Is een overgang van onderneming te voorkomen?

06-03-2017 12:53



Door Anneke Pelser - Stekelenburg
Advocaat bij Heussen Advocaten en Notarissen

Schoenenzaak De Pump wordt verkocht en de nieuwe eigenaar zet de zaak na vijf maanden voort als schoenenzaak De Hak. De hele bedrijfsinventaris, de voorraden en bijna al het personeel worden overgenomen, maar een paar oude verkopers met lange dienstverbanden niet. Enige tijd later staan de niet-overgenomen verkopers bij schoenenzaak De Hak op de stoep en stellen dat er sprake is van overgang van onderneming (OVO) en dat zij van rechtswege bij schoenenzaak De Hak in dienst zijn getreden en dat schoenenzaak De Hak gehouden is om het salaris zoals dat gold bij De Pump te voldoen. Is dit te voorkomen?

Als uw organisatie een andere onderneming of een onderdeel van een andere onderneming overneemt, kan er sprake zijn van OVO. Is daarvan sprake, dan gaat het personeel van (het onderdeel van) de overgenomen onderneming met behoud van arbeidsvoorwaarden automatisch over naar uw onderneming. Een OVO heeft dan ook verstrekkende gevolgen. Wanneer is er nu sprake van een OVO?

De wet bepaalt dat er sprake is van een OVO als een economische eenheid – op basis van een overeenkomst – wordt overgedragen, waarbij de identiteit van de oude organisatie behouden blijft. Wanneer dit het geval, is onder meer afhankelijk van de volgende factoren:

- 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 overdracht;
- 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 overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen; en
- de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten.

Deze factoren zijn slechts deelaspecten die niet afzonderlijk mogen worden beoordeeld. Er moet worden gekeken naar het totaalplaatje. Uit de rechtspraak volgt dat afhankelijk van de sector waarin een onderneming opereert andere factoren doorslaggevend kunnen zijn. Zo zal in een sector waarin arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit de nadruk liggen op het personeel dat is overgenomen en in een kapitaalintensieve sector waarin de materiele activa meer kenmerkend zijn voor de onderneming zal de nadruk meer liggen op de over te dragen materiele activa (zoals de apparatuur, de voorraad, het gebouw en de elektriciteit).

De rechtspraak leert dat de sectoren schoonmaak, bewaking, thuiszorg, ICT en uitzendarbeid in principe als arbeidsintensief worden aangemerkt. Een supermarkt en een slijterij werden in de rechtspraak gerekend tot de kapitaalintensieve sector. De schoenenwinkel uit het voorbeeld zal waarschijnlijk ook tot de kapitaalintensieve sector worden gerekend. Al heeft een rechter – voor zover bij ons bekend - zich hier nog niet over uitgelaten.

Het feit dat de overgenomen activiteiten niet na overgang in een vergelijkbare organisatorische structuur zijn ondergebracht, betekent nog niet dat de identiteit verloren is gegaan. Van belang is dat een functionele band tussen verschillende afdelingen blijft bestaan. In 2015 heeft het Hof 's-Hertogenbosch zelfs geoordeeld dat de identiteit van een onderneming ook behouden is gebleven bij een versnippering van de overgenomen onderdelen over verschillende vennootschappen, waarbij de functionele band tussen die onderdelen wel behouden is gebleven.

Afspraken maken
Gebleken is dat een OVO soms te sturen is. Zo kon de verkrijger (een Spaanse gemeente) in de arbeidsintensieve sector door het niet-overnemen van een wezenlijk deel van het personeel in feite een overgang van onderneming voorkomen. Daarnaast kennen bepaalde cao's, zoals bijvoorbeeld de schoonmaak-cao, de verplichting om bij een contractwissel het personeel dat aan bepaalde vereisten voldoet over te nemen. Deze verplichting kan een OVO teweegbrengen. De schoonmaakbranche is immers een arbeidsintensieve sector, waarbij sprake zal zijn van identiteitsbehoud indien de nieuwe onderneming niet alleen de activiteit van zijn voorganger voortzet, maar ook een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het aantal werknemers overneemt. Het is dan ook aan te raden om in geval van een overname van een onderneming in de arbeidsintensieve sector in de overname-overeenkomst of outsourcingsovereenkomst duidelijke afspraken te maken over hoe om te gaan met personeel.

Daarnaast kan een onderneming zich ook vrijwillig verplichten om het personeel over te nemen dan wel onder te brengen bij onderaannemers, zonder dat er sprake is van een OVO. Dit speelde in een recente zaak bij de rechtbank Oost-Brabant in december 2016. In dit kort geding oordeelde de voorzieningenrechter dat onderneming X als opvolgende partij bij een contractwissel gehouden is tot nakoming van haar toezegging, zoals die volgt uit de notulen, om (een deel van) de werknemers bij de door onderneming X ingeschakelde onderaannemers onder te brengen. Echter, oordeelde de voorzieningenrechter dat een kort geding zich gelet op de principiële aard van de zaak en de vergaande gevolgen voor partijen niet goed leent voor een veroordeling van onderneming X in een kort geding. Een bodemrechter zal dit in een gewone procedure wel

kunnen beslissen.

Als er wel sprake is van een OVO en de verkrijgende partij wordt geconfronteerd met de werknemers van (het onderdeel van) de overgenomen onderneming dan mag de verkrijgende partij de arbeidsovereenkomst van een werknemer niet opzeggen wegens de overgang van onderneming. Het is in principe echter wel mogelijk om een werknemer te ontslaan vanwege economische, technische of organisatorische redenen die een wijziging in de omvang van het personeelsbestand met zich meebrengen. De werkgever zal dan wel moeten kunnen aantonen dat het ontslag niets met de overgang zelf van doen heeft. Dit is niet gemakkelijk en als de werkgever hier al in slaagt dan zal hij nog worden geconfronteerd met ontslagkosten.

Kortom, een overgang van onderneming valt soms te sturen door afspraken te maken. In de arbeidsintensieve sector kan de verkrijger ervoor kiezen om geen personeel over te nemen en zelf personeel te werven, zodat geen overgang van onderneming ontstaat. In een kapitaalintensieve sector kan een overgang van onderneming in beginsel worden voorkomen als bijna geen materiele activa wordt overgenomen. Overigens moet dit natuurlijk wel verenigbaar zijn met de wensen van koper en verkoper. Tot slot kan een onderneming zich ook vrijwillig verplichten om het personeel over te nemen.