

Bijlage 3: Overgang van onderneming

In paragraaf 4.1 van de rapportage is het scenario verzelfstandiging uitgewerkt. Zoals vermeld in de rapportage zal naar onze inschatting in dit scenario doorgaans sprake zijn van overgang van onderneming als bedoeld in Boek 7 titel 10 afdeling 8 BW.

Om te kunnen spreken van overgang van onderneming moet aan drie elementen worden voldaan (artikel 7:622, lid 2 sub a BW). Er is sprake van overgang van onderneming bij een overgang ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid, die haar identiteit behoudt. Deze voorwaarden worden hieronder verder uitgewerkt.

Economische eenheid

De bescherming van de werknemer geldt als een economische eenheid, ofwel een 'onderneming' overgaat. Er is sprake van een ruim ondernemingsbegrip. Eronder vallen alle organisaties, gericht op voortbrengen of levering van goederen of verlening van diensten, ongeacht of het winststreven daarbij een rol speelt. Het dient een georganiseerd geheel van elementen en personen te betreffen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend. Er zijn vijf subnormen waaraan dit onderdeel 'economische eenheid' wordt getoetst:

1. Eenheid: als eenheid wordt beschouwd een geheel van personen en elementen waarmee een economische activiteit kan worden uitgeoefend. De rechtsvorm of omvang is niet relevant en het hebben van rechtspersoonlijkheid of winstoogmerk is geen vereiste. Ook maakt het niet uit of het een publieke of private onderneming is.
2. Economische activiteit: iedere activiteit die bestaat uit het aanbieden van goederen of diensten kwalificeert als zodanig.
3. Gestructureerd en duurzaam: er dient sprake te zijn van een duurzaam georganiseerde economische entiteit, waarbij het niet slechts gaat om de overdracht van één bepaalde opdracht.
4. Autonomie: de verantwoordelijken van de betrokken groep werknemers moeten de bevoegdheid hebben om op relatief vrije en onafhankelijke manier het werk binnen die groep te organiseren. Meer in het bijzonder gaat het om de bevoegdheid om bevelen te geven en om taken te verdelen tussen de ondergeschikten binnen die groep. Dit alles zonder rechtstreekse tussenkomst van andere organisatiestructuren van de werkgever.
5. Niet tot een economische activiteit worden gereduceerd: het enkele verlies van een opdracht aan een concurrent is geen overgang van onderneming. De identiteit van de entiteit blijkt niet alleen uit de activiteit, maar ook uit de personeelssamenstelling, de leiding, taakverdeling, bedrijfsvoering en productiemiddelen.

Overgang, met identiteitsbehoud

Het gaat om de overdracht van ondernemingsactiviteiten, zoals de overgang van gebouwen, inventaris, klantenkring, vergunningen, knowhow en goodwill, op grond van een overeenkomst die strekt tot overgang van de ondernemingsactiviteiten. Het kan daarbij gaan om een overeenkomst tot verkoop, verhuur, verpachting of uitgifte in vruchtgebruik, etc. De economische eenheid moet overgaan van vervreemder naar verkrijger, waarbij beslissend is of de onderneming na overgang haar identiteit behoudt. Kenmerken die daarbij van belang zijn, zijn:

- de aard van de onderneming;
- het al dan niet overdragen van de materiële activa;
- de waarde van de immateriële activa op het moment van de overgang;
- het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel;
- het al dan niet overdragen van de klantenkring;
- de mate waarin de voor en na de overgang verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen;
- de duur van een eventuele onderbreking van de activiteiten.

Al deze kenmerken worden in zijn totaliteit beoordeeld en dus niet elk element afzonderlijk.

