

MR. DR. E. VAN VLIET
MR. B. FILIPPO

Arbeidsrecht & Reorganisatie

Derde druk

The background of the bottom half of the cover features a faint, stylized coat of arms of the Netherlands, showing a crowned lion holding a sword and a shield, with a banner below it.

Boomjuridisch

In een tijd waarin reorganisaties aan de orde van de dag zijn, geeft *Arbeidsrecht & Reorganisatie* in vogelvlucht een overzicht van diverse arbeidsrechtelijke leerstukken die gemeen hebben dat ze bij een reorganisatie van belang zijn.

Het boek heeft een juridische insteek: de arbeidsrechtelijke basiskennis die van belang is bij een reorganisatie wordt op een toegankelijke wijze uiteengezet. Door middel van overzichtelijke figuren en schema's en het regelmatig opnemen van voorbeelden, worden de verschillende leerstukken op een toegankelijke en begrijpelijke wijze uitgelegd.

De volgende onderwerpen komen aan bod:

- medezeggenschap;
- cao-recht;
- wijziging van de arbeidsovereenkomst;
- ontslag;
- collectief ontslag;
- overgang van onderneming.

Arbeidsrecht & Reorganisatie is geschreven voor studenten aan een universiteit en voor studenten in het hoger beroepsonderwijs. Daarnaast is dit boek een handig naslagwerk voor iedereen die in de praktijk met het onderwerp 'arbeidsrecht en reorganisatie' te maken krijgt.

Mr. dr. E. (Elmira) van Vliet is als universitair docent Arbeidsrecht werkzaam aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Mr. B. (Barbara) Filippo is als advocaat werkzaam bij advocatenkantoor SteensmaEven te Rotterdam.

ISBN 978-94-6290-504-7



9 789462 905047 >

Boomjuridisch

Arbeidsrecht & Reorganisatie

Arbeidsrecht & Reorganisatie

Mr. dr. E. van Vliet
Mr. B. Filippo

Derde druk

Boom juridisch
Den Haag
2018

Omslagontwerp: Primo!Studio, Delft
Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2018 E. van Vliet en B. Filippo | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-504-7
NUR 825

www.boomjuridisch.nl

Voorwoord

Dit boek is in eerste instantie geschreven voor studenten die de minor Arbeidsrecht & Reorganisatie volgen aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, maar ook voor studenten aan andere universiteiten en voor hbo-studenten die een juridische opleiding volgen. Daarnaast is dit boek een handig naslagwerk voor iedereen die in de praktijk met het onderwerp ‘arbeidsrecht en reorganisatie’ te maken krijgt. Het onderwerp ‘arbeidsrecht en reorganisatie’ is een voor de rechtspraak zeer interessant en vrijwel steeds actueel onderwerp. Diverse arbeidsrechtelijke leerstukken zijn bij een reorganisatie van belang.

In dit boek wordt de basiskennis ten aanzien van het onderwerp ‘arbeidsrecht en reorganisatie’ op een toegankelijke wijze op een rijtje gezet, waarbij niet is beoogd om de verschillende leerstukken uitputtend wetenschappelijk te analyseren. Door middel van overzichtelijke figuren en schema’s en het regelmatig opnemen van voorbeelden worden de verschillende leerstukken op een laagdrempelige en heldere wijze uitgelegd. Wij danken prof. mr. A.R. Houweling voor zijn bijzonder waardevolle commentaar op eerdere versies van dit boek. Eventuele opmerkingen ten aanzien van de inhoud van het boek zijn van harte welkom en kunt u mailen naar vanvliet@law.eur.nl.

E. van Vliet
B. Filippo
Rotterdam, mei 2018

Inhoudsopgave

I	Reorganisatie: een korte inleiding	I3
1.1	Inleiding	13
1.2	Reorganisaties in de praktijk	14
1.3	Opzet boek	18
2	Collectief arbeidsrecht I: Medezeggenschapsrecht	2I
2.1	Inleiding	21
2.2	Instellen ondernemingsraad	22
	2.2.1 GEMOR, COR, GOR en EOR	29
	2.2.2 Medezeggenschap in kleine ondernemingen	38
2.3	Samenstelling ondernemingsraad	40
2.4	Het reglement	41
2.5	Einde lidmaatschap ondernemingsraad	43
2.6	Commissies	45
2.7	Faciliteiten ondernemingsraad en bescherming OR-leden	47
2.8	Rechten ondernemingsraad	50
	2.8.1 Recht op overleg en recht van initiatief	50
	2.8.2 Adviesrecht	52
	2.8.3 Instemmingsrecht	60
	2.8.4 Informatierecht	62
2.9	Geschillenregeling	65
2.10	Medezeggenschap bij faillissement	67
2.11	SER Fusiegedragsregels	69
	2.11.1 Fusie	69
	2.11.2 Toepassing Fusiegedragsregels	71
	2.11.3 Verplichtingen Fusiegedragsregels	72
	2.11.4 Naleving Fusiegedragsregels	73
	2.11.5 Samenloop met de WOR	74
2.12	Afsluiting	74
2.13	Oefencasus	76
3	Collectief arbeidsrecht II: Cao-recht	8I
3.1	Inleiding	81

3.2	Wat is een cao?	82
3.2.1	Algemeen	82
3.2.2	Ondernemings- en bedrijfstak-cao	84
3.2.3	Overige eisen: rechtsbevoegdheid, statutaire representativiteit en aanmelding	85
3.3	Soorten cao-bepalingen	86
3.3.1	Standaard- en minimumbepalingen	86
3.3.2	Normatieve, obligatoire en diagonale cao- bepalingen	86
3.4	Gebondenheid aan cao's	88
3.4.1	Gebondenheid op grond van de WCAO	89
3.4.1.1	De 'artikel 9/12/13-werknemer'	89
3.4.1.2	De 'artikel 14-werknemer'	92
3.4.2	Gebondenheid op grond van de WAVV	93
3.4.3	Rechtsgevolg	96
3.4.4	Gebondenheid door een incorporatiebeding	96
3.5	Nawerking	97
3.5.1	Nawerking en de WCAO	97
3.5.2	Nawerking en de WAVV	99
3.5.3	Nawerking bij samenloop WCAO en WAVV	99
3.6	Uitleg van de cao (en sociaal plan)	100
3.7	Afsluiting	103
3.8	Oefencasus	104
4	Wijziging van arbeidsvoorwaarden	109
4.1	Inleiding	109
4.2	Arbeidsvoorwaarden	110
4.3	Wijzigingsmodaliteiten	111
4.4	Instemmen met wijziging	112
4.5	Eenzijdige wijziging: individuele wijziging	113
4.5.1	Van der Lely/Taxi Hofman	114
4.5.2	Stoof/Mammoet	115
4.5.3	Gevolgen artikel 7:611 BW	117
4.6	Eenzijdige wijziging: collectieve wijziging	117
4.6.1	Eenzijdig wijzigingsbeding	118
4.6.2	Derogerende werking redelijkheid en billijkheid	122
4.6.3	Onvoorziene omstandigheden	123
4.7	Wijzigingsmodaliteiten in de praktijk	124
4.8	Afsluiting	127
4.9	Oefencasus	127

5	Ontslagrecht	131
5.1	Inleiding	131
5.2	Ontslagrecht: algemeen	131
5.2.1	Het Nederlandse ontslagrecht sinds 1 juli 2015	131
5.2.2	De verschillende beëindigingsmodaliteiten in het kort	133
5.2.3	Duaal ontslagstelsel, met preventieve ontslagtoets	134
5.2.4	Redelijke ontslaggronden	135
5.2.5	Algemene herplaatsingsplicht binnen redelijke termijn met scholing	139
5.3	Beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden	140
5.3.1	Artikel 7:669 lid 3 sub a BW: de a-grond en nadere uitwerking daarvan	142
5.3.2	Eerst verwijderen flexibele schil	145
5.3.3	Afspiegelingsbeginsel	146
5.3.4	Uitzonderingen op het afspiegelingsbeginsel	153
5.3.5	Herplaatsing	161
5.4	Beëindigingsmethoden bij een beëindiging wegens bedrijfseconomische redenen	165
5.4.1	Van rechtswege eindigen	166
5.4.2	Wederzijds goedvinden	167
5.4.3	Opzegging met instemming van de werknemer	170
5.4.4	Opzegging na verkregen toestemming van het UWV	171
5.4.5	Ontbindingsverzoek bij kantonrechter na weigering ontslagvergunning door UWV of arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd	174
5.4.6	Wederindiensttredingsvoorwaarde	176
5.5	Cao-ontslagcommissie	178
5.5.1	Voorwaarden voor cao-ontslagcommissie	178
5.5.2	Voorwaarden alternatieve selectiecriteria	179
5.6	Juridische acties en beroepsmogelijkheden	179
5.6.1	Vereiste voorafgaande toestemming ontbreekt	180
5.6.2	Schending opzegtermijn	181
5.6.3	Schending opzegverboden	182
5.6.4	Herstel van de arbeidsovereenkomst of billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten werkgever	183
5.6.5	Hoger beroep en cassatie	185

5.7	Transitievergoeding	186
5.7.1	Hoogte transitievergoeding	187
5.7.2	Tijdelijke regeling oudere werknemer	188
5.7.3	Tijdelijke regeling MKB	189
5.7.4	Aftrekposten transitievergoeding	189
5.8	Afsluiting	190
5.9	Oefencasus	191
6	Collectief ontslag	197
6.1	Inleiding	197
6.2	De WMCO	197
6.2.1	Werkingssfeer WMCO	199
6.2.2	Wanneer is sprake van collectief ontslag?	204
6.2.3	Verplichtingen bij collectief ontslag	208
6.2.4	Doel en tijdstip raadpleging	210
6.2.5	Rol van de ondernemingsraad bij de raadplegingsprocedure	214
6.2.6	In behandeling nemen ontslaginitiatieven	216
6.2.7	Wachttijd	219
6.2.8	Faillissement	221
6.2.9	Gevolgen van niet naleven verplichtingen	221
6.2.10	Geheimhouding	223
6.3	Sociaal plan	223
6.3.1	Gebondenheid aan sociaal plan	224
6.3.2	Sociaal plan een cao?	225
6.3.2	Sociaal plan en de transitievergoeding	228
6.3.3	Hardheidsclausule	230
6.4	Afsluiting	231
6.5	Oefencasus	232
7	Overgang van onderneming	235
7.1	Inleiding	235
7.2	Juridisch kader	236
7.2.1	Achtergrond Europese richtlijn	236
7.2.2	Overgang van onderneming in Nederlandse wetgeving	237
7.2.3	Werkingssfeer Nederlandse OVO-regeling	237
7.3	Wanneer is sprake van een overgang van onderneming?	238
7.3.1	Voorwaarde 1: Economische eenheid	239
7.3.2	Voorwaarde 2: Overgang met identiteitsbehoud	245

	7.3.3	Voorwaarde 3: krachtens overeenkomst, fusie of splitsing	254
7.4		Rechtgevolgen overgang van onderneming	258
	7.4.1	Pijler 1: automatische overgang naar de verkrijger met behoud van rechten en plichten	259
	7.4.2	Pijler 2: ontslagbescherming en ETO-redenen	283
	7.4.3	Pijler 3: informatie- & consultatierechten	286
7.5		Beperkt regime bij faillissement	290
7.6		Afsluiting	292
7.7		Oefencasus	293

1 Reorganisatie: een korte inleiding

1.1 Inleiding

Reorganiseren is kort samengevat het anders inrichten van een onderneming. Ondernemingen veranderen voortdurend en kunnen hun organisatie hier op willen of zelfs moeten aanpassen. Reorganisaties komen dan ook in alle economische tijden voor en zijn eigenlijk aan de orde van de dag. Meestal wordt er gereorganiseerd in tijden waarin het economisch slecht gaat en de omzetcijfers fors dalen. Door de verminderde vraag naar een product of dienst is er minder personeel nodig. Er zullen kosten bespaard moeten worden om de onderneming overeind te houden. Andere redenen voor een reorganisatie kunnen het beëindigen van bepaalde activiteiten, een uitbesteding of herstructurering zijn. Maar ook als het bedrijfseconomisch goed gaat met een onderneming en er hoge winsten worden behaald, kan er aanleiding zijn voor een reorganisatie, bijvoorbeeld om de (internationale) concurrentiepositie te versterken, een bedrijfsovername te kunnen doen of om te kunnen blijven innoveren. Ondernemers gaan met de tijd mee en stemmen hun organisatie af op veranderingen op de markt. Kortom: een reorganisatie kan veel verschillende oorzaken maar ook vormen hebben. In het algemeen kan gesteld worden dat een reorganisatie altijd tot verandering in of van een onderneming leidt.

Een reorganisatie heeft nagenoeg altijd gevolgen voor de betrokken werknemers. Voor veel werknemers zijn dit negatieve gevolgen, denk hierbij aan inkrimping van het personeelsbestand, verslechtering van arbeidsvoorwaarden, een niet gewenste overgang naar een andere onderneming, enzovoort. Een besluit tot reorganisatie is ingrijpend voor zowel de onderneming als de daar werkzame personen en zal vaak zorgen voor onrust binnen de organisatie. In de media wordt regelmatig bericht over grote reorganisaties, wat de al aanwezige onrust nog verder kan versterken. Onzekere tijden breken aan. Veelal zullen er werknemers moeten afvloeien, wat tot gedwongen ontslagen kan leiden. Langdurige juridische procedures kunnen het gevolg zijn.

Voor de werkgever is het van belang om de werknemers tijdig op de hoogte te stellen van de reorganisatie en de gevolgen daarvan. Voordat er daadwerkelijk gereorganiseerd kan worden, moet een uitgebreid voorbereidingstraject worden doorlopen. Verschillende partijen zitten met elkaar om de tafel om afspraken te maken. Vakbonden en de ondernemingsraad dienen in de regel bij een reorganisatie betrokken te worden. Werkgevers krijgen bij een reorganisatie met veel wettelijke regels te maken die nageleefd dienen te worden.

Bij een reorganisatie spelen verschillende arbeidsrechtelijke en medezeggenschapsrechtelijke regels een belangrijke rol. In dit boek ligt de nadruk op de belangrijkste hiervan. We besteden in dat kader aandacht aan de basisbeginsselen van het medezeggenschapsrecht, het cao-recht, de wijziging van arbeidsvoorwaarden, (collectief) ontslag en overgang van onderneming. Op die manier geven we inzicht in de arbeidsrechtelijke randvoorwaarden van een reorganisatie.

1.2 Reorganisaties in de praktijk

Reorganisaties vinden plaats in alle sectoren, zowel in de publieke als in de private sector. Voornamelijk grootschalige reorganisaties waarbij (potentieel) veel werknemers (kunnen) worden ontslagen, zijn vaak in het nieuws. Teruggelopen bedrijfsactiviteiten door verandering van de markt kunnen een kostenbesparing of zelfs constante kostenbesparingen noodzakelijk maken. Dit is een veelvoorkomende reden voor het doorvoeren van een reorganisatie. Zie in dat kader bijvoorbeeld het hiernavolgende eerste krantenbericht: een zorgverzekeraar ziet zich genooddaakt een kostenbesparing door te voeren van 100 miljoen euro en kiest ervoor om 700 banen te schrappen. Dit krantenbericht illustreert goed dat door robotisering en/of digitalisering binnen een aanzienlijk aantal bedrijven functies komen te vervallen, waardoor mensen hun baan verliezen. Een reorganisatie betekent niet altijd dat banen daadwerkelijk verdwijnen. Een reorganisatie kan namelijk ook het verschuiven van banen van de ene naar een andere werkgever met zich meebrengen naar aanleiding van een bedrijfsovername, zo blijkt bijvoorbeeld uit het tweede onderstaande bericht. Als gevolg hiervan verdwijnen er weliswaar banen bij de oude werkgever, maar wordt het aantal banen bij de nieuwe werkgever juist uitgebreid. Bij iedere reorganisatie komt veel kijken. De werkgever moet aan een flink aantal arbeidsrechtelijke en medezeggenschapsrechtelijke 'spelregels' voldoen ter bescherming van de werknemers die door de reorganisatie worden geraakt. De ondernemingsraad speelt daarbij vaak een grote rol. Ook vakbon-

den zijn betrokken bij een reorganisatie. Doel van het contact tussen de reorganiserende werkgever en de ondernemingsraad en vakbonden is enerzijds om zo veel mogelijk ontslagen te voorkomen en anderzijds om de gevolgen van ontslagen waar mogelijk te verzachten door het maken van afvloeiings- en begeleidingsafspraken. Vaak worden deze afspraken vastgelegd in een sociaal plan, zo ook in de reorganisatie uit het derde hieronder staande krantenbericht.

Reorganisatie bij zorgverzekeraar VGZ leidt mogelijk tot het verlies van 700 banen

Bron: www.volkskrant.nl

Datum: 19 januari 2018

‘Alleen zo kan de 100 miljoen euro aan besparingen worden gehaald’

Net als de banken zetten verzekeraars het mes in het personeelsbestand. Volgens vakbond De Unie dreigen bij zorgverzekeraar VGZ zelfs zevenhonderd van de tweeduizend banen te worden geschrapt. VGZ maakte vorige week bekend de vestiging in Heerlen te willen sluiten, als onderdeel van een grote reorganisatie die 100 miljoen euro aan besparingen moet opleveren. Op dat kantoor werken driehonderd mensen.

Eerder was al bekendgemaakt dat het kantoor in Gorinchem ging sluiten. Maar volgens De Unie-bestuurder Inge de Vries kan de 100 miljoen euro aan besparingen alleen worden gehaald wanneer er veel meer banen worden geschrapt. ‘Dat is 30 procent van de totale beheerskosten’, zegt ze. Die zouden dan op de andere kantoren in Arnhem, Alkmaar en Eindhoven moeten plaatsvinden. Tom Kliphuis, voorzitter van de raad van bestuur van VGZ, bevestigde eerder tegen de bonden dat hij een besparing van 2,50 per polis in 2020 wil bereiken. VGZ telt vier miljoen polishouders en is daarmee de tweede zorgverzekeraar van het land. In 2016 leed

VGZ een verlies van bijna 80 miljoen euro.

Volgens De Unie zullen door robotisering en digitalisering de komende jaren bij verzekeraars veel bestaande functies verdwij-

nen. Die moeten worden vervangen door andere banen die nieuwe vaardigheden vergen. De Unie-bestuurder Inge de Vries wil dat VGZ daar serieus werk van gaat maken.

Jumbo en Coop nemen Emté over voor 410 miljoen euro: 'Dit is een geweldige slag'

Bron: www.omroepbrabant.nl

Datum: 5 maart 2018

VEGHEL – Supermarktketen Emté komt in handen van zijn branchegenoten Jumbo en Coop. De twee partijen betalen daarvoor in totaal 410 miljoen euro aan de huidige eigenaar, groothandelsbedrijf Sligro. De verkoop betreft 130 supermarkten, de distributiecentra van Emté in Kapelle en Putten, een vleesverwerkingsfabriek in Enschede en het hoofdkantoor in Veghel. Emté was vorig jaar goed voor een omzet van 828 miljoen euro.

Voltijdsbanen

Bij de overname zijn circa 6200 medewerkers betrokken, die samen goed zijn voor 2700 voltijdsbanen. Zij gaan allemaal mee naar de nieuwe eigenaar. De partijen verwachten de deal in de loop van dit jaar af te ronden. Sligro zocht al langer naar alternatieven voor zijn kwakkelende supermarktbedrijf, dat de afgelopen jaren bij gebrek aan schaal-grootte gestaag marktaandeel verloor. Jumbo en Coop werden steeds genoemd als de voornaamste gegadigden. Vorig jaar wees het bedrijf een bod op Emté evenwel nog van de hand. Volgens Sligro-directeur Koen Slippens hoe-

ven de Emté-medewerkers zich geen zorgen te maken.

Toeleverancier

Het groothandelsbedrijf houdt aan de deal daarnaast een meerjarig contract over, waardoor het de belangrijkste toeleverancier wordt van Jumbo's restaurantdochter La Place. Daarmee verstevigt Sligro volgens topman Koen Slippens zijn positie als toeleverancier van

de horeca in Nederland. Financiële details zijn niet bekendgemaakt.

Ombouw winkels

Twee derde van alle Emté-winkels wordt een Jumbo-filiaal, de rest gaat verder als Coop. De winkels zullen snel omgebouwd worden. 'Dit is een geweldige slag' aldus Jumbo-directeur Frits van Eerd.

Leden vakbond stemmen unaniem in met sociaal plan ZGT

Bron: www.rtvooost.nl

Datum: 19 december 2017

De leden van vakbonden NU'91, CNV, FNV en FBZ hebben begin van de avond unaniem ingestemd met het sociaal plan voor ZGT. Dat zegt NU'91-woordvoerder Gorrit Smit.

In de ziekenhuizen in Almelo en Hengelo konden leden van de vakbond stemmen over het sociaal plan, dat identiek is aan het plan dat eerder voor Medisch Spectrum Twente werd gebruikt. Circa 50 personen kwamen daar op af. Zij waren unaniem in hun

oordeel en stemden in met het sociaal plan.

"Dat is een teken dat de mensen het sociaal plan en de brief hebben gelezen", zegt Smit. "Ze denken: het ziet er goed uit, daar hoef ik niet naar toe."

Sociaal plan

Ziekenhuizen ZGT verkeert in zwaar weer. Door de financiële situatie verdwijnen er 150 banen. Met het sociale plan verwacht Smit dat er niemand gedwongen hoeft te worden ontslagen. Eerst wordt er intern gekeken of mensen een andere functie kunnen krijgen.

Smit: “Vervolgens is er een mobiliteitsperiode van dertien maanden, waarin wordt gekeken of mensen kunnen worden gedetacheerd. Daarna volgt, mocht dat

geen uitkomst bieden, een gesprek welke maatregelen dan kunnen worden genomen.”

Het sociaal plan gaat in per 1 januari 2018.

1.3 Opzet boek

In dit boek staan de arbeidsrechtelijke en medezeggenschapsrechtelijke randvoorwaarden bij een reorganisatie centraal. Allereerst bespreken we het collectieve arbeidsrecht: we zullen in dat kader stilstaan bij het medezeggenschapsrecht en het cao-recht. Werknemers kunnen bij een reorganisatie namelijk niet zomaar buitenspel worden gezet. De ondernemingsraad en vakbonden hebben bepaalde rechten ten aanzien van grote veranderingen binnen een onderneming. In hoofdstuk 2 bespreken we welke medezeggenschapsrechten werknemers precies hebben ten aanzien van een reorganisatie en hoe zij deze rechten – mocht dat nodig zijn – kunnen afdwingen. Vervolgens gaan we in hoofdstuk 3 in op het cao-recht. Het cao-recht is bij diverse ‘reorganisatieonderwerpen’ van belang, onder meer bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden, (collectief) ontslag en overgang van onderneming. In hoofdstuk 4 bespreken we de regels die een rol spelen bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. In een reorganisatie kan het namelijk wel eens gewenst of zelfs noodzakelijk zijn arbeidsvoorwaarden van werknemers te wijzigen, bijvoorbeeld bij herplaatsing in een andere functie of omdat de werkgever zich genoodzaakt ziet een salarisoffer van de werknemers te vragen. We zullen bespreken of en zo ja onder welke voorwaarden dit mogelijk is.

Ontslag (ook wel afvloeiing genoemd) is ten tijde van een reorganisatie meestal onvermijdelijk. Maar hoe gaat dat precies in zijn werk en kan de werkgever zelf kiezen van wie hij in een reorganisatie afscheid neemt? Dit leggen we uit in hoofdstuk 5. We staan daarbij onder meer stil bij de verschillende manieren waarop een arbeidsovereenkomst in Nederland kan eindigen. Verder gaan we uitgebreid in op de opzeggingsprocedure bij het UWV, omdat dat sinds 1 juli 2015 de route is waarop een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wegens bedrijfseconomische omstandigheden eenzijdig door de werkgever kan worden beëindigd. Vervolgens staan we kort stil bij de ontbindingsprocedure die hierna – bij een afwijzing van de ontslagaanvraag wegens

bedrijfseconomische redenen door UWV – kan volgen. Ook besteden we aandacht aan de afwijkmogelijkheid via een zogeheten ontslag-cao. Voorts bespreken we de wettelijke transitievergoeding die de werkgever sinds 1 juli 2015 minimaal aan boventallige werknemers verschuldigd is.

Indien de arbeidsovereenkomsten van meerdere werknemers (ten minste twintig) binnen een tijdvak van drie maanden worden beëindigd, is – mits aan een aantal overige voorwaarden is voldaan – sprake van collectief ontslag. Voor het collectief ontslag is in de wet een aantal bijzondere regels opgenomen (gebaseerd op een Europese richtlijn). Hier besteden we in hoofdstuk 6 aandacht aan. Ook het sociaal plan zal in dit hoofdstuk aan bod komen.

Tot slot komt in hoofdstuk 7 het leerstuk overgang van onderneming aan de orde. Dit leerstuk speelt een belangrijke rol bij (activa/passiva) overnames, fusies en splitsingen, maar ook bij het uitbesteden van bepaalde (neven)activiteiten van een onderneming aan een andere onderneming. Net als bij collectief ontslag is de Nederlandse wetgeving over overgang van onderneming gebaseerd op een Europese richtlijn. We zullen hier dan ook uitgebreid bij stilstaan.

In ieder hoofdstuk hebben we ter verduidelijking van de te bespreken arbeidsrechtelijke en medezeggenschapsrechtelijke randvoorwaarden bij een reorganisatie in de hoofdtekst steeds zo veel mogelijk schema's, voorbeelden en samenvattingen van relevante rechtspraak opgenomen. We hopen de verschillende randvoorwaarden daarmee op een zo laagdrempelige en praktisch mogelijke manier aan de lezer uit te leggen.

Goed om te weten is tot slot dat in dit boek aan het eind van ieder hoofdstuk een oefencasus inclusief antwoordmodel is opgenomen. In iedere oefencasus staat steeds het fictieve concern van Spaarbank Holland N.V. (SBH) centraal. Dit fictieve concern doorloopt in deze oefencasussen verschillende stadia en vormen van een reorganisatie. Aan de hand van de vragen kan de lezer voor zichzelf toetsen of hij/zij de theorie uit het onderliggende hoofdstuk begrijpt en beheerst.

We trappen in het volgende hoofdstuk als gezegd af met het medezeggenschapsrecht, omdat dit in een van de vroegste stadia van een reorganisatie (te weten op het moment dat de werkgever het **voornemen** heeft te reorganiseren) een belangrijke rol speelt.

2 Collectief arbeidsrecht I: Medezeggenschapsrecht

2.1 Inleiding

Medezeggenschap van werknemers bij de bedrijfsvoering en besluitvorming binnen de onderneming is van groot belang: zo zullen werknemers bijvoorbeeld ondernemingsbesluiten – zoals het besluit tot reorganisatie – eerder accepteren als ze hebben mogen meepraten over het te nemen besluit en hun zienswijze naar voren hebben kunnen brengen. Door werknemers een rol toe te kennen in het besluitvormingsproces voelen werknemers zich meer betrokken, wat het functioneren van de onderneming ten goede komt. Ook vanuit het perspectief van de ondernemer bezien, kan het waardevol zijn om te weten wat er onder werknemers leeft en hoe werknemers over bepaalde aan- gelegenheden denken. Werknemers worden dan ook (terecht) als serieuze overlegpartner van de ondernemer gezien. Medezeggenschap van werknemers is niet vrijblijvend, maar wettelijk geregeld in de **Wet op de onderne- mingsraden** (WOR). Indien aan een aantal voorwaarden is voldaan, is een ondernemer op grond van de WOR verplicht een ondernemingsraad in te stellen. De leden van de ondernemingsraad vertegenwoordigen de werkne- mers binnen de onderneming en hebben een belangrijke rol bij de besluitvor- ming binnen de onderneming, onder andere in geval van een voorgenomen (belangrijke) reorganisatie. In de WOR zijn de rechten en plichten van de ondernemer en de ondernemingsraad opgenomen. De belangrijkste bespre- ken we in dit hoofdstuk. We staan eerst stil bij het antwoord op de vraag wan- neer er binnen een onderneming een ondernemingsraad moet worden inge- steld en welke verschillende vormen er daarbij moeten worden onderschei- den. We besteden daarbij ook aandacht aan de medezeggenschapsrechten van werknemers ingeval er op grond van de WOR geen verplichting bestaat om een ondernemingsraad in te stellen. Daarna bespreken we de belangrijkste rechten van de ondernemingsraad in zijn algemeenheid, maar vooral ook spe- cifiek bij een (voorgenomen) reorganisatie.

2.2 Instellen ondernemingsraad

Artikel 2 lid 1 WOR bepaalt wanneer er binnen een onderneming een ondernemingsraad moet worden ingesteld:

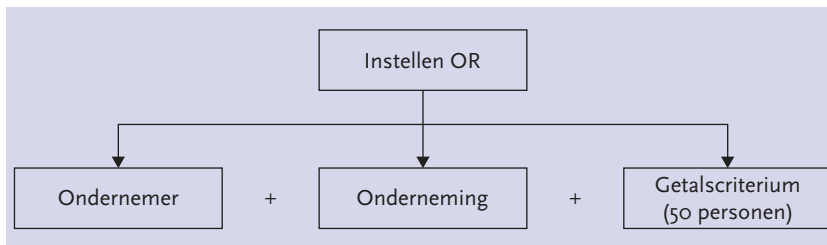
‘De ondernemer die een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn, is in het belang van het goed functioneren van die onderneming in al haar doelstellingen verplicht om ten behoeve van het overleg met en de vertegenwoordiging van de in de onderneming werkzame personen een ondernemingsraad in te stellen en jegens deze raad de voorschriften, gesteld bij of krachtens deze wet, na te leven.’

Uit deze bepaling volgt dat er voor de verplichting tot het instellen van een ondernemingsraad aan drie voorwaarden moet zijn voldaan. Er moet sprake zijn van:

1. een **ondernemer**;
2. die een **onderneming** in stand houdt;
3. waarin in de regel ten minste 50 personen werkzaam zijn (**getalscriterium**).

We lichten deze drie voorwaarden hieronder nader toe. Artikel 1 van de WOR is daarbij van belang omdat hierin definities van de voorwaarden zijn terug te vinden.

22



Figuur 1 Voorwaarden instellen OR

Ondernemer

Artikel 1 lid 1 sub d WOR bepaalt dat de **ondernemer** de natuurlijke persoon of rechtspersoon is die een onderneming in stand houdt. Meestal zal er bij het begrip ondernemer gedacht worden aan een natuurlijk persoon: iemand die verantwoordelijk is voor het reilen en zeilen binnen de onderneming en die de leiding heeft. Een ondernemer kan echter ook een rechtspersoon zijn. Een besloten vennootschap (bv) en naamloze vennootschap (nv) kunnen bijvoor-

beeld ook ondernemer zijn in de zin van de WOR. Een ondernemer kan diverse ondernemingen in stand houden. Een voorbeeld hiervan is het Ahold Delhaize concern. Door Ahold Delhaize worden in Nederland diverse ondernemingen in stand gehouden: Albert Heijn, Etos, Gall&Gall en Bol.com.

Onderneming

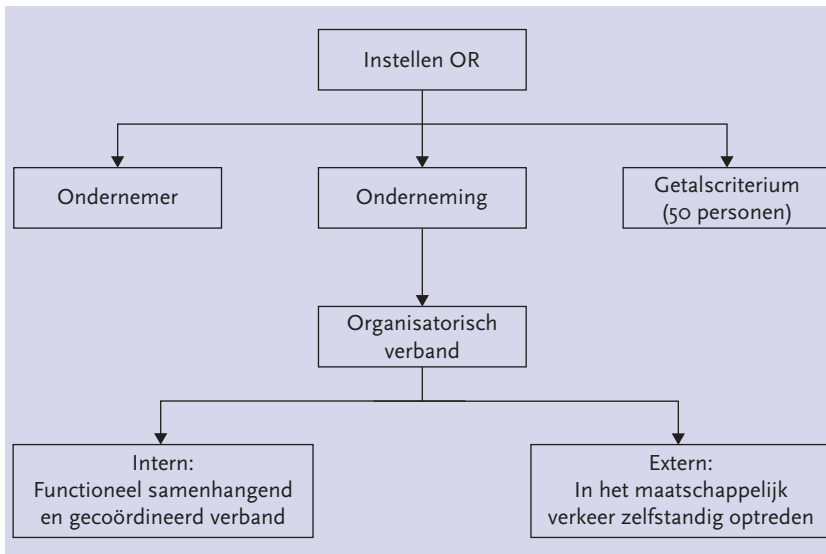
Een **onderneming** in de zin van de WOR wordt in artikel 1 lid 1 sub c WOR gedefinieerd:

‘elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht’.

Uit deze definitie volgen drie voorwaarden om als onderneming in de zin van de WOR te kunnen worden aangemerkt:

1. er moet sprake zijn van een organisatorisch verband;
2. dat in de maatschappij optreedt als zelfstandige eenheid; en
3. waar krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht.

De eerste voorwaarde, het organisatorisch verband, kan worden opgesplitst in twee onderdelen: het intern en het extern organisatorisch verband. Om als onderneming in de zin van de WOR te worden aangemerkt, dient er zowel een intern als een extern organisatorisch verband aanwezig te zijn. Als het intern of het extern organisatorisch verband ontbreekt, is er geen sprake van een onderneming in de zin van de WOR.



Figuur 2 Intern en extern organisatorisch verband

Van een **intern organisatorisch verband** is sprake als werkzaamheden in een functioneel samenhangend en gecoördineerd verband worden verricht. Dat wil zeggen dat werknemers in een functionele en hiërarchische relatie tot de leiding van de organisatie staan en dat de leidinggevende bevoegdheden heeft ten aanzien van de interne organisatie van de onderneming. Met andere woorden: er moet sprake zijn van een leidinggevende die toezicht op de uitvoering van de werkzaamheden houdt en die de werknemers binnen de organisatie aanstuurt door bijvoorbeeld opdrachten te geven. Om als onderneming in de zin van de WOR te worden aangemerkt, dient er als gezegd niet alleen sprake te zijn van een intern organisatorisch verband, maar ook van een **extern organisatorisch verband**. Extern dient de onderneming als zelfstandige eenheid op te treden (het in de maatschappij optreden als zelfstandige eenheid). Dit kan bijvoorbeeld blijken uit het feit dat de onderneming zakelijke contacten onderhoudt en overeenkomsten met derden kan aangaan.¹ Van een extern als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband is in feite sprake als voor derden kenbaar is dat er sprake is van een zelfstandige onderneming. Dit kan bijvoorbeeld blijken uit het voeren van een eigen naam.

¹ Zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht 10 oktober 1984, *NJ* 1985, 558.

In het arrest Van Beek/Johnny Hoes heeft de Hoge Raad onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis het extern organisatorisch verband verduidelijkt.² De Hoge Raad overwoog daarbij als volgt: 'In de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel dat tot de WOR heeft geleid (Bijl. Hand. II, 1967 – 1970, 10 335, nr. 3, p. 15) wordt ter toelichting van die omschrijving onder meer opgemerkt dat bepalend is of het gaat om een samenwerkingsverband dat in de maatschappij als zelfstandige eenheid optreedt; dat daarmee niet is bedoeld dat het verband beslist organisatorisch onafhankelijk moet zijn; dat het bij dit zelfstandig optreden uitsluitend gaat om het zich naar buiten als zelfstandig presenteren, m.n. door onder eigen naam werkzaam te zijn; dat het onderdelen van een onderneming die als zodanig niet naar buiten optreden, zoals bijvoorbeeld de gieterij van een machinefabriek, niet als een onderneming kunnen worden aangemerkt; dat bij dit laatste maatstaf zal kunnen zijn of het product dat men in zo'n onderdeel vervaardigt of de dienst die men daar verricht al dan niet rechtstreeks in het maatschappelijk verkeer wordt gebracht of pleegt te worden gebracht.'

Uit het arrest Van Beek/Johnny Hoes kan worden afgeleid dat voor het antwoord op de vraag of een samenwerkingsverband in de maatschappij als zelfstandige eenheid optreedt niet is vereist dat het samenwerkingsverband beslist organisatorisch onafhankelijk is. Een onderdeel (bijvoorbeeld een business unit) of een afdeling van een organisatie kan bijvoorbeeld ook een onderneming in de zin van de WOR zijn, maar alleen als het onderdeel of de afdeling zich naar buiten toe als zelfstandig presenteert.

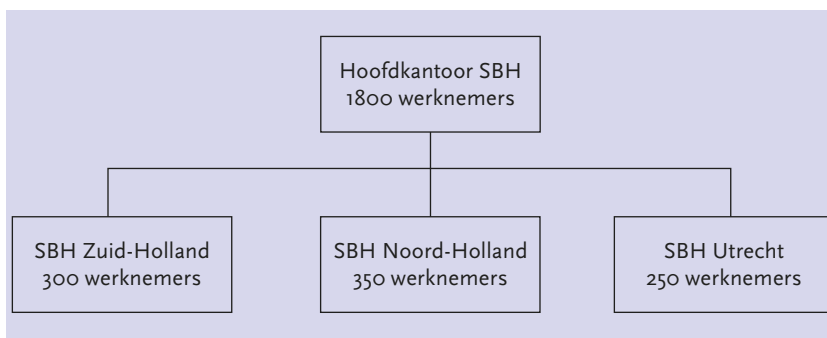
25

Spaarbank Holland N.V. (afgekort: SBH) is één van Nederlands grootste banken en telt 22.000 werknemers. Het hoofdkantoor is gevestigd in Amsterdam. Op het hoofdkantoor van SBH werken 1.800 werknemers. Op het hoofdkantoor zijn de Raad van Bestuur, de direct daaronder volgende (top) laag dat het centrale Management Team (M) vormt en de centrale stafafdelingen (zoals de afdeling bestuurlijke zaken, de afdeling legal, de afdeling HRM, de centrale personeels- en salarisadministratie, marketing en communicatie en ICT) gevestigd. SBH kent verder in iedere provincie een provinciaal hoofdkantoor en diverse regionale vestigingen.

² HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 697 (Van Beek/Johnny Hoes).

Op alle provinciale hoofdkantoren zijn in totaal 1.700 werknemers werkzaam, waarvan 900 op de provinciale hoofdkantoren in de Randstad (provincies Noord-Holland, Zuid-Holland en Utrecht gezamenlijk). Alle provinciale hoofdkantoren hebben allemaal minimaal één eigen directeur. De provinciale hoofdkantoren in de Randstad tellen allemaal drie directeuren. De directeuren van de provinciale hoofdkantoren hebben de dagelijkse leiding over het betreffende kantoor en sturen de werknemers aan. Alle provinciale hoofdkantoren van SBH hante- ren de naam SBH gevolgd door de naam van de provincie waarin zij gevestigd zijn. Iedere vestiging heeft eigen briefpapier (met SBH-logo en de provincienaam).

De directieleden van elk provinciaal hoofdkantoor zijn bevoegd om overeenkomsten met derden aan te gaan, voor zover dat noodzakelijk is voor het functioneren van de onderneming.



Figuur 3 Provinciale hoofdkantoren SBH

Zijn de provinciale hoofdkantoren aan te merken als ondernemingen in de zin van de WOR?

- Er is sprake van een intern organisatorisch verband: de werknemers staan in een hiërarchische relatie tot de directie van het provinciale hoofdkantoor. De directeur (of directeuren) stuurt (sturen) de werknemers werkzaam op de provinciale hoofdkantoren aan en heeft (hebben) de dagelijkse leiding.

- Er is sprake van een extern organisatorisch verband: de vestigingen van de provinciale hoofdkantoren hebben een eigen naam (SBH gevolgd door de provincienaam), eigen briefpapier en de directeurs van elke vestiging zijn bevoegd om overeenkomsten met derden te sluiten.
- In alle provinciale hoofdkantoren van SBH wordt krachtens arbeidsovereenkomst arbeid verricht.

Aan alle voorwaarden om als onderneming te worden aangemerkt is voldaan. De provinciale hoofdkantoren van SBH kunnen dus als ondernemingen in de zin van de WOR worden aangemerkt. Een andere vraag is of voor alle provinciale hoofdkantoren ook een ondernemingsraad ingesteld moet worden. Daarvoor moet ook aan de andere voorwaarden worden getoetst (ondernemer en getalscriterium) en zal moeten worden gezien welke medezeggenschapsvorm het meest wenselijk is (waarover later in dit hoofdstuk meer).

Getalscriterium

Voor het verplicht instellen van een ondernemingsraad dienen in de regel ten minste vijftig personen in de onderneming werkzaam te zijn. Dit wordt ook wel het **getalscriterium** genoemd. Voor het getalscriterium wordt geen onderscheid gemaakt tussen fulltime of parttime medewerkers. Doorgaans zijn dat de personen die in de onderneming werkzaam zijn krachtens publiekrechtelijke aanstelling of krachtens een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW (art. 1 lid 2 WOR). Er zijn echter (categorieën) medewerkers die niet onder de definitie van artikel 1 lid 2 WOR vallen, maar hier wel mee gelijk worden gesteld, namelijk (i) uitzendkrachten die ten minste 24 maanden binnen de onderneming werkzaam zijn en (ii) medewerkers die krachtens een arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling met de ondernemer werkzaam zijn in een door een andere ondernemer in stand gehouden onderneming (gedetacheerde medewerkers van de ondernemer). Deze **uitbreiding** van het aantal in de onderneming werkzame personen is opgenomen in artikel 1 lid 3 WOR.

De WOR bevat niet alleen een uitbreiding van de in de onderneming werkzame personen, maar ook een **beperking** en wel in artikel 1 lid 4 WOR. De bestuurder(s) van een onderneming wordt (worden) op grond van dit artikel niet tot de in de onderneming werkzame personen gerekend. Wie is dan precies bestuurder in de zin van de WOR? Daarvoor dient te worden gekeken in artikel 1 lid 1 sub e van de WOR, dat bepaalt dat de bestuurder 'hij die alleen

dan wel tezamen met anderen in een onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid' is. Een onderneming kan meerdere bestuurders hebben. Als de ondernemer een natuurlijk persoon is, zal hij meestal ook bestuurder zijn, omdat hij de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid die binnen de onderneming wordt uitgevoerd. Dit hoeft echter niet altijd het geval te zijn. Bedrijfsleiders van een supermarktfiliaal van een grote supermarktketen zijn bijvoorbeeld *bestuurder* in de zin van de WOR. In het filiaal heeft de bedrijfsleider immers de hoogste zeggenschap bij de leiding van de arbeid. Een bedrijfsleider is echter geen *ondernemer* in de zin van WOR, aangezien dat de natuurlijk persoon of de rechtspersoon is die de onderneming in stand houdt.

Wat nu als er een ondernemingsraad is ingesteld en het aantal in de onderneming werkzame personen onder het getalscriterium van vijftig zakt? Is de ondernemingsraad dan ineens alle rechten kwijt en houdt de ondernemingsraad per direct op te bestaan? Artikel 2 lid 2 WOR bepaalt dat in dat geval de ondernemingsraad van rechtswege ophoudt te bestaan bij het **eindigen** van de lopende zittingsperiode. De ondernemingsraad zal dus niet per direct ophouden te bestaan: de zittingsperiode wordt nog gewoon uitgezet. In beginsel is de zittingsduur van de ondernemingsraad drie jaar (art. 12 WOR). Voor de omgekeerde situatie geldt hetzelfde. Als er ineens meer personen in de onderneming werkzaam zijn en de ondernemingsraad op grond van artikel 6 WOR bijvoorbeeld niet drie, maar vijf leden zou moeten tellen, verandert er niets totdat de zittingsperiode van de ondernemingsraad is afgelopen. Als er verkiezingen zijn voor het instellen van een nieuwe ondernemingsraad, moet er uiteraard wel opnieuw worden gekeken naar de in de onderneming werkzame personen en kan het aantal ondernemingsraadsleden worden aangepast.

Het provinciale hoofdkantoor van SBH Noord-Brabant in Eindhoven is in een jaar tijd fors gegroeid van 160 naar 230 werknemers. SBH Noord-Brabant heeft een ondernemingsraad die bestaat uit zeven leden. Welke gevolgen heeft de forse uitbreiding van het personeelsbestand voor de samenstelling van de ondernemingsraad?

Op grond van artikel 6 lid 1 WOR bedraagt het aantal ondernemingsraadsleden in een onderneming met honderd tot tweehonderd personen zeven leden. In een onderneming met tweehonderd tot vierhonderd personen bestaat de ondernemingsraad uit negen leden. Door de uitbreiding van SBH Noord-Brabant zijn er 230 werknemers binnen de

onderneming werkzaam. De ondernemingsraad dient derhalve niet meer uit zeven leden, maar uit negen leden te bestaan. Uit artikel 6 lid 6 WOR volgt dat er tijdens de zittingsperiode geen wijziging kan worden aangebracht in het aantal leden op grond van vermeerdering of vermindering van het aantal in de onderneming werkzame personen. De zittende ondernemingsraad zal dus niet per direct uitgebreid worden. Bij het instellen van een nieuwe ondernemingsraad zal wel opnieuw naar het aantal werknemers binnen de onderneming moeten worden gekeken.

2.2.1 GEMOR, COR, GOR en EOR

Voor een holding/concern waar verschillende ondernemingen onder vallen, zijn in de WOR bijzondere bepalingen opgenomen. Het kan namelijk zijn dat er niet alleen op lokaal niveau een ondernemingsraad ingesteld moet worden, maar ook een ondernemingsraad voor de verschillende ondernemingen samen. De gemeenschappelijke ondernemingsraad, de centrale ondernemingsraad, de groepsondernemingsraad en de Europese ondernemingsraad zullen achtereenvolgens worden besproken.

(i) GEMOR

Voor ondernemers die meerdere ondernemingen (denk aan holdings, concerns en groepen) in stand houden, bevat de WOR een aantal specifieke bepalingen. De ondernemer die twee of meer ondernemingen in stand houdt waarin tezamen in de regel ten minste vijftig personen werkzaam zijn, dient bijvoorbeeld voor alle of voor een aantal van de ondernemingen tezamen een **gemeenschappelijke ondernemingsraad** (afgekort: GEMOR) in te stellen *indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR in de betrokken onderneming* (art. 3 lid 1 WOR). De gemeenschappelijke ondernemingsraad komt dan in de plaats van de ‘gewone’ ondernemingsraad. Dat is een verschil met de centrale ondernemingsraad en de groepsondernemingsraad, die hierna nog zullen worden besproken. In de zin van de WOR worden de ondernemingen waarvoor een gemeenschappelijke ondernemingsraad is ingesteld, beschouwd als één onderneming (art. 3 lid 3 WOR). Wanneer zal het instellen van een GEMOR bevorderlijk zijn voor een goede toepassing van de WOR in de betrokken onderneming? Dit zal het geval zijn als werkzaamheden binnen de verschillende ondernemingen die de ondernemer in stand houdt vrijwel hetzelfde zijn en sterk met elkaar samenhangen. Denk bijvoorbeeld aan een holdingmaatschappij die met verschillende dochters activiteiten

ontplooit door multidisciplinair samengestelde business units die gebruikmaken van de in dienst van de dochters zijnde werknemers.³

Voor een ondernemer zal het instellen van een GEMOR voordelen hebben. Er hoeft namelijk niet meer met de afzonderlijke ondernemingsraden (als die er waren) overlegd te worden, maar alleen met de GEMOR. Ook kan het zijn dat binnen de afzonderlijke ondernemingen niet aan het getalscriterium wordt voldaan, terwijl zij dat tezamen wel doen. Door het instellen van een GEMOR kunnen werknemers hun medezeggenschapsrechten dan toch uitoefenen. Op die manier worden de werknemers gewoon vertegenwoordigd in een ondernemingsraad en is er een ondernemingsraad die rechten heeft op grond van de WOR.

In artikel 3 lid 2 WOR is bepaald dat de regeling inzake de gemeenschappelijke ondernemingsraad ook van toepassing is ten aanzien van in een groep verbonden ondernemers, die twee of meer ondernemingen in stand houden, waarin tezamen in de regel ten minste vijftig personen werkzaam zijn. In een concern is bijvoorbeeld sprake van 'in een groep verbonden ondernemers'. Ook dan kan het instellen van een GEMOR bevorderlijk zijn voor een goede toepassing van de WOR in de betrokken ondernemingen.

30

Het tegenovergestelde van een gemeenschappelijke ondernemingsraad is de afzonderlijke ondernemingsraad. De afzonderlijke ondernemingsraad is terug te vinden in artikel 4 WOR. Voor een onderdeel van een onderneming (waar in de regel vijftig personen werkzaam zijn) kan een afzonderlijke ondernemingsraad worden ingesteld indien dat bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR in de onderneming. Gedacht kan worden aan een ondernemingsraad voor een bepaalde business unit, afdeling of een bepaalde vestiging. Een afzonderlijke ondernemingsraad zal alleen ingesteld worden als een onderdeel van de onderneming qua werkzaamheden en organisatie losstaat van de rest van de onderneming.

(ii) COR

De ondernemer die twee of meer ondernemingsraden heeft ingesteld, stelt tevens voor de door hem in stand gehouden ondernemingen een **centrale ondernemingsraad** (COR) in indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR ten aanzien van deze ondernemingen (art. 33 lid 1 WOR). De ondernemingen houden hun eigen (afzonderlijke) ondernemingsraden en

3 E.L.J. Bruyninckx en G.W. van der Voet, De deskundige ondersteuning van medezeggenschapsorganen niet goed geregeld, *TAP* 2010, p. 288-298.

op centraal niveau wordt daarnaast (of beter gezegd daarboven) een extra ondernemingsraad ingesteld. Een centrale ondernemingsraad bestaat uit de leden die afkomstig zijn uit de afzonderlijke ondernemingsraden en zijn ook gekozen door de leden van de betrokken afzonderlijke ondernemingsraden (art. 34 lid 1 WOR). Een werknemer kan dus lid zijn van de ondernemingsraad van de onderneming waar hij zelf werkzaam is én daarnaast van de COR. In het reglement van de COR wordt geregeld hoeveel leden uit elke ondernemingsraad worden gekozen (art. 34 lid 3 WOR).

(iii) GOR

De ondernemer die meer dan twee ondernemingsraden heeft ingesteld, stelt voor een aantal van de door hem in stand gehouden ondernemingen een **groepsondernemingsraad** (GOR) in indien dit bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR ten aanzien van deze ondernemingen (art. 33 lid 2 WOR). De GOR ligt tussen het niveau van de reguliere ondernemingsraad en het niveau van de COR in. Ook de GOR bestaat uit leden die zijn gekozen door de betrokken (afzonderlijke) ondernemingsraden (art. 34 lid 7 jo. art. 34 lid 1 WOR). Als het lidmaatschap van de ondernemingsraad die hem heeft gekozen ophoudt, zal daarmee van rechtswege (dus automatisch, zonder dat daarvoor een rechtshandeling is vereist) ook het lidmaatschap van de COR of GOR eindigen.

(iv) *Onderlinge bevoegdheidsverdeling verschillende soorten ondernemingsraden*

De bevoegdheden van de COR en de GOR zijn geregeld in artikel 35 WOR. Hieruit volgt dat de COR en GOR uitsluitend aangelegenheden behandelen die van **gemeenschappelijk belang** zijn voor alle of de meerderheid van de ondernemingen waarvoor zij zijn ingesteld. Hierbij geldt dat de COR en GOR over zelfstandige bevoegdheden beschikken die niet hoeven te zijn afgeleid van de afzonderlijke ondernemingsraden. Een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang betreft een kwestie die voor de meerderheid van de ondernemingen waarvoor de COR of GOR is ingesteld van betekenis is. In het algemeen zijn onderwerpen ‘van gemeenschappelijk belang’, onderwerpen (i) die het beleid van het concern betreffen en (ii) die in beginsel voor alle of de meerderheid van de betrokken ondernemingen een gelijke afdoening of regeling vereisen (iii) waarover op centraal niveau wordt beslist. De omstandigheden van het geval zijn daarbij bepalend. Voor het antwoord op de vraag of sprake is van een gemeenschappelijk belang kunnen uit de rechtspraak de volgende uitgangspunten worden afgeleid:

- In technische zaken (een regeling die voor de meerderheid van de betrokken ondernemingen een gelijke regeling of afdoening vereist) gaat de medezeggenschapsbevoegdheid over naar de overkoepelende ondernemingsraad (dus de GOR of COR).⁴
- Ingeval een besluit een onderdeel is van een herstructureringsoperatie (reorganisatie) die een groot aantal concernondernemingen raakt, is in de regel sprake van een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang.⁵ Dat geldt ook als het voorgenomen herstructureringsbesluit weliswaar gevolgen heeft voor alle of de meerderheid van de ondernemingen, maar in het bijzonder één onderneming raakt.⁶ Een besluit dat slechts één onderneming in de groep raakt, is (alleen) van gemeenschappelijk belang wanneer het uitstralingseffect heeft op de andere ondernemingen in de groep.⁷ Een voorgenomen reorganisatie die alleen één bepaalde onderneming binnen het concern betreft en geen uitstralingseffect heeft op andere ondernemingen binnen het concern, zal geen aangelegenheid van gemeenschappelijk belang zijn en daarmee dus door de (afzonderlijke) ondernemingsraad van de onderneming waarop de reorganisatie betrekking heeft moeten worden behandeld.
- De omstandigheden van het geval kunnen tot de conclusie leiden dat niet gesproken kan worden van een aangelegenheid van gemeenschappelijk belang, ondanks de rol van de concernstrategie in de besluitvorming. Dit is met name het geval als de concerngevolgen van te algemene aard zijn (bijvoorbeeld algemene omzet- en financieringsgevolgen voor het concern als geheel bij de verkoop van aandelen in een dochter).⁸
- De wijze waarop de ondernemer een voorgenomen besluit presenteert, weegt tot slot ook mee, maar is niet doorslaggevend.

Kan van een gemeenschappelijk belang worden gesproken, dan gaan de bevoegdheden van de (lokale) ondernemingsraden op grond van artikel 35 lid 2 WOR over op de COR of de GOR. De GOR behandelt op zijn beurt geen aangelegenheden die door de COR worden behandeld.

4 Zie bijvoorbeeld Ondernemingskamer 21 december 1984, *NJ* 1987, 992 (AMRO) en Ondernemingskamer 11 januari 1990, *ROT* 1990, nr. 19 (PTT).

5 Zie o.a. Pres. Rb. Haarlem 27 april 1981, *NJ* 1981, 452.

6 Ondernemingskamer 30 augustus 1984, *Rechtspraak Medezeggenschap* 1983, nr. 57.

7 HR 7 oktober 1998, *JAR* 1998/251.

8 Zie Ondernemingskamer 21 januari 1982, *NJ* 1983, 31 (Philips Data Systems), Ondernemingskamer 10 mei 1990, *ROR* 1990, nr. 20 (Philips/HSA), Ondernemingskamer 8 december 1983, *ROR* 1971-1984, nr. 92 (Hoogovens).

De overgang van bevoegdheden leidt in de praktijk soms tot problemen: het kan bijvoorbeeld gebeuren dat één of meer ondernemingsraden er fel op tegen zijn dat 'hun' zaak door de COR of GOR wordt overgenomen, of dat de COR of GOR meent dat een bepaalde kwestie aan hem moet worden voorgelegd in plaats van aan een ondernemingsraad op vestigingsniveau.

(v) *Beste medezeggenschapsstructuur?*

Wat is nu binnen een groot bedrijf de beste medezeggenschapsstructuur voor een goede toepassing van de WOR? Dat is helaas niet altijd eenvoudig vast te stellen. In de hieronder samengevatte zaak over de medezeggenschapsstructuur van de Hefgroep is door de Kantonrechter Rotterdam op heldere en uitgebreide wijze uiteengezet hoe bepaald dient te worden welke medezeggenschapsstructuur de voorkeur verdient.⁹ De kantonrechter verwijst daarbij naar oude beschikkingen van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

De Hefgroep is sinds 2009 de moederverenootschap van een aantal stichtingen en één vennootschap. Deze stichtingen en vennootschap houden elk afzonderlijk één of meer werkmaatschappijen in stand die zich in de brede zin van het woord bezighouden met activiteiten op het gebied van welzijnswerk en maatschappelijke dienstverlening en/of kinderopvang. Binnen de Hefgroep is bij drie stichtingen een ondernemingsraad ingesteld. Voor aangelegen die voor de Hefgroep in het geheel van belang zijn, is een centrale ondernemingsraad ingesteld. Tussen de stichtingen/de vennootschap en de verschillende medezeggenschapsorganen (dus de drie afzonderlijke ondernemingsraden en de centrale ondernemingsraad) bestaat verschil van mening over welke medezeggenschapsstructuur het meest bevorderlijk is voor een goede toepassing van de WOR. De stichtingen en de vennootschap zijn voorstander van één gemeenschappelijke ondernemingsraad (GEMOR). De bestaande medezeggenschapsorganen, de drie ondernemingsraden en de centrale ondernemingsraad pleiten voor aparte ondernemingsraden en een centrale ondernemingsraad. De kantonrechter oordeelt dat de huidige medezeggenschapsstructuur, dus de aparte ondernemingsraden en een centrale ondernemingsraad, de voorkeur verdient. Eén van de oorspronkelijke doelstellingen van de WOR is het instellen van ondernemingsraden op een zo laag mogelijk niveau, dat wil zeggen in het eigen werkmilieu van de betrokkenen. De gedachte hierachter is dat de medezeggenschap daarmee het beste is gewaarborgd. In beginsel dient derhalve op het niveau van de onderneming een ondernemings-

⁹ Ktr. Rotterdam 30 maart 2011, *AR Updates* 2011-0657.

raad te worden ingesteld voor de ondernemingen waarvoor dit wettelijk verplicht is. In artikel 3 WOR is een uitzondering op dit beginsel gemaakt. Aan de beschikkingen van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kunnen voor de invulling van de norm ‘bevorderlijk voor een goede toepassing van de WOR’ drie criteria worden ontleend:

1. er bestaat een zodanige samenhang tussen de betrokken ondernemingen dat de instelling of het ingesteld houden van ondernemingsraden daarvoor weinig zin heeft omdat de omvang of het niveau van de werkzaamheden die deze ondernemingsraden kunnen verrichten, te gering is (beschikking van 4 juli 1974, SMA 1974, p. 750);
2. door ‘samenvoeging’ wordt het mogelijk medezeggenschap te verzekeren voor werknemers die daarvan anders op grond van het toepasselijke getalscriterium van artikel 2 van de wet verstoken zouden zijn (beschikking van 12 juli 1976, SMA 1977, p. 422);
3. de mening van het personeel is een belangrijk, doch niet een beslissend gegeven (beschikking van 25 april 1980, Rechtspraak Medezeggenschapsrecht, nr. 9).

Ook in de huidige tijd zijn de hierboven aangehaalde door de minister uitgezette lijnen nog relevant. Als algemeen uitgangspunt heeft te gelden dat ‘voor een goede toepassing van de WOR’ de uitoefening van de medezeggenschapsrechten daar dient plaats te vinden waar in overwegende mate zeggenschap over de onderneming(en) bestaat, en zij dus het meest doelmatig is. Kort gezegd: medezeggenschap volgt zeggenschap. Indien de te behandelen aangelegenheden zowel op het niveau van iedere onderneming afzonderlijk, als op centraal niveau liggen, komt het voor een goede toepassing van de WOR het beste voor, dat ondernemingsraden worden ingesteld voor die ondernemingen waarvoor dit wettelijk verplicht is, overkoepeld door een centrale ondernemingsraad ter behandeling van de gemeenschappelijke aangelegenheden, in welke centrale ondernemingsraad ingevolge de wet wel vertegenwoordigers kunnen worden opgenomen van ondernemingen waarvoor geen (lokale) ondernemingsraad behoeft te worden ingesteld. In het geval echter op het niveau van de (lokale) ondernemingsraden praktisch geen aangelegenheden ter behandeling overblijven, omdat de te behandelen onderwerpen nagenoeg uitsluitend op centraal niveau liggen, is het bestaan van (lokale) ondernemingsraden niet langer te rechtvaardigen en heeft het voor een goede toepassing van de WOR de voorkeur een gemeenschappelijke ondernemingsraad in te stellen.

In het gebruikte voorbeeld van de Hefgroep is men nog bezig om alle administratieve en bedrijfsorganisatorische processen te standaardiseren en te harmoniseren. Zo moet er bijvoorbeeld een Hefgroepbreed ziekteverlofbeleid worden ontwikkeld. Alle werknemers zijn nog in dienst van de verschillende stichtingen en werkmaatschappijen. Omdat de centralisering nog vrijwel geheel moet worden doorgevoerd, is het instellen van één gemeenschappelijke ondernemingsraad niet bevorderlijk voor een goede toepassing van de WOR. De kantonrechter sluit niet uit dat dit in de toekomst verandert.

(vi) EOR

Voor internationale concerns is er op Europees niveau een richtlijn die regelt wanneer er een **Europese ondernemingsraad** (EOR) moet worden ingesteld. Nederland heeft deze Europese richtlijn geïmplementeerd in de Wet op de Europese ondernemingsraden (WEOR). De WEOR is van toepassing op een **communautaire onderneming** met woonplaats of zetel in Nederland, alsmede op de communautaire groep waarvan de moederonderneming in Nederland zetelt of woont. Een communautaire onderneming is een onderneming, die sinds twee jaar in (i) ten minste twee lidstaten elk gemiddeld ten minste 150 werknemers en (ii) in de lidstaten samen gemiddeld 1.000 werknemers heeft (art. 1 lid 1 sub c WEOR). Een communautaire groep is het geheel van ondernemingen bestaande uit een moederonderneming en de onderneming of ondernemingen waarover zij de zeggenschap uitoefent en waarvan: (i) ten minste twee ondernemingen in verschillende lidstaten zijn gevestigd, (ii) sinds twee jaar ten minste twee ondernemingen in verschillende lidstaten elk ten minste 150 werknemers hebben en (iii) alle ondernemingen tezamen sinds twee jaar gemiddeld ten minste 1.000 werknemers in de lidstaten hebben (art. 1 lid 1 sub d WEOR).

In principe wordt de Europese ondernemingsraad door onderhandelingen tot stand gebracht. De onderhandelingen over de instelling van een Europese ondernemingsraad worden gevoerd door enerzijds het hoofdbestuur en anderzijds een ‘bijzondere onderhandelingsgroep’ samengesteld door de werknemers. De onderhandelingen worden geopend door het hoofdbestuur op eigen initiatief of nadat ten minste 100 werknemers(vertegenwoordigers) uit twee vestigingen in twee verschillende lidstaten dit schriftelijk hebben verzocht. In de ‘bijzondere onderhandelingsgroep’ is iedere lidstaat waarin de multinational vestigingen heeft vertegenwoordigd. De Nederlandse leden worden primair aangewezen door de centrale ondernemingsraad. De WEOR stelt geen nadere eisen aan de persoon die lid wordt van de bijzondere onderhandelingsgroep. De onderhandelingsgroep heeft tot taak om met het hoofdbe-

stuur een schriftelijke overeenkomst vast te stellen. Deze overeenkomst regelt ten minste voor welke vestigingen of ondernemingen de Europese ondernemingsraad is ingesteld, de omvang, samenstelling en zittingsduur van de Europese ondernemingsraad, het werkterrein en bevoegdheden van de Europese ondernemingsraad, de wijze waarop de Europese ondernemingsraad wordt ingelicht en geraadpleegd, de wijze waarop voornoemde inlichtingen en raadplegingen worden afgestemd met de nationale ondernemingsraden/werknemersvertegenwoordigers, de frequentie, duur en plaats van de vergaderingen van de Europese ondernemingsraad, de financiële en materiële middelen waarover de Europese ondernemingsraad kan beschikken, en de eventuele rol van een beperkt comité.

Het hoofdbestuur en de onderhandelingsgroep kunnen schriftelijk overeenkomen om in plaats van een Europese ondernemingsraad een regeling in te voeren waarbij op een andere wijze wordt voorzien in het informeren en raadplegen van de werknemers over grensoverschrijdende aangelegenheden. Als ervoor wordt gekozen geen Europese ondernemingsraad in te stellen, maar een andere procedure van informatieverstrekking en raadpleging wordt overeengekomen, dan dient de overeenkomst ten minste te bepalen voor welke vestigingen of ondernemingen de procedure geldt, hoe de werknemers of hun vertegenwoordigers worden ingelicht en geraadpleegd, op welke wijze de werknemers of hun vertegenwoordigers kunnen vergaderen, en welke financiële en materiële middelen hun ter beschikking worden gesteld.

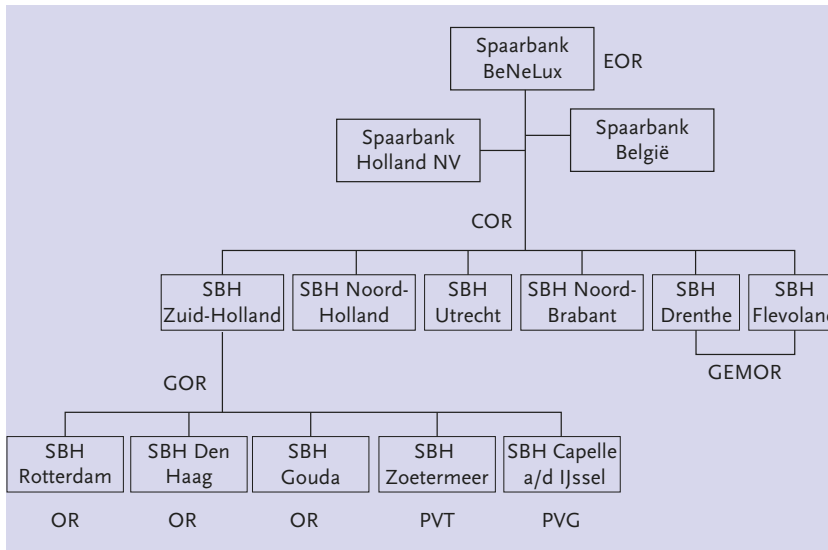
Als het hoofdbestuur weigert om binnen zes maanden na het verzoek van de werknemers de onderhandelingen te openen of als het hoofdbestuur en de onderhandelingsgroep binnen drie jaar na het verzoek nog geen overeenkomst hebben gesloten, gaan de minimumvoorschriften gelden die zijn opgenomen in de artikelen 16 tot en met 20 van de WEOR.

De belangrijkste minimumvoorschriften zijn:

- De Europese ondernemingsraad bestaat uit een zodanig aantal vertegenwoordigers van de werknemers van de communautaire groep, dat is gewaarborgd dat per betrokken staat een lid wordt gekozen of aangewezen voor elke 10% of een deel daarvan, van de werknemers die in de betrokken staat werkzaam zijn, berekend over het totale aantal werknemers dat bij die communautaire groep in alle betrokken staten tezamen werkzaam is. De Nederlandse leden worden in principe aangewezen door de centrale ondernemingsraad voor de duur van vier jaren.

- De Europese ondernemingsraad heeft recht op informatie en raadpleging over zaken die van belang zijn voor het gehele concern of voor ten minste twee vestigingen in verschillende lidstaten.
- De Europese ondernemingsraad vergadert ten minste éénmaal per jaar met het hoofdbestuur, op basis van een verslag van het hoofdbestuur over de activiteiten en vooruitzichten van de multinational (structuur, financieel-economische positie, werkgelegenheid, investeringen, reorganisaties, fusie, inkrimping of sluiting van vestigingen, enz.).
- De Europese ondernemingsraad heeft het recht zo spoedig mogelijk te worden geïnformeerd en geraadpleegd in bijzondere omstandigheden en over voorgenomen besluiten die aanzienlijke gevolgen hebben voor de belangen van de werknemers (zoals verhuizing, sluiting en collectief ontslag).
- De Europese ondernemingsraad heeft het recht een vergadering bijeen te roepen omtrent te behandelen onderwerpen. Deze vergadering vindt plaats op een zodanig tijdstip dat die informatie en raadpleging nog zinvol is.
- De leden van de Europese ondernemingsraad informeren de werknemers (vertegenwoordigers) van de vestigingen over de resultaten van hun overleg met het hoofdbestuur.
- De kosten van de Europese ondernemingsraad komen voor rekening van het hoofdbestuur.
- De Nederlandse leden van de Europese ondernemingsraad hebben gelijke faciliteiten en rechtsbescherming als de Nederlandse leden van de bijzondere onderhandelingsgroep.

In het vervolg van dit boek zullen we ons voornamelijk richten op de rechten en bevoegdheden van de afzonderlijke ondernemingsraad. Goed om steeds te realiseren is dat deze rechten en bevoegdheden (gedeeltelijk) kunnen verschuiven naar de GOR, COR of EOR ingeval sprake is van een gemeenschappelijk belang of een internationaal concern. Is er geen afzonderlijke ondernemingsraad ingesteld, maar een GEMOR voor een aantal ondernemingen gezamenlijk (bijvoorbeeld omdat het getalscriterium anders niet zou worden gehaald), dan heeft deze GEMOR dezelfde rechten en bevoegdheden als een afzonderlijke ondernemingsraad gehad zou hebben.



Figuur 4 Voorbeeld medezeggenschapsstructuur SBH

2.2.2 Medezeggenschap in kleine ondernemingen

Ook wanneer niet is voldaan aan de drie vereisten van artikel 2 WOR (ondernemer, onderneming én getalscriterium), kan het zijn dat een ondernemer verplicht is een ondernemingsraad in te stellen. Op grond van een cao of een regeling van arbeidsvoorwaarden vastgesteld door een publiekrechtelijk orgaan kan een ondernemer namelijk verplicht worden een ondernemingsraad in te stellen (art. 5a lid 1 WOR). Daarbij kan afgeweken worden van het getalscriterium van vijftig. Op grond van een cao kan de ondernemer bijvoorbeeld verplicht worden tot het instellen van een ondernemingsraad indien er veertig personen in de onderneming werkzaam zijn. Een ondernemer kan er ook **vrijwillig** voor kiezen om een ondernemingsraad in te stellen of in stand te houden (art. 5a lid 2 WOR). Dat kan de ondernemer bijvoorbeeld doen als er een ondernemingsraad was ingesteld, maar dit als gevolg van een daling van het aantal werknemers op grond van artikel 2 WOR niet meer verplicht is. De ondernemer kan er dan voor kiezen om de ondernemingsraad in stand te houden. Indien een ondernemer ervoor kiest om vrijwillig een ondernemingsraad in te stellen, is hij wel verplicht om alle verplichtingen uit de WOR na te leven. Een ondernemer kan er dus niet voor kiezen om vrijwillig een ondernemingsraad in te stellen en daar alleen gebruik van te maken als het hem uitkomt. Als er bijvoorbeeld op grond van artikel 25 WOR over een voorgenomen (reorganisatie)besluit advies gevraagd dient te worden aan de onder-

nemingsraad, zal de ondernemer de ondernemingsraad in de gelegenheid moeten stellen zijn advies uit te brengen (het adviesrecht zal in par. 2.8.2 uitgebreid worden besproken). De ondernemer kan zich er dan niet op beroepen dat hij eigenlijk niet verplicht was een ondernemingsraad in te stellen.

Als er minder dan vijftig personen binnen de onderneming werkzaam zijn, is de ondernemer op grond van de WOR niet verplicht een ondernemingsraad in te stellen. Dit betekent niet dat werknemers in kleine ondernemingen helemaal geen inspraak hebben op de besluitvorming binnen de onderneming. De ondernemer die een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste tien personen maar minder dan vijftig personen werkzaam zijn en waarvoor geen (vrijwillige) ondernemingsraad of een hierna nog te bespreken personeelsvertegenwoordiging is ingesteld, is verplicht de in de onderneming werkzame personen ten minste tweemaal per kalenderjaar met hem te laten vergaderen. Indien een vierde van de werkzame personen hierom verzoekt, is hij ook verplicht een **personeelsvergadering** (PVG) te houden (art. 35b lid 1 WOR). In de personeelsvergadering worden de aangelegenheden besproken waarvan de ondernemer of de werknemers overleg wenselijk achten (art. 35b lid 2 WOR). Een keer per jaar verstrekt de ondernemer tijdens de personeelsvergadering algemene gegevens omtrent de werkzaamheden en de resultaten in het afgelopen jaar en bespreekt hij de verwachtingen voor het komende jaar (art. 35b lid 4 WOR). Als de ondernemer verplicht is een jaarverslag op te stellen, verstrekt hij ter bespreking exemplaren van deze jaarstukken aan de werknemers. Ook aan de personeelsvergadering komt een adviesrecht bij onder meer een voorgenomen (belangrijke) regorganisatie toe, maar dit adviesrecht is beperkter dan het adviesrecht dat aan de ondernemingsraad op grond van artikel 25 WOR toekomt: De personeelsvergadering moet op grond van artikel 35b lid 5 WOR in de gelegenheid gesteld worden advies uit te brengen *over elk door de ondernemer voorgenomen besluit dat kan leiden tot verlies van arbeidsplaatsen of tot een belangrijke verandering van de arbeid, de arbeidsvoorwaarden of de arbeidsomstandigheden van ten minste een vierde van de in de onderneming werkzame personen*. Een ondernemingsraad heeft ten aanzien van meer dan voornoemde aangelegenheden adviesrecht.

Als de meerderheid van de werknemers daarom verzoekt, dient de ondernemer die een onderneming in stand houdt waar ten minste tien personen maar minder dan vijftig personen werkzaam zijn een **personeelsvertegenwoordiging** (PVT) in te stellen (art. 35c WOR). De personeelsvertegenwoordiging bestaat uit ten minste drie personen die rechtstreeks gekozen zijn bij geheime schriftelijke stemming door en uit de personen die in de onderne-

ming werkzaam zijn. Een aantal bepalingen dat geldt voor de ondernemingsraad is voor de personeelsvertegenwoordiging van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 35c lid 3 WOR). Ten aanzien van twee aangelegenheden genoemd in artikel 27 WOR heeft de personeelsvertegenwoordiging instemmingsrecht (art. 35c lid 4 WOR), namelijk ten aanzien van een *voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een arbeids- en rusttijdenregeling en ten aanzien van een regeling op het gebied van arbeidsomstandigheden, het ziekteverzuim of het re-integratiebeleid*. De personeelsvertegenwoordiging kan daarmee eigenlijk worden gezien als een soort ‘OR-light’.

Voor een onderneming waar in de regel minder dan tien personen in de onderneming werkzaam zijn, bevat de WOR ook nog een regeling. Artikel 35d WOR bepaalt dat er ook dan een personeelsvertegenwoordiging kan worden ingesteld. Het instellen van een personeelsvertegenwoordiging in een onderneming waar minder dan tien personen werkzaam zijn, is echter niet verplicht.

2.3 Samenstelling ondernemingsraad

40

De leden van de ondernemingsraad worden door de in de onderneming werkzame personen gekozen. Het aantal leden van de ondernemingsraad is, zoals we eerder in dit hoofdstuk al even kort zagen, geregeld in artikel 6 WOR. In een onderneming met minder dan vijftig in de onderneming werkzame personen bedraagt het aantal OR-leden drie, met vijftig tot honderd personen vijf, met honderd tot tweehonderd personen zeven en dat aantal loopt op naarmate er meer in de onderneming werkzame personen zijn. Afhankelijk van het aantal werknemers dat in de onderneming werkt, telt de ondernemingsraad minimaal 3 OR-leden en maximaal 25 OR-leden. In artikel 6 WOR is geregeld wie kiesgerechtigd zijn en wie zich verkiesbaar kunnen stellen tot lid van de ondernemingsraad. **Kiesgerechtigd** zijn de personen die gedurende ten minste zes maanden in de onderneming werkzaam zijn geweest. Dit is het actief kiesrecht. **Verkiesbaar** zijn de personen die ten minste een jaar in de onderneming werkzaam zijn geweest. Dit is het passief kiesrecht. De verkiezing van leden van de ondernemingsraad vindt bij geheime schriftelijke stemming plaats aan de hand van één of meer kandidatenlijsten (art. 9 WOR). Zoals hierboven bij de bespreking van het getalscriterium al is beschreven, kan het aantal OR-leden niet tijdens de zittingsperiode worden gewijzigd (art. 6 lid 6 WOR). De voorzitter vertegenwoordigt de ondernemingsraad in rechte (art. 7 WOR). In een eventuele (gerechtelijke) procedure treedt de voor-

zitter namens de ondernemingsraad op. De voorzitter zal ook de vergaderingen leiden. In beginsel treden leden van de ondernemingsraad om de **drie jaren** tegelijk af (art. 12 lid 1 WOR). Als hoofdregel geldt dat een lid van de ondernemingsraad drie jaar zitting heeft in de ondernemingsraad. Een OR-lid kan evenwel daarna worden herkozen.

2.4 Het reglement

De taken en bevoegdheden van de ondernemingsraad zijn in de WOR geregeld. Deze taken en bevoegdheden worden nader uitgewerkt in het reglement van de ondernemingsraad. Het **reglement** bevat de werkwijze van de ondernemingsraad en wordt door de ondernemingsraad zelf opgesteld (art. 8 lid 1 WOR). Wel dient de ondernemingsraad, voordat het reglement wordt vastgesteld, de ondernemer in de gelegenheid te stellen zijn standpunt ten aanzien van de bepalingen in het reglement kenbaar te maken. Indien het reglement is vastgesteld, wordt aan de ondernemer en de **bedrijfscommissie** een exemplaar toegezonden.¹⁰

Ook als de ondernemingsraad het reglement wil wijzigen, is hij daartoe bevoegd. De ondernemingsraad kan bepalen wat er precies in het reglement wordt opgenomen, maar er is een aantal voorschriften dat in ieder geval in het reglement dient te worden opgenomen (art. 14 WOR). Het reglement dient in ieder geval voorschriften te bevatten omtrent:

1. de gevallen waarin de ondernemingsraad ten behoeve van de uitoefening van zijn taak bijeenkomt;
2. de wijze van bijeenroeping van de ondernemingsraad;
3. het aantal leden dat aanwezig moet zijn om een vergadering te kunnen houden;
4. de uitoefening van het stemrecht in de vergaderingen;
5. de voorziening in het secretariaat;

¹⁰ Een bedrijfscommissie wordt door de Sociaal-Economische Raad (SER) ingesteld voor groepen van ondernemingen (zie art. 37 WOR e.v.). De SER heeft verschillende taken ten aanzien van sociaaleconomisch beleid. De SER geeft onder meer advies aan het kabinet en het parlement over het te voeren sociaaleconomisch beleid en heeft bestuurlijke taken. De taken die de SER op grond van de WOR heeft, zijn de bestuurlijke taken van de SER. Zo bepaalt de SER het te betalen bedrag voor scholing en vorming van ondernemingsraadsleden en beslist de SER over verzoeken tot ontheffing (art. 5 WOR). Een bedrijfscommissie bestaat uit ondernemers en werknemers (art. 37 lid 2 WOR). De bedrijfscommissie heeft verschillende taken. In de WOR keert de bedrijfscommissie ook op verschillende plaatsen terug.

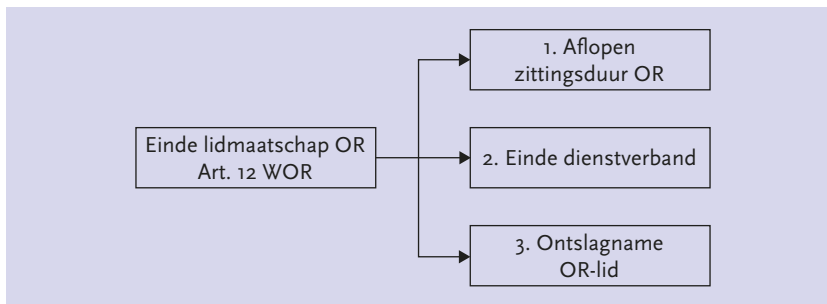
6. het opmaken van de agenda van de vergaderingen van de ondernemingsraad en het bekendmaken ervan aan de ondernemer, de leden van de ondernemingsraad en aan de andere in de onderneming werkzame personen;
7. het tijdstip waarop de ondernemer, de leden van de ondernemingsraad en de andere in de onderneming werkzame personen uiterlijk in kennis dienen te worden gesteld van de agenda, welk tijdstip niet later kan worden gesteld dan zeven dagen voor de vergadering, behoudens in spoedeisende gevallen;
8. het opmaken en het bekendmaken aan de ondernemer, de leden van de ondernemingsraad en aan de andere in de onderneming werkzame personen van de verslagen van de vergaderingen van de ondernemingsraad en van het jaarverslag van de ondernemingsraad.

Verder is in de WOR nog een aantal andere zaken geregeld die de ondernemingsraad in het reglement kan opnemen. Zo bepaalt artikel 10 WOR dat de ondernemingsraad in het reglement nadere regels vaststelt betreffende kandidaatstelling, de inrichting van de verkiezingen en de vaststelling van de uitslag daarvan, alsook betreffende de vervulling van tussentijdse vacatures in de ondernemingsraad. Op grond van artikel 12 lid 2 WOR kan een **afwijkende zittingsduur** van de ondernemingsraad in het reglement worden opgenomen. In plaats van dat leden van de ondernemingsraad om de drie jaar aftreden, kan er in het reglement worden bepaald dat leden om de twee jaar of om de vier jaar tegelijk aftreden. Ook kan worden bepaald dat niet de volledige ondernemingsraad op hetzelfde moment aftreedt, maar dat een vast aantal leden (of één lid per keer) aftreedt. Op die manier blijven er in de ondernemingsraad nog wel leden zitten die ervaring hebben, zodat de nieuwe leden door deze ervaren leden kunnen worden ingewerkt. Ook kan de ondernemingsraad in het reglement beperkingen stellen ten aanzien van de herkiesbaarheid. Zo kan in het reglement worden bepaald dat leden van de ondernemingsraad slechts één keer herkiesbaar zijn en een ondernemingsraadslid niet meer dan twee zittingsperioden lid van de ondernemingsraad kan zijn. Voor het vaststellen van een reglement kan de ondernemingsraad een modelreglement van de SER raadplegen.¹¹ Als het reglement eenmaal is vastgesteld, is de ondernemingsraad verplicht het reglement na te leven. Als de ondernemingsraad weigert het reglement na te leven, kan de ondernemer naar de kantonrechter stappen om de naleving van het reglement in rechte af te dwingen (art. 36 WOR).

