lijkt mij bij een vliegmaatschappij het hoge opleidingsniveau van onder meer de piloten niet doorslaggevend. De vliegtuigen en de ‘slots’ lijken mij evenzeer van belang. Omgekeerd is het relatief geringe opleidingsniveau dat gevraagd wordt voor de meeste schoonmaakwerkzaamheden geen belemmering het personeel toch als belangrijkste productiefactor te beschouwen, zeker in de situatie waarin van relatief weinig activa wordt gebruikgemaakt. Zou men derhalve in de zaak Verbeek/Process House bekijken of de overgenomen werknemers over speciale vaardigheden beschikten, dan vormt deze vaststelling niet meer dan een aanwijzing voor de stelling dat het personeel een belangrijke factor is. Wellicht was in deze zaak belangrijker dat Process House van Hovap bepaalde activa had overgenomen. Mij is niet duidelijk hoe belangrijk deze activa waren in het kader van de door Process House overgenomen activiteiten “op het gebied van het ontwerpen, monteren en automatiseren van procesinstallaties”.

6 De vergeten andere factoren

De titel van deze paragraaf haakt aan bij mijn constatering dat in Nederland in de lagere rechtspraak soms naar mijn smaak te veel nadruk is komen te liggen op de vraag of een

¹⁷ HvJEG 6 november 2003, JAR 2003/298 (Sodexho).

¹⁸ E.N. Franx-Schaap en M.L. Lennarts, “Overgang van onderneming in de cateringbranche. Of hoe een kijkje in de keuken cruciaal wordt”, *ArA* 2004/1, p. 69.

overgang zich wel of niet in de arbeidsintensieve sector heeft voorgedaan. Hierbij worden de andere factoren - of de klantenkring is overgedragen, in welke mate de ondernemingsactiviteiten voor en na de overgang met elkaar overeenkomen en of die activiteiten zijn onderbroken - van secundair belang geacht, althans, de rechter geeft er in zijn uitspraak geen blijk van alle factoren te hebben gewogen, maar behandelt louter de vraag of de verkrijger een wezenlijk deel van het personeel dan wel activa van betekenis heeft overgenomen. Een voorbeeld hiervan biedt een uitspraak van de Kantonrechter Utrecht van 27 oktober 2004.¹⁹ Ten aanzien van een opdrachtwisseling in de schoonmaakbranche oordeelde de kantonrechter dat "(...) ter zake van het behoud van de identiteit (zie het al oudere arrest van het HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502) in een arbeidsintensieve sector als de schoonmaakbranche, de overname van een wezenlijk deel van de aan de onderneming verbonden werknemers (en soms kan dat één werknemer zijn), zonder overdracht van enig materieel activum, met zich brengt dat sprake kan zijn van een overgang ex 662 e.v. BW (zie HvJ EG 24 januari 2002, JAR 2002/47)." Tot zover zegt de kantonrechter niets opmerkelijks, omdat hij immers slechts op een *mogelijkheid* wijst. Vervolgens oordeelt de kantonrechter echter, zonder enige andere factor uit het Spijkers-arrest (in ieder geval expliciet) bij zijn oordeel te betrekken, dat sprake is van een overgang van onderneming. Daarbij wijst de kantonrechter louter op het feit dat art. 50 van de CAO voor Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf van toepassing is, welk artikel zelf een overgang van onderneming bewerkstelligt, door te bepalen dat de verkrijger, afgezien van enkele uitgezonderde functies, al het personeel van de vervreemder moet overnemen voor zover het gaat om personeel dat al minimaal een jaar op het betreffende schoonmaakproject werkzaam was. De Rechtbank Utrecht en het Hof 's-Hertogenbosch²⁰ betrokken in hun oordelen in vergelijkbare zaken overigens wel andere factoren.