Krachtens overeenkomst, fusie of splitsing

Aan het vereiste dat de overdracht plaatsvindt krachtens overeenkomst, fusie of splitsing wordt snel voldaan. Van belang is dat de overeenkomst niet rechtstreeks hoeft te worden gesloten tussen de vervreemder en verkrijger. Er moet in het kader van de contractuele betrekkingen een wijziging plaatsvinden in de natuurlijke persoon of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming en die als werkgever verplichtingen aangaat ten opzichte van de werknemers. De afwezigheid van een contractuele band hoeft niet in de weg te staan aan een overgang van onderneming.

Door een overgang van onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger (artikel 7:663 BW). Oftewel; de arbeidsovereenkomst gaat van rechtswege over op de verkrijger en de werknemer gaat automatisch over met behoud van rechten en plichten. Bij arbeidsvoorwaarden kan bijvoorbeeld gedacht worden aan salaris, salaristoelagen, vakantiedagen, onkostenvergoedingen en functie. Ook bijzondere bedingen zoals bijvoorbeeld een eenzijdig wijzigingsbeding gaan mee over. De arbeidsovereenkomsten gaan dus ongewijzigd en van rechtswege mee over naar de verkrijger, waardoor het niet noodzakelijk is een nieuwe arbeidsovereenkomst te sluiten.

Er zijn ook arbeidsvoorwaarden die niet zonder meer mee over gaan op de verkrijger. Het gaat dan om de gebondenheid aan de cao, anciënniteit, pensioenrechten en bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden.

Cao

Uit artikel 14a van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet Cao) volgt dat de verkrijgende partij bij een overgang van onderneming verplicht is de in de cao vastgelegde arbeidsvoorwaarden, zoals deze golden bij de vervreemdende partij, te handhaven. Het eerste lid van dit artikel luidt:

'Door de overgang van een onderneming, als bedoeld in artikel 662 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, gaan de rechten en verplichtingen welke op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming ten aanzien van daar werkzame werknemers voortvloeien uit bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden van een collectieve arbeidsovereenkomst waaraan hij gebonden is, van rechtswege over op de verkrijger van de onderneming.'

Dit betekent dat de stichtingen in vertrekpunt 1 en 2 van hoofdstuk 3 niet gebonden raken aan de Cao Gemeenten/SGO, maar de stichtingen zullen op de werknemers die naar hen overgaan wel de Cao Gemeenten/SGO moeten toepassen. Dit wordt ook wel de handhavingsplicht genoemd. De handhaving van de bepalingen uit de cao na de overgang van onderneming is wel in duur beperkt.

De handhavingsplicht eindigt op grond van artikel 14a lid 2 van de Wet Cao op het tijdstip waarop:

- a. de verkrijger ten aanzien van de arbeid, verricht door de werknemers bedoeld in artikel 14a lid 1, gebonden wordt aan een na de overgang van onderneming tot stand gekomen cao, dan wel;
- b. de verkrijger ten aanzien van die arbeid krachtens een na de overgang genomen besluit tot algemeen verbindendverklaring verplicht wordt bepalingen na te komen van een cao, dan wel;
- c. de tijdens overgang lopende geldingsduur van de cao van de vervreemder verstrijkt.

Voor algemeen verbindend verklaarde cao's geldt een andere regeling (zie artikel 2b Wet AVV), maar de Cao Gemeenten/SGO is niet algemeen verbindend verklaard. De cao van de verkrijger zal naar onze inschatting de Cao Kunsteducatie zijn. Na privatisering zal sprake zijn van een rechtspersoonlijkheid bezittende, direct of indirect gesubsidieerde privaatrechtelijke organisatie die activiteiten verricht op het terrein van kunsteducatie, waarmee de stichting naar onze inschatting onder de werkingssfeer van de Cao Kunsteducatie valt (zie artikel 1:2 Cao Kunsteducatie). De Cao Kunsteducatie is van 9 maart 2024 tot 31 december 2024 algemeen verbindend verklaard. Daarmee zou dan sprake zijn van een situatie als bedoeld onder b).