¹¹ Modelreglementen zijn te raadplegen op de website van de SER: www.ser.nl.

2.5 Einde lidmaatschap ondernemingsraad

Hoe eindigt nu het lidmaatschap van de ondernemingsraad? Artikel 12 WOR bevat een aantal regelingen over het **eindigen van het lidmaatschap** van de ondernemingsraad. Er zijn in totaal drie manieren waarop het lidmaatschap van de ondernemingsraad eindigt, te weten (i) het aflopen van de zittingsduur, (ii) bij het einde van het dienstverband of (iii) in geval van ontslagname door een OR-lid.



Figuur 5 Einde lidmaatschap OR

- Ad (i) Als de zittingsduur van de ondernemingsraad is afgelopen, treden ook de leden van de ondernemingsraad af en eindigt hun lidmaatschap van de ondernemingsraad (art. 12 lid 1 en 2 WOR). Dit neemt niet weg dat een ondernemingsraadslid zich opnieuw verkiesbaar kan stellen als dit op grond van het reglement is toegestaan.
- Ad (ii) Het lidmaatschap eindigt als het lid van de ondernemingsraad niet meer bij de onderneming werkzaam is. Het lidmaatschap van de ondernemingsraad eindigt bij het eindigen van het dienstverband van rechtswege (art. 12 lid 3 WOR). Het zou niet wenselijk zijn als iemand lid is van de ondernemingsraad en de daarbij behorende rechten heeft, terwijl deze persoon zelf helemaal niet meer in de onderneming werkt.
- Ad (iii) Een lid van de ondernemingsraad kan te allen tijde besluiten om ontslag te nemen als lid van de ondernemingsraad (art. 12 lid 4 WOR). Hij kan dus niet verplicht worden om de zittingsduur van de ondernemingsraad uit te zitten. Bij een conflict tussen de ondernemingsraad en de ondernemer kan het zijn dat een lid van de ondernemingsraad 'er geen zin meer in heeft'. De ondernemer kan het OR-lid dan niet verplichten om in de ondernemingsraad te blijven als hij eruit wil stappen. Stel dat er een conflict ontstaat en een ondernemingsraadslid zich ernstig misdraagt, waardoor de onderne-

mer benadeeld wordt, en het OR-lid weigert vrijwillig te vertrekken. Kan een ondernemer hier iets tegen doen? En kan een ondernemingsraad iets doen wanneer een individueel lid zich ernstig misdraagt? Het antwoord op deze vragen luidt bevestigend. Als een OR-lid zich ernstig misdraagt, kan de ondernemer of de ondernemingsraad actie ondernemen. Op grond van artikel 13 WOR kan een OR-lid worden uitgesloten van alle of bepaalde werkzaamheden van de ondernemingsraad. De ondernemer of de ondernemingsraad kan hiertoe een verzoek bij de kantonrechter indienen, die dan vervolgens bepaalt voor welke termijn het OR-lid van zijn werkzaamheden wordt uitgesloten. Voordat zo'n verzoek kan worden ingediend, zal het betrokken OR-lid wel eerst moeten worden gehoord en van het verzoek in kennis moeten worden gesteld. Zo krijgt hij de kans om zijn zienswijze naar voren te brengen. Uitsluiting van een OR-lid kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij schending van de geheimhoudingsplicht en het verspreiden van onwaarheden onder het personeel.¹² Voor zowel de ondernemer als de ondernemingsraad is er maar één grond waarop het verzoek om een lid uit te sluiten van alle of bepaalde werkzaamheden kan worden gebaseerd. De ondernemer kan uitsluiting verzoeken op grond van het feit dat het betrokken OR-lid het **overleg** van de ondernemingsraad met de ondernemer ernstig belemmert. De ondernemingsraad kan uitsluiting verzoeken op grond van het feit dat het OR-lid de **werkzaamheden** van de ondernemingsraad ernstig belemmert. Soms treden de ondernemer en de ondernemingsraad gezamenlijk op tegen het OR-lid dat over de schreef gaat.¹³

De heer Klaassen is lid van de ondernemingsraad van het regionale kantoor SBH Gouda. Al sinds het begin van het lidmaatschap van Klaassen rijzen er problemen. Met regelmaat is gebleken dat hij zijn geheimhoudingsplicht heeft geschonden. In 2014 heeft Klaassen informatie over een voorgenomen reorganisatie binnen de hele regio Zuid-Holland (ten aanzien waarvan hij een geheimhoudingsplicht had) aan een collega doorgegeven, met de onjuiste mededeling dat SBH Gouda zou worden opgedoekt. Nadat de ondernemingsraad hierover is aangesproken en met Klaassen is afgesproken dat hij geen mededelingen meer aan andere werknemers zou doen, heeft Klaassen een maand

¹² Zie over deze situatie Ktr. Amersfoort 1 juli 2006, *JAR* 2006, 212.

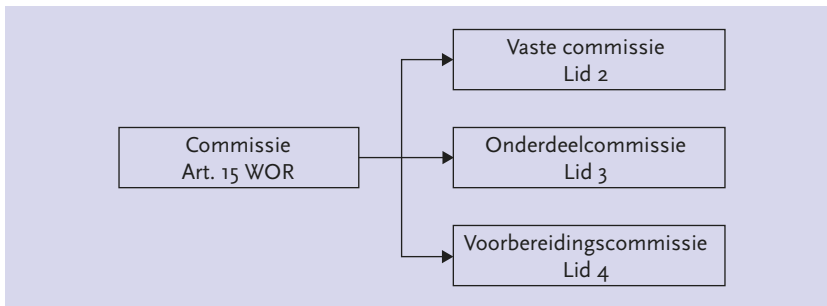
¹³ Dit was bijvoorbeeld aan de orde in de uitspraak Ktr. Leeuwarden 18 juli 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:2580.

later het gerucht verspreid dat bepaalde werknemers van het kantoor in Gouda zouden worden ontslagen, hetgeen niet het geval is. Deze mededeling heeft tot grote onrust op de werkvloer geleid. Door het kwalijke optreden van Klaassen als lid van de ondernemingsraad SBH Gouda, is de directie het vertrouwen in de ondernemingsraad kwijtgeraakt en is de relatie tussen de directie en de ondernemingsraad ernstig verstoord geraakt. De ondernemingsraad heeft Klaassen verzocht vrijwillig af te treden. Als reactie heeft Klaassen onder het personeel verteld dat de ondernemingsraad hem wil 'lozen' en heeft hij een handtekeningactie onder het personeel in Gouda gehouden. Er is nog een uiterste poging gedaan het conflict op te lossen door een mediator in te schakelen. Dit heeft echter niet geholpen. Klaassen is nog uitgenodigd voor een vergadering om te stemmen over het voorgenomen besluit een verzoek ex artikel 13 WOR te doen, maar heeft zich voor deze vergadering afgemeld. Nadat Klaassen wederom een handtekeningactie onder het personeel heeft gehouden, zijn zowel de ondernemingsraad als de directie van SBH Gouda er klaar mee.

Het verzoeken om uitsluiting van een OR-lid kan slechts in uitzonderlijke situaties. In de hierboven beschreven situatie kan de ondernemingsraad (of de ondernemer) de kantonrechter op grond van artikel 13 WOR verzoeken om Klaassen uit te sluiten van de werkzaamheden van de ondernemingsraad. Daarbij dient Klaassen op grond van artikel 13 lid 2 WOR eerst te worden gehoord. Als dit niet gebeurd is, kan de kantonrechter de ondernemingsraad of de ondernemer die om uitsluiting verzoekt niet-ontvankelijk verklaren. Dit betekent dat het verzoek niet inhoudelijk zal worden behandeld.

2.6 Commissies

Op grond van artikel 15 WOR kan de ondernemingsraad commissies instellen die hij voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijze nodig heeft. Op die manier kan de ondernemingsraad bepaalde taken uitbesteden. Op grond van artikel 15 WOR kunnen drie soorten commissies worden ingesteld.



Figuur 6 Verschillende commissies

Een **vaste commissie** wordt ingesteld voor de onderwerpen die door de ondernemingsraad worden aangewezen. De ondernemingsraad kan bepalen dat rechten en bevoegdheden ten aanzien van bepaalde onderwerpen geheel of gedeeltelijk aan een vaste commissie worden afgestaan. De rechten en bevoegdheden die worden overgedragen, worden in het instellingsbesluit opgenomen. De bevoegdheid tot het voeren van rechtsgedingen kan echter niet worden overgedragen aan een vaste commissie. Dit is een bevoegdheid die alleen de ondernemingsraad zelf heeft. In een vaste commissie kunnen naast een meerderheid van leden van de ondernemingsraad ook andere werknemers zitting hebben (art. 15 lid 2 WOR).

46

Een **onderdeelcommissie** (art. 15 lid 3 WOR) wordt ingesteld voor – zoals de naam al zegt – een specifiek onderdeel binnen de onderneming. Gedacht kan worden aan een onderdeelcommissie voor een specifieke afdeling. De douane werkt bijvoorbeeld met een COR en met onderdeelcommissies ten behoeve van de tien douanekantoren.¹⁴ De onderdeelcommissie wordt aangesteld voor aangelegenheden die het betreffende onderdeel aangaan. De ondernemingsraad kan in het instellingsbesluit van een onderdeelcommissie de bevoegdheid toekennen tot het plegen van overleg met degene die de leiding heeft van het betrokken onderdeel. De rechten en bevoegdheden van de ondernemingsraad ten aanzien van de aangelegenheden van het onderdeel gaan dan over naar de onderdeelcommissie. Naast één of meer leden van de ondernemingsraad bestaat de onderdeelcommissie uit personen die in het betreffende onderdeel werkzaam zijn. Werknemers die niet bij het betrokken onderdeel werkzaam zijn, kunnen geen zitting hebben in de onderdeelcommissie.

Tot slot kan er een **voorbereidingscommissie** worden ingesteld (art. 15 lid 4 WOR). De ondernemingsraad kan een voorbereidingscommissie instellen ter

¹⁴ Zie hierover Rb. Rotterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:850.

voorbereiding van door de ondernemingsraad te behandelen onderwerpen. Een voorbereidingscommissie kan bijvoorbeeld uitzoekwerk verrichten. Anders dan bij de vaste commissie of de onderdeelcommissie kan de voorbereidingscommissie geen rechten of bevoegdheden van de ondernemingsraad uitoefenen. Een voorbereidingscommissie kan slechts voor een bepaalde periode worden aangesteld. Deze periode wordt door de ondernemingsraad in het instellingsbesluit bepaald. Naast een of meer leden van de ondernemingsraad kunnen ook andere werknemers zitting hebben in de voorbereidingscommissie.

2.7 Faciliteiten ondernemingsraad en bescherming OR-leden

De ondernemingsraad heeft verschillende voorzieningen nodig om zijn werkzaamheden te kunnen uitvoeren. De ondernemer is verplicht de werkzaamheden van de ondernemingsraad te faciliteren. De **faciliteiten** voor de ondernemingsraad zijn geregeld in artikel 17 WOR. Zo is de ondernemer verplicht de ondernemingsraad het gebruik toe te staan van de voorzieningen waarover hij kan beschikken en die de ondernemingsraad redelijkerwijs nodig heeft bij de vervulling van zijn taak (art. 17 lid 1 WOR). De ondernemingsraad vergadert zo veel mogelijk onder werktijd, waarbij de werknemers hun recht op loon behouden als ze de bedongen arbeid vanwege het bijwonen van een vergadering niet hebben kunnen verrichten (art. 17 lid 2 en 3 WOR). Het is natuurlijk niet de bedoeling dat het werk voor de ondernemingsraad in eigen tijd moet worden gedaan. De ondernemer is verplicht om leden van de ondernemingsraad en de leden van de commissies gedurende een aantal uren per jaar de gelegenheid te bieden voor onderling beraad en overleg met andere personen over aangelegenheden waarbij zij in de uitoefening van hun taak zijn betrokken, alsook voor kennisneming van de arbeidsomstandigheden in de onderneming (art. 18 lid 1 WOR). De ondernemingsraad kan bijvoorbeeld in beraad met werknemers om hun standpunt inzake een bepaalde kwestie vragen of de ondernemingsraad kan overleggen met een vakbond. Het aantal uren voor onderling beraad en overleg met andere personen wordt door de ondernemer en de ondernemingsraad vastgesteld (art. 18 lid 3 WOR). Wel bevat artikel 18 lid 3 WOR een minimumaantal uren voor onderling beraad en overleg. Daarnaast is de ondernemer verplicht om leden van de ondernemingsraad onder werktijd en met behoud van loon de gelegenheid tot scholing te bieden, die de leden voor de uitoefening van hun taak als OR-lid nodig oordelen (art. 18 lid 2 WOR). Op grond van artikel 22 lid 1 WOR komen de kosten die noodzakelijk zijn voor de vervulling van de taak van de ondernemingsraad voor rekening

van de ondernemer. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan algemene kosten (zoals papier, schrijfmateriaal, kosten voor verzending van post) of kosten voor het gebruik van de vergaderruimte. In een gerechtelijke procedure tussen de ondernemer en de ondernemingsraad kan de ondernemingsraad niet in de proceskosten worden veroordeeld (art. 22a WOR).

Van de leden van de ondernemingsraad wordt soms verwacht dat ze over voorgenomen besluiten adviseren die vergaande gevolgen kunnen hebben. Leden van de ondernemingsraad missen soms de deskundigheid om de gevolgen van een voorgenomen besluit te kunnen overzien. Ook voor te stellen is dat stukken aan de ondernemingsraad worden voorgelegd die voor de leden van de ondernemingsraad moeilijk te doorgronden zijn. Daarom heeft de ondernemingsraad de mogelijkheid een **deskundige** in te schakelen, die inlichtingen en (schriftelijke) adviezen kan geven (art. 16 WOR). Gedacht kan worden aan een advocaat of een bedrijfseconoom die uitlegt wat de gevolgen van een voorgenomen reorganisatiebesluit kunnen zijn en een advies uitbrengt aan de ondernemingsraad. De kosten voor het inschakelen van een deskundige komen slechts ten laste van de ondernemer indien hij vooraf van de te maken kosten op de hoogte is gesteld (art. 22 lid 2 WOR). De ondernemingsraad zal een opgave moeten geven van de te verwachten kosten van de deskundige. De ondernemer kan er ook voor kiezen om in samenspraak met de ondernemingsraad de kosten die de ondernemingsraad in enig jaar zal maken vast te stellen op een vast bedrag, dat de ondernemingsraad naar eigen inzicht kan besteden (art. 22 lid 3 WOR). Er hoeft dan niet telkens instemming aan de ondernemer te worden gevraagd als er kosten worden gemaakt. Als het afgesproken bedrag wordt overschreden, is er wel instemming van de ondernemer vereist. Deze kosten komen slechts voor rekening van de ondernemer voor zover hij daarmee instemt.

SBH overweegt om een verzekeringsbedrijf over te nemen en verzoekt de ondernemingsraad hier een advies over uit te brengen. De leden van de ondernemingsraad zijn van mening dat het noodzakelijk is dat zij zich eerst een goed beeld vormen van de voor- en nadelen van een dergelijke overname voordat zij een advies uitbrengen. Ze besluiten daarom om advies in te winnen van een bedrijfseconoom en een advocaat. Heeft de ondernemingsraad toestemming nodig voor het inschakelen van deze deskundigen en voor wiens rekening komen de kosten voor het inschakelen van de deskundigen?

Op grond van artikel 16 WOR heeft de ondernemingsraad de bevoegdheid deskundigen in te schakelen. De ondernemingsraad bepaalt wanneer het inschakelen van deskundigen noodzakelijk wordt geacht. De kosten komen voor rekening van SBH indien SBH daarvan vooraf in kennis is gesteld.

In het algemeen dient de ondernemer er zorg voor te dragen dat leden van de ondernemingsraad vanwege hun lidmaatschap van de ondernemingsraad niet worden benadeeld, ook wel het **benadelingsverbod** genoemd (art. 21 WOR). Dit verbod is ruim geformuleerd. Volgens de Hoge Raad is het doel van het benadelingsverbod het waarborgen van een onafhankelijk optreden van leden van de ondernemingsraad door deze personen in hun rechtspositie te beschermen.¹⁵ De wetgever heeft het noodzakelijk gevonden om voor leden van de ondernemingsraad beschermende bepalingen in het Burgerlijk Wetboek (BW) op te nemen. Voor de leden van de ondernemingsraad geldt op grond van artikel 7:670 lid 4 BW daarom een opzegverbod. Dit betekent dat de arbeidsovereenkomst van een ondernemingsraadslid niet *opgezegd* mag worden *tijdens* zijn OR-lidmaatschap.¹⁶ Dit opzegverbod geldt voor de verschillende soorten ondernemingsraden, maar ook voor de leden van commissies en voor kandidaat-leden voor de ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiging of commissie. Ook als het lidmaatschap van de ondernemingsraad is geëindigd, komt een werknemer nog twee jaar een zekere mate van bescherming toe (art. 7:670 lid 10 BW). Vóór de inwerkingtreding van het nieuwe ontslagrecht onder de Wet werk en zekerheid (Wwz) gold nog dat de kantonrechter voorafgaande toestemming moest geven om de arbeidsovereenkomst met deze werknemers op te mogen zeggen. Die regel is echter vervallen per 1 juli 2015. Als de werknemer is geschorst van zijn werkzaamheden, maar wel lid is van de OR, geldt toch het opzegverbod. De schorsing van de werkzaamheden betekent dus niet het einde van het OR-lidmaatschap.

Het opzegverbod tijdens OR-lidmaatschap staat er overigens niet aan in de weg dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt op grond van artikel 7:669 lid 3 sub c t/m h BW (de persoonlijke ontslaggronden) op voorwaarde dat het ontbindingsverzoek geen verband houdt met het opzegverbod wegens OR-lidmaatschap (in feite een **wegens-ontslagverbod**) of er sprake is

¹⁵ HR 31 maart 2000, *JAR* 2000, 101 (Klomp/NS).

¹⁶ De opzeggingsprocedure wordt in hoofdstuk 5 uitgebreid besproken. In par. 5.6.3 komen de opzegverboden (waaronder het opzegverbod van een ondernemingsraadslid) aan de orde.

van omstandigheden die van dien aard zijn dat de arbeidsovereenkomst in het belang van het betreffende OR-lid behoort te eindigen (art. 7:671b lid 6 BW).

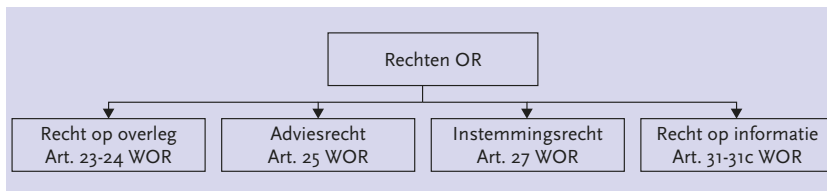
2.8 Rechten ondernemingsraad

Eerder in dit hoofdstuk bespraken we dat de ondernemingsraad recht heeft op facilitaire en deskundige ondersteuning, scholing en vergoeding van redelijk gemaakte kosten. Daarnaast heeft de ondernemingsraad een aantal belangrijke medezeggenschapsrechten, te weten:

1. recht op overleg (art. 23 en 24 WOR);
2. een recht van initiatief (art. 24 lid 2 en 3 WOR);
3. een adviesrecht ten aanzien (belangrijke) economische, organisatorische en financiële aangelegenheden (art. 25 WOR);
4. een adviesrecht bij de benoeming en het ontslag van een bestuurder (art. 30 WOR);
5. een instemmingsrecht ten aanzien van regelingen op het gebied van sociaal beleid (art. 27 WOR);
6. recht op informatie (art. 31 WOR).

We zullen de belangrijkste hiervan voor de reorganisatiepraktijk in de navolgende paragrafen bespreken.

50



Figuur 7 Rechten van de ondernemingsraad

2.8.1 *Recht op overleg en recht van initiatief*

Medezeggenschap van werknemers kan logischerwijs niet goed functioneren als er geen overleg zou plaatsvinden tussen de ondernemer en de ondernemingsraad. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de WOR een gedetailleerd recht op overleg bevat in de artikelen 23 en 24.

Zowel de ondernemer als de ondernemingsraad kan – onder opgave van redenen – verzoeken om een **overlegvergadering** (art. 23 lid 1 WOR). Als de ondernemer of de ondernemingsraad om een overlegvergadering verzoekt, dan zal

deze in beginsel binnen twee weken (moeten) worden gehouden. In de overlegvergadering kunnen verschillende onderwerpen worden besproken: aangelegenheden waarvan de ondernemingsraad het wenselijk acht dat overleg plaatsvindt of aangelegenheden waarover op grond van de WOR overleg moet plaatsvinden. In een overlegvergadering kan de ondernemingsraad voorstellen doen en zijn standpunten aan de ondernemer kenbaar maken. De ondernemingsraad kan overigens ook buiten de overlegvergadering voorstellen aan de ondernemer doen (art. 23 lid 3 WOR). Dit **initiatiefrecht** is een belangrijk recht van de ondernemingsraad. Voor een adequate medezeggenschap binnen een onderneming is het van belang dat de ondernemingsraad voorstellen kan doen, waarop de ondernemer zal moeten reageren. Voordat de ondernemer over het voorstel van de ondernemingsraad beslist, moet er in de overlegvergadering minstens één keer over worden overlegd. Daarna besluit de ondernemer of hij het voorstel opvolgt of niet en motiveert hij waarom wel/niet.

In de overlegvergadering wordt – naast de onderwerpen die door de ondernemer en de ondernemingsraad op de agenda zijn gezet – verder ten minste tweemaal per jaar de algemene gang van zaken van de onderneming besproken (art. 24 lid 1 WOR). Als de ondernemer en de ondernemingsraad het niet noodzakelijk vinden om vaker aangelegenheden in een overlegvergadering te bespreken, zal er toch minimaal tweemaal per jaar een overlegvergadering moeten plaatsvinden om de algemene gang van zaken binnen de onderneming te bespreken. Tijdens deze vergaderingen doet de ondernemer mededeling van de besluiten die hij in **voorbereiding** heeft met betrekking tot de aangelegenheden als bedoeld in de artikelen 25 en 27 WOR, dat wil zeggen de aangelegenheden ten aanzien waarvan de ondernemingsraad een advies- respectievelijk een instemmingsrecht heeft. Dat betekent dat als de ondernemer een reorganisatiebesluit in voorbereiding heeft, hij hier tijdens de overlegvergadering tijdig mededeling van zal moeten doen aan de ondernemingsraad en waar mogelijk alvast zal moeten aangeven wanneer hij de ondernemingsraad om advies of instemming zal vragen.

De tweejaarlijkse overlegvergadering is dus belangrijk, omdat tijdens die vergadering afspraken worden gemaakt wanneer en op welke wijze de ondernemingsraad in de besluitvorming wordt betrokken. Aan de hand hiervan kan de ondernemingsraad bijvoorbeeld op voorhand bepalen welke deskundigen ingeschakeld zullen worden.

2.8.2 Adviesrecht

Op grond van artikel 25 WOR moet de ondernemingsraad door de ondernemer in de gelegenheid worden gesteld om **advies** uit te brengen over bepaalde voorgenomen besluiten. De voorgenomen besluiten waarover de ondernemingsraad om advies gevraagd dient te worden, staan opgesomd in artikel 25 lid 1 sub a tot en met n van de WOR. Deze opsomming is **limitatief**. Dit betekent dat er alleen over de aangelegenheden die in artikel 25 WOR zijn genoemd advies moet worden gevraagd en voor andere aangelegenheden niet. Overigens kan in een schriftelijke ondernemingsovereenkomst worden bepaald dat de ondernemingsraad adviesrecht heeft ten aanzien van ook andere onderwerpen die niet in artikel 25 WOR zijn opgenomen (zie art. 32 lid 4 WOR). Op die manier kunnen de ondernemer en de ondernemingsraad het wettelijke adviesrecht uitbreiden.

Voor reorganisaties zijn voornamelijk lid 1 sub a tot en met e en sub n van artikel 25 WOR van belang. Bij een reorganisatie kan er namelijk sprake zijn van:

- ‘a. overdracht van zeggenschap over de onderneming of een onderdeel ervan (overgang van onderneming, zie hoofdstuk 7);
- b. het vestigen van, dan wel het overnemen of afstoten van de zeggenschap over, een andere onderneming, alsmede het aangaan van, het aanbrengen van een belangrijke wijziging in of het verbreken van duurzame samenwerking met een andere onderneming, waaronder begrepen het aangaan, in belangrijke mate wijzigen of verbreken van een belangrijke financiële deelneming vanwege of ten behoeve van een dergelijke onderneming;
- c. van beëindiging van werkzaamheden van de onderneming of van een belangrijk onderdeel daarvan;
- d. een belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming;
- e. een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming;
(...)
- n. het verstrekken en formuleren van een adviesopdracht aan een deskundige buiten de onderneming betreffende een van de hierboven genoemde aangelegenheden.’

In artikel 25 lid 1 WOR komt regelmatig het woord ‘belangrijk’ terug, bijvoorbeeld sub c, d en e. Wanneer is een besluit nu belangrijk? In het algemeen is er sprake van een **belangrijk besluit** indien er sprake is van een voor de onder-

neming niet alledaags besluit. Dit is een brede omschrijving. Er kan niet in zijn algemeenheid gezegd worden wanneer sprake is van een belangrijk besluit. Dit is afhankelijk van de onderneming en de verdere omstandigheden. Wat voor de ene onderneming een belangrijk besluit is, hoeft dat voor een andere onderneming niet te zijn. De invulling van het begrip 'belangrijk' leidt dan ook regelmatig tot geschillen. Indien het tot een procedure komt, zal de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam beoordelen of er voor de specifieke onderneming sprake is van een belangrijk voorgenomen besluit.¹⁷ Indien het besluit gedwongen ontslagen tot gevolg heeft of een afdeling opgeheven wordt, zal er snel sprake zijn van een belangrijk besluit, waarvoor de ondernemer de ondernemingsraad om advies dient te vragen.

In een zaak die de ondernemingsraad van de Stichting Isala Klinieken had aangespannen, kwam de Ondernemingskamer tot het oordeel dat er geen sprake was van een belangrijke inkrimping van de werkzaamheden als bedoeld in artikel 25 lid 1 aanhef en onder d WOR.¹⁸ De Stichting had ruim 6.000 werknemers in dienst. De ondernemer had besloten tot inkrimping van een bepaalde zorggroep, de MOS-zorggroep. Binnen deze zorggroep zijn in totaal circa 856 medewerkers werkzaam. Bij de specifieke afdeling waar het in de procedure om ging, waren 16 werknemers werkzaam. De ondernemingsraad stelde zich op het standpunt dat de inkrimping van de formatie met 10% een belangrijke inkrimping in de zin artikel 25 lid 1 onder d WOR is en dat de ondernemingsraad daarom adviesrecht heeft. De Ondernemingskamer stelde vast dat de formatie met 1,2 full time equivalenten (fte) zou worden ingekrompen. Deze inkrimping heeft gevolgen voor twee medewerkers. De Stichting heeft medegedeeld dat van gedwongen ontslagen als gevolg van de bewuste inkrimping geen sprake zal zijn. De Ondernemingskamer oordeelde dat er daarom geen sprake was van een belangrijke inkrimping van de werkzaamheden. Op zichzelf is niet uitgesloten dat een in absolute zin geringe inkrimping van werkzaamheden niettemin beschouwd kan worden als een belangrijke inkrimping (bijvoorbeeld als een klein bedrijfsonderdeel met slechts enkele werknemers geheel of nagenoeg geheel wordt opgeheven),

¹⁷ De Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam is landelijk bevoegd tot het behandelen en beslissen van een aantal procedures en zaken. De Ondernemingskamer is bevoegd als het gaat om beroep van een ondernemingsraad tegen een adviesplichtig besluit van een ondernemer en verzoeken tot het treffen van voorlopige voorzieningen. De jurisprudentie over het adviesrecht is daarom van de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam afkomstig. De Ondernemingskamer heeft ook bevoegdheid in een aantal ondernemingsrechtelijke geschillen.

¹⁸ Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2006, *JAR* 2006, 133 (Stichting Isala Klinieken).

maar dat een dergelijke specifieke situatie zich hier zou voordoen, is gesteld noch gebleken, aldus de Ondernemingskamer.

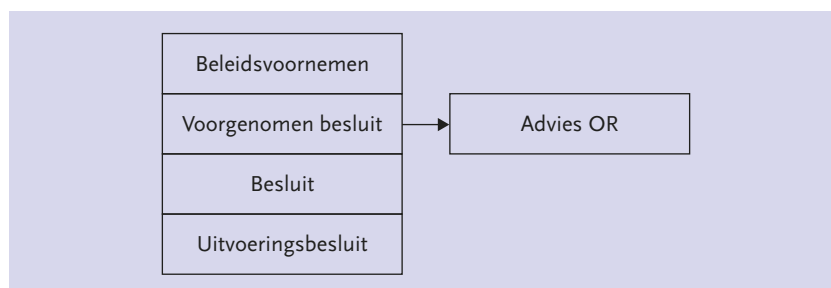
Dat niet uitgesloten is dat ook een geringe inkrimping kan worden beschouwd als belangrijke inkrimping, blijkt uit een uitspraak die de Ondernemingskamer een jaar later deed in de zaak van de ondernemingsraad van de TNT Fashion Group.¹⁹ TNT Fashion is een onderneming die zich toelegt op transport en logistiek in de fashion- en lifestyle-industrie. TNT Fashion Group bestaat uit veertien ondernemingen waar in totaal 489 personen werkzaam zijn. De directie van TNT Fashion besloot op enig moment om de expeditieactiviteiten van Helmond naar Oldenzaal te verplaatsen. Twee werknemers van de vestiging in Helmond hebben hierop ontslag genomen en twee andere werknemers hebben aangegeven met pensioen te willen gaan. Voor de overige drie medewerkers is door (toen nog) het CWI (thans UWV) toestemming verleend voor opzegging van de arbeidsovereenkomst. TNT Fashion heeft de arbeidsovereenkomsten van deze drie medewerkers opgezegd. De ondernemingsraad heeft beroep ingesteld, omdat er over het besluit tot sluiting van de vestiging geen advies is gevraagd. De Ondernemingskamer oordeelt dat hier sprake was van een adviesplichtig besluit. Het ging om een besluit met betrekking tot een als zodanig herkenbaar en zelfstandig onderdeel van de onderneming van TNT Fashion, dat zich toelegde op een specifieke en als zodanig herkenbare activiteit binnen haar onderneming. Een activiteit die voorts op slechts één andere vestigingsplaats van de in totaal veertien werd uitgeoefend. Verder was van belang dat bij TNT Fashion weliswaar in totaal 489 personen werkzaam waren, maar dat wat betreft de expeditieactiviteiten het op de beide locaties ging om in totaal 65 personen. Het besluit – strekkende tot sluiting van de expeditieafdeling in Helmond – was verder naar zijn aard ingrijpend. Daaraan deed niet af, zoals TNT Fashion leek te betogen, dat wat de uitvoering van het besluit betreft nog slechts drie arbeidsplaatsen ter discussie stonden.

Tijdstip adviesaanvraag

Op welk moment dient een ondernemer de ondernemingsraad om advies te vragen? Uit de aanhef van artikel 25 WOR volgt dat advies gevraagd dient te worden over een *voorgenomen* besluit ten aanzien van de onderwerpen die in artikel 25 WOR zijn genoemd. Lid 2 voegt daaraan toe dat het advies op een zodanig tijdstip dient te worden gevraagd, dat het van wezenlijke invloed kan

¹⁹ Hof Amsterdam (OK) 29 mei 2007, JAR 2007, 204 (TNT Fashion Group).

zijn op het te nemen besluit. Maar wanneer is dat precies het geval? In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt in vier fasen in de besluitvorming.²⁰



Figuur 8 Fasen in de besluitvorming

Vaak zal het lastig zijn om te bepalen in welke fase de besluitvorming zich bevindt en of de ondernemer dan al wel of nog geen adviesaanvraag moet indienen bij de ondernemingsraad. Er is dan ook veel rechtspraak over de vraag of de ondernemingsraad door de ondernemer tijdig om advies is gevraagd. Pas in de tweede fase (**voorgenomen besluit**) moet er advies worden gevraagd. In de eerste fase, als er nog sprake is van een **beleidsvoornemen**, hoeft dat nog niet. Bij een beleidsvoornemen is het voorstel nog onvoldoende concreet en zijn de gevolgen van het voorstel nog onvoldoende duidelijk.²¹ Uit rechtspraak van de Ondernemingskamer en de wetsgeschiedenis volgt, dat sprake is van een **voorgenomen besluit** (de tweede fase) indien er een ‘*voldoende concreet besluit is waarvan de gevolgen voldoende bepaalbaar zijn*’. Op dat moment **moet** advies worden gevraagd aan de ondernemingsraad. In de derde fase is het besluit al genomen. In fase vier worden uitvoeringsbesluiten genomen.

Geschillen ontstaan vaak over fase twee en drie, dus de vraag of nog sprake is van een voorgenomen besluit of dat het besluit eigenlijk al is genomen door de ondernemer en de ondernemingsraad dus ten onrechte niet om advies is gevraagd. De adviesaanvraag is in ieder geval te laat gevraagd als het advies van de ondernemingsraad niet meer van invloed kan zijn op het te nemen

²⁰ A.R. Houweling e.a., *Arbeidsrechtelijke thema's II*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 613.

²¹ Zie voor een voorbeeld van een beleidsvoornemen Hof Amsterdam (OK) 16 maart 2000, *JAR* 2000, 80 (Philips/Lighting). Het Decision Document (vraag in de procedure is of dit document als besluit kan worden aangemerkt) moet volgens het hof als concept worden gezien voor een onderzoek naar de mogelijkheden van concentratie van de productieactiviteiten en niet als een concreet besluit.

besluit. Er is dan immers in feite al een **besluit** genomen. Als een ondernemer bijvoorbeeld met een verkrijger een intentieverklaring tot overdracht van activa en passiva ondertekent, en de ondernemingsraad pas een week later verneemt dat er een intentieverklaring is getekend, is er geen sprake meer van een voorgenomen besluit.²² Dat stadium is dan al voorbij. Het besluit tot overdracht is dan eigenlijk al genomen. Omdat er in zijn geheel geen advies is gevraagd aan de ondernemingsraad, is sprake van een **kennelijk onredelijk besluit**.²³

Een uitvoeringsbesluit (fase vier) ziet erop hoe het al genomen besluit vervolgens uitgevoerd zal gaan worden, dus op de praktische uitvoering van het besluit. Ook over het uitvoeringsbesluit dient de ondernemer advies aan de ondernemingsraad te vragen (art. 25 lid 5 WOR).

Tijdens de directievergadering van 1 mei 2017 stelt de heer Van Aart, vestigingsdirecteur SBH Rotterdam, voor om de banklocatie aan de Coolsingel te sluiten en het pand dat in eigendom is van SBH in de verkoop te zetten. Onlangs heeft een concurrerende bank laten doorschermen geïnteresseerd te zijn in het pand als SBH zou besluiten het van de hand te doen. Van Aart en zijn managementteam besluiten de mogelijkheden tot sluiting en verkoop van de locatie eens te verkennen. Als snel hierna wordt op 1 juni 2017 besloten de mogelijkheden echt serieus te onderzoeken. Nadat blijkt dat de concurrerende bank het pand waarschijnlijk op korte termijn wil overnemen, volgt er op de vergadering van 1 december 2017 een stemming waarbij de directieleden van SBH Rotterdam gezamenlijk besluiten dat de locatie aan de Coolsingel gesloten zal worden en het pand zal worden verkocht. Spoedig meldt de concurrerende bank zich, waarna wordt afgesproken dat de eigendom van het pand op 1 februari 2018 zal worden overgedragen. De directie moet de ondernemingsraad krachtens artikel 25 lid 1 sub c en d WOR om advies vragen op het moment dat er sprake is van een dergelijk voorgenomen besluit. Het voorgenomen besluit moet dus voldoende concreet zijn en de gevolgen ervan moeten voldoende bepaalbaar zijn. Het besluit mag niet zo concreet zijn dat eigenlijk al is besloten en de ondernemingsraad geen wezenlijke invloed meer kan uitoefenen. De directie had de ondernemingsraad daarom op 1 juni 2017 om advies moeten vragen. Op 1 mei 2017 was het voorgenomen besluit

²² Hof Amsterdam (OK) 15 april 1999, *JAR* 1999, 101 (Noest Beheer).

²³ Hof Amsterdam (OK) 1 mei 1980, *NJ* 1981, 271 (Linge Ziekenhuis).

namelijk nog niet concreet genoeg. Op 1 december 2017 is het te laat: het besluit is die dag immers genomen.

Als de ondernemingsraad om advies wordt gevraagd, moet de ondernemer daarbij de volgende gegevens verstrekken: (i) een (schriftelijk) overzicht van de beweegredenen voor het besluit, (ii) de gevolgen die het besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben en (iii) van de naar aanleiding daarvan genomen maatregelen (art. 25 lid 3 WOR). Deze gegevens zal de ondernemingsraad in zijn advies betrekken. Artikel 25 lid 4 WOR bepaalt dat de ondernemingsraad voordat een advies wordt uitgebracht ten minste éénmaal overleg pleegt in een overlegvergadering. De ondernemer en de ondernemingsraad kunnen dan van gedachten wisselen over het voorgenomen besluit en over en weer eventuele vragen beantwoorden.

Mocht de ondernemingsraad niet binnen de door de ondernemer verzochte termijn advies kunnen uitbrengen, dan kan de ondernemingsraad uitstel vragen. Indien de ondernemingsraad geen uitstel krijgt en toch binnen de termijn met een advies komt, kan de ondernemingsraad zich er niet op beroepen dat de ondernemer vanwege het weigeren van uitstel in redelijkheid niet tot zijn besluit heeft kunnen komen.²⁴

57

Een treffend voorbeeld hierbij is de beschikking van de Ondernemingskamer in de Total II-zaak. De ondernemer had de ondernemingsraad gevraagd om de volgende dag voor 13.00 uur advies uit te brengen. Het op essentiële onderdelen gewijzigde sociaal plan ontving de ondernemingsraad pas enkele uren daarvoor. De Ondernemingskamer gaf toe dat onduidelijk is waarom de ondernemingsraad niet (iets) meer tijd kon krijgen. Toch kan dit de ondernemingsraad niet baten. Niet gesteld of gebleken is dat het advies als gevolg van de korte termijn niet volledig heeft kunnen zijn of anders zou hebben geluid, indien de ondernemingsraad meer tijd zou hebben gehad.

De ondernemer is overigens niet verplicht om het advies van de ondernemingsraad over te nemen: het is tenslotte slechts een advies. Dit betekent echter niet dat de ondernemer alleen voor de vorm om advies kan vragen aan de ondernemingsraad, om het advies vervolgens zonder nadere **motivering** naast zich neer te leggen. Indien het advies niet of niet geheel is gevolgd, moet gemotiveerd aan de ondernemingsraad worden medegedeeld waarom van dat

²⁴ Zie Hof Amsterdam (OK) 18 juni 1998, JAR 1998, 150 (Total II).

advies is afgeweken (art. 25 lid 5 WOR). Door bij een besluit onvoldoende te motiveren waarom van het advies van de ondernemingsraad is afgeweken, doet de ondernemer wezenlijk tekort aan de in de WOR gewaarborgde belangen van de ondernemingsraad. De ondernemer heeft dan bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het bestreden besluit kunnen komen.²⁵

Als gezegd moet de ondernemer, voor zover dat nog niet is gebeurd, ook advies bij de ondernemingsraad inwinnen over de uitvoering van het besluit. Als het (uitvoerings)besluit van de ondernemer niet in overeenstemming is met het advies van de ondernemingsraad, is de ondernemer verplicht de **uitvoering van zijn besluit op te schorten** tot een maand na de dag waarop de ondernemingsraad van het besluit in kennis is gesteld (art. 25 lid 6 WOR). De ondernemer mag gedurende die maand dus nog niets doen ter uitvoering van het besluit. Deze termijn hangt nauw samen met de mogelijkheid voor de ondernemingsraad om beroep bij de Ondernemingskamer in te stellen (ex art. 26 WOR, zie daarover de volgende alinea) tegen het besluit van de ondernemer. Als de ondernemingsraad met een ander voorstel komt dan het voorgenomen besluit van de ondernemer (dus een tegenvoorstel doet), zal de ondernemer dat andere voorstel in de besluitvorming moeten betrekken. De ondernemer is niet verplicht om het voorstel van de ondernemingsraad op te volgen, maar hij mag het ook niet zomaar naast zich neerleggen. De ondernemer zal moeten motiveren waarom hij het voorstel van de ondernemingsraad niet opvolgt.

58

Beroepsprocedure Ondernemingskamer

Wat nu als de ondernemer in afwijking van het advies van de ondernemingsraad een besluit heeft genomen en de ondernemingsraad zich absoluut niet in dat besluit kan vinden? In dat geval kan de ondernemingsraad **beroep instellen** bij de **Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam**. De beroepsprocedure bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam is geregeld in artikel 26 WOR. De ondernemingsraad kan op grond van dit artikel beroep bij de Ondernemingskamer instellen als:

- het advies van de ondernemingsraad niet of niet geheel is opgevolgd door de ondernemer (of er helemaal geen advies is gevraagd, terwijl dit wel had moeten); of
- feiten en omstandigheden bekend zijn geworden die, waren zij aan de ondernemingsraad bekend geweest ten tijde van het uitbrengen van zijn

²⁵ Hof Amsterdam (OK) 4 juli 1985, NJ 1986, 498 (Interpharm).

advies, aanleiding zouden kunnen zijn geweest om dat advies niet uit te brengen zoals het is uitgebracht.

Het beroep bij de Ondernemingskamer kan binnen een maand nadat de ondernemingsraad van het besluit in kennis is gesteld, bij verzoekschrift worden ingesteld (art. 26 lid 2 WOR). Een ondernemingsraad kan slechts beroep instellen op grond van bezwaren tegen het aangevochten besluit die de ondernemingsraad in zijn advies tot uitdrukking heeft gebracht.²⁶ De ondernemingsraad kan dus in beroep geen nieuwe bezwaren aanvoeren.

De toets die door de Ondernemingskamer wordt aangelegd, is de **redelijkheidstoets** (art. 26 lid 4 WOR). Met betrekking tot de inhoud van het besluit gaat de Ondernemingskamer niet op de stoel van de ondernemer zitten om te beoordelen of de ondernemer het juiste besluit heeft genomen, maar past de Ondernemingskamer een marginale toetsing toe. De ondernemer heeft in beginsel de vrijheid om zelf beleidskeuzes te maken. De Ondernemingskamer beoordeelt slechts of de ondernemer in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Beroep kan worden ingesteld, omdat de ondernemingsraad zich niet kan vinden in de inhoud van het besluit of omdat de ondernemingsraad het niet eens is met de wijze waarop het besluit is genomen. Indien er helemaal geen advies is gevraagd, heeft de ondernemer sowieso in redelijkheid niet tot zijn besluit kunnen komen.²⁷ Het besluit is dan **kennelijk onredelijk**. Ook indien het besluit niet gemotiveerd is, heeft de ondernemer in redelijkheid niet tot zijn besluit kunnen komen.

De Ondernemingskamer behandelt het verzoek van de ondernemingsraad met de meeste spoed (art. 25 lid 5 WOR). Vaak zal er binnen zes weken over een zaak geoordeeld worden en zal er een beschikking worden gegeven. De Ondernemingskamer kan ertoe besluiten om (ambtshalve) deskundigen en werknemers te horen. Dit kan de nodige tijd kosten, waardoor de procedure wordt vertraagd. Voor de ondernemingsraad kan dat nadelig zijn: de ondernemingsraad kan er belang bij hebben dat de ondernemer zijn besluit nog niet (volledig) uitvoert. Als het beroep van de ondernemingsraad gegrond wordt verklaard, zal het namelijk niet altijd mogelijk zijn om de gevolgen van de uitvoering van het ondernemersbesluit terug te draaien. De Ondernemingskamer is daarom – indien de ondernemingsraad daarom verzoekt – bevoegd om **voorlopige voorzieningen** te treffen. Zo kan de Ondernemingskamer bijvoorbeeld een verbod opleggen om handelingen te verrichten of te doen verrichten

²⁶ Hof Amsterdam (OK) 27 mei 1982, NJ 1983, 271 (Bezwaren OR).

²⁷ Hof Amsterdam (OK) 1 mei 1980, NJ 1981, 271 (Linge Ziekenhuis).

ter uitvoering van het besluit of van onderdelen daarvan. Als de Ondernemingskamer het beroep gegrond verklaart, kan de ondernemer ook verplicht worden het besluit geheel of ten dele in te trekken, alsmede om aan te wijzen gevolgen van het besluit ongedaan te maken. Als een van partijen het niet eens is met de beschikking van de Ondernemingskamer, kan daarna beroep in cassatie worden ingesteld (art. 26 lid 9 WOR). Dit betekent dat een procedure bij de Hoge Raad kan worden ingesteld.

2.8.3 Instemmingsrecht

Naast het hiervoor besproken adviesrecht is ook het **instemmingsrecht** van groot belang voor de ondernemingsraad. Het instemmingsrecht is geregeld in artikel 27 WOR. Het verschil tussen artikel 25 WOR en artikel 27 WOR is dat het adviesrecht van artikel 25 WOR ziet op besluiten ten aanzien van de **onderneming**. Het instemmingsrecht van artikel 27 WOR ziet op regelingen ten aanzien van **arbeidsomstandigheden**. Ten aanzien van een aantal voorgenomen besluiten op het gebied van arbeidsomstandigheden heeft de ondernemer vooraf de instemming van de ondernemingsraad nodig. De voorgenomen besluiten waarvoor deze instemming vereist is, zijn geregeld in artikel 27 lid 1 WOR. Zo moet de ondernemer bijvoorbeeld instemming aan de ondernemingsraad vragen voor een voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van een regeling met betrekking tot een pensioenovereenkomst, een winstdelingsregeling of een spaarregeling, een arbeids- en rusttijdenregeling of een vakantieregeling en een belonings- of functiewaarderingsysteem. Onder belonings- of functiewaarderingsysteem valt overigens niet de hoogte van het loon. Dit is namelijk een **primaire arbeidsvoorwaarde**, waarop artikel 27 WOR niet ziet.²⁸ Het onderhandelen over primaire arbeidsvoorwaarden wordt namelijk als taak van de vakbonden gezien en niet als taak van de ondernemingsraad. Als het gaat om de vaststelling of wijziging van de hoogte van het loon, heeft de ondernemingsraad dus in beginsel geen instemmingsrecht.

De ondernemingsraad heeft als gezegd echter wel instemmingsrecht als het voorgenomen besluit ziet op een belonings- of functiewaarderingsysteem. In een belonings- of functiewaarderingsysteem is geregeld welke functie-indelingen er binnen de onderneming zijn en welke salarisschalen daaraan worden gekoppeld. Net als bij een adviesplichtig besluit verstrekt de ondernemer een (schriftelijk) overzicht van de beweegredenen voor het voorgenomen besluit waarop het instemmingsrecht ziet, alsmede van de gevolgen die het

²⁸ Zie voor verschillende arbeidsvoorwaarden (primair, subsidiair en tertiair) par. 4.2.

besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben (art. 27 lid 2 WOR).

De opsomming van de onderwerpen waarbij de ondernemingsraad instemmingsrecht heeft in artikel 27 WOR is **limitatief**. Over onderwerpen die niet in artikel 27 WOR zijn opgenomen, hoeft de ondernemer geen instemming van de ondernemingsraad te vragen, tenzij de ondernemer en de ondernemingsraad het instemmingsrecht bij schriftelijke overeenkomst hebben uitgebreid (art. 32 lid 4 WOR).

In het Holland Casino-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld over het instemmingsrecht van artikel 27 WOR.²⁹ In die zaak ging het om de vraag of Holland Casino voor het uitvoeren van een pilot instemming van de ondernemingsraad behoefde. In plaats van één toezichthouder per twee speelafels, zou er gewerkt worden met één toezichthouder per vier speelafels. De ondernemingsraad stelde dat de pilot onder artikel 27 lid 1 sub d WOR valt (het besluit heeft gevolgen voor de arbeidsomstandigheden en het ziekteverzuim) en dat instemming gevraagd had moeten worden. De Hoge Raad oordeelde dat de opsomming in artikel 27 lid 1 WOR als uitputtend is bedoeld. Aangenomen moet worden dat het bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een regeling op het gebied van de arbeidsomstandigheden aankomt op het doel van de regeling. Weliswaar kan de pilot gevolgen hebben voor de arbeidsomstandigheden en het ziekteverzuim, maar niet gezegd kan worden dat het doel van de pilot is een regeling te treffen op het gebied van de arbeidsomstandigheden of het ziekteverzuim. Er hoefde dus geen instemming aan de ondernemingsraad gevraagd te worden.

61

Wat nu als de ondernemer al een besluit neemt zonder instemming te vragen, terwijl hij dat op grond van artikel 27 WOR wel had moeten doen? Wat kan de ondernemingsraad dan doen? Een instemmingsplichtig besluit dat zonder de vereiste instemming is genomen, is **vernietigbaar**. De ondernemingsraad dient zich binnen een maand tegenover de ondernemer schriftelijk op de vernietigbaarheid te beroepen (in art. 27 lid 5 WOR wordt ten onrechte gesproken over nietigheid). De termijn van een maand begint te lopen (i) nadat de ondernemer het besluit aan de ondernemingsraad heeft medegedeeld of – als de ondernemer het besluit niet mededeelt – (ii) nadat de ondernemingsraad

²⁹ HR 20 december 2002, JAR 2003, 18 (OR/NSEC).

gebleken is dat de ondernemer uitvoering of toepassing geeft aan zijn besluit (art. 27 lid 5 WOR).

Het kan ook zijn dat de ondernemingsraad weigert om instemming te geven. De ondernemer kan dan geen rechtsgeldig besluit nemen. Indien de ondernemingsraad instemming weigert, kan de ondernemer bij de kantonrechter om vervangende toestemming verzoeken.³⁰ De kantonrechter geeft slechts toestemming, als de beslissing van de ondernemingsraad om geen toestemming te geven onredelijk is of als het voorgenomen besluit van de ondernemer gevergd wordt door zwaarwegende bedrijfsorganisatorische, bedrijfseconomische of bedrijfssociale redenen (art. 27 lid 4 WOR). Dit was bijvoorbeeld aan de orde in een zaak waarbij het Loodswezen (houdt zich bezig met de ondersteuning van registerloodsen bij de uitvoering van hun beroep) de roosters van de stuurlieden wilde wijzigen om op die manier een professionelere werkwijze te bereiken en de veiligheid van alle betrokkenen te verbeteren.³¹ Het onthouden van toestemming door de OR werd onredelijk bevonden en de rechter verleende vervangende toestemming. In een andere zaak verleende de rechter bijvoorbeeld in het kader van het rookbeleid van de werkgever vervangende toestemming voor het voorgenomen besluit dat werknemers alleen tijdens onbetaalde pauzes mogen roken.³²

2.8.4 Informatierecht

Naast het recht op overleg, adviesrecht of instemmingsrecht heeft de ondernemingsraad **recht op informatie**. Zonder informatie kan de ondernemingsraad zijn taken niet naar behoren uitvoeren. Artikel 31 WOR bepaalt daarom dat de ondernemer verplicht is desgevraagd aan de ondernemingsraad en aan de

³⁰ Zie bijvoorbeeld Ktr. Maastricht 24 juni 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BR4391. De ondernemingsraad weigert in te stemmen met het afschaffen van extra verlofdagen. De ondernemer voert aan dat het toekennen of afschaffen van buitengewoon verlof geen instemming behoeft en verwijst naar HR 11 februari 2000 (JAR 2000, 86). De kantonrechter oordeelt dat een regeling met betrekking tot toekenning of wijziging van vrije dagen en/of verlof een regeling is die ziet op de arbeidsduur en derhalve een primaire arbeidsvoorwaarde is die geen instemming behoeft. Toch kan dit de ondernemer niet baten. Omdat er gedurende een aantal jaren wel instemming was gevraagd en was verkregen, was er in dit geval een ondernemingsovereenkomst tot stand gekomen op grond waarvan de regeling betreffende de extra verlofdagen toch instemmingsplichtig was.

³¹ Ktr. Rotterdam 2 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1743.

³² Ktr. Den Haag 21 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1970.

commissies van die raad tijdig *alle inlichtingen en gegevens te verstrekken die deze voor de vervulling van hun taak redelijkerwijze nodig hebben*.

De ondernemingsraad heeft recht op gevraagde en ongevraagde informatie. Op grond van artikel 31 lid 1 WOR kan de ondernemingsraad om informatie vragen. Bepaalde informatie dient de ondernemer uit zichzelf te verstrekken zonder dat de ondernemingsraad daarom hoeft te verzoeken. Het gaat dan bijvoorbeeld om informatie over de resultaten van de onderneming (art. 31a WOR), personeels- en sociaal beleid (art. 31b WOR) en beloningen van groepen werknemers (art. 31d WOR).

De ondernemer kan er, bijvoorbeeld in de aanloop naar een reorganisatie, groot belang bij hebben dat bepaalde concurrentiegevoelige informatie niet naar buiten toe bekend wordt. De ondernemingsraad heeft er daarentegen belang bij om bij de uitoefening van de taken en bevoegdheden ook van concurrentiegevoelige informatie op de hoogte te zijn. Om die reden kan de ondernemer de OR-leden een **geheimhoudingsplicht** opleggen (art. 20 WOR). De leden van de ondernemingsraad, leden van de commissies van die raad en geraadpleegde deskundigen zijn verplicht tot geheimhouding van alle zaken- en bedrijfsgeheimen die zij in hun hoedanigheid van leden van de ondernemingsraad, commissie van die raad, respectievelijk geraadpleegde deskundigen vernemen (algemene geheimhoudingsplicht), alsook van alle aangelegenheden ten aanzien waarvan de ondernemer (dan wel de ondernemingsraad of de betrokken commissie) hun nog eens individueel geheimhouding heeft opgelegd of waarvan zij, in verband met een opgelegde geheimhouding, het vertrouwelijke karakter hebben moeten begrijpen (bijzondere geheimhoudingsplicht). Er dient duidelijk afgesproken te worden wat precies onder de geheimhoudingsplicht valt en voor welke duur geheimhouding in acht dient te worden genomen. Schending van de geheimhoudingsplicht kan vergaande gevolgen hebben voor de werknemer: strafrechtelijke vervolging op grond van artikel 272 Wetboek van Strafrecht, ontslag op staande voet, ontbinding wegens (ernstig) verwijtbaar handelen en uitsluiting van de werkzaamheden van de ondernemingsraad op grond van artikel 13 WOR.³³

Als de ondernemingsraad om bepaalde informatie verzoekt omdat de ondernemingsraad meent deze informatie nodig te hebben bij de uitoefening van zijn taak, kan de ondernemer dit dan weigeren als hij meent dat deze infor-

33 Zie hierover C. Nekeman en E. Knipschild, Het recht op informatie en de plicht tot geheimhouding van de ondernemingsraad, *ArbeidsRecht* 2007, 49.

matie zeer concurrentiegevoelig is? Hierover heeft de Ondernemingskamer uitspraak gedaan in de zaak BBA Personenvervoer.³⁴

BBA Personenvervoer (hierna: BBA) houdt een onderneming in stand die zich toelegt op het verzorgen – op basis van verleende concessies – van openbaar vervoer met bussen in een aantal vervoersgebieden. Bij BBA is een ondernemingsraad ingesteld, die elf onderdeelcommissies heeft ingesteld ten behoeve van de verschillende vervoersgebieden en vestigingen van BBA, waaronder de onderdeelcommissie van het vervoersgebied Oostelijk Noord-Brabant. BBA heeft aan de onderdeelcommissie advies gevraagd over het voorgenomen besluit tot belangrijke inkrimping van de concessie Oostelijk Noord-Brabant. De onderdeelcommissie heeft laten weten meer tijd nodig te hebben om tot een advies te komen. Daarnaast wil de commissie een deskundige inschakelen en verzoekt de commissie om nadere informatie. In een overlegvergadering heeft de onderdeelcommissie nogmaals om financiële informatie verzocht. Naar de mening van BBA is de financiële informatie geen noodzakelijke informatie die van wezenlijk belang is voor de behandeling van de adviesaanvraag. De onderdeelcommissie heeft laten weten deze mening niet te delen en het voorgenomen besluit ook te willen bezien in het licht van eventuele alternatieven en daartoe op basis van de verschaft informatie niet in staat te zijn. In de overlegvergadering heeft de onderdeelcommissie voorgesteld dat enkel de deskundige inzage zou krijgen in de financiële gegevens, maar ook dit wordt door BBA van de hand gewezen. BBA heeft vervolgens besloten het advies niet af te wachten en heeft het in deze zaak bestreden besluit genomen. De ondernemingsraad is een beroepsprocedure bij de Ondernemingskamer gestart. Het hof oordeelt dat het in beginsel niet aan de ondernemer, maar aan de ondernemingsraad of de onderdeelcommissie is om zich een oordeel te vormen over de vraag welke informatie nodig is om over een door de ondernemer voorgelegd voorgenomen besluit – verantwoord – advies als bedoeld in artikel 25 WOR te kunnen geven. Indien de ondernemer aantoont dat er in redelijkheid geen discussie over kan bestaan dat het gaat om gegevens, feiten of omstandigheden die voor het geven van advies en het nemen van een besluit niet van betekenis zijn, hoeft de informatie niet te worden verstrekt. Daarvan was in het onderhavige geval geen sprake. De ondernemer had de gevraagde informatie aan de onderdeelcommissie **moeten** verstrekken. De stelling van BBA dat de gevraagde informatie als zeer

³⁴ Hof Amsterdam (OK) 12 december 2003, JAR 2004, 26 (BBA Personenvervoer).

concurrentiegevoelig is aan te merken en om die reden niet aan de onderdeelcommissie kon worden verschaft, kan BBA niet baten. Het hof oordeelt dat BBA immers de mogelijkheid had de in artikel 20 lid 1 WOR neergelegde geheimhoudingsplicht op te leggen. Het hof oordeelt dat de ondernemingsraad alsnog in de gelegenheid moet worden gesteld het gevraagde advies te geven en dat de daartoe door de onderdeelcommissie onderscheidenlijk de ondernemingsraad gevraagde informatie alsnog dient te worden verschaft. Indien het te nemen besluit afwijkt van het thans bestreden besluit, dient BBA maatregelen te treffen om de gevolgen van het thans bestreden besluit en haar bedrijfsvoering in overeenstemming te brengen met hetgeen het nieuw te nemen besluit met zich brengt.

2.9 Geschillenregeling

Wat nu als de ondernemer of de ondernemingsraad op grond van de WOR verplichtingen heeft, maar niet aan die verplichtingen voldoet? Indien een ondernemer of een ondernemingsraad weigert zijn verplichtingen op grond van de WOR na te leven, kan de ondernemer of de ondernemingsraad naar de kantonrechter stappen om naleving van de WOR te vorderen. De **algemene geschillenregeling** is opgenomen in de artikelen 36 en 36a WOR.

65

Er is een aantal vorderingen dat door iedere belanghebbende kan worden ingesteld, maar er zijn ook vorderingen die alleen de ondernemingsraad of de ondernemer zelf kunnen instellen. **Iedere belanghebbende** kan vorderen dat de ondernemer of de ondernemingsraad gevolg dient te geven aan hetgeen in de WOR is bepaald omtrent het instellen of in stand houden van een ondernemingsraad, het vaststellen van een voorlopig of definitief reglement van de ondernemingsraad, de kandidaatstelling voor en de verkiezing van de leden van de ondernemingsraad, alsmede omtrent het bekendmaken van agenda's en verslagen van vergaderingen (art. 36 lid 1 WOR).

De **ondernemer en de ondernemingsraad** kunnen de kantonrechter verzoeken te bepalen dat de ondernemer respectievelijk de ondernemingsraad de bepalingen uit de WOR dient na te leven. Het gaat dan om **alle verplichtingen** die de ondernemer dan wel de ondernemingsraad op grond van de WOR heeft. Deze vordering kan echt alleen door de ondernemer of de ondernemingsraad worden ingesteld, dus niet door iedere belanghebbende.

SBH Utrecht is op grond van artikel 1 en 2 WOR verplicht een ondernemingsraad in te stellen. De directie van SBH Utrecht heeft het erg druk met belangrijke zaken en vindt het niet nodig om een ondernemingsraad in te stellen. De werknemers zijn woedend. Zij willen wel graag een ondernemingsraad. Wat kunnen de werknemers doen om ervoor te zorgen dat de ondernemingsraad er toch komt? De werknemers kunnen door middel van een verzoekschrift een naleavingsvordering instellen bij de kantonrechter op grond van artikel 36 WOR.

Tegen een adviesplichtig besluit (art. 25 WOR) kan de ondernemingsraad beroep instellen bij de Ondernemingskamer (art. 26 WOR indien het besluit van de ondernemer afwijkt van het advies). Deze beroepsprocedure geldt specifiek voor het adviesrecht en is bij de bespreking van het adviesrecht in paragraaf 2.8.2 al uitgebreid aan bod gekomen. De ondernemingsraad kan er – als er helemaal geen advies is gevraagd – ook voor kiezen om geen beroep bij de Ondernemingskamer in te stellen, maar in plaats daarvan een naleavingsvordering in te stellen bij de kantonrechter ex artikel 36 WOR. Als de ondernemingsraad al beroep heeft ingesteld bij de Ondernemingskamer, kan er niet ook nog een naleavingsvordering bij de kantonrechter worden ingesteld (art. 36 lid 3 WOR). Gebeurt dit wel, dan zal het verzoekschrift niet-ontvankelijk worden verklaard. Ook als er na de indiening van het verzoekschrift bij de kantonrechter beroep wordt ingesteld bij de Ondernemingskamer, zal het verzoekschrift niet-ontvankelijk worden verklaard. Het is voor de belasting van de rechterlijke macht namelijk niet wenselijk dat dezelfde vordering bij twee verschillende rechters wordt aangebracht. Bovendien zou het samenlopen van beide procedures tot een verschillend oordeel kunnen leiden. Uit onderstaand schema volgt welke procedure wanneer gevolgd kan worden, met dien verstande dat als beide procedures kunnen worden gevolgd, er een keuze gemaakt zal moeten worden.

	Kantonrechter art. 36 WOR	Ondernemingskamer art. 26 WOR
Naleving art. 25 WOR (geen advies gevraagd)	ja	ja
Art. 25 WOR: besluit ondernemer wijkt af van advies OR	nee	ja
Naleving overige bepalingen WOR	ja	nee

2.10 Medezeggenschap bij faillissement

Lange tijd is er discussie geweest over het antwoord op de vraag of de ondernemingsraad medezeggenschapsrechten heeft in geval van faillissement. Met name ging het daarbij over het adviesrecht. De Hoge Raad heeft op 2 juni 2017 in de DA-zaak een antwoord op deze vraag gegeven.³⁵ Waar ging het over in deze zaak?

DA Holding is aandeelhoudster van twee vennootschappen: DA Retailgroep en Retail SSC. Er is een ondernemingsraad, die is ingesteld voor zowel DA Retailgroep als Retail SSC. Op 23 december 2015 is voor beide vennootschappen surseance van betaling verleend. Dit betekent dat door de rechter uitstel van betaling wordt verleend en schuldeisers gedurende een bepaalde periode niet betaald hoeven te worden. Surseance van betaling is vaak het voorportaal van faillissement van een onderneming. Tijdens surseance van betaling kunnen met de hulp van een bewindvoerder afspraken met schuldeisers worden gemaakt en kan worden gezien of er mogelijkheden zijn om een doorstart te maken. Bij een doorstart wordt een bedrijf na faillissement, meestal in afgeslankte vorm, voortgezet. Dit gebeurde ook in de DA-zaak. De bewindvoerder heeft gesprekken gevoerd met de huisbankier van DA Retailgroep en Retail SSC en met andere partijen, om te bekijken of een doorstart tot de mogelijkheden behoorde. Op 29 december 2015 zijn DA Retailgroep en Retail SSC failliet verklaard. Er waren door de curator (die wordt aangesteld door de rechtbank en verantwoordelijk is voor het beheer en vereffening van de failliete boedel) twee mogelijke overnamepartijen gevonden. De curator heeft vanwege de werkgelegenheid gekozen voor het iets lagere bod van NDS. De curator heeft alle arbeidsovereenkomsten van de werknemers opgezegd. De bevoegdheid van de curator de arbeidsovereenkomsten in geval van faillissement op te zeggen is geregeld in artikel 40 van de Faillissementswet (afgekort: Fw). Op eigen verzoek is de ondernemingsraad op hoofdlijnen door de curator geïnformeerd over de overdracht van de bedrijfsactiviteiten aan NDS. Dat vond de ondernemingsraad niet voldoende. De ondernemingsraad heeft beroep ingesteld bij de Ondernemingskamer (ex art. 26 WOR) en stelde zich op het standpunt dat de ondernemingsraad over het besluit tot overdracht van de bedrijfsactiviteiten aan NDS niet is geïnformeerd, dat geen overleg is gevoerd en dat geen advies is gevraagd. De Ondernemingskamer heeft het beroep van de ondernemingsraad afgewezen. Een belangrijke overweging was dat het adviesrecht moeilijk met faillissement te rijmen is. Het adviesrecht is volgens de Ondernemingskamer in beginsel onverenigbaar met de op de afwikkeling

³⁵ HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (Ondernemingsraad DA/DA).

van de boedel gerichte rol van de curator. Kortom, de Ondernemingskamer was van oordeel dat het adviesrecht (in beginsel) niet geldt in de situatie dat de onderneming failliet is verklaard. De ondernemingsraad was het oneens met deze uitspraak en stelde (ex art. 25 lid 9 WOR) cassatie in bij de Hoge Raad. Met succes!

De Hoge Raad oordeelt dat de Ondernemingskamer tot een onjuist oordeel is gekomen en overweegt het volgende. Het faillissement van een natuurlijke persoon of rechtspersoon die een onderneming in de zin van de WOR in stand houdt, leidt op zichzelf niet ertoe dat die onderneming ophoudt te bestaan of niet langer in stand wordt gehouden. De gevolgen van de faillietverklaring en de met het faillissement na te streven doeleinden zijn ook niet zodanig dat de toepasselijkheid van de WOR zich in algemene zin niet verdraagt met de toepasselijkheid van de Faillissementswet. Voor zover het faillissementsrecht dat meebrengt, oefent de curator tijdens het faillissement de bevoegdheden van de ondernemer uit en is hij als zodanig op een lijn te stellen met de ondernemer in de zin van de WOR. Dit sluit niet uit dat hij tevens aangemerkt kan worden als bestuurder in de zin van die wet, namelijk als hij op grond van zijn taken en bevoegdheden op grond van de Faillissementswet alleen dan wel samen met anderen in de onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid. In principe is de curator in deze hoedanigheden gehouden ervoor zorg te dragen dat de voorschriften gesteld bij of krachtens de WOR tijdens het faillissement worden nageleefd. Daarbij dient wel het volgende in aanmerking te worden genomen.

Het aan de ondernemingsraad toekomende adviesrecht van artikel 25 WOR ziet in beginsel niet op (besluiten tot) verkoop van goederen op de voet van artikel 176 Fw en op (besluiten tot) ontslag van werknemers op de voet van artikel 40 Fw, ook niet als zodanige verkoop of zodanig ontslag tot gevolg heeft dat de onderneming wordt beëindigd. De handelingen van de curator zijn dan gericht op liquidatie van het (ondernemings)vermogen, waartoe de Faillissementswet hem bevoegd maakt, en de door het adviesrecht van artikel 25 WOR beschermde belangen moeten in een dergelijk geval wijken voor de belangen van de schuldeisers bij een voortvarende en voor de boedel zo voordelig mogelijke afwikkeling. Indien echter de verkoop van activa plaatsvindt in het kader van een voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming door dezelfde of een andere entiteit, waarbij het vooruitzicht

bestaat van behoud van arbeidsplaatsen, is een daarop gericht besluit adviesplichtig op grond van artikel 25 lid 1 WOR (bijvoorbeeld onderdeel a of c).

Voorts wordt door de Hoge Raad opgemerkt dat de voorschriften die zijn gesteld bij of krachtens de WOR, niet in alle gevallen verenigbaar zijn met het faillissement van de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de onderneming in stand houdt, zodat zij dan niet of niet onverkort kunnen worden toegepast. Zo mag de curator afwijken van de formele vereisten die artikel 25 lid 2 t/m 6 WOR stelt in verband met de advisering door de ondernemingsraad als de omstandigheden van het geval dit vergen. De ondernemingsraad en de curator dienen zich bij de verwezenlijking van de doeleinden van de WOR als zodanig jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.

Kortom, de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het adviesrecht bij faillissement van de onderneming wel van toepassing is. Wel gelden twee beperkingen: (i) er is geen adviesrecht ten aanzien van besluiten tot verkoop van goederen en ontslag van werknemers (art. 176 en 40 Fw) en (ii) onder omstandigheden mag worden afgeweken van formele vereisten die in de WOR zijn opgenomen en die onverenigbaar zijn met het faillissement van de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de onderneming in stand houdt.

2.11 SER Fusiegedragsregels

2.11.1 Fusie

Als een ondernemer wil gaan fuseren, dan krijgt hij te maken met de SER Fusiegedragsregels. Naast de medezeggenschapsbevoegdheden die uit de WOR voortvloeien, is in de **SER Fusiegedragsregels** specifiek voor de fusie nog een aantal andere voorschriften opgenomen, waaraan partijen zich bij een **fusie** moeten houden. In 2000 heeft de Sociaal-Economische Raad het SER- Besluit Fusiegedragsregels 2000 vastgesteld. Deze Fusiegedragsregels zijn in werking getreden op 5 september 2001. Per 18 september 2015 zijn de SER Fusiegedragsregels gewijzigd. Sindsdien spreken we over de SER Fusiegedragsregels 2015 (Fusiegedragsregels).

Voor de Fusiegedragsregels is geen wettelijke grondslag. Naleving kan daarom niet bij de rechter worden afgedwongen. De SER gaat ervan uit dat (organisaties van) werkgevers en werknemers de Fusiegedragsregels naleven. Het doel en de strekking van de Fusiegedragsregels 2015 is het beschermen van de belangen van in de onderneming werkzame werknemers in geval van een (voorgenomen) fusie. Een belangrijke vraag voor toepassing van de Fusiegedragsregels is wanneer sprake is van een fusie. De definitie van het begrip fusie is terug te vinden in artikel 1 sub e Fusiegedragsregels:

‘verkrijging of overdracht van de zeggenschap, direct of indirect, over een onderneming of een onderdeel daarvan, alsmede de vorming van een samenstel van ondernemingen’.

Van een fusie in de zin van de Fusiegedragsregels is sprake indien op (i) duurzame wijze (ii) de zeggenschap over een (iii) onderneming of een onderdeel daarvan (iv) wordt verkregen of overgedragen:

- i. Van een fusie is alleen sprake als de zeggenschap over een onderneming blijvend in andere handen overgaat, ook wel het **duurzaamheidsvereiste**. Als op duurzame wijze een onderdeel van een onderneming wordt verkregen of overgedragen, is sprake van een fusie. De voorwaarde is dat sprake moet zijn van een afgerond gedeelte van de in een onderneming uitgeoefende activiteiten. Dat wil zeggen een afgebakende, afzonderlijke activiteit.
- ii. **Zeggenschap** kan op de verschillende manieren worden verkregen of overgedragen. Van overdracht (of overgang) en verkrijging van de zeggenschap is in de eerste plaats sprake bij de bedrijfsfusie of juridische fusie. Een **bedrijfsfusie** houdt in dat het ene bedrijf het andere bedrijf overneemt, bijvoorbeeld door een koopprijs te betalen. De activa en passiva van de onderneming worden overgedragen. In het geval van een bedrijfsfusie heeft de fusie ook gevolgen voor werknemers, omdat er meestal sprake is van een overgang van onderneming. Artikel 7:662 BW e.v. is dan van toepassing.³⁶ De **juridische fusie** is nader geregeld in Boek 2 titel 7 BW (art. 2:308 tot en met 2:334ii BW). In artikel 2:308 BW wordt de **juridische fusie** als volgt omschreven:

‘Fusie is de rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen waarbij een van deze het vermogen van de andere onder algemene titel verkrijgt of waarbij een nieuwe

³⁶ Wanneer sprake is van een overgang van onderneming en de rechtsgevolgen daarvan, zal in hoofdstuk 7 uitgebreid worden besproken.

rechtspersoon die bij deze rechtshandeling door hen samen wordt opgericht, hun vermogen onder algemene titel verkrijgt.’

De zeggenschap kan in de tweede plaats worden verkregen of overgedragen bij de verwerving of de overdracht – direct of indirect – van een aandelenpakket in een nv of bv. In de derde plaats kan de zeggenschap ook zonder dat er sprake is van kapitaaldeelname worden verkregen of overgedragen via statutaire bevoegdheden en/of aanvullende contractuele regelingen van structurele aard (bijvoorbeeld bij het samengaan van verenigingen en stichtingen). In de vierde plaats is sprake van verkrijging of overdracht van de zeggenschap bij de vorming van een personenvennootschap en bij het samengaan van twee of meer personenvennootschappen indien daarbij een onderneming wordt ingebracht dan wel overgaat.

- iii. Net als in de WOR keren in de Fusiegedragsregels de begrippen **ondernemer** (art. 1 lid 1 sub a) en **onderneming** (art. 1 lid 1 sub b) terug. Deze begrippen hebben in de Fusiegedragsregels dezelfde betekenis als in de WOR.
- iv. De zinsnede ‘**verkrijging of overdracht van de zeggenschap**’ brengt tot uitdrukking dat een fusie in het algemeen een tweezijdig karakter heeft: tegenover de verkrijging aan de ene zijde staat immers een overdracht aan de andere zijde. Er zijn echter gevallen waarin een fusie geen tweezijdig karakter heeft, zoals de vormen van een eenzijdige verkrijging door een ‘onvriendelijk’ openbaar bod (art. 5 Fusiegedragsregels) en een geleidelijke aankoop op de aandelenbeurs (art. 6 Fusiegedragsregels).

2.11.2 Toepassing Fusiegedragsregels

Artikel 2 van de Fusiegedragsregels bevat de werkingssfeerbepaling. Hieruit volgt dat de gedragsregels in acht moeten worden genomen als bij een fusie ten minste één in Nederland gevestigde onderneming is betrokken waarin in de regel vijftig of meer personen werkzaam zijn (art. 2 lid 1 sub a). Deze regel is vergelijkbaar met artikel 2 WOR, waarin is bepaald dat een ondernemer die een onderneming in stand houdt waarin in de regel ten minste vijftig personen werkzaam zijn, verplicht is een ondernemingsraad in te stellen. Daarnaast zijn de Fusiegedragsregels 2015 van toepassing als een bij een fusie betrokken onderneming deel uitmaakt van een samenstel van ondernemingen en in de daartoe behorende in Nederland gevestigde ondernemingen tezamen in de regel vijftig personen of meer werknemers werkzaam zijn (art. 2 lid 1 sub b). Tot slot kunnen de Fusiegedragsregels in een cao ook op

andere ondernemingen van toepassing worden verklaard, waarbij bijvoorbeeld niet aan het getalscriterium is voldaan (art. 2 lid 2 Fusiegedragsregels).

2.11.3 *Verplichtingen Fusiegedragsregels*

De belangrijkste verplichtingen die voortvloeien uit de Fusiegedragsregels zijn opgenomen in artikel 3 en 4 Fusiegedragsregels 2015. In deze artikelen is de procedure van kennisgeving opgenomen: voordat over de voorbereiding of totstandkoming van een fusie een openbare mededeling wordt gedaan, worden de verenigingen van werknemers (de vakbonden) van de inhoud daarvan in kennis gesteld. Het initiatief hiervoor dient van de fuserende partijen uit te gaan. Indien de werknemersverenigingen in kennis worden gesteld van het voornemen tot een fusie, hebben de werknemersverenigingen een geheimhoudingsplicht (art. 7 Fusiegedragsregels). Indien er informatie over de motieven en gevolgen van de fusie aan de werknemersverenigingen wordt gezonden, kan ten aanzien van deze informatie om geheimhouding worden verzocht (art. 7 lid 2 Fusiegedragsregels). Als een werknemersvereniging een verzoek tot geheimhouding afwijst, hoeven de gedragsregels jegens deze werknemersvereniging niet in acht te worden genomen (art. 7 lid 3 Fusiegedragsregels).

72

De fusiepartijen dienen op grond van artikel 4 lid 2 Fusiegedragsregels een uiteenzetting van de motieven voor de fusie en de voornemens met betrekking tot het in verband daarmee te voeren ondernemingsbeleid aan de werknemersverenigingen te verstrekken. Daarbij worden ook de te verwachten sociale, economische en juridische gevolgen van de fusie en de in samenhang daarmee voorgenomen maatregelen uiteengezet. De werknemersverenigingen worden in de gelegenheid gesteld hun oordeel te geven over de in voorbereiding zijnde fusie vanuit het gezichtspunt van het werknemersbelang (art. 4 lid 3 Fusiegedragsregels). Zij krijgen de mogelijkheid aandacht te besteden aan de grondslagen van het in verband met de fusie te voeren ondernemingsbeleid en de grondslagen van maatregelen tot het voorkomen, wegnemen of verminderen van eventuele nadelige gevolgen voor de werknemers, waaronder het verstrekken van financiële tegemoetkomingen (art. 4 lid 4 Fusiegedragsregels). De werknemersverenigingen mogen kenbaar maken wanneer en op welke wijze het personeel zal worden ingelicht. De fusiepartijen moeten op zodanige wijze uitvoering geven aan de Fusiegedragsregels, dat het oordeel van de werknemersvereniging nog wel van wezenlijke invloed kan zijn op het al dan niet tot stand komen van de fusie en op de modaliteiten daarvan (art. 4 lid 6 Fusiegedragsregels). Dit is vergelijkbaar met het moment

waarop de ondernemingsraad om advies moet worden gevraagd op grond van artikel 25 lid 2 WOR. Hierover meer in paragraaf 2.11.5 hieronder.

Over het tijdstip van beëindiging van de geheimhoudingsplicht van de werknemersverenigingen dienen duidelijke afspraken gemaakt te worden. In de Fusiegedragsregels zijn ook bepalingen opgenomen over het uitbrengen van een openbaar bod. Dit zal verder buiten beschouwing worden gelaten.

2.11.4 *Naleving Fusiegedragsregels*

Geschillen over de naleving van de gedragsregels kunnen worden voorgelegd aan de Geschillencommissie Fusiegedragsregels. In de Fusiegedragsregels zijn uitvoerige bepalingen over de Geschillencommissie opgenomen (art. 9 t/m 33 Fusiegedragsregels). De geschillencommissie bestaat uit vijf leden en vijf plaatsvervangende leden. Deze leden worden benoemd door de SER (art. 10 Fusiegedragsregels). Drie leden en drie plaatsvervangende leden zijn onafhankelijke juristen. De voorzitter, de leden en de plaatsvervangende leden worden benoemd voor een periode van vier jaar (art. 11 Fusiegedragsregels). Zowel de werknemersverenigingen als de fusiepartijen kunnen een geschil bij de geschillencommissie aanhangig maken. Een werknemersvereniging kan een geschil aanhangig maken over het niet of niet behoorlijk naleven van de Fusiegedragsregels door de fusiepartijen. Voor de fusiepartijen geldt het omgekeerde. Zij kunnen een geschil aanhangig maken over het niet of niet behoorlijk naleven van de Fusiegedragsregels door de werknemersverenigingen (art. 18 Fusiegedragsregels). Een geschil moet binnen een maand nadat het niet of het onbehoorlijk naleven van de Fusiegedragsregels is gebleken of redelijkerwijs had kunnen blijken aanhangig worden gemaakt bij de geschillencommissie. In de uitspraak beslist de geschillencommissie of een van de betrokken partijen de Fusiegedragsregels behoorlijk heeft nageleefd of niet (art. 32 Fusiegedragsregels). De geschillencommissie kan oordelen dat de niet-naleving of niet behoorlijke naleving een ernstig karakter draagt en in ernstige mate verwijtbaar is. De uitspraken van de geschillencommissie worden openbaar gemaakt. Dit is dan ook gelijk de sanctie voor de fusiepartijen of een werknemersvereniging. Als er een ernstig verwijt wordt gemaakt, kan de geschillencommissie zelfs een persbericht doen uitgaan. Deze negatieve publiciteit wil een fusiepartij of een werknemersvereniging uiteraard voorkomen.