Zoekt men naar de reden voor de nadruk op de vaststelling in welke sector de overgang plaatsvindt - welke nadruk overigens in het arrest Verbeek/Process House afwezig is - dan dient zich een aantal mogelijke oorzaken aan. Ten eerste hebben veel uitspraken betrekking gehad op de schoonmaaksector waarbij het personeel zonder al te veel activa zijn werkzaamheden verrichtte. Het ging bovendien om contractswisselingen: de werkzaamheden van de vervreemder en de verkrijger vonden bij dezelfde opdrachtgever

¹⁹ JAR 2005/6.

²⁰ Rb. Utrecht 11 augustus 2004, JAR 2004/218 en Hof 's-Hertogenbosch 7 september 2004, JAR 2004/275.

plaats en de (exact gelijke) werkzaamheden vonden daarom op dezelfde locatie plaats.²¹ Dan blijft van de Spijkers-factoren inderdaad niet veel meer over dan de vraag of de verkrijger wel of niet een wezenlijk deel van het personeel heeft overgenomen. Bij een overgang in een andere sector behoeft zich deze beperking echter niet voor te doen en winnen de andere factoren uit het Spijkers-arrest aan belang. Men hoede zich er mijns inziens echter voor, indien het personeel niet de belangrijkste productiefactor is, een te groot gewicht toe te kennen aan het overnemen van een wezenlijk deel van de materiële activa. Zoals het Hof in de zaak Schmidt al heeft gesteld, is de overdracht van activa slechts één van de factoren in het totale onderzoek dat de rechter zal moeten uitvoeren.

Een tweede oorzaak zou de volgende kunnen zijn. In het arrest Süzen concludeerde het Hof dat van overgang van een onderneming niet gesproken kan worden indien de opdrachtnemer niet een *qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel* overneemt dat zijn voorganger speciaal voor deze schoonmaakopdracht had ingezet²², *noch activa van betekenis* van die voorganger op de opdrachtnemer zijn overgegaan. Vanaf het arrest Süzen heeft het Hof zich steeds op het standpunt gesteld dat in ieder geval geen sprake is van een overgang van onderneming indien noch een wezenlijk deel van het personeel, noch materiële activa van betekenis zijn overgenomen. Het is aan de rechter te beoordelen wanneer sprake is van een “wezenlijk deel” of van “activa van betekenis”. Hiermee zijn deze twee factoren uit het Spijkers-arrest niet alleen verfijnd, maar hebben zij tevens een bijzonder gewicht gekregen.

Aardig aan het arrest Verbeek/Process House is dat de Hoge Raad een andere, niet eerder expliciet aan de orde gekomen factor verfijnt, of, nauwkeuriger gesteld, het belang van deze factor relateert. De Hoge Raad bepaalt immers dat de waarde van de zesde factor uit het Spijkers-arrest - in welke mate de ondernemingsactiviteiten voor en na de overgang met elkaar overeenkomen - in een situatie dat vervreemder en verkrijger in hetzelfde marktsegment opereren, “op nihil” moet worden gesteld. Dat lijkt mij als uitgangspunt juist. In die situatie is immers vrijwel altijd sprake van een hoge mate van overeenstemming

²¹ Dat de overgang plaatsvindt via de opdrachtgever die de opdracht heeft verleend aan de vervreemder, vervolgens de opdracht intrekt en verleent aan de verkrijger – dus in feite in twee fasen – is overigens geen bezwaar om toch een overgang van onderneming aan te nemen. Vervreemder en verkrijger hoeven zelfs niet met elkaar gecontracteerd te hebben. Zie o.a. HvJEG 10 februari 1988, *NJ* 1990, 423 (Daddy’s Dance Hall). Anders (en mijns inziens in strijd met het recht): Hof Amsterdam 18 november 2004, *JAR* 2005/95.

²² Een werknemer die weliswaar in dienst is bij de vervreemder, maar niet werkzaam is bij het overgedragen onderdeel, gaat niet mee over (HvJEG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 902). Dat geldt evenzeer indien de werknemer oorspronkelijk wel bij het onderdeel werkzaam was, maar vóór de overgang is overgeplaatst, bijvoorbeeld wegens disfunctioneren. Zie voor een dergelijk geval HR 11 februari 2005, *JAR* 2005/67.

tussen de voor en na overgang verrichte activiteiten, waarmee de werknemer die wenst te zijn overgegaan een argument in de schoot wordt geworpen. Uiteraard is ook dan denkbaar dat de verkrijger alsnog geheel andere activiteiten gaat ontplooiën met de door hem overgenomen activa; in een dergelijke situatie zal deze factor alsnog moeten worden meegewogen.