Welke cao na het eindigen van die handhavingsplicht geldt en in hoeverre de werkgever en werknemer hierover afspraken kunnen maken, hangt af van de vraag of de overgenomen werknemers gebonden of ongebonden werknemers waren voor de cao van de vervreemder en of de overgenomen werknemers gebonden of ongebonden werknemers zijn voor de cao van de verkrijger. Ook is voor ongebonden

werknemers relevant of sprake was van een statisch dan wel dynamisch incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst met de vervreemder. Verder is van belang of er sprake is van een algemeen verbindend verklaarde cao. Ook kan het leerstuk van de nawerking, waarbij kortgezegd een cao na het verstrijken van de looptijd daarvan nog blijft doorwerken, een rol spelen. De regelgeving en jurisprudentie hieromtrent is vrij complex en laat zich niet eenvoudig algemeen samenvatten. Dat voert voor deze rapportage te ver.

Pensioen

Voor ouderdomspensioen, arbeidsongeschiktheidspensioen of nabestaandenpensioen gelden bij overgang van onderneming speciale regels, die zijn opgenomen in artikel 7:664 BW. Als de vervreemder en verkrijger verschillende pensioenregelingen hebben, geldt samengevat dat de rechten en verplichtingen uit een pensioenovereenkomst niet overgaan op de verkrijger als:

- de verkrijger aan de werknemers een zelfde aanbod doet tot het sluiten van een pensioenovereenkomst als hij voor de overgang van onderneming heeft aangeboden aan zijn eigen werknemers;
- de verkrijger verplicht is deel te nemen aan een bedrijfstakpensioenfonds en ook de werknemer die overgaat, gaat deelnemen in dat fonds;
- bij cao is afgeweken van de pensioenovereenkomst;
- er sprake is van een situatie bedoeld in artikel 7:664 lid 3 BW (kortgezegd relevant voor rechten en verplichtingen uit een spaarregeling uit de oude Pensioen- en spaarfondsenwet).

Uitzondering hierop geldt als de werknemer die overgaat verplicht is deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds en diezelfde verplichting blijft gelden na de overgang. Het is van belang om de pensioenverplichting goed in kaart te brengen.

In het bijzonder wijzen wij in het kader van pensioen nog op het volgende. In artikel 4:6 lid 1 van de Cao Kunsteducatie staat: *‘De rechten en verplichtingen van werkgever en werknemer in het kader van de op hun arbeidsverhouding van toepassing zijnde pensioenregeling worden geregeld in de bepalingen van:*

a. het pensioenreglement van Pensioenfonds Zorg en Welzijn;

dan wel

b. het pensioenreglement van de Stichting Pensioenfonds ABP.’

Het Pensioenfonds Zorg en Welzijn is het door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid verplicht gestelde pensioenfonds voor de Kunsteducatiebranche.

Hoewel aansluiting bij zowel het PFZW als ABP mogelijk is, is door één van de geïnterviewde organisaties tijdens het interview opgemerkt dat hun ervaring is dat het in de praktijk bij privatisering lastig kan zijn bij

het ABP aangesloten te blijven. Omdat het betreffende kunstencentrum onder de werkingssfeer van de Cao Kunsteducatie valt, heeft de geïnterviewde organisatie vrijstelling van aansluiting bij het PFZW verzocht op grond van art. 6 van het VBB. Dat artikel luidt als volgt:

‘Op verzoek van een werkgever kan door het bedrijfstakpensioenfonds voor alle werknemers of een deel van de werknemers van die werkgever ook om andere redenen dan genoemd in de artikelen 2, 3, eerste lid, 4, 4a en 5, eerste lid, vrijstelling worden verleend.’