2.11.5 Samenloop met de WOR

In geval van een bedrijfsfusie is er sprake van de overdracht van de zeggenschap van een onderneming. Uit artikel 25 lid 1 sub a WOR volgt dat een dergelijk voorgenomen besluit adviesplichtig is. Op grond van artikel 25 lid 1 sub b WOR is een voorgenomen besluit tot het overnemen van een onderneming adviesplichtig. Indien de vervreemder en de verkrijger beiden een ondernemingsraad hebben ingesteld, zal de vervreemder advies moeten vragen op grond van artikel 25 lid 1 sub a WOR. De verkrijger zal de ondernemingsraad advies moeten vragen op grond van artikel 25 lid 1 sub b WOR. Het kan dus zijn dat zowel de Fusiegedragscode als de verplichtingen van de WOR dienen te worden nageleefd. In artikel 4 lid 7 van de Fusiegedragsregels 2015 is bepaald dat partijen de betrokken ondernemingsraden in kennis stellen van het oordeel van de werknemersverenigingen, zodat de ondernemingsraden daarmee rekening kunnen houden bij het uitbrengen van advies op grond van artikel 25 WOR. Men kan zich afvragen of de werknemersverenigingen (op grond van de Fusiegedragsregels) en de ondernemingsraad op hetzelfde moment van de voorgenomen fusie in kennis moeten worden gesteld. In de Fusiegedragsregels 2015 is niets bepaald over het tijdstip waarop de ondernemingsraad om advies gevraagd zal moeten worden. Gezien de formulering van art. 4 lid 6 Fusiegedragsregels en artikel 25 lid 2 WOR is niet ondenkbaar dat de procedures bij de werknemersverenigingen en de ondernemingsraad gelijktijdig lopen.³⁷ Wel moeten de ondernemingsraden in de gelegenheid worden gesteld kennis te nemen van het oordeel van de werknemersverenigingen, zodat de ondernemingsraden hier bij het uitbrengen van een advies rekening mee kunnen houden. Hieruit kan worden afgeleid dat de werknemersverenigingen in ieder geval eerst hun oordeel moeten hebben uitgebracht, voordat de ondernemingsraad advies uitbrengt.

2.12 Afsluiting

Over de toekomst van het medezeggenschapsrecht bestaat al langere tijd discussie. Naar aanleiding van het voornemen van het kabinet ter verbetering van de medezeggenschap in de praktijk en het advies van de SER over het medezeggenschapsrecht is in 2004 het wetsvoorstel Wet Medezeggenschap Werknemers ingediend (wetsvoorstel 29818).³⁸ In 2005 is het wetsvoorstel

37 Zie over samenloop van de SER Fusiegedragsregels en de WOR: G.N.H. Kemperink, *Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten*, Deventer: Kluwer 2002, p. 75-79.

38 Advies 'Aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden', SER 03/12.

Wet Medezeggenschap Werknemers weer ingetrokken, omdat er sinds het indienen van het wetsvoorstel in 2004 veel discussie over het medezeggenschapsrecht is ontstaan, wat heeft geleid tot nieuwe inzichten.³⁹ De discussie over het medezeggenschapsrecht heeft echter niet stilgestaan. Eind 2009 heeft minister Donner van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, precies zestig jaar na inwerkingtreding van de eerste WOR, de Nota kabinetsstandpunt Medezeggenschap 2009 over de stand van zaken met betrekking tot het medezeggenschapsrecht naar de Tweede Kamer gezonden.⁴⁰ Uit onderzoek dat in opdracht van de minister is uitgevoerd, blijkt dat de ondernemingsraad als instituut sterk wordt gewaardeerd. Bij ondernemingsraden, werknemers- en werkgeversorganisaties en wetenschappers bestond niet de behoefte de WOR aan te passen. De respondenten van het onderzoek waren van mening dat de ondernemingsraad in het overgrote deel van de gevallen invloed heeft op de besluitvorming in de onderneming. Ook is onderzoek gedaan naar de naleving van de WOR. Naleving van de WOR ligt gemiddeld rond de 70%. Toch kan het medezeggenschapsrecht op een aantal punten verbeterd worden. De minister onderscheidt drie soorten knelpunten: de klassieke knelpunten die te maken hebben met de kwaliteit van het functioneren van de ondernemingsraad, knelpunten die samenhangen met medezeggenschap in grote en complexe organisaties en internationalisering.⁴¹ Punten van zorg zijn verder de individualisering en afnemende betrokkenheid van hoger opgeleide, jonge werknemers bij het werk van de ondernemingsraad. Daarnaast vormt de flexibilisering van arbeid, inhuur van uitzendkrachten en zzp'ers (zelfstandigen zonder personeel) en internationalisering van het bedrijfsleven een bedreiging voor de medezeggenschap en de mate waarin de ondernemingsraad invloed kan uitoefenen op de besluitvorming binnen de onderneming. Het grootste probleem is de bereidheid van werknemers om zich in te zetten voor de ondernemingsraad en vakbond. Uit onderzoek is gebleken dat werknemers ervaren dat ze te weinig waardering krijgen voor het medezeggenschapswerk dat ze doen.⁴² Uiteindelijk is aan de verbeterpunten die in de nota werden genoemd geen invulling gegeven, omdat de vakorganisaties hun steun voor twee voorstellen⁴³ hebben teruggetrokken.⁴⁴ Inmiddels zijn in 2013

39 *Kamerstukken II* 2005/06, 29818 en 29945, nr. 28.

40 *Kamerstukken II* 2009/10, 29818, nr. 32.

41 *Kamerstukken II* 2009/10, 29818, nr. 32, p. 4 en 5.

42 *Kamerstukken II* 2009/10, 29818, nr. 33, p. 2 en 3.

43 Op grond van het ene voorstel wordt het mogelijk dat de ondernemingsraad in specifieke gevallen afziet van uitoefening van het advies- of instemmingsrecht. Het tweede voorstel ziet op de ondernemingsovereenkomst waarin de ondernemingsraad en het bestuur afspraken maken over de invulling van bepaalde begrippen uit de WOR.

44 *Kamerstukken II* 2011/12, 29818, nr. 35, p. 2.

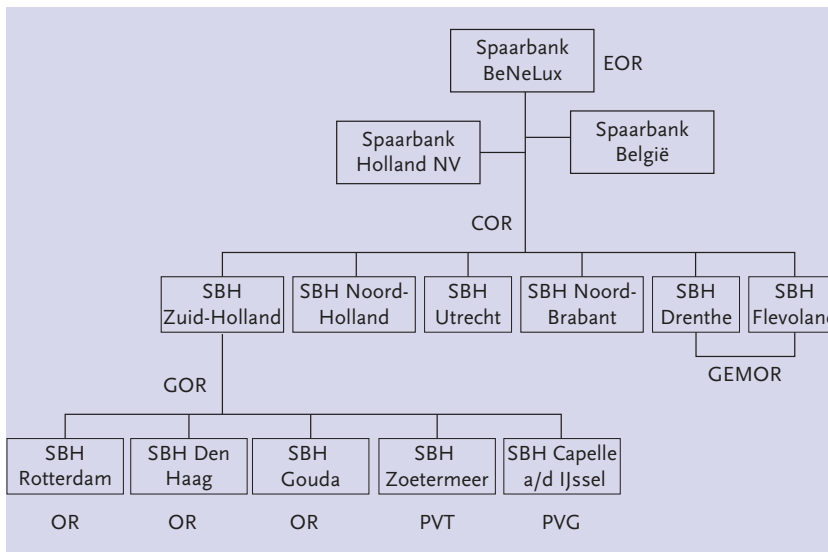
enkele kleine wijzigingen in de WOR doorgevoerd. Daarbij is onder meer de verplichte bemiddeling van de bedrijfscommissie voorafgaand aan een stap naar de kantonrechter op grond van artikel 36 WOR vervallen.⁴⁵ Met ingang van 1 oktober 2016 is het instemmingsrecht van de ondernemingsraad met betrekking tot de arbeidsvoorwaarde pensioen uitgebreid, waarbij de keuze voor de pensioenuitvoerder instemmingsplichtig is geworden (tenzij er een regeling in de cao is of er een verplichte aansluiting bij een bedrijfstakpensioenfonds geldt). Begin 2018 is het wetsvoorstel tot wijziging van de WOR in verband met de bevoegdheden van de ondernemingsraad inzake de beloningen van bestuurders ingediend bij de Eerste Kamer. De voorgestelde wijziging houdt in dat jaarlijks verplicht een gesprek plaatsvindt tussen de ondernemer en de OR over de ontwikkeling van de beloningsverhoudingen binnen de onderneming. Daarbij dient dan ook te worden gesproken over de beloning van bestuurders.⁴⁶

2.13 Oefencasus

Het in paragraaf 2.2 van dit hoofdstuk geïntroduceerde Spaarbank Holland N.V. (SBH) dat onderdeel uitmaakt van het bankenconcern Spaarbank BeNe-Lux en in Nederland in totaal 22.000 werknemers telt, verkeert financieel al enige tijd in zwaar weer.

⁴⁵ Wet van 26 juni 2013 tot aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden in verband met wijziging van de financiering van het scholingssysteem voor leden van de ondernemingsraad en enkele wijzigingen in deze wet.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2015/16, 34494, nr. 3, p. 3.



Figuur 9 Spaarbankenconcern

Halverwege 2015 blijkt uit de kwartaalcijfers dat de omzet van SBH opnieuw sterk is gedaald en dat er vrijwel geen winst wordt gemaakt. De directieleden van het Nederlandse moederbedrijf gaan met elkaar om de tafel zitten en komen tot de conclusie dat een reorganisatie onvermijdelijk is. De directieleden stellen direct een actieplan op en besluiten dat er 2.500 werknemers verspreid binnen de gehele Nederlandse tak gedwongen ontslagen zullen worden.

1. *Hoe kunnen werknemers lid worden van een ondernemingsraad?*

De COR is woedend als de directie hem op de hoogte stelt van de reorganisatie. De COR wil de financiële gegevens inzien om te beoordelen of een reorganisatie daadwerkelijk noodzakelijk is. De directie weigert deze gegevens te verstrekken. 'Als dit bij de concurrent terecht komt, is dat funest voor ons concern', aldus de directie.

2. *Welke rechten heeft de COR ten aanzien van de reorganisatie?*
3. *Wat kan de COR ondernemen tegen de op handen zijnde reorganisatie?*
4. *Is SBH verplicht de financiële gegevens aan de COR te verstrekken?*

Bij SBH Capelle aan den IJssel werken zestig medewerkers. Er werken onder andere:

- dertig parttime werknemers
- één directeur
- elf uitzendkrachten (waarvan de kortste tewerkstelling bij SBH 3 maanden bedraagt en de langste 1,5 jaar)

5. *Dient SBH Capelle aan den IJssel een ondernemingsraad in te stellen?*
6. *Welke medezeggenschapsrechten hebben de werknemers van SBH Capelle aan den IJssel ingeval geen ondernemingsraad moet worden ingesteld?*

Antwoordmodel oefencasus

1. Leden van een ondernemingsraad worden op grond van artikel 9 WOR gekozen door middel van verkiezingen. Om lid te worden van de ondernemingsraad moeten werknemers zich verkiesbaar stellen en voldoende stemmen winnen. Om verkiesbaar te zijn, moet een werknemer wel minimaal één jaar binnen de onderneming werken, zo blijkt uit artikel 6 lid 3 WOR. Stemmen mag een werknemer al na een halfjaar in dienst te zijn bij de ondernemer (art. 6 lid 2 WOR).
2. De reorganisatie zal gepaard gaan met 2.500 ontslagen van de in totaal 22.000 werknemers. Dat is een dusdanig groot aantal ontslagen op een totaal van 22.000 werknemers, dat dit niet is aan te merken als een alledaags besluit. De reorganisatie zal bovendien niet slechts een enkel onderdeel van SBH raken, maar plaatsvinden binnen het gehele Nederlandse concern. Hierdoor kan worden gesproken over een 'gemeenschappelijk belang voor alle of de meerderheid van de ondernemingen' en kan op goede gronden worden betoogd dat niet alle individuele ondernemingsraden, maar de COR de eerste gesprekspartner van de ondernemer zou moeten zijn. Nu de reorganisatie bovendien zeer waarschijnlijk is aan te merken als een 'belangrijk besluit' (er zal een krimp van meer dan 10% van het hele personeelsbestand plaatsvinden), heeft de COR het recht om de directie van het moederbedrijf SBH te adviseren op grond van artikel 25 lid 1 sub d WOR. De COR heeft daarnaast recht op informatie (art. 31 WOR) en het recht op overleg (art. 23 lid 1 WOR).
3. Indien de ondernemer weigert aan zijn verplichtingen uit de WOR te voldoen, zoals in casu het geval is nu de ondernemer heeft nagelaten de COR om advies te vragen waar dit wel had gemoeten, kan de COR naar

de kantonrechter stappen om naleving van de WOR te vorderen. De algemene geschillenregeling is opgenomen in artikel 36 WOR. Specifiek voor het geval dat in zijn geheel geen advies is gevraagd of van het advies wordt afgeweken, kan de COR op basis van artikel 26 WOR ook nog in beroep gaan bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam. Indien er geen advies is gevraagd, terwijl dit wel had gemoeten, zal de Ondernemingskamer oordelen dat het besluit *kennelijk onredelijk* is. De ondernemer zal de COR alsnog advies moeten vragen en het besluit opnieuw moeten nemen. Ook kan de Ondernemingskamer voorlopige voorzieningen treffen.

4. In beginsel bepaalt de COR zelf welke informatie hij nodig heeft om zijn taken te kunnen vervullen. De ondernemer is verplicht de ondernemingsraad daarom de informatie te verschaffen waar hij om vraagt. De ondernemer mag dit slechts weigeren indien de gevraagde informatie evident irrelevant is met betrekking tot het te nemen besluit. Concurrentiegevoeligheid is geen reden om informatie niet aan de ondernemingsraad te verstrekken. De belangen van de ondernemer in dezen worden voldoende beschermd door de mogelijkheid de ondernemingsraad een geheimhoudingsplicht op te leggen met betrekking tot deze informatie. Dit alles blijkt uit het arrest BBA Personenvervoer.⁴⁷
5. Bij SBH Capelle aan den IJssel werken zestig medewerkers. Of werknemers fulltime of parttime in dienst zijn, maakt voor de WOR geen verschil. Artikel 1 lid 2 WOR vereist immers geen fulltime dienstverband. Artikel 1 lid 4 WOR beperkt het aantal in de onderneming werkzame personen. De bestuurder(s) van een onderneming wordt (worden) niet tot de in de onderneming werkzame personen gerekend. Hetzelfde geldt voor uitzendkrachten die nog geen 24 maanden in dienst zijn. Bij SBH Capelle aan den IJssel zijn weliswaar zestig mensen werkzaam, maar slechts 48 van hen zijn binnen de onderneming werkzame personen in de zin van de WOR. Het instellen van een ondernemingsraad is krachtens artikel 2 WOR pas verplicht vanaf vijftig in de onderneming werkzame personen. SBH Capelle aan den IJssel is dus niet verplicht een ondernemingsraad op te richten, maar mag dit wel vrijwillig doen op grond van artikel 5a lid 2 WOR.
6. SBH Capelle aan den IJssel is gezien het antwoord op vraag 5 dus niet verplicht een ondernemingsraad in te stellen. Als de meerderheid van de

⁴⁷ Hof Amsterdam (OK) 12 december 2003, JAR 2004, 26 (BBA Personenvervoer).

werknemers daarom vraagt, moet de ondernemer die een onderneming in stand houdt waar ten minste tien personen maar minder dan vijftig personen werkzaam zijn evenwel een personeelsvertegenwoordiging (PVT) instellen (art. 35c WOR). Een aantal bepalingen dat geldt voor de ondernemingsraad is voor de personeelsvertegenwoordiging van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 35c lid 3 WOR). Ten aanzien van twee aangelegenheden genoemd in artikel 27 WOR heeft de personeelsvertegenwoordiging instemmingsrecht, namelijk voor zover het betreft een arbeids- en rusttijdenregeling (art. 27 lid 1 sub b) of een regeling op het gebied van arbeidsomstandigheden, het ziekteverzuim of het re-integratiebeleid (art. 27 lid 1 sub d), vgl. artikel 35c lid 4 WOR. Als geen PVT is ingesteld, dan is de kleine ondernemer (waar ten minste tien personen, maar minder dan vijftig personen werkzaam zijn) verplicht ten minste tweemaal per kalenderjaar met de in de onderneming werkzame personen te vergaderen (personeelsvergadering). Indien een vierde van de werkzame personen hierom verzoekt, is de ondernemer ook *verplicht* een personeelsvergadering te houden (art. 35b lid 1 WOR). In de personeelsvergadering worden de aangelegenheden besproken waarover de ondernemer of de werknemers overleg wenselijk achten (art. 35b lid 2 WOR). Eén keer per jaar verstrekt de ondernemer tijdens de personeelsvergadering algemene gegevens omtrent de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming in het afgelopen jaar en bespreekt hij de verwachtingen voor het komende jaar (art. 35b lid 4 WOR). Als de ondernemer verplicht is een jaarverslag op te stellen, verstrekt hij exemplaren van deze jaarstukken ter bespreking aan de werknemers. Ook aan de personeelsvergadering komt adviesrecht toe, maar dit adviesrecht is beperkter dan het adviesrecht dat aan de ondernemingsraad toe komt. Werknemers worden in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over elk door de ondernemer voorgenomen besluit dat kan leiden tot verlies van de arbeidsplaats of tot een belangrijke verandering van de arbeid, de arbeidsvoorwaarden of de arbeidsomstandigheden van ten minste een vierde van de in de onderneming werkzame personen (art. 35b lid 5 WOR).

3 Collectief arbeidsrecht II: Cao-recht

3.1 Inleiding

Naast de arbeidsvoorwaarden in een individuele arbeidsovereenkomst worden arbeidsvoorwaarden vaak geregeld in een collectieve arbeidsovereenkomst (een cao). Samen met het medezeggenschapsrecht dat in het vorige hoofdstuk is besproken, vormt het cao-recht het collectieve arbeidsrecht. Bij een reorganisatie is de cao voor verschillende onderwerpen van belang. Zo kan ten aanzien van het wijzigen van arbeidsvoorwaarden een regeling in een toepasselijke cao zijn opgenomen. Als de werkgever van deze collectieve wijzigingsbepaling gebruik kan maken, zal dat doorgaans tot wijziging van arbeidsvoorwaarden (zoals bijstelling van het loon) leiden. Verder zijn in een cao vaak bepalingen opgenomen over de verplichtingen van een werkgever bij een reorganisatie. Denk hierbij aan op welk moment de werkgever de vakbonden moet raadplegen voor overleg over een voorgenomen reorganisatie, of een verplichting voor de werkgever om zijn werknemers een outplacementtraject aan te bieden, de berekeningswijze van een eventuele afvloeiingsregeling, suppletie op de WW-uitkering, of afspraken over de afwikkeling van het pensioen van boventallige werknemers, enzovoort.

Als het gaat om wat grotere reorganisaties of meerdere reorganisatie binnen een bepaald tijdsbestek achter elkaar met gevolgen voor diverse werknemers, wordt in veel gevallen een zogeheten sociaal plan gesloten. Een sociaal plan is een statuut dat de spelregels en gevolgen bij een reorganisatie(ontslag) regelt (hoofdstuk 6). Onder omstandigheden kan zo'n sociaal plan worden aangemerkt als cao, hetgeen gevolgen heeft voor de mate van gebondenheid van de individuele werknemer aan de inhoud van zo'n collectieve regeling.

Ten slotte doen zich bij een bedrijfsovername dikwijls cao-problemen voor. Als de bedrijfsovername kwalificeert als een overgang van onderneming, kunnen namelijk twee verschillende cao's naast elkaar van toepassing zijn, omdat bij de oude werkgever cao A van toepassing was, terwijl bij de nieuwe werkgever cao B geldt. Blijft de oude cao in zo'n geval van toepassing of geldt na de overgang de cao van de nieuwe werkgever? Voor een goed antwoord op al

deze vragen, dient men het cao-recht te beheersen. Omdat de cao op diverse plekken in dit boek terugkomt, zullen nu eerst kort de belangrijkste onderwerpen van het cao-recht worden toegelicht. In de navolgende hoofdstukken zal vervolgens blijken dat en waarom het cao-recht een belangrijke rol kan spelen in een reorganisatie.

3.2 Wat is een cao?

3.2.1 Algemeen

Een collectieve arbeidsovereenkomst is een overeenkomst tussen de werkgever of werkgeversorganisatie(s) enerzijds en de werknemersorganisaties, dus de vakbonden, anderzijds. Werkgevers(organisaties) onderhandelen met de vakbonden over de arbeidsvoorwaarden zoals die collectief moeten gaan gelden voor de werknemers binnen de onderneming of binnen de hele sector. Of de individuele werknemer ook steeds aan de inhoud van zo'n cao is gebonden, is afhankelijk van een aantal voorwaarden die hierna zullen worden besproken.

82

Door middel van een cao kunnen arbeidsvoorwaarden voor een grote groep werknemers worden overeengekomen. De vakbonden spelen een belangrijke rol bij de onderhandelingen over en uiteindelijke totstandkoming van een cao. De twee grootste vakbonden in Nederland zijn FNV Bondgenoten en CNV. Vandaag de dag heeft het overgrote deel van de onzelfstandige beroepsbevolking met een cao en de daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden te maken. De cao is dus een belangrijke rechtsbron in het arbeidsrecht. Niet alleen vanwege voornoemd kwantitatieve bereik. Ook kwalitatief is de cao belangrijk. Een aantal wettelijke bepalingen in het arbeidsrecht is namelijk van driekwart dwingend recht, wat betekent dat er bij cao van kan worden afgeweken, denk bijvoorbeeld aan de ketenregeling van artikel 7:668a BW en de uitzendovereenkomst in de artikelen 7:690 en 7:691 BW. In cao's gebeurt dit dan ook regelmatig.

In artikel 1 lid 1 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (WCAO) is een definitie van het begrip cao opgenomen:

‘Onder collectieve arbeidsovereenkomst wordt verstaan de overeenkomst, aangegaan door een of meer werkgevers of een of meer verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid van werkgevers en een of meer verenigingen met volledige

rechtsbevoegdheid van werknemers, waarbij voornamelijk of uitsluitend worden geregeld arbeidsvoorwaarden, bij arbeidsovereenkomsten in acht te nemen.’

Uit deze definitie volgt dat aan de kant van de werkgever (1) de werkgever individueel, (2) werkgevers gezamenlijk, één werkgeversvereniging of (3) meer werkgeversverenigingen een cao kunnen afsluiten. In de praktijk wordt een cao meestal aan werkgeverszijde gesloten door één werkgever individueel voor de werknemers van zijn onderneming, of door één werkgeversorganisatie voor de hele branche/sector. Aan werknemerszijde wordt de cao gesloten door een of meerdere vakbonden. Werknemers kunnen zelf geen cao afsluiten. Aan de kant van de werknemers kunnen alleen één of meer vakbonden een cao afsluiten. De partijen die uiteindelijk samen een cao sluiten, noemen we de cao-partijen.

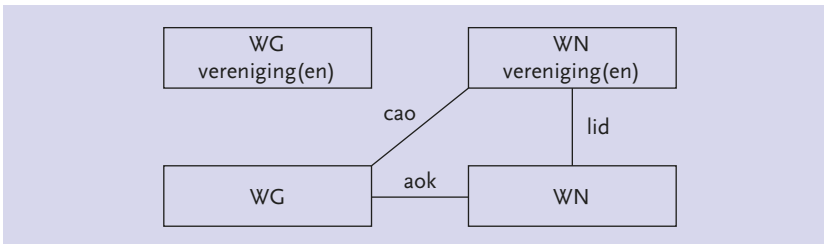
Een cao is, zoals de benaming al zegt, een **overeenkomst** tussen de cao-partijen ten behoeve van de werknemers die onder het bereik van de cao vallen. De cao komt tot stand na onderhandelingen hierover tussen de cao-partijen. Als onderhandelingen moeizaam verlopen – bijvoorbeeld omdat de vakbonden meer loonsverhoging eisen dan de werkgever wil of kan bieden – zie je dit regelmatig terug in het nieuws.

In een cao worden voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden geregeld, die *bij de individuele arbeidsovereenkomsten in acht moeten worden genomen*. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat het begrip ‘arbeidsvoorwaarde bij arbeidsovereenkomst in acht te nemen’ ruim moet worden uitgelegd.¹ Niet alleen arbeidsvoorwaarden in eigenlijke zin vallen eronder, maar ook onderwerpen die met de arbeidsvoorwaarden verband houden. Met andere woorden: zolang een overeenkomst tussen de vakbonden en de werkgever(sorganisatie) kwesties regelt die met de factor arbeid verband houden, staat dit de vaststelling dat we met een cao in de zin van de WCAO te maken hebben, niet in de weg. Alles wat in een cao verband houdt met de ‘arbeid’ kan als arbeidsvoorwaarde bestempeld worden. Zijn er dan ook arbeidsvoorwaarden in een cao die niet ‘bij de arbeidsovereenkomst in acht moeten worden genomen’? Deze vraag is relevant ten aanzien van het sociaal plan dat in hoofdstuk 6 zal worden besproken. In een sociaal plan zijn namelijk veel bepalingen opgenomen die zien op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dat zijn geen arbeidsvoorwaarden die op het eerste gezicht verband houden met de factor arbeid: de arbeid eindigt immers. Hierover meer in paragraaf 6.3.

¹ HR 19 maart 1976, NJ 1976, 407 (Kip/FMVB) en HR 10 juni 1983, NJ 1984, 147 (SFM/Fabricom).

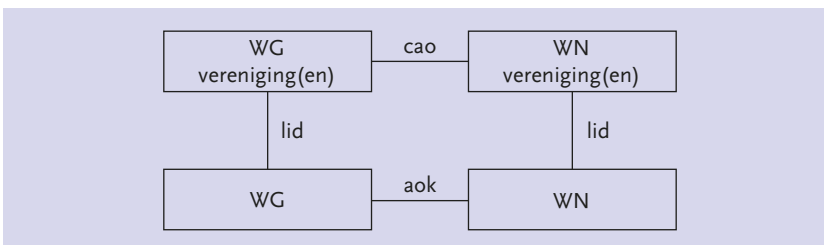
3.2.2 Ondernemings- en bedrijfstak-cao

Als een werkgever zelf een cao met één of meer vakbonden sluit voor zijn eigen werknemers, is dit een **ondernemings-cao**, ook wel bedrijfs-cao genoemd. Deze cao is specifiek toegespitst op de onderneming van de werkgever en de werknemers die daarin werken. De meeste grote werkgevers hebben een eigen ondernemings-cao, denk aan KPN, PostNL, ING, Philips, Shell, enzovoort. Schematisch ziet een ondernemings-cao er als volgt uit:



Figuur 10 Ondernemings-cao

Als een cao wordt afgesloten door één of meer werkgeversverenigingen voor de gehele branche of sector, dan is sprake van een **bedrijfstak-cao**, ook wel sector-cao genoemd. Een bedrijfstak-cao is op meer werkgevers en werknemers van toepassing dan een ondernemings-cao. Voorbeelden van een bedrijfstak-cao zijn de CAO Productie- en Leveringsbedrijven voor de energiesector, de CAO Metaal en Techniek voor de metaalsector, de CAO voor Banken voor de financiële sector, de CAO Detailhandel voor – de naam zegt het al – de detailhandel, de cao Zorg en Welzijn voor werkgevers en werknemers in de zorg, enzovoort. Schematisch ziet een bedrijfstak-cao er als volgt uit:



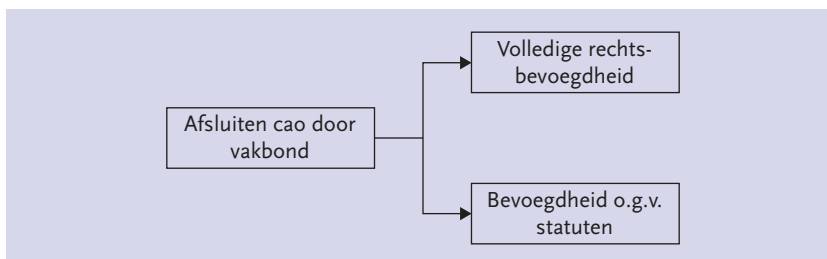
Figuur 11 Bedrijfstak-cao

Of een cao een ondernemings-cao of een bedrijfstak-cao is, kan worden afgeleid uit de cao zelf. In de cao zelf is namelijk opgenomen door welke cao-partijen de cao is aangegaan, doordat cao-partijen de cao hebben ondertekend.

Vaak is ook in de preambule of de definitielijst van de cao terug te vinden wie de cao-partijen zijn.

3.2.3 Overige eisen: rechtsbevoegdheid, statutaire representativiteit en aanmelding

Aan vakbondszijde gelden twee vereisten voor het rechtsgeldig kunnen sluiten van een cao. Uit de definitie van artikel 1 lid 1 WCAO volgt ten eerste dat de vakbond **volledige rechtsbevoegdheid** moet hebben. Een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid is een vereniging waarvan de statuten bij notariële akte zijn vastgelegd. De tweede voorwaarde vloeit voort uit artikel 2 WCAO: de vakbond die de cao sluit, moet blijkens de **statuten** bevoegd zijn een cao aan te gaan. Als een werkgever of werknemer lid wordt van een vakbond die bevoegd is een cao aan te gaan, wordt daarmee de contractsvrijheid overgeheveld aan de vakbond. Als een werknemer lid wil worden van een vakbond, dient het daarom duidelijk te zijn dat de vakbond de bevoegdheid heeft een cao aan te gaan en dat daarmee de contractsvrijheid van de individuele werknemer wordt overgedragen aan de vakbond. Dit blijkt dan uit de statuten van de vakbond.



Figuur 12 Voorwaarden voor rechtsgeldig aangaan cao door vakbond

Uit artikel 3 WCAO volgt verder dat een cao **schriftelijk** moet worden aangegaan. Voordat een cao in werking treedt, moet een cao bovendien op grond van artikel 4 Wet op de loonvorming (Wet LV) worden **aangemeld** bij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Als een cao niet wordt aangemeld, kan de cao niet in werking treden en gelden de bepalingen uit de WCAO niet. Cao-partijen moeten er dus altijd op letten dat de uitonderhandelde cao nog moet worden aangemeld conform artikel 4 Wet LV. Datzelfde geldt voor een uitonderhandeld sociaal plan, wil het de status van cao kunnen hebben. Hierover meer in paragraaf 6.3.

3.3 Soorten cao-bepalingen

3.3.1 *Standaard- en minimumbepalingen*

In een cao kunnen standaardbepalingen of minimumbepalingen worden overeengekomen. Een **standaardbepaling** is een bepaling waarvan niet mag worden afgeweken. Er mag niet in het nadeel van een werknemer worden afgeweken, maar ook niet ten gunste van een werknemer. Als een loonbepaling een standaardbepaling is, dan mag de werkgever dus niet meer loon betalen dan in de cao staat. Dergelijke bepalingen komen vooral voor in de zorg en gesubsidieerde sectoren en zijn bedoeld om onderlinge concurrentie op arbeidsvoorwaarden in de sector te voorkomen. Een **minimumbepaling** in een cao is een bepaling waarvan niet ten nadele, maar wel ten gunste van een werknemer mag worden afgeweken. Kortom, dergelijke bepalingen geven de ondergrens aan. Meestal is een cao-bepaling een minimumbepaling. Geschat wordt dat zo'n 90% van alle geldende cao's een minimumkarakter hebben.

Of een cao-bepaling een standaardbepaling of een minimumbepaling is, kan worden afgeleid uit de bewoordingen van de cao of de specifieke cao-bepaling. Er kan in een cao bijvoorbeeld expliciet bepaald worden dat de cao een minimumkarakter heeft of dat van de cao-bepalingen ten gunste van de werknemer mag worden afgeweken. De cao is dan een minimum-cao. Het kan ook zijn dat in een cao zowel standaardbepalingen als minimumbepalingen zijn opgenomen, zelfs als de cao een bepaling bevat die zegt dat de cao een bepaald karakter (standaard of minimum) heeft. De cao heeft dan (meer) een gemengd karakter. Er dient daarom sowieso steeds per bepaling te worden gekeken of er wel of niet ten gunste van de werknemer van de betreffende bepaling mag worden afgeweken. Er mag in ieder geval nooit ten nadele van de werknemer van een cao worden afgeweken (zowel bij standaard- als minimumbepalingen niet). Bij standaardbepalingen mag als gezegd ook niet ten gunste van de betreffende cao-bepalingen worden afgeweken.

3.3.2 *Normatieve, obligatoire en diagonale cao-bepalingen*

Een heel ander onderscheid in cao-bepalingen is het onderscheid tussen normatieve, obligatoire en diagonale cao-bepalingen. **Normatieve bepalingen** (ook wel horizontale bepalingen genoemd) zijn de meest essentiële bepalingen in een cao. Zij vormen de kern van de cao. Deze bepalingen regelen de (collectieve) arbeidsvoorwaarden uit de cao die deel gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomsten waarop de cao van toepassing is. Gedacht kan

worden aan bepalingen met betrekking tot loon, arbeidsduur en vakantiedagen, enzovoort.

Voorbeeld normatieve bepaling

‘De werknemer heeft recht op de volgende vergoedingen voor overwerk:

- a. Indien buiten het dienstrooster wordt gewerkt op een dag die niet een zaterdag, zondag of feestdag is:
 - 125% van het normale uurloon per gewerkt uur voor de eerste twee uur direct voorafgaand aan of direct aansluitend op het dienstrooster;
 - 150% van het normale uurloon per gewerkt uur voor de overuren die volgen op de in de vorige zin genoemde overuren;
- b. Indien buiten het dienstrooster wordt gewerkt op een zaterdag die niet een feestdag is: 150% van het normale uurloon per gewerkt uur;
- c. Indien buiten het dienstrooster wordt gewerkt op een zondag die niet een feestdag is: 200% van het normale uurloon per gewerkt uur;
- d. (...)

Obligatoire bepalingen zijn bepalingen die verplichtingen in het leven roepen voor de cao-partijen (dus de vakbonden enerzijds en de werkgever(s) of werkgeversvereniging(en) anderzijds). Gedacht kan worden aan een bepaling waarin de verplichting wordt opgenomen een geschillencommissie in te stellen of een bepaling waarin een vredesplicht is opgenomen, zoals in het navolgende voorbeeld.

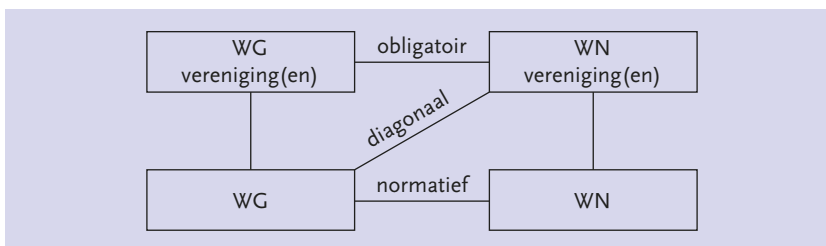
Voorbeeld obligatoire bepaling

‘De vakbonden verplichten zich tijdens de duur van deze cao generlei actie te zullen voeren of bevorderen, welke beoogt wijzingen te brengen in deze overeenkomst.’

Tot slot zijn er nog **diagonale bepalingen**. Deze bepalingen leggen rechten en verplichtingen op aan één van de cao-partijen ten opzichte van de andere cao-partij(en). Gedacht kan worden aan de verplichting van een werkgever om een voorgenomen reorganisatie en/of fusie aan de vakbonden te melden.

Voorbeeld diagonale bepaling

‘De werkgever die fusiebesprekingen voert, dan wel het voornemen heeft het bedrijf geheel of gedeeltelijk te sluiten en/of het personeelsbestand ingrijpend te reorganiseren, dan wel andere plannen heeft die een belangrijke negatieve invloed op de werkgelegenheid zullen hebben, stelt de werkgeversvereniging en de vakbonden daarvan in kennis. Werkgever zal er naar streven collectieve ontslagen zoveel mogelijk te voorkomen.’

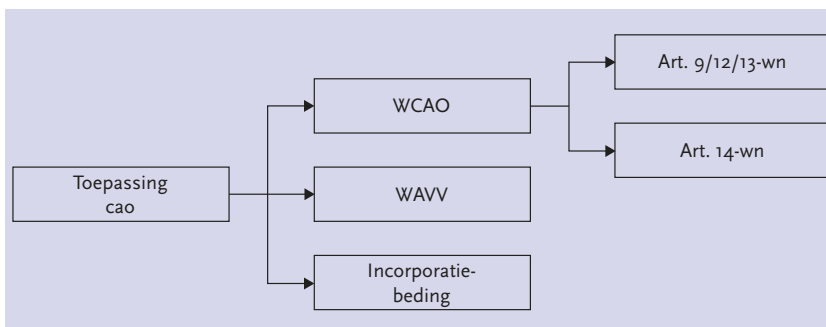


Figuur 13 Normatieve, obligatoire en diagonale cao-bepalingen

3.4 Gebondenheid aan cao's

88

Een cao kan op verschillende manieren van toepassing zijn op een individuele arbeidsovereenkomst. Een cao kan van toepassing zijn op grond van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (WCAO), de Wet op het algemeen verbindend en onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (WAVV) en/of op grond van een in de arbeidsovereenkomst opgenomen incorporatiebeding.



Figuur 14 Toepassing van een cao op een arbeidsovereenkomst

3.4.1 Gebondenheid op grond van de WCAO

3.4.1.1 De 'artikel 9/12/13-werknemer'

Als de werkgever en werknemer allebei zijn gebonden aan een cao, dan zijn de cao-bepalingen onderdeel geworden van de individuele arbeidsovereenkomst. Wanneer er sprake is van gebondenheid van partijen aan een cao, is geregeld in artikel 9 WCAO. In artikel 9 lid 1 WCAO is bepaald dat

‘allen, die tijdens de duur der collectieve arbeidsovereenkomst, te rekenen van het tijdstip waarop zij is aangegaan, **lid zijn of worden** eener vereniging, welke de overeenkomst heeft aangegaan, en bij de overeenkomst zijn **betrokken**, door die overeenkomst zijn gebonden’.

Uit deze bepaling volgt dat er voor gebondenheid aan een cao door een werkgever en een werknemer twee voorwaarden gelden:

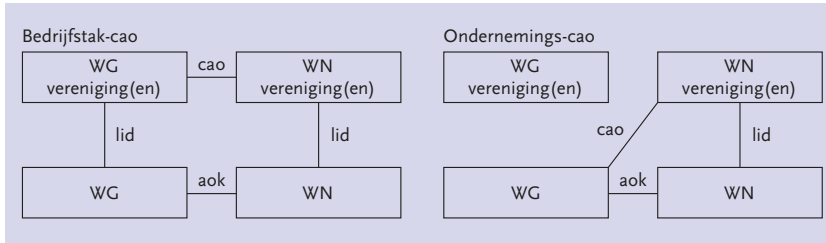
1. werkgever en werknemer moeten lid zijn van de werkgevers- en werknemersvereniging die de cao is aangegaan (werkgever kan ook zelf direct partij zijn bij de cao) en;
2. werkgever en werknemer dienen bij de cao betrokken te zijn.

Met betrekking tot de eerste voorwaarde geldt dat als niet zowel de werkgever als de werknemer lid is van de werkgevers- en werknemersvereniging (vakbond) die de cao zijn aangegaan, er geen sprake is van gebondenheid in de zin van de WCAO. Doordat een werkgever en werknemer lid zijn van een vereniging die partij is bij de cao, hebben zij hun individuele contractsvrijheid overgedragen aan die vereniging en zijn zij gebonden aan de cao. Zij hebben zich met andere woorden op voorhand neergelegd bij de uitkomst van de onderhandelingen door derden. Een werkgever kan ook zelf (dus zonder tussenkomst van een werkgeversvereniging) een ondernemings-cao sluiten met een of meerdere vakbonden. De werkgever is dan uiteraard aan de cao gebonden. De werknemer is in dat geval nog steeds alleen aan de cao gebonden als hij lid is van een vakbond die partij is bij de cao.

In de bankenbranche wordt de 'CAO Banken' gesloten door de Werkgeversvereniging Banken (WVB). Aan de kant van de werknemer zijn CNV Vakmensen en vakbond De Unie partij bij de cao. Als werkgever (bank) lid is van de WVB en werknemer lid is van CNV Vakmensen of De Unie, dan is zowel werkgever als werknemer lid van een vereniging die de cao is aangegaan. Werkgever en werknemer zijn derhalve gebonden aan de cao op grond van artikel 9 WCAO. Indien werkgever of werknemer hele-

maal niet is aangesloten bij één van de cao-partijen, dan is er geen gebondenheid op grond van artikel 9 WCAO.

Schematisch ziet de gebondenheid op grond van artikel 9 WCAO er als volgt uit:



Figuur 15 Gebondenheid artikel 9/12/13-werknemer

Het tweede vereiste voor gebondenheid op grond van artikel 9 WCAO is dat werkgever en werknemer bij de cao betrokken moeten zijn. Dit betekent dat de werkgever en werknemer onder de **werkings sfeer** van de cao moeten vallen. Of partijen onder de werkings sfeer van een cao vallen, is uit de cao zelf af te leiden: vaak is een van de eerste bepalingen van een cao de werkings sfeer-bepaling. Zo is in de CAO Banken in artikel 1.6 bepaald dat de cao van toepassing is op de (aan het begin van de cao opgesomde) deelnemende banken en financiële geassocieerde instellingen.

In de bankenbranche wordt de CAO Banken gesloten door de Werkgeversvereniging Banken WVB. Aan werknemerszijde zijn CNV Vakmensen en vakbond De Unie partij bij de cao. SBH is een bank en is lid is van de WVB. Werknemer, Sjaak de Vries, is lid van CNV Vakmensen. Hoewel zowel werkgever als werknemer lid is van een partij die de cao heeft gesloten, zijn zij niet gebonden op grond van artikel 9 WCAO. SBH heeft namelijk een eigen bedrijfs-cao en heeft zich daarom niet aangesloten bij de CAO Banken. SBH valt niet onder de werkings sfeer van artikel 1.6 CAO Banken, zodat werkgever en werknemer niet betrokken zijn bij de cao.

Rechtsgevolg van gebondenheid in de zin van artikel 9 WCAO

Als een werkgever en werknemer op grond van artikel 9 WCAO gebonden zijn aan een cao, is het rechtsgevolg daarvan te vinden in artikel 12 en 13 WCAO. Vandaar dat ook wel wordt gesproken over een 'artikel 9/12/13-werknemer'. Uit artikel 12 lid 1 WCAO volgt dat *elk beding* dat tussen werkgever en

werknemer wordt aangegaan dat strijdig is met de bepalingen in een cao **nietig** is. Is de betreffende cao-bepaling een minimumbepaling, dan mag als gezegd echter wel ten gunste van de werknemer van de cao-bepaling worden afgeweken en is geen sprake van nietigheid als de afwijking daadwerkelijk gunstiger voor de werknemer is.

Indien een met de cao strijdige bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst nietig is, treedt de cao-bepaling automatisch in de plaats van de nietige bepaling uit de individuele arbeidsovereenkomst. Wel moet een van de partijen bij de collectieve arbeidsovereenkomst (de vakbond) een beroep doen op de nietigheid van de bepaling in de individuele arbeidsovereenkomst (art. 12 lid 2 WCAO). Uit rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat 'elk beding' uit artikel 12 lid 1 WCAO zo moet worden uitgelegd, dat voor elk afzonderlijk beding in de individuele arbeidsovereenkomst dient te worden nagegaan of deze strijdig is met de cao.² Er mag niet aan pakketvergelijking worden gedaan. Dit betekent dat niet mag worden gekeken of een werknemer per saldo beter uit is door toepassing van de cao. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat een minimum-cao is overeengekomen en er in de cao een overwerkregeling is opgenomen op grond waarvan een werknemer recht heeft op vergoeding van 150% van zijn overuren. Indien een werknemer op grond van zijn individuele arbeidsovereenkomst een salaris krijgt dat het dubbele is van het cao-salaris, maar dat overwerk wordt geacht te zijn inbegrepen in dit hogere salaris, waardoor de werknemer per saldo financieel beter af is dan met het salaris en de overwerkvergoeding uit de cao, dan is er toch sprake van strijdigheid met de cao. Elk beding moet namelijk afzonderlijk worden getoetst. Dit betekent dat de werknemer in kwestie naast het in de individuele arbeidsovereenkomst overeengekomen hogere salaris *ook* recht heeft op de overwerkvergoeding uit de cao. Artikel 12 WCAO heeft een **vervangende werking**, omdat de bepalingen uit de collectieve arbeidsovereenkomst in de plaats treden van de met de cao strijdige bepalingen uit de individuele arbeidsovereenkomst. Het hogere salaris is niet strijdig met het cao-salaris, omdat sprake is van een minimum-cao. Het niet uitbetalen van een overwerkvergoeding omdat deze al gecompenseerd zou zijn in het hogere salaris, is echter wel strijdig met de overwerkvergoeding uit de cao. Uit artikel 13 WCAO volgt dat als er in een individuele arbeidsovereenkomst omtrent een bepaalde aangelegenheid niets geregeld is, de bepalingen uit de cao gelden. Dit wordt ook wel de **aanvullende werking** van de cao genoemd. Elke belanghebbende kan zich op artikel 12 en 13 WCAO beroepen. Zo kunnen de werkgever en de werknemer naleving van bepalin-

² HR 14 januari 2000, *JAR* 2000, 43 (Boonen/Quiken) en HR 24 april 2009, *JAR* 2009, 130 (Teunissen/Welter).

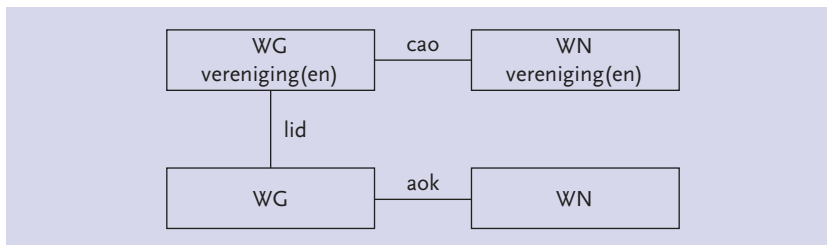
gen uit een cao van elkaar afdwingen. Daarnaast hebben ook vakbonden dit recht. Zij zijn immers ook partij bij de cao.

3.4.1.2 De 'artikel 14-werknemer'

Indien een werkgever lid is van de werkgeversvereniging die de cao heeft gesloten (of de cao zelf heeft gesloten) en de werknemer geen lid is van een vakbond die partij is bij de cao, dan is er geen gebondenheid van de werknemer op grond van artikel 9 WCAO. De rechtsgevolgen van artikel 12 en 13 WCAO zijn dan niet van toepassing. Indien er geen gebondenheid is op grond van artikel 9 WCAO, wordt de werknemer ook wel een **ongebonden werknemer** genoemd. In dat geval is het rechtsgevolg geregeld in artikel 14 WCAO. Vandaar dat ook wel wordt gesproken over een 'artikel 14-werknemer'.

Een werkgever is verplicht de toepasselijke cao ook toe te passen op de ongebonden werknemer, dus op de werknemer die geen lid is van de vakbond die de cao heeft gesloten. Een werkgever weet namelijk niet welke werknemers lid zijn van een vakbond. Een werkgever mag ook niet registreren welke werknemers lid zijn van een vakbond en welke werknemers dat niet zijn. Als een werkgever aan een cao gebonden is, dient hij de cao derhalve op zowel alle gebonden als ongebonden werknemers toe te passen.

Schematisch ziet de positie van de ongebonden werknemer er als volgt uit:



Figuur 16 De ongebonden werknemer

Er is wel een cruciaal verschil tussen een 'artikel 9/12/13-werknemer' en een 'artikel 14-werknemer'. Anders dan de artikel 9/12/13-werknemer kan een artikel 14-werknemer toepassing van de cao zelfs niet rechtens van de werkgever afdwingen.³ Hoewel een werkgever wel verplicht is om de cao ook op de artikel 14-werknemer toe te passen, kan deze werknemer toepassing van de cao

³ HR 7 juni 1957, NJ 1957, 527 (Suk/Brittania).

op hem niet afdwingen als de werkgever dat weigert. Alleen een vakbond of een werkgeversvereniging die partij is bij de gesloten cao kan een werkgever hierop aanspreken. Om ervoor te zorgen dat de collectieve arbeidsvoorwaarden alsnog op hem worden toegepast, kan de artikel 14-werknemer lid worden van de vakbond die partij is bij de cao. Let op, de werknemer verschiet dan van (juridische) kleur. Van een artikel 14-werknemer wordt hij dan een artikel 9/12/13-werknemer. Dit komt allemaal door het lidmaatschap van de vakbond.

Als sprake is van een ongebonden werknemer en artikel 14 WCAO dus van toepassing is, blijft de contractsvrijheid bestaan. Dit betekent dat tussen de werkgever en de individuele ongebonden werknemer andere afspraken kunnen worden gemaakt dan die in de cao zijn overeengekomen. Een werknemer kan wel nakoming van deze individuele afspraken vorderen.

De WCAO is dus altijd van toepassing indien een werkgever gebonden is aan een cao. Als een werknemer eveneens gebonden is aan de cao op grond van artikel 9 WCAO, is het rechtsgevolg terug te vinden in artikel 12 en 13 WCAO. Als een werknemer niet gebonden is, is het rechtsgevolg geregeld in artikel 14 WCAO. In de situatie dat alleen een werknemer lid is van een vakbond die een cao heeft gesloten en de werkgever geen lid is van een werkgeversvereniging die partij is bij de cao, is de WCAO niet van toepassing. Dat wil echter niet altijd zeggen dat de inhoud van de cao niet tussen partijen kan gelden. Zoals hierna zal blijken, kunnen partijen ook dan alsnog door middel van een AVV of een incorporatiebeding gebonden zijn aan de inhoud van de cao. Let op, de WCAO is dan niet van toepassing. De rechtsgevolgen moeten we dan uit andere wetten halen.

3.4.2 *Gebondenheid op grond van de WAVV*

Naast gebondenheid op grond van de WCAO kunnen een werkgever en werknemer op een andere manier aan een cao gebonden zijn. Op grond van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (WAVV) kan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een cao namelijk algemeen verbindend verklaren (art. 2 WAVV). Het algemeen verbindend verklaren van een cao is een daad van materiële wetgeving.

Het doel van het algemeen verbindend verklaren (avv) van een cao is de verantwoordelijkheid van sociale partners om evenwichtige arbeidsverhoudingen en arbeidsrust binnen een bepaalde sector te bevorderen, te ondersteunen en

te beschermen. Algemeenverbindendverklaring kan bijvoorbeeld zorgen voor rust binnen de sector, doordat er geen loonconcurrentie plaatsvindt: iedere werkgever in de sector – ongeacht of hij is aangesloten bij de werkgeversvereniging die de cao heeft gesloten – wordt door de algemeenverbindendverklaring gebonden aan de loonvoorschriften uit de avv-cao. Tevens kunnen arbeidsvoorwaarden door een algemeenverbindendverklaring van een cao vanuit de overheid worden gestuurd/gecontroleerd.

Het effect van een algemeenverbindendverklaring is dat concurrentie op arbeidsvoorwaarden door onderbieding van niet gebonden werkgevers (en werknemers) wordt voorkomen:⁴ in de hele bedrijfstak/sector worden dezelfde algemeen verbindend verklaarde arbeidsvoorwaarden toegepast, zodat er onderling tussen de werkgevers in de betreffende branche geen verschillen (meer) bestaan. Is een cao algemeen verbindend verklaard, dan kunnen in een bepaalde bedrijfstak dus ook geen arbeidsvoorwaarden meer worden overeengekomen die minder gunstig zijn dan de arbeidsvoorwaarden die zijn opgenomen in de algemeen verbindend verklaarde cao. Wel kunnen, indien het om een minimum-cao gaat, arbeidsvoorwaarden worden overeengekomen die gunstiger zijn voor een werknemer. Aan het begin van dit hoofdstuk is uitgelegd dat voor gebondenheid aan een cao op grond van de WCAO vereist is dat een werkgever en werknemer lid zijn van (een van) de werkgevers- en werknemersvereniging die partij zijn bij de cao. Als een cao algemeen verbindend is verklaard, maakt het voor de gebondenheid niet uit of een werkgever lid is van een werkgeversvereniging en ook niet of de werknemer lid is van een vakbond die partij is bij de cao. Dit is een heel belangrijk verschil met de WCAO. De algemeen verbindend verklaarde cao geldt namelijk zodra men onder het toepassingsbereik van de cao valt. Door de algemeenverbindendverklaring wordt de cao een wet in materiële zin, waardoor iedereen die onder de werkingsfeer ervan valt, eraan is gebonden.

De regels met betrekking tot het algemeen verbindend verklaren van cao's zijn opgenomen in de WAVV en het Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen (Toetsingskader AVV). Een cao kan alleen algemeen verbindend worden verklaard op verzoek van een of meer van de cao-partijen (art. 4 lid 1 WAVV). Een cao wordt vervolgens na zo'n verzoek alleen algemeen verbindend verklaard als de cao naar het oordeel van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid voor een belangrijke meerderheid van het aantal in de bedrijfstak werkzame personen geldt. Uit paragraaf 4 van het Toetsingskader AVV volgt dat een meerderheid van 60% in ieder geval als

4 Par. 1 Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen.

‘belangrijk’ wordt gekwalificeerd. Bij een meerderheid onder de 55% vindt algemeenverbindendverklaring niet plaats, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is in geval van genoemde belangrijke meerderheid overigens niet verplicht een verzoek tot algemeenverbindendverklaring van een cao toe te wijzen. Algemeenverbindendverklaring zal bijvoorbeeld worden geweigerd indien sprake is van strijd met het recht, strijd met het algemeen belang of indien algemeenverbindendverklaring een te grote benadeling van de rechtmatige belangen van derden in de betrokken bedrijfstak of daarbuiten tot gevolg heeft.⁵ In bepaalde gevallen kan de minister een werkgever uitsluiten van de toepassing van een algemeen verbindend verklaarde cao: hij kan de werkgever dan dispensatie verlenen.⁶ De minister kan een dispensatieverzoek toewijzen indien algemeenverbindendverklaring op gegronde bezwaren stuit en toepassing van een algemeen verbindend verklaarde cao wegens zwaarwegende argumenten niet van de werkgever kan worden gevergd. Daarnaast is vereist dat de werkgever gebonden is aan een eigen rechtsgeldige cao. Van zwaarwegende argumenten is met name sprake indien specifieke bedrijfskenmerken op essentiële punten verschillen van de ondernemingen die tot de werkingssfeer van de algemeen verbindend verklaarde cao gerekend kunnen worden. Door een werkgever dispensatie te verlenen, wordt maatwerk in de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming in een afzonderlijke onderneming of subsector mogelijk.

Voorts is van belang om te weten dat alleen de normatieve en diagonale cao-bepalingen algemeen verbindend kunnen worden verklaard. Als een cao algemeen verbindend wordt verklaard, betekent dit dat de normatieve en diagonale bepalingen uit die cao gedurende de AVV-periode van toepassing zijn op alle werkgevers en werknemers in de bedrijfstak waarop de cao ziet, ongeacht of de werkgevers en werknemers lid zijn van een van de cao-partijen. Algemeenverbindendverklaring heeft geen terugwerkende kracht: de normatieve en diagonale cao-bepalingen gaan dus pas voor de ongebonden werkgevers en werknemers gelden vanaf het moment van algemeenverbindendverklaring door de minister.

5 Par. 6 Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen.

6 Par. 7 Toetsingskader Algemeen Verbindend Verklaring CAO-bepalingen.

3.4.3 *Rechtsgevolg*

Het rechtsgevolg van een algemeen verbindend verklaarde cao is opgenomen in artikel 3 WAVV. Als een beding in de individuele arbeidsovereenkomst strijdig is met een bepaling in de algemeen verbindend verklaarde cao, dan is het beding uit de arbeidsovereenkomst nietig (art. 3 lid 1 WAVV). De bepaling uit de algemeen verbindend verklaarde cao treedt dan in de plaats voor het beding uit de arbeidsovereenkomst (vervangende werking). Als er in een arbeidsovereenkomst omtrent een bepaalde aangelegenheid niets is geregeld en in de algemeen verbindend verklaarde cao wel, dan gelden de bepalingen uit de algemeen verbindend verklaarde cao (art. 3 lid 3 WAVV). De algemeen verbindend verklaarde cao heeft dan een aanvullende werking. De algemeen-verbindendverklaring eindigt als de looptijd van de cao eindigt, maar in ieder geval na twee jaar (art. 2 lid 2 WAVV).

3.4.4 *Gebondenheid door een incorporatiebeding*

Naast gebondenheid aan de cao door middel van de WCAO of de WAVV is er nog een derde mogelijkheid om de inhoud van de cao op een rechtsrelatie van toepassing te laten zijn. Partijen kunnen dit simpelweg afspreken (overeenkomen). Om te voorkomen dat nagegaan moet worden of een cao al dan niet op grond van de WCAO van toepassing is, kan in de arbeidsovereenkomst een zogenoemd incorporatiebeding worden opgenomen. Een cao kan door middel van een incorporatiebeding op de arbeidsovereenkomst van toepassing worden verklaard. De betreffende cao gaat door middel van een incorporatiebeding als het ware onderdeel uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst. Vaak worden ook toekomstige cao's door een incorporatiebeding van toepassing verklaard. Als er een incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, maakt het voor de toepassing van de cao niet uit of een werknemer of een werkgever lid is van een vakbond respectievelijk werkgeversvereniging die partij is bij de cao en of partijen op grond van de WCAO gebonden zijn aan een cao. Zowel de werkgever als de werknemer kan naleving van de afspraken in de arbeidsovereenkomst, waaronder de toepassingsverklaring van de cao, van elkaar afdwingen.

Voorbeeld incorporatiebeding

‘Op deze arbeidsovereenkomst is de van tijd tot tijd geldende bedrijfscao van Spaarbank Holland N.V. van toepassing.’

3.5 Nawerking

Een cao kan maximaal voor de duur van vijf jaar worden afgesloten (art. 18 WCAO). Meestal heeft een cao een kortere looptijd. Vrij gebruikelijk is een looptijd van twee jaar. In een ideale situatie wordt na het expireren van de cao (dus na het verstrijken van de looptijd van een cao) direct een nieuwe cao gesloten die direct na afloop van de oude cao in werking treedt. Na het aflopen van de oude cao gelden dan de voorwaarden uit de nieuwe cao.



Figuur 17 Elkaar opvolgende cao's

In de praktijk gebeurt het echter vaak dat er na expiratie van de cao nog geen nieuwe cao is gesloten, meestal omdat de cao-partijen nog met elkaar in onderhandeling zijn over de nieuwe cao en er nog niet uitkomen. Vraag is of de arbeidsvoorwaarden uit de geëxpireerde cao na afloop van deze cao dan nog op de werknemer van toepassing zijn. Of zijn na het aflopen van de cao de arbeidsvoorwaarden uit de cao direct niet meer van toepassing en wordt er dan weer teruggevallen op de arbeidsvoorwaarden die golden voordat de cao van toepassing was?

97



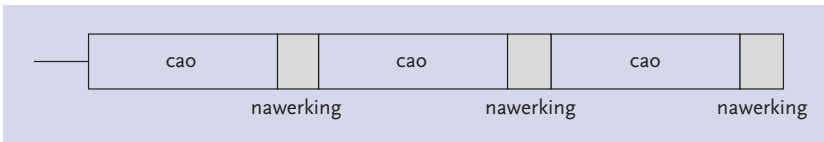
Figuur 18 Nog geen nieuwe cao na expiratie vorige cao

Voor het antwoord op deze vragen is in de doctrine het leerstuk 'nawerking' geïntroduceerd. Als het gaat om nawerking van cao-bepalingen dient een onderscheid gemaakt te worden tussen gebondenheid op grond van de WCAO en gebondenheid door de WAVV.

3.5.1 Nawerking en de WCAO

Uit rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat als een werkgever op grond van de WCAO gebonden is aan een cao, de bepalingen uit deze cao nawerking hebben na afloop van de looptijd van de cao. Dit betekent dat de bepalingen uit de cao na het expireren van de cao blijven gelden, totdat er een nieuwe cao is gesloten. Als er tussen werkgever en werknemer geen nieuwe afspraken

worden gemaakt, blijft gewoon de 'oude' cao met de daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden gelden. Wel herleeft de contractsvrijheid als de cao expireert en er nog geen nieuwe cao is overeengekomen. Dit betekent dat werkgever en werknemer na het aflopen van de cao wel nieuwe afspraken kunnen maken die afwijken van de cao-bepalingen. Er kunnen zelfs minder gunstige arbeidsvoorwaarden worden afgesproken dan de arbeidsvoorwaarden uit de cao. Als er dan weer een nieuwe cao wordt gesloten, kunnen cao-partijen aan die nieuwe cao terugwerkende kracht toekennen. Afspraken die tijdens de cao-loze periode zijn gemaakt, gelden dan niet meer.



Figuur 19 Nawerking cao op grond van de WCAO

Stel dat een werknemer op grond van zijn individuele arbeidsovereenkomst € 2.000 bruto per maand verdient en op grond van de toepasselijke cao € 2.250 bruto. Na afloop van de looptijd heeft de cao nawerking, zodat deze werknemer nog steeds € 2.250 bruto verdient. De cao werkt na, totdat er een nieuwe cao is gesloten.

98

Een belangrijk arrest als het gaat om nawerking van cao-bepalingen is het arrest *Abvakabo/Unieke Kinderopvang*.⁷ Uit dit arrest kan worden afgeleid dat als een cao nawerking heeft en er een nieuwe **minimum-cao** wordt overeengekomen, de gunstigere bepalingen uit de 'oude' cao van kracht blijven.⁸ De gunstigere arbeidsvoorwaarden uit de oude cao blijven dus nawerken, ook als er een nieuwe minimum-cao van toepassing is (tenzij in de nieuwe cao anders wordt overeengekomen). In de literatuur maken sommige auteurs bij nawerking op grond van de WCAO een onderscheid tussen artikel 9/12/13-werknemers en artikel 14-werknemers.⁹

⁷ HR 8 april 2011, *JAR* 2011, 135 (*Abvakabo/Unieke Kinderopvang*).

⁸ Zie over dit arrest: A.R. Houweling, *Permanente nawerking van minimum-cao's: een tijdbom onder het cao-recht?*, *AR Updates Commentaar* 2011-07.

⁹ Zie bijvoorbeeld A.R. Houweling en G.W. van der Voet, *Het leerstuk nawerking van collectieve arbeidsvoorwaarden op de helling*, *ARA* 2006, 3, p. 55-77.

3.5.2 Nawerking en de WAVV

De Hoge Raad heeft bepaald dat een algemeen verbindend verklaarde cao geen nawerking heeft.¹⁰ Als de algemeen verbindend verklaarde cao expireert, dan zijn de arbeidsvoorwaarden weer van toepassing die vóór de algemeenverbindendverklaring van toepassing waren. Als een werknemer op grond van zijn individuele arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld € 2.000 bruto per maand verdient en op grond van de algemeen verbindend verklaarde cao € 2.250 bruto, dan heeft de werknemer tijdens de periode dat de cao algemeen verbindend verklaard is recht op loon ter hoogte van € 2.250. Op het moment dat de algemeenverbindendverklaring afgelopen is, valt deze werknemer weer terug op de arbeidsvoorwaarden die voor de algemeenverbindendverklaring van toepassing waren. Na afloop van de algemeenverbindendverklaring heeft de werknemer recht op loon ter hoogte van € 2.000.

Individuele aok 2000,-	AVV cao 2250,-	Individuele aok 2000,-
---------------------------	-------------------	---------------------------

Figuur 20 Geen nawerking AVV-cao

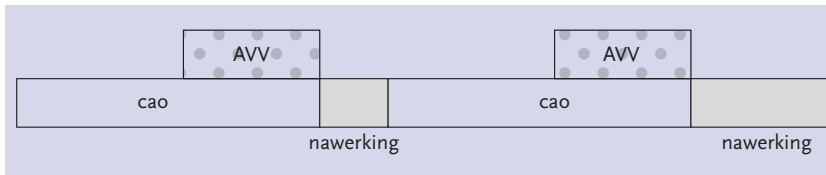
De enige uitzondering die de Hoge Raad heeft aanvaard op de regel dat een algemeen verbindend verklaarde cao geen nawerking heeft, is als er sprake is van een verkregen recht.¹¹ Als iemand bijvoorbeeld tijdens arbeidsongeschiktheid op grond van de algemeen verbindend verklaarde cao gedurende 24 maanden recht heeft op 100% loondoorbetaling en de werknemer daadwerkelijk tijdens de algemeen verbindend verklaarde periode arbeidsongeschikt raakt, eindigt het verkregen recht van 100% loondoorbetaling tijdens arbeidsongeschiktheid niet als de algemeen verbindend verklaarde cao afloopt.

3.5.3 Nawerking bij samenloop WCAO en WAVV

Vaak zal zich de situatie voordoen dat een cao op grond van de WCAO dient te worden toegepast en de cao tijdens de looptijd van de cao algemeen verbindend wordt verklaard.

¹⁰ HR 18 januari 1980, NJ 1980, 348 (Hop/Hom).

¹¹ HR 28 januari 1994, JAR 1994, 47 (Beenen/Vanduhö).



Figuur 21 Nawerking bij samenloop WCAO en WAVV

De werkgever die op grond van de WCAO al aan de cao gebonden was, zal de cao ook na afloop van de cao moeten blijven toepassen, omdat de cao voor hem nawerking heeft. De gebonden werknemers (art. 9/12/13-werknemers) van deze werkgever kunnen in de cao-loze periode naleving van de cao vorderen. Deze werkgever is verplicht de arbeidsvoorwaarden uit de cao ook op de ongebonden werknemers (art. 14-werknemers) toe te passen, maar de ongebonden werknemers kunnen dat niet rechtens afdwingen. Als een werkgever niet op grond van de WCAO aan de cao gebonden is omdat hij geen partij is geweest bij de cao en ook geen lid is van een werkgeversvereniging die partij is bij de cao, dan hoeft hij de cao alleen toe te passen op zijn werknemers over de periode dat de cao algemeen verbindend is verklaard. Als de periode van de avv eindigt, mag hij weer de arbeidsvoorwaarden uit de individuele arbeidsovereenkomst van voor de avv op zijn werknemers toepassen.

3.6 Uitleg van de cao (en sociaal plan)

Regelmatig ontstaan geschillen over de vraag hoe een cao-bepaling uitgelegd moet worden. Deze geschillen zullen voornamelijk ontstaan tussen een individuele werknemer en werkgever. Uitleggeschillen zijn lastige kwesties. Speciaal voor de uitleg van een cao-bepaling heeft de Hoge Raad een norm ontwikkeld, de zogeheten cao-norm.¹² Voor de uitleg van een cao-bepaling zijn de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis. Er hoeft dus niet uitsluitend naar de tekst van de uit te leggen bepaling te worden gekeken, ook moet er acht worden geslagen op elders in de cao gebruikte formuleringen én op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de verschillende, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.¹³ Bezinning op de (objectieve) redelijkheid van het effect van de voorgedhouden interpretaties is daarbij van belang. Er dient echter niet gekeken te

¹² HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 (Gerritse/Has).

¹³ HR 20 februari 2004, *JAR* 2004/83 (DSM/Fox), alsook HR 20 december 2002, *JAR* 2003/17, HR 14 februari 2003, *JAR* 2003/72, HR 14 april 2008, *JAR* 2008/147.

worden naar wat partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst hebben beoogd, omdat werknemers geen partij zijn geweest bij de cao-onderhandelingen. Bedoelingen die voor derden kenbaar zijn, bijvoorbeeld omdat deze in de toelichting op of in de preambule van de cao staan, kunnen wel worden meegewogen in een uitleggenschil. De cao-uitlegnorm geldt ook voor de uitleg van een sociaal plan, zelfs als het sociaal plan niet als cao kan worden aangemerkt (zie hierover par. 6.3).¹⁴

Eind 2016 heeft de Hoge Raad een uitspraak gedaan over de uitleg van een sociaal plan en geoordeeld dat gelet op de specifieke omstandigheden van het geval in deze zaak *wel* betekenis toekomt aan de voor derden niet kenbare bedoelingen van de opstellers van het sociaal plan.¹⁵ Waar ging het over in deze zaak?

Condor is enig aandeelhouder en bestuurder van Ossfloor Tapijtfabrieken B.V. In april 2010 heeft de tapijtfabriek een grootschalige reorganisatie aangekondigd (van 116 fte naar 35 fte). Tussen Ossfloor en de FNV is een akkoord gesloten over het sociaal plan, waarbij een vergoeding op grond van de oude kantonrechtersformule met $C=0,5$ is bedongen. Condor heeft zich garant gesteld voor de nakoming van het sociaal plan. De reorganisatie heeft plaatsgevonden. Ossfloor is op 24 mei 2011 in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de 39 werknemers die nog in dienst waren van Ossfloor ontslag aangezegd. Werknemers hebben een uitkering conform het sociaal plan gevorderd. FNV heeft aangevoerd dat het sociaal plan ook geldt voor de achterblijvers, en dat Condor zich garant heeft gesteld voor de nakoming van het sociaal plan. Bij de Hoge Raad klaagt FNV onder meer dat het hof ten onrechte voor derden niet kenbare conceptstukken niet in de uitleg van het sociaal plan heeft betrokken.

De Hoge Raad oordeelt dat eerdere rechtspraak waarin de cao-norm is ontwikkeld en toegepast, ziet op gevallen waarin de door de rechter uit te leggen bepaling van de overeenkomst mede de rechtspositie van derden beïnvloedt. Onder zodanige derden zijn te verstaan partijen – in het geval van een cao: individuele werknemers en werkgevers – die niet betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de overeenkomst en dus geen invloed hebben kunnen uitoefenen op de inhoud of de formulering van de daarin opgenomen bepalingen, en voor wie de bedoelin-

¹⁴ HR 26 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5961.

¹⁵ HR 25 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2687.

gen van de wel bij die totstandkoming betrokken partijen slechts kenbaar zijn uit de in die overeenkomst opgenomen bepalingen of bijbehorende schriftelijke toelichting. Blijkens deze rechtspraak strekt de cao-norm in de eerste plaats ertoe te voorkomen dat die niet kenbare partijbedoeling wordt tegengeworpen aan zodanige derden. In de tweede plaats is onaanvaardbaar dat een bepaling van een cao op verschillende wijzen zou moeten worden uitgelegd al naargelang de personen die bij een geschil daaromtrent als procespartijen in het geding zijn betrokken. Hieruit volgt dat de cao-norm tevens ertoe strekt te verzekeren dat een cao voor alle onder de werkingssfeer daarvan vallende partijen op dezelfde wijze wordt uitgelegd.

In het onderhavige geval zijn er echter de volgende bijzondere omstandigheden:

1. Condor heeft zich garant gesteld voor de nakoming van de verplichtingen van haar dochteronderneming Ossfloor uit hoofde van het door laatstgenoemde met FNV gesloten sociaal plan. Nu het hof deze garantie – in navolging van partijen – heeft gekwalificeerd als een overeenkomst van borgtocht, moeten de verplichtingen van Condor jegens FNV c.s. worden bepaald door uitleg van het sociaal plan.
2. De onderhandelingen over het sociaal plan vonden plaats tussen – aan de ene kant – vertegenwoordigers van FNV en – aan de andere kant – de personeelsfunctionaris en de bedrijfsleider van Ossfloor, terwijl namens Ossfloor mede werd onderhandeld door de controller en het hoofd personeelszaken van de Condor Groep.
3. Het sociaal plan is in werking getreden op de datum van bereiken van het akkoord, dat wil zeggen 20 mei 2010, en kent een looptijd tot en met 31 december 2015.
4. Het sociaal plan is tevens ondertekend door de directeur van Condor, waarbij aan het sociaal plan de bepaling is toegevoegd dat Condor zich garant stelt voor de uitvoering van dit sociaal plan ‘indien er binnen de looptijd van dit sociaal plan zich een faillissement voordoet dan wel Condor Capital BV besluit om Ossfloor, binnen de looptijd van dit sociaal plan te sluiten’.
5. De OR van Ossfloor heeft ingestemd met de reorganisatie van Ossfloor.
6. Alle partijen voor wie de uitleg van het sociaal plan van belang is, te weten FNV, Condor en alle achterblijvers, zijn betrokken in de onderhavige procedure, terwijl Ossfloor failliet is verklaard, en de werknemers die tijdens de reorganisatie van mei 2010 zijn ontsla-

gen, reeds een vergoeding op de voet van het sociaal plan hebben ontvangen.

Gelet op deze omstandigheden komt naar het oordeel van de Hoge Raad in dit geval bij de uitleg van het sociaal plan wel mede betekenis toe aan de voor derden niet kenbare bedoelingen van de opstellers van het sociaal plan. Toepassing van de cao-norm is in dit geval niet gerechtvaardigd.

3.7 Afsluiting

Het cao-recht in Nederland is een complex systeem. Omdat veel arbeidsvoorwaarden in collectieve arbeidsovereenkomsten zijn geregeld, is kennis van het cao-recht wel van groot belang. Of een cao van toepassing is en wat de rechtsgevolgen daarvan zijn, is afhankelijk van de vraag of een werkgever of een werknemer lid is van de werkgevers- en werknemersvereniging die de cao heeft gesloten. Voorts kan een cao algemeen verbindend worden verklaard. Het gevolg hiervan is dat een niet gebonden werkgever (omdat hij geen lid is van een werkgeversvereniging die partij is bij de cao) toch de algemeen verbindend verklaarde normatieve en diagonale cao-bepalingen op zijn werknemers zal moeten toepassen. Daarnaast kunnen cao-bepalingen (permanent) nawerken, waardoor bepalingen uit een 'oude' cao na afloop van de cao (eventueel zelfs naast de bepalingen in een nieuw gesloten minimum-cao) nog van toepassing blijven. Algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen werken niet na. Zoals in hoofdstuk 7 over overgang van onderneming verder zal worden besproken, kan bij een overgang van onderneming het probleem ontstaan dat verschillende cao's naast elkaar van toepassing zijn. Ook hierdoor ontstaan diverse vraagstukken.¹⁶ De Hoge Raad heeft in verschillende uitspraken de zogenoemde cao-norm ontwikkeld. In 2016 heeft de Hoge Raad daar wat betreft de uitleg van een sociaal plan een nuancering op aangebracht. Het sociaal plan wordt in hoofdstuk 6 verder besproken. In de volgende hoofdstukken zal de cao in het kader van het arbeidsrecht dat van belang is bij een reorganisatie op verschillende plaatsen ter sprake komen.

¹⁶ Houweling doet een aantal voorstellen om het cao-recht te wijzigen, zie: A.R. Houweling, *Permanente nawerking van minimum-cao's: een tijdbom onder het cao-recht?*, *AR Updates Commentaar* 2011-07.

3.8 Oefencasus

Moederonderneming van het SBH-concern, SBH N.V., heeft een bedrijfs-cao voor het SBH-concern gesloten met FNV Finance, Dienstenbond CNV en De Unie met een looptijd van 1 januari 2015 tot 1 januari 2017. Na moeizame onderhandelingen lukt het een nieuwe bedrijfs-cao af te sluiten met een looptijd van 1 april 2017 tot 1 april 2019. De werknemers van SBH zijn op de volgende wijze georganiseerd:

- 10% van de werknemers is lid van Dienstenbond CNV;
- 20% van de werknemers is lid van FNV Finance;
- 20% van de werknemers is lid van De Unie;
- 50% van de werknemers is ongeorganiseerd.

In de cao zijn onder meer de volgende bepalingen opgenomen:

‘Artikel 1

Deze overeenkomst is van toepassing op alle medewerkers die op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst zijn van een van de aan het SBH-concern gelieerde werkgevers.’

‘Artikel 2

De bepalingen in deze cao hebben een minimumkarakter, tenzij uitdrukkelijk anders is aangegeven.’

1. *Heeft het regionale SBH Rotterdam de arbeidsvoorwaarden uit de bedrijfs-cao van het SBH-concern, welke golden van 1 januari 2015 tot 1 januari 2017, gedurende die periode moeten toepassen op haar werknemers? Zo ja, op grond waarvan?*
2. *Heeft SBH Rotterdam de arbeidsvoorwaarden uit de bedrijfs-cao van het SBH-concern, welke golden van 1 januari 2015 tot 1 januari 2017, moeten toepassen op haar werknemers gedurende de periode van 1 januari 2017 tot 1 april 2017, en zo ja op welke grond(en)?*

Op grond van de nieuwe bedrijfs-cao 2017-2019, verdient medewerker Adriano Ramos (lid van FNV Finance) € 5.300 bruto per maand. Als hij in verband met zijn werk een reis naar het buitenland moet maken vanwege een vergadering met een van de Belgische zusterondernemingen binnen het concern, krijgt hij op grond van de cao naast een onkostenvergoeding een toeslag van € 200. Adriano komt met zijn directeur van SBH Rotterdam overeen dat

hij vanaf 1 april 2017 een salaris ontvangt van € 5.600 bruto per maand. Hij zal dan – zo hebben Adriano en zijn directeur afgesproken – geen toeslag voor een buitenlandse dienstreis meer ontvangen.

3. *Hoe hoog is het salaris van Adriano na 1 april 2017? Maakt hij na deze datum nog aanspraak op de toeslag voor buitenlandse dienstreizen?*

Roel Wijmans, die geen lid is van een vakbond, werkt fulltime bij SBH Rotterdam. Op 1 mei 2016 is hij arbeidsongeschikt geraakt, waardoor hij niet meer kan werken. Op 1 juli 2017 is hij weer helemaal de oude en gaat hij weer volledig aan de slag. Op grond van de bedrijfs-cao betaalt de SBH bij arbeidsongeschiktheid de eerste 52 weken 100% van het loon door. Dit volgt uit artikel 25 van de cao, waarin het volgende is bepaald:

‘Artikel 25

Bij arbeidsongeschiktheid ontvangt de werknemer gedurende de wettelijke periode van 104 weken zoals genoemd in lid 1 van artikel 629 boek 7 titel 10 BW, naast de aldaar genoemde wettelijk verplichte doorbetaling van het loon, gedurende maximaal de eerste 52 weken een aanvulling van 30%.’

Roel schuift deze cao-bepaling onder de neus van zijn manager bij SBH Rotterdam. Deze weigert echter Roel 100% van zijn loon door te betalen over de periode dat hij arbeidsongeschikt is, omdat hij vindt dat de wettelijke loon-doorbetalingsverplichting van 70% al meer dan genoeg is voor een arbeidsongeschikte werknemer die niet inzetbaar is.

4. *Is SBH Rotterdam verplicht artikel 25 uit de cao toe te passen op Roel gedurende zijn hele periode van arbeidsongeschiktheid?*

In de bedrijfs-cao van SBH 2015-2017 was verder ook de volgende bepaling opgenomen:

‘Artikel 15

Enmaal per jaar, in de maand december, zal de werkgever aan de werknemer een eindejaarstoeslag betalen ter grootte van € 500.’

5. *Wat voor type bepaling is artikel 15?*

In de nieuwe bedrijfs-cao van SBH 2017-2019 is de eindejaarstoeslag naar beneden aangepast:

'Artikel 15

Eenmaal per jaar, in de maand december, zal de werkgever aan de werknemer een eindejaarstoeslag betalen ter grootte van € 250.'

6. *Kunnen de werknemers van SBH een beroep doen op de nawerking van de (hogere) eindejaarstoeslag uit de bedrijfs-cao van 2015-2017?*

Antwoorden oefencasus

1. SBH Rotterdam heeft de bedrijfs-cao 2015-2017 inderdaad op haar werknemers moeten toepassen. Moederonderneming SBH N.V. is immers partij bij de cao en de cao heeft gezien de werkingssfeerbepaling betrekking op alle medewerkers die een arbeidsovereenkomst hebben met een van de SBH-(dochter)ondernemingen van het concern (zie art. 1 van de bedrijfs-cao). Hierdoor is SBH Rotterdam gebonden aan de cao in de zin van artikel 9 lid 1 WCAO. Het gevolg hiervan is dat werknemers die lid zijn van CNV Dienstenbond, FNV Finance en De Unie eveneens aan de cao gebonden zijn op grond van artikel 9 lid 1 WCAO. De bepalingen uit de cao werken rechtstreeks door in hun individuele arbeidsovereenkomst op grond van de artikelen 12 en 13 WCAO. Ten aanzien van alle overige werknemers (de ongeorganiseerde werknemers) moet SBH Rotterdam de cao toepassen op grond van artikel 14 WCAO.
2. Ja, volgens de Hoge Raad blijven cao-bepalingen na afloop van de geldingsduur van een cao in beginsel van kracht, totdat er een nieuwe cao gaat gelden. Dit wordt nawerking genoemd. Deze nawerking geldt zowel voor de artikel 9/12/13-werknemer als voor de artikel 14-werknemer. Aangezien de contractsvrijheid in de cao-loze periode herleeft, mogen de individuele werkgever en werknemer in deze periode wel van de cao-bepalingen afwijken.
3. Of de van de cao afwijkende bepalingen rechtsgeldig zijn op grond van artikel 12 WCAO, is afhankelijk van de vraag of de cao-bepalingen minimum- of standaardbepalingen zijn. In dit geval hebben we te maken met minimumbepalingen (zie art. 2 van de cao). Dat betekent dat de overeengekomen loonstijging rechtsgeldig is (er is immers ten voordele van Adriano afgeweken), maar de afschaffing van de toeslag niet. Adriano verdient vanaf 1 april 2017 dus een maandloon van € 5.600 bruto en heeft recht op de toeslag van € 200 als hij een buitenlandse dienstreis moet maken. Zie in dit verband het arrest Boonen/Quicken: volgens de Hoge

Raad moet iedere arbeidsvoorwaarde apart aan de cao worden getoetst en mag niet worden gekeken of de werknemer per saldo beter uit is.¹⁷

4. We hadden bij vraag 1 al gezien dat SBH Rotterdam aan de bedrijfs-cao is gebonden. SBH Rotterdam is op grond van de WCAO verplicht de cao toe te passen op Roel: de aan een cao gebonden werkgever is namelijk verplicht de cao toe te passen op al zijn werknemers, ongeacht of deze al dan niet lid zijn van de vakbond die partij is bij de cao. De grondslag waarop deze verplichting rust, verschilt wel naargelang de werknemer al dan niet is aangesloten bij die vakbond. Is de werknemer door zijn lidmaatschap van de vakbond ook gebonden aan de cao, dan is de werkgever verplicht de cao toe te passen op de werknemer op grond van de artikelen 9, 12 en 13 WCAO. Is de werknemer, zoals Roel, geen lid van de vakbond die bij de cao partij is, dan is de werkgever op grond van artikel 14 WCAO toch verplicht de cao toe te passen. SBH Rotterdam is dus inderdaad verplicht de bedrijfs-cao op Roel te passen. Indien dit niet (correct) gebeurt, kan Roel de correcte toepassing van de cao echter niet afdwingen. De ongebonden werknemer heeft geen eigen recht op nakoming van cao-bepalingen jegens de gebonden werkgever. Indien Roel toepassing van de cao-bepaling wil afdwingen, zal hij lid moeten worden van de vakbond (maar dan is hij uiteraard geen artikel 14-werknemer meer).
5. Er zijn drie soorten cao-bepalingen te onderscheiden. Normatieve of horizontale cao-bepalingen zijn bedoeld om deel uit te gaan maken van de individuele arbeidsovereenkomsten waarop de cao van toepassing is. Zij scheppen verplichtingen van de individuele werkgever jegens zijn werknemers. Obligatoire cao-bepalingen betreffen afspraken die cao-partijen onderling hebben gemaakt en die alleen tussen hen van kracht zijn. Diagonale cao-bepalingen betreffen verplichtingen die worden opgelegd aan (de leden van) een van de cao-partijen ten opzichte van de andere cao-partijen of een derde. Artikel 15 behelst een verplichting van de individuele werkgever ten opzichte van zijn werknemers. Hier is dus sprake van een normatieve (of: horizontale) bepaling. Uit artikel 2 kan bovendien worden opgemaakt dat het hier gaat om een minimumbepaling en niet om een standaardbepaling. Van de bepalingen uit een standaard-cao mag immers geheel niet worden afgeweken, ook niet in voor de werknemer gunstige zin.