7 Het overnemen van personeel en de rol van de verkrijger

Zoals hiervoor gesteld, is het feit dat de verkrijger een wezenlijk deel van het personeel overneemt een aanwijzing dat een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden; een aanwijzing die aan belang wint bij overnames in de arbeidsintensieve sector. Een aan deze factor inherent nadeel is dat hij tot een cirkelredenering leidt. De redenering dat indien een onderneming overgaat, vervolgens het personeel mee overgaat, wordt tevens omgedraaid: gaat (een wezenlijk deel van) het personeel over, dan gaat ingevolge de artikelen 7:662 e.v. BW de onderneming over en gaat alsnog ál het personeel over.²³ De verkrijger, opererend binnen de arbeidsintensieve sector, krijgt hiermee een zekere macht. Hij zou immers ervoor kunnen kiezen geen wezenlijk deel van het personeel over te nemen om zo een overgang van onderneming te voorkomen. Zou Process House in een procedure zijn betrokken indien zij niet 24, maar slechts vijftien van de 43 werknemers zou hebben overgenomen?

Men hoede zich hier voor algemeenheden. Zo kan ik mij situaties voorstellen waarin de overname van een minder dan een wezenlijk deel van het personeel binnen een arbeidsintensieve sector nochtans tot een overgang van onderneming leidt. Het volgende eenvoudige voorbeeld moge mijn stelling verhelderen. Een vervreemder, BV X, besluit zijn onderneming drastisch in te krimpen, zonder dat daartoe een economische noodzaak bestaat. Hij richt een BV Y op, waarin hij de werkzaamheden vrijwel geheel voortzet. Van het personeel neemt hij 45%²⁴ van BV X over; de overige personeelsleden worden bij BV X ontslagen. Nu zou men kunnen menen dat, ondanks het feit dat de verkrijger geen wezenlijk deel van het personeel heeft overgenomen, niettemin sprake is van een overgang van onderneming. De overige factoren uit het Spijkers-arrest leggen in deze casus een dermate groot gewicht in de schaal, dat het niet-overnemen van een wezenlijk deel van het personeel

²³ Vergelijk S.F. Sagel, "Overname van personeel en overgang van onderneming: oorzaak of gevolg?", SR 2004, p. 158-162.

²⁴ Voor het gemak ga ik ervan uit dat "een wezenlijk deel van het personeel" meer dan 50% van het personeel dient te zijn. Vergelijk de zaak Temco, waar de overname van 42 van de 80 werknemers een overgang van onderneming bewerkstelligde.

niet van doorslaggevend belang is. Illustratief is een op 11 augustus 2004 gewezen vonnis van de Rechtbank Utrecht.²⁵ De verkrijger had van de vervreemder, een schoonmaakbedrijf, geen wezenlijk deel van het personeel overgenomen. De rechtbank oordeelde hierover, nu de transactie zich binnen de arbeidsintensieve sector afspeelde, hiermee in beginsel is gegeven dat geen overgang van onderneming heeft plaatsgevonden, tenzij de beoordeling van de overige feitelijke omstandigheden tot een andere conclusie zou leiden. Dit was in casu echter niet het geval, nu niet was komen vast te staan dat materiële activa waren overgenomen en er geen klantenkring was overgedragen.

Het feit dat de verkrijger na een selectie- en sollicitatiefase heeft besloten bepaalde personeelsleden uit te zonderen van overname, is op zichzelf beschouwd niet van belang voor het antwoord op de vraag of een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Deze situatie deed zich voor in het arrest Verbeek/Process House. Zoals A-G Verkade stelt (r.o. 5.5): Het gaat er niet om hóé het personeel is overgenomen, doch dát het personeel is overgegaan. “Aan het doel dat met de richtlijn wordt beoogd (...) wordt afbreuk gedaan indien door een dergelijke omstandigheid de personeelsovername niet als factor zou kunnen meewegen.” De rechtbank had dit miskend, het hiertegen gerichte cassatiemiddel achtte de Hoge Raad, in navolging van de A-G, gegrond.