In artikel 2.6 van het Uitvoeringsreglement van het PFZW staat daarover:

- 1. ‘Het pensioenfonds kan op grond van artikel 6 en artikel 7 lid 5 Vrijstellingsbesluit een werkgever vrijstelling verlenen om andere redenen dan genoemd in artikel 2.5.*
- 2. Een vrijstelling als genoemd in lid 1 wordt alleen verleend als er volgens het pensioenfonds zeer bijzondere omstandigheden zijn. Hiervan is sprake als de belangen van de werkgever zo zwaar wegen, dat het belang van het pensioenfonds om geen vrijstelling te verlenen daarvoor moet wijken.’*

Het verzoek van de geïnterviewde organisatie is volgens hen afgewezen op grond van het vaste beleid van het PFZW dat er geen vrijstellingen voor onbepaalde tijd worden verleend op grond van artikel 6 VBB. Ook de optie van afwikkelvrijstelling bood voor het kunstencentrum geen uitkomst. De werknemers vallen nu onder PFZW. Destijds heeft de geïnterviewde organisatie door een actuaris berekeningen laten maken om de verschillen in het pensioen inzichtelijk te maken (dat kostte veel tijd en geld). Bij de privatisering van het ander kunstencentrum was wel aansluiting bij het ABP mogelijk. De geïnterviewde organisatie vermoedt dat dat is omdat het andere kunstencentrum minder duidelijk onder de werkingssfeer van de Cao Kunsteducatie valt.

Anciënniteit

Anciënniteit is geen recht in de zin van de Europese richtlijn inzake overgang van onderneming (artikel 3 lid 3) en gaat dus niet mee over, tenzij de anciënniteit medebepalend is voor financiële rechten van de werknemer. Dienstjaren tellen wel mee bij het bepalen van de ontslagvolgorde. Uit artikel 15 van de Ontslagregeling volgt namelijk dat anciënniteit die is opgebouwd bij de vervreemder meetelt bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel. Er zal namelijk sprake zijn van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 15 lid 2 van de Ontslagregeling, nu sprake is van een overgang van onderneming. Er zijn dus situaties waarin dienstjaren weldegelijk behouden blijven.

Bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden

Tenslotte geldt dat bij sommige bedrijven bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden bestaan die sterk gelieerd zijn aan de onderneming, denk bijvoorbeeld aan korting op een bepaald product dat de onderneming produceert. De verwachting is dat dat hier niet aan de orde zal zijn.

Wijzigen en harmoniseren arbeidsvoorwaarden

Dat de arbeidsovereenkomsten en arbeidsvoorwaarden ongewijzigd mee over gaan, wil niet zeggen dat de arbeidsovereenkomst en arbeidsvoorwaarden na de overgang niet kunnen wijzigen. De werknemersbescherming bestaat immers alleen ten tijde van de overgang. Na de overgang kan de arbeidsverhouding ten opzichte van de verkrijger worden gewijzigd binnen dezelfde grenzen als dat vóór de overgang ten opzichte van de vervreemder mogelijk was geweest. De wijzigingsmogelijkheid op zichzelf behoort namelijk ook tot de rechten en plichten die zijn overgegaan.

Belangrijk uitgangspunt blijft wel dat de overgang van onderneming nooit op zichzelf grond voor de wijziging op kan leveren (HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86 (Daddy's Dance Hall)). Een wijziging die uitsluitend wordt ingegeven door de wens de arbeidsvoorwaarden te harmoniseren, is dan ook niet toegestaan. Zijn er bijkomende redenen zijn voor de wijziging, bijvoorbeeld een door bedrijfseconomische omstandigheden ingegeven noodzaak tot verlaging van de loonkosten, dan kan worden bezien of de werknemer instemt met de wijziging, of dat eenzijdige wijziging op grond van artikel 7:613, 7:611 of 6:248 lid 2 BW mogelijk is.

Wel wordt er in de praktijk tussen werkgevers en vakbonden in sommige gevallen een overgangsprotocol overeengekomen waarin de gevolgen van de overgang van onderneming geregeld worden. In dit overgangsprotocol staan ook bijvoorbeeld afspraken over hoe om te gaan met arbeidsvoorwaarden die niet kunnen worden gehandhaafd of waarvan het niet wenselijk is die te handhaven na de overgang van onderneming.