¹⁷ HR 14 januari 2000, JAR 2000, 43 (Boonen/Quicken).

6. Een cao heeft nawerking. Het begrip 'nawerking' berust niet op de wet, maar heeft zich in jurisprudentie gevormd en is onder andere terug te vinden in het arrest Abvakabo/Unieke Kinderopvang.¹⁸ 'Nawerking' wil zeggen dat de werkgever de arbeidsvoorwaarden uit de cao na afloop van de cao moet blijven toepassen, totdat een nieuwe cao van kracht wordt. Wordt een nieuwe cao van kracht, maar is dit een minimum-cao, dan kunnen de werknemers zich ook nog steeds beroepen op de nawerking van de oude cao. De bedrijfs-cao van SBH betreft blijkens artikel 2 van de cao een minimum-cao. Uit de bewoording van artikel 15 van de nieuwe cao kan niet worden afgeleid dat dit een standaardbepaling is geworden waarmee een eventueel beroep op nawerking van artikel 15 uit de oude cao afgesneden had kunnen worden. De werknemers kunnen zich dus nog steeds beroepen op de hogere eindejaarsuitkering uit de cao 2015-2017, vanwege de nawerking van deze cao-bepaling. Of de werknemer wel of geen vakbondslicid is, doet voor de nawerking niet ter zake. De ongebonden werknemer zal de toepassing van het oude artikel 15 van de cao echter niet kunnen afdwingen. Daarvoor moet hij eerst lid worden van een van de vakbonden die de cao hebben afgesloten met SBH N.V.

¹⁸ HR 8 april 2011, *JAR* 2011, 135 (Abvakabo/Unieke Kinderopvang).

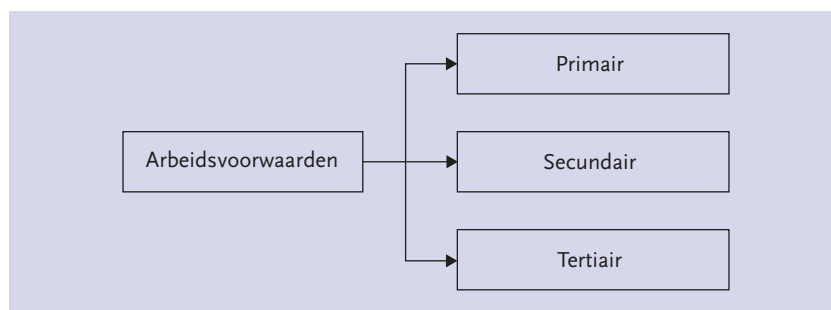
4 Wijziging van arbeidsvoorwaarden

4.1 Inleiding

Een werkgever en een werknemer sluiten een arbeidsovereenkomst met daarin afspraken waar beide partijen zich aan moeten houden en waar zij elkaar over en weer op kunnen aanspreken. Als alle afspraken worden nageleefd en de gemaakte afspraken duidelijk zijn, leidt dat niet problemen. Als er ten voordele van de werknemer wordt afgeweken van de gemaakte afspraken, is dat vaak geen probleem. Onder omstandigheden kan er echter aanleiding zijn om hetgeen in de arbeidsovereenkomst is afgesproken, aan te passen ten nadele van de werknemer. Het kan ten tijde van een reorganisatie bijvoorbeeld wenselijk en soms zelfs noodzakelijk zijn arbeidsvoorwaarden naar beneden bij te stellen of zelfs helemaal te schrappen, denk aan een luxe bonusregeling of een leaseautoregeling. Als er bezuinigd moet worden op de loonkosten, zou het betalen van minder loon aan werknemers uitkomst kunnen bieden, om op die manier gedwongen ontslagen te voorkomen. Veranderingen op de markt kunnen aanleiding zijn tot het wijzigen van de organisatie en daarmee de arbeidsvoorwaarden van werknemers. Ook kan het in het kader van een reorganisatie noodzakelijk worden gevonden om een bepaalde functie fors uit te kleden, gevolgd door een aanpassing van het bijbehorende salaris naar een lagere salarisschaal. En na een bedrijfsovername zal er de wens bestaan om de arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers te harmoniseren. De nieuwe werkgever zal namelijk vaak graag zijn eigen arbeidsvoorwaarden willen toepassen op alle werknemers en geen onderscheid willen maken tussen overgenomen en reeds in dienst zijnde werknemers. Ook daarvoor is wijziging van arbeidsvoorwaarden een voor de hand liggende optie. In dit hoofdstuk zullen we de juridische kaders van het wijzigen van arbeidsvoorwaarden op hoofdlijnen schetsen. Voordat we dat doen, zullen we eerst stilstaan bij de belangrijke voorvraag wat een arbeidsvoorwaarde nu precies is.

4.2 Arbeidsvoorwaarden

In de wet is geen definitie terug te vinden van het begrip arbeidsvoorwaarde. **Arbeidsvoorwaarden** kunnen omschreven worden als *'het samenstel van rechten en plichten van werkgever en werknemer tegenover elkaar ten aanzien van het verrichten van arbeid in loondienst'*.¹ Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan loon, bonus, functie, arbeidstijden, leaseauto, pensioen en vakantiedagen. Dergelijke arbeidsvoorwaarden worden vaak in een collectieve arbeidsovereenkomst opgenomen, maar dat hoeft niet altijd het geval te zijn. In de literatuur wordt wel onderscheid gemaakt tussen primaire, secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden.² Dit onderscheid wordt in de wet niet gemaakt.



Figuur 22 Primaire, secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden

Primaire arbeidsvoorwaarden zijn de meest essentiële arbeidsvoorwaarden in de arbeidsovereenkomst. Als primaire arbeidsvoorwaarden worden bijvoorbeeld aangemerkt de arbeidsduur, de hoogte van het loon, vakantierechten en pensioenvoorzieningen. **Secundaire arbeidsvoorwaarden** zijn arbeidsvoorwaarden waarin de primaire arbeidsvoorwaarden nader worden uitgewerkt. Het gaat dan om regelingen inzake overwerk, beloningstoeslagen en de vakantieperiode. Onkosten- en vergoedingsregelingen kunnen beschouwd worden als **tertiaire arbeidsvoorwaarden**.³ Het onderscheid tussen primaire, secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden kan van belang zijn bij de wijziging van de arbeidsovereenkomst. Een wijziging van een primaire arbeidsvoorwaarde heeft in het algemeen verdergaande gevolgen dan wijziging van een secundaire of tertiaire arbeidsvoorwaarde en zal dan ook lastiger te bewerkstelligen zijn dan de wijziging van een secundaire of tertiaire arbeids-

¹ SER-advies 1994/06, p. 37.

² Zie bijvoorbeeld S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, Deventer: Kluwer 2003, p. 50.

³ Zie hierover bijvoorbeeld SER-advies 1994/06, p. 37.

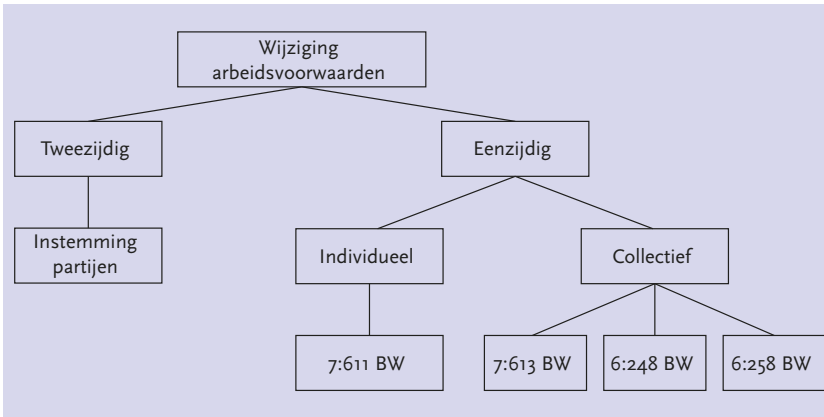
voorwaarde. Oftewel, voor het wijzigen van primaire arbeidsvoorwaarden gelden strengere regels dan voor het wijzigen van tertiaire arbeidsvoorwaarden. Zowel primaire als secundaire als tertiaire arbeidsvoorwaarden kunnen evenwel (eenzijdig) gewijzigd worden, zij het dat wijziging van primaire arbeidsvoorwaarden minder snel mogelijk is.

4.3 Wijzigingsmodaliteiten

Er zijn verschillende gronden waarop een arbeidsovereenkomst gewijzigd kan worden. Deze gronden zullen in dit hoofdstuk worden besproken. We beginnen met het wijzigen van de arbeidsovereenkomst met instemming van de werknemer. Als hoofdregel geldt namelijk dat de arbeidsovereenkomst niet zomaar eenzijdig kan worden gewijzigd, maar dat beide partijen wel akkoord kunnen gaan met de wijziging van de arbeidsovereenkomst. Een arbeidsovereenkomst kan op een relatief eenvoudige manier gewijzigd worden als een werknemer akkoord gaat met een door de werkgever voorgestelde wijziging. Dit is dan geen eenzijdige wijziging, maar een **tweezijdige wijziging**, omdat beide partijen met de wijziging akkoord gaan.

Onder bepaalde omstandigheden kan een arbeidsovereenkomst ook **eenzijdig** door de werkgever worden gewijzigd. Over eenzijdige wijziging en de verschillende wettelijke grondslagen hiervoor, bestaat in de literatuur veel discussie. Met name over de onderlinge verhouding tussen de verschillende wettelijke wijzigingsmodaliteiten. Ook over het antwoord op de vraag wanneer welke wijzigingsmodaliteit moet worden toegepast, is men het niet eens en bestaan verschillende opvattingen. In dit hoofdstuk zullen de verschillende wettelijke wijzigingsmodaliteiten op hoofdlijnen aan bod komen, waarbij de punten van discussie kort zullen worden benoemd. Bij het bespreken van de wettelijke wijzigingsmodaliteiten zal een onderscheid worden gemaakt tussen het wijzigen van individuele arbeidsvoorwaarden en het wijzigen van collectieve arbeidsvoorwaarden. Voor wat betreft de wijziging van arbeidsvoorwaarden van een individuele werknemer kan het goed werknemerschap ex artikel 7:611 BW meebrengen, dat een werknemer akkoord dient te gaan met een voorstel tot wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden. Bij een collectieve wijziging, dus een wijziging van arbeidsvoorwaarden van diverse werknemers, kunnen artikel 7:613 BW (eenzijdig wijzigingsbeding), artikel 6:248 BW (redelijkheid en billijkheid) en/of artikel 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden) mogelijk uitkomst bieden. In de volgende figuur staan de verschil-

lende wijzen waarop arbeidsvoorwaarden gewijzigd kunnen worden schematisch opgenomen.



Figuur 23 Wijziging arbeidsvoorwaarden

4.4 Instemmen met wijziging

Uitgangspunt is dat voor het wijzigen van arbeidsvoorwaarden **instemming** van de werknemer vereist is. Afspraak is immers in beginsel afspraak ('pacta sunt servanda') en om een afspraak te wijzigen zal de andere contractspartij hiermee moeten instemmen. De regels van het algemene overeenkomstenrecht (Boek 3 en 6 BW) zijn daarbij van toepassing. Een werkgever kan een werknemer een voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst voorleggen, dat de werknemer kan accepteren of weigeren. Hierbij gelden de regels van Boek 6 BW (art. 6:217 BW: aanbod en aanvaarding). Als de werknemer instemt met het voorstel, ontstaat er wilsovereenstemming en zijn werkgever en werknemer daaraan gebonden.

Een wijzigingsvoorstel kan een verbetering of een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden tot gevolg hebben. Indien het wijzigingsvoorstel leidt tot een verbetering van de arbeidsvoorwaarden van de werknemer, bijvoorbeeld een promotie met een bijbehorende salarisverhoging, zal het instemmen met de wijziging weinig problemen opleveren. Problematischer kan het zijn bij een wijzigingsvoorstel dat een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden tot gevolg heeft, hetgeen in geval van een reorganisatie eerder het geval zal zijn. Een werkgever mag er dan niet lichtvaardig vanuit gaan dat een werknemer akkoord gaat met een wijzigingsvoorstel. Indien een wijzigingsvoorstel bij-

voorbeeld tijdens een personeelsvergadering wordt gedaan (zonder dat dit voorafgaand aan de vergadering op de agenda is geplaatst) en geen van de aanwezige werknemers tegen de voorgestelde wijziging protesteert, dan is dit onvoldoende voor de werkgever om erop te mogen vertrouwen dat een werknemer instemt met de voorgestelde wijziging. Dat een werknemer zich niet expliciet tegen het wijzigingsvoorstel verzet, betekent niet dat ervan uit mag worden gegaan dat een werknemer akkoord is met de voorgestelde wijziging.⁴ Uit de rechtspraak volgt dat – gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer – de werkgever er slechts op mag vertrouwen dat een individuele werknemer instemt met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering inhoudt, indien aan hem **duidelijkheid over die wijziging** is verschaft en op grond van **verklaringen en gedragingen** van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met de wijziging heeft ingestemd.⁵ Een werknemer verkeert namelijk ten opzichte van de werkgever in een **afhankelijke positie**, waardoor instemming van de werknemer met de wijziging niet te snel mag worden aangenomen. Er moet echt sprake zijn van een duidelijke en ondubbelzinnige instemming van de werknemer met de verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden.

Een wijziging van functie kan ook gepaard gaan met een salarisverlaging. Als een werkgever zich op het standpunt stelt dat een werknemer akkoord is gegaan met zowel de functiewijziging als de salarisverlaging en de werknemer dit later gemotiveerd betwist, rust de bewijslast op de werkgever. De werkgever zal moeten bewijzen dat de werknemer akkoord is gegaan met de functiewijziging én de salarisverlaging.⁶ Veelal zal een werkgever er niet in slagen dit bewijs te leveren, met als gevolg dat de werkgever het oorspronkelijke loon (zonder de salarisverlaging) zal moeten uitbetalen. Een werkgever doet er daarom verstandig aan om gemaakte (mondelinge) wijzigingsafspraken goed (schriftelijk) vast te leggen en de werknemer deze voor akkoord te laten ondertekenen.

113

4.5 Eenzijdige wijziging: individuele wijziging

Als een werknemer niet akkoord gaat met een wijzigingsvoorstel van de werkgever, komt het leerstuk van de eenzijdige wijziging in beeld. Bij een voorgenomen eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst van een individuele

⁴ HR 28 mei 1999, *JAR* 1999, 131 (Kuijpers II).

⁵ HR 12 februari 2010, *JAR* 2010, 71 (Van Beek/CZ).

⁶ HR 9 september 1994, *NJ* 1995, 113 (Clark/Rentokil).

werknemer is artikel 7:611 BW de wettelijke grondslag. Dit artikel bepaalt dat de werkgever en de werknemer verplicht zijn zich als een goed werkgever en een goed werknemer tegenover elkaar te gedragen. Dit wetsartikel is in 1997 in de wet opgenomen (de voorlopers al in 1907) en een jaar later door de Hoge Raad ten aanzien van het wijzigen van arbeidsvoorwaarden uitgelegd in het arrest Van der Lely/Taxi Hofman.⁷

Artikel 7:611 BW ziet zowel op de werkgever als op de werknemer en bevat een open norm, die uitkomst kan bieden als in het BW geen specifieke bepaling is opgenomen voor een bepaalde situatie. Naast de rechten en plichten die voor werkgever en werknemer in de wet zijn opgenomen, kunnen het goed werkgeverschap en het goed werknemerschap langs de maatstaf van artikel 7:611 BW nog andere verplichtingen met zich brengen. Het voordeel van een open norm is dat ook situaties waarvoor geen specifieke wettelijke bepaling bestaat of situaties die de wetgever niet heeft voorzien, onder deze open norm geschaard kunnen worden. Onder omstandigheden kan op grond van het goed werknemerschap ex artikel 7:611 BW van de werknemer gevergd worden dat hij akkoord gaat met een voorstel tot wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden. Standaardarresten over wijziging van arbeidsvoorwaarden en de uitwerking van de norm van het goed werknemerschap ex artikel 7:611 BW in dat verband zijn het voornoemde arrest Van der Lely/Taxi Hofman en het arrest Stoof/Mammoet.

4.5.1 *Van der Lely/Taxi Hofman*

Het gaat in het arrest Van der Lely/Taxi Hofman om een eenzijdige functiewijziging. Van der Lely is het daar niet mee eens. Uiteindelijk wordt aan de Hoge Raad de vraag voorgelegd of Taxi Hofman gerechtigd is om eenzijdig de overeengekomen werkzaamheden aan te passen.

Werknemer Van der Lely is bij Taxi Hofman in dienst als chauffeur/centralist. Op een gegeven moment krijgt Van der Lely psychische klachten en raakt hij arbeidsongeschikt. Hij werkt vervolgens niet meer als chauffeur/centralist, maar als administratief medewerker/centralist. Deze functie wordt enige tijd door Van der Lely uitgeoefend, totdat hij opnieuw arbeidsongeschikt wordt als gevolg van psychische klachten. Als Van der Lely weer arbeidsgeschikt is verklaard voor de functie van administratief medewerker/centralist én voor de functie van chauffeur, laat Taxi Hofman weten dat Van der Lely na zijn herstel niet meer kan

⁷ HR 26 juni 1998, *JAR* 1998, 199 (Van der Lely/Taxi Hofman).

terugkeren in de functie van administratief medewerker, omdat dit werk inmiddels door de dochter van de directeur wordt gedaan en omdat de werkzaamheden op de taxi en de administratie zouden verminderen als gevolg van een wetswijziging betreffende gehandicaptenvervoer. Van der Lely krijgt een aanbod om op zaterdagmorgen centraledienst te blijven verrichten (6 uur), maar daarnaast 19 uren per week op de zogeheten Teletaxi te gaan rijden. Daarbij zou zijn salaris hetzelfde blijven. Van der Lely wilde niet instemmen met deze door Taxi Hofman voorgestelde wijziging. De Hoge Raad overwoog uiteindelijk in cassatie dat uit artikel 7:611 BW voortvloeit dat werkgever en werknemer over en weer verplicht zijn zich als een goed werkgever respectievelijk een goed werknemer te gedragen. 'Dit brengt, wat de werknemer betreft, mee dat hij op **redelijke voorstellen** van de werkgever, verband houdende met **gewijzigde omstandigheden** op het werk, in het algemeen positief behoort in te gaan en dergelijke voorstellen alleen mag afwijzen wanneer **aanvaarding ervan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.**'

Uit het arrest Van der Lely/Taxi Hofman kan worden afgeleid dat werkgever én werknemer zich in de contractuele verhouding tot elkaar redelijk dienen op te stellen: Indien een werkgever (i) een redelijk voorstel heeft gedaan dat (ii) verband houdt met gewijzigde omstandigheden op het werk, mag het voorstel (iii) alleen door de werknemer geweigerd worden als aanvaarding daarvan redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd, aldus de Hoge Raad in dit arrest.

115

4.5.2 *Stoof/Mammoet*

De leer zoals die voor het eerst werd uiteengezet in het arrest Van der Lely/Taxi is enkele jaren later door de Hoge Raad bevestigd en nader uitgewerkt in het arrest Stoof/Mammoet.⁸ Ook in dat arrest ging het om de vraag of de werknemer op basis van het goed werknemerschap ex artikel 7:611 BW gehouden was om akkoord te gaan met een eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst (in dit geval ook een functiewijziging). Het arrest is ook om een andere reden van belang. De Hoge Raad oordeelt in Stoof/Mammoet namelijk over het toepassingsbereik van een eenzijdig wijzigingsbeding (ex art. 7:613 BW) in relatie tot het goed werknemerschap ex artikel 7:611 BW.

⁸ HR 11 juli 2008, JAR 2008, 204 (Stoof/Mammoet).

Om te beginnen bevestigt de Hoge Raad het oordeel uit het arrest Van der Lely/Taxi Hofman. De Hoge Raad oordeelt dat er geen grond is om af te wijken van het arrest Van der Lely/Taxi Hofman. Volgens de Hoge Raad mag het accent daarbij echter niet alleen maar worden gelegd op wat redelijkerwijs van een werknemer verwacht mag worden. Ook van de werkgever mag het een en ander worden verwacht. De Hoge Raad gaat vervolgens in dat kader een stapje verder dan hij eerder in het arrest Van der Lely/Taxi Hofman deed. De Hoge Raad oordeelt namelijk dat in de eerste plaats onderzocht dient te worden of de werkgever als goed werkgever **aanleiding** heeft gehad tot het doen van het wijzigingsvoorstel en of het door hem gedane voorstel **redelijk** is.

‘In dat kader moeten alle omstandigheden van het geval in aanmerking worden genomen, waaronder de aard van de gewijzigde omstandigheden die tot het voorstel aanleiding hebben gegeven en de aard en de ingrijpendheid van het gedane voorstel, alsmede – naast het belang van de werkgever en door hem gedreven onderneming – de positie van de betrokken werknemer aan wie het voorstel wordt gedaan en diens belang bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsvoorwaarden.’⁹

Op deze manier wordt de werknemer beschermd tegen onredelijke voorstellen van de werkgever.

116

Niet alleen de aanleiding voor het doen van het voorstel en de redelijkheid ervan dienen te worden onderzocht. Ook dient te worden beoordeeld of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval **in redelijkheid van de werknemer gevegd kan worden**. Door ook deze toetsingsmaatstaf nog toe te passen, is het belang van de werknemer bij een (ondanks de veranderde omstandigheden) ongewijzigd voortduren van de arbeidsvoorwaarden voldoende gewaarborgd.

⁹ HR 11 juli 2008, JAR 2008, 204 (Stoof/Mammoet), r.o. 3.3.2.



Figuur 24 Dubbele redelijkheidstoets

4.5.3 Gevolgen artikel 7:611 BW

Indien een werknemer op basis van het goed werknemerschap ex artikel 7:611 BW gehouden is akkoord te gaan met een wijzigingsvoorstel van de werkgever, betekent dit nog niet automatisch dat de werkgever de bevoegdheid heeft de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen. Nog steeds zullen werkgever en werknemer daarover overeenstemming moeten bereiken. Dit is echter niet dezelfde overeenstemming als beschreven in paragraaf 4.4 (tweezijdige wijziging). Als door de rechter is vastgesteld dat een werknemer gehouden is akkoord te gaan met het wijzigingsvoorstel van de werkgever, is de onderhandelingsruimte tussen partijen beperkt. In feite kan een werknemer dan niet anders doen dan alsnog instemmen met de voorgestelde wijziging. Zolang een werknemer dat niet doet, treedt de juridische wijziging niet in. Wel zal een werkgever dan rechtspositionele maatregelen kunnen treffen, zoals ontslag of stopzetting van de loondoorbetaling.

117

4.6 Eenzijdige wijziging: collectieve wijziging

Als het gaat om de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden van verscheidene werknemers tegelijk, is de maatstaf van artikel 7:611 BW niet van toepassing. Hierover is in de literatuur veel discussie geweest, maar uit het hiervoor besproken arrest Stoof/Mammoet kan afgeleid worden dat artikel 7:611 BW alleen van toepassing is bij een individuele wijziging en artikel 7:613 BW bij een collectieve wijziging. Met een collectieve wijziging wordt bedoeld de wijzi-

ging van de arbeidsovereenkomst van verscheidene werknemers. Bij een collectieve wijziging kunnen ook artikel 6:248 BW of artikel 6:258 BW van toepassing zijn, namelijk als er geen eenzijdig wijzigingsbeding op grond van artikel 7:613 BW is overeengekomen. We zullen hieronder deze verschillende wettelijke wijzigingsmodaliteiten bespreken. Allereerst komt het eenzijdig wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW aan de orde. Vervolgens zullen artikel 6:248 BW en artikel 6:258 BW worden besproken.

4.6.1 *Eenzijdig wijzigingsbeding*

Het **eenzijdig wijzigingsbeding** is geregeld in artikel 7:613 BW en is in 1998 in de wet opgenomen. Bij de invoering van artikel 7:613 BW heeft de wetgever twee belangen willen verenigen. Enerzijds is er het belang van de werknemer beschermd te worden tegen de mogelijkheid dat de werkgever zonder de instemming van de werknemer wijzigingen aanbrengt in de arbeidsovereenkomst. Anderzijds is er het belang van de werkgever bij een collectieve ordening van de arbeidsvoorwaarden. Als een werkgever van iedere werknemer individuele instemming zou moeten hebben voor de wijziging van arbeidsvoorwaarden, zou dat veel tijd kosten. Voor een werkgever is het veel makkelijker om de arbeidsovereenkomsten van verscheidene werknemers op grond van een eenzijdig wijzigingsbeding te kunnen wijzigen. Hij hoeft dan immers niet met iedere werknemer apart om de tafel te gaan zitten. Bovendien zou dat tot gevolg kunnen hebben dat na verloop van tijd de arbeidsvoorwaarden per werknemer verschillend zijn.¹⁰ Artikel 7:613 BW geeft de werkgever de bevoegdheid om de arbeidsovereenkomst onder omstandigheden eenzijdig te wijzigen. Artikel 7:613 BW bepaalt in dat kader het volgende:

‘De werkgever kan slechts een beroep doen op een schriftelijk beding dat hem de bevoegdheid geeft een in de arbeidsovereenkomst voorkomende arbeidsvoorwaarde te wijzigen, indien hij bij de wijziging een zodanig zwaarwichtig belang heeft dat het belang van de werknemer dat door de wijziging zou worden geschaad, daarvoor naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken.’

Uit deze bepaling volgt dat een eenzijdig wijzigingsbeding **schriftelijk** moet zijn overeengekomen en dat er sprake moet zijn van een zodanig **zwaarwichtig belang** aan de kant van de werkgever, dat het belang van de werknemer bij behoud van zijn arbeidsvoorwaarden daarvoor naar maatstaven van **redelijkheid en billijkheid** moet wijken. Pas als aan de vereisten (i) schriftelijkheid en (ii) zwaarwichtig belang is voldaan én (iii) het belang van de werknemer naar

¹⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 24615, nr. 9, p. 31.

maatstaven van redelijkheid en billijkheid dient te wijken, kan een beroep op een eenzijdig wijzigingsbeding slagen en kan een werkgever eenzijdig de arbeidsovereenkomst van zijn werknemers wijzigen.

Voorbeelden van eenzijdige wijzigingsbedingen:

‘In de personeelsgids is een veelheid aan arbeidsvoorwaarden opgenomen. De werkgever behoudt zich het recht voor deze van tijd tot tijd te wijzigen. Onbekendheid met de arbeidsvoorwaarden en de daarin vervatte voorschriften wordt niet aanvaard.’¹¹

‘De werkgever behoudt zich het recht voor om, indien hij daartoe een zwaarwichtig belang heeft met inachtneming van het bepaalde in artikel 7:613 BW, zowel deze overeenkomst als de hierin geïncorporeerde arbeidsvoorwaardelijke regelingen eenzijdig te wijzigen.’

(i) *Schriftelijkheidsvereiste*

Een eenzijdig wijzigingsbeding kan voor een werknemer grote gevolgen hebben. Op basis van dat beding kan een werkgever namelijk eenzijdig de arbeidsvoorwaarden aanpassen, zonder dat een werknemer daar expliciet toestemming voor hoeft te geven. Door het sluiten van het eenzijdig wijzigingsbeding gaat de werknemer als het ware al akkoord met een mogelijke toekomstige wijziging van de arbeidsovereenkomst. Omdat een eenzijdig wijzigingsbeding verstrekken gevolgen voor de werknemer kan hebben, bepaalt artikel 7:613 BW dat het beding schriftelijk moet worden overeengekomen. De wetgever heeft het schriftelijkheidsvereiste in de wet opgenomen om tegemoet te komen aan de eisen van **rechtszekerheid en kenbaarheid**. In de literatuur bestaat discussie over de vraag wanneer aan het schriftelijkheidsvereiste is voldaan. Deze discussie gaat over de vraag of een eenzijdig wijzigingsbeding in de individuele arbeidsovereenkomst moet zijn overeengekomen, of dat een eenzijdig wijzigingsbeding ook in een cao of collectieve regeling kan worden opgenomen. De meerderheid betoogt het tweede. Volgens deze auteurs is het voor het voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste voldoende als het eenzijdig wijzigingsbeding in de (geïncorporeerde) cao of in een collectieve regeling staat. De Hoge Raad heeft zich in 2011 over deze vraag uitgelaten in de zaak Wegener.¹² In deze zaak ging het om de wijziging van een (collectieve) winstdelingsregeling. De Hoge Raad oordeelde dat de wetsgeschiede-

¹¹ Voorbeeld ontleend aan Ktr. Rotterdam 13 november 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK4966.

¹² Zie over schriftelijkheid van een wijzigingsbeding in een collectieve regeling HR 18 maart 2011, *JIN* 2011, 320 (Wegener) m.nt. Van der Voet. Zie ook G.W. van der Voet,

nis niet tot de conclusie dwingt dat de mogelijkheid tot wijziging van een collectieve regeling in de individuele arbeidsovereenkomst moet zijn overeengekomen.

(ii) *Zwaarwichtig belang*

Een werkgever kan alleen een beroep op het eenzijdig wijzigingsbeding doen als hij daar een zwaarwichtig belang bij heeft. Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een zwaarwichtig belang, dienen alle omstandigheden van het geval in aanmerking te worden genomen. Slechte bedrijfseconomische resultaten of organisatorische redenen kunnen een zwaarwichtig belang voor de werkgever opleveren, waarvoor het belang van de werknemer bij behoud van zijn arbeidsvoorwaarden (mogelijk) zal moeten wijken. De werkgever is degene die het zwaarwichtig belang moet aantonen. Indien de werkgever meent een zwaarwichtig belang te hebben bij de wijziging van de arbeidsovereenkomst wegens slechte bedrijfseconomische resultaten, dan zal hij dat met cijfers moeten kunnen onderbouwen.

Ten tijde van de invoering van artikel 7:613 BW was in het oorspronkelijke wetsvoorstel een tweede lid opgenomen. In het voorgestelde tweede lid werd bepaald dat het belang van de werkgever bij wijziging van de arbeidsvoorwaarden werd vermoed voldoende zwaarwichtig te zijn als de gewenste aanpassing van de arbeidsvoorwaarden voortvloeit uit een de werkgever bindende cao of is vastgesteld in overeenstemming met de ondernemingsraad.¹³ Uiteindelijk is het voorgestelde artikel 7:613 lid 2 BW niet in de wet opgenomen. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat bij de beoordeling van de vraag of de werkgever rechtsgeldig gebruik heeft gemaakt van het eenzijdig wijzigingsbeding, door een rechter al wordt gekeken of de ondernemer collectief overleg heeft gevoerd over de wijziging van arbeidsvoorwaarden. Daarom werd het niet noodzakelijk geacht om dit expliciet in artikel 7:613 lid 2 BW op te nemen.¹⁴ Dit heeft tot gevolg dat hoewel de wet dit niet voorschrijft, wel groot belang wordt toegedicht aan het al dan niet gevoerde overleg over de (voorgenomen) arbeidsvoorwaardenwijziging op collectief niveau. Als er overeenstemming met de ondernemingsraad (of vakbonden) is bereikt over de wijziging, wordt vaak aangenomen dat het zwaarwichtige belang aanwezig is.

Een eenzijdig wijzigingsbeding hoeft niet (altijd) individueel schriftelijk met de werknemer te zijn overeengekomen, *AR Updates Commentaar*, 2011-05.

¹³ *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 22.

¹⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24615, nr. 3, p. 32.

Toch is het bereiken van overeenstemming met de ondernemingsraad geen garantie dat een rechter zal oordelen dat een zwaarwichtig belang aanwezig is, zo laat een uitspraak van het Hof Den Bosch uit 2018 zien.¹⁵ In deze zaak wilde de werkgever, die volledig de pensioenpremie van de werknemers betaalde, voortaan een deel van de pensioenpremie bij de werknemers in rekening brengen. In feite gaat het hierbij om een loonoffer, een primaire arbeidsvoorwaarde. De ondernemingsraad had met het wijzigingsvoorstel ingestemd. Toch oordeelt het hof dat een zwaarwichtig belang niet aanwezig is. De werkgever had namelijk niet met jaarstukken aangetoond dat de continuïteit van de onderneming in gevaar kwam als de werkgever de pensioenpremie volledig moest blijven betalen. Er was altijd een positief bedrijfsresultaat behaald. Het hof oordeelt dat de werkgever wel een belang heeft bij kostenreductie, maar dit is geen zwaarwichtig belang. Elke commerciële onderneming heeft belang bij winstmaximalisatie om op die manier investeringen te kunnen doen, maar dat rechtvaardigt niet de pensioenpremie voortaan deels op de werknemers af te wentelen. Volgens het hof volgt het bestaan van een zwaarwichtig belang niet enkel uit de instemming van de ondernemingsraad. Voor het aannemen van een zwaarwichtig belang is meer nodig, namelijk een onderbouwing van de bedrijfseconomische noodzaak. Als een werkgever overeenstemming met de ondernemingsraad heeft bereikt en de bedrijfseconomische noodzaak voor de eenzijdige wijziging aanwezig is, zoals bijvoorbeeld het geval was bij werknemers in dienst van ASR die hypotheekrentekorting ontvingen, zal een zwaarwichtig belang wel worden aangenomen.¹⁶

(iii) *Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken*

Naast de aanwezigheid van een zwaarwichtig belang aan de zijde van de werkgever (als is vastgesteld dat het zwaarwichtige belang er is) moet ook nog worden bekeken of het belang van de werknemer bij behoud van zijn arbeidsvoorwaarden op grond van de **redelijkheid en billijkheid moet wijken**. Bij de beoordeling hiervan is bijvoorbeeld van belang of er eerst is gekeken naar mogelijke andere oplossingen en/of dat er een overgangsregeling met een redelijke afbouw is overeengekomen.¹⁷ De instemming van de ondernemingsraad kan hierbij weer van belang zijn. Alleen als er een zwaarwichtig belang aan de zijde van de werkgever is waarvoor het belang van de werknemer bij behoud van zijn arbeidsvoorwaarden moet wijken, kunnen arbeidsvoorwaarden met toepassing van een eenzijdig wijzigingsbeding worden gewijzigd.

¹⁵ Hof Den Bosch 20 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:685.

¹⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 6 februari 2018, AR Updates 2018-0334.

¹⁷ S.F.H. Jellinghaus, *Harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in het bijzonder na een fusie of overname*, Deventer: Kluwer 2003, p. 200.

Indien aan de maatstaf van artikel 7:613 BW is voldaan, heeft de werkgever wél de bevoegdheid de arbeidsovereenkomst eenzijdig te wijzigen, zonder dat daar nog overeenstemming met de werknemer voor nodig is. Dit is een belangrijk verschil met een voorgenomen individuele wijziging op grond van artikel 7:611 BW. Als aan de maatstaf van artikel 7:611 BW is voldaan, dienen werkgever en werknemer (hoewel de onderhandelingsruimte beperkt is) immers nog steeds wel overeenstemming te bereiken over de wijziging.

4.6.2 *Derogerende werking redelijkheid en billijkheid*

Wat als er geen eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen? Kan een werkgever dan nooit collectief arbeidsvoorwaarden wijzigen? In de literatuur wordt wel verdedigd dat hij dan een beroep kan doen op artikel 6:248 BW. Artikel 6:248 BW is een bepaling uit het algemeen vermogensrecht, waarvan de toepassing ook mogelijk is binnen het arbeidsrecht. Artikel 6:248 lid 1 BW ziet op de situatie dat een overeenkomst een leemte bevat. In de overeenkomst is dan ten aanzien van een bepaald onderwerp geen bepaling opgenomen of een bepaling is niet duidelijk. Lid 1 bepaalt in dat kader dat een overeenkomst niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen heeft, maar ook die welke naar de aard van de overeenkomst uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Dit wordt ook wel de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid genoemd. De aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid zal niet verder worden besproken.

Als het gaat om een wijziging van de arbeidsovereenkomst, terwijl er geen eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen, kan een werkgever zich onder omstandigheden beroepen op artikel 6:248 lid 2 BW. Daarin is het volgende bepaald:

‘Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.’

Dit wordt ook wel de **derogerende werking** van de redelijkheid en billijkheid genoemd. Met derogerende werking wordt een beperkende werking bedoeld. Indien een beroep op een bepaling in de arbeidsovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, heeft de bepaling geen werking, ondanks dat de bepaling wel in de arbeidsovereenkomst staat opgenomen. Een bepaling uit de arbeidsovereenkomst wordt opzijgezet. Hoe dient

nu te worden vastgesteld wat redelijk en billijk is? Artikel 3:12 BW bepaalt hierover het volgende:

‘Bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.’

De toets van artikel 6:248 lid 2 BW is een zware toets, die uitkomst kan bieden indien er geen eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen en het gaat om een collectieve wijziging. Als het gaat om bepalingen in de arbeidsovereenkomst die kunnen variëren (bijvoorbeeld hoogte salaris, duur arbeidstijd per week of per dag, hoogte van de bonus en terugbetaling studiekosten), wordt ook wel proportionele toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid mogelijk geacht.¹⁸ De bepaling in de arbeidsovereenkomst wordt dan niet volledig terzijde geschoven, maar wordt teruggevoerd naar een bepaling die niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

4.6.3 Onvoorziene omstandigheden

Als een beroep op artikel 6:248 BW niet slaagt, kan een werkgever bij een collectieve wijziging tot slot een beroep doen op artikel 6:258 BW. In dat artikel is de zogeheten ‘*imprévision*’ geregeld. Artikel 6:258 BW is, net als artikel 6:248 BW, een bepaling uit het algemeen vermogensrecht, die in het arbeidsrecht toegepast kan worden. Lid 1 bepaalt dat de rechter op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst kan wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk kan ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. In de praktijk wordt niet vaak een beroep op dit wetsartikel gedaan. Uit de wetsgeschiedenis en de rechtspraak volgt dat de rechter zeer terughoudend is met de toepassing van artikel 6:258 BW.¹⁹

123

¹⁸ A.F. Bungener, *Het wijzigen van de arbeidsovereenkomst in vermogensrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer 2008, p. 226.

¹⁹ Zie voor een rechtspraakoverzicht over de toepassing van artikel 6:258 BW P.S. Bakker & J.W. de Groot, *Onvoorziene omstandigheden, de stand van zaken*, WPNR 2 mei 2009, 6797.

Artikel 6:258 BW is een uitwerking van de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW. Onvoorziene omstandigheden zijn omstandigheden waar partijen bij het sluiten van het contract niet aan hebben gedacht en waar zij ook geen bepalingen voor in de arbeidsovereenkomst hebben opgenomen. Als een werkgever de arbeidsovereenkomst wegens onvoorziene omstandigheden wil wijzigen, zal de wijziging niet worden uitgesproken voor zover de omstandigheden krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komen (art. 6:258 lid 2 BW). Vaak zullen gewijzigde omstandigheden – bijvoorbeeld forse verliezen binnen de onderneming – voor rekening van de werkgever komen, waardoor een beroep op artikel 6:258 BW niet snel slaagt.

De wijziging van de Zorgverzekeringswet is een van de weinige voorbeelden van een onvoorziene omstandigheid, waarbij het Hof Den Bosch het beroep op artikel 6:258 BW heeft aanvaard.²⁰ Werknemer maakte tijdens en na zijn dienstverband (tijdens zijn pensioen) aanspraak op een bijdrage van zijn werkgever voor 60% van zijn totale premie voor de ziektekostenverzekering. Na de invoering van de Zorgverzekeringswet in 2006 is de werkgever opgehouden deze regeling op werknemer toe te passen. Op grond van de nieuwe Zorgverzekeringswet komt de premie voor rekening van de individuele burger. Geoordeeld wordt dat de wijziging van het stelsel van zorgverzekeringen een omstandigheid is die niet voor rekening en risico dient te komen van werkgever. Werkgever heeft daar geen enkele invloed op gehad en hij kon redelijkerwijs niet voorzien dat deze wetgeving met als gevolg een geheel andere vorm van financiering van ziektekosten – bij onverkorte handhaving van de eerder gemaakte afspraken – een substantiële verandering van zijn verplichtingen als werkgever teweeg zou kunnen brengen. Een wijziging van de oorspronkelijke afspraken ligt dan ook in de rede.

4.7 Wijzigingsmodaliteiten in de praktijk

In de praktijk zal een werkgever proberen door middel van verschillende wijzigingsmodaliteiten het gewenste resultaat te bereiken. De ABN Amro-zaken zijn een mooi voorbeeld waarbij de verschillende wijzigingsmodaliteiten aan de orde zijn gekomen. ABN Amro werd in 2007 overgenomen door het bankenconsortium RBS, Santander en Fortis. Voorheen was het gebruikelijk om leden van de Top Executive Group bij niet-verwijtbaar ontslag een vergoe-

20 Hof Den Bosch 28 februari 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV7614.

ding op basis van de oude kantonrechtersformule 2008 toe te kennen met een C-factor van 1,4. In de B-factor (beloning) werd voor de berekening van de ontslagvergoeding de gemiddelde bonus van de afgelopen drie jaar meegenomen. Op grond van de C&B Regulations, die op de arbeidsovereenkomsten van toepassing waren, had de werknemer jaarlijks recht op een bonus. Deze vergoeding bij ontslag was na de overname door het bankenconsortium voor twee jaar gegarandeerd (de zogenoemde 'retention period'). De ontslagvergoeding was erg hoog. Als gevolg van de kredietcrisis heeft de Staat der Nederlanden in 2008 een aandeel gekregen in Fortis en daarmee in ABN Amro. Er ontstond toen veel discussie over de enorme beloningen en hoge ontslagvergoedingen van bestuurders en hooggeplaatste managers van ABN Amro. ABN Amro heeft toen, onder druk van de minister van Financiën en de maatschappelijke kritiek, het beloningsbeleid gewijzigd. Bij ontslag van de leden van de Top Executive Group werd voortaan een lagere ontslagvergoeding toegekend volgens de toen geldende kantonrechtersformule 2009 (waarbij de A-factor neerwaarts is bijgesteld) en met een C-factor 1 (neutrale C-factor). Er werden door ABN Amro dus fors lagere ontslagvergoedingen toegekend dan aanvankelijk het geval zou zijn geweest. Begin 2009 werden verschillende bestuurders boventallig verklaard. Bij ontslag van leden van de Top Executive Group paste ABN Amro de nieuwe regeling toe. De bestuurders waren het hier niet mee eens en stapten naar de rechter.²¹ Zij vorderden betaling van de ontslagvergoeding en de betaling van bonussen, zoals in de arbeidsovereenkomst was overeengekomen. Het ging daarbij om enorme bedragen (soms miljoenen).

ABN Amro heeft zich in de procedures op alle wijzigingsmodaliteiten beroepen. Zowel artikel 7:613 BW, 7:611 BW, 6:248 BW als 6:258 BW is door ABN Amro aangevoerd. In 2009 hebben de kantonrechters in Utrecht en in Amsterdam over deze zaken geoordeeld. De Utrechtse kantonrechters (de zaken zijn tegelijk behandeld) oordeelden dat ABN Amro de oorspronkelijk toegezegde en overeengekomen ontslagvergoeding moest nakomen.²² De Amsterdamse kantonrechter oordeelde daarentegen dat nakoming van de ontslagvergoeding (in casu € 6,2 miljoen) naar maatstaven van redelijkheid en

21 W.L. Roozendaal en W.H.A.C.M. Bouwens, De toegezegde ontslagvergoeding en de kredietcrisis, *ArbeidsRecht* 2010, 3. Zie over de bestuurdersbeloning in de ABN Amro-zaken ook J.H. Bennaars en P.G. Vestering, Beperking van de bestuurdersbeloning in het regelwoud van vennootschapsrecht, arbeidsrecht en gedragscodes, *TAP Special* 2010 (1), juni 2010, p. 13-24.

22 Zie onder meer Ktr. Utrecht 9 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BKo224. De kantonrechter Utrecht deed op 9 oktober 2009 de ABN Amro-zaken tegelijk af. In totaal ging het om tien zaken, waarin de rechter tot hetzelfde oordeel kwam.

billijkheid (op grond van art. 6:248 lid 2 BW) onaanvaardbaar was.²³ Deze tegenstrijdige oordelen van de kantonrechters geven al aan hoe lastig het leerstuk van eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst is.

Ook een aantal gerechtshoven heeft zich hierna over de ABN Amro-zaken uitgelaten. Het Hof Arnhem (de zaken zijn ook in hoger beroep tegelijk behandeld) oordeelde dat de overeengekomen ontslagvergoedingen verschuldigd waren.²⁴ ABN Amro kwam geen beroep toe op het eenzijdig wijzigingsbeding (art. 7:613 BW) in de C&B Regulations, omdat het ontslagvergoedingsbeleid daarin niet stond opgenomen. Bovendien was niet voldaan aan de redelijkheid en billijkheid die vereist is voor een wijziging op grond van artikel 7:613 BW. Het uitgangspunt is dat overeenkomsten moeten worden nagekomen (*pacta sunt servanda*). Er was volgens het Hof geen aanleiding om daar in dit geval van af te wijken. Ook het beroep op artikel 7:611 BW en het Stoof/Mammoet-arrest faalde. De wijziging van de ontslagvergoedingsregeling kon in redelijkheid niet van werknemer worden gevergd. Tot slot faalde ook het beroep op artikel 6:248 BW en artikel 6:258 BW. Het hof oordeelde dat de hevigheid van de kredietcrisis niet door partijen is verdisconteerd in de retentiebrief en als zodanig een onvoorziene omstandigheid is, maar dat de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de werknemer toch recht heeft op de ontslagvergoeding. ABN Amro heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij niet in staat was de ontslagvergoeding te betalen. Ook de staatsinterventie leidde er niet toe dat mocht worden afgeweken van trouw aan het gegeven woord (afsprake is afspraak). Het Hof Den Haag oordeelde in mei 2011 in gelijke zin.²⁵ Het ging in die zaak om een werknemer die na een dienstverband van een jaar nakoming van de contractuele afvloeiingsregeling vorderde (€ 1,25 miljoen). Wellicht had ABN Amro (plotseling) oor voor maatschappelijke kritiek ('graaicultuur, excessief, ridicul'), maar dat kon naar het oordeel van hof niet via een beroep op artikel 6:248 BW afgewenteld worden op de werknemer. Naar het oordeel van de hoven moest ABN Amro de overeengekomen afvloeiingsregelingen dus gewoon nakomen.

23 Ktr. Amsterdam 7 oktober 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ9678. ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ9678.

24 Zie onder meer Hof Amsterdam 28 september 2009, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO0843.

25 Hof Den Haag 3 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ7192.

4.8 Afsluiting

Naast de instemming van partijen zijn er verschillende wijzigingsmodaliteiten. Welke modaliteit van toepassing is, hangt af van het antwoord op de vraag of het gaat om een individuele wijziging of een collectieve wijziging. Bij een individuele wijziging is dat het goed werknemerschap (art. 7:611 BW). Ook als er in de arbeidsovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen, is artikel 7:611 BW van toepassing als het gaat om een individuele wijziging (en niet art. 7:613 BW). Als het gaat om een collectieve wijziging, dient eerst gekeken te worden of er een eenzijdig wijzigingsbeding (art. 7:613 BW) is overeengekomen. Is dit het geval, dan is artikel 7:613 BW bij een collectieve wijziging de maatstaf. Als er geen eenzijdig wijzigingsbeding van toepassing is, kan de werkgever een beroep doen op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) en de onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW). Aan de normen van artikel 6:248 lid 2 BW en artikel 6:258 BW zal niet snel zijn voldaan. Over de onderlinge verhouding tussen de verschillende wijzigingsmodaliteiten en de invulling daarvan, bestaat in de literatuur veel discussie. Bij elke wijzigingsnorm speelt de redelijkheid in zekere mate een rol, maar onduidelijk is hoe deze normen zich ten opzichte van elkaar in zwaarte verhouden.

127

4.9 Oefencasus

Het gaat als gezegd in de vorige hoofdstukken niet goed met het SBH-concern. Het aantal sparende klanten is de afgelopen jaren fors teruggelopen. Op bestuurlijk niveau wordt dan ook besloten tot een reorganisatie. Er zullen sowieso gedwongen ontslagen vallen. Daarnaast wil SBH gaan bezuinigen op de arbeidsvoorwaarden van de top van de organisatie, het middenmanagement en het lagere management. Zo is de torenhoge huurvergoeding voor een grachtenpand in Amsterdam die een van de provinciedirecteuren van SBH Noord-Holland, Diederik-Jan Smitse, als enige werknemer binnen het hele concern ontvangt het bestuur van SBH N.V. een doorn in het oog. Daarnaast wil het bestuur de bonusregeling van het topmanagement met 20% naar beneden bijstellen, de bonus van het middenmanagement met 30% en de bonus van het lagere management geheel afschaffen. Alle arbeidsovereenkomsten van SBH, op één na, bevatten een eenzijdig wijzigingsbeding.

SBH stelt de COR tijdig in kennis van het voornemen om een reorganisatie door te voeren en daarbij ook arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Met de vakbonden is inmiddels een overleg gaande om een sociaal plan tot stand te brengen.

De COR en de vakbonden geven SBH gelijk: een reorganisatie is noodzakelijk wil SBH haar hoofd op de lange termijn financieel boven water kunnen houden. Beide collectiviteiten zijn het met SBH eens, dat er voldoende aanleiding is om de bonusregelingen aan te passen. Met het geheel schrappen van de bonusregeling voor het lagere management hebben zij echter wel grote moeite. Zij stellen daarom voor deze bonus niet volledig te schrappen, maar met 30% te verminderen, net als bij het middenmanagement. De huurvergoeding van Diederik-Jan Smitse kan wat de vakbonden en de COR betreft wel volledig worden geschrapt, mits SBH de huurvergoeding over een periode van twee jaar stapsgewijs met 25% per halfjaar afbouwt, zodat Diederik-Jan hieraan kan wennen in zijn uitgavepatroon.

1. *Welk(e) wetsartikel(en) biedt SBH een grondslag om eenzijdig de huurvergoeding van Diederik-Jan Smitse aan te passen, met dien verstande dat hij die na een afbouwperiode niet langer zal ontvangen?*
2. *Welk(e) wetsartikel(en) biedt SBH een grondslag om eenzijdig de bonusregelingen van de top, het middenmanagement en het lagere management aan te passen?*
3. *Legt de omstandigheid dat de vakbonden en de COR het eens zijn met de voorgenomen reorganisatie gewicht in de schaal aangaande de kans van slagen van de eenzijdige wijziging van de bonusregelingen? Waar hangt het welslagen van het voorstel verder van af?*

SBH legt aan manager klantenservice SBH Maastricht, Marcel Vink, die een lagere managementfunctie heeft, het voorstel voor om de bonusregeling geheel uit zijn arbeidsovereenkomst te schrappen. Dit vanwege de zeer slechte bedrijfsresultaten SBH Limburg. Marcel verweert zich hiertegen echter kranig. Bij hem thuis is een vijfde baby op komst. Hij heeft zijn bonusregeling nodig om in het levensonderhoud van zijn (relatief grote) gezin te kunnen voorzien. Bovendien is hij de enige manager die geen eenzijdig wijzigingsbeding in zijn arbeidsovereenkomst heeft en hebben de COR en de vakbonden aangegeven dat zij het volledig schrappen van de bonus voor het lagere management te ver vinden gaan.

4. Welk(e) wetsartikel(en) biedt SBH een grondslag om eenzijdig de bonusregeling van Marcel aan te passen?

Antwoordmodel oefencasus

1. Individuele wijzigingen van de arbeidsovereenkomst moeten worden doorgevoerd langs de weg van artikel 7:611 BW. De toets van artikel 7:611 BW is door de Hoge Raad nader uitgewerkt in de arresten Van der Lely/Taxi Hofman en Stoof/Mammoet. De Hoge Raad heeft in deze arresten geoordeeld dat in de eerste plaats onderzocht dient te worden of de werkgever als goed werkgever *aanleiding* heeft kunnen vinden tot het doen van het voorstel en of het door hem gedane voorstel *redelijk* is. Ook dient onderzocht te worden of aanvaarding van het door de werkgever gedane redelijke voorstel in het licht van de omstandigheden van het geval *in redelijkheid van de werknemer gevergd kan worden*. SBH heeft een aanleiding voor de wijziging van de huurvergoeding (slechte financiële situatie, voorgenomen reorganisatie). De rechter zal daarbij meewegen dat de vakbonden de problematische financiële situatie hebben onderkend. Het voorstel oogt ook redelijk, met name door de afbouwregeling. Anderzijds zullen de persoonlijke omstandigheden van Diederik-Jan worden meegewogen in de toets of de wijziging in redelijkheid van hem gevergd kan worden. Gezien zijn hoge positie binnen het bedrijf, en bijbehorende salaris, zou dat best wel eens het geval kunnen zijn. Op grond van die afweging zal de rechter tot een oordeel komen.
2. Uit het arrest Stoof/Mammoet is af te leiden dat collectieve wijzigingen (wijzigingen met ‘verscheidene’ werknemers) van de arbeidsovereenkomst moeten worden doorgevoerd langs ofwel de weg van artikel 7:613 BW als een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomst is opgenomen, ofwel langs de weg van artikel 6:248 lid 2 BW of 6:258 BW indien dit niet het geval is. In casu treft de bonuswijziging alle managers, zodat geen sprake is van een individuele wijziging, maar van een collectieve wijziging. Artikel 7:613 BW is dan het aangewezen wetsartikel op grond waarvan SBH de bonusregeling uit de arbeidsovereenkomst van de managers eenzijdig kan wijzigen. Er is immers een eenzijdig wijzigingsbeding in de arbeidsovereenkomsten van de managers overeengekomen, met uitzondering van één arbeidsovereenkomst. SBH zal bij een beroep op artikel 7:613 BW wel dienen aan te tonen dat het een zodanig zwaarwichtig belang bij het schrappen van de bonusregeling heeft, dat het belang van de managers bij behoud daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid zal moeten wijken. De rechter zal daarbij meewe-

gen dat de vakbonden en de COR de problematische financiële situatie hebben onderkend en het eens zijn met de voorgestelde aanpassing van de top van de organisatie en het middenmanagement, maar een tegenvoorstel hebben gedaan voor de bonusregeling van het lagere management. Er bestaat een reële kans dat een rechter het beroep op artikel 7:613 BW voor de top en het middenmanagement zal honoreren, maar voor het volledig schrappen van de bonusregeling voor het lagere management niet. Dat zal afhangen van het antwoord op de vraag of het belang van de (individuele) lagere managers bij behoud van (een deel van) hun bonus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van SBH bij het schrappen ervan. Dit is afhankelijk van de persoonlijke omstandigheden van de individuele managers.

3. Dat de COR en de vakbonden de noodzaak tot reorganisatie onderkennen, vergroot de kans op het kunnen doorvoeren van de eenzijdige wijziging. Indien de (in dit geval centrale) ondernemingsraad en de vakbonden akkoord gaan met de wijziging, zal de rechter namelijk sneller aan nemen dat er sprake is van een 'zwaarwichtig belang' in de zin van artikel 7:613 lid 1 BW bij de wijziging. Het welslagen van de wijziging hangt dan nog af van de vraag of het belang van de werknemers bij ongewijzigde instandhouding van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid dient te wijken voor het zwaarwichtige belang dat de werkgever bij de wijziging heeft. Dit zal voor iedere individuele manager anders zijn, omdat de persoonlijke omstandigheden per manager zullen verschillen.
4. Wanneer een werkgever geen eenzijdig wijzigingsbeding is overeengekomen met zijn werknemers, kan hij bij collectieve wijzigingen niet artikel 7:613 BW invoeren om een arbeidsvoorwaarde uit de arbeidsovereenkomsten van die werknemers te wijzigen. Een werkgever zou in een dergelijk geval (onder omstandigheden) wel nog kunnen terugvallen op artikel 6:248 lid 2 BW (de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid). Bij een geslaagd beroep op deze bepaling zou Marcel zich jegens SBH niet meer kunnen beroepen op de bonusregeling uit zijn arbeidsovereenkomst, nu een dergelijk beroep in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid. Tot slot zou SBH zich nog op onvoorziene omstandigheden ex artikel 6:258 BW kunnen beroepen. De kans van slagen is echter zeer klein, temeer nu Marcel behoorlijk afhankelijk is van de bonusregeling voor het levensonderhoud van zijn gezin.

5 Ontslagrecht

5.1 Inleiding

Ontslag is veelal aan de orde bij een reorganisatie. Als sprake is van structurele werkvermindering of beëindiging van een deel van de bedrijfsactiviteiten, zal er in de loonkosten moeten worden gesneden om kosten te besparen. In geval van ontslag van werknemers vanwege een reorganisatie – of beter gezegd om bedrijfseconomische redenen – heeft de werkgever zich aan een aantal belangrijke regels te houden. Zo zal de werkgever de bedrijfseconomische redenen moeten aantonen, kan een werkgever niet willekeurig kiezen welke werknemer hij voor ontslag wil voordragen en heeft hij een vergaande herplaatsingsverplichting. In dit hoofdstuk zullen we de hoofdlijnen van het ontslag wegens bedrijfseconomische redenen bespreken, zoals die sinds de wijzigingen uit de tweede tranche van de Wet werk en zekerheid (Wwz) per 1 juli 2015 gelden. We focussen ons in dit hoofdstuk op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen, omdat dat de juridische grondslag voor gedwongen ontslag in een reorganisatie is.

131

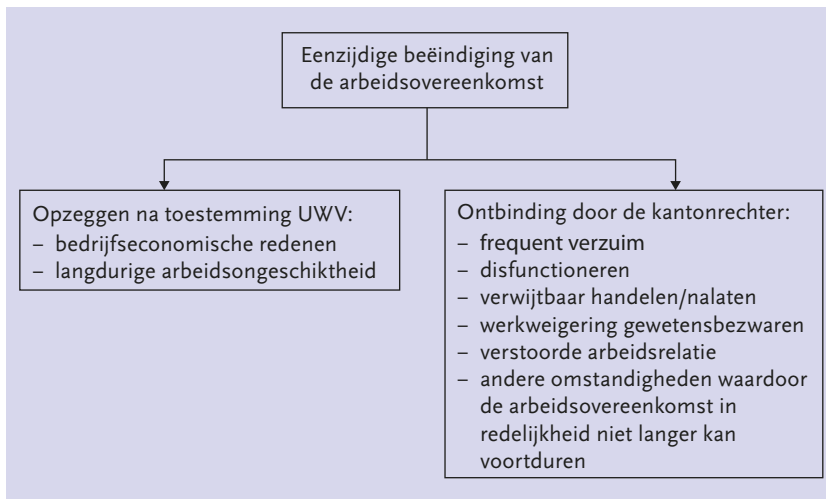
5.2 Ontslagrecht: algemeen

5.2.1 *Het Nederlandse ontslagrecht sinds 1 juli 2015*

Met de Wwz is de preventieve ontslagtoets zoals we die vóór 1 juli 2015 in het Nederlandse ontslagrecht kenden, gehandhaafd. Dit betekent dat de werkgever voor een eenzijdige beëindiging van het dienstverband (dat wil zeggen een beëindiging waar de werknemer niet aan wenst mee te werken) voorafgaande toestemming van een derde – zijnde het UWV/cao-ontslagcommissie of de kantonrechter – nodig heeft. Het UWV behandelt namelijk sinds 1 juli 2015 alleen nog ontslagaanvragen wegens (a) bedrijfseconomische omstandigheden en (b) wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Voor een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens (c) frequent ziekteverzuim, (d) disfunctioneren, (e) verwijtbaar handelen of nalaten, (f) werkweigering wegens ernstige gewetensbezwaren, (g) een verstoorde arbeidsrelatie dan wel

(h) andere omstandigheden dan voornoemde waardoor in redelijkheid niet langer van de werkgever gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, moet de werkgever zich tot de kantonrechter wenden.

Weigert het UWV de werkgever de toestemming om de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen, dan kan de werkgever zich daarna alsnog tot de kantonrechter wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid. In eerste instantie moet de werkgever zich voor deze twee ontslaggronden echter tot het UWV wenden, pas daarna (na weigering van de toestemming door het UWV) kan de werkgever de stap naar de kantonrechter zetten.



Figuur 25 Eenzijdige beëindiging arbeidsovereenkomst

Onder de Wvz is verder vastgehouden aan de wettelijke bescherming van werknemers tegen ongerechtvaardigd ontslag. Daarnaast is een wettelijk genormeerde vergoeding geïntroduceerd die afhankelijk is van de duur van het dienstverband en die kan worden gebruikt voor scholing na ontslag, de **transitievergoeding**. Hierdoor moet een overstap naar een andere baan/beroep makkelijker worden. De kantonrechtersformule die kantonrechters vóór 1 juli 2015 gebruikten om de hoogte van een ontbindingsvergoeding vast te stellen in geval van een ontbinding wegens (de toen nog bestaande open norm) verandering van omstandigheden, is komen te vervallen.

5.2.2 *De verschillende beëindigingsmodaliteiten in het kort*

Een arbeidsovereenkomst kan in zijn algemeenheid volgens het ontslagrecht zoals dat sinds 1 juli 2015 in Nederland geldt op zes verschillende manieren tot een einde komen, te weten:

1. van rechtswege;
2. met wederzijds goedvinden;
3. door opzegging door de werknemer zelf;
4. door opzegging van de werkgever met instemming van de werknemer;
5. door opzegging van de werkgever na verkregen toestemming van het UWV;
6. door ontbinding door de kantonrechter.

De wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst is in de eerste plaats afhankelijk van het type arbeidsovereenkomst dat de werkgever met een individuele werknemer heeft gesloten: een arbeidsovereenkomst kan namelijk worden gesloten voor **bepaalde tijd** of voor **onbepaalde tijd**. Bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt de arbeidsovereenkomst voor een bepaalde duur gesloten, bijvoorbeeld voor de duur van een jaar. Na het verstrijken van de overeengekomen duur eindigt de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:667 lid 1 BW in beginsel van rechtswege. Uit de wet volgt dat er bij het **einde van rechtswege** geen nadere handeling vereist is voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst eindigt vanzelf, zonder dat de werkgever of de werknemer daar iets voor hoeft te doen.

Anders dan bij een arbeidsovereenkomst voor bepaald tijd is een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet voor een bepaalde duur overeengekomen, maar duurt deze als uitgangspunt voort totdat de arbeidsovereenkomst door (een van de) partijen wordt beëindigd of – indien partijen een zogeheten pensioenontslagbeding zijn overeengekomen – tot het moment waarop de werknemer de wettelijke AOW-gerechtigde of een afwijkende pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt. De wijze van beëindiging van een arbeidsovereenkomst is daarmee in de tweede plaats afhankelijk van het initiatief van een van de partijen.

Werkgever én werknemer kunnen zowel de arbeidsovereenkomst voor bepaalde als voor onbepaalde tijd besluiten met **wederzijds goedvinden** te beëindigen. In dat geval willen werkgever en werknemer allebei dat de arbeidsovereenkomst eindigt. De beëindiging met wederzijds goedvinden is sinds 1 juli 2015 geregeld in artikel 7:670b BW.

De werknemer kan er daarnaast voor kiezen de arbeidsovereenkomst zelf op te zeggen als hij niet meer voor de werkgever wil werken. Opzegging door de werknemer is in geval van een contract voor onbepaalde tijd altijd mogelijk, zij het dat de werknemer wel een opzegtermijn in acht moet nemen. Opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is alleen mogelijk als partijen een tussentijds opzegbeding zijn overeengekomen.

Ook de werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen. Voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geldt ook hier weer dat dit alleen kan als partijen een tussentijds opzegbeding zijn overeengekomen. Voor de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geldt deze voorwaarde niet. De werknemer kan (zowel bij een contract voor bepaalde tijd als een contract voor onbepaalde tijd) besluiten met de opzegging door de werkgever in te stemmen. Stemt de werknemer echter niet in met de opzegging, maar zegt de werkgever de arbeidsovereenkomst desondanks toch op, dan is de opzegging door de werkgever – behoudens de gevallen als genoemd in artikel 7:671 lid 1 BW (denk hierbij aan opzegging tijdens de proeftijd en een terecht ontslag op staande voet) – niet rechtsgeldig. De werknemer kan de kantonrechter dan verzoeken de opzegging te vernietigen.

Ingeval de werkgever de arbeidsovereenkomst wil beëindigen, maar de werknemer niet, dan dient de werkgever zich, afhankelijk van de reden waarom hij de arbeidsovereenkomst wil beëindigen, te wenden tot ofwel het UWV met het verzoek de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen, ofwel tot de kantonrechter met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden.

5.2.3 *Duaal ontslagstelsel, met preventieve ontslagtoets*

We zagen net in paragraaf 5.2.1 dat we in Nederland een duaal ontslagstelsel kennen en dat dit onder de Wwz is gehandhaafd. De werkgever heeft geen vrije keuze of hij zich in geval van een voorgenomen eenzijdige beëindiging van het dienstverband tot het UWV of de kantonrechter wendt. Is de grondslag voor de beëindiging van het dienstverband gelegen in bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, dan *moet* de werkgever zich hiervoor tot het UWV wenden. Is de grondslag voor de beëindiging gelegen in zoals we dat noemen persoonlijke omstandigheden aan de zijde van de werknemer (dus disfunctioneren, verwijtbaar handelen, enz.), dan moet de werkgever zich echter in eerste aanleg tot de kantonrechter wenden.

Opvallend aan het Nederlandse ontslagrecht is (naast het duaal ontslagstelsel) de **preventieve ontslagtoets**. Deze is als gezegd ook gehandhaafd onder het nieuwe ontslagrecht zoals dat sinds 1 juli 2015 luidt. De gedachte hierachter is dat een werknemer niet ‘zomaar’ ontslagen kan worden. De werkgever moet een redelijke grondslag hebben en moet die grondslag ook kunnen verantwoorden aan het UWV of de kantonrechter. De werknemer wordt hierdoor beschermd tegen het eindigen van de arbeidsovereenkomst zonder redelijke grondslag. Deze eis kenden we vóór 1 juli 2015 ook al wel in het ontslagrecht, zij het dat het UWV hier op basis van het toenmalige Ontslagbesluit strikter aan toetste dan de kantonrechter deed, omdat de kantonrechter – anders dan het UWV – de arbeidsovereenkomst voor 1 juli 2015 kon ontbinden op de open norm ‘verandering van omstandigheden’. In de praktijk zag je dat kantonrechters daardoor ook ingeval de werkgever eigenlijk geen 100% sluitende reden voor ontslag had, overgingen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst waar het UWV de ontslagaanvraag vermoedelijk op basis van hetzelfde dossier zou hebben geweigerd. Kantonrechters compenseerden een niet volledig sluitende ontslagreden door aan de werknemer een hogere beëindigingsvergoeding toe te kennen, door de zogeheten correctiefactor uit de door hen gehanteerde kantonrechtersformule naar boven bij te stellen (bijvoorbeeld op een correctiefactor van 1,5 of 2). Onder het huidige ontslagrecht is dat als gezegd niet meer mogelijk: zowel het UWV als de kantonrechter kan alleen nog maar toestemming verlenen voor de beëindiging van het dienstverband als de werkgever daar een redelijke grondslag voor heeft en hij dit op basis van een opgebouwd dossier aannemelijk kan maken (art. 7:669 lid 1 BW voor de opzegging en art. 7:671b lid 1 BW voor de ontbinding).

5.2.4 Redelijke ontslaggronden

Wat zijn dan precies de redelijke grondslagen voor een beëindiging van het dienstverband? Sinds 1 juli 2015 zijn deze limitatief opgesomd in de wet en wel in artikel 7:669 lid 3 BW. We haalden deze grondslagen eerder in onderdeel 5.2.1 al even samengevat aan, maar sommen ze hieronder nogmaals, maar dan uitgebreider op. Onder een redelijke ontslaggrond wordt sinds 1 juli 2015 verstaan:

- a. Het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming, of het, over een toekomstige periode van ten minste 26 weken bezien, noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfs-

voering (kort gezegd: bedrijfseconomische omstandigheden). Dit noemen we ook wel de **a-grond** voor ontslag. Voor ontslag wegens een reorganisatie vormt deze grond de redelijke grondslag voor beëindiging van het dienstverband. Hierover meer in paragraaf 5.3.

- b. Langdurige ziekte of gebreken van de werknemer (dat wil zeggen: langer dan de wettelijke loondoorbetalingsverplichting van 104 weken), waardoor hij niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten en aanneemelijk is dat binnen 26 weken geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht (kort gezegd: langdurige arbeidsongeschiktheid). Ook wel de **b-grond** genoemd.
- c. Het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid als gevolg van ziekte of gebreken van de werknemer met voor de bedrijfsvoering onaanvaardbare gevolgen, mits het bij regelmaat niet kunnen verrichten van de bedongen arbeid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor de omstandigheden van de werknemer en aanneemelijk is dat binnen 26 weken geen herstel zal optreden en dat binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht (kort samengevat: frequent verzuim wegens ziekte). Ook wel de **c-grond** genoemd.
- d. De ongeschiktheid van de werknemer tot het verrichten van de bedongen arbeid, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken van de werknemer, op voorwaarde dat de werkgever de werknemer hiervan tijdig in kennis heeft gesteld en hem onvoldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren en de ongeschiktheid niet het gevolg is van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer of voor de arbeidsomstandigheden van de werknemer (kort samengevat: disfunctioneren). Dit duiden we ook wel aan als de **d-grond** voor ontslag.
- e. Verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren (kort: verwijtbaar handelen/nalaten). Ook wel de **e-grond** genoemd.
- f. Het weigeren van de werknemer de bedongen arbeid te verrichten wegens een ernstig gewetensbezwaar, op voorwaarde dat aanneemelijk is dat de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht (kort: werkweigering wegens gewetensbezwaren). Ook wel aangeduid als de **f-grond**.
- g. Een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voort-

duren (kort: ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsrelatie). Ook wel de **g-grond** genoemd.

- h. Andere dan de hiervoor genoemde omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, waarbij de wetgever in de wetsgeschiedenis heeft aangegeven dat deze laatste grond is bedoeld voor situaties als detentie van de werknemer, illegaliteit van de werknemer, ontbreken van een tewerkstellingsvergunning en soms ook voor verschil van inzicht tussen een hoge manager en de directie. Deze ontslaggrond, ook wel de **h-grond** genoemd, dient volgens de wetgever nadrukkelijk niet als een soort restgrond te worden gezien waarop je als werkgever een beroep kunt doen als de overige gronden geen kans van slagen bieden.

De h-grond heeft een 'semi-gesloten' ontslagstelsel geïntroduceerd. Deze h-grond biedt de opening om op een redelijke, nog niet in de a t/m g genoemde grond, tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst over te gaan. Hier zit meteen de belangrijkste beperking van de h-grond: het moet gaan om een redelijke grond, die anders is dan de andere ontslaggronden die in het 'lijstje' onder de a- t/m g-grond zijn opgenomen. In geval van een reorganisatie kan een werkgever zich daardoor niet op de h-grond beroepen. Bedrijfseconomische omstandigheden vallen immers al onder de a-grond. De h-grond mag ook niet worden gebruikt voor het toch ontbinden van de arbeidsovereenkomst op grond van een imperfecte andere wettelijke ontslaggrond, inclusief een imperfecte a-grond.¹ Het moet dus echt gaan om een andersoortige grond. De door de wetgever steevast genoemde voorbeelden voor zo'n andere grond vloeien voort uit de hoofdstukken 30 en 31 van de vervallen Beleidsregels Ontslagtaak van het UWV: de hiervoor al door ons genoemde illegale werknemer en de werknemer in detentie.² Op aangeven vanuit de juridische beroepspraktijk heeft de wetgever duidelijk laten weten dat de h-grond daartoe echter niet is beperkt, zolang de grond voor het ontslag maar redelijk is. Een voetbaltrainer met achterblijvende resultaten en een manager met een verschil van inzicht over beleid kunnen ook onder de h-grond vallen.³ De h-grond houdt het ontslagstelsel daarmee in zekere zin flexibel. De wetgever heeft in elk geval niet voor ogen gehad het ontslagstelsel op slot te zetten en biedt de

¹ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7, p. 130-131.*

² *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 43-46.*

³ *Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 7, p. 130-131.*

werkgever in dat verband ook een zekere beoordelingsruimte.⁴ Uit de sinds de inwerkingtreding van het nieuwe ontslagrecht onder de Wwz gepubliceerde rechtspraak kunnen op hoofdlijnen drie categorieën worden onderscheiden die onder de h-grond kunnen worden gebracht, te weten (i) een feitelijke of juridische belemmering tot werken waardoor de arbeidsovereenkomst een lege huls is geworden,⁵ (ii) belangen/acties van derden vereisen een beëindiging van de arbeidsovereenkomst⁶ en (iii) een verschil van inzicht tussen werkgever en manager/directeur.

Op het semi-gesloten ontslagstelsel in de Wwz is veel kritiek gekomen. De limitatieve gronden voor ontslag hebben er kort samengevat toe geleid dat in een toenemend aantal gevallen niet tot ontslag kan worden overgegaan, wegens het niet geheel voldragen zijn van een van de ontslaggronden. In het Regeerakkoord 2017-2021, getiteld 'Vertrouwen in de toekomst', van oktober 2017 hebben de coalitiepartijen dit probleem erkend en aangekondigd dat het in gevallen waarin weliswaar op basis van elk van de afzonderlijke ontslaggronden onvoldoende wettelijke basis is voor ontslag, maar bij meerdere gedeeltelijke gronden evenwel sprake is van problemen, het mogelijk moet zijn tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst te komen:

138

'De WWZ heeft er toe geleid dat ontslag ook in situaties waar dat redelijkerwijze aan de orde is, onnodig wordt bemoeilijkt. Dat maakt werkgevers extra huiverig om contracten voor onbepaalde tijd aan te bieden. Werkgevers lopen tegen situaties aan waarin op basis van elk van de afzonderlijke bestaande ontslaggronden onvoldoende wettelijke basis is voor ontslag, maar waar wel bij meerdere gronden gedeeltelijk sprake is van problemen (bijvoorbeeld verwijtbaar handelen gecombineerd met disfunctioneren en een verstoorde arbeidsrelatie). In die gevallen moet het mogelijk zijn om de rechter de afweging te laten maken of het van een werkgever verlangd kan worden de arbeidsovereenkomst voort te zetten of dat ontslag gerechtvaardigd is op basis van de cumulatie van omstandigheden genoemd in de verschillende gronden. Hier staat voor de werknemer tegenover dat de rechter een extra vergoeding kan toekennen van maximaal de helft van de transitievergoeding (bovenop de reeds bestaande transitievergoeding).'

4 Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3, p. 43-46.

5 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 22 november 2016, ECLI:NL:GHDA:2016:3372.

6 Rb. Midden-Nederland 16 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1365, Rb. Noord-Nederland 6 april 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2300, Rb. Noord-Nederland 14 juni 2016, AR-Updates 2016-0709.

Het voorgaande is inmiddels in het (concept)wetsvoorstel voor de Wet Arbeidsmarkt in Balans (WAB) uitgewerkt. In dit (concept)wetsvoorstel introduceert het kabinet een nieuwe ontslaggrond: de i-grond (art. 7:669 lid 3 sub i BW nieuw). Deze grond komt erop neer dat er sprake moet zijn van een combinatie van omstandigheden uit twee of meer ontslaggronden (c tot en met h) die zodanig is dat in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De werkgever kan een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst primair verzoeken op een van de ontslaggronden uit artikel 7:669 lid 3 sub c t/m h BW en subsidiair, voor het geval de rechter tot het oordeel komt dat deze gronden onvoldragen zijn, op grond van de cumulatiegrond. De werkgever kan ook de cumulatiegrond primair ten grondslag leggen aan het ontbindingsverzoek, waarbij dan wel omstandigheden uit twee of meer gronden (c t/m h) moeten worden aangevoerd. Voor de werknemer kan daar wel een hogere gemaximeerde vergoeding bovenop de transitievergoeding tegenover staan, van 1/2x de transitievergoeding (art. 7:671b BW nieuw). De beoogde ingangsdatum van de maatregelen uit het (concept) wetsvoorstel is 1 januari 2020.

De nieuwe (cumulatie)grond heeft op basis van het (concept)wetsvoorstel alleen betrekking op omstandigheden uit de ontslaggronden c t/m h en ziet dus niet op de a-grond (bedrijfseconomische omstandigheden) en de b-grond (langdurige arbeidsongeschiktheid). Het kabinet acht dit in lijn met het systeem van de wet, vanwege de met de Wwz aangebrachte scheiding in de toetsing van de ontslaggronden door enerzijds het UWV (a- en b-grond) en anderzijds de kantonrechter (c- t/m h-grond). De a- en b-grond lenen zich wat betreft hun aard volgens het kabinet ook niet voor cumulatie, nu er geen omstandigheden uit deze gronden denkbaar zouden zijn om voor cumulatie in aanmerking te komen. Verval van arbeidsplaatsen wegens bedrijfsbeëindiging of bedrijfseconomische omstandigheden zou zich volgens het kabinet namelijk of ten volle wel of niet voordoen en er zou geen omstandigheid uit deze grond zijn die meegewogen zou kunnen worden in de cumulatiegrond. Wij zien dit echter anders: zo zouden de a- en de e-grond dan wel de g-grond bijvoorbeeld gecombineerd kunnen worden in de situatie dat een wegens bedrijfseconomische omstandigheden boventallig geraakte werknemer herplaatsing in een passende functie weigert.

5.2.5 Algemene herplaatsingsplicht binnen redelijke termijn met scholing

We hebben net gezien dat een eenzijdige beëindiging van het dienstverband alleen maar mogelijk is als daarvoor een redelijke grondslag bestaat als

bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub a t/m (vooralsnog) h BW. Artikel 7:669 lid 1 BW voegt daaraan toe dat herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie tevens niet mogelijk moet zijn of in de reden moet liggen. Is herplaatsing wel mogelijk, dan moet de werknemer worden herplaatst en komt een beëindiging van de arbeidsovereenkomst dus niet aan bod.

Redelijke grondslag: ja
Voldaan aan herplaatsingsplicht?

Deze algemene **herplaatsingsplicht** geldt in beginsel voor alle ontslaggronden als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 BW, met uitzondering van de e-grond (verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer) en ten aanzien van de werknemer die een geestelijk ambt bekleedt (art. 7:669 lid 2 BW). Een werknemer die terecht op staande voet wordt ontslagen, kan zich niet op het standpunt stellen dat de werkgever verzuimd heeft te onderzoeken of herplaatsing mogelijk was. Herplaatsing ligt evenmin in de rede als het gaat om een illegale werknemer of een werknemer die in detentie verblijft en voor wie de werkgever op de h-grond een ontbindingsverzoek indient bij de kantonrechter.

140

De wettelijke herplaatsingsverplichting is nader uitgewerkt in artikel 9 en 10 van de Ontslagregeling. Ingevolge artikel 9 Ontslagregeling dienen bij de beoordeling of binnen de onderneming van de werkgever een passende functie beschikbaar is voor een werknemer die voor ontslag in aanmerking komt, arbeidsplaatsen te worden betrokken waarvoor een **vacature** bestaat, of waarvoor binnen een redelijke termijn een vacature zal ontstaan. De zoektocht beperkt zich dus tot reeds openstaande passende vacatures alsook passende vacatures die binnen een redelijke termijn zullen ontstaan. De zoektocht dient binnen het hele concern van de werkgever te worden uitgevoerd.