Omgekeerd zou de verkrijger soms gedwongen kunnen worden al het personeel over te nemen in een situatie dat dat door geen der contracterende partijen, noch door de vertegenwoordiging van het personeel, is voorzien. Zo bevatten sommige CAO's de bepaling dat de verkrijger, al dan niet onder bepaalde voorwaarden, een zeker percentage van het personeel van de vervreemder in dienst moet nemen. Het gaat in die situatie om personeel, werkzaam op een bepaalde opdracht, welke opdracht de vervreemder in het kader van een contractswisseling heeft verloren en de verkrijger juist heeft verworven – dezelfde situatie die, zoals hiervoor aangegeven, regelmatig in de rechtspraak aan de orde is. Is dit percentage gelijk aan of groter dan “een wezenlijk deel van het personeel”²⁶ en vindt de overgang plaats in de arbeidsintensieve sector, dan is hiermee voor de verkrijger vrijwel zeker een overgang van onderneming ontstaan, met als gevolg dat hij alsnog op grond van de artikelen 7:662 e.v. BW al het personeel in dienst krijgt. Waar sociale partners het bij het CAO-overleg redelijk hebben gevonden bij contractswisseling de verkrijger niet met al het personeel op te zadelen, bepaalt rechtspraak, in navolging van wet en richtlijn, dus anders.

²⁵ JAR 2004/218.

²⁶ Vergelijk de terminologie uit het arrest Süzen: van belang is of de verkrijger een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor deze schoonmaakopdracht had ingezet.

CAO-bepalingen die melding maken van een verplichte overname van bijvoorbeeld 60%, tweederde, of 75% van het personeel werken als het ware als een 'trigger' voor overname van niet het genoemde percentage, maar van al het personeel. Het is de vraag of van de verplichting ook bij een contractswisseling al het personeel over te nemen niet al te zeer een marktversturende werking uitgaat. De verkrijger die de opdracht heeft verworven, kon wellicht goedkoper opereren omdat zijn loonkosten lager waren dan die van de vervreemder die de opdracht om die reden juist heeft verloren. Wordt de verkrijger vervolgens geconfronteerd met de plicht al het personeel over te nemen, dan zou hem dat ervan kunnen weerhouden mee te dingen naar de opdracht. Beseft hij de verplichte personeelsovergang te laat, dan zal hij in ieder geval proberen de aan deze overname verbonden kosten (denk aan het ontslag van overtollig personeel) op zijn opdrachtgevers af te wentelen. A-G Geelhoed is op deze problematiek uitvoerig ingegaan in zijn conclusie bij het Temco-arrest.²⁷ Helaas heeft het Hof van Justitie dit deel van de conclusie laten liggen.

8 Slot

De rechtsvormende functie van de Hoge Raad is ten aanzien van het ondernemingsbegrip van art. 7:662 BW beperkt. Niet alleen heeft de Hoge Raad te maken met een op dit terrein relatief actief Hof van Justitie dat de speelruimte beperkt, maar het karakter van het ondernemingsbegrip, welk begrip immers aan de hand van de feiten dient te worden ingevuld, beperkt de mogelijkheden van toetsing in cassatie. Mede daarom is het arrest Verbeek/Process House zo interessant. Het is een van de weinige arresten waarin de Hoge Raad een oordeel kan vellen over de reikwijdte van meer factoren uit het Spijkers-arrest, en een enkele factor – het belang dat kan worden gehecht aan het feit dat activiteiten voor en na de overgang met elkaar overeenstemmen – komt zelfs voor het eerst expliciet aan de orde.