5.3 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden

In paragraaf 5.2 hebben we gezien dat de redelijke grond voor ontslag vanwege een reorganisatie de a-grond als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub a BW is. We zullen ons daarom in de rest van dit hoofdstuk op deze ontslaggrond, en de verplichtingen die deze grond met zich brengt, concentreren.

Uit artikel 7:669 lid 1 jo. 3 sub a BW volgt dat de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd vanwege bedrijfseconomische omstandigheden, dat wil zeggen:

‘het verval van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of het, over een toekomstige periode van 26 weken bezien, noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsuitoefening’.

Het gaat dus ofwel om het verval van arbeidsplaatsen vanwege de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming, ofwel om het in de toekomst noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen vanwege bedrijfseconomische omstandigheden.

De beoordeling over een toekomstige periode van 26 weken impliceert dat de werkgever verwacht dat er binnen die termijn geen werk meer is of nog komt. Als de werkgever na het ontslag van de werknemer op de a-grond binnen 26 weken alsnog iemand wil aannemen voor de eerder vervallen werkzaamheden, bijvoorbeeld omdat de markt toch onverwachts aantrekt, dan dient hij daarvoor eerst een aanbod te doen aan de ontslagen werknemer die deze werkzaamheden eerst vervulde. Deze wettelijke wederindiensttreedingsvoorwaarde zullen we in paragraaf 5.4.6 bespreken.

Voor het bepalen van de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomische redenen gelden op grond van artikel 7:669 lid 5 jo. artikel 7:671a lid 5 jo. lid 7 jo. lid 8 BW en de Ontslagregeling nadere regels. Uit deze regels volgt onder meer dat een werkgever bij een reorganisatie niet zelf kan bepalen wie hij voor ontslag in aanmerking laat komen. Een reorganiserende werkgever kan dus niet vrij kiezen wie hij in een reorganisatie boventallig verklaart en vervolgens een beëindigingsvoorstel doet en/of bij het UWV voor ontslag voordraagt. Dit bespreken we in paragraaf 5.3.2 en 5.3.3. We beginnen echter met een nadere uitwerking van de beëindiging wegens bedrijfseconomische redenen. Want wat moeten we hier nu precies onder verstaan? Of beter gezegd: wanneer heeft een werkgever die wil reorganiseren een redelijke ontslaggrond als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub a BW om over te kunnen gaan tot beëindiging van arbeidsovereenkomsten?

5.3.1 Artikel 7:669 lid 3 sub a BW: de a-grond en nadere uitwerking daarvan

De kern van artikel 7:669 lid 3 sub a BW is kort gezegd, dat er sprake moet zijn van bedrijfseconomische redenen. Er zijn daarbij twee mogelijkheden. Ten eerste kan er sprake zijn van het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het beëindigen van de werkzaamheden van de onderneming. Met andere woorden: een al dan niet gedeeltelijke bedrijfsbeëindiging. Zowel artikel 7:669 BW als de Ontslagregeling stelt geen eisen of voorwaarden aan het besluit tot (gedeeltelijke) bedrijfsbeëindiging. Het is bijvoorbeeld niet vereist dat de beëindiging voortkomt uit dreigende verliezen of dat er sprake is van een noodzaak. Ten tweede kan sprake zijn van (i) bedrijfseconomische omstandigheden (ii) die nopen tot het treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering en (iii) die noodzakelijkerwijs leiden tot het vervallen van arbeidsplaatsen (iv) waarvoor natuurlijk verloop geen oplossing biedt (v) wanneer de werkgever 26 weken vooruitkijkt. Het begrip bedrijfseconomische omstandigheden wordt niet nader gedefinieerd in de wet.

De beëindiging van het dienstverband wegens bedrijfseconomische redenen is nader uitgewerkt in de **Ontslagregeling** en de **UWV Uitvoeringsregels ontslag wegens bedrijfseconomische redenen** (hierna: de Uitvoeringsregels). Een reorganiserende werkgever dient de regels hieruit te volgen als hij tot een inkrimping van zijn personeelsbestand wil kunnen komen. Volgt hij deze regels niet, dan is de kans groot dat zijn werknemers zich op terechte gronden tegen een beëindiging van hun dienstverband kunnen verzetten. Een reorganiserende werkgever doet er daarom verstandig aan al direct in de voorbereidingsfase van een reorganisatie naar deze regels te handelen (c.q. hierop te anticiperen door deze te volgen). Mocht het in een latere fase van de reorganisatie tot een procedure bij het UWV (of daarna de kantonrechter) komen, dan zal hij in dat geval namelijk kunnen aantonen dat hij aan de voorwaarde uit artikel 7:669 lid 3 sub a BW, de Ontslagregeling en de UWV Uitvoeringsregels voldoet.

Wanneer kan er volgens voornoemde regels aanleiding zijn voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden? Kort samengevat komt het erop neer dat sprake moet zijn van:

- i. bedrijfseconomische redenen;
- ii. waardoor functies moeten komen te vervallen;
- iii. waaronder die van werknemer;

- iv. waarbij natuurlijk verloop van het personeel geen/onvoldoende oplossing biedt;
- v. en herplaatsing binnen redelijke termijn niet mogelijk is.

Hoofdstuk 1 van de Uitvoeringsregels geeft voorbeelden van situaties die aanleiding kunnen geven voor het vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden: dat zijn onder meer een slechte of slechter wordende financiële positie van de werkgever of werkvermindering, maar ook organisatorische veranderingen/reorganisatie, technologische veranderingen, beëindiging van (een deel van) de bedrijfsactiviteiten van de werkgever, bedrijfsverhuizing en het vervallen van een (loonkosten)subsidie kunnen leiden tot verval van arbeidsplaatsen. In de praktijk kan zich ook een combinatie van deze redenen voordoen die leidt tot het verval van arbeidsplaatsen. In al deze gevallen zal de werkgever, op grond van artikel 7:669 lid 3 sub a BW, aannemelijk moeten kunnen maken dat het treffen van maatregelen die leiden tot het structureel (dat wil zeggen, gezien over een toekomstige periode van 26 weken) vervallen van arbeidsplaatsen noodzakelijk is voor een doelmatige bedrijfsvoering.

Daarbij geldt dat de vraag of een bedrijfseconomische reden voor verval van arbeidsplaatsen zich voordoet, in de eerste plaats aan de werkgever is om te beoordelen. De werkgever moet zijn onderneming immers op zo een manier kunnen inrichten, dat het voortbestaan daarvan ook op de lange termijn is verzekerd. Dat is niet alleen in het belang van de betreffende werkgever, maar ook in het belang van de werkgelegenheid in algemene zin. Bij een eventuele uiteindelijke toetsing van het werkgeversbesluit tot het structureel verval van arbeidsplaatsen door het UWV (dan wel de kantonrechter na een eerdere afwijzing door het UWV) past daarom een zekere mate van terughoudendheid. Het UWV moet met andere woorden bij de beoordeling van de ontslag-aanvragen niet op de stoel van de werkgever gaan zitten en nagaan of het dezelfde beslissing als de werkgever zou nemen. Wel beoordeelt het UWV of de werkgever in redelijkheid tot zijn beslissing tot verval van arbeidsplaatsen heeft kunnen komen.

De werkgever moet zich in dat kader kunnen verantwoorden voor zijn beslissing. In hoofdstuk 1 van de Uitvoeringsregels van het UWV is daarom vrij specifiek aangegeven welke informatie van een werkgever wordt verlangd bij het aannemelijk kunnen maken dat het verval van arbeidsplaatsen noodzakelijk is. Die informatie verschilt naargelang het type (soort) bedrijfseconomische reden dat de werkgever aanvoert (slechte of slechter wordende financiële posi-

tie, werkvermindering, organisatorische veranderingen/reorganisatie, technologische veranderingen, beëindiging bedrijfsactiviteiten, bedrijfsverhuizing dan wel het vervallen van een loonkostensubsidie). Zo moet de werkgever in geval van een gestelde slechte of slechter wordende financiële situatie andere informatie aanleveren dan ingeval de bedrijfseconomische reden is gelegen in organisatorische of technologische veranderingen. Ingeval het tot een ontslag-aanvraag bij het UWV komt (in de praktijk meestal uitsluitend als een boven-tallig verklaarde werknemer niet wil instemmen met een aan hem gedaan beëindigingsvoorstel) moet de werkgever op het digitale webformulier 'Ontslag om bedrijfseconomische redenen Deel C' aanvinken welk(e) type(s) bedrijfseconomische reden(en) aan de reorganisatie ten grondslag ligt/liggen. Het formulier geeft dan vervolgens op basis van de aangevinkte bedrijfseconomische reden(en) automatisch aan welke informatie de werkgever ter onderbouwing aan het UWV dient te verstrekken. Het UWV toetst aan de hand van de door de werkgever overgelegde informatie (en onderliggende bewijsstukken) of hetgeen door de werkgever bij de ontslagaanvraag wordt aangevoerd het verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst(en) voldoende ondersteunt. Een werkgever kan hier in een reorganisatietraject in zekere mate op anticiperen door zich in de voorbereidingsfase van de reorganisatie al te oriënteren op welke gegevens het UWV in een eventuele ontslag-procedure van hem nodig zal hebben, en deze gegevens tijdig te verzamelen. De ondernemingsraad zal deze informatie in een adviestraject overigens vermoedelijk ook willen ontvangen om het reorganisatievoornemen van de werkgever goed te kunnen beoordelen alvorens hij advies uitbrengt. Ook de (eventueel) betrokken vakbonden zullen deze informatie in de praktijk graag willen ontvangen, zodat zij kunnen toetsen of de werkgever reden heeft om tot (collectief) ontslag over te gaan. Ingeval de vakbonden de door de werkgever gestelde bedrijfseconomische omstandigheden onderschrijven en dit door middel van een verklaring willen bevestigen, doet de werkgever er verstandig aan deze verklaring aan het UWV te verstrekken. Het UWV laat de toetsing of sprake is van een (of meerdere) bedrijfseconomische reden(en) namelijk bij de beoordeling van een ontslagaanvraag geheel achterwege als de werkgever een verklaring van de werknemersverenigingen (vakbonden) bij de ontslag-aanvraag overlegt, waaruit blijkt dat zij in het kader van de in hoofdstuk 6 nog te bespreken Wet Melding Collectief Ontslag (WMCO) de bedrijfseconomische reden(en) aanwezig achten (vergelijk art. 2 Ontslagregeling).

5.3.2 *Eerst verwijderen flexibele schil*

Bij de beoordeling van een ontslagaanvraag wegens bedrijfseconomische redenen toetst het UWV niet alleen (marginaal) of an sich sprake is van een bedrijfseconomische reden die het noodzakelijk maakt dat arbeidsplaatsen komen te vervallen, maar wordt tevens gekeken of een natuurlijk verloop van werknemers geen alternatieve oplossing biedt voor opzegging van de arbeids-overeenkomsten van werknemers en of de functie van de voor ontslag voorgedragen werknemer vervalt.

Als uitgangspunt geldt namelijk dat een werkgever in een reorganisatie pas over mag gaan tot de beëindiging van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, als is gebleken dat de noodzakelijke inkrimping van zijn personeelsbestand niet (of niet geheel) kan worden bewerkstelligd door de zogenoemde 'flexibele schil' te verwijderen. De flexibele schil wordt gevormd door uitzendkrachten en ander extern ingeleend personeel, maar ook door eigen werknemers van de werkgever met een contract voor bepaalde tijd en werknemers die de AOW- of pensioengerechtigde leeftijd hebben bereikt (of op het punt staan te bereiken). In geval van een reorganisatie moet de werkgever eerst deze flexibele schil aan personeel stapsgewijs verwijderen, voordat hij uiteindelijk als laatste stap kan overgaan tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van werknemers met een contract voor onbepaalde tijd. Dit is terug te vinden in artikel 7:671a lid 5 BW en artikel 17 Ontslagregeling en nader uitgewerkt in hoofdstuk 2.3 en 2.4 van de Uitvoeringsregels van het UWV.

145

Hoe dient een werkgever de flexibele schil in een reorganisatie te verwijderen? Hiervoor geldt een bepaalde, vaste volgorde. De flexibele schil bestaat namelijk uit verschillende groepen, waarvan een voor een afscheid moet worden genomen. De flexibele schil moet als het ware laagje voor laagje worden afgepeld, op basis van de navolgende volgorde:

1. **Groep 1:** externe medewerkers, dus uitzendkrachten, gedetacheerden, zzp'ers en ingeleende werknemers van een andere bedrijfsvestiging;
2. **Groep 2:** werknemers (inclusief payrollwerknemers) die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt;
3. **Groep 3:** werknemers (inclusief payrollwerknemers) als bedoeld in artikel 7:628a BW (oproepkrachten met een nulurencontract);

4. **Groep 4:** werknemers met een contract voor bepaalde tijd (inclusief payrollwerknemers) van wie het contract eindigt binnen hooguit 26 weken na de datum waarop op de ontslagaanvraag wordt beslist; pas daarna:
5. **Groep 5:** werknemers (inclusief payrollwerknemers) met een contract voor bepaalde tijd waarvoor de looptijd van het contract meer dan 26 weken bedraagt te rekenen vanaf de datum waarop op de ontslagaanvraag wordt beslist en werknemers (inclusief payrollwerknemers) met een contract voor onbepaalde tijd.

Van arbeidskrachten in Groep 1 dient daarbij als eerste afscheid te worden genomen, gevolgd door de werknemers in de groepen 2 t/m 4 en uiteindelijk ook groep 5. Daarbij geldt dat het personeelsbestand zo moet worden ingekrompen dat de leeftijdsopbouw van werknemers (inclusief payrollwerknemers) binnen de categorie uitwisselbare functies voor en na de reorganisatie verhoudingsgewijs zo veel mogelijk gelijk blijven. Hoe gaat dat dan stapsgewijs in zijn werk?

- **Stap 1:** afscheid nemen van Groep 1 (externen).
- **Stap 2:** kijken of de benodigde personeelsreductie kan worden bereikt door afscheid te nemen van de werknemers in Groep 2 t/m 4 (dus de AOW-gerechtigden, nulurencontracten, en bepaaldetijdcontracten die binnen 26 weken aflopen).
- **Stap 3:** als de benodigde personeelsreductie niet geheel onder stap 2 kan worden bereikt dan moet worden afgespiegeld. Let op: werknemers in Groep 2 t/m 4 moeten daarbij worden meegenomen in de afspiegelingsberekening als zij op de **peildatum** als bedoeld in artikel 12 Ontslagregeling (dat wil zeggen op de datum van indiening van de ontslagaanvraag bij het UWV) nog in dienst zijn.
- **Stap 4:** daadwerkelijk toepassen van het afspiegelingsbeginsel. Hierover meer in paragraaf 5.3.3.

Pas als blijkt dat de werkgever met het (op de hiervoor toegelichte wijze) verwijderen van de flexibele schil nog steeds de noodzakelijke krimp van zijn personeelsbestand niet volledig kan bereiken, mag de werkgever overgaan tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd.

5.3.3 Afspiegelingsbeginsel

Indien werknemers wegens bedrijfseconomische redenen ontslagen moeten worden, zal een werkgever zijn beste krachten willen behouden. Staat het een

werkgever vrij om te beslissen van welke werknemer(s) hij de arbeidsovereenkomst wil beëindigen? Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend. Voor het bepalen van de ontslagvolgorde van werknemers moet in geval van beëindiging wegens bedrijfseconomische redenen namelijk het zogeheten **afspiegelingsbeginsel** worden toegepast (art. 7:669 lid 5 jo. art. 11 Ontslagregeling).

Een werkgever mag dus niet zomaar zelf bepalen wie hij voor ontslag in aanmerking wil laten komen, maar zal dit aan de hand van het afspiegelingsbeginsel moeten bepalen. Goed om te realiseren, is daarbij dat het niet zo is dat het afspiegelingsbeginsel alleen geldt als er meerdere werknemers moeten worden ontslagen. Ook als er maar één werknemer wegens bedrijfseconomische redenen wordt ontslagen, dient het afspiegelingsbeginsel te worden toegepast. Een selectie op basis van kwaliteit (dus op basis van een functioneringsbeoordeling) is in strijd met artikel 11 Ontslagregeling. Als een werkgever zeer tevreden is over werknemer A en werknemer B veel minder goed functioneert, moet er toch aan de hand van het afspiegelingsbeginsel worden bepaald wie er voor ontslag in aanmerking komt. Het kan dus zijn dat na toepassing van het afspiegelingsbeginsel een ontslagvergunning wordt verleend voor werknemer A en voor werknemer B niet, terwijl de werkgever over werknemer A meer tevreden was dan over werknemer B.

In de praktijk doen werkgevers er verstandig aan het afspiegelingsbeginsel al direct in de voorbereidingsfase van een reorganisatie te gebruiken om te bepalen welke werknemers in de reorganisatie boventallig zullen raken en met wie zij dus in gesprek zullen moeten gaan over een beëindiging van hun arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen. Lopen deze gesprekken uiteindelijk op niets uit en ziet de werkgever zich vervolgens genooddacht een ontslagaanvraag wegens bedrijfseconomische redenen in te dienen bij het UWV, dan zal het UWV namelijk (onder meer) toetsen of de werknemer voor wie de ontslagaanvraag is ingediend op grond van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komt. Door al direct in de voorbereidingsfase van een reorganisatie aan de hand van het afspiegelingsbeginsel vast te stellen van wie hij uiteindelijk afscheid moet nemen in het onverhoopte geval dat hij zich tot het UWV zou moeten wenden, kan de werkgever in een vroegtijdig stadium voorkomen dat hij de verkeerde werknemer boventallig verklaart en voor ontslag voordraagt.

Hoe gaat de toepassing van het afspiegelingsbeginsel precies in zijn werk? Daarvoor is artikel 11 Ontslagregeling leidend:

‘Voor zover het bij de te vervallen arbeidsplaatsen om uitwisselbare functies als bedoeld in artikel 13 gaat, komen per leeftijdsgroep binnen een categorie uitwisselbare functies de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking, waarbij het aantal werknemers dat per leeftijdsgroep voor ontslag in aanmerking komt, voor zover mogelijk overeenkomt met de onderlinge verhouding van het aantal werknemers in elk van de leeftijdsgroepen binnen de betreffende categorie uitwisselbare functies. De in de eerste volzin bedoelde leeftijdsgroepen zijn de groepen 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.’

Uit deze bepaling volgt allereerst dat er sprake moet zijn van een **uitwisselbare functie**. Een functie is ingevolge artikel 13 Ontslagregeling uitwisselbaar indien de functies naar functie-inhoud, vereiste kennis en vaardigheden, vereiste competenties en de tijdelijke of structurele aard van de functie **vergelijkbaar** zijn én naar niveau en beloning **gelijkwaardig**.

Als een functie niet uitwisselbaar is, dan spreken we van een **unieke functie**: er is dan slechts één werknemer die deze functie vervult. In geval van een unieke functie kan het afspiegelingsbeginsel niet worden toegepast. Er valt dan immers niet af te spiegelen. Als een unieke functie volledig komt te vervallen, en er geen nieuwe functie terugkeert die op de oude unieke functie lijkt, dan zal de werknemer die deze unieke functie vervult in de reorganisatie boventallig raken en voor ontslag in aanmerking komen. Stel dat er sprake is van een uitwisselbare functie, hoe dient het afspiegelingsbeginsel dan verder te worden toegepast? Hierbij is naast de artikelen 11 en 13 ook artikel 14 van de Ontslagregeling van belang. Voor een nadere toelichting zijn verder de hoofdstukken 2.5 t/m 2.13 van de Uitvoeringsregels handig om erbij te pakken. Uit de artikelen 11, 13 en 14 Ontslagregeling volgt dat bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel wordt uitgegaan van alle uitwisselbare functies binnen de onderneming van de werkgever, tenzij de arbeidsplaatsen vervallen binnen een bedrijfsvestiging van de onderneming van de werkgever, in welk geval voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel wordt uitgegaan van alle uitwisselbare functies binnen de bedrijfsvestiging. Dat betekent dat als een werkgever niet uit een, maar uit meerdere bedrijfsvestigingen bestaat, de werkgever het afspiegelingsbeginsel per bedrijfsvestiging moet toepassen. Als **bedrijfsvestiging** wordt gezien *‘een onderdeel van de onderneming van de werkgever dat in de maatschappij als zelfstandige eenheid te herkennen is en een interne zelfstandige bedrijfsvoering heeft’* (art. 1 sub d Ontslagregeling). Hiermee wordt dezelfde definitie gehanteerd als de definitie van het begrip ‘onderneming’ in de WOR (zie art. 1 lid 1 sub c WOR).

De werkgever zal bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel eerst de bedrijfsvestiging waarbinnen werknemers zullen moet afvloeien en het totale personeelsbestand moeten vaststellen. Vervolgens moet worden bepaald in welke categorie uitwisselbare functies werknemers ontslagen moeten worden en hoeveel werknemers er in deze categorie werkzaam zijn. De werknemers binnen de categorie uitwisselbare functies dienen in de in artikel 11 Ontslagregeling genoemde leeftijdsgroepen te worden ingedeeld, waarna de procentuele verdeling per leeftijdsgroep moet worden vastgesteld. Aan de hand daarvan kan vervolgens worden vastgesteld hoeveel werknemers per leeftijdsgroep voor ontslag in aanmerking komen. De werknemers met het kortste dienstverband per leeftijdsgroep zijn de werknemers die het eerst voor ontslag in aanmerking komen (last in first out).⁷

Hoe ziet dat er dan stapsgewijs uit?

- **Stap 1:** afscheid nemen van Groep 1 (externen);
- **Stap 2:** kijken of de benodigde reductie kan worden bereikt door afscheid te nemen van de werknemers in Groep 2 t/m 4 (dus de AOW-gerechtigden, nulurencontracten en bepaaldetijdcontracten die binnen 26 weken aflopen);
- **Stap 3:** als de benodigde reductie niet geheel onder stap 2 kan worden bereikt, dan moet worden afgespiegeld. Let op: werknemers in Groep 2 t/m 4 moeten daarbij worden meegenomen in de afspiegelingsberekening als zij op de **peildatum** als bedoeld in artikel 12 Ontslagregeling nog in dienst zijn.
- **Stap 4:** daadwerkelijk toepassen van het afspiegelingsbeginsel: werknemers daarbij eerst in de categorie uitwisselbare functies verdelen over leeftijdsgroepen:

15-24 jaar, 25-34 jaar, 35-44 jaar, 45-54 jaar, 55 jaar en ouder

Vervolgens bepalen hoeveel werknemers per leeftijdsgroep moeten afvloeien. Werknemers met het kortste dienstverband binnen de 'geraakte' leeftijdscategorie moeten als eerste afvloeien. Bij gelijke duur dienstverband mag de werkgever kiezen. In de praktijk zal de werkgever vervolgens de werknemers die bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komen een beëindigingsvoorstel doen. Stemmen zij hier niet mee in, dan zal

⁷ Zie voor een uitgebreid stappenplan en verschillende rekenvoorbeelden hoofdstuk 2.5 t/m 2.15 van de UWV Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen.

de werkgever zich genoodzaakt zien een ontslagaanvraag voor hen in te dienen.

- **Stap 5:** Controleren of er werknemers zijn die hangende de beoordeling van de ontslagaanvraag bij het UWV in Groep 2 en 4 zijn komen te vallen en daardoor alsnog met voorrang moeten afvloeien:
 - Als op de datum van de UWV-beslissing op de ontslagaanvraag blijkt dat een werknemer bij de afspiegelingsberekening is ingedeeld in de leeftijdsgroep vanaf 55 jaar en op de peildatum niet voor ontslag in aanmerking kwam, maar deze werknemer inmiddels na de peildatum AOW-gerechtigd is geworden (dus in Groep 2 is komen te vallen) en om diereden wel voor ontslag in aanmerking komt, moet (in beginsel) de AOW-gerechtigde werknemer afvloeien en zal de niet-AOW-gerechtigde werknemer met het langste dienstverband daarna in de leeftijdsgroep vanaf 55 jaar die in eerste instantie voor ontslag was voorgedragen, alsnog niet voor ontslag in aanmerking komen;
 - Als de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op de peildatum niet binnen 26 weken zou eindigen en de werknemer op grond van het afspiegelingsbeginsel niet voor ontslag in aanmerking kwam, maar op de datum van de UWV-beslissing op de ontslagaanvraag blijkt dat het contract alsnog wel binnen 26 weken afloopt, dan valt de werknemer alsnog in Groep 4 en moet dus alsnog eerst van deze werknemer afscheid worden genomen, terwijl de werknemer met het langste dienstverband daarna in dezelfde leeftijdsgroep die in eerste instantie voor ontslag was voorgedragen alsnog mag blijven;
 - Het voorgaande geldt ook als op de datum van de UWV-beslissing op de ontslagaanvraag blijkt dat een niet-boventallige werknemer (al dan niet uit zichzelf) zal vertrekken.

Een voorbeeld ter toelichting. Op het kantoor van SBH in Scheveningen zijn dertig werknemers werkzaam. De directie van SBH heeft vastgesteld dat ook hier het personeelsbestand ingekrompen zal moeten worden. Met name het werk voor het administratief ondersteunend personeel is de afgelopen jaren flink verminderd als gevolg van de opkomst van het internetbankieren. Besloten wordt dan ook dat er bij de bedrijfsvestiging SBH Scheveningen bezuinigd zal moeten worden op de administratieve afdeling. In de categorie uitwisselbare functie van

administratief medewerker zijn dertien medewerkers werkzaam, waarvan twaalf interne werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en een externe arbeidskracht van Randstad Uitzendbureau. De directie besluit dat het noodzakelijk is om de arbeidsovereenkomsten van vijf van de dertien administratief medewerkers van de vestiging SBH Scheveningen op te zeggen. Omdat de externe arbeidskracht in Groep 1 van de flexibele schil zit, moet als eerste van hem afscheid worden genomen. Resteren er twaalf medewerkers waarvan er nog vier zullen moeten afvloeien.

Er zullen dus vier van de twaalf administratief medewerkers gedwongen worden ontslagen. Omdat zij allemaal een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben, vallen zij allemaal in Groep 5 van de flexibele schil. De verdeling van de twaalf administratief medewerkers binnen de leeftijdsgroepen is als volgt:

15 tot 25 jaar	25 tot 35 jaar	35 jaar tot 45 jaar	45 jaar tot 55 jaar	55 jaar tot AOW	totaal
3	4	0	2	3	12
25%	33,33%	0%	16,66%	25%	100%

Per leeftijdsgroep dient aan de hand van de procentuele verdeling binnen die groep bepaald te worden hoeveel werknemers voor ontslag in aanmerking komen. In eerste instantie zal moeten worden gekeken naar het getal voor de komma. Toegepast op het voorbeeld leidt dit tot de volgende uitkomst.

15 tot 25 jaar	25 tot 35 jaar	35 jaar tot 45 jaar	45 jaar tot 55 jaar	55 jaar tot AOW	totaal
$(25\% \times 4)$	$(33,33\% \times 4)$	$(0\% \times 4)$	$(16,66\% \times 4)$	$(25\% \times 4)$	
= 1,00	= 1,33	= 0,00	= 0,67	= 1,00	4 wn

Op basis van de hele getallen voor de komma wordt de verdeling over de leeftijdsgroepen:

15 tot 25 jaar	25 tot 35 jaar	35 jaar tot 45 jaar	45 jaar tot 55 jaar	55 jaar tot AOW	totaal
1	1	0	0	1	3 wn

In dit voorbeeld is er één voor ontslag voor te dragen werknemer te weinig berekend. Het totaal komt nu uit op drie werknemers, terwijl er vier arbeidsovereenkomsten opgezegd moeten worden. De leeftijdsgroep met het hoogste cijfer achter de komma levert de voor ontslag voor te dragen werknemer op. De leeftijdsgroep 45 jaar tot 55 jaar heeft het hoogste cijfer achter de komma (namelijk 0,67). De werknemer die voor ontslag in aanmerking komt, zit dus in deze groep. De verdeling over de leeftijdsgroepen ziet er als volgt uit:

15 tot 25 jaar	25 tot 35 jaar	35 jaar tot 45 jaar	45 jaar tot 55 jaar	55 jaar en ouder	totaal
1	1	0	1	1	4 wn

In de leeftijdscategorieën 15 tot 25 jaar, 25 tot 35 jaar, 45 tot 55 jaar en 55 jaar en ouder zal één administratief medewerker voor ontslag worden voorgedragen. Voor het bepalen wie er binnen de leeftijdscategorieën voor ontslag in aanmerking komt, wordt het 'last in first out'-principe gehanteerd. Dit betekent dat de administratief medewerkers uit de leeftijdscategorieën 15 tot 25 jaar, 25 tot 35 jaar, 45 tot 55 jaar en 55 jaar tot de AOW-gerechtigde leeftijd die het laatst in dienst zijn getreden, op basis van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komen.

Waarom moet het afspiegelingsbeginsel eigenlijk worden toegepast bij het vaststellen welke werknemer voor ontslag in aanmerking komt / boventallig raakt? Waarom kan een werkgever niet zelf beslissen van welke werknemers hij afscheid wil nemen in een reorganisatie? Toepassing van het afspiegelingsbeginsel zorgt ervoor dat de opbouw van werknemers per leeftijdsgroep na de reorganisatie in verhouding dezelfde blijft als vóór de reorganisatie. De ontslagen worden over de leeftijdsgroepen verspreid, zodat de ontslagen niet in één leeftijdsgroep vallen. Omdat de samenstelling van het personeelsbestand voortdurend wijzigt en toepassing van het afspiegelingsbeginsel op verschillende momenten dus verschillend kan uitpakken, dient er een peildatum aangehouden te worden. Uit artikel 12 lid 1 Ontslagregeling volgt dat de **peildatum** de datum is waarop de ontslagaanvragen bij het UWV worden ingediend, tenzij een eerdere objectiveerbare datum is aan te wijzen die in redelijkheid door de werkgever als peildatum mag worden gehanteerd (lid 2).

Uit artikel 15 lid 1 Ontslagregeling volgt verder nog dat voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst (in verband met de 'last in, first out'-volgorde binnen de leeftijdsgroepen) voorafgaande arbeidsovereenkomsten

tussen dezelfde partijen die elkaar met tussenpozen van maximaal zes maanden hebben opgevolgd bij elkaar worden opgeteld. Als de werkgever achtereenvolgens (of met tussenpozen van maximaal zes maanden) in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die ten aanzien van de door de werknemer verrichte arbeid geacht worden elkaars rechtsopvolger te zijn, dan dienen de arbeidsovereenkomsten bij die verschillende werkgevers eveneens te worden samengeteld (art. 15 lid 2 Ontslagregeling).

5.3.4 *Uitzonderingen op het afspiegelingsbeginsel*

Op het afspiegelingsbeginsel is een beperkt aantal uitzonderingen toegestaan. Als een werknemer uit hoofde van zijn functie tewerk is gesteld bij een derde om onder diens leiding en toezicht werkzaam te zijn en vervanging van deze werknemer in redelijkheid niet kan worden geëffectueerd, mag de werkgever deze werknemer bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel buiten beschouwing laten (art. 11 lid 4 Ontslagregeling). Ook als een werknemer over zodanige bijzondere kennis en bekwaamheden beschikt dat zijn ontslag voor het functioneren van de onderneming te bezwaarlijk is, mag de werkgever deze 'onmisbare werknemer' bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel buiten beschouwing laten. Denk bijvoorbeeld aan een werknemer met een langdurig dienstverband, die verschillende functies heeft vervuld en vanwege (historische) kennis van het reilen en zeilen van de onderneming niet te missen is, of aan een werknemer die als enige over een groot rijbewijs of bepaalde certificaten beschikt (art. 11 lid 5 Ontslagregeling). Ook voor werknemers met een arbeidsbeperking als bedoeld in artikel 38a lid 1 Wet financiering sociale verzekeringen is een uitzondering toegestaan (art. 11 lid 6 Ontslagregeling). Tot slot is het afspiegelingsbeginsel niet van toepassing ingeval een loonkostensubsidie vervalt (art. 11 lid 7 Ontslagregeling). De werknemers waarvoor de subsidie is bedoeld, zijn in dat geval de werknemers die moeten afvloeien. Dit is echter weer anders ingeval deze werknemers in feite regulier werk doen en even productief zijn als reguliere werknemers. In dat geval dient juist wel weer te worden afgespiegeld.

Payrollwerknemers

Er gelden verder bijzondere regels voor payrollondernemingen. Bij payrolling is de payrollonderneming de werkgever en heeft de payrollwerkgever de werkgeversverplichtingen, zoals de uitbetaling van het loon. De werkzaamheden worden niet in het bedrijf van de payrollwerkgever verricht (de formele werkgever), maar in het bedrijf van de opdrachtgever waar de werknemers feitelijk zijn tewerkgesteld (materiële werkgever). Payrollwerkgevers moeten volledig

afspiegelen bij de materiële werkgever. Dit betekent dat zodra de opdrachtgever de inleenovereenkomst beëindigt met de payrollwerkgever, de payrollwerkgever pas tot ontslag van zijn werknemer kan overgaan als sprake is van een bedrijfseconomische reden bij de opdrachtgever en toepassing van het afspiegelingsbeginsel bij de opdrachtgever ertoe leidt dat de payrollwerknemer voor ontslag in aanmerking komt. Is dit niet het geval, dan leidt dat er niet toe dat de payrollwerknemer weer automatisch bij de opdrachtgever aan de slag gaat, maar dat de payrollwerkgever geen toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst zal krijgen. Hij zal dan een andere opdracht voor de payrollwerknemer moeten vinden. Als de payrollwerkgever geen ander werk voor de payrollwerknemer heeft, kan – vanwege bedrijfseconomische redenen – toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst worden verleend (of in voorkomende gevallen de arbeidsovereenkomst om die reden door de rechter worden ontbonden). Wel geldt hierbij, net als voor andere werkgevers, dat een payrollwerkgever zich moet inspannen om ontslag te voorkomen. Als een overtollige werknemer herplaatst kan worden, is niet aannemelijk gemaakt dat het ontslag van de werknemer noodzakelijk is en zal geen toestemming voor opzegging door het UWV worden verleend en de arbeidsovereenkomst niet door de kantonrechter kunnen worden ontbonden. De payrollwerkgever zal dus moeten nagaan of er bij andere aangesloten opdrachtgevers vacatures zijn dan wel op korte termijn vrij komen waar een boventallig geworden payrollwerknemer voor in aanmerking zou kunnen komen. Is dat het geval, dan moet daar serieus werk van worden gemaakt. Bij een ontslagverzoek moet namelijk blijken dat de payrollwerkgever is nagegaan of er bij andere bij hem aangesloten opdrachtgevers geschikte vacatures zijn of op korte termijn komen.

Talentvolle werknemers

Sinds 1 juli 2015 geldt verder een zogenoemde **talentenregeling**. Deze regeling is terug te vinden in artikel 16 Ontslagregeling en nader uitgewerkt in hoofdstuk 2.15 en 2.16 van de UWV Uitvoeringsregels ontslag wegens bedrijfseconomische redenen. De regeling is in het leven geroepen om werkgevers meer ruimte te bieden werknemers die bovengemiddeld presteren of die naar verwachting over een meer dan gemiddelde potentie beschikken voor de toekomst, buiten de toepassing van het afspiegelingsbeginsel te houden. Daarom biedt artikel 16 Ontslagregeling aan de werkgever de mogelijkheid om – onder voorwaarden – tot ten hoogste 10% van de werknemers die op grond van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking zouden komen van de afspiegeling af te wijken. De werkgever zal het bovengemiddeld functioneren of het voor de toekomst over een meer dan gemiddelde potentie beschikken

van een werknemer aannemelijk moeten maken. Daarnaast zal voor werknemers op voorhand duidelijk moeten zijn dat hun functioneren deel uit kan maken van de beoordeling wie voor ontslag in aanmerking komt. Er zal dan ook een personeelsbeleid moeten worden gevoerd waar het periodiek beoordelen en het identificeren van werknemers met veel potentie voor de toekomst, onderdeel van uitmaakt. Werkgevers moeten verder aannemelijk maken dat andere werknemers dezelfde kansen hebben gehad als de werknemers die buiten de afspiegeling worden gehouden.

De afwijking van 10% van het afspiegelingsbeginsel mag er overigens niet toeleiden dat in de leeftijdscategorieën 15 tot 25 en 55 jaar tot de AOW-gerechtigde leeftijd meer ontslagen vallen dan het geval zou zijn geweest bij reguliere toepassing van het afspiegelingsbeginsel. Dit is gerechtvaardigd, omdat werknemers in de laagste leeftijdscategorie nog onvoldoende de kans hebben gehad zich te manifesteren. Werknemers in de hoogste leeftijdscategorie worden uitgezonderd, omdat zij een kwetsbare positie op de arbeidsmarkt hebben en om te voorkomen dat de investeringsbereidheid van werkgevers zal afnemen.

De 10%-regel kan gebruikt worden om werknemers die bij volledige toepassing van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking zouden komen, vanwege bovengemiddelde prestaties of een meer dan gemiddelde potentie voor de toekomst te behouden. In plaats daarvan komen andere werknemers voor ontslag in aanmerking, waarbij het afspiegelingsbeginsel bepaalt welke werknemer volgens dit beginsel binnen dezelfde leeftijdscategorie vervolgens voor ontslag in aanmerking komt. Alleen als de bedoelde leeftijdscategorie is uitgeput en er dus een werknemer vanwege toepassing van de 10%-regel uit een andere leeftijdscategorie volgens de afspiegeling als eerstvolgende voor ontslag in aanmerking komt, kan de beperking van de leeftijdscategorieën 15 tot 25 en 55 jaar tot aan de AOW-gerechtigde leeftijd een rol spelen. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als een werknemer uit bijvoorbeeld de leeftijdscategorie 25 tot 35 jaar bovengemiddeld presteert, maar hij de enige is binnen zijn leeftijdscategorie die voor ontslag in aanmerking komt. In dat geval is zijn leeftijdscategorie uitgeput en zal de eerstvolgende werknemer die voor ontslag in aanmerking komt afkomstig zijn uit een andere leeftijdscategorie. Ingeval dit de leeftijdscategorie 15 tot 25 of 55 jaar tot aan de AOW-gerechtigde leeftijd betreft, is gebruikmaking van de 10%-regel niet mogelijk.

Van de talentenregeling kan alleen gebruik worden gemaakt als dit bij cao of regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan is overeengekomen.

Alternatieve ontslagcriteria bij cao

Onder omstandigheden kan nog verdergaand worden afgeweken van het afspiegelingsbeginsel. Zelfs zover, dat het hele afspiegelingsbeginsel kan worden ingewisseld voor heel andere selectiecriteria. Dit is het geval als gebruik wordt gemaakt van de afwijkingsmogelijkheid van artikel 7:669 lid 6 BW. Dit is alleen toegestaan als sprake is van een zogeheten cao-commissie die deze toets aanlegt. Hierover meer in paragraaf 5.5.

Stoelendansmethode?

Onder het oude ontslagrecht van voor 1 juli 2015 bestond nog een andere uitzonderingsmogelijkheid: het oude artikel 4:2 Ontslagbesluit bepaalde namelijk dat het afspiegelingsbeginsel werd toegepast voor zover het bij de te vervallen arbeidsplaatsen om *uitwisselbare functies* gaat. Wanneer functies volledig vervielen en vervolgens nieuwe functies ontstonden die niet uitwisselbaar waren met de oude functies, was het afspiegelingsbeginsel niet van toepassing. Het gevolg was dat werknemers hun baan verloren en konden solliciteren op nieuw gecreëerde (niet met de oude vervallen functies uitwisselbare) functies. Dit werd ook wel 'de stoelendansmethode' of 'de methode De Blécourt' genoemd.

In artikel 5 van de oude Beleidsregels Ontslagtaak UWV was in dat kader opgenomen:

'Een werkgever kan in een ontslagaanvraag aangeven dat toepassing van het afspiegelingsbeginsel niet aan de orde is omdat de functie van de voor ontslag voorgedragen werknemer geheel is vervallen dan wel komt te vervallen. In deze situatie kan het echter voorkomen dat binnen de onderneming een nieuwe functie is/wordt gecreëerd die duidelijke overeenkomsten vertoont met de te vervallen functie. De vraag is dan of deze nieuwe functie als uitwisselbaar met de vervallen functie dient te worden beschouwd. Om vast te stellen dat er daadwerkelijk sprake is van uitwisselbare functies, zal ook hier toetsing dienen plaats te vinden aan de hand van de hiervoor genoemde factoren voor uitwisselbaarheid (functie-inhoud, vereiste kennis en vaardigheden, vereiste competenties, niveau en beloning). De factoren dienen steeds in onderlinge samenhang te worden beoordeeld. Het is aan de werkgever om aannemelijk te maken dat de nieuwe functie in voldoende mate verschilt van de vervallen functie.'

Uit deze bepaling kon worden afgeleid dat een andere selectiemethode dan het afspiegelingsbeginsel mogelijk was bij *niet-uitwisselbare functies*.

De vraag of de stoelendansmethode was toegestaan, was daarbij afhankelijk van twee stappen:

1. er diende geen sprake van uitwisselbare functies te zijn;
2. de werkgever mocht selecteren op kwaliteit.

Ten aanzien van stap 1 diende de werkgever aannemelijk te maken dat de nieuwe functie in voldoende mate verschilde van de vervallen functie en daarmee niet uitwisselbaar was met de vervallen functie omdat anders alsnog zou moeten worden afgespiegeld. Een aantal factoren speelde daarbij een rol:⁸

- a. de noodzaak tot het creëren van een nieuwe functie;
- b. de nieuwe functie kwam al dan niet voor in het bestaande functiehuis;
- c. de vergelijking van de nieuwe en de oude functiebeschrijving;⁹
- d. het verschil in functieniveau tussen de oude en nieuwe functie;
- e. het oordeel van een extern gespecialiseerd bureau omtrent de vraag of een nieuwe functie uitwisselbaar was met de bestaande functie;
- f. de hoogte van het salaris in de verschillende functies;¹⁰
- g. de verantwoordelijkheden in de verschillende functies.¹¹

Als de functies niet uitwisselbaar waren, speelden de volgende aspecten blijkens de rechtspraak een rol bij stap 2 (dus of selectie op basis van kwaliteit was toegestaan):

- i. het selectiesysteem diende inzichtelijk en objectief te zijn;¹² denk aan het maken van een assessment dat door een extern bureau wordt afgenomen;¹³
- ii. de werknemers dienden een serieuze kans te krijgen om te solliciteren (met bezwaarmogelijkheid bij afwijzing);¹⁴

8 M.A. Blécourt, M. Diepenbach, R. Hampsink, Maatwerk bij het bepalen van de ontslagvolgorde: nu en na de Wet Werk en Zekerheid, in: L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, VvA-Reeks 42, Deventer: Kluwer 2014, p. 192.

9 Rb. Overijssel 17 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:2410.

10 Ktr. Almelo 24 augustus 2010, JAR 2010/235. Ktr. Amsterdam 6 augustus 2008 JAR 2008/282.

11 Ktr. Almelo 24 augustus 2010, JAR 2010/235.

12 Ktr. Almelo 24 augustus 2010, JAR 2010/235.

13 Rechtbank Midden-Nederland 16 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7191. Ktr. Den Haag 22 december 2004, JAR 2005/55. Rb. Haarlem 17 februari 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BP392.

14 Ktr. Amsterdam 6 augustus 2008, JAR 2008/282.

- iii. de methode werd eerder geaccepteerd als deze was overeengekomen met betrokken vakorganisaties en/of de ondernemingsraad (bijvoorbeeld door middel van een sociaal plan¹⁵);¹⁶
- iv. de methode werd eerder geaccepteerd als de betrokken vakorganisaties en/of de ondernemingsraad erkenden respectievelijk erkende dat er daadwerkelijk sprake was van een nieuwe, niet uitwisselbare functie;
- v. de werkgever diende de keuze voor de meest geschikte kandidaat toe te lichten;¹⁷
- vi. er mocht geen sprake zijn van willekeur (dit kon bijvoorbeeld blijken uit functioneringsgesprekken en/of beoordelingsgesprekken, e-mails, ervaring);¹⁸
- vii. het oordeel dat een werknemer geschikt was of binnen zes maanden geschikt kon zijn voor de functie, was voorbehouden aan de werkgever (bij een matchingscommissie was het niet aan de kantonrechter om op de stoel van de werkgever te zitten en diende de kantonrechter marginaal te toetsen);¹⁹
- viii. de lengte van het dienstverband en het succes van de werknemer;²⁰
- ix. de werkgever diende te onderzoeken of een andere passende functie voorhanden is.²¹ Soms diende de werkgever zelfs aannemelijk te maken dat er geen passende functie voorhanden is.²²

Artikel 11 van de huidige Ontslagregeling bepaalt dat het afspiegelingsbeginsel op de te vervallen arbeidsplaatsen van toepassing is *voor zover* het om uitwisselbare functies gaat. Dit artikel is inhoudelijk dus niet gewijzigd ten opzichte van het oude artikel 4:2 Ontslagbesluit.

Ook de definitie van artikel 13 van de Ontslagregeling is (bijna) dezelfde gebleven als de definitie in het oude artikel 12 van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV. Er is één toevoeging: de tijdelijke of structurele aard van de functie. Onvoldoende is dat het gaat om een andere arbeidsomvang of andere werktij-

15 Rb. Leeuwarden 24 oktober 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AM2973.

16 Ktr. Den Haag 22 december 2004, JAR 2005/55. Ktr. Utrecht 6 februari 2004, JAR 2004/23.

17 Rb. Amsterdam 20 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5373.

18 Rb. Midden-Nederland 16 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7191.

19 Rb. Leeuwarden 24 oktober 2003, ECLI:NL:RBLEE:2003:AM2973.

20 Rb. Haarlem 17 februari 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BP5392.

21 Rb. Amsterdam 20 juni 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5373. Rb. Haarlem 17 februari 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BP5392. Ktr. Amsterdam 6 augustus 2008, JAR 2008/282.

22 Ktr. Leiden 20 september 2010, JAR 2010/187.

den: de taken verbonden aan de functie zijn doorslaggevend (bijvoorbeeld een fulltime secretaresse die meer taken heeft dan een parttime secretaresse).

In de toelichting op de Ontslagregeling is verder opgenomen dat:

‘Een werkgever kan aangeven dat toepassing van het afspiegelingsbeginsel zijns inziens niet aan de orde is omdat de functie geheel is vervallen dan wel komt te vervallen. In deze situatie kan het voorkomen dat binnen de onderneming een nieuwe functie is of wordt gecreëerd die duidelijke overeenkomsten vertoont met de (te) vervallen functie. Als deze nieuwe functie als uitwisselbaar moet worden beschouwd met de (te) vervallen functie, te beoordelen aan de hand van de hiervoor genoemde factoren van uitwisselbaarheid, is geen sprake van het verval van een arbeidsplaats.’

Hoewel het gaat om een andere formulering dan voorheen in de vervallen Beleidsregels Ontslagtaak UWV (iets strikter door het weglaten van de overweging ‘in voldoende mate’) blijkt uit de hierboven geciteerde passage uit de toelichting op de Ontslagregeling naar onze mening dat wanneer géén sprake is van een uitwisselbare functie, kan worden afgeweken van het afspiegelingsbeginsel.

Verschil onder de Wwz ten opzichte van de situatie van voor 1 juli 2015 is dat een beëindiging van het dienstverband sowieso alleen aan de orde is als herplaatsing binnen een redelijke termijn – al dan niet na scholing – niet mogelijk is. De herplaatsingsverplichting is zoals we in hoofdstuk 5.2.5 zagen nader uitgewerkt in artikel 9 van de nieuwe Ontslagregeling en hoofdstuk 3 van de Uitvoeringsregels. Hieruit volgt dat als de werkgever een passende arbeidsplaats of vacature voor een boventallige medewerker heeft of als er binnen een redelijke termijn alsnog een passende arbeidsplaats of vacature ontstaat, de werkgever de boventallige werknemer hierop moet herplaatsen. Daarbij mag je als werkgever op grond van de Uitvoeringsregels in beginsel de werknemer selecteren die het meest geschikt is voor de beschikbaar gekomen arbeidsplaats of vacature. Dat is echter anders als een functie vervalt en vervolgens een deel van de werkzaamheden uit deze vervallen functie wordt voortgezet in een nieuwe functie die niet uitwisselbaar is met de vervallen functie (wat bij de stoelendansmethode al snel het geval zal zijn). In dat geval moet op basis van het (omgekeerde) afspiegelingsbeginsel worden bepaald aan welke boventallige werknemer, die geschikt is om de functie te vervullen, deze functie als eerste moet worden aangeboden. Als gevolg hiervan ben je als werkgever minder vrij welke werknemer je de nieuwe functie aanbiedt. In de nieuwe Uitvoeringsregels van het UWV is het volgende voorbeeld gegeven voor de

situatie waarin een bepaalde functie geheel vervalt, maar er tevens een nieuwe functie ontstaat:

‘Een bedrijf heeft twee niet uitwisselbare functies: technisch tekenaar en projectleider. In de functie van technisch tekenaar vervallen drie van de vijf arbeidsplaatsen. In de functie van projectleider zijn vijf arbeidsplaatsen die allemaal komen te vervallen omdat de functie van projectleider geheel wordt opgeheven. Tegelijkertijd ontstaat de nieuwe functie van projectcoördinator met drie arbeidsplaatsen/vacatures. Deze nieuwe functie is niet uitwisselbaar met de functie van technisch tekenaar en ook niet met de functie van projectleider omdat er andere functie-eisen gelden voor de nieuwe functie. Wel wordt een deel van de werkzaamheden van de functie van projectleider in deze nieuwe functie voortgezet. Slechts één van de boventallige technisch tekenaars is geschikt voor de nieuwe functie van projectcoördinator. Dit geldt ook voor vier van de vijf boventallig geworden projectleiders. Aan wie moet de werkgever de nieuwe functie van projectcoördinator aanbieden? De werkgever mag in deze situatie niet selecteren wie het meest geschikt is, maar moet de vacatures allereerst aanbieden aan de projectleiders. Omdat er meer geschikte projectleiders zijn dan arbeidsplaatsen, moet de werkgever de nieuwe functie aanbieden aan de drie projectleiders die op basis van het afspiegingsbeginsel (berekend over de vier geschikte projectleiders) de hoogste afspiegingsrechten hebben. De werkgever zou de nieuwe functie van projectcoördinator pas aan de technische tekenaar moeten aanbieden als er, na herplaatsing van alle geschikte projectleiders, nog een vacature zou zijn.’

160

Onder de Wwz lijkt de stoelendansmethode daarmee nog wel te zijn toegestaan, zij het onder de hiervoor genoemde strikte voorwaarden.²³ Daardoor is de stoelendansmethode vandaag de dag praktisch nauwelijks nog uitvoerbaar. De stoelendansmethode zal ten eerste sowieso geheel in de a-grond voor ontslag moeten passen. In veel gevallen waar de rechter de stoelendansmethode vroeger rechtmatig achtte, is een ontslagvergoeding met een hogere C-factor dan 1,0 toegekend.²⁴ Het toekennen van een hogere transitievergoeding dan de wettelijke transitievergoeding is thans echter niet meer mogelijk. Er kan dus niet langer worden ‘gecompenseerd’ voor de stoelendansmethode door een hogere vergoeding toe te kennen. Daarnaast is een functie onder de Wwz sneller uitwisselbaar en/of passend vanwege de scholingsplicht ex artikel

²³ M.A. Blécourt, M. Diepenbach, R. Hampsink, Maatwerk bij het bepalen van de ontslagvolgorde: nu en na de Wet Werk en Zekerheid, in: L.C.J. Sprengers en G.W. van der Voet, *Arbeidsrechtelijke reflecties 2014*, VvA-Reeks 42, Deventer: Kluwer 2014, p. 206.

²⁴ Ktr. Den Haag 22 december 2004, JAR 2005/55. Ktr. Tilburg 15 december 1998, JAR 1999/23. Rb. Haarlem 17 februari 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BP5392.

7:611a BW van de werkgever.²⁵ Als een deel van de werkzaamheden van de vervallen functie wordt voortgezet in een nieuwe functie die niet uitwisselbaar is met de vervallen functie, moet ten slotte op basis van het (*omgekeerde*) *afspiegelingsbeginsel* worden bepaald welke boventallige werknemer, die geschikt is om de functie te vervullen, op deze functie moet worden herplaatst.

Kortom: de stoelendansmethode lijkt – ook onder de Wwz – op het eerste gezicht nog mogelijk bij een reorganisatie, maar aan de vereisten daarvoor is niet snel voldaan en de herplaatsingsregels geven de werkgever minder vrijheid bij het selecteren van werknemers voor nieuw ontstane functies, waardoor toepassing van de stoelendansmethode in de praktijk vandaag de dag erg lastig is geworden.

5.3.5 Herplaatsing

In paragraaf 5.2.5 bespraken we de algemene herplaatsingsplicht die geldt ingeval de werkgever een redelijke grond voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft. Deze herplaatsingsplicht geldt uiteraard ook ten aanzien van werknemers die in een reorganisatie op grond van de hiervoor beschreven (afspiegelings)regels boventallig raken. Voordat de werkgever daadwerkelijk over kan gaan tot een al dan niet eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen, zal hij eerst moeten proberen de boventallige werknemer in een passende functie te herplaatsen. De wettelijke herplaatsingsverplichting is uitgewerkt in artikel 9 en 10 van de Ontslagregeling en wat betreft herplaatsing na verval van een arbeidsplaats wegens bedrijfseconomische redenen nader toegelicht in hoofdstuk 3 van de **Uitvoeringsregels ontslag wegens bedrijfseconomische redenen van het UWV**. Ingevolge artikel 9 Ontslagregeling dienen bij de beoordeling of binnen de onderneming van de werkgever een passende functie beschikbaar is voor een werknemer die voor ontslag in aanmerking komt, arbeidsplaatsen te worden betrokken waarvoor een **vacature** bestaat, of waarvoor binnen een redelijke termijn een vacature zal ontstaan. De zoektocht beperkt zich dus tot reeds openstaande passende vacatures alsook passende vacatures die binnen een redelijke termijn zullen ontstaan. De zoektocht dient binnen het hele concern van de werkgever te worden uitgevoerd.

Een vacature is passend als de functie aansluit bij de **opleiding, ervaring en capaciteiten** van de boventallige werknemer of als de werknemer binnen een

²⁵ I.M.I. Apperloo, 'Het nieuwe artikel 611a: een echte vernieuwing of oude wijn in een nieuwe zak', *ArbeidsRecht* 2015/29.

redelijke termijn met behulp van scholing geschikt voor de functie zal kunnen worden gemaakt. In de regel zal het hierbij gaan om functies die aansluiten bij het niveau van werkzaamheden die een werknemer verricht, maar dat hoeft niet het geval te zijn. Met betrekking tot scholing is in de wetsgeschiedenis opgemerkt dat deze optie is gekoppeld aan het eventuele bestaan van een mogelijkheid tot herplaatsing. Dat betekent dat een werkgever niet verplicht kan worden om een werknemer te scholen als er geen zicht is op een herplaatsing in een (na scholing) passende functie, omdat er geen vacature voor die functie openstaat.

Onder een redelijke herplaatsingstermijn wordt volgens artikel 10 Ontslagregeling verstaan een termijn gelijk aan de voor de betreffende werknemer geldende wettelijke opzegtermijn ex artikel 7:672 lid 2 BW of 26 weken als de betreffende werknemer een arbeidshandicap heeft. De door de werkgever in acht te nemen termijn waarbinnen naar een andere passende vacature voor de werknemer dient te worden gezocht, wordt door de koppeling aan de wettelijke opzegtermijn dus langer naarmate de werknemer langer in dienst is van de werkgever. Heeft een werknemer vijf dienstjaren, dan bedraagt de herplaatsingstermijn één maand, bij vijf tot tien dienstjaren twee maanden, tien tot vijftien dienstjaren drie maanden en meer dan vijftien dienstjaren vier maanden. Heeft de werknemer een arbeidshandicap, dan bedraagt de herplaatsingstermijn, ongeacht de lengte van zijn dienstverband, zes maanden (26 weken). De duur van de herplaatsingstermijn begint overigens formeel pas te lopen op de dag waarop het UWV op de ontslagaanvraag beslist. Dat betekent dat de werkgever ook na het indienen van een ontslagaanvraag alert zal moeten blijven op het bestaan van (mogelijk) passende vacatures binnen zijn concern.

De zoektocht naar een passende andere functie voor een boventallige werknemer waarvan de werkgever afscheid wenst te nemen, beperkt zich dus tot passende of met behulp van scholing passend te maken vacatures die al binnen het concern waar de werkgever deel van uitmaakt openstaan of binnen een redelijke termijn alsnog open zullen komen te staan en die aansluiten op de opleiding, ervaring en capaciteiten van de werknemer. De duur van de redelijke termijn is afhankelijk van het aantal dienstjaren van de werknemer en zal minimaal één tot maximaal vier of – in geval van een arbeidshandicap – zes maanden bedragen.

Van een werkgever wordt overigens verwacht dat hij zich actief inspant om een passende functie voor herplaatsing van de (met boventalligheid

bedreigde/(boventallige) werknemer te vinden. De werkgever kan dus niet achteroverleunen totdat de herplaatsingstermijn is verstreken, maar zal actief binnen zijn concern op zoek moeten gaan naar herplaatsingsmogelijkheden. Indien er herplaatsingsmogelijkheden zijn, moet hij deze bovendien aan de werknemer aanbieden.

Hoe belangrijk het is om voldoende herplaatsingsinspanningen te verrichten, blijkt wel uit de volgende twee uitspraken.

De eerste uitspraak is van de Kantonrechter Amsterdam van 20 januari 2017.²⁶ Werknemer was in dienst van Blokker. Laatstelijk was hij werkzaam in de functie Manager Technische Dienst. Als gevolg van een reorganisatie is zijn functie per 9 maart 2016 komen te vervallen. Na de op 9 september 2016 verkregen toestemming van het UWV heeft Blokker de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen tegen 1 januari 2017 opgezegd. Werknemer verzoekt de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen en Blokker te veroordelen om de arbeidsovereenkomst per 1 januari 2017 te herstellen. Werknemer stelt hiertoe dat geen sprake is van een redelijke grond voor opzegging, omdat geen sprake is van bedrijfseconomische redenen. Verder heeft Blokker geen serieuze poging gedaan om werknemer een passende andere functie aan te bieden, terwijl die wel binnen het concern voorhanden was. Werknemer stelt in dat kader onder meer dat de functie bij SSC ICT waarop hij bij brief van februari 2016 heeft gesolliciteerd passend is. Hij heeft op deze sollicitatie geen reactie van Blokker gekregen maar in de wandelgangen vernomen dat de functie aan een ander is vergeven. Blokker heeft niet aannemelijk gemaakt dat deze functie – ook na scholing – niet passend was voor werknemer. Dit geldt temeer omdat met werknemer geen sollicitatiegesprek is gevoerd en Blokker er kennelijk direct van overtuigd was dat de functie werknemer niet paste. Dat die functie vrij is gekomen vóórdat definitief was beslist dat de functie van werknemer kwam te vervallen, betekent niet dat dit niet bij de beoordeling of er sprake is van een andere passende functie kan worden betrokken. Werknemer was immers al op de hoogte gesteld van het feit dat Blokker voornemens was zijn functie op te heffen en de ondernemingsraad was reeds verzocht daarover een advies uit te brengen. Los van het voorgaande is het (zonder nadere toelichting, die in dit geval ontbreekt) niet voorstelbaar dat binnen een groot concern als Blokker is, in de periode van maart 2016 tot 1 januari 2017 geen pas-

²⁶ Rb. Amsterdam 20 januari 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:842.

sende functie voor werknemer beschikbaar was. Gesteld noch gebleken is bovendien dat Blokker inzicht heeft gegeven in de (te verwachten) vacatures in de periode van 14 september 2016 tot 1 januari 2017. Het is aan Blokker om aannemelijk te maken dat (ook) vanaf 14 september 2016 geen herplaatsingsmogelijkheden bestonden. De kantonrechter oordeelt dat niet kan worden geconcludeerd dat herplaatsing niet mogelijk was dan wel niet in de rede lag en dus ook niet kan worden uitgesloten dat in strijd met artikel 7:669 lid 1 BW is opgezegd. Blokker wordt veroordeeld de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 januari 2017 te herstellen.

De tweede uitspraak is van de Kantonrechter Haarlem van 24 april 2018.²⁷ Werknemer in deze zaak was op 15 juni 1983 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) ATP Services. De laatste functie die werknemer vervulde, was die van Senior Projectmanager ICT. Op 23 maart 2017 kreeg werknemer te horen dat zijn functie op termijn zou komen te vervallen. Op 7 juli 2017 heeft werknemer zich ziek gemeld. ATP heeft op 21 september 2017 een ontslagaanvraag ingediend bij het UWV. De aanvraag is gebaseerd op bedrijfseconomische redenen, gelegen in werkvermindering en organisatorische veranderingen. Werknemer heeft hiertegen verweer gevoerd. Het UWV heeft geweigerd aan ATP toestemming te geven voor opzegging van de arbeidsovereenkomst met werknemer. Het UWV heeft daartoe overwogen dat ATP haar er niet van heeft overtuigd dat de door ATP gestelde werkvermindering noodzakelijkerwijs leidt tot het verval van de functie van werknemer. ATP verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden, primair op grond van bedrijfseconomische omstandigheden en subsidiair op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 juli 2018 ontbonden op grond van een verstoorde arbeidsverhouding. Naar het oordeel van de kantonrechter is daarbij sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van ATP. Het had naar het oordeel van de kantonrechter, zeker gelet op het bijna vierendertigjarige dienstverband van werknemer bij ATP en het feit dat werknemer altijd goed heeft gefunctioneerd, op de weg van ATP gelegen om werknemer omtrent de (beoogde) reorganisatie beter te informeren, hoor en wederhoor te laten plaatsvinden en er zorg voor te dragen dat hij (de bedongen of passende) werkzaamheden kon blijven verrichten. In plaats daarvan heeft werknemer geen werk meer gekregen, is hij 'aan zijn lot overgela-

27 Rb. Noord-Holland 24 april 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3077.

ten' en is na het genomen besluit eind maart 2017 enkel nog aangestuurd op het beëindigen van zijn dienstverband. Niet gebleken is dat ATP enige concrete inspanningen heeft verricht om werknemer al dan niet in een andere passende functie voor haar organisatie te behouden of naar ander werk buiten haar organisatie te begeleiden bijvoorbeeld d.m.v. outplacement. De kantonrechter ziet dan ook aanleiding om aan werknemer een billijke vergoeding toe te kennen ter compensatie van het ernstig verwijtbaar handelen dan wel nalaten van ATP Services. De kantonrechter ziet in de omstandigheden van het geval aanleiding om de billijke vergoeding te begroten op een bedrag van maar liefst € 628.000 bruto!

5.4 Beëindigingsmethoden bij een beëindiging wegens bedrijfseconomische redenen

In paragraaf 5.2.2 bespraken we dat een arbeidsovereenkomst op zes verschillende manieren tot een einde kan komen. Ingeval een werkgever zich genoodzaakt ziet om zijn personeelsbestand in te krimpen *vanwege bedrijfseconomische omstandigheden*, zullen de navolgende beëindigingsmethoden daarbij uitkomst bieden bij het afscheid nemen van de door de reorganisatie boventallig geraakte werknemers:

1. het van rechtswege laten eindigen van arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (in verband met het eerst verplicht verwijderen van de flexibele schil);
2. beëindiging met wederzijds goedvinden;
3. beëindiging door opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever met schriftelijke instemming van de werknemer;
4. beëindiging door opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever na verkregen toestemming van het UWV;
5. ontbinding door de kantonrechter nadat het UWV een eerder ingediende ontslagaanvraag heeft geweigerd of in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding.

Indien de methodes als genoemd onder 1 t/m 3 geen uitkomst bieden – bijvoorbeeld omdat de boventallige werknemer al dan niet op terechte gronden weigert in te stemmen met de beëindiging van zijn dienstverband – zal de reorganiserende werkgever zich tot het UWV moeten wenden. Het UWV zal dan toetsen of (i) sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden op

grond waarvan (ii) de functie van de voor ontslag voorgedragen werknemer is komen te vervallen. Een werkgever die in het reorganisatietraject uit voorzorg op deze toetsing heeft geanticipeerd door van begin af aan al naar de voorwaarden uit artikel 7:669 lid 3 sub a BW, de Ontslagregeling en de UWV Uitvoeringsregels (inclusief een correcte toepassing van het afspiegelingsbeginsel) te handelen, zou daarbij in beginsel een ontslagaanvraag verleend moeten worden door het UWV.

We zullen de bovenstaande verschillende beëindigingsmethoden hieronder bespreken.

5.4.1 *Van rechtswege eindigen*

Indien een werkgever besluit tot een reorganisatie waarbij arbeidsplaatsen komen te vervallen, zal in verband met het verplicht verwijderen van de flexibele schil eerst moeten worden bekeken welke arbeidsovereenkomsten van rechtswege eindigen. Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd eindigen, zoals we eerder bespraken, in beginsel van rechtswege. Na het verstrijken van de einddatum die in de overeenkomst is overeengekomen, eindigt de arbeidsovereenkomst per direct. Dit is een eenvoudige en vaak kosteloze manier waarop een arbeidsrelatie eindigt: het gaat 'vanzelf'. Er is geen voorafgaande opzegging voor vereist, tenzij partijen anders overeenkomen, artikel 7:667 lid 1 en 2 BW. In beginsel kan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet tussentijds worden opgezegd. Partijen kunnen afspreken dat dit wel kan, maar dit zal dan schriftelijk moeten worden overeengekomen, artikel 7:667 lid 3 BW. Dit wordt ook wel het tussentijds opzegbeding genoemd.²⁸ Met andere woorden: indien partijen een arbeidsovereenkomst voor zes maanden hebben afgesproken, betekent dit dat zij als uitgangspunt zes maanden aan elkaar verbonden blijven. Dat geeft zowel de werkgever als de werknemer zekerheid.

Gerda Groenendijk is op 1 juni 2018 op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (een jaar) in de functie van receptioniste bij SBH Amsterdam in dienst getreden. In de arbeidsovereenkomst is geen tussentijds opzegbeding overeengekomen. Nu het met SBH

²⁸ Het aflopen van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is de meest voorkomende manier waarop een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt, maar het is niet de enige manier. Zo kan een arbeidsovereenkomst ook van rechtswege eindigen door het intreden van een ontbindende voorwaarde of door overlijden van de werknemer, art. 7:674 BW. Deze manieren van het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst zullen verder buiten beschouwing worden gelaten.

financieel slecht gaat, besluit de directie dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd niet verlengd zullen worden. De arbeidsovereenkomst van Gerda eindigt per 1 juni 2019 van rechtswege.

Uit de wet volgt dat er bij het **einde van rechtswege** geen nadere handeling vereist is voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst. Wel dient de werkgever de werknemer op grond van artikel 7:668 BW uiterlijk een maand voordat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt, te informeren of hij de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wenst voort te zetten of niet. Dit noemen we de **aanzegverplichting**. Ingeval de werkgever de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wenst voort te zetten, dient hij de werknemer tevens te informeren onder welke voorwaarden dit dan zal zijn. Voldoet de werkgever geheel niet aan de aanzegverplichting, dan is hij de werknemer bij wijze van boete een vergoeding ter hoogte van één maandsalaris verschuldigd. De arbeidsovereenkomst eindigt wel gewoon nog steeds van rechtswege. Voldoet de werkgever niet tijdig aan de aanzegverplichting (bijvoorbeeld twee weken in plaats van een maand voor het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst), dan is hij de boete naar rato verschuldigd.

Eindigt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege en wordt deze op initiatief van de werkgever niet verlengd, terwijl de werknemer ten minste 24 maanden in dienst is geweest? Dan is de werkgever de werknemer bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst de transitievergoeding verschuldigd. Het eindigen van rechtswege is dan dus niet kosteloos. Op de transitievergoeding gaan we in paragraaf 5.7 nader in.

Stel dat een werknemer werkzaam is op basis van een tijdelijk contract (zonder tussentijds opzegbeding), dan kan een werkgever nog wel een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter indienen. Wat de (financiële) consequenties hiervan zijn, wordt in paragraaf 5.4.5 nader besproken.

5.4.2 *Wederzijds goedvinden*

Een arbeidsovereenkomst kan in een reorganisatie ook eindigen met wederzijds goedvinden. Werkgever en (op grond van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komende) werknemer spreken dan samen af dat de arbeidsrelatie op enig moment eindigt. Ze zullen daarbij afspraken maken over de voorwaarden waaronder de arbeidsovereenkomst zal eindigen, zoals de datum van het eindigen van het dienstverband en de vergoeding die een werknemer meekrijgt. Een werknemer moet dan wel akkoord willen gaan met het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. In de praktijk worden arbeids-

overeenkomsten in een reorganisatie vaak met wederzijds goedvinden beëindigd, zeker als de werknemer weet dat de werkgever het afspiegelingsbeginsel correct heeft toegepast en hij ook op grond van de toetsingsmaatstaven van het UWV voor ontslag in aanmerking komt. Voor een werkgever kan het financieel gezien voordelig zijn om de arbeidsovereenkomst van een voor ontslag in aanmerking komende werknemer met wederzijds goedvinden te laten eindigen. Het is een snelle manier om de arbeidsovereenkomst te doen eindigen en er zijn bijvoorbeeld geen advocaatkosten aan verbonden. Vaak zal in een beëindigingsvoorstel een aantrekkelijke financiële vergoeding aan de werknemer worden geboden, gebaseerd op het sociaal plan of de transitievergoeding. Voor een werknemer kan het instemmen met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst het overwegen waard zijn, bijvoorbeeld als hij zicht heeft op een andere baan. De afspraken die werkgever en werknemer maken ten aanzien van het eindigen van de arbeidsrelatie moeten op grond van artikel 7:670b BW schriftelijk worden vastgelegd. In de regel gebeurt dit door middel van een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in 7:900 BW e.v. Op grond van artikel 7:670b lid 2 BW geldt een bedenkt termijn van veertien dagen voor de werknemer, gerekend vanaf de datum waarop de beëindigingsovereenkomst tot stand is gekomen. Binnen deze termijn heeft de werknemer het recht om de overeenkomst zonder opgave van redenen te ontbinden door middel van een schriftelijke aan de werkgever gerichte verklaring. De werknemer moet in de beëindigingsovereenkomst op deze bedenkt termijn van veertien dagen worden gewezen. Gebeurt dat niet, dan bedraagt de bedenkt termijn automatisch drie weken (art. 7:670b lid 3 BW).

In de rechtspraak zijn eisen gesteld aan de beëindiging met wederzijds goedvinden ter bescherming van werknemers. Een werknemer dient ondubbelzinnig te hebben ingestemd met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het enkele feit dat een werknemer een vaststellingsovereenkomst heeft ondertekend, is niet altijd toereikend. Gedacht kan worden aan de situatie dat een werknemer die de Nederlandse taal niet machtig is en onder druk van zijn leidinggevende een document moet tekenen. In dergelijke situaties oordeelt de Hoge Raad dat de werknemer niet ondubbelzinnig heeft ingestemd met de beëindiging van de overeenkomst. Daarnaast zijn de gewone regels van het overeenkomstenrecht van toepassing, zodat een beëindigingsovereenkomst ook op grond van dwaling, bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden kan worden aangetast. Gezien de wettelijke bedenkt termijn die sinds 1 juli 2015 geldt, is denkbaar dat een rechter vandaag de dag minder snel zal oordelen dat de werknemer niet op duidelijke en ondubbelzinnige manier heeft ingestemd met de opzegging als de werknemer zich tijdens de

bedenktermijn niet heeft beroepen op zijn bedenkrecht. Immers, na het ondertekenen van de beëindigingsovereenkomst heeft de werknemer nog twee weken de tijd gehad om erover na te denken en op de beëindiging terug te komen.

WW-uitkering

Wat zijn de gevolgen als een werknemer akkoord gaat met het eindigen van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden of instemt met de opzegging zoals nog te bespreken in paragraaf 5.4.3? Het kan zijn dat de werknemer niet direct een andere baan heeft en dat een werknemer zich moet beroepen op de Werkloosheidswet (WW) en een WW-uitkering moet aanvragen. Heeft het akkoord gaan met een beëindigingsvoorstel van of instemmen met de opzegging door de werkgever dan gevolgen voor de WW-uitkering? Het antwoord hierop luidt ontkennend. Op grond van artikel 24 lid 1 sub a jo. lid 2 WW is een werknemer namelijk niet verwijtbaar werkloos als hij akkoord gaat met een beëindigingsvoorstel van (of opzegging door) de werkgever. Let wel, dit geldt alleen als **de werkgever het initiatief tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst neemt**. In een reorganisatie is dit veelal het geval. In de praktijk wordt om het recht op WW van de werknemer veilig te stellen daarom in een beëindigingsovereenkomst (of de schriftelijke vastlegging van de opzegging met instemming) meestal opgenomen dat de werkgever vanwege bedrijfseconomische redenen het initiatief tot beëindiging heeft genomen, bijvoorbeeld door middel van de navolgende bepaling in de preambule van de overeenkomst:

‘De werkgever heeft het initiatief genomen om het dienstverband met de werknemer te beëindigen vanwege bedrijfseconomische omstandigheden. Aan dit initiatief ligt geen dringende reden zoals bedoeld in artikel 7:678 BW ten grondslag.’

Als een werknemer zelf het initiatief tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst neemt, zonder dat aan de voortzetting van de arbeidsovereenkomst zodanige bezwaren zijn verbonden dat voortzetting redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd, kan hij wel als verwijtbaar werkloos worden aangemerkt, op grond van artikel 24 lid 2 sub b WW. Datzelfde geldt ingeval de werkgever de werknemer een passende herplaatsingsvacature aanbiedt, welke de werknemer weigert: de werknemer kan dan worden verweten dat hij passende arbeid nalaat te aanvaarden als bedoeld in artikel 24 lid 1 sub b onder 2 WW. Het UWV kan de werknemer dan een WW-uitkering weigeren.

5.4.3 *Opzegging met instemming van de werknemer*

Sinds 1 juli 2015 kennen we in het Nederlandse ontslagrecht ook de opzegging door de werkgever met instemming van de werknemer (art. 7:671 lid 1 aanhef BW). Bij gebreke van instemming van de werknemer met de opzegging zal de reorganiserende werkgever het UWV alsnog om toestemming moeten vragen de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen wegens bedrijfseconomische redenen.

De instemming van de werknemer met de opzegging moet blijken uit een schriftelijke verklaring van de werknemer en deze kan uitsluitend door een individuele werknemer worden gegeven. Een instemming op collectief niveau door de vakbonden namens de werknemers, bijvoorbeeld in het kader van collectief ontslag in een reorganisatie, kan dus niet worden gegeven. De wet verbindt geen termijn aan de schriftelijke instemming van de werknemer met de opzegging. In de wetsgeschiedenis wordt ervan uitgegaan dat de werkgever de werknemer een termijn zal geven, waarna de werkgever bij het uitblijven van schriftelijke instemming van de werknemer toestemming voor opzegging aanvraagt bij het UWV (of een verzoek om ontbinding indient bij de kantonrechter als de redelijke grond is gebaseerd op art. 7:669 lid 3 sub c t/m h).²⁹

170

De werknemer kan op grond van artikel 7:671 lid 2 BW zijn instemming met de opzegging binnen veertien dagen na de instemming **herroepen** zonder opgaaf van redenen door middel van een schriftelijke verklaring. De werkgever dient de werknemer op grond van artikel 7:671 lid 3 BW binnen twee werkdagen na diens instemming met de opzegging op dit herroepingsrecht te wijzen. Doet de werkgever dat niet, dan bedraagt de herroepingstermijn drie weken.

Aan welke inhoudelijke vereisten moet de schriftelijke instemming van de werknemer voldoen? Hoe specifiek moet de instemming bijvoorbeeld zijn? Een werknemer dient gezien de rechtspraak over beëindiging met wederzijds goedvinden ook ondubbelzinnig te hebben ingestemd met de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Ook hier zal de bedenktijd (of beter gezegd: de herroepingstermijn) mee kunnen brengen dat als de werknemer zich na zijn schriftelijke instemming niet heeft beroepen op zijn bedenkrecht, de rechter na 1 juli 2015 minder snel zal oordelen dat de werknemer niet op duidelijke en ondubbelzinnige wijze heeft ingestemd met de opzegging. Dit is anders als de werknemer aannemelijk maakt dat hij niet had begrepen dat sprake was

²⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 53.

van opzegging door de werkgever en zijn verklaring dus niet gericht kon zijn op instemming met de opzegging.

Het is overigens ook in het belang van de werkgever dat de instemming van de werknemer voldoende duidelijk en ondubbelzinnig is. Wanneer de werknemer binnen de daarvoor door de werkgever ingestelde termijn niet schriftelijk heeft verklaard dat hij instemt met de opzegging van de arbeidsovereenkomst, wordt er als gezegd aan het begin van deze paragraaf van uitgegaan dat de werknemer niet instemt met de opzegging. Zegt de werkgever de arbeidsovereenkomst dan toch op, zonder daarvoor eerst toestemming van het UWV te hebben gevraagd, dan kan de werknemer de opzegging door de kantonrechter laten vernietigen of in plaats daarvan verzoeken om toekenning van een billijke vergoeding ten laste van de werkgever (art. 7:681 lid 1 sub a BW).

5.4.4 *Opzegging na verkregen toestemming van het UWV*

Als de werkgever en de voor ontslag in aanmerking komende werknemer geen overeenstemming bereiken over een beëindiging met wederzijds goedvinden of de werknemer niet binnen de door de werkgever gestelde termijn instemt met de opzegging, zal de werkgever zich in een reorganisatie tot het UWV moeten wenden met het verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 3 sub a BW op te zeggen.

Daarbij zal de werkgever als gezegd bij het UWV aannemelijk moeten kunnen maken dat sprake is van bedrijfseconomische redenen, waardoor functies moeten komen te vervallen, waaronder die van werknemer, alsook dat natuurlijk verloop van het personeel daarbij geen/onvoldoende oplossing biedt en herplaatsing binnen redelijke termijn niet mogelijk is. De werkgever zal daarbij dus onder meer aannemelijk moeten maken – en bij betwisting door de werknemer zelfs moeten bewijzen – dat hij het afspiegelingsbeginsel (inclusief het verwijderen van de flexibele schil) correct heeft toegepast en dat hij de in de ontslagaanvraag voor ontslag voorgedragen werknemer niet elders binnen zijn organisatie in een passende functie kan herplaatsen.

Procedure in vogelvlucht

Hoe ziet de procedure bij het UWV er globaal uit? De werkgever dient een verzoek om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst in door de digitale webformulieren 'Aanvraag ontslagvergunning wegens bedrijfseconomische reden' in te vullen. De aanvraag bestaat uit drie delen:

een A-deel waarop de werkgever zijn gegevens moet invullen, een B-deel waarop de gegevens van de werknemer waarvoor de ontslagaanvraag wordt ingediend moeten worden ingevuld, en een C-deel met de onderbouwing voor de gestelde bedrijfseconomische reden(en). Voor een complete ontslagaanvraag moet de werkgever deze drie webformulieren volledig invullen en vervolgens uploaden via het werkgeversportaal van het UWV. De werkgever zal daarbij gegevens moeten overleggen ter onderbouwing van de ontslagaanvraag. Welke gegevens bij de aanvraag moeten worden meegestuurd, is zoals we in paragraaf 5.3.1 hebben gezien afhankelijk van het soort bedrijfseconomische reden dat aan de aanvraag ten grondslag ligt (slechte of slechter wordende financiële situatie, werkvermindering, reorganisatie, technologische verandering, beëindiging van (een deel) van de bedrijfsactiviteiten, bedrijfsverhuizing of vervallen loonkostensubsidie). Uit het webformulier Deel C volgt – afhankelijk van de door de werkgever aangevinkte toepasselijke bedrijfseconomische reden(en) – welke informatie de werkgever ter onderbouwing van de gekozen bedrijfseconomische reden(en) moet aanleveren. Pas als de complete aanvraag bij het UWV binnen is, wordt de ontslagaanvraag in behandeling genomen. De werknemer krijgt vervolgens de kans zich tegen de ontslagaanvraag te verweren.

172

In de regel duurt de behandeling van een ontslagaanvraag door UWV ongeveer vier weken. De termijn van vier weken gaat van start op het moment dat het UWV een complete ontslagaanvraag heeft ontvangen. Soms kan er een extra ronde van hoor en wederhoor nodig zijn, bijvoorbeeld omdat de werknemer het niet eens is met de ontslagaanvraag of omdat het UWV een deskundigenadvies nodig heeft. De behandeling duurt dan langer. De uiteindelijke beslissing (UWV verleent de toestemming voor de opzegging wel of niet) stuurt UWV naar de werkgever en de werknemer.

Toetsing door UWV

In paragraaf 5.3.1 bespraken we al dat het UWV de door de werkgever aangevoerde noodzaak tot verval van arbeidsplaatsen terughoudend toetst. UWV toetst in feite:

- of de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat er structureel arbeidsplaatsen vervallen door bedrijfsbeëindiging of door maatregelen die om bedrijfseconomische redenen nodig zijn voor een doelmatige bedrijfsvoering;
- of de juiste volgorde voor ontslag is toegepast (afspiegelingsbeginsel); en
- of er geen mogelijkheden zijn om de werknemer(s) binnen een redelijke termijn (al dan niet met scholing) te herplaatsen in een andere passende

functie binnen de onderneming van werkgever of het concern waartoe de onderneming behoort.

Als niet aan deze toetsingsvoorwaarden is voldaan, wordt een ontslagvergunning door het UWV geweigerd. Een ontslagvergunning wordt eveneens door het UWV geweigerd als werknemers voor ontslag worden voorgedragen vanwege een door de werkgever noodzakelijk geachte kostenbesparing terwijl het werk bij de werkgever naar aard en omvang in zijn geheel niet wijzigt (art. 5 Ontslagregeling). Dit is bijvoorbeeld het geval als een werkgever werknemers wil ontslaan en hen wil vervangen door goedkopere (al dan niet flexibele) arbeidskrachten (niet zijnde zelfstandigen als bedoeld in art. 6 Ontslagregeling). De reden voor het in zo'n geval weigeren van toestemming voor opzegging door het UWV is niet zozeer gelegen in de omstandigheid dat daarvoor geen bedrijfseconomische noodzaak zou kunnen worden aangewezen: dat kan in beginsel in een bedrijf namelijk best wel aan de orde zijn. De reden hiervoor is dat er in dat geval feitelijk geen arbeidsplaatsen vervallen, maar dat deze slechts zouden worden vervuld door andere – goedkopere – arbeidskrachten. Gelijktijdig wordt op deze manier bescherming geboden aan de sociaal-economische verhoudingen binnen Nederland: het onnodig vervangen van vaste werknemers door flexibele werknemers wordt zo voorkomen en het ontduiken van cao-verplichtingen die voor een werkgever gelden kan zo worden tegengegaan.

173

Levert de werkgever de juiste informatie aan waaruit blijkt dat de door hem aangevoerde bedrijfseconomische reden zich inderdaad voordoet en dat daarom arbeidsplaatsen moeten komen te vervallen? En maakt hij daarnaast aannemelijk dat hij de juiste werknemers voor ontslag heeft voorgedragen (d.w.z. van wie de unieke functie is komen te vervallen, dan wel die na correcte toepassing van het afspiegelingsbeginsel over de categorieën van uitwisselbare functies voor ontslag in aanmerking komen) alsook dat er geen herplaatsingsmogelijkheden voor deze werknemers zijn? Dan zal UWV de werkgever toestemming verlenen om de arbeidsovereenkomst met de betreffende werknemer(s) op grond van artikel 7:669 lid 3 sub a BW op te zeggen.

Opzegtermijn

Als het UWV de toestemming heeft gegeven voor opzegging van de arbeidsovereenkomst, dient nog wel een **opzegtermijn** in acht te worden genomen. De opzegtermijn is geregeld in artikel 7:672 BW. De wettelijke opzegtermijn die gehanteerd dient te worden, is zoals we eerder al zagen afhankelijk van de duur van het dienstverband. Zo bedraagt de opzegtermijn van een arbeids-

overeenkomst die korter dan vijf jaar heeft geduurd een maand en de opzegtermijn van de arbeidsovereenkomst die langer dan vijf jaar, maar korter dan tien jaar heeft geduurd twee maanden. Bij cao kan beperkt ten nadele van de werknemer van de wettelijke opzegtermijn worden afgeweken (art. 7:672 lid 6 BW).

Indien het UWV toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst heeft verleend, wordt de opzegtermijn verkort met de duur van de periode dat het UWV de ontslagaanvraag in behandeling heeft gehad, gemeten vanaf de datum waarop de complete ontslagaanvraag door het UWV is ontvangen (art. 7:672 lid 5 BW). Daarbij geldt wel dat de resterende opzegtermijn ten minste een maand moet bedragen.

Sanne Smit is op 1 oktober 2012 in de functie van secretaresse in dienst getreden van SBH Scheveningen. Na toepassing van het afspiegelingsbeginsel blijkt Sanne een van de administratief medewerkers te zijn die voor ontslag in aanmerking komt. Het UWV heeft op 10 juni 2018 toestemming verleend voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van Sanne. Welke opzegtermijn dient SBH in acht te nemen?

De wettelijke opzegtermijn is terug te vinden in artikel 7:672 BW. Ervan uitgaande dat er voor Sanne geen afwijkende opzegtermijn is overeengekomen, bedraagt de opzegtermijn op grond van artikel 7:672 lid 2 sub b BW twee maanden. Sanne is immers langer dan vijf jaar, maar korter dan tien jaar in dienst. De proceduredtijd bij het UWV bedroeg vier weken. Deze vier weken mogen in mindering worden gebracht op de opzegtermijn van twee maanden. Wel dient te worden opgezegd tegen het einde van de maand. Stel dat SBH Scheveningen de arbeidsovereenkomst op 11 juni 2018 opzegt, dan loopt de opzegtermijn tot en met 31 juli 2018. Met ingang van 1 augustus 2018 is de arbeidsovereenkomst van Sanne geëindigd.

5.4.5 *Ontbindingsverzoek bij kantonrechter na weigering ontslagvergunning door UWV of arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*

Tegen de beslissing van het UWV op de ontslagaanvraag staat geen bezwaar bij het UWV open. De werkgever kan als het UWV de toestemming voor de opzegging wegens bedrijfseconomische redenen weigert, binnen twee maanden naar de kantonrechter met het verzoek de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen te ontbinden (art. 7:686a lid 4 sub d BW). Deze korte termijn is opgenomen om de werknemer na de afwijzing door het UWV

niet te lang in onzekerheid te laten zitten over de vraag of de werkgever het ontslag wil doorzetten. Indien de termijn is vervallen, kan de werkgever weer een nieuw opzeggingsverzoek bij het UWV indienen, zij het dat dan wel sprake zal moeten zijn van nieuwe feiten en omstandigheden.

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen vindt zijn grondslag in artikel 7:671b lid 1 sub b BW. De ontbindingsprocedure is een **verzoekschriftprocedure** (geen dagvaardingsprocedure). Een uitspraak in een ontbindingsprocedure heet om die reden een beschikking (geen vonnis).

De ontbindingsprocedure start door het indienen van een verzoekschrift op grond van artikel 7:671b BW. In dit ontbindingsverzoek zal de werkgever – net als bij het UWV – moeten uitleggen waarom hij een redelijke grond heeft voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub a BW. De werknemer kan zich hiertegen verweren door middel van een verweerschrift. Vervolgens zal er een mondelinge behandeling plaatsvinden bij de kantonrechter.

De kantonrechter zal dezelfde regels moeten toepassen als het UWV. De kantonrechter dient de zaak geheel opnieuw te beoordelen en kan zich niet beperken tot het nagaan of het UWV tot het juiste oordeel is gekomen. De kantonrechter kan het ontbindingsverzoek vervolgens toewijzen – waarna hij de arbeidsovereenkomst ontbindt – of afwijzen. Als de kantonrechter het ontbindingsverzoek toewijst, bepaalt hij het einde van de arbeidsovereenkomst op het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging (dat wil zeggen: bij toepassing van de voor de werkgever geldende opzegtermijn) zou zijn geëindigd, waarbij hij de duur gelegen tussen de ontvangst van het ontbindingsverzoek en de datum van de ontbindingsbeschikking (de proceduretijd) in mindering brengt op de opzegtermijn, met dien verstande dat minimaal een termijn van een maand resteert (art. 7:671 b lid 8 sub a BW).

Indien de kantonrechter meent dat de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, kan de kantonrechter bij de ontbinding bovenop de transitievergoeding ook een billijke vergoeding aan de werknemer toekennen (art. 7:671b lid 8 sub c BW). In geval van een terecht verzoek tot ontbinding wegens bedrijfseconomische omstandigheden waarbij de werkgever zich ook nog eens netjes aan de 'reorganisatiespelregels' heeft gehouden, zal een rechter niet snel menen dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van de werkgever. Sowieso dienen rech-

ters voorzichtigheid te betrachten bij toekenning van een billijke vergoeding. Deze vergoeding is alleen bedoeld voor uitzonderlijke situaties. Hierover meer in paragraaf 5.6.4.

Indien een werkgever een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding wegens bedrijfseconomische redenen tussentijds (dus voordat de duur van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is verstreken) wil beëindigen, dan hoeft de werkgever niet naar het UWV, maar kan hij de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden (art. 7:671b lid 1 sub c BW). Als de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt, kan hij de werknemer een vergoeding toekennen. Deze vergoeding bedraagt ten hoogste het bedrag aan loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst geduurd zou hebben indien deze van rechtswege zou zijn geëindigd. Stel dat iemand werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar en de arbeidsovereenkomst na acht maanden wordt ontbonden, dan kan de werknemer een vergoeding toegekend krijgen ter hoogte van vier maandsalarissen (art. 7:671b lid 9 sub a BW). Indien er daarnaast sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever, kan ook nog een billijke vergoeding worden toegekend (art. 7:671b lid 9 sub b BW). Overigens is het ook mogelijk dat een werknemer ernstig verwijtbaar handelt. Een werknemer moet zich dan zeer ernstig hebben misdragen. In dat geval kan aan de werkgever een vergoeding van ten hoogste het bedrag aan loon over de resterende duur van de arbeidsovereenkomst worden toegekend (art. 7:671 lid 9 sub c BW).

5.4.6 *Wederindiensttredingsvoorwaarde*

In artikel 7:681 lid 1 sub d (voor de gewone werkgever) en sub e (voor de uitzendwerkgever) BW is de zogeheten **wederindiensttredingsvoorwaarde** opgenomen. Deze voorwaarde houdt in dat als de werkzaamheden binnen 26 weken na de opzegging of ontbinding terugkeren of een vacature voor de werkzaamheden wordt geopend, de werkgever de ontslagen werknemer een aanbod zal moeten doen om zijn werkzaamheden te hervatten op de bij de werkgever gebruikelijke voorwaarden (zie ook art. 18 Ontslagregeling). Zijn er niet één maar meerdere arbeidsovereenkomsten met betrekking tot dezelfde werkzaamheden wegens bedrijfseconomische redenen door de werkgever beëindigd, dan dient de werkgever de werknemer wiens arbeidsovereenkomst op grond van het afspiegelingsbeginsel als laatste voor beëindiging in aanmerking kwam, als eerste in de gelegenheid te stellen om zijn vroegere werkzaamheden te hervatten (art. 19 Ontslagregeling). Als deze werknemer hier

geen gebruik van maakt, stelt de werkgever de werknemer die daarna als laatste in aanmerking kwam voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de gelegenheid de werkzaamheden te hervatten. Het afspiegelingsbeginsel moet dus als het ware omgekeerd worden toegepast om te bepalen in welke volgorde voormalige werknemers in de gelegenheid moeten worden gesteld hun vroegere werkzaamheden te hervatten.

Schendt de werkgever voornoemde wederindienststredingsvoorwaarde, dan kan de werknemer de kantonrechter op grond van artikel 7:681 lid 1 BW verzoeken de eerdere beëindiging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen of aan hem ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toe te kennen. De werknemer kan dit verzoek doen gedurende **twee maanden** gerekend vanaf het tijdstip waarop de schending door de werkgever hem bekend is geworden of bekend had moeten zijn, maar ten laatste twee maanden na de dag waarop de termijn van 26 weken is verstreken (art. 7:686a lid 4 sub c BW). Van schending van de wederindienststredingsvoorwaarde is sprake indien:

- a. de arbeidsovereenkomst is opgezegd of ontbonden (zie art. 18 Ontslagregeling);
- b. wegens bedrijfseconomische redenen als bedoeld in art. 7:669 lid 3 sub a BW; en
- c. de werkgever vervolgens binnen 26 weken na de opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst een ander, niet zijnde een zelfstandige als bedoeld in artikel 6 Ontslagregeling, dezelfde werkzaamheden laat verrichten als die eerst door de werknemer werden verricht;
- d. terwijl de werkgever heeft verzuimd de werknemer in de gelegenheid te stellen deze werkzaamheden te hervatten op de bij de werkgever gebruikelijke voorwaarden.

Onder de werkgever wordt daarbij verstaan de rechtspersoon (of de natuurlijke persoon) met wie de werknemer een arbeidsovereenkomst had. Dat betekent dat een werknemer niet alleen een beroep kan doen op schending van de wederindienststredingsvoorwaarde als een werkgever voor de vestiging van waaruit de werknemer is ontslagen nieuw personeel aantrekt, maar ook als hij voor een andere vestiging hiertoe overgaat zonder de werknemer eerst in de gelegenheid te hebben gesteld opnieuw met hem een arbeidsovereenkomst aan te gaan.

Reorganisatie
Stap 1: Flexibele schil verwijderen.
Stap 2: Als beoogde reductie hiermee niet kan worden bereikt: toepassen afspiegelingsbeginsel op categorieën van uitwisselbare functies.
Stap 3: Herplaatsingsinspanningen gelijk aan duur wettelijke opzegtermijn: termijn begint o.g.v. UWV Uitvoeringsregels pas te lopen na de datum van boventalligheid.
Stap 4: Proberen regeling met werknemers te treffen om zo met wederzijds goedvinden tot een beëindiging van het dienstverband te komen. Als werknemer niet wil instemmen met beëindiging met wederzijds goedvinden dan ontslagaanvraag indienen bij het UWV.
Stap 5: Na verkregen toestemming opzeggen met in achtname van de opzegtermijn minus proceduretijd UWV.
Stap 6: Voldoen aan wederindiensttreedingsvoorwaarde.

5.5 Cao-ontslagcommissie

Op grond van artikel 7:671a lid 2 BW kan van de verplichte ontslagroute via het UWV bij beëindiging wegens bedrijfseconomische redenen worden afgeweken: bij cao kan namelijk een commissie – de cao-ontslagcommissie – worden benoemd, die de rol van het UWV bij de beoordeling van ontslagaanvragen op grond van artikel 7:669 lid 3 sub a BW volledig overneemt. Daarbij kunnen zelfs alternatieve ontslagcriteria (die van het afspiegelingsbeginsel afwijken) worden gehanteerd.

5.5.1 Voorwaarden voor cao-ontslagcommissie

Aan de mogelijkheid tot het instellen van een cao-ontslagcommissie zijn wettelijke eisen gesteld. De bij cao ingestelde ontslagcommissie moet onafhankelijk en onpartijdig zijn. De bij cao ingerichte ontslagprocedure moet daarnaast voldoende waarborgen bieden voor een eerlijke en onpartijdige behandeling van de ontslagaanvragen wegens bedrijfseconomische redenen. Het beginsel van hoor en wederhoor moet zijn gewaarborgd, de cao-ontslagcommissie moet vertrouwelijk omgaan met ter beschikking gestelde gegevens en de procedure moet redelijke termijnen kennen, (zowel voor de werkgever als de werknemer om op elkaar te kunnen reageren als voor de cao-ontslagcommissie waarbinnen deze een oordeel moet geven). Tot slot worden eisen gesteld aan de vakbonden die een cao-ontslagcommissie willen instellen: op grond van artikel 7:671a lid 3 BW moet een ontslag-cao namelijk tot stand zijn gekomen met één of meer vakbonden die (i) in de onderneming of bedrijfstak werkzame personen onder haar leden telt, waarbij deze vakbonden (ii) ten minste twee jaar volledige rechtsbevoegdheid moeten hebben, (iii) krachtens

hun statuten ten doel hebben de belangen van hun leden te behartigen en (iv) als zodanig ook werkzaam zijn in de onderneming of bedrijfstak. Deze voorwaarden zijn geïnspireerd op artikel 9 lid 2 WOR (zie hoofdstuk 2) en artikel 3 lid 4 WMCO (zie hoofdstuk 6).

5.5.2 *Voorwaarden alternatieve selectiecriteria*

In een ontslag-cao kunnen ook van het afspiegelingsbeginsel afwijkende ontslagcriteria op de reorganisatie van toepassing worden verklaard, zodat maatwerk kan worden geleverd. De eerste mogelijkheid hierbij is de in paragraaf 5.3.4 reeds besproken talentenregeling. De tweede mogelijkheid gaat verder: deze betreft de mogelijkheid uit artikel 7:669 lid 6 BW om bij cao selectiemethoden te introduceren die volledig maatwerk zijn en dus helemaal kunnen worden ontkoppeld van het afspiegelingsbeginsel, denk aan selectiecriteria gebaseerd op het functioneren van de werknemers (dus op kwaliteit). De van het afspiegelingsbeginsel afwijkende selectiecriteria mogen nooit in strijd zijn met wet- en regelgeving, waarbij met name aan de gelijke behandelingswetgeving kan worden gedacht (leeftijdscriminatie). Deze afwijkingsmogelijkheid staat alleen open voor die gevallen waarin een cao-ontslagcommissie in het leven is geroepen. Voor deze mogelijkheid geldt eveneens dat de vakbonden moeten voldoen aan dezelfde voorwaarden als voor instelling van een cao-ontslagcommissie.

5.6 Juridische acties en beroepsmogelijkheden

Waarom zou een werkgever toestemming voor de opzegging vragen aan het UWV of de cao-ontslagcommissie? Een werkgever kan er immers ook toch gewoon voor kiezen om zonder toestemming van het UWV of de cao-ontslagcommissie én zonder instemming van de werknemer de arbeidsovereenkomst op te zeggen, al of niet met inachtneming van de opzegtermijn? Kan een werknemer hier iets tegen ondernemen? En wat kan een zieke werknemer als de werkgever de arbeidsovereenkomst opzegt wegens bedrijfseconomische redenen na verkregen toestemming van het UWV? Of als de werknemer het simpelweg niet eens is met zijn ontslag, ondanks de toestemming van het UWV of de cao-ontslagcommissie? De antwoorden op deze vragen zullen we in de volgende paragrafen bespreken. De mogelijkheden voor een werknemer in geval van schending van de wederindienstredingsvoorwaarde door de werkgever behandelen we in dit hoofdstuk overigens bewust niet, aangezien we daar al in paragraaf 5.4.6 uitvoerig bij stil hebben gestaan.

5.6.1 Vereiste voorafgaande toestemming ontbreekt

Wat zijn de gevolgen indien er geen toestemming wordt gevraagd aan het UWV (of de cao-ontslagcommissie als die is ingesteld)? Indien een werkgever geen toestemming vraagt voor de opzegging, dan is de opzegging op grond van artikel 7:681 lid 1 sub a BW *vernietigbaar*. De werknemer moet hiervoor *binnen twee maanden* na de opzegging een verzoekschrift indienen bij de kantonrechter tot vernietiging van die opzegging. De termijn van twee maanden betreft een vervaltermijn: stuiting is dus niet mogelijk.

Ingeval de rechter het beroep op de **vernietigbaarheid van de opzegging** honoreert, impliceert dit dat de arbeidsovereenkomst is blijven voortbestaan en dat de werkgever als uitgangspunt nog steeds de verplichting heeft het loon van de werknemer door te betalen. De werkgever heeft voor een rechtsgeldige opzegging van de arbeidsovereenkomst alsnog toestemming van het UWV nodig. De werknemer kan in geval van een vernietiging van de opzegging door de kantonrechter loon vorderen over de periode gelegen tussen de opzegging en de vernietiging, te vermeerderen met wettelijke rente en wettelijke verhoging op grond van artikel 7:628 BW jo. 7:625 BW jo. 6:119 BW.³⁰ De werknemer dient daarbij wel kenbaar te hebben gemaakt dat hij bereid was en is de bedongen arbeid te verrichten.

De werknemer kan in plaats van de vernietiging van de opzegging en een loonvordering een door de rechter te bepalen **billijke vergoeding** vorderen. Het gevolg is dat de arbeidsovereenkomst dan wel gewoon tot een einde komt door middel van de opzegging en dat de werkgever hiervoor de transitievergoeding zal moeten betalen. Daar komt in geval van een door de kantonrechter gehonoreerd beroep op artikel 7:681 BW een additionele billijke vergoeding bij. Voor het verkrijgen van deze billijke vergoeding is geen ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever vereist. Voor het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding bestaat geen formule. De billijke vergoeding zal in ieder geval een compensatie voor het ten onrechte niet genoten loon bevatten, hetgeen impliceert dat de rechter van geval tot geval een kansbereke-

³⁰ Als een werkgever het loon te laat betaalt, ontstaat er als het ware een schuld waarover hij wettelijke rente verschuldigd is. De wettelijke rente wordt door de overheid vastgesteld. Daarnaast is de werkgever wettelijke verhoging verschuldigd. Dit kan als boete worden gezien vanwege het te laat betalen van het loon. Hoe hoog de wettelijke verhoging is, is afhankelijk van hoeveel dagen het loon te laat is betaald. De wettelijke verhoging kan in ieder geval niet meer zijn dan de helft van het bedrag dat de werkgever aan loon verschuldigd is.

ning zal moeten maken wat de duur van de arbeidsovereenkomst zou zijn geweest als de werkgever de arbeidsovereenkomst niet foutief had opgezegd.

De Hoge Raad heeft in de uitspraak van 30 juni 2017 (New Hairstyle) enkele handvatten gegeven voor het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding.³¹ De Hoge Raad heeft in deze uitspraak onder meer het volgende overwogen:

‘Het hangt af van de omstandigheden van het geval of en in hoeverre bij de vaststelling van de billijke vergoeding van art. 7:681 lid 1, aanhef en onder a, BW rekening wordt gehouden met het inkomen dat de werknemer zou hebben genoten als de opzegging zou zijn vernietigd. Tot die omstandigheden behoort onder meer de mate waarin de werkgever van de grond voor de vernietigbaarheid van de opzegging een verwijt valt te maken. Voorts kan daartoe behoren – voor zover het om in de toekomst te derven loon gaat – of de redenen die de werknemer heeft om af te zien van vernietiging van de opzegging aan de werkgever zijn toe te rekenen. Bij de vaststelling van de billijke vergoeding kan ook ermee rekening worden gehouden of de werknemer inmiddels ander werk heeft gevonden, en met de inkomsten die hij daaruit dan geniet (vgl. Kamerstukken II 2013-2014, 33818, nr. 7, p. 90), en met de (andere) inkomsten die hij in redelijkheid in de toekomst kan verwerven. Bij de vergelijking tussen de situatie zonder de vernietigbare opzegging en de situatie waarin de werknemer zich thans bevindt, dient bovendien de eventueel aan de werknemer toekomende transitievergoeding te worden betrokken.’

181

Uit de uitspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat de billijke vergoeding geen punitief (bestraffend) karakter heeft voor de werkgever. Het gaat er om dat de werknemer wordt gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.

5.6.2 *Schending opzegtermijn*

Maar wat nu als de werkgever wel netjes toestemming heeft gevraagd en verkregen van het UWV (of de cao-ontslagcommissie) voor de opzegging, maar hij de arbeidsovereenkomst vervolgens opzegt zonder of met een te korte opzegtermijn? We spreken in zo'n geval van een **onregelmatige opzegging**: de opzegging zelf is dan wel rechtsgeldig verleend, maar er kleeft een onregelmatigheid aan. De werknemer die zich hiermee geconfronteerd ziet, heeft recht op een **gefixeerde schadevergoeding** gelijk aan het loon dat de werkgever aan hem had moeten betalen bij een wel regelmatige opzegging, met andere

³¹ HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1187 (New Hairstyle).

woorden: bij een wel correcte toepassing van de (volledige) opzegtermijn (art. 7:672 lid 10 BW). Bedroeg de opzegtermijn (inclusief aftrek van de proceduretijd als bedoeld in art. 7:672 lid 5 BW) bijvoorbeeld drie maanden, maar hanteert de werkgever er maar één, dan heeft de werknemer aanspraak op een gefixeerde schadevergoeding ter grootte van twee maandsalarissen.

5.6.3 *Schending opzegverboden*

In een aantal gevallen bepaalt de wet uitdrukkelijk dat een werkgever de arbeidsovereenkomst niet mag opzeggen. We spreken dan over **opzegverboden**. De belangrijkste staan in artikel 7:670 BW. De wet maakt een onderscheid tussen ‘wegens-opzegverboden’ en ‘tijdens-opzegverboden’. Het verschil is erin gelegen dat bij een ‘tijdens-opzegverbod’ de arbeidsovereenkomst in beginsel (want zie ook art. 7:671 b lid 6 BW) ook niet kan worden opgezegd wegens een andere grond. Zo kan een werknemer die ziek is niet worden ontslagen vanwege bedrijfseconomische omstandigheden, omdat sprake is van een opzegverbod tijdens ziekte. Bij wegens-opzegverboden mag alleen niet vanwege de onderliggende reden worden opgezegd, zoals bijvoorbeeld het in hoofdstuk 7 nog te bespreken opzegverbod wegens overgang van onderneming. De tijdens-opzegverboden staan in artikel 7:670 lid 1 t/m 4 en lid 10 BW. Zo geldt bijvoorbeeld een opzegverbod voor werknemers die korter dan twee jaar geleden lid zijn geweest van een ondernemingsraad (art. 7:670 lid 10 BW). Tijdens het bestaan van zo’n tijdens-opzegverbod mag de reorganiserende werkgever de arbeidsovereenkomst niet opzeggen. Hierop bestaat één uitzondering, namelijk als sprake is van een algehele bedrijfssluiting. Dan is opzegging wel mogelijk, zij het dat de arbeidsovereenkomst van de werknemers die zwangerschaps- of bevallingsverlof geniet, hangende dat verlof ook in dat geval niet kan worden opgezegd (art. 7:670a lid 2 sub d BW).

Wat nu als de werkgever de arbeidsovereenkomst in een reorganisatie toch opzegt wegens bedrijfseconomische redenen, niet zijnde een algehele bedrijfssluiting, ondanks dat sprake is van een tijdens-opzegverbod?

In dat geval kan een werknemer op grond van artikel 7:681 lid 1 sub b BW gedurende **twee maanden** na de opzegging van de arbeidsovereenkomst een verzoekschrift bij de kantonrechter indienen tot vernietiging van de opzegging. Opzegging in strijd met een opzegverbod is dus – net als opzegging zonder toestemming van het UWV – **vernietigbaar**. Indien de kantonrechter het beroep op de vernietigbaarheid honoreert, is de arbeidsovereenkomst niet door de opzegging geëindigd. De arbeidsovereenkomst loopt door en de werk-

gever is loon verschuldigd tot het moment dat de arbeidsovereenkomst wel op rechtsgeldige wijze eindigt. Als de arbeidsovereenkomst in strijd met een opzegverbod is opgezegd en de werknemer zich niet beroept op de vernietigbaarheid van de opzegging, dan blijft de arbeidsovereenkomst door opzegging geëindigd. Als er in strijd met een opzegverbod is opgezegd, moet een werknemer dus zelf actie ondernemen door een verzoek tot vernietiging bij de kantonrechter in te dienen. In plaats van vernietiging van de opzegging kan de werknemer ook een **billijke vergoeding** vorderen. De arbeidsovereenkomst blijft in dat geval geëindigd.

Het opzegverbod tijdens ziekte geldt overigens niet als de werknemer zich pas ziek meldt nadat de werkgever al een ontslagaanvraag heeft ingediend bij het UWV (of zich na een eerdere weigering van de toestemming door het UWV tot de kantonrechter heeft gewend). Dit volgt uit artikel 7:670 lid 1 sub b BW (en art. 7:671b lid 7 BW voor de ontbindingsprocedure na de eerder geweigerde toestemming door het UWV). Anders zouden werknemers zich ziek kunnen melden om op die manier te voorkomen dat ze wegens bedrijfseconomische redenen ontslagen kunnen worden.

5.6.4 *Herstel van de arbeidsovereenkomst of billijke vergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten werkgever*

183

Als een in een reorganisatie ontslagen werknemer meent dat hij ondanks de toestemming van het UWV of de cao-ontslagcommissie ten onrechte is ontslagen, dan kan hij zich op grond van artikel 7:682 BW binnen **twee maanden** na het eindigen van de arbeidsovereenkomst tot de kantonrechter wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te **herstellen**, omdat de opzegging in strijd is met artikel 7:669 lid 3 BW. Goed om te realiseren is dat de artikel 7:682 BW-procedure geen 'hoger beroep' van de UWV-procedure is. Een werkgever die geen toestemming van het UWV heeft gekregen, kan op gelijke wijze binnen twee maanden de stap naar de kantonrechter maken, maar dan niet op grond van artikel 7:682 BW, maar op grond van artikel 7:671b BW (zie par. 5.4.5). Ook dit is strikt genomen geen hoger beroep van de UWV-procedure.

Op grond van artikel 7:682 BW kan een in een reorganisatie met toestemming van het UWV of de cao-ontslagcommissie ontslagen werknemer ofwel **herstel van de arbeidsovereenkomst**, ofwel een **billijke vergoeding** vorderen. Als de kantonrechter het verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst van de werknemer honoreert en de werkgever daarmee dus verplicht tot herstel

over te gaan, dan dient de rechter het tijdstip van herstel te bepalen. Dit kan zowel in de toekomst als in het verleden liggen. De werkgever wordt verplicht de werknemer opnieuw en onder dezelfde voorwaarden aan te nemen vanaf het door de rechter bepaalde tijdstip van herstel. Daar zit ook gelijk het verschil met de vernietiging van de opzegging: bij een herstelveroordeling blijft de opzegging van de eerdere arbeidsovereenkomst in stand, terwijl die bij een vernietiging met terugwerkende kracht is vernietigd. Bij een herstelveroordeling zal de werkgever de in de volgende paragraaf te bespreken transitievergoeding ook verschuldigd blijven (terwijl deze bij een vernietiging van de opzegging moet worden terugbetaald), zij het dat bij een eventuele latere beëindiging van het dienstverband de eerder reeds uitgekeerde transitievergoeding in mindering moet worden gebracht op de op het latere beëindigingsmoment wellicht nog te betalen transitievergoeding.

De kantonrechter dient in zijn herstelbeschikking tevens voorzieningen te treffen voor de rechtsgevolgen van de onderbreking van de arbeidsovereenkomst (art. 7:682 lid 6 BW). Voor de hand ligt bijvoorbeeld dat de rechter de werkgever veroordeelt de WW-uitkering van de werknemer aan te vullen tot de arbeidsovereenkomst is hersteld. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat een rechter niet verplicht is altijd een voorziening te treffen.³² Het is aan de rechter dit te beoordelen.

Een werknemer kan in plaats van herstel van de arbeidsovereenkomst in aanmerking komen voor een **billijke vergoeding** (naast de transitievergoeding) als sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Bijvoorbeeld in situaties waarin er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever in de reorganisatie een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan en de rechter daarom meent dat er geen andere optie is dan ontslag, of als een werkgever discrimineert, of zijn verplichtingen jegens de werknemer grovelijk niet nakomt, waardoor er een verstoorde arbeidsrelatie ontstaat. Ook denkbaar is bijvoorbeeld dat de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbare situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren, of de situatie waarin een werknemer arbeidsongeschikt is geworden als gevolg van onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden. De billijke vergoeding is dus echt alleen in uitzonderlijke situaties op zijn plaats, het betreft een muizengaatje volgens de wetgever. Het feit dat de werknemer zijn ontslag niet prettig vindt of het niet eens is met zijn ontslag omdat hij als zo lang in dienst is en een hoge leeftijd heeft, terwijl de werkgever wel netjes de ontslagregels bij een ontslag wegens bedrijfsecono-

32 HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3241 (Stichting Meriant).

mische redenen heeft nageleefd, maken niet dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nagelaten.

5.6.5 Hoger beroep en cassatie

Tegen de beschikking van de kantonrechter staat in een aantal gevallen hoger beroep bij het gerechtshof en cassatie bij de Hoge Raad open (art. 7:683 BW). Zowel de werkgever als de werknemer kan in hoger beroep gaan tegen de ontbindingsbeschikking. Als de rechter in hoger beroep het niet eens is met de rechter die in eerdere instantie heeft geoordeeld, kunnen verschillende situaties worden onderscheiden:

- het verzoek van de werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst is ten onrechte toegewezen;
- het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging is ten onrechte afgewezen;
- het verzoek van de werknemer om herstel van de arbeidsovereenkomst is ten onrechte afgewezen.

In deze situaties kan de arbeidsovereenkomst door de rechter in hoger beroep worden hersteld of kan aan de werknemer een billijke vergoeding worden toegekend (art. 7:683 lid 3 BW).

Er geldt een aantal bijzondere procesregels:

- Hoger beroep en cassatie hebben geen schorsende werking (art. 7:683 lid 1 BW): de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter kan dus gewoon ten uitvoer worden gelegd.
- Als in een hogere instantie wordt geoordeeld dat de arbeidsovereenkomst ten onrechte niet is ontbonden, bepaalt de hogere rechter alsnog een einddatum (art. 7:683 lid 5 en 6 BW).

Door de introductie van de hogerberoeps- en cassatiemogelijkheid in ontbindingsprocedures heeft de werkgever in feite vier instanties waaraan hij een ontslagaanvraag wegens bedrijfseconomische redenen kan voorleggen: eerst het UWV, daarna de kantonrechter, gevolgd door het gerechtshof en uiteindelijk de Hoge Raad. In de tabel hieronder zijn de proceduremogelijkheden voor de werkgever opgenomen indien het UWV toestemming voor opzegging weigert.

Toestemming voor opzegging vragen aan UWV (art. 7:671a BW)
Ontbindingsverzoek kantonrechter na geweigerde toestemming UWV (art. 7:671b BW)
Hoger beroep tegen afgewezen ontbinding bij hof (art. 7:683 BW)
Cassatie bij de Hoge Raad (art. 7:683 BW)

In de tabel hieronder zijn de proceduremogelijkheden voor de werknemer opgenomen indien het UWV toestemming voor ontslag heeft verleend.

Toestemming UWV is verleend (art. 7:671a BW)
Verzoek om herstel arbeidsovereenkomst of billijke vergoeding (art. 7:682 BW)
Hoger beroep tegen afgewezen herstel arbeidsovereenkomst (art. 7:683 BW)
Cassatie bij de Hoge Raad (art. 7:683 BW)

5.7 Transitievergoeding

Een andere grote verandering ten opzichte van het oude ontslagrecht is de introductie van de **transitievergoeding**. In beginsel heeft sinds 1 juli 2015 iedere werknemer wiens arbeidsovereenkomst na een dienstverband van ten minste twee jaar **op initiatief van de werkgever** wordt beëindigd of (in geval van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd) niet wordt verlengd, een **wettelijk recht** op een transitievergoeding, *tenzij* de arbeidsovereenkomst is beëindigd of niet verlengd vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. Werknemers van wie de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd of niet verlengd in verband met het bereiken van de AOW- of een afwijkende pensioengerechtigde leeftijd, en werknemers jonger dan 18 jaar oud die gemiddeld niet meer dan twaalf uur per week arbeid verrichten, hebben geen aanspraak op de transitievergoeding. De transitievergoeding wordt door het UWV noch door de kantonrechter toegekend. De transitievergoeding vloeit voort uit de wet. De rechter kan evenwel zoals we in dit hoofdstuk hebben gezien in bepaalde gevallen een additionele billijke vergoeding toekennen (art. 7:682 lid 1 sub b en art. 7:683 lid 3 BW). Een ander belangrijk verschil is dat de transitievergoeding een forfaitaire vergoeding is. Dat wil zeggen dat de vergoeding wordt vastgesteld volgens een vaste, wettelijke norm.

Waarom maken werknemers, als hun dienstverband na ten minste twee jaar door de werkgever wordt beëindigd of niet wordt verlengd, aanspraak op een transitievergoeding? Deze transitievergoeding is enerzijds volgens de wetgever bedoeld als compensatie voor het ontslag en anderzijds om de werknemer

met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. De werkgever heeft, in het kader van het goed werkgeverschap, een financiële zorgplicht voor de werknemer, ook bij ontslag. Die financiële zorgplicht na het ontslag ontstaat pas nadat de arbeidsovereenkomst een zekere tijd heeft geduurd, waarbij de grens op twee jaar is gelegd. Hoewel de ratio van de transitievergoeding is gelegen in het overbruggen van de transitie van werk naar werk, bestaat er overigens geen verplichting voor de werknemer zijn transitievergoeding voor bijvoorbeeld scholing of begeleiding naar ander werk in te zetten. De transitievergoeding is wat dat betreft dus eigenlijk een 'gewone' ontslagvergoeding, waarmee de werknemer kan doen en laten wat hij wil.

De transitievergoeding is in artikel 7:673 BW geregeld. Uitzonderingen op het recht zijn te vinden in artikel 7:673a t/m 673d BW. Zo is de transitievergoeding op grond van artikel 7:673c BW niet langer verschuldigd als de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of op hem de schuldsanering natuurlijke personen van toepassing is.

5.7.1 *Hoogte transitievergoeding*

De transitievergoeding is over de eerste 120 maanden van de arbeidsovereenkomst gelijk aan een zesde ($\frac{1}{6}$) van het loon per maand voor elke periode van zes maanden dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd en gelijk aan een kwart ($\frac{1}{4}$) van het loon per maand voor elke daaropvolgende periode van zes maanden. Met andere woorden: de transitievergoeding bedraagt een derde ($\frac{1}{3}$) maandloon per dienstjaar over de eerste tien jaar van de arbeidsovereenkomst, en vanaf het tiende dienstjaar een half ($\frac{1}{2}$) maandloon per dienstjaar. Omdat de wet uitgaat van periodes van zes maanden, zijn afrondingskwesaties niet aan de orde. Alleen hele periodes van zes maanden tellen mee voor de berekening van de transitievergoeding. De transitievergoeding bedraagt maximaal € 79.000 (in 2018) of een bedrag gelijk aan ten hoogste het loon over twaalf maanden als dat hoger is (art. 7:673 lid 2 BW). Dat betekent dat werknemers die minder dan € 79.000 per jaar verdienen, wél een transitievergoeding kunnen ontvangen die hoger is dan hun jaarloon.

Wat onder het loon in de zin van de transitievergoeding moet worden verstaan, is nader uitgewerkt in het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding (art. 7:673 lid 10 BW). Naast het bruto maandsalaris worden ook de vaste overeengekomen looncomponenten, zoals vakantietoeslag en een vaste dertiende maand tot het loon gerekend. Daarnaast worden

de structurele overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag tot het loon gerekend, waarbij de hoogte ervan over een periode van twaalf maanden wordt berekend ($1/12$ van de totale som). Ten aanzien van variabele beloning, zoals bonussen, wordt een periode van drie jaar in ogenschouw genomen ($1/36$ van de totale variabele beloning wordt aan het maandloon toegerekend). Het werkgeversaandeel pensioenpremie, de auto van de zaak, onkostenvergoedingen, de werkgeversbijdrage in de zorgverzekeringspremie en incidentele en niet overeengekomen looncomponenten maken geen onderdeel uit van het loonbegrip. De transitievergoeding is niet gerelateerd aan de leeftijd van de werknemer, maar wel aan het aantal dienstjaren van een werknemer in de onderneming. Bepalend voor de hoogte van de transitievergoeding zijn dus het aantal dienstjaren en de hoogte van het loon, zij het dat de vergoeding een wettelijk *maximum* kent.

Het staat partijen overigens vrij een hogere vergoeding af te spreken, bijvoorbeeld in de arbeidsovereenkomst door middel van een afvloeiingsregeling bij voorbaat of in de vaststellingsovereenkomst na onderhandelingen. Ook in een sociaal plan kunnen de vakbonden en de werkgever een hogere vergoeding dan de transitievergoeding afspreken voor werknemers die boventallig worden in een reorganisatie en ontslagen zullen worden.

5.7.2 Tijdelijke regeling oudere werknemer

Voor werknemers van 50 jaar en ouder geldt tot 2020 een afwijkende transitievergoeding (art. 7:673a BW). Het betreft een tijdelijke regeling waarmee de wetgever tegemoetkomt aan de minder gunstige arbeidsmarktpositie van deze groep werknemers. De hoogte van de vergoeding voor een werknemer ouder dan 50 jaar wordt op grond hiervan als volgt berekend:

- gedurende de eerste 10 jaar van het dienstverband en/of voor de 50-jarige leeftijd van de werknemer: een zesde ($1/6$) van het loon per maand voor elke periode van zes maanden dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd en gelijk aan een kwart ($1/4$) van het loon per maand voor elke daaropvolgende periode van zes maanden;
- na 10 jaar dienstverband *en* nadat de werknemer 50 is geworden: de helft ($1/2$) van het loon per zes maanden dienstverband (dus 1 maandsalaris per vol jaar);
- de maximale transitievergoeding is € 79.000 (in 2018) of een bedrag van 12 keer het loon per maand als dat hoger is;

- deze tijdelijke regeling geldt alleen voor ondernemingen die gemiddeld 25 of meer werknemers in dienst hebben. Kleine werkgevers worden zo beschermd tegen een relatief zware financiële verplichting;
- vanaf 1 januari 2020 is deze regeling niet meer geldig.

5.7.3 Tijdelijke regeling MKB

Er geldt nog een tijdelijke regeling, specifiek voor MKB-werkgevers met minder dan 25 werknemers. Deze is opgenomen in artikel 7:673d BW. Op grond hiervan betalen kleine werkgevers een lagere transitievergoeding als sprake is van een bedrijfseconomisch ontslag vanwege de slechte financiële positie van hun onderneming. In dat geval hoeven zij bij de berekening van de transitievergoeding alleen de dienstjaren vanaf 1 mei 2013 mee te rekenen (art. 7:673d lid 2 BW).

5.7.4 Aftrekposten transitievergoeding

Op de transitievergoeding kan de werkgever bepaalde kosten in mindering brengen (art. 7:673 lid 6 BW). Op deze manier wordt geprobeerd werkgevers te prikkelen ook tijdens het dienstverband te blijven investeren in de bredere ontwikkeling en opleiding van hun werknemers, met het oog op hun toekomstige arbeidsmarktpositie.

Twee typen kosten die in mindering op de transitievergoeding kunnen worden gebracht, moeten worden onderscheiden. Het betreft ten eerste kosten van maatregelen gericht op het bevorderen van het vinden van een andere baan bij (dreigend) ontslag (**transitiekosten**). Daarbij kan niet alleen gedacht worden aan scholing en outplacementtrajecten, maar ook aan het in acht nemen van een langere dan de wettelijke opzegtermijn, zodat de werknemer langer vanuit zijn baan een andere baan kan zoeken. In de tweede plaats gaat het om kosten die verband houden met het bevorderen van de bredere inzetbaarheid van werknemers en die tijdens het dienstverband zijn gemaakt door de werkgever, de zogenoemde **inzetbaarheidskosten**. Uit het Ontwerpbesluit transitievergoeding volgt dat de werkgever slechts transitiekosten en inzetbaarheidskosten in mindering kan brengen, op voorwaarde dat de werknemer voordat de kosten zijn gemaakt schriftelijk heeft ingestemd met het in mindering brengen van gespecificeerde kosten op de transitievergoeding. De schriftelijke instemming van de werknemer is alleen niet vereist indien de kostenvermindering voortvloeit uit afspraken tussen de werkgever of werkgeversver-

enigingen en werknemers of vakbonden die de werkgever binden, oftewel uit collectieve afspraken, bijvoorbeeld in de vorm van een sociaal plan.

In maart 2017 is het wetsvoorstel ‘Voorstel van wet houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid’ ingediend.³³ Wat betreft het bedrijfseconomisch ontslag is de achtergrond van het wetsvoorstel dat het verschuldigd zijn van de transitievergoeding onder omstandigheden een te zware belasting voor werkgevers kan zijn. Daarbij komt dat ook bij een bedrijfsbeëindiging de transitievergoeding verschuldigd is. Dit wordt als onrechtvaardig ervaren, bijvoorbeeld omdat dit tot gevolg kan hebben dat een oorspronkelijk beoogde pensioenvoorziening hierdoor niet meer door de werkgever kan worden betaald. Met het wetsvoorstel komt de regering werkgevers tegemoet doordat het in geval van bedrijfseconomisch ontslag mogelijk wordt in collectieve arbeidsovereenkomsten voorzieningen te treffen die in de plaats komen van de transitievergoeding. De voorzieningen moeten bestaan uit maatregelen om werkloosheid te voorkomen of in duur te beperken of uit een redelijke financiële vergoeding. Anders dan onder het huidige recht hoeft de waarde van deze voorzieningen niet gelijk te zijn aan de transitievergoeding waar een individuele werknemer recht op zou hebben gehad. Het is aan de cao-partijen om de voorzieningen vast te stellen.³⁴ Het wetsvoorstel is nog niet aangenomen, maar de verwachting is dat het wetsvoorstel op 1 januari 2020 in werking zal treden.

5.8 Afsluiting

Indien als gevolg van een reorganisatie werknemers ontslagen moeten worden, zal de werkgever een afweging moeten maken op welke wijze hij werknemers wil ontslaan. Dit geldt met name voor werknemers die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben, omdat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van rechtswege aflopen en bij het verwijderen van de flexibele schil niet zullen worden verlengd. Om te beginnen zal er meestal eerst geprobeerd worden om met wederzijds goedvinden uit elkaar te gaan en een vaststellingsovereenkomst te sluiten. Als partijen het eens kunnen worden over de ontslagvoorwaarden en de afvloeiingsregeling (al dan niet op basis van een sociaal plan of anders ten minste de transitievergoeding), is dit een makkelijke en snelle manier om de arbeidsovereenkomst te doen eindigen.

³³ *Kamerstukken II 2016/17, 34699, nr. 2.*

³⁴ *Kamerstukken II 2016/17, 34699, nr. 3, p. 9-10.*

De werkgever kan de arbeidsovereenkomst ook met schriftelijke instemming van de werknemer opzeggen. Veelal worden hierbij ook afspraken tussen partijen gemaakt, vergelijkbaar met de afspraken bij een beëindiging met wederzijds goedvinden. Niet altijd zal een werknemer met een beëindigingsvoorstel of een opzegging akkoord gaan respectievelijk instemmen. In dat geval zal de werkgever zich tot het UWV moeten wenden voor toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen wegens bedrijfseconomische redenen. Weigert het UWV de toestemming, dan kan de werkgever zich pas dan tot de kantonrechter wenden met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Hierna zijn hoger beroep en cassatie mogelijk. Ingeval de werkgever met representatieve vakbonden een ontslag-cao is overeengekomen, wordt de weg naar het UWV vervangen voor de alternatieve ontslagprocedure uit de cao. De beoordeling van de ontslagaanvragen wegens bedrijfseconomische redenen is dan aan de cao-ontslagcommissie. Een werknemer die wordt ontslagen of wiens contract niet wordt verlengd door de werkgever wegens bedrijfseconomische redenen heeft, als hij ten minste twee jaar in dienst van de werkgever was, (minimaal) recht op de transitievergoeding.

	Opzegging	Ontbinding
Duur procedure	In beginsel een maand	In beginsel een maand
Opzegtermijn	Ja	Ja
Ontslagvergoeding	transitievergoeding	transitievergoeding
Hoger beroep	Nee. Bij afwijzing UWV naar kantonrechter met verzoek tot ontbinding, artikel 7:671b lid 1 sub b BW	Ja
Cassatie	Nee	Ja

5.9 Oefencasus

Op het hoofdkantoor van SBH in Amsterdam werken zo'n 120 administratief medewerkers, waarvan er twintig een contract voor bepaalde tijd hebben dat binnen 26 weken zal aflopen en vier werknemers de AOW-gerechtigde leeftijd al hebben bereikt. Daarnaast werken er drie uitzendkrachten op het hoofdkantoor. De administratieve functies die op het hoofdkantoor worden verricht, zijn uitwisselbaar.

Als gevolg van de omzetsdaling van het SBH-concern de afgelopen jaren ziet SBH zich genoodzaakt om ook op het hoofdkantoor in Amsterdam minimaal 35 administratieve arbeidsplaatsen te laten vervallen.

1. *Hoe dient de noodzakelijke personeelsinkrimping van 35 administratief medewerkers te worden vormgegeven? Kan SBH daarbij zelf bepalen welke medewerkers zij boventallig kan verklaren?
Op welke minimale vergoeding hebben de boventallige werknemers aanspraak en hoe moet deze worden berekend?*
2. *Op welke verschillende wijzen kunnen de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd op initiatief van SBH worden beëindigd en aan welke voorwaarden moet daarbij zijn voldaan?*
3. *Op welke minimale vergoeding hebben de boventallige werknemers aanspraak en hoe moet deze worden berekend?*

SBH ziet zich uiteindelijk voor vijf werknemers met een contract voor onbepaalde tijd genoodzaakt toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst bij UWV te vragen. Administratief medewerkster Jannie Jansen, 58 jaar oud, is sinds 1990 bij SBH in dienst. De directie van SBH vindt Jannie een zeurderige oude taart geworden en ziet de reorganisatie als mooie aanleiding om Jannie te ontslaan. Voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van Jannie heeft SBH geen toestemming aan het UWV gevraagd. Toch wordt de arbeidsovereenkomst van Jannie met inachtneming van vier maanden opzegtermijn opgezegd. Er wordt geen vergoeding betaald. Jannie is woest dat ze na zo'n lang vlekkeloos dienstverband zomaar op straat wordt gezet.

4. *Wat kan Jannie tegen het ontslag ondernemen?*

Voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst van Yusuf Aydin, 36 jaar oud en vijf jaar in dienst, heeft SBH toestemming gekregen van het UWV. SBH heeft met inachtneming van de wettelijke opzegtermijn de arbeidsovereenkomst opgezegd en de transitievergoeding betaald.

5. *Wat kan Yusuf tegen het ontslag ondernemen?*

Antwoordmodel oefencasus

1. SBH kan niet zelf bepalen welke werknemers zij boventallig zal verklaren. Zie artikel 7:671a lid 5 BW en artikel 11, 13, 14 en 17 Ontslagregeling

alsook hoofdstuk 2 van de UWV Uitvoeringsregels ontslag wegens bedrijfseconomische redenen. SBH zal eerst de zogenoemde flexibele schil moeten verwijderen. Dit betekent dat zij eerst afscheid zal moeten nemen van de drie uitzendkrachten, de vier werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd al hebben bereikt en van de twintig werknemers die een contract voor bepaalde tijd hebben (deze contracten zullen niet mogen worden verlengd, zodat ze van rechtswege eindigen). Dit resulteert in een personeelsreductie van in totaal 27 arbeidskrachten, dus nog acht te weinig ten opzichte van de totaal noodzakelijke reductie van 35 administratieve medewerkers. Dat betekent dat SBH daarna van nog acht werknemers met een contract voor onbepaalde tijd afscheid zal moeten nemen. SBH zal bij het bepalen welke werknemers met een contract voor onbepaalde tijd moeten afvloeien het afspiegelingsbeginsel moeten toepassen.

- 2 De arbeidsovereenkomsten kunnen op de volgende wijze eindigen:
 - **opzegging met instemming van de werknemer ex artikel 7:671 lid 1 BW:** (i) de werknemer dient dan schriftelijk in te stemmen met de opzegging door SBH, (ii) SBH dient de werknemer binnen 2 dagen na de instemming te wijzen op het recht om binnen 14 dagen na de instemmingsdatum de instemming door middel van een schriftelijke verklaring te herroepen (art. 7:671 lid 2 en lid 3);
 - **beëindiging met wederzijds goedvinden ex artikel 7:670b BW:** (i) schriftelijkheidsvereiste (veelal d.m.v. vaststellingsovereenkomst), (ii) SBH dient de werknemer in de beëindigingsovereenkomst te wijzen op het recht om de beëindigingsovereenkomst binnen 14 dagen na de overeenstemmingsdatum door middel van een schriftelijke verklaring te ontbinden (art. 7:670b lid 2 BW);
 - **opzegging met voorafgaande instemming van het UWV ex artikel 7:671a BW jo. artikel 7:669 lid 3 sub a BW:** (i) SBH dient hiertoe een ontslagaanvraag in bij het UWV wegens bedrijfseconomische omstandigheden, (ii) na verkregen toestemming van het UWV moet SBH de opzegtermijn in acht nemen onder aftrek van de proceduretijd bij het UWV, waarbij minimaal 1 maand opzegtermijn moet resteren (art. 7:672 lid 4 BW);
 - **als het UWV de verzochte toestemming weigert, kan SBH de kantonrechter verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 sub b BW.**

3. De werknemers hebben op grond van artikel 7:673 lid 1 sub a BW recht op de transitievergoeding, op voorwaarde dan ze minimaal twee jaar in dienst van SBH zijn geweest op de einddatum van de arbeidsovereenkomst en SBH het initiatief voor de beëindiging neemt. De hoogte van de vergoeding voor een werknemer jonger dan 50 jaar wordt als volgt berekend:

- gedurende de eerste tien jaar van het dienstverband: 1/6 van het maandsalaris per zes maanden dienstverband;
- na tien jaar dienstverband: 1/4 van het maandsalaris per zes maanden dienstverband;
- de maximale transitievergoeding is €79.000 (2018) of – als dat hoger is – een bedrag van twaalf keer het maandsalaris.

De hoogte van de vergoeding voor een werknemer ouder dan 50 jaar wordt op grond van artikel 7:673a BW als volgt berekend:

- gedurende de eerste tien jaar van het dienstverband en/of voor de 50-jarige leeftijd van de werknemer: 1/6 van het maandsalaris per zes maanden dienstverband;
- na tien jaar dienstverband *en* nadat de werknemer 50 is geworden: 1/2 van het maandsalaris per zes maanden dienstverband (dus 1 maandsalaris per vol jaar);
- de maximale transitievergoeding is €79.000 (2018) of – als dat hoger is – een bedrag van twaalf keer het maandsalaris;
- deze tijdelijke regeling geldt alleen voor ondernemingen die gemiddeld 25 of meer werknemers in dienst hebben;
- vanaf 1 januari 2020 is deze regeling niet meer geldig.

Het maandsalaris dat benodigd is voor de berekening van de transitievergoeding bestaat uit:

- het laatst genoten bruto maandsalaris;
- de vakantiebijslag;
- de vaste eindejaarsuitkering of dertiende maand over de laatste twaalf maanden, gedeeld door twaalf (indien de werknemer hier recht op heeft);
- de overeengekomen vaste looncomponenten over de laatste twaalf maanden, zoals een overwerkvergoeding en een ploegtoeslag, gedeeld door twaalf;
- de overeengekomen variabele looncomponenten over de laatste 36 maanden, zoals een bonus, een winstuitkering of een eindejaarsuitkering waarvan het bedrag niet op voorhand vaststaat, gedeeld door 36.

- 4 Jannie kan op grond van artikel 7:681 lid 1 sub a BW de kantonrechter verzoeken de opzegging van de arbeidsovereenkomst door SBH te vernietigen wegens het ontbreken van toestemming voor de opzegging van het UWV, of de kantonrechter verzoeken ten laste van SBH aan haar een billijke vergoeding toe te kennen en daarnaast de transitievergoeding (art. 7:673 BW). Belangrijk is wel dat Jannie een keuze moet maken tussen de vernietiging of billijke vergoeding + transitievergoeding. Vernietigt de kantonrechter de opzegging, dan is Jannie al die tijd in dienst gebleven en heeft ze een loonvordering op SBH over de periode dat haar loon niet is betaald (art. 7:628 jo. 7:625 BW jo. 6:119 BW), op voorwaarde dat zij zich beschikbaar heeft gehouden voor de bedongen arbeid. De arbeidsovereenkomst is dan in stand gebleven, dus in dat geval zal Jannie geen recht hebben op de transitievergoeding.
- 5 Yusuf kan de kantonrechter op grond van artikel 7:682 BW verzoeken de arbeidsovereenkomst te herstellen of hij kan de kantonrechter verzoeken hem een billijke vergoeding toe te kennen wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door SBH. Verwijtbaar handelen of nalaten door SBH zal door de rechter niet snel worden aangenomen.
Stel dat de kantonrechter het verzoek om herstel of de billijke vergoeding afwijst, dan kan Yusuf nog in hoger beroep en cassatie (art. 7:683 BW). De rechter in hoger beroep kan SBH veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of een billijke vergoeding toekennen aan Yusuf (art. 7:683 lid 3 BW).

6 Collectief ontslag

6.1 Inleiding

In hoofdstuk 5 is het Nederlandse ontslagrecht in zijn algemeenheid en specifiek in geval van een reorganisatie in vogelvlucht uiteengezet. Hierbij is het ontslagrecht steeds belicht vanuit een individuele invalshoek: op welke manieren kan een arbeidsovereenkomst van een boventallige individuele werknemer tot een einde komen? In dit hoofdstuk wordt uitgebreid stilgestaan bij ontslag van meerdere werknemers tegelijk. Bij een reorganisatie is dit namelijk vaak het geval. Indien van een dergelijk ontslag sprake is, kunnen er aanvullende ‘spelregels’ gelden voor het ontslaan van het individu dat deel uitmaakt van een groep boventallige werknemers. Worden er in een tijdvak van drie maanden ten minste twintig werknemers in één werkgebied ontslagen, dan is zelfs sprake van een collectief ontslag. Een collectief ontslag impliceert dat de Wet Melding Collectief Ontslag (WMCO) van toepassing is. In dit hoofdstuk zal dit – van origine Europese – thema worden besproken.

197

6.2 De WMCO

De Nederlandse wettelijke regeling met betrekking tot collectief ontslag is gebaseerd op een Europese Richtlijn uit 1975 (hierna: de Richtlijn collectief ontslag).¹ Een incident in de jaren zeventig gaf mede aanleiding voor de beslissing om Europese wetgeving op het gebied van collectief ontslag te ontwikkelen. Akzo, een multinational, reorganiseerde in 1973 haar onderneming en wenste over te gaan tot ontslag van 5.000 van haar werknemers.² Akzo berekende de kosten van de reorganisatie bij ontslag van werknemers ver-

1 Richtlijn van de Raad van 17 februari 1975 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag (75/129/EEG), *PbEG* 1975, L 48-29. Deze Europese richtlijn is voor het laatst gewijzigd in 1998.

2 R. Blanpain, *European Labour Law*, Den Haag/Londen/New York: Kluwer Law International 2006 (10e aangepaste editie), p. 588. Heinsius merkt in zijn dissertatie op dat het niet vaststaat of het om 500 of 5.000 werknemers ging; J. Heinsius, *Collectief Ontslagrecht. Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 32.

spreid over haar Europese vestigingen. Zij koos vervolgens om haar werknemers daar te ontslaan, waar de kosten van het ontslag zo laag mogelijk waren. Dit leidde op Europees niveau tot grote verontwaardiging en tot de roep om, door harmonisatie van wetgeving, de grote verschillen tussen de lidstaten van de Europese Gemeenschap in geval van collectief ontslag te verkleinen.

Op grond van de Richtlijn collectief ontslag heeft een werkgever die het voorneemt over te gaan tot collectief ontslag twee verplichtingen. De eerste verplichting betreft het tijdig melden aan en raadplegen van de belanghebbende verenigingen van werknemers (vakbonden). De tweede verplichting die uit de richtlijn voortvloeit, is het melden aan en informeren van het bevoegd gezag. Het doel van de richtlijn is werknemersbescherming en bescherming van de arbeidsmarkt tegen een plotselinge toename van het aantal werkzoekenden na een collectief ontslag.

Nederland heeft de richtlijn in 1976 geïmplementeerd door invoering van de WMCO.³ De WMCO is na de inwerkingtreding nog een aantal keren gewijzigd. Met ingang van 1 maart 2012 is de WMCO ingrijpend gewijzigd.⁴ De kernwijziging betreft het uitbreiden van de definitie van ontslag: deze is toen ruimer geworden. Waar aanvankelijk, kort gezegd, uitsluitend de opzegging van de arbeidsovereenkomst na verkregen toestemming van het UWV volledig onder de wettelijke definitie van collectief ontslag kon worden gebracht,⁵ vallen sinds 2012 ook de ontbinding en beëindiging met wederzijds goedvinden van de arbeidsovereenkomst eronder. Door deze wijziging moeten de werknemersverenigingen altijd worden geraadpleegd bij een voorgenomen collectief ontslag, ongeacht de route die de werkgever wil gaan volgen voor het beëindigen van de arbeidsovereenkomsten.⁶ Daarnaast zijn de sancties op het

- 3 Wet van 24 maart 1976, *Stb.* 1976, 223, houdende regelen inzake de melding van collectief ontslag, laatstelijk gewijzigd bij wet van 17 november 2011, *Stb.* 2011, 597.
- 4 Wet van 17 november 2011, houdende wijziging van de Wet melding collectief ontslag in verband met de uitbreiding van de reikwijdte en ter bevordering van de naleving van deze wet, *Stb.* 2011, 597. Zie voor de inwerkingtredingsdatum: Besluit van 19 december 2011 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 17 november 2011, houdende wijziging van de Wet melding collectief ontslag in verband met de uitbreiding van de reikwijdte en ter bevordering van de naleving van deze wet, *Stb.* 2011, 655.
- 5 Voor het berekenen van het getalscriterium van twintig telden op grond van artikel 3 lid 2 WMCO oud de ontbindingen van arbeidsovereenkomsten op grond van bedrijfseconomische redenen mee, voor zover het er ten minste vijf waren.
- 6 Zie memorie van toelichting bij Wijziging van de Wet melding collectief ontslag in verband met de uitbreiding van de reikwijdte en ter bevordering van de naleving van deze wet, *Kamerstukken II* 2010/11, 32718, nr. 3, p. 2.

niet (juist) naleven van de WMCO verscherpt. Naast deze fundamentele wijzigingen zijn met ingang van 1 maart 2012 nog andere aspecten aangepast.⁷ Het UWV had beleidsregels opgesteld over de WMCO (hierna ‘Beleidsregels’ genoemd). Hoofdstuk 23 daarvan zag op collectief ontslag. Bij invoering van de in hoofdstuk 5 besproken tweede tranche van de Wet werk en zekerheid (Wwz) met ingang van 1 juli 2015, is de WMCO wederom gewijzigd. Die wijzigingen blijken niet zozeer uit de wetsgeschiedenis bij de Wwz, maar uit de Verzamelwet SZW 2015. Bovendien zijn de UWV Beleidsregels komen te vervallen. Dat neemt niet weg dat deze regels naar onze mening mede gezien de verwijzing naar de Beleidsregels in de parlementaire geschiedenis voor de gebieden waar de wet niet is gewijzigd nog steeds als leidraad kunnen blijven gelden.⁸ We verwijzen er dan ook in dit hoofdstuk regelmatig naar.

In dit hoofdstuk zal de WMCO zoals deze sinds 1 juli 2015 luidt, worden besproken. Daar waar nodig zal worden verwezen naar de Europese richtlijn. Omdat de WMCO gebaseerd is op een Europese richtlijn, zal soms worden verwezen naar rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU).

De kernbepaling van de WMCO is opgenomen in artikel 3 lid 1. Hierin is bepaald dat een werkgever die het voornemen heeft de arbeidsovereenkomsten van ten minste twintig werknemers, werkzaam in één werkgebied, op één of meer binnen een tijdvak van drie maanden gelegen tijdstippen te beëindigen, dit schriftelijk moet melden aan: (i) de belanghebbende vakverenigingen (vakbonden) ter tijdige raadpleging en (ii) het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) in het betrokken werkgebied. Het doel van de WMCO is tweeledig: de vakbonden worden in de gelegenheid gesteld om overleg te voeren met de werkgever over de omvang van het ontslag en over het verzachten van de financiële gevolgen (sociaal plan), terwijl het UWV maatregelen kan treffen om werkloosheid te voorkomen.

6.2.1 *Werkings sfeer WMCO*

De WMCO kent zowel een personele als een materiële werkingssfeer. De personele werkingssfeer ziet op de vraag op welke personen en rechtsverhoudingen de WMCO ziet. De materiële werkingssfeer betreft de vraag op welke soorten van ontslag de WMCO van toepassing is. Pas indien een collectief

7 Zie voor een overzicht van de wijzigingen J.H. Even en B. Filippo, Collectief ontslag niet meer omzeild, ARA 2011/2, p. 3 e.v.

8 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 98-101.

ontslag onder zowel de personele als de materiële werkingssfeer van de WMCO valt, is de WMCO van toepassing.

(i) *Personele werkingssfeer WMCO*

Uit artikel 3 lid 1 WMCO volgt dat het moet gaan om een **werkgever** die de arbeidsovereenkomst van **werknemers** wil beëindigen. De WMCO sluit met het werkgever- en werknemerschap aan bij artikel 7:610 BW. Dit volgt uit artikel 1 sub b WMCO. Wie zijn dan de werkgever en werknemers in de zin van artikel 7:610 BW en wie juist niet?

Werknemers

We beginnen met de werknemers. Werknemer in de zin van artikel 7:610 BW is de partij die zich verbindt om in dienst van een andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. Ambtenaren vallen niet onder deze definitie en omdat artikel 3 lid 1 WMCO via artikel 1 sub b WMCO bij deze definitie aanhaakt, vallen zij ook niet onder de werkingssfeer van de WMCO. Handelsagenten, freelancers en hoofdredacteuren die geen arbeidsovereenkomst hebben maar potentieel wel een arbeidsverhouding, tellen ook niet mee voor de toepassing van de WMCO.⁹

200

Artikel 1 lid 2 WMCO geeft de mogelijkheid om bij ministeriële regeling categorieën van personen gelijk te stellen aan werknemers als bedoeld in artikel 1 lid 1 sub b WMCO. Daarmee wordt de personele werkingssfeer van de WMCO uitgebreid. Doel hierachter is het ‘omzeilen’ van een collectief ontslag door schijnconstructies te voorkomen, door bepaalde categorieën werkenden aan te wijzen die ook onder het werknemersbegrip van de WMCO vallen.¹⁰ In feit is deze toevoeging primair geschreven om de ontslagbescherming van payrollwerknemers gelijk te laten zijn aan de ontslagbescherming waarop zij aanspraak zouden hebben als zij rechtstreeks in dienst zouden zijn van de inhurende werkgever. Via artikel 1 lid 2 WMCO en artikel 27 Ontslagregeling worden voor de toepassing van de WMCO payrollwerknemers gelijkgesteld met werknemers die rechtstreeks in dienst zijn bij een werkgever.¹¹ Het effect hiervan is dat als een werkgever twintig of meer werknemers waaronder bij hem werkzame, ingeleende payrollwerknemers binnen een periode van drie maanden om bedrijfseconomische redenen wil ontslaan, hij hiervoor een

⁹ Dit was verduidelijkt in de inmiddels vervallen Beleidsregels Hoofdstuk 23, p. 3.

¹⁰ Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33988, nr. 3 (MvT), p. 6 en 32.

¹¹ Regeling van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015, 2015-0000102290, tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding.

melding zal moeten doen aan de belanghebbende werknemersverenigingen, die dan ook de belangen van de betreffende payrollwerknemers kunnen behartigen. De ingeleende payrollwerknemer, van wie de overeenkomst tussen de opdrachtgever (werkgever in de zin van de WMCO) en de payrollwerkgever wordt beëindigd als gevolg van een reorganisatie bij de opdrachtgever, zal dus moeten worden betrokken in de melding op grond van de WMCO.¹²

De WMCO was voorafgaande aan de introductie van de tweede tranche van de Wvz niet van toepassing op alle groepen werknemers in de zin van artikel 7:610 BW. Voorheen waren van het personele bereik van de WMCO uitgezonderd (i) bestuurders van naamloze en besloten vennootschappen, (ii) werknemers werkzaam bij een publiekrechtelijk lichaam, (iii) onderwijzend en docerend personeel, staande onder beheer van een natuurlijke of rechtspersoon, (iv) personen die een geestelijk ambt bekleden en (v) werknemers die doorgaans op minder dan vier dagen per week uitsluitend of hoofdzakelijk huishoudelijke of persoonlijke diensten in de huishouding van een natuurlijk persoon verrichten. Deze uitzonderingen zijn met ingang van 1 juli 2015 komen te vervallen. In de toelichting bij deze wijziging van artikel 2 WMCO is terecht gemotiveerd dat de uitzondering voor de bestuurders in strijd met de Richtlijn collectief ontslag was.¹³ Ook is in de toelichting expliciet bevestigd dat de WMCO thans wél van toepassing is op het beëindigen van de arbeidsovereenkomst van werknemers in dienst van een publiekrechtelijk lichaam, in het onderwijs en van geestelijken.¹⁴ Een dergelijke expliciete bevestiging valt niet in de toelichting terug te vinden voor de positie van huishoudelijk personeel.¹⁵ Omdat deze groep echter niet meer is uitgezonderd van het bereik van de WMCO, terwijl het hier gaat om personeel dat valt onder het communautaire werknemersbegrip, lijkt het ons dat op deze categorie werknemers de WMCO gewoon van toepassing is.

¹² Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 33988, nr. 17 (Nota naar aanleiding van het verslag), p. 8 en 9. Zie eveneens de toelichting op art. 27 Ontslagregeling.

¹³ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 8, p. 20: 'Niet valt in te zien waarom een ontslag van de bestuurder niet bij een collectief ontslag als bedoeld in deze wet zou hoeven te worden betrokken.' Dat deze uitzondering niet door de beugel kon, blijkt uit HvJ EU 13 februari 2014, C-596/12 (Commissie/Italië).

¹⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 123.

¹⁵ Zie ook: A.J. Swelheim, Het Wetsvoorstel werk en zekerheid: van BBA naar BW; voor wie maakt dit verschil?, *TAP* 2014/1, p. 45.

Werkgever

Wie is dan werkgever in de zin van artikel 3 lid 1 WMCO? Dat is gezien artikel 1 sub b WMCO jo. artikel 7:610 BW de partij bij wie de werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst tegen loon in dienst arbeid verricht.

Wat als er binnen een concern meerdere werkgevers zijn? Uit artikel 3 lid 1 WMCO volgt dat in dat geval per individuele werkgever moet worden bepaald of een collectief ontslag ‘meldingsplichtig’ is. Dat betekent dat niet alle werkgevers binnen een concern ‘op één hoop kunnen worden gegooid’.¹⁶ Het kan daardoor zijn dat binnen een concern met meerdere werkgevers weliswaar meer dan twintig werknemers worden ontslagen binnen een periode van drie maanden, maar dat er toch géén sprake is van een collectief ontslag in de zin van de WMCO, omdat de ontslagen binnen de individuele werkgevers niet bij elkaar op mogen worden geteld.

Detailhandelsconcern Blokker Holding BV is met veertien winkelformules actief in elf landen. Onder meer de winkelketens Blokker, Bart Smit, Xenos en Leen Bakker behoren tot Blokker Holding. Als er bijvoorbeeld bij zowel Blokker als Xenos werknemers wegens bedrijfseconomische redenen ontslagen zouden moeten worden, moet zowel Blokker als Xenos nagaan of de WMCO van toepassing is. Indien er bijvoorbeeld bij zowel Blokker als Xenos tien werknemers wegens bedrijfseconomische redenen worden ontslagen, worden deze ontslagen niet bij elkaar opgeteld, zodat aan het getalscriterium van de WMCO niet is voldaan. Dat beide werkgevers tot Blokker Holding behoren, betekent niet dat eventuele ontslagen voor de toepassing van de WMCO worden samengeteld.

Daarnaast volgt uit artikel 3 lid 1 WMCO dat de WMCO niet van toepassing is op de ondernemer die als inlener gebruikmaakt van uitzendkrachten en met het inhuren daarvan stopt. De inlener is immers op grond van artikel 7:690 BW niet de werkgever in de zin van artikel 7:610 BW van deze uitzendkrachten, dat is uitsluitend het uitzendbureau.

(ii) Materiële werkingssfeer WMCO

Het gaat gezien de formulering van artikel 3 lid 1 WMCO om de *werkgever* die voornemens is de arbeidsovereenkomst *te beëindigen*. Werknemers die het

¹⁶ P.H.E. Voute, Wat is ‘belangrijk’ bij een collectief ontslag, *ArbeidsRecht* 2002/3, p. 27 e.v. Zie ook J. Heinsius, *Collectief Ontslagrecht. Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving* (diss.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 99-100.

voornemen hebben zelf ontslag te nemen, vallen daarmee niet onder het materiële bereik van de WMCO. Het initiatief voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst moet echt bij de werkgever liggen. Dat volgt overigens niet alleen uit artikel 3 lid 1 WMCO, maar ook uit artikel 5a WMCO, waarin is bepaald dat de wachttijd van een maand in acht moet worden genomen bij de verschillende *door de werkgever ingezette* beëindigingsmethoden.

De WMCO is gezien artikel 2 lid 1 onder a WMCO **niet** van toepassing op het beëindigen van een arbeidsovereenkomst door de werkgever *uitsluitend om redenen die de persoon van de werknemer betreffen*. Wil de WMCO dus van toepassing zijn, dan moet het, anders gezegd, gaan om ontslag wegens bedrijfs-economische redenen (de ontslaggrond uit art. 7:669 lid 3 sub a BW). Sinds de wijziging van de WMCO met ingang van 1 maart 2012 vallen meerdere beëindigingsmethoden onder de reikwijdte van de WMCO. Daarvoor vielen alleen de opzegging van de arbeidsovereenkomst waarvoor toestemming van het UWV nodig was en de ontbinding van de arbeidsovereenkomst vanaf vijf ontbindingsverzoeken onder de reikwijdte van de WMCO. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden en minder dan vijf ontbindingsverzoeken vielen er dus niet onder. Over de juistheid daarvan werd in de literatuur behoorlijk gediscussieerd, omdat de regels uit de WMCO hierdoor konden worden omzeild als vrijwel alle werknemers instemden met een beëindiging met wederzijds goedvinden.

203

De wetgever heeft zich bij de wetwijziging van 1 maart 2012 op het standpunt gesteld dat beëindigingsovereenkomsten ook onder de reikwijdte van de WMCO zouden moeten vallen en heeft om die reden de wet aangepast. Hiermee heeft de wetgever willen bereiken dat de WMCO *‘van toepassing is op elke beëindiging op initiatief van de werkgever om een of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer. Dus niet alleen op opzegging en op ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van bedrijfseconomische redenen, maar ook op beëindigingen met wederzijds goedvinden (...)’*.¹⁷ Dit betekent onder meer dat als een collectief ontslag wordt bereikt uitsluitend via bijvoorbeeld beëindigingen met wederzijds goedvinden, de WMCO gewoon ten volle van toepassing is, inclusief de in paragraaf 6.2.3 nog te bespreken meldings- en raadplegingsverplichtingen. Sinds de wijziging van het ontslagrecht per 1 juli 2015 vallen de volgende beëindigingsmethoden onder de reikwijdte van de WMCO:

- de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden;

¹⁷ Zie MvT, p. 4.

- de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de werkgever met instemming van de werknemer;
- de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de werkgever na verkregen toestemming van het UWV; en
- de ontbinding van een arbeidsovereenkomst door de kantonrechter.

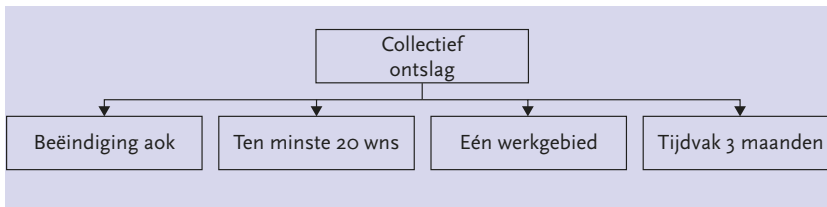
Er gelden daarbij nog enkele uitzonderingen. Zo valt op grond van artikel 2 lid 1 sub b WMCO de beëindiging van de arbeidsovereenkomst tijdens de proeftijd niet onder de reikwijdte van de WMCO. In de praktijk zal een ontslag op staande voet ook niet onder de reikwijdte vallen. Dat is zo, omdat een ontslag op staande voet eigenlijk altijd is ingegeven om redenen die de persoon van de werknemer betreffen, zodat een dergelijk ontslag van de materiële werkingssfeer van de WMCO is uitgezonderd. Verder is de WMCO niet van toepassing op het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (art. 7:667 BW). Bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst van rechtswege kun je immers niet spreken van **beëindigen** van een arbeidsovereenkomst, maar gaat het slechts om het eindigen daarvan.¹⁸

Tot slot sluit artikel 2 lid 2 WMCO de toepassing van de wet uit op het beëindigen van arbeidsovereenkomsten wegens het aflopen van de seizoensarbeid voor het verrichten waarvan zij werden aangegaan.

6.2.2 Wanneer is sprake van collectief ontslag?

De kernbepaling van de WMCO is neergelegd in het hiervoor al aangehaalde artikel 3 lid 1 WMCO. In dit artikel is bepaald dat een werkgever die het voornemen heeft (i) binnen drie maanden de arbeidsovereenkomsten (ii) van ten minste twintig werknemers (iii) werkzaam in één werkgebied (iv) te beëindigen, dit ter tijdige raadpleging schriftelijk moet melden aan de belanghebbende werknemersorganisaties. Daarnaast moet ook een schriftelijke melding worden gedaan aan het bevoegd gezag (het UWV). Uit deze bepaling kan worden afgeleid dat aan vier cumulatieve voorwaarden moet zijn voldaan om te kunnen spreken van een collectief ontslag. Deze vier voorwaarden voor collectief ontslag zullen we hieronder achtereenvolgens bespreken.

¹⁸ Dit is in overeenstemming met de richtlijn, die in artikel 1 lid 2 onder a bepaalt dat deze niet van toepassing is op collectief ontslag in het kader van het eindigen van arbeidsovereenkomsten gesloten voor bepaalde tijd. Zie ook HvJ EU 13 mei 2015, C-392/13 (Canas/Nexea Gestión Documental).



Figuur 26 Collectief ontslag

(i) *Tijdvak van drie maanden*

Voor toepassing van de WMCO is vereist dat de werkgever het voornemen heeft de arbeidsovereenkomsten van ten minste twintig werknemers op een of meer **binnen een tijdvak van drie maanden** gelegen tijdstippen te beëindigen. Dit impliceert dat de werkgever over een zekere vooruitziende blik dient te beschikken. Hij moet kunnen inschatten of de ontslagen binnen de periode van drie maanden zullen vallen. Hierbij dient te worden gerealiseerd dat niet per se in één keer twintig werknemers hoeven te worden ontslagen om van een collectief ontslag te spreken: als dit in meerdere tranches gedurende een periode van drie maanden gebeurt, zijn al die tranches onderdeel van het collectieve ontslag en dient de werkgever zich ten aanzien van al die tranches aan de verplichtingen van de WMCO te houden.¹⁹ Als de werkgever een voornemen heeft om ten minste twintig werknemers te ontslaan, terwijl hij nog niet zeker weet of die ontslagen plaatsvinden binnen de periode van drie maanden, dan werd op basis van de sinds 1 juli 2015 vervallen Beleidsregels door het UWV aanbevolen het ontslagvoornemen zekerheidshalve toch te melden.²⁰ Gezien de verderop in dit hoofdstuk te bespreken stevige consequenties die voortvloeien uit het ten onrechte niet melden van een collectief ontslag, achten wij dit ook nu nog steeds verstandig om te doen.

In de vervallen UWV Beleidsregels was bepaald wat, in tijd, dient te worden verstaan onder ‘te beëindigen’ in relatie tot de termijn van drie maanden. Onder ‘te beëindigen’ diende volgens de Beleidsregels namelijk te worden verstaan:

‘de datum waarop de ontslagvergunning zal worden aangevraagd, de arbeidsovereenkomst zal worden opgezegd als geen ontslagvergunning vereist is of niet is aangevraagd, het ontbindingsverzoek zal worden ingediend en/of de beëindigingsovereenkomst zal worden gesloten’.

¹⁹ Zie hierover de MvT, p. 8.

²⁰ Zie de vervallen Beleidsregels, hoofdstuk 23, par. 2.

De termijn van drie maanden ging met andere woorden volgens de oude Beleidsregels lopen vanaf de eerste beëindigingshandeling. Er is wat ons betreft geen reden om dit bij het vervallen van deze Beleidsregels ineens anders te zien.

(ii) *Getalscriterium*

Niet ieder ontslag van meerdere werknemers binnen een bepaalde periode kan worden gekwalificeerd als een collectief ontslag. Voor het van toepassing zijn van de WMCO is vereist dat de werkgever voornemens is de arbeidsovereenkomsten van **minimaal twintig** werknemers te beëindigen (getalscriterium). Wat betreft het getalscriterium van twintig werknemers dient goed in de gaten te worden gehouden dat het gaat om het beëindigen van de arbeidsovereenkomst die binnen de werkingssfeer van de WMCO valt. Hierbij dient rekening te worden gehouden met alle relevante ontslagmethoden: deze dienen allemaal te worden meegeteld (zie par. 6.2.1. onder materiële werkingssfeer).

Office BV verzorgt de levering van kantoorartikelen aan (onder andere) SBH in heel Nederland. Begin 2017 kondigt de directie aan dat een reorganisatie vanwege de fors teruggelopen omzet onvermijdelijk is. Bij Office BV zijn in totaal driehonderd werknemers in dienst, verspreid over drie vestigingen (Groningen, Rotterdam en Maastricht). De directie maakt bekend dat een groot aantal klantenservicemedewerkers (werkzaam in Maastricht) boventallig wordt. In Maastricht wordt in dat kader besloten een aantal werknemers wegens bedrijfseconomische redenen te ontslaan. Op 1 maart 2017 wordt daarom met tien werknemers een beëindigingsovereenkomst gesloten. Op 1 april 2017 wordt aan het UWV toestemming gevraagd de arbeidsovereenkomst van vijftien werknemers op te zeggen. Is hier sprake van een collectief ontslag in de zin van de WMCO? Voor het antwoord op de vraag of aan het getalscriterium in de zin van de WMCO is voldaan, worden de tien beëindigingen met wederzijds goedvinden en de vijftien werknemers waarvoor toestemming voor opzegging bij UWV is verzocht bij elkaar opgeteld. Omdat Office BV het voornemen heeft de arbeidsovereenkomsten van ten minste twintig werknemers (namelijk 25 werknemers) te beëindigen, is voldaan aan het getalscriterium uit de WMCO.