Daarmee is de rechtsonzekerheid niet verdwenen. Veel (vertegenwoordigers van) werknemers en werkgevers worstelen met het begrip. Dat is inherent aan het feit dat het wegen van de verschillende factoren die bepalen of een onderneming is overgegaan, een hoog subjectief karakter heeft.²⁸ Rechters maken hun weging ook niet altijd expliciet, nog afgezien van het feit dat sommigen überhaupt niet van de regels op de hoogte lijken te zijn.²⁹

²⁷ HvJEG 24 januari 2002, JAR 2002/47.

²⁸ Vgl. E.N. Franx-Schaap en M.L. Lennarts, die stellen "Overgang van onderneming in de cateringbranche. Of hoe een kijkje in de keuken cruciaal wordt", *ArA* 2004/1, p. 62-76.

²⁹ Dit gevoel bekwam mij bij OK 4 januari 2005, JAR 2005/45. Het betrof in casu de overgang van een openbaarvervoerconcessie. Een vraag was of de OR adviesrecht toekwam ten aanzien van de

Vooral bij contractswisselingen bestaat onduidelijkheid: is het personeel de belangrijkste factor of zijn dat juist de activa? Gezien de nadruk die soms op juist deze factoren wordt gelegd, lijkt de verkrijger het in zijn macht te kunnen hebben al dan niet een overgang van onderneming te bewerkstelligen. In mijn optiek is dat niet de bedoeling van de Europese wetgever geweest, maar een oplossing voor dit probleem zie ik bij de huidige stand van de rechtspraak niet direct. Een paardenmiddel zou zijn te bepalen dat bij elke contractswisseling sprake is van een overgang van onderneming, zoals men in het Verenigd Koninkrijk van plan is.³⁰ Dat lost de rechtsonzekerheid voor een deel op, maar wellicht is het een brug te ver. Justitiabelen zouden geholpen worden indien toch vooral alle factoren uit het Spijkers-arrest zichtbaar worden gewogen. De Hoge Raad heeft daartoe in het arrest Verbeek/Process House een juiste stap gezet.

R.M. Beltzer

beslissing niet al het personeel te laten overgaan. De overwegingen van de OK gaan echter verder dan het terrein van de medezeggenschap: "Het moge zo zijn dat het op basis van de Wet personenvervoer 2000 niet aan de nieuwe concessiehouder alléén is uit te maken of daarvan (*van overname van personeel*, RMB) al of niet sprake zal zijn (daartoe moeten immers de voormalige concessiehouder en de betrokken vakbonden tot een vergelijk komen), dit neemt niet weg dat niet zonder instemming van de nieuwe concessiehouder kan worden gekomen tot de situatie dat niet *al* het bij de concessie betrokken personeel van rechtswege bij de nieuwe concessiehouder in dienst komt." Ik merk hierbij op, dat indien de nieuwe concessiehouder een wezenlijk deel van de activa heeft overgenomen, er wel degelijk – of deze concessiehouder dat nu wil of niet – sprake kan zijn van een overgang van onderneming met overgang van al het personeel. Zie HvJEG 25 januari 2001, JAR 2001/68 (Finse busmaatschappijen).

³⁰ In het Verenigd Koninkrijk heeft de wetgever er vooralsnog voor gekozen te bepalen dat bij elke contractswisseling sprake is van een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn. De wetgever zegt hierover: "In most cases, service provision changes fall within the scope of the Directive and of the existing Regulations in any event. In some cases, however, uncertainty arises, leading to unnecessary disputes and litigation. The rationale for the new measure is that it will reduce such uncertainty in practice by establishing a position in which, in the UK, service provision changes will (...) be comprehensively covered by the legislation. (...) The Government's intention is to ensure a "level playing field" for contractors bidding for service contracts, so that tendering decisions are taken on commercial merit rather than on differing views as to the employment rights of employees, and so that transaction risks and costs are reduced." Zie TUPE Draft Revised Regulations - Public Consultations Document, Employment Relations Directorate Department of Trade and Industry (March 2005, URN 05/296). Het is de bedoeling dat deze wijziging per 1 oktober 2005 in werking treedt.