(iii) *Werkzaam binnen één werkgebied*

Voor de toepassing van de WMCO geldt dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten van de werknemers moet plaatsvinden binnen één werkge-

bied. In totaal zijn er zes werkgebieden in Nederland. De werkgebieden zijn gebaseerd op een clustering van provincies (art. 26 Ontslagregeling):

- Friesland, Groningen en Drenthe,
- Overijssel en Gelderland,
- Noord-Brabant en Limburg,
- Zuid-Holland en Zeeland,
- Flevoland en Utrecht,
- Noord-Holland.

De vervallen Beleidsregels Ontslagtaak UWV gaven een uitleg wat te doen indien werknemers met een werkgebiedoverschrijdende functie of met een functie met variabele standplaats werkzaam zijn binnen meerdere werkgebieden.²¹ In beginsel is in dat geval het werkgebied waar de betrokken werknemer zijn arbeid verricht of heeft verricht leidend. Indien dit te veel varieert, dan is de standplaats van de werknemer leidend. Bij gebreke hiervan is dat de vestiging van de werkgever van waaruit de WMCO-melding wordt ingediend. Als ook dit geen uitkomst biedt, dan is de woonplaats van de werknemer leidend. Er is naar onze mening geen reden om aan te nemen dat dit beleid thans onder de Wwz niet meer zal worden gevolgd. In dat verband merken we nog op dat het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat het is toegestaan om regionaal (per plaatselijke eenheid) te beoordelen of het getalscriterium van twintig is gehaald en dat dus niet hoeft te worden gekeken of de werkgever in zijn totaliteit in alle plaatselijke eenheden tezamen het getalscriterium haalt.²²

(iv) *Beëindiging van arbeidsovereenkomsten*

De WMCO is, als gezegd in paragraaf 6.2.1, van toepassing op *elke* beëindiging van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever om redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer.²³ De WMCO is dus van toepassing op zowel de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, de opzegging van een arbeidsovereenkomst door werkgever met instemming van de werknemer, de opzegging van een arbeidsovereenkomst door werkgever na verkregen toestemming van het UWV en de ontbinding van een arbeidsovereenkomst door de kantonrechter, wegens bedrijfseconomische redenen in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub a BW.

²¹ Oude Beleidsregels Ontslagtaak UWV versie maart 2012, hoofdstuk 23, par. 3.

²² HvJ EU 30 april 2015, C-80/14 (USDAA/WW Realisation).

²³ HvJ EU 12 oktober 2004, C-55/02 (Commissie/Portugal).

6.2.3 *Verplichtingen bij collectief ontslag*

Als sprake is van collectief ontslag in de zin van artikel 3 lid 1 WMCO, is het gevolg dat de werkgever op grond van de WMCO een aantal verplichtingen heeft. Een werkgever die het voornemen heeft tot collectief ontslag over te gaan, moet dit op grond van artikel 3 lid 1 WMCO ten eerste ter tijdige raadpleging melden aan de belanghebbende verenigingen van werknemers (vakbonden). Gelijktijdig moet hij dit schriftelijk melden aan het bevoegd gezag. Uit artikel 1 sub c WMCO kan worden afgeleid dat het UWV het bevoegd gezag is in de zin van de WMCO. Indien er sprake is van een faillissement, hoeft de werkgever alleen maar melding te doen als het bevoegd gezag daarom verzoekt. Bij de melding aan de werknemersverenigingen en het bevoegd gezag dient de werkgever bepaalde informatie te verstrekken.

(i) *Melding aan werknemersverenigingen en bevoegd gezag*

De werkgever die het voornemen heeft tot collectief ontslag over te gaan moet dit gezien artikel 3 lid 1 WMCO ter tijdige raadpleging melden aan de 'belanghebbende verenigingen van werknemers'. Door de verplichting tot melding aan en raadpleging van de werknemersverenigingen wordt de werknemersverenigingen de kans gegeven de besluitvorming over het voornemen tot collectief ontslag te beïnvloeden. Onder belanghebbende verenigingen van werknemers wordt verstaan een vereniging van werknemers die: (i) in de onderneming werkzame personen onder haar leden telt, (ii) krachtens haar statuten ten doel heeft de belangen van haar leden als werknemer te behartigen, (iii) als zodanig in de betrokken onderneming of bedrijfstak werkzaam is, (iv) ten minste twee jaar in het bezit is van rechtspersoonlijkheid en (v) als zodanig bij de werkgever bekend is (art. 3 lid 3 WMCO). De werkgever kan op meerdere wijzen bekend zijn geworden met de werknemersorganisaties. De werkgever wordt in elk geval met de werknemersorganisaties bekend geacht, indien zij de werkgever schriftelijk te kennen hebben gegeven prijs te stellen op melding van voornemens tot collectief ontslag (art. 3 lid 3 WMCO). Vaak zie je in een cao daarom een verplichting voor de werkgever opgenomen om een voorgenomen collectief ontslag te melden aan de vakbonden die partij zijn bij de cao.

Als de werkgever niet weet wie in zijn geval de belanghebbende werknemersverenigingen zijn, moet hij dit onderzoeken. De werkgever kan zich bijvoorbeeld laten informeren door de vakbond(en) waarvan de voor ontslag voorgedragen werknemers lid zijn. Ook kan de werkgever de werknemersverenigingen benaderen en hen, ongeacht hun betrokkenheid, informeren over de

voorgenomen ontslagen.²⁴ Het UWV of, als van dat van toepassing is, de cao-ontslagcommissie als bedoeld in artikel 7:671a lid 2 BW kan toetsen of de werkgever zijn onderzoeksverplichting is nagekomen. De werkgever zal dan zijn inspanningen moeten kunnen aantonen. Als er geen belanghebbende werknemersverenigingen zijn, zal de werkgever de meldings- en raadplegingsverplichting niet kunnen nakomen. Dat ontslaat de werkgever echter niet van de andere verplichtingen die de WMCO hem oplegt.

(ii) *Vorm en inhoud meldingen*

De werkgever moet *schriftelijk* melding doen aan het UWV en de belanghebbende verenigingen van werknemers. Bij de melding dient de werkgever volgens artikel 4 leden 1 en 2 WMCO opgave te doen van:

1. de overwegingen die tot het voorgenomen collectief ontslag hebben geleid;
2. het aantal werknemers dat hij voornemens is te ontslaan met een onderverdeling naar beroep of functie, leeftijd en geslacht, alsmede van het aantal werknemers dat hij gewoonlijk in dienst heeft;
3. het tijdstip of de tijdstippen waarop de werkgever de arbeidsovereenkomsten volgens zijn voornemen zal beëindigen;
4. de criteria die aangelegd zullen worden bij het selecteren van de voor ontslag in aanmerking komende werknemers;
5. de wijze van berekening van eventuele afvloeiingsuitkeringen; en
6. de wijze waarop de werkgever voornemens is de arbeidsovereenkomsten met zijn werknemers te beëindigen.

In de vervallen Beleidsregels van maart 2012 was hier nog aan toegevoegd dat de werkgever zijn ontslagvoornemen met argumenten en bedrijfsgegevens zou moeten onderbouwen, zodat de werknemersverenigingen en het UWV in staat zouden zijn zich een oordeel te vormen over de noodzakelijkheid van het collectief ontslag. Die toevoeging is met ingang van 1 september 2012 komen te vervallen, omdat dit bij nader inzien geen wettelijk vereiste voor een geldige melding bleek te zijn.²⁵ Thans wordt het formulier ‘Melding voornemen tot collectief ontslag’ van het UWV gevraagd wat de ontslagredenen is. De werkgever kan daarbij kiezen tussen zeven redenen.

Daarnaast geeft de werkgever bij de melding aan het UWV op:

²⁴ De vervallen Beleidsregels, hoofdstuk 23, par. 4.

²⁵ Zie hierover het Besluit beleidsregels ontslagtaak UWV 2012, 31 juli 2012, *Stcrt.* 2012, 16614, toelichting op hoofdstuk 23.

- a. of voor de onderneming waarin de werknemers werkzaam zijn, een ondernemingsraad is ingesteld;
- b. of het voorgenomen collectief ontslag verband houdt met een besluit waarvoor advies moet worden gevraagd aan de ondernemingsraad; en
- c. zo ja, het tijdstip waarop de ondernemingsraad over het betrokken besluit is of zal worden geraadpleegd, dan wel daarvan in kennis is gesteld en is geraadpleegd over de uitvoering daarvan (art. 4 lid 4 WMCO).

De werkgever dient een afschrift te verstrekken aan de werknemersverenigingen van de melding aan het UWV en vice versa (art. 4 lid 3 WMCO). Daarnaast moet de werkgever ingevolge artikel 4 lid 5 WMCO het UWV op de hoogte houden van de raadpleging van de belanghebbende werknemersverenigingen en van de ondernemingsraad. Als bij de melding niet alle bovengenoemde gegevens zijn verstrekt aan het UWV, zendt het UWV aan de werkgever een schriftelijke mededeling waarin is opgenomen welke gegevens nog ontbreken (art. 5 WMCO). Zolang de ontbrekende gegevens niet (alsnog) door de werkgever aan het UWV zijn verstrekt, wordt de melding geacht niet te zijn gedaan.

Uit artikel 26 lid 2 Ontslagregeling volgt dat het UWV een afschrift van de melding collectief ontslag, vergezeld van een rapport waarin de gemelde gegevens en verdere bijzonderheden zijn samengevat, aan de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid toezendt.

6.2.4 Doel en tijdstip raadpleging

De verplichting tot melding en raadpleging is in de WMCO opgenomen om een aantal belangrijke redenen. De raadpleging van de werknemersverenigingen heeft op grond van artikel 3 lid 2 WMCO ten minste betrekking op: (1) de mogelijkheden om de collectieve ontslagen te voorkomen of in aantal te verminderen en (2) de mogelijkheid de gevolgen ervan te verzachten, door het nemen van sociale begeleidingsmaatregelen, meer in het bijzonder om bij te dragen tot de herplaatsing of de omscholing van ontslagen werknemers. Op deze wijze worden de werknemersverenigingen in de gelegenheid gesteld de besluitvorming over het voornemen tot collectief ontslag te beïnvloeden. Dat deze verplichting tot raadpleging serieus moet worden genomen, blijkt uit de artikelen 6, 6a en 7 WMCO, die we verderop in dit hoofdstuk zullen bespreken. Het uiteindelijke doel van de raadpleging van de werknemersverenigingen is het bereiken van een akkoord, waarin de bovenstaande aspecten zijn

verwerkt. Dit akkoord wordt in de praktijk vaak in de vorm van een **sociaal plan** gegoten (zie over het sociaal plan par. 6.3).

Het is overigens niet zo dat de werkgever verplicht is met de werknemersverenigingen een sociaal plan te sluiten. Op basis van de WMCO geldt slechts een **inspanningsverplichting** om met de werknemersverenigingen daarover in overleg te treden. De raadplegingsverplichting houdt volgens de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in dat *'er daadwerkelijk overleg moet zijn geweest'*.²⁶ Een daadwerkelijk overleg heeft dus als minimum te gelden. Na zo'n overleg kan de werkgever zich in principe op het standpunt stellen aan de raadplegingsverplichting te hebben voldaan. Hiervoor is de werkgever niet afhankelijk van de instemming van de betrokken werknemersvereniging: dat een werknemersvereniging mogelijk meent dat de werkgever meer had moeten doen tijdens de raadpleging, staat volgens de minister niet in de weg aan het voldaan hebben van de raadplegingsverplichting. Zou anders worden geredeneerd, dan zou volgens de minister een eis worden geïntroduceerd dat werkgever en werknemersvereniging overeenstemming over het collectief ontslag moeten bereiken, hetgeen onjuist zou zijn.

Stel nu dat de werknemersverenigingen het raadplegingsproces proberen te vertragen door niet in te gaan op een verzoek van de werkgever tot overleg? Wat dan? Hiervoor is artikel 7a WMCO in het leven geroepen. Hierin is bepaald dat voor de toepassing van de WMCO de werkgever geacht wordt aan de raadplegingsverplichting te hebben voldaan als de belanghebbende vereniging: (i) geen gevolg geeft aan een schriftelijke uitnodiging daartoe van de werkgever, mits die uitnodiging ten minste twee weken voor de datum van het overleg door de vereniging is ontvangen; of (ii) schriftelijk heeft aangegeven af te zien van raadpleging. Het geen gevolg geven aan een uitnodiging houdt in dat de belanghebbende vereniging niet verschijnt op een door de werkgever georganiseerd overleg.²⁷ Hierbij geldt uiteraard dat de vereniging enige tijd moet krijgen om zich voor te bereiden, waarvoor een termijn van twee weken redelijk wordt geacht.²⁸ Het is aan de werkgever om aan te tonen dat de verenigingen zijn uitgenodigd voor overleg en dat deze uitnodiging ook daadwerkelijk is ontvangen. Pas bij ontvangst is immers aan het wettelijke vereiste voldaan.²⁹ Het is in dat verband aan te raden de uitnodiging per aan-

²⁶ Zie Nota naar aanleiding van het verslag, p. 11. Zie eveneens de vervallen Beleidsregels, p. 23-5.

²⁷ MvT, p. 9.

²⁸ MvT, p. 9 en Nota naar aanleiding van het verslag, p. 13.

²⁹ Zie ook Nota naar aanleiding van het verslag, p. 13.

getekende brief of koerier aan de werknemersverenigingen te versturen.³⁰ De werknemersverenigingen en, indien binnen de onderneming aanwezig, de ondernemingsraad, wensen in de regel overigens wel vaak gebruik te maken van de raadplegingsprocedure in de hoop dat een voor de (boventallige) werknemers gunstig sociaal plan kan worden gesloten.³¹ De werknemersverenigingen kunnen deze wens kracht bij zetten door middel van collectieve acties (bijvoorbeeld protestbijeenkomsten, stakingen, bedrijfsbezettingen). Dergelijke acties zijn geoorloofd als zij binnen het kader van het Europees Sociaal Handvest vallen.³²

Het doel van de melding collectief ontslag aan het bevoegd gezag is een andere dan het doel van de melding en raadpleging van de werknemersverenigingen. De melding aan het bevoegd gezag heeft tot doel het UWV in staat te stellen na te gaan of door het nemen van arbeidsmarktmaatregelen werkloosheid kan worden voorkomen of verkort.³³

Uit artikel 3 lid 1 WMCO volgt dat de melding aan de belanghebbende werknemersverenigingen en aan het bevoegd gezag *tijdig* moet plaatsvinden, namelijk op het moment dat de werkgever het *voornemen* heeft om ten minste twintig werknemers binnen drie maanden te ontslaan. Een concreet besluit mag er nog niet zijn. De bedoeling van de WMCO is immers dat de werknemersverenigingen nog enige invloed moeten kunnen uitoefenen op de finale besluitvorming. Dat neemt niet weg dat de werkgever ten minste een zeker plan moet hebben hoe de reorganisatie eruit gaat zien. Dat blijkt wel uit de informatie die de werkgever op grond van artikel 4 lid 1 en 2 WMCO aan de belanghebbende werknemersverenigingen en het UWV moet verstrekken. Deze informatie is dusdanig gedetailleerd dat er een zeker plan moet zijn.

³⁰ MvT, p. 9.

³¹ Ten aanzien van de raadpleging van de ondernemingsraad geldt dat de ondernemingsraad is geraadpleegd indien er op grond van art. 25 WOR advies is uitgebracht. Ook als de ondernemingsraad van het geven van advies afziet, is hij geraadpleegd, zie Beleidsregels Ontslagtaak UWV, versie maart 2012, p. 23-25. Indien de ondernemingsraad negatief adviseert, zal het UWV WERKbedrijf de ontslagaanvragen nog niet in behandeling nemen. Op grond van art. 26 WOR kan de ondernemingsraad namelijk binnen een maand beroep instellen bij de Ondernemingskamer indien de ondernemer een besluit neemt dat afwijkt van het advies van de ondernemingsraad. Het aanvragen van ontslagvergunning wordt gezien als uitvoering van het genomen besluit. Pas als blijkt dat de ondernemer uitvoering mag geven aan het besluit, zal het UWV WERKbedrijf de ontslagaanvragen in behandeling nemen.

³² L. Tilstra, *Grenzen aan het stakingsrecht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 169.

³³ J. Heinsius, *Collectief Ontslagrecht. Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving* (diss.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 105 e.v.

Over de vraag hoe met de (de timing van) informatie-, consultatie- en meltingsverplichtingen uit de Richtlijn collectief ontslag moet worden omgegaan, heeft het HvJ EU zich uitgelaten in het arrest *Junk/Kühnel*.³⁴

De curator van de werkgever besluit in verband met de sluiting van de onderneming alle nog bestaande arbeidsovereenkomsten op te zeggen. De curator heeft eerst de ondernemingsraad geïnformeerd en geconsulteerd. Vervolgens worden de arbeidsovereenkomsten van 172 werknemers met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden opgezegd. Tot slot wordt de bevoegde overheidsinstantie geïnformeerd. Dit gebeurt meer dan één maand vóór het daadwerkelijke einde van de arbeidsovereenkomsten. Het Hof van Justitie krijgt de vraag voorgelegd of de overheidsinstantie op grond van de Richtlijn tijdig is geïnformeerd. Het Hof van Justitie oordeelt dat de arbeidsovereenkomsten pas mogen worden opgezegd, nadat de raadplegingsprocedure met de werknemersvertegenwoordigers is afgerond en de melding aan het bevoegde gezag is gedaan. Artikel 2 van de Richtlijn legt de werkgever namelijk een onderhandelingsverplichting op met het doel een akkoord met de werknemersvertegenwoordigers te bereiken over ten minste de mogelijkheden collectief ontslag te voorkomen of de omvang ervan te verminderen, alsook de gevolgen ervan te verzachten. Het nuttige effect van een dergelijke onderhandelingsverplichting zou in het gedrang komen als de werkgever de arbeidsovereenkomsten tijdens of bij aanvang van de onderhandelingen zou mogen opzeggen. Er is dan immers sprake van een voldongen feit en een al genomen beslissing zal niet snel worden ingetrokken. De wachttijd van een maand hoeft daarentegen niet al verlopen te zijn voordat de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd. Artikel 4 lid 1 van de Richtlijn stelt dat de maand wachttijd de individuele opzegtermijnen onverlet laat. Dit voorbehoud zou volgens het Hof van Justitie onzinnig zijn als de wachttijd enkel en alleen vóór de opzegging zou kunnen gelden. In dat geval zou de wachttijd immers per definitie de individuele opzegtermijn onverlet laten. De Richtlijn laat volgens het Hof van Justitie voor de lidstaten dan ook de mogelijkheid open te bepalen dat de maand wachttijd start ná de opzegging.

213

Dat alles betekent dus dat op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie *eerst* de informatie- en consultatieprocedure met de werknemersvertegenwoordigers moet zijn afgerond én de bevoegde overheidsinstantie moet zijn

³⁴ HvJ EG 27 januari 2005, C-188/03, *JAR* 2005, 52 (*Junk/Kühnel*).

geïnformeerd over het voornemen tot collectief ontslag. Pas *daarna* mogen de arbeidsovereenkomsten worden opgezegd. Op grond van de Richtlijn collectief ontslag en de rechtspraak van het Hof van Justitie mag de wachttijd van dertig dagen tijdens de opzegtermijn worden uitgezet. De Nederlandse wetgever heeft echter bepaald dat pas na het inachtnemen van de wachttijd van dertig dagen de arbeidsovereenkomst mag worden opgezegd, ontbonden of met wederzijds goedvinden mag worden beëindigd (art. 5a lid 1 WMCO). Artikel 5a WMCO zal verderop in dit hoofdstuk verder worden besproken.

6.2.5 Rol van de ondernemingsraad bij de raadplegingsprocedure

In hoofdstuk 2 hebben we gezien dat een reorganiserende werkgever bij collectief ontslag ook belangrijke verplichtingen heeft op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR), in het bijzonder artikel 25 WOR. Hij heeft daardoor verplichtingen ten opzichte van zowel de belanghebbende werknemersverenigingen (als gezegd de vakbonden) als de ondernemingsraad, tenminste als er een ondernemingsraad is ingesteld bij de werkgever. Dit doet de vraag rijzen hoe om te gaan met de samenloop van de adviesaanvraag aan de ondernemingsraad en de melding ter raadpleging van het collectief ontslag aan de belanghebbende werknemersverenigingen?

214

De werkgever dient in zijn melding collectief ontslag aan te geven of, en zo ja wanneer de ondernemingsraad is of *zal worden* geraadpleegd. Uit de woorden ‘zal worden geraadpleegd’, zou kunnen worden afgeleid dat de melding aan de werknemersverenigingen op grond van de WMCO vooraf dient te gaan aan de adviesaanvraag aan de ondernemingsraad. In zoverre kan de tekst van de WMCO misleidend zijn, omdat de WOR zelf eisen stelt aan het tijdstip waarop advies behoort te worden gevraagd aan de ondernemingsraad. Het advies moet op grond van artikel 25 lid 2 WOR immers in elk geval op een zodanig tijdstip aan de ondernemingsraad worden gevraagd, dat de ondernemingsraad van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit.

Bij de wijziging van de WMCO in 2012 is aandacht besteed aan de rol van de ondernemingsraad in het proces. Dat komt mede, omdat er een stevige sanctie is gesteld op het niet raadplegen van de ondernemingsraad: ontslagaanvragen en ontbindingsverzoeken worden in principe niet in behandeling genomen op grond van artikel 6 respectievelijk 6a WMCO, en opzeggingen en beëindigingsovereenkomsten kunnen bij gebreke van een raadpleging van de ondernemingsraad in principe worden vernietigd op grond van artikel 7 WMCO. Uit de WMCO volgt dus dat de ondernemingsraad vroegtijdig moet

worden betrokken bij het voornemen tot collectief ontslag. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid stelde zich (terecht) op het standpunt dat een dergelijke verplichting reeds ook voortvloeit uit de WOR.³⁵ Het ligt dan ook in de rede de raadpleging van de ondernemingsraad en de belanghebbende werknemersverenigingen over een voorgenomen collectief ontslag gelijktijdig te laten verlopen.

Wanneer is de raadplegingsprocedure met de ondernemingsraad afgerond? Het spreekt voor zich dat, zodra de ondernemingsraad een advies heeft uitgebracht over het voorgenomen collectieve ontslag, hij is geraadpleegd. Het UWV neemt aan dat dit ook het geval is als de ondernemingsraad van zijn adviesrecht afziet.³⁶ Lastiger wordt het als de ondernemingsraad nog geen advies heeft gegeven. De WMCO stelt, anders dan ten aanzien van de raadpleging van de bevoegde werknemersverenigingen (art. 7 WMCO), geen uiterste termijn waarbinnen de ondernemingsraad op een adviesaanvraag moet ingaan. De WOR lijkt hier leidend, maar ook die geeft geen 'strakke' leidraad over het moment dat de ondernemingsraad in redelijkheid advies dient te hebben gegeven over een voorgenomen collectief ontslag. Het UWV had hierop in de inmiddels vervallen Beleidsregels een voorschot genomen en doet dat op gelijke wijze in de huidige Uitvoeringsregels ontslag wegens bedrijfseconomische redenen (versie juli 2016). De ondernemingsraad en de ondernemer kunnen een uiterste termijn afspreken waarop de ondernemingsraad tot advies moet zijn overgaan. Als die termijn is verstreken en er ten minste éénmaal overleg in een overlegvergadering heeft plaatsgevonden, gaat het UWV ervan uit dat de ondernemingsraad is geraadpleegd. Als de ondernemingsraad negatief heeft geadviseerd, geldt zoals besproken in hoofdstuk 2, op grond van artikel 25 lid 6 WOR een opschortingstermijn van een maand, voordat de werkgever tot uitvoering van zijn besluit mag overgaan. Dit is anders als de ondernemingsraad heeft verklaard geen bezwaar te hebben tegen de uitvoering van het ontslagbesluit door de werkgever. Ook wordt de ondernemingsraad volgens het UWV niet geacht te zijn geraadpleegd als er tussen de werkgever en de ondernemingsraad nog geen uiterste adviesdatum is afgesproken en/of het overleg nog niet heeft plaatsgevonden in een overlegvergadering.³⁷ Het UWV zal niet mee meewerken aan een ontslagaanvraag als de ondernemingsraad beroep heeft ingesteld bij het gerechtshof en

³⁵ Zie Nota naar aanleiding van het verslag, p. 12.

³⁶ Zie de vervallen Beleidsregels hoofdstuk 23, par. 5.

³⁷ Zie de Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen, juli 2016, p. 18 en 19.

(bij voorlopige voorziening) is bepaald dat het besluit nog niet mag worden uitgevoerd.³⁸

Is er tussen de ondernemer en de ondernemingsraad nog geen uiterste adviesdatum afgesproken en/of heeft het overleg in een overlegvergadering nog niet plaatsgevonden, dan wordt de ondernemingsraad geacht niet te zijn geraadpleegd, aldus het UWV.³⁹ Wij menen dat niet onder alle omstandigheden de eis kan worden gesteld dat een ‘afpraak’ tussen ondernemer en ondernemingsraad bestaat over een uiterste termijn. Het kan namelijk zijn dat de ondernemingsraad weigert zo’n afspraak te maken, om zo het collectieve ontslag te vertragen. In zo’n geval lijkt het ons dat de werkgever (eenzijdig) een redelijke termijn mag stellen waarbinnen de ondernemingsraad dient te adviseren, en ten minste éénmaal een overlegvergadering dient in te plannen. De WOR staat immers toe dat de werkgever een redelijk eindmoment stelt waarop het advies van de ondernemingsraad dient te volgen. Het komt ons voor dat dit systeem ook ten aanzien van de WMCO moet worden gevolgd.

6.2.6 In behandeling nemen ontslaginitiatieven

Het UWV en de kantonrechter nemen niet zo maar een ontslagaanvraag respectievelijk een ontbindingsverzoek in behandeling als deze onderdeel uitmaakt van een collectief ontslag.

(i) Opzegging

Het UWV of de cao-ontslagcommissie (als bedoeld in art. 1 lid 1 onder d WMCO) neemt verzoeken om toestemming tot het opzeggen van de arbeidsovereenkomsten niet eerder in behandeling dan wel neemt verzoeken waarop nog niet is beslist niet verder in behandeling, dan nadat: (1) de werkgever aan de verplichting tot melding aan de belanghebbende werknemersverenigingen heeft voldaan én (2) uit een schriftelijke verklaring van de werkgever blijkt dat de belanghebbende werknemersverenigingen en de ondernemingsraad ook echt zijn geraadpleegd (art. 6 lid 1 WMCO). Als de werkgever verklaart dat de raadpleging heeft plaatsgevonden, terwijl de werknemer dit betwist, wordt van het UWV verwacht dat dit inhoudelijk wordt getoetst. Het UWV had zich gezien de inmiddels vervallen Beleidsregels dan ook terecht aan een dergelijke inhoudelijke toetsing gecommitteerd. Als het UWV constateert dat de werkgever ten onrechte geen melding in het kader van de WMCO heeft

³⁸ Zie de Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen, juli 2016, p. 19.

³⁹ Zie de vervallen Beleidsregels hoofdstuk 23, par. 5.

gedaan, schreven de vervallen Beleidsregels voor dat het UWV dit schriftelijk meedeelt aan de werkgever met een verzoek om die melding alsnog te doen. De behandeling van de (nieuwe en reeds eerder ingediende) ontslagaanvragen wordt tot die tijd opgeschort. Pas nadat de werkgever heeft voldaan aan de wettelijke eisen uit hoofde van de WMCO, neemt het UWV de ontslagaanvragen (verder) in behandeling. Hoewel hier in de huidige Uitvoeringsregels geen aandacht aan is besteed, is er wat ons betreft geen reden van dit oude beleid af te wijken. Het lijkt er echter op dat het UWV inmiddels een scherpere sanctie voor ogen heeft bij de behandeling van een ontslagaanvraag als de werkgever nog niet heeft voldaan aan de eisen van artikel 6 lid 1 WMCO, zijnde weigering van de als prematuur beoordeelde ontslagaanvraag op grond van artikel 4 lid 6 Regeling UWV ontslagprocedure. Die sanctie is immers in het vooruitzicht gesteld bij het indienen van een ontslagaanvraag voordat de raadpleging van de ondernemingsraad is afgerond, zodat die sanctie ook in de rede ligt als anderszins informatie- en consultatierechten zijn geschonden.

Het lijkt voor de hand te liggen dat de cao-ontslagcommissie een beleid hanteert dat zo veel mogelijk in lijn is met dat van het UWV. Vaststaat in elk geval dat van de cao-ontslagcommissie wordt verwacht te toetsen of de werkgever een melding heeft gedaan en of is voldaan aan de eisen die de WMCO stelt, terwijl artikel 6 lid 1 WMCO voorschrijft dat verzoeken om toestemming tot het opzeggen van de arbeidsovereenkomsten niet (verder) in behandeling worden genomen dan nadat de werkgever aan de hiervoor wettelijke verplichtingen heeft voldaan.

In de gevallen zoals voorzien in artikel 7a WMCO (de werknemersvereniging geeft geen gevolg aan een uitnodiging van de werkgever voor overleg, of geeft aan af te zien van de raadpleging) wordt bij wijze van uitzondering de raadplegingsprocedure geacht te zijn afgerond, zonder dat daadwerkelijk overleg heeft plaatsgevonden. Maar ook anderszins kan het zo zijn dat de raadplegingsprocedure niet plaatsvindt. Het UWV of de cao-ontslagcommissie kan namelijk de verplichting tot raadpleging van de belanghebbende werknemersverenigingen en de ondernemingsraad buiten toepassing laten. De werkgever dient daarvoor eerst aannemelijk te maken dat naleving ervan de herplaatsing van de met ontslag bedreigde werknemers of de werkgelegenheid van de overige werknemers in de betrokken onderneming in gevaar zou brengen (art. 6 lid 2 WMCO). Een dergelijk besluit kan het UWV slechts nemen na goedkeuring van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Die goedkeuring wordt gelet op artikel 6 lid 3 WMCO alleen onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang. Deze ontheffing ziet uitsluitend op de verplich-

ting tot *raadpleging* van de werknemersverenigingen: de werkgever zal onder deze omstandigheden nog steeds het voorgenomen collectieve ontslag moeten *melden* aan het UWV en aan de belanghebbende werknemersverenigingen en de ondernemingsraad.

(ii) *Ontbinding*

Voor het UWV is het bij juiste naleving van de WMCO eenvoudig vast te stellen of er sprake is van een collectief ontslag of niet: het behoort immers een melding te hebben ontvangen van het voornemen tot collectief ontslag van de werkgever. Die melding krijgt de ontbindingsrechter niet. Om dat probleem te verhelpen is artikel 6a WMCO geïntroduceerd. Dit artikel bepaalt dat een verzoek van de werkgever om de arbeidsovereenkomst met een werknemer wegens bedrijfseconomische redenen te ontbinden (op grond van art. 7:671b lid 1 sub b BW) door de rechter slechts kan worden ingewilligd, indien hij zich ervan heeft vergewist of het verzoek verband houdt met een voorgenomen beëindiging als bedoeld in artikel 3 lid 1 WMCO, en zo ja of bij het verzoekschrift een schriftelijke verklaring is gevoegd van: (a) het UWV waaruit blijkt dat aan de verplichting tot melding van het voorgenomen collectief ontslag is voldaan; en van (b) de werkgever waaruit blijkt dat de belanghebbende werknemersverenigingen en de ondernemingsraad zijn geraadpleegd. Er wordt door de wetgever van de rechter in dit verband overigens geen al te actieve opstelling verwacht. Als de procespartijen verklaren dat de WMCO niet van toepassing is, dan kan de rechter zonder nader onderzoek de arbeidsovereenkomst ontbinden. Als in een inhoudelijke procedure echter een dispuut ontstaat of de werkgever de verplichtingen uit hoofde van de WMCO juist heeft nageleefd, zal de rechter hier wel degelijk inhoudelijk op moeten ingaan.

Als niet is voldaan aan de verplichting tot raadpleging van de belanghebbende werknemersverenigingen en de ondernemingsraad, dan kan de rechter op grond van artikel 6a lid 2 WMCO slechts tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst overgaan, zo nodig met buiten toepassing laten van de wachttijd, als de werkgever aannemelijk maakt dat de naleving van die verplichting de herplaatsing van de met ontslag bedreigde werknemers of de werkgelegenheid van de overige werknemers in de betrokken onderneming in gevaar zou brengen. De mogelijkheid van de rechter de arbeidsovereenkomst toch te ontbinden, eventueel zonder inachtneming van de wachttijd, terwijl geen raadpleging heeft plaatsgevonden, sluit volgens de wetgever aan bij de bevoegdheid die het UWV had op grond van de leden 3 en 4 van het oude artikel 6 WMCO. Gezien de specifieke afbakening van artikel 6a lid 2 WMCO, lijkt ons dat artikel 6a lid 2 WMCO geen grond geeft de verplichte melding aan het

UWV buiten beschouwing te laten. Een dergelijke melding neemt overigens weinig tijd in beslag, zodat er in beginsel ook geen reden voor de werkgever is die verplichting niet na te leven. Verder is het voorstelbaar dat ook de kantonrechter, net zoals het UWV destijds in de inmiddels vervallen Beleidsregels voorschreef, een overtuigende en met documenten onderbouwde uitleg van de werkgever eist waarom ontheffing van de raadplegingsverplichting (en in voorkomend geval de wachttijd) zou moeten worden gegeven.

Een ‘foutief’ ingestoken collectief ontslag hoeft overigens niet altijd een ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg te staan. Zo oordeelde de Kantonrechter Leiden dat hoewel de raadpleging van de vakbonden te laat had plaatsgevonden, dit onder de gegeven omstandigheden niet aan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de weg stond. Hierbij speelde een rol dat de werkgever wel tijdig het collectief ontslag had gemeld en uiteindelijk uitvoerig overleg heeft gehad met de vakbonden voorafgaand aan het indienen van het verzoekschrift strekkende tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst.⁴⁰

(iii) *Cao-ontslagcommissie*

De cao-ontslagcommissie (als bedoeld in art. 1 lid 1 onder d WMCO) krijgt de melding collectief ontslag (net als de kantonrechter) evenmin. De onderzoekstaak hiernaar is volgens de wetgever aan de commissie zelf. Een formele vergewisverplichting voor de commissie is, anders dan bij de kantonrechter, evenwel niet in de Wvz geïntroduceerd.⁴¹

219

6.2.7 *Wachttijd*

Artikel 5a WMCO bepaalt dat de arbeidsovereenkomst niet eerder door de werkgever kan worden opgezegd, op verzoek van de werkgever door de rechter kan worden ontbonden of op initiatief van de werkgever door middel van een beëindigingsovereenkomst kan worden beëindigd, dan een maand nadat het voornemen daartoe is gemeld, tenzij uit een verklaring van de belanghebbende werknemersverenigingen blijkt, dat zij zijn geraadpleegd en dat zij zich met de beëindigingen kunnen verenigen.

Vanwege het introduceren van artikel 5a WMCO in 2012, is het oude artikel 6 lid 1 WMCO – inhoudende dat het UWV verzoeken om toestemming tot het opzeggen van de arbeidsovereenkomst van werknemers pas een maand na de

⁴⁰ Ktr. Leiden 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7314.

⁴¹ Zie *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C (MvA), p. 94 en 118.

melding in behandeling nam – komen te vervallen. Dit betekent dat onder de huidige WMCO het UWV, maar ook de cao-ontslagcommissie als bedoeld in artikel 1 lid 1 onder d WMCO, een ontslagaanvraag in behandeling mag nemen, als aan de vereisten van artikel 6 lid 1 WMCO is voldaan. In de WMCO wordt niet aangegeven op welke wijze wordt gewaarborgd dat niet eerder door de werkgever wordt opgezegd dan een maand na de melding van het collectief ontslag, maar uit het onder de verantwoordelijkheid van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid opgestelde factsheet WMCO volgt, dat in principe na toestemming van het UWV kan worden opgezegd, omdat *‘de termijn van een maand tussen melding en opzegging, als gevolg van proceduretijd UWV [zal] zijn verstreken’*.⁴² Eenzelfde redenering was terug te vinden in de inmiddels vervallen UWV Beleidsregels. Sinds de introductie van de tweede tranche van de Wwz per 1 juli 2015 gaat deze redenering ook op voor de ontbindingsrechter, die immers op grond van artikel 7:671b lid 8 BW eveneens de opzegtermijn in acht heeft te nemen.

De timing met betrekking tot de beëindigingsovereenkomst is in de wetsgeschiedenis niet helder toegelicht en kan in feite drie kanten op: (i) ofwel de beëindigingsovereenkomst mag niet worden aangeboden binnen de maand wachttijd, ofwel (ii) dat is toegestaan, zolang deze maar niet wordt aangegaan (overeengekomen) binnen deze periode van een maand, ofwel (iii) ook dat is toegestaan, zolang de arbeidsovereenkomst maar niet binnen die maand door de beëindigingsovereenkomst is geëindigd. Wij neigen ernaar dat de laatste optie is bedoeld.⁴³ Pas na de juiste meldingen mag de werkgever immers in principe vervolgstappen zetten: hij mag dan een ontslagaanvraag bij het UWV indienen. Het verstrekken van een beëindigingsovereenkomst lijkt dan ook mogelijk. Daarnaast sluit deze laatste optie naar onze mening het beste aan bij artikel 4 van de Richtlijn collectief ontslag, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie in het eerder in dit hoofdstuk besproken arrest Junk/Kühnel.

Er geldt nog een andere bijzonderheid met betrekking tot artikel 5a WMCO in relatie tot de beëindigingsovereenkomst. Het UWV, de cao-ontslagcommissie en de kantonrechter nemen een ontslagaanvraag respectievelijk een ontbindingsverzoek in principe alleen dan in behandeling als naast aan de meldingsplicht, ook aan de raadplegingsplicht is voldaan (zie par. 6.2.6 hiervoor). Artikel 5a WMCO spreekt echter niet van een raadplegingsverplichting: de wachttermijn van een maand gaat gezien de tekst van artikel 5a WMCO lopen

⁴² De factsheet WMCO is te vinden op de website van de rijksoverheid.

⁴³ Zie ook in die zin: W. Hafkamp-van der Zwaard, Schone schijn bedriegt: de Wet Melding Collectief Ontslag gewijzigd, *Arbeidsrecht* 2012/45, p. 19.

vanaf het moment dat het voornemen van collectief ontslag is gemeld. De eis dat ook aan de raadplegingsverplichting moet zijn voldaan, is hier dus niet gesteld. Dit betekent strikt genomen dat de wachttijd al kan gaan lopen, voordat de raadpleging heeft plaatsgevonden. Deze moet dan overigens wel voorafgaand aan het sluiten van de beëindigingsovereenkomst reeds zijn afgerond, omdat de beëindigingsovereenkomst anders op grond van artikel 7 lid 1 WMCO kan worden vernietigd.

De maand wachttijd kan buiten toepassing worden gelaten als uit een verklaring van de belanghebbende werknemersverenigingen blijkt dat zij zijn geraadpleegd en dat zij zich met de beëindigingen kunnen verenigen (art. 5a lid 1 WMCO). Ook geldt de maand wachttijd niet bij faillissement of schuldsanering van de werkgever op grond van artikel 5a lid 2 WMCO. Tot slot kan de rechter, als gezegd, in geval van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst de maand wachttijd op grond van artikel 6a lid 2 WMCO buiten toepassing laten, als de werkgever aannemelijk heeft gemaakt dat de naleving van die verplichting de herplaatsing van de met ontslag bedreigde werknemers of de werkgelegenheid van de overige werknemers in de betrokken onderneming in gevaar brengt. Aan het UWV dan wel de cao-ontslagcommissie komt een dergelijk recht niet toe.

6.2.8 *Faillissement*

221

De WMCO is in beginsel ook gewoon van toepassing op een collectief ontslag tijdens faillissement of schuldsanering van de werkgever, tenzij toepasselijkheid wordt uitgesloten. De melding aan het UWV hoeft gezien artikel 3 lid 1 WMCO bij faillissement alleen maar op verzoek van het UWV. Artikel 4 lid 6 WMCO sluit bij ontslag tijdens faillissement of schuldsanering de leden 3 tot en met 5 uit. De maand wachttijd wordt op grond van artikel 5a lid 2 WMCO in dergelijke gevallen eveneens uitgesloten.

6.2.9 *Gevolgen van niet naleven verplichtingen*

Overtreding van het bepaalde in de WMCO wordt stevig bestraft. Artikel 7 WMCO bepaalt dat de opzegging door de werkgever en een op zijn initiatief gesloten beëindigingsovereenkomst op verzoek van de werknemer door de kantonrechter kunnen worden vernietigd, als: (i) de werkgever niet aan de verplichting tot melding heeft voldaan, (ii) de werkgever de belanghebbende werknemersverenigingen en de ondernemingsraad niet heeft geraadpleegd, of (iii) niet is voldaan aan de wachttijd van artikel 5a WMCO. De vernietiging

van een opzegging van de arbeidsovereenkomst is echter niet mogelijk op de grond dat de belanghebbende werknemersverenigingen en de ondernemingsraad niet zijn geraadpleegd, als voor het niet-raadplegen ontheffing is verleend door het UWV of de cao-ontslagcommissie op basis van artikel 6 leden 2 en 3 WMCO.

Omdat het mogelijk is dat een collectief ontslag zich in verschillende tranches pas in de loop van drie maanden materialiseert, kan het voorkomen dat de werkgever achteraf bezien voor verrassingen komt te staan: er was sprake van een collectief ontslag, ook al tijdens de eerste ontslagtranche, hoewel hij zich dat tijdens die eerste tranche misschien helemaal niet had gerealiseerd. Hetzelfde zou kunnen gebeuren als een werkgever meerdere vestigingen heeft (in hetzelfde werkgebied) en door gebrekkige onderlinge communicatie blijkt dat (over de vestigingen tezamen genomen) sprake is van een collectief ontslag. De gevolgen van dergelijke vergissingen zijn fors, gezien de sanctie van artikel 7 WMCO: vernietiging van de opzeggingen dan wel de beëindigingsovereenkomsten of het betalen van een billijke vergoeding.

Artikel 7 lid 3 WMCO regelt de wijze waarop en de termijn waarbinnen een werknemer zijn rechten op grond van de eerste twee leden kan verwezenlijken. De buitengerechtelijke vernietiging, zoals die voor 1 juli 2015 gold, is niet meer van toepassing. De gang naar de rechter moet dus worden gemaakt. De werknemer kan tot twee maanden na de dag waarop hij redelijkerwijs op de hoogte had kunnen zijn van het feit dat de werkgever niet heeft voldaan aan één of meer verplichtingen als bedoeld in artikel 7 lid 1 WMCO, maar uiterlijk tot zes maanden na de opzegging van de arbeidsovereenkomst of het aangaan van de beëindigingsovereenkomst, een verzoek bij de kantonrechter indienen zoals bedoeld in lid 3. Elk beding waarbij de vernietigingsbevoegdheid uit artikel 7 lid 1 en 2 WMCO wordt uitgesloten of beperkt is op grond van artikel 7 lid 4 WMCO nietig.

Artikel 7 regelt *niet* dat de (gevolgen van de) ontbindingsbeschikking van de rechter uitgesproken in een collectief ontslag kan (kunnen) worden vernietigd als de werkgever zich niet aan de in artikel 7 lid 1 WMCO opgesomde verplichtingen heeft gehouden. Ziet een werknemer zich geconfronteerd met een ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst in een situatie waarin later blijkt dat de verplichtingen genoemd in artikel 7 lid 1 WMCO niet zijn nageleefd, dan moet dus worden vastgesteld dat de WMCO zelf geen effectief rechtsmiddel in het leven heeft geroepen om de gevolgen hiervan ongedaan te maken. Uiteraard zal hoger beroep van de ontbindingsbeschikking dan wel

tot de mogelijkheden behoren, op voorwaarde dat de hogerberoepstermijn nog niet is verstreken.

6.2.10 Geheimhouding

Vanzelfsprekend is het melden van een collectief ontslag een gebeurtenis die de nodige ophef kan veroorzaken binnen het bedrijf van de reorganiserende werkgever. Om die periode van onrust zo kort mogelijk te houden, kan een werkgever ervoor kiezen zijn werknemers niet van meet af aan te informeren over zijn voornemen tot collectief ontslag. Dat zal alleen maar lukken, als de werknemersverenigingen en het UWV niet naar buiten treden met de door de werkgever aan hen verstrekte informatie. Daar komt bij dat een melding in het kader van de WMCO nog geen ontslagaanvraag is. De werkgever is dus nog niet beschermd tegen oneigenlijk gebruik van het opzegverbod bij ziekte, zoals hij dat ingevolge artikel 7:670 lid 1 sub b BW wel is na ontvangst van een ontslagaanvraag door het UWV of de cao-ontslagcommissie. Het kan daarom raadzaam zijn de werknemersverenigingen en de cao-ontslagcommissieleden de verplichting tot geheimhouding op te leggen met een beroep op artikel 8 WMCO. Hier moet de werkgever wel nadrukkelijk om vragen. De geheimhoudingsverplichting vervalt zodra de verzoeken om toestemming tot het mogen opzeggen van de arbeidsovereenkomst door UWV (of de cao-ontslagcommissie) in behandeling worden genomen, dan wel zoveel eerder als daarover overeenstemming is bereikt tussen de werkgever en de werknemersverenigingen aan wie de melding is gedaan.

Ook op het UWV rust een geheimhoudingsverplichting. Deze is gebaseerd op artikel 2:5 van de Algemene wet bestuursrecht. Het UWV zal geen informatie aan derden (zoals journalisten en werknemers) verschaffen met betrekking tot het antwoord op de vraag of een bepaalde onderneming melding in het kader van de WMCO heeft gedaan. Zodra het UWV een ontslagaanvraag in behandeling neemt, vervalt de geheimhoudingsverplichting jegens de betrokken werknemers, die dan vanzelfsprekend een kopie van de ontslagaanvraag ontvangen.

6.3 Sociaal plan

Zoals eerder in dit hoofdstuk besproken, is het doel van de raadpleging van de werknemersverenigingen om (mogelijk) collectieve ontslagen te voorkomen of te verminderen en om de gevolgen ervan te verzachten door het nemen van

sociale begeleidingsmaatregelen. Uitgangspunt is dat deze maatregelen worden neergelegd in een sociaal plan. Vandaag de dag wordt bijna geen reorganisatie meer uitgevoerd zonder sociaal plan. Maar wat is een sociaal plan nu eigenlijk?

Het sociaal plan kent geen wettelijke definitie. Loonstra definieert het sociaal plan als volgt:

‘Een sociaal plan is een regeling bevattende de herplaatsings-, overplaatsings- en gedwongen ontslagvoorwaarden en de in samenhang daarmee getroffen collectieve afvloeiingsvoorwaarden en -criteria, welke naar het oordeel van de werkgever, al dan niet in overeenstemming met de vakbonden en/of akkoordbevinding door de ondernemingsraad, op deze groepen van werknemers van toepassing zijn.’⁴⁴

Deze definitie is vervolgens in de literatuur door veel auteurs omarmd, zo ook door ons.

6.3.1 Gebondenheid aan sociaal plan

In de praktijk zien we dat een sociaal plan op drie manieren tot stand kan komen:

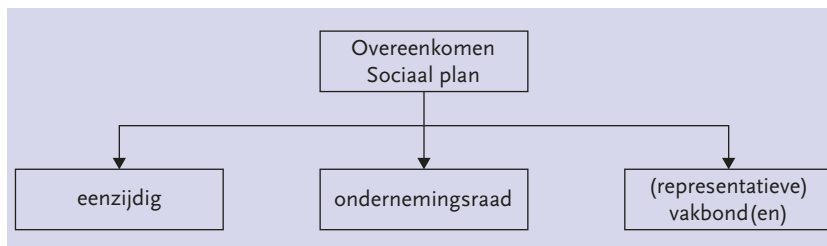
1. De werkgever stelt zelf (dus eenzijdig) een sociaal plan op.
2. De werkgever komt een sociaal plan overeen met de ondernemingsraad.
3. De werkgever komt een sociaal plan overeen met de werknemersverenigingen (vakbonden) al dan niet gezamenlijk met de ondernemingsraad.

Voor de gebondenheid van een werknemer aan het sociaal plan is het van belang te weten met welke partij de werkgever een sociaal plan is overeengekomen. Daarbij gelden de volgende uitgangspunten. Een eenzijdig door de werkgever opgesteld sociaal plan wordt in feite enkel als aanbod van de werkgever aan de werknemer gezien dat iedere individuele werknemer al of niet kan aanvaarden (art. 6:217 BW: aanbod en aanvaarding). Als de werknemer het sociaal plan niet aanvaardt, is hij in beginsel niet gebonden aan de inhoud van het sociaal plan. De werknemer heeft dan minimaal aanspraak op de wettelijke voorwaarden voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst (transitievergoeding, opzegtermijn, herplaatsingsverplichting). Hetzelfde geldt voor een sociaal plan dat is overeengekomen met de ondernemingsraad: ook een

44 C.J. Loonstra, Collectieve afvloeiingsregelingen: het sociaal plan, in: F.B.J. Grapperhaus, C.J. Loonstra en C.G. Scholtens (red.), *Afvloeiingsregelingen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 293.

dergelijk sociaal plan hoeft niet bindend te zijn voor de individuele werknemers. De ondernemingsraad is een overleg- en adviesorgaan: het is niet de taak van de ondernemingsraad (en de ondernemingsraad heeft die bevoegdheid ook niet) om bindende afspraken voor de individuele werknemers te maken. Daarnaast is een ondernemingsraad – zeker bij kleinere ondernemingen – niet altijd voldoende objectief om een standpunt te kunnen innemen over maatregelen ter verzachting van een reorganisatie als de OR-leden zelf ook door die reorganisatie kunnen worden geraakt. Bovendien kan bij sommige ondernemingen getwijfeld worden aan de deskundigheid van de OR-leden.

Aan een sociaal plan dat is afgesloten met (representatieve) vakbonden kan een individuele werknemer daarentegen wel gebonden zijn. Of dat zo is, hangt af van de werkingssfeerbepaling van het sociaal plan en van het lidmaatschap van de individuele werknemer van een van de bij de totstandkoming van het sociaal plan betrokken vakbonden.



Figuur 27 Sociaal plan

6.3.2 Sociaal plan een cao?

In hoofdstuk 3 stipten we al even kort aan dat een sociaal plan onder omstandigheden een cao kan zijn. ‘Onder omstandigheden’, omdat hierover kan worden getwijfeld. Niet zozeer omdat een sociaal plan geen regeling zou zijn waarbij voornamelijk of uitsluitend arbeidsvoorwaarden worden geregeld (art. 1 lid 1 WCAO), maar omdat je je kunt afvragen of in een sociaal plan arbeidsvoorwaarden worden geregeld die bij de arbeidsovereenkomst in acht moeten worden genomen. Soms is dat het geval, maar soms ook niet. Een sociaal plan kan bijvoorbeeld heel ‘kaal’ zijn en vrijwel uitsluitend bepalingen bevatten die zien op het ontslag van boventallige werknemers. Maar het kan ook juist heel ‘uitgebreid’ zijn en naast ontslagvoorzieningen ook voorzieningen bevatten voor werknemers die na de reorganisatie bij de werkgever in dienst kunnen blijven, maar moeten worden herplaatst of omgeschoold en/of

voorzieningen bevatten voor werknemers die door middel van outplacement naar een andere werkgever buiten het concern zullen worden begeleid. Vanuit dit perspectief kan worden betoogd dat een sociaal plan een cao kan zijn, maar juist ook niet, afhankelijk van het antwoord op de vraag of het gaat om een 'kaal' sociaal plan (waarin enkel ontslagvoorwaarden zijn opgenomen) of een 'aangekleed' sociaal plan waarin ook voorzieningen zijn getroffen voor werknemers die herplaatsbaar zijn (al dan niet met behulp van (om)scholing). In geval van een kaal sociaal plan kan immers worden betoogd dat de hierin opgenomen (arbeids)voorwaarden 'niet bij de arbeidsovereenkomst in acht worden genomen' zoals artikel 1 WCAO voorschrijft: van een arbeidsovereenkomst is immers in geval van een beëindiging van het dienstverband geen sprake meer. De ontslagvoorwaarden uit een dergelijk kaal sociaal plan zijn dan eerder als beëindigingsvoorwaarden dan als arbeidsvoorwaarden aan te merken.⁴⁵

Hoe kijkt men in de literatuur naar de status van een sociaal plan? De meerderheid is van mening dat een sociaal plan als een cao moet worden beschouwd, op voorwaarde dat de partijen bij het sociaal plan dit bedoeld hebben en het sociaal plan ook als cao is aangemeld op grond van artikel 4 Wet LV.⁴⁶ Andere auteurs zijn minder stellig, vanwege het hiervoor door ons aangehaalde aspect dat het sociaal plan niet zonder meer is gericht op het regelen van arbeidsvoorwaarden bij arbeidsovereenkomsten.⁴⁷

In de rechtspraak is een scheidslijn te ontwaren tussen de rechtspraak van de Hoge Raad enerzijds en die van lagere rechters anderzijds. In het arrest Grady/Stogun overwoog de Hoge Raad dat bepalingen in een sociaal plan deel *kunnen* uitmaken van een cao, maar dat het ook mogelijk is dat 'het sociaal plan als (afzonderlijke) cao van toepassing is op de arbeidsverhouding tussen werkgever en werknemer'. Dat het sociaal plan naar het oordeel van de Hoge Raad een cao *kan* zijn, maar niet zonder meer, volgt ook uit latere uitspra-

45 Zie hierover: C.J. Loonstra, *Het sociaal plan: de mist is nog lang niet opgetrokken*, *ArA* 2002/3, S.N. Valk en W.A. Zondag, Cao, in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch* 2016, Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 1682-1683 en Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2016, AR 2016-0090.

46 J.M. van Slooten, De aard en de werking van het sociaal plan, *SR* 1995, p. 362-367, G.C. Boot, De zieke werknemer in het sociaal plan, *TVVS* 1996, p. 218-221 en J. van der Hulst, *Het sociaal plan*, Deventer: Kluwer 1999, p. 82-86.

47 C.J. Loonstra, Collectieve afvloeiingsregelingen: het sociaal plan, in: F.B.J. Grapperhaus, C.J. Loonstra en C.G. Scholtens (red.), *Afvløeiingsregelingen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 238 en 239 en A. Stege, Annotatie bij HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473, *ArA* 2001/1, p. 45-58 en 49-52 (Akzo/FNV).

ken.⁴⁸ Op basis van deze uitspraken, kunnen de volgende vuistregels worden geformuleerd:

- Een sociaal plan kan een cao zijn.
- Wil een sociaal plan een cao zijn, dan moet het ex artikel 4 lid 1 en lid 3 Wet LV bij de Inspectie SZW zijn aangemeld.
- Als het sociaal plan een cao is, dan zijn de artikelen 9, 12 en 13 WCAO leidend voor gebonden werknemers en artikel 14 WCAO voor ongebonden werknemers (zie hoofdstuk 3).
- Als een met representatieve vakbonden overeengekomen sociaal plan geen cao is, vormt het feit dat de werkgever de werknemer een afvloeiingsregeling heeft aangeboden conform het sociaal plan toch een aanwijzing dat de vergoeding toereikend is.
- De ‘redelijkheid’ van een sociaal plan moet zelfstandig door de rechter worden beoordeeld.

Wat betreft die laatste twee vuistregels merken wij op dat onder het nieuwe ontslagrecht sinds 1 juli 2015 ingevolge artikel 7:673b lid 1 BW niet zo zeer de ‘redelijkheid’ of de ‘toereikendheid’ van het sociaal plan door de rechter moet worden getoetst, maar of sprake is van een ‘gelijkwaardige voorziening’ in vergelijking tot de transitievergoeding bedoeld in de artikelen 7:673 en 673a BW.

Het sociaal plan moet voorts zijn gesloten met één of meer verenigingen van werknemers (dus vakbonden) die (i) in de onderneming of bedrijfstak/branche/sector werkzame personen onder hun leden hebben, die (ii) krachtens hun statuten ten doel hebben de belangen van hun leden als werknemers te behartigen, die (iii) als zodanig in de betrokken onderneming of bedrijfstak/branche/sector werkzaam zijn en (iv) ten minste twee jaar in het bezit zijn van volledige rechtsbevoegdheid (art. 7:673b lid 2 BW). Laatstgenoemde eis (iv) geldt ook ten aanzien van een sociaal plan waarin gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om een cao-ontslagcommissie in te stellen als bedoeld in artikel 7:671a lid 2 BW. In die situatie zou de rechter vervolgens nog kunnen toetsen of het sociaal plan op dit punt voldoet aan de daaraan gestelde wettelijke randvoorwaarden (hoor/wederhoor, vertrouwelijke behandeling van de overgelegde gegevens, redelijke termijnen voor reacties van werkgever en werknemer en redelijke beslistermijn).

⁴⁸ HR 26 mei 2000, *JAR* 2000/151 (Akzo/FNV), HR 13 april 2001, *JAR* 2001/82 (Duzgun/Abilis) en HR 14 juni 2002, *JAR* 2002/165 (Bulut/Troost).

6.3.2 Sociaal plan en de transitievergoeding

In de praktijk bevat een sociaal plan vrijwel altijd afspraken over een beëindigingsvergoeding voor boventallige werknemers. Vóór 1 juli 2015 werd voor de berekening van deze beëindigingsvergoeding in sociale plannen veelal aansluiting gezocht bij de kantonrechtersformule uit de Aanbeveling van de Kring van Kantonrechters, waarbij de C-factor in beginsel op 1 werd gesteld (de vroegere neutrale kantonrechtersformule), maar vervolgens naargelang de financiële positie van de werkgever naar boven of beneden werd bijgesteld. In aanbeveling 3.7 van de Kring van Kantonrechters was opgenomen, dat als de werkgever met de tot cao-onderhandelingen in de sector toegelaten dan wel anderszins voldoende representatieve vakbonden een sociaal plan sloot met daarin een van de neutrale kantonrechtersformule afwijkende beëindigingsvergoeding, de kantonrechter de vergoeding uit dit sociaal plan ten aanzien van zowel gebonden als ongebonden boventallige werknemers volgde (ook als deze lager was dan de neutrale kantonrechtersformule), tenzij de onverkorte toepassing ervan tot een evident onbillijke uitkomst voor de betrokken werknemer leidde. Dit institutionele systeem werd door de Kring van Kantonrechters bij een dergelijk sociaal plan als beter passend gekwalificeerd dan het contractuele systeem via artikel 9/12/13 WCAO voor de gebonden werknemer respectievelijk 14 WCAO voor de ongebonden werknemer. De rechtvaardiging hiervoor zou volgens de Kring van Kantonrechters liggen in:

- het min of meer collectieve karakter van de beëindiging van arbeidsovereenkomsten in verband met een reorganisatie in tegenstelling tot het meer individuele karakter van de gemiddelde beëindiging ex artikel 7:685 BW;
- de solidariteitsgedachte versus het individualiteitsbeginsel;
- de omstandigheid dat het totaal van de beëindigingsvergoedingen bij onverkorte toepassing van de kantonrechtersformule doorgaans niet betaalbaar is voor een reorganiserende werkgever, soms vanwege de hoge kosten van de met de vakbonden overeengekomen en aan de boventallige werknemers aangeboden alternatieven die maatschappelijk wenselijker worden geacht, zoals bemiddeling, omscholing, outplacement;
- het feit dat een sociaal plan maatwerk is, toegesneden op de personeelsopbouw van de specifieke werkgever en een inbreuk daarop het soms fragiele evenwicht binnen de organisatie verstoort;
- de omstandigheid dat een eventuele inbreuk op het sociaal plan een aanzuigende werking en bovendien een precedentwerking kan hebben voor andere niet-gebonden werknemers.

De Hoge Raad leek een voorstander van zo'n min of meer institutionele benadering van het sociaal plan, gezien het arrest Bulut/Troost, waarin het desbetreffende met representatieve vakbonden gesloten sociaal plan ook werd toegepast op een ongebonden werknemer.

Zoals we in hoofdstuk 5 hebben gezien, kennen we sinds 1 juli 2015 de (fors lagere) transitievergoeding. Dit is de minimale wettelijke vergoeding waarop een boventallige werknemer sindsdien aanspraak heeft bij een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen (alook wegens ontslagredenen in de persoon gelegen, met uitzondering van de situatie waarin sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer). In het nieuwe artikel 7:673b BW is evenwel opgenomen dat in een cao kan worden afgeweken van de wettelijke transitievergoeding. Dat doet de vraag rijzen of voor een cao als bedoeld in artikel 7:673b BW misschien ook een min of meer institutioneel systeem kan worden gehanteerd, zoals dat voorheen door de Kring van Kantonrechters en de Hoge Raad ook werd toegepast ingeval sprake was van een met representatieve vakbonden gesloten – van de neutrale kantonrechtersformule afwijkend – sociaal plan? Met andere woorden: kan een cao/sociaal plan waarin op grond van artikel 7:673b BW is afgeweken van de wettelijke transitievergoeding ook worden toegepast op ongebonden werknemers, zoals kantonrechters een met representatieve vakbonden overeengekomen sociaal plan voor 1 juli 2015 ook op ongebonden werknemers toepasten?

229

Wij menen van wel, omdat de artikelen 7:671a lid 2 BW (ontslag-cao) en artikel 7:669 lid 6 BW (afwijking ontslagcriteria bij cao) ook zijn onderworpen aan een dergelijke semi-institutionele benadering. Dit geldt in onze ogen temeer, omdat aan de cao-partijen in verband met artikel 7:673b BW dezelfde eisen zijn gesteld als met betrekking tot de artikelen 7:671a lid 2 BW en artikel 7:669 lid 6 BW, terwijl het bovendien geenszins valt uit te sluiten dat in één enkele cao én de ontslagcommissie in het leven wordt geroepen én afwijkende ontslagcriteria worden vastgesteld én de van de transitievergoeding afwijkende financiële gevolgen van ontslag worden bepaald. Het lijkt ons daarom onvoorstelbaar dat voor de binding aan werknemerszijde een splitsing zou moeten worden gemaakt tussen binding aan de cao-ontslagcommissie en afwijkende ontslagcriteria enerzijds en de van de transitievergoeding afwijkende vergoeding anderzijds.

Het voornaamste criterium voor afwijking van de wettelijke transitievergoeding in een cao/sociaal plan, is dat het moet gaan om een 'gelijkwaardige voorziening'. Hieronder wordt volgens de wetgever verstaan 'een voorziening

in geld of natura, of een combinatie van beide, welke het equivalent vormt van hetgeen waarop een werknemer aanspraak kan maken op grond van de wettelijke regeling inzake de transitievergoeding'.⁴⁹ De wetgever gaat ervan uit dat de afspraken in de cao/het sociaal plan op geld worden gewaardeerd, waardoor de afspraken vrij gemakkelijk met de hoogte van de transitievergoeding kunnen worden vergeleken. Hoe de voorzieningen er concreet uit komen te zien, is echter iets wat aan de cao-partijen wordt gelaten. Hier lijken de werkgever en de vakbonden dus veel ruimte te hebben om van de transitievergoeding af te wijken, zolang de geldelijke waarde ervan maar gelijkwaardig is aan de geldelijke waarde van de wettelijke transitievergoeding.

In de sociale plannen van grote werkgevers zie je dat voor de berekening van de beëindigingsvergoeding voor boventallige werknemers regelmatig nog wordt aangehaakt bij (een afgeleide van) de kantonrechtersformule of een hogere transitievergoeding wordt gehanteerd. Zo hanteert KPN nog t/m 30 juni 2018 de kantonrechtersformule met een C-factor van 0,98 in haar sociaal plan en wordt in de energiebranche in het sector Sociaal Plan Productie- en Leveringsbedrijven gewerkt met een loopbaanbudget ter hoogte van 1,5 x de transitievergoeding.

6.3.3 Hardheidsclausule

230

Meestal bevat een sociaal plan een **hardheidsclausule**. Een hardheidsclausule wordt opgenomen voor gevallen waarin toepassing van het sociaal plan tot een zeer onredelijk resultaat voor een individuele werknemer leidt. Een werknemer kan, indien hij van mening is dat toepassing van het sociaal plan van zijn werkgever in zijn geval tot een wel heel onbillijk resultaat leidt, een beroep doen op de hardheidsclausule. Meestal wordt een speciale commissie ingesteld (bestaand uit leden van de werkgever en de vakbond(en) en een onafhankelijke voorzitter) die oordeelt of het beroep van de werknemer op de hardheidsclausule slaagt. In sommige gevallen kan een oordeel van de commissie als bindend advies worden aangemerkt.⁵⁰ In de praktijk zie je veelal dat met name (langdurige en duurzaam) arbeidsongeschikte werknemers een (terecht) beroep op een hardheidsclausule (kunnen) doen.

49 *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 114 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 4, p. 60.

50 Zie hierover C.J. Loonstra, Collectieve afvloeiingsregelingen: het sociaal plan, in: F.B.J. Grapperhaus, C.J. Loonstra en C.G. Scholtens (red.), *Afvloeiingsregelingen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 373-375.

6.4 Afsluiting

Zoals uit dit hoofdstuk volgt, gelden er bij een collectief ontslag aanvullende eisen bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Daarnaast werken collectieve afspraken in de vorm van een sociaal plan door in de rechtspositie van de individuele werknemer. Bij een collectief ontslag spelen aan de ene kant de individuele belangen van de werknemers een rol en aan de andere kant algemene belangen als werkgelegenheid, herplaatsingsmogelijkheden en specifieke maatregelen om de gevolgen van het ontslag te verzachten. De Europese wetgever was zich hiervan bewust en heeft in 1975 de Richtlijn Collectief Ontslag uitgevaardigd om werknemersbelangen bij collectieve ontslagen extra te beschermen. In Nederland is deze richtlijn geïmplementeerd in de WMCO. De WMCO brengt in hoofdlijnen de volgende gevolgen met zich:

- Een werkgever die het voornemen heeft de arbeidsovereenkomst van ten minste twintig werknemers, werkzaam binnen één werkgebied van het UWV, binnen een tijdvak van drie maanden op te zeggen, moet dit op grond van artikel 3 lid 1 WMCO ter tijdige raadpleging schriftelijk melden bij de betrokken werknemersverenigingen (vakbonden).
- Een werkgever moet het voornemen tot collectief ontslag daarnaast ook melden bij het UWV.
- Zowel beëindigingen met wederzijds goedvinden, opzeggingen met instemming, opzeggingen met toestemming van het UWV als ontbindingen door de kantonrechter wegens bedrijfseconomische redenen moeten worden meegerekend bij de beoordeling of voldaan is aan het getalscriterium van twintig werknemers in een tijdvak van drie maanden.
- De raadpleging van de werknemersverenigingen moet in het teken staan van de mogelijkheden om ontslagen te voorkomen of in aantal te vermindern, alsook om de gevolgen daarvan te verzachten.
- De arbeidsovereenkomst kan niet eerder worden opgezegd, ontbonden of met wederzijds goedvinden beëindigd dan een maand (wachttijd) nadat het collectief ontslagvoornemen is gemeld, tenzij uit een verklaring van de belanghebbende werknemersverenigingen blijkt, dat zij zijn geraadpleegd en dat zij zich met de beëindigingen kunnen verenigen.
- Als een werkgever niet aan zijn meldingsplicht op grond van de WMCO heeft voldaan, de belanghebbende werknemersverenigingen en de ondernemingsraad niet heeft geraadpleegd of niet heeft voldaan aan de maand wachttijd van artikel 5a WMCO, is de opzegging of de beëindiging met wederzijds goedvinden vernietigbaar.
- In de ontbindingsprocedure op grond van artikel 7:671b lid 1 sub b BW (dus na weigering toestemming UWV) dient de kantonrechter zich ervan

te vergewissen of de werkgever zijn verplichtingen op grond van de WMCO heeft nageleefd. Datzelfde geldt voor de cao-ontslagcommissie.

Het doel van de verplichtingen op grond van de WMCO is om te bezien of de collectieve ontslagen kunnen worden voorkomen of in aantal kunnen worden verminderd, alsook of de gevolgen ervan zo veel mogelijk kunnen worden verzacht door het nemen van sociale begeleidingsmaatregelen. Deze maatregelen worden in de praktijk veelal neergelegd in een sociaal plan. Het sociaal plan is niet wettelijk geregeld en kan onder omstandigheden een cao zijn, te weten als het is overeengekomen met (representatieve) vakbonden en is aangemeld als cao op grond van artikel 4 Wet LV. In een sociaal plan dat een cao is, kan van de wettelijke transitievergoeding worden afgeweken, op voorwaarde dat de afwijking een gelijkwaardige voorziening bevat.

6.5 Oefencasus

SBH ziet zich in het kader van de concernbrede reorganisatie op 15 september 2017 genoodzaakt haar personeelsbestand in de provincie Utrecht op de regionale kantoren met 15% in te krimpen. Daarbij zal per die datum één regionaal kantoor in de provincie geheel moeten worden gesloten. Daardoor alleen al zullen 22 werknemers hun baan verliezen. De ondernemingsraad van SBH Utrecht is op grond van artikel 25 WOR tijdig om advies gevraagd over het voorgenomen besluit tot reorganisatie. De ondernemingsraad heeft een negatief advies uitgebracht. Desondanks heeft SBH NV besloten het advies van de ondernemingsraad niet te volgen en de reorganisatie door te zetten. De ondernemingsraad heeft een beroepsprocedure bij de Ondernemingskamer ahangig gemaakt.

Op de reorganisatie is het Sociaal Plan SBH 2017-2019 van toepassing, dat SBH N.V. met FNV Finance, Dienstenbond CNV en De Unie heeft gesloten en op grond van artikel 4 Wet LV als cao heeft aangemeld. De boventallige werknemers krijgen op grond van dit sociaal plan een eenmalige vergoeding aangeboden ter grootte van 1,5 maal de transitievergoeding als ze instemmen met beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Stemmen de werknemers niet in, dan is SBH genoodzaakt zich tot het UWV te wenden. In dat geval krijgen de betreffende werknemers ingevolge het sociaal plan nog uitsluitend de wettelijke transitievergoeding mee. Op 1 december 2017 tekenen 20 van de 22 werknemers van het regionale kantoor in Utrecht dat geheel zal worden gesloten een beëindigingsovereenkomst. In de beëindi-

gingsovereenkomsten is bepaald dat de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfs-economische redenen op initiatief van de werkgever eindigt.

1. *Is er op het regionale kantoor in Utrecht dat zal sluiten sprake van een collectief ontslag in de zin van de WMCO?*
2. *Welke verplichtingen heeft SBH bij een collectief ontslag?*
3. *Heeft SBH aan de verplichtingen bij collectief ontslag voldaan? Zo niet, wat is het gevolg?*
4. *Welke gevolgen heeft het niet opvolgen van het advies van de ondernemingsraad voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten?*

Antwoordmodel oefencasus

1. De in de casus omschreven ontslagen op het regionale kantoor in Utrecht dat geheel zal sluiten, vallen onder de werkingssfeer van de WMCO. Voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een collectief ontslag dient getoetst te worden aan artikel 3 lid 1 WMCO. Bekeken dient te worden of een werkgever het voornemen heeft tot (1) beëindiging van arbeidsovereenkomsten, (2) van ten minste twintig werknemers, (3) werkzaam in één werkgebied, (4) op één of meer binnen een tijdvak van drie maanden gelegen tijdstippen. Aan alle vier deze voorwaarden is voldaan: er is immers sprake van een door de werkgever voorgenomen beëindiging, van meer dan 20 arbeidsovereenkomsten, in een werkgebied als bedoeld in artikel 26 Ontslagregeling, binnen een tijdvak van 3 maanden (tussen 15 september 2017 en 1 december 2017 zit minder dan 3 maanden). Nu aan de voorwaarden van artikel 3 lid 1 WMCO is voldaan, is er sprake van collectief ontslag en is de WMCO van toepassing.
2. De verplichtingen bij collectief ontslag zijn te vinden in artikel 3 lid 1 WMCO. Het voornemen tot collectief ontslag dient ter tijdige raadpleging schriftelijk aan de belanghebbende werknemersverenigingen te worden gemeld. Tevens moet er een schriftelijke melding worden gedaan aan het bevoegd gezag (UWV). Op grond van artikel 5a WMCO dient na de melding een maand wachttijd in acht te worden genomen, voordat de arbeidsovereenkomsten mogen worden beëindigd.
3. Uit de casus blijkt niet dat SBH aan de verplichtingen op basis van de WMCO heeft voldaan. Dit kan grote gevolgen hebben. Deze gevolgen

zijn geregeld in artikel 7 WMCO. Indien de werkgever niet aan zijn verplichting tot melding heeft voldaan, de belanghebbende werknemersverenigingen en de ondernemingsraad niet zijn geraadpleegd of niet is voldaan aan de verplichtingen uit artikel 5a WMCO (de werkgever dient na de melding een maand te wachten met het opzeggen van de arbeidsovereenkomst dan wel het beëindigen door middel van een beëindigingsovereenkomst), is de opzegging dan wel een gesloten beëindigingsovereenkomst vernietigbaar (door de rechter). Als een werknemer verklaart bereid te zijn de bedongen arbeid te verrichten, kan hij een loonverdering instellen met wettelijke rente en wettelijke verhoging (op basis van art. 7:628 jo. 7:625 jo. 6:119 BW). Het gevolg van de vernietiging van de opzegging dan wel de beëindiging met wederzijds goedvinden door de rechter is dat de werknemer dus nog steeds in dienst is tot het moment dat de arbeidsovereenkomst wel op rechtsgeldige wijze wordt beëindigd. In plaats van het vernietigen van de opzegging kan de kantonrechter op verzoek van de werknemer een billijke vergoeding toekennen (art. 7 lid 2 WMCO).

- 4 Voor de beëindigingen met wederzijds goedvinden heeft het negatieve advies van de ondernemingsraad geen concrete gevolgen, zolang de arbeidsovereenkomsten op grond van de beëindigingsovereenkomsten maar niet eerder eindigen dan dat de wachttijd is verstreken. Dit is anders bij de arbeidsovereenkomsten die zijn opgezegd. Het UWV wacht namelijk met het in behandeling nemen van de ontslagaanvragen totdat blijkt dat de werkgever uitvoering aan het besluit mag geven. Het UWV zal het oordeel van de Ondernemingskamer in de beroepsprocedure dus afwachten. Dit betekent dat het voor de werkgever langer kan duren voordat hij de ontslagvergunningen daadwerkelijk krijgt.

7 Overgang van onderneming

7.1 Inleiding

Reorganiseren is als gezegd ‘het anders inrichten van een onderneming’. Anders inrichten kan ook betekenen dat activiteiten die niet behoren tot de kernactiviteiten worden uitbesteed aan bedrijven die zich hierin hebben gespecialiseerd. Dit wordt ‘outsourcing’ genoemd. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de uitbesteding van ICT-afdelingen, schoonmaakwerkzaamheden of de catering aan ondernemingen die zich enkel op deze activiteiten richten. Reorganiseren is bijvoorbeeld ook het afstoten van een (dochter)onderneming of juist het kopen van een (deel van een) andere onderneming. Bij deze vormen van reorganisatie kunnen de regels omtrent overgang van onderneming al snel van toepassing zijn. Wordt aan de voorwaarden voor een overgang van onderneming voldaan, dan gaan de werknemers die zijn betrokken bij deze overgang automatisch mee over naar de verkrijgende werkgever (‘verkrijger’) en wel met behoud van al hun rechten en verplichtingen.

235

Net als bij collectief ontslag is de Nederlandse regelgeving omtrent overgang van onderneming gebaseerd op een Europese richtlijn. Vanwege deze Europeesrechtelijke achtergrond is de jurisprudentie van het Hof van Justitie over overgang van onderneming van groot belang. Daarnaast speelt ook steeds de tekst van en de ratio achter de Europese richtlijn een belangrijke rol bij de interpretatie van de Nederlandse implementatie van de richtlijn. Dit vanwege de verplichting die op de Europese lidstaten ligt om richtlijnconform te interpreteren.

In dit hoofdstuk zal worden besproken (i) wanneer er sprake is van een overgang van onderneming en (ii) wat de gevolgen daarvan zijn. Daarbij zal regelmatig aandacht worden besteed aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie en aan de invulling van deze jurisprudentie in de Nederlandse rechtspraak.

We trappen in de eerste paragraaf af met het juridisch kader.

7.2 Juridisch kader

7.2.1 Achtergrond Europese richtlijn

De Nederlandse wetgeving omtrent overgang van onderneming vloeit voort uit de *Richtlijn inzake de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen*, die in 1977 is ingevoerd en vervolgens in 1998 en 2001 is gewijzigd (hierna: de richtlijn).¹ Hoe is deze tot stand gekomen?

In de jaren zeventig wenste de Europese wetgever maatregelen te nemen die zouden moeten te leiden tot een socialer Europa.² De Richtlijn overgang van onderneming is in dat kader tot stand gekomen op basis van de verwachting dat de uitbouw van de Europese Gemeenschap zou leiden tot concentraties en fusies van ondernemingen binnen Europa. Dit concentratieproces dreigde negatieve gevolgen te hebben voor de levensomstandigheden en arbeidsvoorwaarden van de betrokken werknemers, met name voor wat betreft het behoud van hun rechten. Vanwege de grote verschillen in de nationale wetgeving en het grensoverschrijdende karakter van veel fusies, werd op communautair niveau actie ondernomen om de rechten en belangen van de werknemers bij fusies en overnames zo veel mogelijk te beschermen. Het werd belangrijk gevonden dat werknemers bij een overname zekerheid zouden krijgen over het behoud van hun baan, arbeidsvoorwaarden en overige rechten. De beoogde bescherming was nadrukkelijk niet bedoeld om reorganisaties, fusies en overnames van bedrijven tegen te gaan of te ontmoedigen, maar wel om de sociale gevolgen van zulke werkgeversbeslissingen helpen op te vangen. Onder andere de allereerste Richtlijn overgang van onderneming uit 1977 is hiervoor in het leven geroepen door de Europese wetgever.

Het voornaamste doel van de Richtlijn overgang van onderneming was en is nog steeds **werknemersbescherming**. Niet voor niets wordt de richtlijn vandaag de dag daarom ook wel de ‘champion of employees’ rights’ genoemd.

1 Richtlijn 77/187/EG, *PbEG* 5 maart 1977, L 61/26, Richtlijn 98/50, *PbEG* 29 juni 1998, L 201/88 en Richtlijn 2001/23, *PbEG* 22 maart 2001, L 82/16.

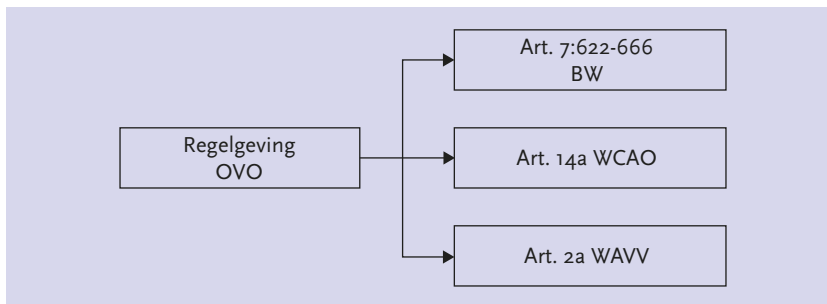
2 De basis voor deze maatregelen werd gelegd in de resolutie van de Raad van 21 januari 1974 betreffende een sociaal actieprogramma, zie Gemeenschappelijke verklaring nr. 1 bij het Rapport inzake het Verdrag betreffende de internationale juridische fusies van naamloze vennootschappen, *Bulletin van de Europese Gemeenschappen*, Supplement 13/73, p. 109.

Ook in uitspraken van het Hof van Justitie wordt werknemersbescherming vaak vooropgesteld.

Naast werknemersbescherming heeft de richtlijn echter ook tot (neven)doel de nationale wetgeving van Europese landen op het gebied van overgang van onderneming gedeeltelijk te harmoniseren en het (daarmee) voor Europese ondernemers gemakkelijker te maken om zich in een andere EU-lidstaat te vestigen.

7.2.2 Overgang van onderneming in Nederlandse wetgeving

De Richtlijn overgang van onderneming is in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd in het Burgerlijk Wetboek (thans art. 7:662-666a BW), in de Wet CAO (art. 14a WCAO) en in de Wet AVV (art. 2a WAVV). Vanwege de Europese oorsprong van de Nederlandse wetgeving omtrent overgang van onderneming, zijn – als gezegd in de inleiding van dit hoofdstuk – zowel de tekst en de ratio van de richtlijn als de rechtspraak van het Hof van Justitie van groot belang bij het interpreteren van de Nederlandse bepalingen. We zullen daarom in dit hoofdstuk van het boek regelmatig uitspraken van het Hof van Justitie bespreken.



Figuur 28 Overgang van onderneming in Nederlandse wetgeving

7.2.3 Werkingssfeer Nederlandse OVO-regeling

De regels bij overgang van onderneming zijn op grond van de Nederlandse codificatie alleen van toepassing op werknemers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst in de zin van titel 10 van Boek 7 BW.

Voor de beantwoording van de vraag of een persoon werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst, moet artikel 7:610 BW worden gebruikt. Op grond van dit artikel is sprake van een arbeidsovereenkomst als *'de ene partij, de*

werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten'. In de rechtspraak doen zich geregeld situaties voor waarin onduidelijkheid bestaat over de vraag of wordt gewerkt op basis van een arbeidsovereenkomst of niet. In geval van een geschil over de kwalificatie van de overeenkomst dient volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad te worden gekeken naar zowel de bedoeling van partijen bij het aangaan van de overeenkomst als de manier waarop partijen hier feitelijk uitvoering aan hebben gegeven.³

Omdat ambtenaren niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW (maar op grond van een aanstellingsbesluit), zijn de regels omtrent overgang van onderneming niet op hen van toepassing. De regels omtrent overgang van onderneming zijn echter wel van toepassing op zogeheten arbeidscontractanten. Dit zijn werknemers die op basis van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW in dienst zijn van een publieke onderneming, zoals de Staat, een provincie, gemeente, waterschap of een ander publiekrechtelijk lichaam.⁴ Anders dan ambtenaren zijn arbeidscontractanten dus wel echt werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst.

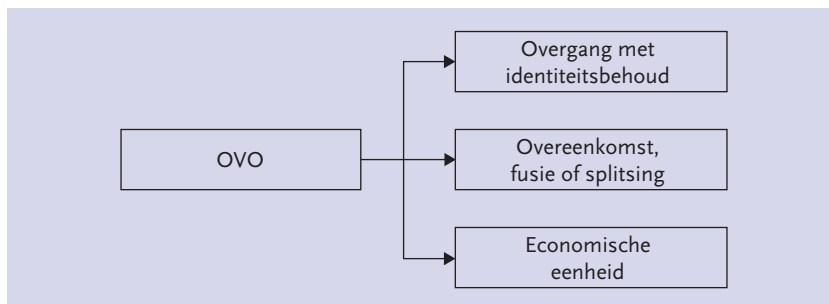
7.3 Wanneer is sprake van een overgang van onderneming?

Wanneer sprake is van een overgang van onderneming, volgt voor de Nederlandse situatie uit artikel 7:662 BW. Onder overgang van onderneming wordt op grond van artikel 7:662 lid 2 sub a BW verstaan:

'de 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'.

Uit deze definitie kan worden afgeleid dat we bij de vaststelling of er sprake is van een overgang van onderneming aan de navolgende drie voorwaarden moeten toetsen:

- 3 HR 14 november 1997, NJ 1998, 149 (Groen/Schoevers). Zie over de kwalificatie van een overeenkomst bijvoorbeeld C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Thematika*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 92-109.
- 4 Arbeidscontractanten vallen op grond van art. 7:615 BW niet onder titel 10 van Boek 7 BW. De bepalingen omtrent overgang van onderneming zijn op grond van art. 7:662 lid 1 BW echter wel op hen van toepassing, ondanks dat de Nederlandse implementatie van de regels omtrent overgang van onderneming in titel 10 van Boek 7 BW zijn opgenomen.



Figuur 29 Voorwaarden overgang van onderneming

Deze drie voorwaarden voor een overgang van onderneming zullen we hieronder stap voor stap nader uitwerken.

7.3.1 Voorwaarde 1: Economische eenheid

Voor de toepasselijkheid van de regels met betrekking tot overgang van onderneming moet allereerst sprake zijn van een **onderneming**. In plaats van het begrip ‘onderneming’ uit de richtlijn wordt in het Nederlandse artikel 7:662 BW ‘economische eenheid’ gehanteerd. In feite is ‘economische eenheid’ een synoniem voor het begrip ‘onderneming’.

Artikel 7:662 lid 2 sub b BW bepaalt dat onder ‘economische eenheid’ (dus onderneming) moet worden verstaan *‘een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit’*. Deze definitie is een codificatie van de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Op grond van artikel 7:662 lid 3 BW wordt ook een vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging als een onderneming beschouwd. Ook dit vloeit voort uit de rechtspraak van het Hof van Justitie.

We zullen hieronder een aantal van de belangrijkste uitspraken over het ondernemingsbegrip bespreken. Daaruit zal blijken dat het Hof van Justitie het ondernemingsbegrip aan de hand van vijf subnormen heeft ingekleurd.

(i) Eenheid

De eerste subnorm die uit de rechtspraak van het Hof van Justitie kan worden onderscheiden, is dat er sprake moet zijn van een **eenheid**, dat wil zeggen: een geheel van personen en elementen waarmee een economische activiteit kan worden uitgeoefend. Dit is in de rechtspraak van het Hof van Justitie

breed uitgewerkt. Zo is bijvoorbeeld niet relevant wat de rechtsvorm van de eenheid is (eenmanszaak, vof, besloten vennootschap, naamloze vennootschap enz.). Sterker, het hebben van rechtspersoonlijkheid is geen vereiste. Ook de wijze waarop de eenheid wordt gefinancierd, doet niet ter zake. Datzelfde geldt voor het al dan niet hebben van een winstoogmerk. Het Hof van Justitie heeft namelijk in 1992 bepaald dat een non-profitinstelling (i.c. een gesubsidieerde stichting die zich bezighield met hulpverlening aan verslaafden) evengoed een onderneming in de zin van de richtlijn kan zijn als een commerciële dienstverlener.⁵ De omvang van de eenheid doet er ook niet toe: het Hof van Justitie oordeelde in het arrest Schmidt dat zelfs één enkele werknemer een onderneming kan vormen in de zin van de richtlijn.⁶ Voorts doet het er niet toe of de onderneming privaat of publiek van aard is: het ondernemingsbegrip beslaat ook de publieke sector. Zo vallen bijvoorbeeld ook ziekenhuizen en bejaardentehuizen onder het ondernemingsbegrip.

(ii) *Economische activiteit*

Met de eenheid moet een **economische activiteit, met een eigen doelstelling**, kunnen worden uitgeoefend. Ook deze tweede subnorm is breed uitgelegd in de rechtspraak van het Hof van Justitie. In feite kwalificeert iedere activiteit die bestaat uit het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt als een economische activiteit.⁷ Het maakt daarbij niet uit of de activiteit naar het maatschappelijk verkeer/de klant (dus extern) is gericht, of juist is bedoeld ter ondersteuning van de eigen organisatie (dus intern gericht). Ook doet het er niet toe of het gaat om een kernactiviteit van de organisatie of om een nevenactiviteit. Intern gerichte nevenactiviteiten kunnen blijkens de arresten Watson Rask en Schmidt van het Hof van Justitie namelijk net zo goed onder het ondernemingsbegrip vallen.⁸ Economische activiteiten die tot de uitoefening van het openbaar gezag behoren, vallen daarentegen juist niet onder de werking van de Richtlijn overgang onderneming.⁹

5 HvJ EG 19 mei 1992, C-29/91, NJ 1992, 476 (Sophia Redmond Stichting/Stichting Sigma).

6 HvJ EG 14 april 1994, C-392/92, JAR 1994, 107 (Schmidt).

7 HvJ EU 6 september 2011, C-108/10, JAR 2011/262 (Scattolon).

8 HvJ EG 12 november 1992, C-209/91, JAR 1993, 15 (Watson Rask) en HvJ EG 14 april 1994, C-392/92, JAR 1994/107 (Schmidt/Sparkasse).

9 HvJ EG 15 oktober 1996, C-298/94, JAR 1996/254 (Henke).

Philips draagt de exploitatie van haar kantine over aan ISS. Daarbij wordt afgesproken dat ook het kantinepersoneel mee overgaat, met behoud van hun arbeidsvoorwaarden en hun anciënniteit. Ter dekking van de bedrijfskosten betaalt Philips aan ISS een maandelijks vaste vergoeding. Daarnaast stelt Philips kosteloos de bedrijfsmiddelen die noodzakelijk zijn voor de verkoop en productie van de etenswaren ter beschikking, alsmede warm water, elektriciteit, enzovoort. Het Hof van Justitie overweegt dat de richtlijn van toepassing kan zijn wanneer een ondernemer bij overeenkomst 'de exploitatie van een dienst van zijn onderneming, bijvoorbeeld een bedrijfsrestaurant, overdraagt aan een andere ondernemer die daardoor de werkgeversverplichtingen jegens de daarin tewerkgestelde werknemers op zich neemt'. Daarbij is het niet van belang of de eigendom van de onderneming mee overgaat. Bovendien sluit het feit dat de overgedragen activiteit slechts een nevenactiviteit is voor de vervreemder de toepasselijkheid van de richtlijn niet uit. Met andere woorden: het overgedragen onderdeel hoeft niet de kerntaak van de onderneming te zijn.

Mevrouw Schmidt is als schoonmaakster in dienst van een bank, Sparkasse. Zij maakt, als enige werknemster, een filiaal van de bank schoon. Na een verbouwing wordt mevrouw Schmidt ontslagen. De bank besluit de schoonmaakwerkzaamheden op het filiaal uit te besteden aan een extern schoonmaakbedrijf. Het schoonmaakbedrijf biedt mevrouw Schmidt na haar ontslag een arbeidsovereenkomst aan. Mevrouw Schmidt aanvaardt de arbeidsovereenkomst echter niet, omdat zij op basis daarvan meer uren moet werken tegen hetzelfde loon en zij dus in feite een lager uurloon verdient. Mevrouw Schmidt stelt beroep in tegen haar ontslag. Een van de vragen die het Hof van Justitie dient te beantwoorden is of mevrouw Schmidt in haar eentje een onderneming kan vormen. Het antwoord luidt bevestigend. Wanneer een ondernemer de verantwoordelijkheid voor de exploitatie van een dienst van zijn onderneming, zoals het verrichten van schoonmaakwerkzaamheden, bij overeenkomst overdraagt aan een andere ondernemer, die daardoor de verplichtingen van werkgever jegens de daar tewerkgestelde werknemers op zich neemt, kan er volgens het Hof van Justitie sprake zijn van een overgang van een onderneming. De omstandigheid dat de over te dragen werkzaamheden slechts nevenwerkzaamheden voor de onderneming zijn, maakt dat allemaal niet anders. Het feit dat de betrokken activiteiten voor de overdracht door

slechts één enkele werknemer werden verricht, sluit de toepasselijkheid van de richtlijn volgens het Hof van Justitie ook niet uit.

(iii) *Gestructureerd en duurzaam*

De eenheid met een economische activiteit moet ten derde blijken het arrest Rygaard/Strø Mølle van het Hof van Justitie **gestructureerd en duurzaam** zijn.¹⁰ Die duurzaamheid bestaat (klaarblijkelijk) niet als een onderneming een opdracht ter realisering van een bepaald werk overdraagt aan een andere onderneming. De activiteit die wordt overgedragen moet volgens het Hof van Justitie namelijk niet zijn beperkt tot de uitvoering van één bepaalde opdracht.

Er wordt een kantine gebouwd door een hoofdaannemer (SAS) en een aantal onderaannemers. Eén van de onderaannemers, Pedersen, laat zich halverwege de bouw – met goedvinden van alle betrokken partijen – vervangen door een andere onderaannemer, Strø Mølle. Strø Mølle moet de klus afmaken. Voor de voltooiing van het werk neemt Strø Mølle twee leerling-timmerlieden (voor drie maanden) en één werknemer (voor enkele maanden) van Pedersen over, alsmede het materiaal op de bouwplaats waarmee Pederson het werk was begonnen. De vraag was of hiermee een onderneming was overgedragen. Het Hof van Justitie overwoog in dat kader dat een overgang slechts betrekking kan hebben op een ‘duurzaam georganiseerde economische entiteit, waarvan de activiteit niet tot de uitvoering van een bepaald werk is beperkt’. De overdracht van een opdracht aan een andere onderneming, ter voltooiing van die opdracht, valt slechts onder de Richtlijn als zij gepaard gaat met de overdracht van een ‘georganiseerd geheel van elementen waarmee de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming **duurzaam** kunnen worden voortgezet’, aldus het Hof van Justitie. Dit was hier niet het geval, waardoor er geen sprake van een onderneming was.

(iv) *Autonomie*

De duurzame, gestructureerde eenheid met een economische activiteit moet verder over **autonomie** beschikken, wil het volgens het Hof van Justitie een onderneming in de zin van de richtlijn kunnen zijn (vierde subnorm). Daarmee bedoelt het Hof blijken het Scattolon-arrest:

¹⁰ HvJ EG 19 september 1995, C-48/94, NJ 1996, 520 (Rygaard/Strø Mølle).

‘de bevoegdheid van de verantwoordelijken van de betrokken groep werknemers om op relatief vrije en onafhankelijke manier het werk binnen die groep te organiseren en meer in het bijzonder de bevoegdheid om bevelen te geven en om taken te verdeelen tussen de ondergeschikten binnen die groep, dit alles zonder rechtstreekse tussenkomst van andere organisatiestructuren van de werkgever’.¹¹

(v) *Niet tot een economische activiteit worden gereduceerd*

Ten slotte mag de eenheid **niet worden gereduceerd tot enkel een economische activiteit** (vijfde subnorm). Leidend in dat verband is het Sützen-arrest waarin het Hof van Justitie oordeelde dat het loutere verlies van een opdracht als zodanig géén aanwijzing voor een overgang van een onderneming kan zijn, omdat de enkele activiteit op zich geen onderneming vormt.¹² Dit is later opnieuw door het Hof van Justitie bevestigd in het CLECE-arrest.¹³

Mevrouw Sützen is als schoonmaakster in dienst van het Duitse schoonmaakbedrijf Zehnacker. Zij is met een aantal collega's tewerkgesteld op een school, het Aloïsius Kolleg. De school heeft het schoonmaakwerk op enig moment aan het concurrerende schoonmaakbedrijf Lefarth gegund, dat met eigen personeel aan de slag is gegaan. Zehnacker heeft geen werk voor mevrouw Sützen en haar collega's, waardoor zij worden ontslagen. Mevrouw Sützen stelt zich op het standpunt dat de overgang van schoonmaakwerk van haar oude werkgeefster Zehnacker naar concurrent Lefarth is aan te merken als een overgang van onderneming en dat zij dus automatisch mee is overgegaan naar Lefarth. Met andere woorden: zij stelt dat zij werkneemster is geworden van Lefarth. Het Hof van Justitie oordeelt kort gezegd dat het ondernemersbegrip een georganiseerd geheel van personen en elementen betreft, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend. Een onderneming kan echter niet worden gereduceerd tot de enkele activiteit waarmee zij is belast. De identiteit van de entiteit blijkt namelijk ook uit andere factoren, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering, of – in voorkomende gevallen – 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.

¹¹ HvJ EU 6 september 2011, C-108/10, *JAR* 2011/262 (Scattolon).

¹² HvJ EG 11 maart 1997, C-13/95, *JAR* 1997, 91 (Sützen).

¹³ HvJ EU 20 januari 2011, C-463/09, *JAR* 2011/57 (CLECE).

In het CLECE-arrest gaat het in een notendop om het insourcen van schoonmaakdiensten door een Spaanse gemeente. Deze gemeente neemt de schoonmaakdiensten over van het schoonmaakbedrijf dat eerst de schoonmaakwerkzaamheden in opdracht van de gemeente verrichtte. De gemeente trekt hiervoor zelf nieuw personeel van buitenaf aan: er worden dus geen schoonmaakwerknemers van het schoonmaakbedrijf dat de werkzaamheden voorheen deed door de gemeente overgenomen. De gemeente neemt evenmin activa van het schoonmaakbedrijf over. Deze insourcing kon volgens het Hof van Justitie niet als overgang van onderneming worden gekwalificeerd, omdat een eenheid niet kan worden gereduceerd tot enkel de activiteit waarmee zij is belast. Met andere woorden: een economische activiteit an sich vormt nog geen onderneming.

Resumerend

Resumerend kan uit de rechtspraak van het Hof van Justitie worden afgeleid dat is voldaan aan het ondernemingsbegrip als sprake is van een duurzaam georganiseerde economische entiteit waarvan de activiteit niet kan worden beperkt tot de uitvoering van een bepaald werk. Ieder voldoende gestructureerd en zelfstandig geheel van personen en elementen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend, vormt zo een eenheid.¹⁴

Van belang om te weten is verder nog dat sprake moet zijn van een onderneming/economische eenheid bij de (potentiële) vervreemder **op het moment van de overdracht**. Als die economische eenheid er op het moment van de overdracht niet is, maar (pas) na de overdracht (alsnog) bij de verkrijger ontstaat, dan is geen sprake van een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn.¹⁵

Onderdeel of vestiging, artikel 7:662 lid 3 BW

Uit artikel 7:662 lid 3 BW blijkt voorts dat de regels omtrent overgang van onderneming niet alleen van toepassing zijn op de overdracht van gehele ondernemingen, maar ook op de overdracht van vestigingen of onderdelen daarvan. De termen 'onderdeel' en 'vestiging' hebben geen zelfstandige betekenis. Steeds moet worden getoetst of het onderdeel of de vestiging onder het ondernemersbegrip valt, zoals nader uitgewerkt door het Hof van Justitie in

¹⁴ HvJ EU 6 maart 2014, C-458/12, JAR 2014/104, r.o. 31 (Amatori).

¹⁵ HvJ EU 6 maart 2014, C-458/12, JAR 2014/104 (Amatori) en R.M. Beltzer, Ex nihilo nihil fit, AR 2014-0218.

de hierboven weergegeven vijf subnormen. De nationale rechter dient dus steeds te beoordelen of het onderdeel of de vestiging een autonome eenheid is, met een gemeenschappelijke economische activiteit, die structureel en duurzaam is, en niet kan worden gereduceerd tot de enkele activiteit waarmee zij is belast. Om als onderneming in de zin van de richtlijn te worden aangemerkt, is niet vereist dat het onderdeel of de vestiging zelfstandig deelneemt aan het economisch verkeer.¹⁶ Dit brengt mee dat het ondernemingsbegrip uit artikel 7:662 BW niet gelijk is aan dat van artikel 1 lid 1 sub c van de WOR (waar zelfstandigheid wel een vereiste is).¹⁷ Interne activiteiten zoals catering, schoonmaakwerkzaamheden, een ICT-afdeling of een bewakingsdienst, kunnen daarom evengoed worden aangemerkt als een onderneming.

Soms is het ingewikkeld om vast te stellen of een onderdeel dat overgaat, kan worden gekwalificeerd als een onderneming/economische eenheid in de zin van de richtlijn. In de regel is het dan met name lastig om te bepalen of zo'n onderdeel voldoende autonoom en zelfstandig is, dus een eigen eenheid vormt die kan worden gesepareerd van de rest van de onderneming waar het onderdeel van uitmaakt. Vragen die je jezelf dan kunt stellen om te toetsen of het onderdeel kan worden gekwalificeerd als onderneming/economische eenheid zijn bijvoorbeeld:

- Werken de werknemers van het onderdeel samen?
- Vormen zij met elkaar een (sub)afdeling met een eigen naam?
- Zitten ze met elkaar in een ruimte?
- Hebben ze een eigen werkoverleg?
- Is er een eigen manager of teamleider?
- Is er een eigen computersysteem waar ze mee kunnen werken?
- Maken ze gebruik van een gezamenlijke infrastructuur?
- Enzovoort.

245

7.3.2 Voorwaarde 2: Overgang met identiteitsbehoud

Voor de toepasselijkheid van de regels met betrekking tot overgang van onderneming moet de onderneming/economische eenheid ten tweede **overgaan** van de vervreemder naar de verkrijger. Beslissend criterium hierbij is of de onderneming (of het onderdeel van de onderneming of de vestiging) na de

¹⁶ HvJ EG 12 november 1992, C-209/91, *JAR* 1993, 15 (Watson Rask) en HvJ EG 14 april 1994, C-392/92, *JAR* 1994, 107 (Schmidt).

¹⁷ Zie over het ondernemingsbegrip in de WOR par. 2.2.

overgang naar de verkrijger haar identiteit heeft behouden. Zonder identiteitsbehoud is er geen sprake van een 'overgang' in de zin van de richtlijn.

Identiteitsbehoud: toetsing aan de Spijkers-criteria

Wanneer is nu precies sprake van een overgang met identiteitsbehoud? In het arrest Spijkers/Benedik heeft het Hof van Justitie hierover, kort samengevat, geoordeeld dat het moet gaan om de overgang van een lopend bedrijf, dat met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet.¹⁸

Colaris exploiteert een slachthuis. Op enig moment heeft Colaris de bedrijfsactiviteiten volledig stilgelegd. Nadat het bedrijf ruim een maand heeft stilgelegen, worden het gebouw met toebehoren en enkele roerende zaken gekocht door een ander bedrijf, Benedik. Benedik gaat vervolgens in dat gebouw opnieuw een slachterij exploiteren. Benedik neemt in dat kader de klantenkring van Colaris over en betaalt goodwill voor de goede naam van Colaris. Benedik neemt verder al het personeel van Colaris over, op twee werknemers na. Een van deze twee werknemers, de heer Spijkers, meent dat sprake is van een overgang van onderneming en dat hij dus van rechtswege naar Benedik is overgegaan. De vraag waar het volgens het Hof van Justitie in deze zaak om gaat, is of het verkochte onderdeel van Colaris – na de overgang – zijn identiteit heeft behouden. Of dat het geval is, blijkt volgens het Hof van Justitie primair uit het al of niet voortzetten van de exploitatie. Om dat te toetsen, moet volgens het Hof van Justitie rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals:

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

¹⁸ HvJ EG 18 maart 1986, 24/85, NJ 1987, 502 (Spijkers/Benedik).

Bij het beantwoorden van de vraag of de identiteit bewaard is gebleven, moet volgens het Hof van Justitie altijd aan de omstandigheden uit het Spijkers-arrest en de overige omstandigheden van het specifieke geval worden getoetst, om zo vast te stellen of de exploitatie van het bedrijf is voortgezet. De criteria uit het Spijkers-arrest zijn daarbij slechts deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek en mogen daarom volgens het Hof van Justitie niet elk afzonderlijk de doorslag geven. Alle factoren moeten dus in de beoordeling worden betrokken. Uiteindelijk moet dan de afweging worden gemaakt of er wel of geen sprake is van behoud van identiteit.

Het is niet altijd gemakkelijk om in te schatten of sprake is van identiteitsbehoud. Dat komt omdat niet altijd even duidelijk is op welke wijze je de verschillende Spijkers-factoren moet toepassen en wegen. Het Hof van Justitie heeft hier wel een aantal handvatten voor gegeven. Zo heeft het Hof verhelderd dat de factor ‘het al dan niet overdragen van de materiële activa’ ruim moet worden geïnterpreteerd: het gaat niet uitsluitend om de eigendomsoverdracht, ook het enkel ter beschikking stellen aan de verkrijger valt eronder.¹⁹ Het moet daarbij wel gaan om activa die nodig zijn voor het verrichten van de relevante activiteit. Verder heeft de Hoge Raad voor de Nederlandse jurisprudentie geoordeeld, dat het er voor de factor ‘het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer’ in principe niet toe doet op welke wijze (cao-verplichting, voorafgaande sollicitatieprocedure etc.) het personeel bij de verkrijger in dienst komt.²⁰ Niet iedere Spijkers-factor weegt bovendien even zwaar. Als de verkrijger op dezelfde markt actief is als de vervreemder, moet er volgens de Hoge Raad bijvoorbeeld nauwelijks waarde worden gehecht aan de mate waarin de voor en na de overgang verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen. Het belang om de overgang van onderneming in de juiste context te plaatsen en daarop het gewicht van de Spijkers-factoren af te stemmen, komt nog duidelijker naar voren in de jurisprudentie van het Hof van Justitie waarin een onderscheid wordt gemaakt naar de factor ‘aard van de betrokken onderneming of vestiging’.

Aard van de betrokken onderneming: arbeids- of kapitaalintensief

Ingevolge het Spijkers-arrest moet bij beantwoording van de vraag of de identiteit van de betrokken onderneming bewaard is gebleven, als gezegd onder

¹⁹ HvJ EG 20 november 2003, C-340/01, JAR 2003/298 (Abler/Sodexo) en HvJ EG 15 december 2005, C-232/04 en C-233/04, JAR 2006/10 (Securicor).

²⁰ HR 10 december 2004, JAR 2005/13 (Verbeek/Process House).

meer rekening worden gehouden met de *aard* van de betrokken onderneming of vestiging (eerste Spijkers-factor). In dat verband kan een onderscheid worden gemaakt tussen arbeidsintensieve en kapitaalintensieve ondernemingen. Indien in een bepaalde onderneming de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij het verrichten van de activiteit en de economische entiteit zonder materiële of immateriële activa van betekenis kan functioneren, dan is de aard van de onderneming **arbeidsintensief**. Zijn in een bepaalde onderneming niet de arbeidskrachten, maar de materiële activa (zoals machines) de belangrijkste factor bij het verrichten van de activiteit, dan is de aard van de onderneming die deze activiteit verricht juist **kapitaalintensief**.

Waarom is het onderscheid tussen arbeids- en kapitaalintensieve ondernemingen precies van belang voor het leerstuk overgang van onderneming? Omdat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat *als* een onderneming zonder materiële of immateriële activa van betekenis kan functioneren en dus arbeidsintensief van aard is, het behoud van de identiteit van die onderneming na de overgang naar de verkrijger *niet* kan afhangen van de overdracht van materiële activa. In ondernemingen of sectoren waar de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit die wordt verricht, kan een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een economische entiteit (een onderneming) vormen. In zo'n geval moet worden erkend dat een dergelijke entiteit haar identiteit ook na de overdracht kan behouden, wanneer de verkrijger niet alleen de betrokken economische activiteit an sich voortzet, maar ook een wezenlijk deel, qua aantal én deskundigheid, van het personeel overneemt dat de vervreemder speciaal voor die taak had ingezet. In dat geval verwerft de verkrijger immers het georganiseerde geheel van elementen waarmee de activiteiten of de bepaalde activiteit van de overgedragen onderneming duurzaam kunnen worden voortgezet. De vraag of de materiële activa zijn overgenomen, is dan niet van (doorslaggevend) belang. Brengt de aard van de onderneming daarentegen mee dat het aanwezig zijn van materiële activa *juist* kenmerkend is voor de onderneming en de onderneming dus als kapitaalintensief moet worden gekwalificeerd, dan kan deze onderneming haar identiteit *niet* behouden indien zij zonder deze activa overgaat. In dat geval is dus van belang dat ten minste de materiële activa door de verkrijger worden overgenomen en doet het er voor het antwoord op de vraag of de onderneming na de overgang haar identiteit heeft behouden eigenlijk niet toe of er personeel wordt overgenomen.

Met andere woorden: Is de aard van de onderneming arbeidsintensief, dan kan de onderneming na de overgang haar identiteit alleen behouden als naast de economische activiteit zelf ook een wezenlijk deel van het personeel wordt overgenomen door de verkrijger. Is de aard van de onderneming echter kapitaalintensief, dan behoudt de onderneming na de overgang haar identiteit juist alleen als naast de economische activiteit ook materiële activa wordt overgenomen.

Het voorgaande kan in een arbeidsintensieve branche de bij een overname betrokken partijen aanleiding geven om hierin te sturen om op die manier juist wel of niet een overgang met identiteitsbehoud te bewerkstelligen. Soms beperkt een cao of nationale wetgeving de ruimte tot dergelijke sturing door te bepalen dat bij een contractwisseling of overgang van een concessie in de betreffende sector de verkrijger van het contract of de concessie (onder voorwaarden) de werknemers betrokken bij het contract / de concessie een arbeidsovereenkomst moeten aanbieden. Als door deze verplichting een wezenlijk deel van de werknemers (qua aantal en deskundigheid) bij de verkrijger in dienst treedt, zal dit vervolgens een overgang van onderneming triggeren, met alle bijbehorende bescherming van dien.

Het onderscheid tussen arbeidsintensieve en kapitaalintensieve ondernemingen is overigens niet altijd eenvoudig te maken. Volgens het Hof van Justitie is de schoonmaakbranche in beginsel arbeidsintensief, omdat de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn van de schoonmaakactiviteit (arrest Sützen, zie voor het feitencomplex par. 73.¹ hierboven). Datzelfde geldt voor conciërgediensten op een school.²¹ Catering, busvervoer, overlaadwerkzaamheden met behulp van kranen, luchtvervoer en naar het lijkt ook de beveiliging op luchthavens moeten daarentegen volgens het Hof van Justitie in beginsel als kapitaalintensief worden aangemerkt (arresten Sodexo, Finse busmaatschappijen, ADIF, Brito/Estado Português en Securicor).²² Volgens de Nederlandse rechtspraak is ICT-dienstverlening (veelal) arbeidsintensief,²³ als ook een detacheringsbureau,²⁴ een intermediair in producten tussen verschil-

²¹ HvJ EU 2 september 2011, C-108/10, JAR 2011/262 (Scattolon).

²² HvJ EG 20 november 2003, C-340/01, JAR 2003, 298 (Abler/Sodexo), HvJ EG 25 januari 2001, C-172/99, JAR 2001, 68 (Finse Busmaatschappijen), HvJ EU 26 november 2015, C-509/16, JAR 2016/19 (ADIF/Luis Aria Pascual e.a.), HvJ EU 9 september 2015, C-160/14 JAR 2015/260 (Brito/Estado Português) en HvJ EG 15 december 2005, C-232/04 en C-233/04, JAR 2006/119 (Securicor).

²³ Hof Leeuwarden 30 augustus 2006, JAR 2006/242, Hof Den Haag 12 juni 2008, JAR 2008/222 en Hof Amsterdam 8 november 2011, JAR 2012/9.

²⁴ Hof Den Haag 19 augustus 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AU3117.

lende landen,²⁵ beveiliging van objecten,²⁶ en ondersteuning van onderwijsactiviteiten van een school.²⁷ De verzorging van parkeerbeheer²⁸ en werkzaamheden van cabinepersoneel van een vliegtuigmaatschappij zouden daarentegen kapitaalintensief zijn volgens de rechter in Nederland.²⁹

De overwegingen van het Hof van Justitie in het arrest Finse busmaatschappijen zijn als volgt: Na een verzoek om indiening van een offerte wijst PY de exploitatie van zeven streekbuslijnen die voorheen aan de Finse busmaatschappij Hakunilan in concessie zijn gegeven, voor drie jaar toe aan Liikenne. Hakunilan – die deze lijnen met 26 bussen exploiteert – ontslaat hierop 45 chauffeurs, van wie er 33 na een sollicitatieprocedure door Liikenne worden aangenomen. Liikenne neemt ook 18 andere nieuwe chauffeurs in dienst. De nieuwe arbeidsvoorwaarden zijn over het algemeen minder gunstig dan de arbeidsvoorwaarden bij Hakunilan. Bij de overgang van Hakunilan naar Liikenne worden geen bussen en ook geen andere activa overgedragen, met uitzondering van de dienstuniformen van de chauffeurs. Wel huurt Liikenne tijdelijk twee bussen van Hakunilan voor de duur van twee maanden. Twee van de voormalige Hakunilan-chauffeurs die door Liikenne in dienst zijn genomen, zijn van mening dat er sprake is van een overgang van onderneming en dat zij daarom recht hebben op dezelfde arbeidsvoorwaarden als bij hun vorige werkgever. Het Hof van Justitie oordeelt in deze zaak dat busvervoer, anders dan schoonmaakwerkzaamheden zoals in het arrest Süzen, niet kan worden aangemerkt als een activiteit waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien het een belangrijke inzet van materialen en middelen vereist. Dat voor de exploitatie van de betrokken buslijnen geen materiële activa van Hakunilan naar Liikenne zijn overgedragen, is volgens het Hof van Justitie dan ook een belangrijke omstandigheid. 'In een sector als het geregeld openbaar vervoer per autobus, waarin materiële activa (de bussen) in belangrijke mate moeten bijdragen aan de activiteit, moet het feit dat geen overgang van enig van dergelijke, voor de goede werking van de eenheid onontbeerlijke activa van de vorige naar de huidige opdrachtnemer heeft plaatsgevonden, evenwel tot de conclusie leiden, dat de eenheid

25 Ktr. Den Bosch 25 juni 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BJ9652.

26 Hof Den Bosch 20 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1423 (Security Nederland).

27 Ktr. Zwolle 16 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1424 (Security Nederland).

28 Ktr. Arnhem 1 oktober 2007, RAR 2007/165 en Hof Arnhem 30 september 2008, JAR 2009/107.

29 Ktr. Amsterdam 17 maart 2014, JAR 2014/91 (Stichting Cabinepersoneel/KLM).

haar identiteit niet heeft behouden'. Daaruit volgt dat in een situatie als de onderhavige de richtlijn niet van toepassing is wanneer geen materiële activa van enig belang van de vorige naar de nieuwe opdrachtnemer zijn overgedragen.

Wat de cateringbranche betreft, oordeelt het Hof van Justitie in het arrest Sodexo dat catering niet tot de arbeidsintensieve sector behoort.³⁰ In deze zaak ging het om cateringactiviteiten ten behoeve van een ziekenhuis, die overgingen van Sanrest naar Sodexo. Geen van de betrokken werknemers is door Sodexo in dienst genomen. Wel zijn de materiële activa (ruimte, water, energie en zowel de kleine als de grote keukenuitrusting) overgenomen. Sodexo stelt zich op het standpunt dat geen sprake kon zijn van een overgang van onderneming, omdat catering in haar ogen een arbeidsintensieve sector is en zij geen personeel van Sanrest had overgenomen. Het Hof van Justitie ziet dit anders en overweegt dat catering juist niet kan worden beschouwd als een activiteit waarbij arbeid de voornaamste factor is, aangezien er heel wat uitrusting voor nodig is. Het Hof van Justitie acht het verder van belang, dat er een uitdrukkelijke en essentiële verplichting op Sodexo rust om de maaltijden in de ziekenhuiskeuken te bereiden en dus de materiële activa behorende hierbij over te nemen, alsook de gehele klantenkring. Voorspelbaar is deze uitkomst niet geweest: men zou (makkelijk) kunnen redeneren dat in deze zaak juist wel het personeel de belangrijkste factor is. Aangezien de betreffende cateringactiviteit in een ziekenhuis wordt verricht, dient het personeel immers over heel wat speciale kennis met betrekking tot diëten te beschikken. Desalniettemin achtte het Hof van Justitie de cateringactiviteit in het ziekenhuis juist kapitaalintensief.

Dat het Hof van Justitie schoonmaakactiviteiten in het arrest Süzen als arbeidsintensief bestempelde, betekent overigens nog niet automatisch dat iedere schoonmaakonderneming daarmee ook als arbeidsintensief moet worden gekwalificeerd. Een schoonmaakbedrijf waarin veelal gebruik wordt gemaakt van zware en grote schoonmaakmachines kan namelijk best als kapitaalintensief worden aangemerkt. Het omgekeerde geldt ook voor de catering en het busvervoer. Een bepaald catering- of vervoerbedrijf kan best arbeidsintensief in plaats van kapitaalintensief zijn. Het blijft daarom van belang om telkens naar de specifieke omstandigheden van de onderneming die overgaat te kijken en per casus aan de hand van de concrete omstandigheden van het

³⁰ HvJ EG 6 november 2003, C-340/01, JAR 2003, 298 (Sodexo).

geval na te gaan of sprake is van een arbeidsintensieve of kapitaalintensieve onderneming.

Identiteitsbehoud na integratie binnen organisatie verkrijger

Als de overgegangene onderneming niet als organisatorische eenheid blijft bestaan, maar versplinterd binnen de onderneming van de verkrijger wordt geïntegreerd, kan er dan toch nog sprake zijn van een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn? In zo'n geval verliest de onderneming immers haar autonomie en dat zou wellicht aan identiteitsbehoud in de weg kunnen staan. Het Hof van Justitie heeft in het arrest Klarenberg/Ferrotron echter bevestigd dat ook in zo'n geval nog steeds sprake kan zijn van een overgang met identiteitsbehoud.³¹ Voorwaarde is wel dat *na* de versplintering en integratie nog sprake moet zijn van een **functionele band** tussen de onderling samenhangende en elkaar aanvullende (productie)factoren.

Klarenberg is in dienst van ET. Onder die afdeling vallen drie groepen. Eén groep wordt gekocht door Ferrotron. Werknemer Klarenberg was als afdelingshoofd voor deze groep verantwoordelijk. Ferrotron neemt enkele ET-werknemers van de overgenomen groep in dienst, maar niet Klarenberg. Voorts neemt Ferrotron de gekochte producten na de overname op in haar eigen assortiment. Zij integreert de voormalige ET-werknemers van de overgenomen groep in haar bestaande organisatorische structuur. De voormalige ET-werknemers vervullen taken die ook betrekking hebben op producten die niet van ET zijn overgenomen. Klarenberg stelt dat sprake is van overgang van onderneming en dat hij van rechtswege in dienst is getreden van Ferrotron. Ferrotron betwist dit en stelt dat de overgedragen eenheid haar identiteit niet heeft behouden, aangezien het betreffende onderdeel haar organisatorische zelfstandigheid na de overdracht heeft verloren. Ferrotron heeft de verkregen middelen namelijk in een geheel nieuwe organisatorische structuur ingevoegd. Het verweer van Ferrotron gaat volgens het Hof van Justitie niet op. Overwogen wordt dat voor toepasselijkheid van de richtlijn is vereist dat sprake is van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan. Deze eis moet echter niet te beperkt worden uitgelegd om te voorkomen dat de bescherming van de richtlijn te veel wordt ingeperkt. De redenering dat de richtlijn niet van toepassing is als een verkrijger besluit om een overgenomen onderdeel te ontbinden en in haar eigen structuur te integreren, kan daarom niet worden aanvaard.

31 HvJ EG 12 februari 2009, C-466/07, JAR 2009, 92 (Klarenberg/Ferrotron).

Wel moet de functionele band die vóór de overgang bestond tussen de onderling samenhangende en elkaar aanvullende (productie)factoren ook na de overgang behouden blijven.

Alhoewel de factor organisatie volgens het Hof van Justitie dus wel houvast biedt bij het bepalen van een economische entiteit/onderneming, staat de wijziging van de organisatorische structuur ervan dus niet in de weg aan de toepassing van de richtlijn. Het gaat volgens het Hof van Justitie namelijk niet alleen om (overdracht van) een 'organisatorisch element', maar ook om een 'economische activiteit die wordt voortgezet'. Voor het antwoord op de vraag of de identiteit van een economische entiteit/onderneming na een overgang is behouden, zijn beide elementen van belang. Het is dus niet zo dat de specifieke wijze waarop de vervreemder diverse overgegangene productiefactoren had georganiseerd, moet worden gehandhaafd, maar wel dat de functionele band die deze onderling samenhangende, elkaar aanvullende factoren verenigt, behouden moet blijven. De handhaving van deze band biedt de verkrijger namelijk de mogelijkheid om deze factoren, zelfs na hun integratie binnen zijn eigen organisatie, te gebruiken om dezelfde of een soortgelijke economische activiteit als bij de vervreemder voort te zetten.

Identiteitsbehoud in geval van ontkoppeling van werknemers en economische activiteiten

253

Een andere vraag die in de rechtspraak aan bod is gekomen, is of nog steeds sprake is van een overgang met identiteitsbehoud als de economische activiteiten worden ontkoppeld van de werknemers die deze activiteiten verrichten door beide onderdelen (activiteiten enerzijds en werknemers anderzijds) aan verschillende rechtspersonen over te dragen, waarna die verschillende rechtspersonen gaan samenwerken om dezelfde dienst te verlenen als voorafgaand aan de overgang. De Hoge Raad heeft deze vraag in het arrest Bos/Pax bevestigend beantwoord.³²

Werknemer Bos is werkzaam op de logistieke afdeling van Sara Lee/DE. De logistieke werkzaamheden worden door DE met ingang van 28 september 2003 uitbesteed aan het speciaal daartoe opgerichte Pax. De werknemers die werkzaam zijn op de logistieke afdeling worden op dezelfde datum ondergebracht bij een dochter van DE, Detrex. Zij dienen een arbeidsovereenkomst met Detrex te tekenen. Detrex stelt deze werknemers vervolgens ter beschikking aan Pax om feitelijk de logistieke werkzaamheden ten behoeve van DE te blijven verrichten. Na

³² HR 26 juni 2009, JAR 2009/183 (Bos/Pax).

enkele jaren, met ingang van 1 januari 2006, worden de werknemers van Detrex overgedragen aan Pax. Zij krijgen een compensatie voor het verschil in de arbeidsvoorwaarden tussen Detrex en Pax. Bos stelt dat hij niet bij Pax, maar bij Detrex in dienst is. Op verzoek van Detrex is de arbeidsovereenkomst met Bos met ingang van 1 augustus 2006 ontbonden. Vervolgens stelt Bos eigenlijk toch in dienst te zijn getreden bij Pax door een overgang van onderneming. Het Hof Leeuwarden meent van niet: voor zover de overdracht van de logistieke diensten in september 2003 had geleid tot een overgang van onderneming zou dit volgens het gerechtshof geen consequenties voor de betrokken werknemers hebben gehad, omdat de werknemers instemden met indiensttreding bij Detrex. Op 1 januari 2006 zou volgens het gerechtshof geen sprake zijn geweest van een overgang van onderneming, omdat Pax per die datum geen ondernemingsactiviteiten had overgenomen van Detrex. De Hoge Raad oordeelt echter dat het naar de vorm wellicht lijkt alsof er geen sprake is geweest van een overgang van onderneming, maar dat deze feitelijk weldegelijk had plaatsgevonden. DE had haar logistieke activiteiten immers uitbesteed aan de speciaal daartoe opgerichte vennootschap Pax, terwijl de werknemers die deze activiteiten normaliter verrichtten, werden uitgenodigd om in dienst te treden bij Detrex, om via Detrex alsnog voor Pax dezelfde werkzaamheden te verrichten. Dat veroorzaakt volgens de Hoge Raad een overgang van onderneming met identiteitsbehoud. Dat de werknemers in dienst traden bij Detrex, was hiervoor de essentiële schakel. Het ontkoppelen van de activiteiten en de werknemers staat hier dus niet aan in de weg.

7.3.3 Voorwaarde 3: *krachtens overeenkomst, fusie of splitsing*

De overgang van onderneming moet tot slot 'krachtens overeenkomst, fusie of splitsing' plaatsvinden. Deze derde voorwaarde voor een overgang van onderneming moet gezien de rechtspraak van het Hof van Justitie (zeer) ruim worden opgevat.

Krachtens overeenkomst

Bij het begrip 'overeenkomst' kan men denken aan een koopovereenkomst, waarbij de verkrijger een onderdeel van de vervreemder koopt en dit regelt in een overeenkomst. Maar bijvoorbeeld ook een huur- en pachtovereenkomst vallen onder de definitie.³³ De overeenkomst zelf hoeft niet op schrift te zijn

³³ HvJ EG 17 december 1987, 287/86, NJ 1989, 674 (Ny Mølle Kro) en HvJ EG 5 mei 1988, 144/87 en 145/87, NJ 1989, 712 (Besi Mill).

gesteld. Een mondelinge overeenkomst is voldoende. Sterker, een feitelijke onderlinge samenwerking kan al volstaan.³⁴ Ook een overeenkomst tot outsourcing of insourcing valt onder de reikwijdte. Datzelfde geldt voor een contractwisseling.³⁵ Zelfs een wetsbesluit tot privatisering is voldoende om te kunnen spreken van een overeenkomst.³⁶ Verder hoeft de overeenkomst niet rechtstreeks te worden gesloten tussen de vervreemder en de verkrijger. Voldoende is dat er 'in het kader van contractuele betrekkingen een wijziging plaatsvindt in de natuurlijke persoon of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming en als werkgever verplichtingen aangaat ten opzichte van de werknemers van de onderneming'. Het door een gemeente overhevelen van een subsidie van de ene stichting naar een andere stichting, waarbij beide stichtingen bereid zijn mee te werken aan de overdracht van patiënten, voldoet volgens het Hof van Justitie aan de voorwaarde 'krachtens overeenkomst'.³⁷ Ook het beëindigen van een verkoopconcessie, waarna de concessie vervolgens aan een andere onderneming wordt toebedeeld, vindt volgens het Hof van Justitie plaats in het kader van contractuele betrekkingen.³⁸ Het gegeven dat de overgang in meerdere fasen plaatsvindt, is in de optiek van het Hof van Justitie geen probleem. Een van de eerste belangrijke uitspraken over een overgang in meerdere fasen is het arrest Bork.³⁹

OTF is eigenaar van een beukenschillerij. Bork huurt deze beukenschillerij. Bork zegt de huurovereenkomst op en ontslaat haar personeel. Vervolgens koopt JI de onderneming van OTF. De nieuwe eigenaar neemt meer dan de helft van het personeel dat daarvoor voor Bork werkte in dienst. In dit geval is er geen overeenkomst tussen JI en Bork. Desalniettemin oordeelt het Hof van Justitie dat de richtlijn hier van toepassing is. Er is namelijk sprake van een overgang van onderneming telkens wanneer in het kader van contractuele betrekkingen een wijziging plaatsvindt in de persoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming en als werkgever verplichtingen aangaat. Dat kan volgens het Hof van Justitie ook geschieden bij een overgang in twee fasen via een huurovereenkomst: dan is nog steeds sprake van een overgang krachtens overeenkomst.

34 HvJ EG 13 september 2007, C-458/05, *JAR* 2007/252 (Jouini c.s./PPS).

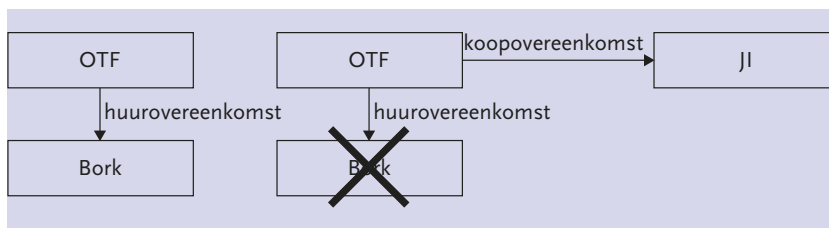
35 HvJ EG 11 maart 1997, C-13/95, *JAR* 1997, 91 (Süzen).

36 HvJ EG 14 september 2000, C-343/98, *JAR* 2000/225 (Collino&Chiappero/Telecom Italia).

37 HvJ EG 19 mei 1992, C-29/91, *NJ* 1992, 476 (Sophia Redmond Stichting/Stichting Sigma).

38 HvJ EG 7 maart 1996, C-171/94; C-172/94, *NJ* 1997, 172 (Merckx en Neuhuys/Ford).

39 HvJ EG 15 juni 1988, 101/87, *NJ* 1990, 247 (Bork).



Figuur 30 Arrest Bork

In het arrest Temco bevestigt het Hof van Justitie nogmaals dat de afwezigheid van een rechtstreekse contractuele band er niet aan in de weg hoeft te staan dat aan de voorwaarde ‘overeenkomst’ is voldaan en er sprake is van een overgang van onderneming.⁴⁰

Volkswagen heeft de schoonmaak van haar industriële installaties in opdracht gegeven aan BMV. BMV heeft deze werkzaamheden op haar beurt in onderaanneming gegeven aan haar dochtermaatschappij GMC. Volkswagen zegt de schoonmaakovereenkomst met BMV op en gunt de schoonmaakwerkzaamheden aan een nieuw schoonmaakbedrijf, Temco. Onderaannemer GMC, die op dat moment alleen werkzaamheden voor Volkswagen verricht, ziet zich hierdoor genoodzaakt vrijwel al haar personeel te ontslaan. Slechts enkele werknemers die volgens de toepasselijke cao worden beschermd tegen ontslag (vakbondsafgevaardigden) behouden wel hun baan. Vervolgens neemt Temco 42 van de in totaal 80 voormalige GMC-werknemers in dienst. Hiertoe is Temco op basis van de toepasselijke cao verplicht. De 4 vakbondsafgevaardigden van GMC worden niet door Temco overgenomen. Nadat zij elf maanden na de contractovername alsnog door GMC worden ontslagen, stellen zij vorderingen in tegen GMC, BMV en Temco. Het Belgische Arbeidshof te Brussel stelt het Hof van Justitie de prejudiciële vraag of er in deze situatie sprake is van een overgang van onderneming. Het Hof van Justitie stelt eerst vast dat sprake is van een onderneming in de zin van de richtlijn en er een overgang met identiteitsbehoud is. De overgang naar Temco kan volgens het Hof van Justitie ook worden gekwalificeerd als zijnde krachtens overeenkomst. In navolging van het arrest Bork oordeelt het Hof van Justitie dat het feit dat de overgang via verschillende schakels is gegaan, niet in de weg staat aan het feit dat een overgang krachtens overeenkomst heeft plaatsgevonden. Met betrekking tot het contractuele karakter overweegt

40 HvJ EG 24 januari 2002, C-51/00, JAR 2002, 47 (Temco).

het Hof van Justitie dat hiervan ook sprake is in een situatie waarin de vervreemder (GMC) de onderaannemer is van de onderneming (BMV) die de eerste overeenkomst met de opdrachtgever (Volkswagen) heeft gesloten.

De Hoge Raad hanteert eenzelfde ruime uitleg bij toetsing aan de derde voorwaarde voor overgang van onderneming als het Hof van Justitie. Een goed voorbeeld hiervan is het arrest Welkoop 't Rijpje.⁴¹

Werkneemster was als verkoopster van dierbenodigdheden in dienst bij een tuincentrum. In 2007 ging dit tuincentrum failliet. Het tuincentrum is vervolgens in 2008 afgebroken. De broer van de eigenaar van het tuincentrum is sinds 2008 een groot- en kleinhandel in hengelsportartikelen gaan exploiteren op het naastgelegen terrein. Hij verkoopt daar ook dierbenodigdheden. Met het oog op die verkoop is werkneemster in 2008 bij de hengelsportwinkel in dienst getreden. De resultaten van de verkoop van de dierbenodigdheden vallen echter tegen en de hengelsportwinkel besluit daarom die activiteit te beëindigen. De winkelvoorraad dierbenodigdheden wordt hierop in 2009 uitverkocht en het UWV verleent de hengelsportwinkel toestemming de arbeidsovereenkomst met werkneemster op te zeggen. Min of meer gelijktijdig is de oorspronkelijke eigenaar van het gefailleerde tuincentrum in een nieuwe loods (maar wel op hetzelfde terrein als waar het gefailleerde tuincentrum stond) een nieuw tuincentrum begonnen als franchiseneemer van Welkoop. In dit nieuwe tuincentrum worden ook dierbenodigdheden verkocht, die worden ingekocht via de Welkoop-organisatie. Werkneemster stelt zich op het standpunt dat sprake is van een overgang van onderneming en dat zij automatisch in dienst is getreden bij het nieuwe tuincentrum. Het gerechtshof meent dat geen sprake is van een overgang van onderneming, omdat het nieuwe tuincentrum geen voorraden van de hengelsportwinkel heeft overgenomen. De Hoge Raad ziet dit anders en toetst daarbij (kort samengevat) als volgt:

- Is sprake van een overgang met identiteitsbehoud? Met andere woorden: is sprake van vervreemding van een lopend bedrijf? Is de exploitatie in feite voortgezet door een nieuwe ondernemer? Alle feiten en omstandigheden moeten daarbij worden meegewogen ingevolge het Spijkers-arrest, maar dit betreffen slechts deelaspecten.

⁴¹ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:830 (Welkoop 't Rijpje).

- Het enkele feit dat de voorraden niet door de hengelsportwinkel zijn overgedragen aan het nieuwe tuincentrum betekent niet dat er daarmee geen sprake kan zijn van een overgang van onderneming.
- Het gaat om het daadwerkelijk voortzetten of hervatten van dezelfde of een soortgelijke activiteit door een andere onderneming: hier is volgens de Hoge Raad in deze zaak sprake van.
- De uitlatingen in pers bij de opening van het nieuwe tuincentrum waarbij de werkgever, diens broer (eigenaar hengelsportwinkel) en hun ouders zich gezamenlijk presenteren als 'de familie' die de ondernemingen exploiteert, vormen een aanwijzing dat sprake is van contractuele betrekkingen. Teneinde het doel van bescherming van de werknemers bij overdracht van hun onderneming tot zijn recht te doen komen, moet het begrip overdracht krachtens overeenkomst immers ruim worden uitgelegd.

Krachtens fusie of splitsing

Tot slot kan er ook sprake zijn van een overgang van een onderneming bij een fusie of splitsing. Het moet dan wel gaan om een activafusie of -splitsing, en niet om een aandelentransactie. Is er sprake van een overname of splitsing door middel van een aandelentransactie, dan is géén sprake van een overgang van onderneming. De werkgever verandert dan namelijk niet. Alleen de aandeelhouder verandert. In geval van een aandelentransactie zijn de beschermende bepalingen bij overgang van onderneming niet van toepassing op de werknemers van de betrokken onderneming. Dat kan anders worden als *na* de aandelenoverdracht in het kader van de integratie binnen het concern, een groep personen die een onderneming vormt, overgaat van de vennootschap van wie de aandelen zijn verkocht naar een vennootschap behorende tot het concern van de koper van die aandelen.⁴² Die overgang (naar wel echt een andere werkgever binnen het concern dat de aandelen heeft gekocht) kan onder omstandigheden wel kwalificeren als een overgang van onderneming.

7.4 Rechtgevolgen overgang van onderneming

Als eenmaal kan worden geconcludeerd dat sprake is van een overgang van onderneming krachtens overeenkomst, fusie of splitsing, dan zijn beschermende bepalingen van toepassing op de werknemers die mee overgaan van de vervreemder naar de verkrijger. De werknemersbescherming uit de richtlijn bestaat uit drie 'pijlers', te weten (1) automatische overgang naar de ver-

⁴² Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 8 november 2011, *JAR* 2012/9.

krijger met behoud van rechten en plichten, (2) ontslagbescherming en (3) recht op informatie en consultatie. We zullen deze drie pijlers hieronder stuk voor stuk behandelen.

7.4.1 *Pijler 1: automatische overgang naar de verkrijger met behoud van rechten en plichten*

De eerste pijler is in de Nederlandse implementatie terug te vinden in artikel 7:663 BW: *‘Door de 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 de aldaar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger.’* De pijler bestaat eigenlijk uit twee subonderdelen, te weten de automatische overgang van de betrokken werknemers naar de verkrijger enerzijds en het behoud van de rechten en plichten van deze werknemers anderzijds.

a Overgang van rechtswege: wie gaan mee over?

Uit de regelgeving en rechtspraak kan worden afgeleid dat (i) werknemers, (ii) die in dienst zijn bij de vervreemder, (iii) en die zijn aangesteld bij het onderdeel van de onderneming dat overgaat, (iv) op het moment dat de overgang van onderneming plaatsvindt, automatisch (van rechtswege) mee overgaan naar de verkrijger, tenzij (v) deze werknemers weigeren mee over te gaan.

259

(i) Werknemers

De Richtlijn overgang van onderneming beschermt *werknemers*. Wie onder deze definitie valt, is afhankelijk van de invulling ervan door de verschillende lidstaten. Naar Nederlands recht gaat het om personen die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 BW dan wel artikel 7:615 BW (arbeidscontractanten). Deze werknemers in de zin van artikel 7:610 BW of 7:615 BW gaan dus bij een overgang van onderneming van rechtswege (automatisch) mee over op de verkrijger en hebben na de overgang recht op behoud van de arbeidsvoorwaarden die bij de vervreemder voor hen golden, waarover straks meer.

Ten aanzien van deze werknemers mag voor de toepasselijkheid van de beschermende bepalingen bij overgang van onderneming géén onderscheid worden gemaakt op basis van het aantal gewerkte of te werken uren of de duur van het contract. Het maakt dus niet uit of een werknemer parttime of fulltime werkt, of dat hij een contract voor bepaalde of voor onbepaalde tijd heeft. Het maakt verder niet uit welke functie de werknemer verricht: ook een

statutair directeur van een onderneming wordt beschermd bij een overgang van onderneming, mits hij zijn werkzaamheden krachtens een arbeidsovereenkomst verricht.⁴³ Kwalificeert de statutair directeur echter niet als een werknemer omdat hij zijn werkzaamheden niet op basis van een arbeidsovereenkomst maar een overeenkomst van opdracht verricht, dan wordt hij niet beschermd en gaat hij dus niet van rechtswege mee over.

Voor uitzendkrachten geldt dat als er sprake is van overgang van onderneming bij de inlener, de uitzendkracht niet automatisch in dienst treedt van de verkrijger. De uitzendkracht is immers geen werknemer van de vervreemder (de inlener), maar is daar slechts tewerkgesteld op basis van een uitzendovereenkomst. De uitzendkracht heeft alleen een arbeidsovereenkomst met het uitzendbureau. Gaat het uitzendbureau over op een andere (uitzend)onderneming, dan zijn de beschermende bepalingen bij overgang van onderneming daarentegen wél van toepassing, aangezien de uitzendkracht wel werknemer is van het (vervreemdende) uitzendbureau. Hetzelfde geldt in beginsel voor gedetacheerde werknemers.

Opdrachtnemers of zzp'ers gaan ook niet mee over. Zij verrichten hun werkzaamheden voor de vervreemder immers niet op basis van een arbeidsovereenkomst, maar (veelal) op basis van een overeenkomst van opdracht of een overeenkomst tot aanneming van werk.

(ii) *In dienst van de vervreemder*

De werknemer moet daarnaast *in dienst zijn van de vervreemder*.

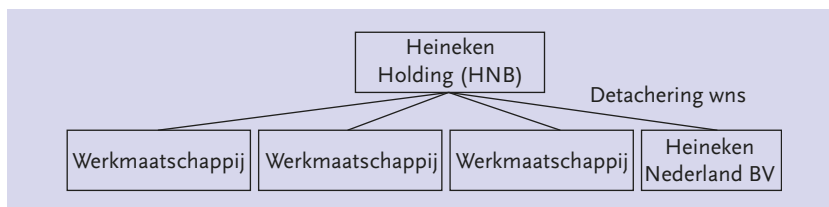
In de regel is niet moeilijk vast te stellen of een werknemer in dienst is van de vervreemder, omdat de meeste werknemers hun arbeidsovereenkomst bij de vervreemder zelf hebben. Gecompliceerder wordt het als de werknemer geen arbeidsovereenkomst met de vervreemder heeft, maar met een andere vennootschap binnen het concern waartoe de vervreemder behoort, terwijl de werknemer permanent wordt ingeleend door de vervreemder. Dit gebeurt in de praktijk regelmatig binnen concerns die een zogenoemde personeels-bv hebben.

⁴³ Zie hierover HvJ EG 11 juli 1985, 105/84, *NJ* 1988, 907 (Mikkelsen) en HR 8 oktober 1993, *JAR* 1993, 244 (Mooij Verf). De overgang van onderneming heeft echter niet tot gevolg dat de statutair bestuurder ook statutair bestuurder van de verkrijger wordt. Een benoeming van een statutair bestuurder kan namelijk alleen plaatsvinden langs de vennootschapsrechtelijke weg.

Stel dat binnen een concern al het personeel in dienst is van een personeels-bv en dus alle werknemers binnen het concern een arbeidsovereenkomst hebben met deze personeels-bv. Deze personeels-bv functioneert als centrale werkgever en detacheert de werknemers bij de afzonderlijke werkmaatschappijen binnen het eigen concern. De werknemers verrichten hun werkzaamheden dus feitelijk bij een van de afzonderlijke werkmaatschappijen van het concern. Stel dat vervolgens (een onderdeel van) een van deze werkmaatschappijen wordt overgedragen aan een andere onderneming buiten het concern en dat deze overdracht kan worden aangemerkt als een overgang van onderneming. Welke werknemers gaan dan mee over? Allereerst dient te worden gekeken wie een arbeidsovereenkomst met de vervreemder heeft. Hier wringt al direct de schoen, aangezien er geen arbeidsovereenkomst bestaat tussen de vervreemder (de werkmaatschappij) en de aldaar werkzame personen: al het personeel van het concern is immers in dienst van de personeels-bv. Dit zou betekenen dat er geen enkele werknemer van het concern mee overgaat op de verkrijger en dat de door de richtlijn beoogde bescherming van werknemers door concernwerkgevers die werken met personeels-bv-constructies (vrij gemakkelijk) kan worden ontdoken. Over deze situatie heeft het Hof van Justitie zich uitgelaten in de Heineken-zaak.⁴⁴

Binnen het Heineken-concern is al het personeel in dienst van Heineken Nederland Beheer BV (HNB). HNB fungeert als de centrale werkgever in het concern en detacheert het personeel bij de afzonderlijke werkmaatschappijen van het Heineken-concern in Nederland. Een van die werkmaatschappijen is Heineken Nederland BV.

261



Figuur 31 Werkmaatschappijen van het Heineken-concern

HNB heeft op enig moment besloten haar cateringactiviteiten – die zijn ondergebracht bij werkmaatschappij Heineken Nederland BV – vanaf 1 maart 2005 uit te besteden aan Albron Catering BV. HNB betaalt haar cateringwerknemers een vertrekpremie en Albron biedt deze werknemers vervolgens een arbeidsovereenkomst met slechtere arbeidsvoor-

⁴⁴ HvJ EU 21 oktober 2010, C-242/09, JAR 2010, 298 (Albron/FNV Bondgenoten).

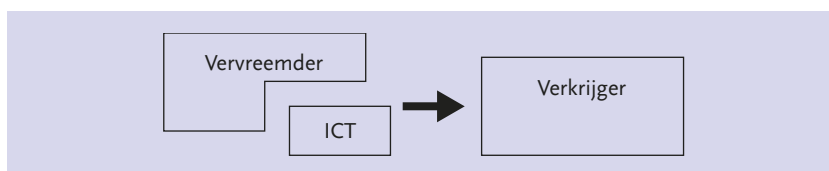
waarden aan. Een van die cateringwerknemers, de heer Roest, is al vanaf 1985 in dienst van HNB. Samen met FNV Bondgenoten stelt hij zich op het standpunt dat hij en zijn collega's van rechtswege zijn overgegaan naar Albron met behoud van hun Heineken-arbeidsvoorwaarden. HNB en Albron stellen zich op het standpunt dat de werknemers niet van rechtswege mee zijn overgegaan, omdat de werknemers een arbeidsovereenkomst hebben met HNB en niet met de werkmaatschappij Heineken Nederland BV. Het Hof van Justitie oordeelt dat er in het geval van **permanente intraconcern-detachering** in feite twee werkgevers zijn: de contractuele werkgever (i.c. HNB) en de niet-contractuele werkgever (werkmaatschappij Heineken Nederland BV). De werknemers die permanent waren gedetacheerd bij werkmaatschappij Heineken Nederland BV hadden weliswaar geen arbeidsovereenkomst met deze werkmaatschappij, maar volgens het Hof van Justitie wel een **arbeidsbetrekking**. De niet-contractuele werkgever Heineken Nederland BV kon volgens het Hof van Justitie de vervreemder zijn, nu de vervreemder in de ogen van het Hof degene is die door overgang de hoedanigheid van werkgever verliest en Heineken Nederland BV na de overdracht van de cateringactiviteiten aan Albron haar hoedanigheid van (niet-contractuele) werkgever verloor. Dat noopt volgens het Hof van Justitie tot de conclusie dat 'als er binnen een concern twee werkgevers naast elkaar bestaan, waarvan één de contractuele betrekkingen met de werknemers van het concern heeft en de ander de niet-contractuele betrekkingen, als een vervreemder in de zin van de Richtlijn ook de werkgever wordt beschouwd die verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de overgedragen eenheid, die uit dien hoofde arbeidsbetrekkingen heeft met werknemers van die eenheid, eventueel niettegenstaande het ontbreken van contractuele relaties met die werknemers'. De Hoge Raad heeft deze uitspraak van het Hof van Justitie overgenomen en beslist dat deze uitspraak ook past binnen de Nederlandse implementatiewetgeving, ondanks dat de Nederlandse wetgeving het begrip arbeidsbetrekking niet kent. De werknemers die op grond van hun arbeidsovereenkomst in dienst waren bij HNB en feitelijk op **permanente basis** voor Heineken Nederland BV werkten, zijn daardoor krachtens overgang van onderneming van rechtswege bij Albron in dienst getreden.

(iii) *Aangesteld bij (het onderdeel van) de onderneming*

De werknemer moet verder zijn aangesteld bij (het onderdeel van) de onderneming (dat) die wordt overgedragen.

Als de gehele onderneming wordt gekocht door de verkrijger, is dat makkelijk vast te stellen. Alle werknemers in dienst van de onderneming zullen dan overgaan naar de verkrijger.

Soms wordt echter niet een hele onderneming overgedragen, maar slechts een onderdeel daarvan. De hoofdregel – het hebben van een arbeidsovereenkomst met de vervreemder – biedt dan weinig soelaas, omdat alle werknemers binnen de onderneming een arbeidsovereenkomst met de vervreemder hebben. Wie van deze werknemers gaat in dat geval van rechtswege met het onderdeel dat wordt overgedragen mee over op de verkrijger? En wie blijft bij de vervreemder achter?



Figuur 32 Overgang van een deel van een onderneming

Indien een werknemer op één afdeling werkt, bijvoorbeeld op een ICT-afdeling, is het antwoord op deze vraag nog niet zo ingewikkeld. Indien de ICT voortaan wordt uitbesteed aan een externe partij, dan gaan de werknemers van deze afdeling mee over naar de verkrijger ('mens volgt werk'). Als een werknemer voor diverse afdelingen werkzaamheden verricht, omdat hij bijvoorbeeld een management- of HR-functie verricht, wordt de situatie lastiger: gaat een werknemer dan bijvoorbeeld voor slechts een deel van zijn arbeidsomvang mee over, namelijk voor het deel dat hij werkzaamheden verricht ten behoeve van de betreffende afdeling die overgaat, terwijl hij voor het overige deel werkzaam blijft voor de andere afdelingen die bij de vervreemder achter blijven? Nee. In zo'n situatie geeft de **toerekeningsleer** volgens het Hof van Justitie de doorslag. Bepalend is dan bij welk onderdeel de werknemer krachtens zijn arbeidsovereenkomst behoort. Dat wil zeggen: waar hij op grond van zijn arbeidsovereenkomst is aangesteld. In het arrest Botzen heeft het Hof van Justitie namelijk geoordeeld dat een arbeidsverhouding in hoofdzaak wordt gekenmerkt door de band tussen de werknemer en het onderdeel van de onderneming of vestiging, waarbij hij voor de uitoefening van zijn taak *krachtens zijn arbeidsovereenkomst is aangesteld*.⁴⁵ Er moet daarom worden gekeken bij welk onderdeel de werknemer volgens zijn arbeidsovereenkomst is aangesteld.

⁴⁵ HvJ EG 7 februari 1985, 186/83, NJ 1985, 902 (Botzen).

Botzen was in dienst bij de Rotterdamse Droogdok Maatschappij Heijplaat BV (RDM). Vlak voor het faillissement van RDM werd een nieuwe vennootschap opgericht, die de afdelingen Marine, algemene werktuigbouw, zware apparaten en turbines overnam. In de failliete onderneming bleven de algemene afdelingen, de stafafdeling, de afdeling scheepsreparatie en de afdeling offshore met de bijbehorende stafafdeling achter. Botzen was krachtens zijn arbeidsovereenkomst aangesteld bij een niet-overgedragen stafafdeling, maar verrichtte feitelijk zijn werkzaamheden ten behoeve van een wel overgedragen onderdeel. De vraag was of Botzen een beroep op de werknemersbescherming bij een overgang van onderneming kon doen. Volgens het Hof van Justitie hangt het behoud van rechten en plichten bij overgang van onderneming af van het antwoord op de vraag of een werknemer mee overgaat op de verkrijger. Voor het antwoord op die vraag dient volgens het Hof van Justitie te worden gekeken waar de werknemer is aangesteld en of deze afdeling het organisatorisch kader vormt waarbinnen de arbeidsverhouding is geconcretiseerd. Een arbeidsverhouding wordt volgens het Hof namelijk in hoofdzaak gekenmerkt door de band tussen de werknemer en het onderdeel van de onderneming of vestiging, waarbij hij voor de uitoefening van zijn taak krachtens zijn arbeidsovereenkomst is aangesteld. Om te beoordelen of uit een arbeidsverhouding voortvloeiende rechten en plichten op grond van de richtlijn door een overgang van onderneming zijn overgegaan, kan dus worden volstaan met de vaststelling van het onderdeel van de onderneming of vestiging waar de werknemer op grond van zijn arbeidsovereenkomst is aangesteld.

Maar wat nu als een werknemer weliswaar krachtens zijn arbeidsovereenkomst formeel is aangesteld bij het onderdeel dat overgaat, maar daar feitelijk helemaal niet meer werkt, omdat hij bijvoorbeeld geschorst of langdurig en duurzaam arbeidsongeschikt is? Gaat deze werknemer dan toch nog steeds mee over, ondanks dat hij geen werkzaamheden meer verricht voor het onderdeel? De Hoge Raad heeft zich in het arrest *Asito/Memedovic* over deze situatie uitgelaten en geoordeeld dat de betreffende werkneemster niet mee is overgegaan.⁴⁶

⁴⁶ HR 11 februari 2005, *JAR* 2005, 67 (*Asito/Memedovic*).

Werkneemster Memedovic is voor onbepaalde tijd in dienst van schoonmaakbedrijf Asito. Zij werkt gedurende zeven jaar als schoonmaakster bij de politie Rotterdam Rijnmond. Naar aanleiding van klachten van het politiebureau is mevrouw Memedovic op 17 maart 2000 door Asito geschorst en vervolgens is haar op 24 maart 2000 medegedeeld dat een ontbindingsverzoek zal worden ingediend. Hierop meldt mevrouw Memedovic zich ziek, waardoor Asito zich genoodzaakt ziet te wachten met indiening van het ontbindingsverzoek. Per 1 januari 2001 worden de schoonmaakwerkzaamheden van het politiebureau uitbesteed aan City Service. De vraag is of mevrouw Memedovic is overgegaan naar City Service, nu zij op 1 januari 2001 weliswaar nog in dienst is van Asito, maar feitelijk geen werkzaamheden verricht vanwege haar schorsing. Een terugkeer naar de werkvloer lijkt ook uitgesloten, omdat Asito op dat moment inmiddels het ontbindingsverzoek heeft ingediend. De Hoge Raad overweegt onder verwijzing naar het arrest Botzen, dat bij overdracht van een onderdeel (i.c. een project) van een onderneming, beslissend is welke werknemers betrokken zijn bij dit onderdeel. Een dergelijke toerekening is volgens de Hoge Raad echter niet meer gerechtvaardigd indien de band tussen de betrokken werknemer en het overgedragen bedrijfs onderdeel is verbroken, doordat de werknemer is geschorst en van het project is afgehaald, zonder dat enig uitzicht bestaat op terugkeer in diens oude functie. Werkneemster is derhalve niet van rechtswege in dienst getreden van City Service.

In de literatuur is kritiek op de beslissing van de Hoge Raad in de zaak Asito/Memedovic gekomen. Deze kritiek lijkt aan kracht te hebben gewonnen sinds het arrest Ricardo van het Hof van Justitie.⁴⁷

In deze Portugese zaak was werknemer Ricardo ruim drie jaar met onbetaald verlof. Naar Portugees recht betekende dit dat de arbeidsovereenkomst was geschorst met behoud van rechten, verplichtingen en waarborgen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien. De onderneming van de werkgever van Ricardo is tijdens Ricardo's periode van onbetaald verlof ontbonden, waarna een deel van de activiteiten door de gemeente Portimão wordt overgenomen, terwijl een ander deel van de activiteiten aan een ander gemeentebedrijf wordt overgedragen. Ricardo is in deze overdracht buiten beschouwing gelaten en voor ontslag voorgedragen. Ricardo vecht dit aan en voert daarbij aan dat

⁴⁷ HvJ EU 20 juli 2017, C-416/16, JAR 2017/233 (Ricardo/Portimão Urbis c.s.).

sprake is van een overgang van onderneming. Vraag waarover het Hof van Justitie zich moet buigen is of Ricardo bescherming onder de richtlijn toekomt nu hij op het tijdstip van de overgang van onderneming niet in actieve dienst was. Het Hof oordeelt dat een persoon die wegens de schorsing van zijn arbeidsovereenkomst niet in actieve dienst is, maar naar nationaal recht nog wel werknemer is, bescherming onder de richtlijn geniet.

Als duidelijk is dat de werknemer niet definitief maar slechts tijdelijk niet werkzaam is bij het onderdeel van de onderneming dat zal worden overgedragen (denk aan tijdelijke ziekte, tijdelijke detachering bij een ander bedrijfsonderdeel of net als werknemer Ricardo tijdelijk onbetaald verlof) dan gaat hij – uiteraard mits hij krachtens zijn arbeidsovereenkomst formeel gewoon nog bij dit onderdeel is aangesteld – gewoon mee over bij een overgang van onderneming.

(iv) Op het moment van de overgang van onderneming

Voorts moet de arbeidsovereenkomst van de betrokken werknemer op het moment van de overgang nog bestaan. Dit betekent dat als een arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt (vlak) voorafgaande aan de overgang, de werknemer niet mee overgaat.⁴⁸ De werknemer is dan immers op het tijdstip van de overgang niet meer in dienst van de vervreemder. Wordt de werknemer daarna aangenomen door de verkrijger, dan is het leerstuk van overgang van onderneming nog steeds niet van toepassing op deze werknemer: de werknemer was op het moment van de overgang immers niet meer in dienst van de vervreemder.⁴⁹ Werknemers van wie de arbeidsovereenkomst voor de overgang is opgezegd, maar van wie de opzegtermijn nog loopt, gaan daarentegen wel mee over. Zij zijn dus voor de resterende (relatief korte) duur van de opzegtermijn in dienst van de verkrijger gekomen. Is de arbeidsovereenkomst voorafgaand aan de overgang van onderneming opgezegd in strijd met het in paragraaf 7.4.2 nog te bespreken ontslagverbod, dan moet de werknemer geacht worden op het moment van de overgang van onderneming nog steeds in dienst van de vervreemder te zijn geweest, en daarmee dus over te zijn gegaan op de verkrijger.

(v) Tenzij de werknemer weigert mee over te gaan

Tot slot geldt dat een werknemer niet verplicht kan worden om mee over te gaan naar de verkrijger. Als een werknemer niet van rechtswege bij de verkrij-

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld HR 11 mei 2012, *JAR* 2012/150 (Van Tuinen/Connexxion).

⁴⁹ HR 11 mei 2012, *JAR* 2012/150 (Van Tuinen/Connexxion).

ger in dienst wil treden, staat het hem vrij dat te weigeren. In tijden van een krappe arbeidsmarkt of indien de werknemers een sleutelrol spelen binnen de overgenomen onderneming, kan dat best bezwaarlijk zijn voor de verkrijger. Maar werknemers kunnen simpelweg niet worden verplicht bij de verkrijger in dienst te treden. Een verplichte overgang zou in strijd zijn met het grondrecht op vrije arbeidskeuze (art. 19 Grondwet).

Als een onderdeel van een onderneming of concern overgaat, kan het best zijn dat een werknemer liever bij de vertrouwde vervreemder achterblijft. Een recht om in dat geval bij de vervreemder in dienst te blijven, hebben werknemers echter niet.⁵⁰ Uitgangspunt van de richtlijn is namelijk dat de onderneming en de daaraan verbonden werknemers één geheel vormen. Het werkgeverschap van de vervreemder eindigt daarom in beginsel automatisch, zodra de onderneming overgaat. Indien de werknemer expliciet en ondubbelzinnig weigert mee over te gaan, resulteert dit volgens het Hof van Justitie in het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst, zonder dat de werknemer daarmee in dienst treedt bij de verkrijger.⁵¹ De Hoge Raad heeft deze lijn in de arresten Boode/De Waterlijn en Veenendaal/Van Vuuren gevolgd.⁵² Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat de arbeidsverhouding tussen werknemer en vervreemder op de datum van de overgang van onderneming tot een einde komt, indien de werknemer niet mee over wil naar de verkrijger. De werknemer dient wel 'duidelijk', 'ondubbelzinnig' en in 'vrije wil' afstand te hebben gedaan van zijn recht om mee over te gaan naar de verkrijger.

267

De werknemer die niet mee over wil gaan naar de verkrijger omdat de overgang voor hem tot gevolg heeft dat hij nadelen in zijn arbeidsvoorwaarden ondervindt, doet er overigens verstandiger aan om een beroep op artikel 7:665 BW te doen. Hierover later meer.

b Behoud van rechten en plichten: wat gaat er zonder meer mee over?

Uit artikel 7:663 BW volgt als gezegd niet alleen dat de werknemers betrokken bij een overgang van onderneming van rechtswege mee overgaan naar de verkrijger, maar ook dat dit met behoud van al hun rechten en verplichtingen is.

⁵⁰ In Duitsland hebben werknemers dit 'Widerspruchsrecht' wel.

⁵¹ HvJ EG 11 juli 1985, 105/84, NJ 1988, 907 (Mikkelsen/Danmols Inventar).

⁵² HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 240 (Boode/De Waterlijn) en HR 26 mei 2000, JAR 2000, 152 (Veenendaal/Van Vuuren).

Bij rechten kan worden gedacht aan de functie van de betrokken werknemers en hun brutomaandsalaris, maar ook aan het vakantiegeld, dertiende maand, bonussen, onkostenvergoedingen, winstdelingen, het moment van uitbetaling van het salaris, het aantal vakantiedagen per jaar, vaste werkdagen, bepaalde toeslagen, enzovoort. Bij plichten kan worden gedacht aan bijvoorbeeld een non-concurrentie- en/of relatiebeding. De algemene overgang van rechten en verplichtingen is evenwel beperkt tot reeds op het moment van de overgang van onderneming bestaande rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst van de betrokken werknemers. De verkrijger treedt eigenlijk volledig in de rechten en verplichtingen van de vervreemder jegens de betrokken werknemers op het moment van de overgang. Omdat de rechten en verplichtingen die uit de verhoudingen tussen de werknemers en de vervreemder voortvloeien *van rechtswege* mee overgaan bij een overgang van onderneming, hoeft er geen nieuwe arbeidsovereenkomst te worden overeengekomen met de verkrijger. In de praktijk vraagt een verkrijger vaak wel aan de naar hem overgekomen werknemers om een nieuwe arbeidsovereenkomst te tekenen.

Ook de schulden die de vervreemder voorafgaand aan de overgang van onderneming uit hoofde van de arbeidsovereenkomst heeft aan de werknemers gaan mee over. Datzelfde geldt voor nog niet-opeisbare arbeidsvoorwaarden, zoals een salaristoezegging voor de toekomst. Het moet wel steeds gaan om werkelijk bestaande rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Een enkele toekomstverwachting van een werknemer zonder concrete toezegging van de vervreemder die aan die verwachting ten grondslag ligt, kan niet worden aangemerkt als een uit de arbeidsovereenkomst met de vervreemder voortvloeiend recht.

c Behoud van rechten en plichten: wat gaat niet zonder meer mee over?

Niet alle arbeidsvoorwaarden gaan echter zonder meer mee over naar de verkrijger. Uitzondering zijn (i) de anciënniteit, (ii) bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden, (iii) het ouderdomspensioen en (iv) de rechten die voortvloeien uit de cao.

(i) Anciënniteit

De anciënniteit van een werknemer (het aantal jaren dat de werknemer in dienst is van de werkgever) wordt in de praktijk door werknemers gevoeld als een recht en dus iets dat bij overgang van onderneming mee over zou moeten gaan op de verkrijger. Dat is het volgens het Hof van Justitie echter niet zonder meer het geval: alleen als de anciënniteit medebepalend is voor de bereke-

ning van bepaalde financiële rechten van de werknemer, gaat de anciënniteit mee over naar de verkrijger.⁵³ Denk hierbij aan een vergoeding bij afloop van de arbeidsovereenkomst, de lengte van de opzegtermijn⁵⁴ of salarisverhogingen. In dat geval dient de verkrijger de anciënniteit van de overgekomen werknemer bij de vervreemder (en diens rechtsvoorgangers) te respecteren. In situaties waarin de anciënniteit relevant is voor de salariëring van de werknemer bij de verkrijger – omdat het niet of slechts gedeeltelijk meenemen ervan anders zou leiden tot een wezenlijk salarisverlies voor de werknemer in vergelijking met zijn situatie onmiddellijk voorafgaand aan de overgang van onderneming – moet de anciënniteit (gedeeltelijk) worden meegenomen.⁵⁵

In Nederland hebben we ervoor gekozen overgenomen werknemers daarbovenop nog aanvullende bescherming toe te kennen door bij een rechtsvoorganger (i.c. de vervreemder) opgebouwde anciënniteit mee te nemen bij het bepalen van de ontslagvolgorde op grond van het afspiegelingsbeginsel.

(ii) *Bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden*

Het is voor een verkrijger niet altijd eenvoudig om overgenomen werknemers exact dezelfde arbeidsvoorwaarden te bieden als zij voorheen bij de vervreemder hadden. Het kan zelfs zo zijn dat de verkrijger bepaalde arbeidsvoorwaarden zelf helemaal niet kan aanbieden of slechts tegen heel hoge kosten. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin werknemers bij de vervreemder, zijnde een luchtvaartmaatschappij, ieder jaar een gratis vlucht mogen maken, terwijl de verkrijger, een cateringbedrijf, dit zelf niet kan aanbieden. De gratis vlucht is een voorbeeld van een bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarde. Volgens de heersende leer gaan ook deze arbeidsvoorwaarden over, maar in sommige gevallen lijken uitzonderingen toegestaan. Met name als het voor de verkrijger feitelijk gezien niet mogelijk is een bepaalde bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarde aan te bieden, kan een uitzondering worden gemaakt.⁵⁶ Hierbij kan gedacht worden aan personeelskorting op producten die de verkrijger niet aanbiedt. Wel kan het zijn dat de verkrijger dan een schadevergoeding dient te betalen. Indien bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden niet kunnen worden

53 HvJ EG 14 september 2000, C-343/98, JAR 2000/225 (Collino&Chiappero/Telecom Italia).

54 HvJ EU 6 april 2017, C-336/15, JAR 2017/118 (Unionen/Almega Tjänsteförbunden e.a.).

55 HvJ EU 6 september 2011, C-108/10, JAR 2011/262 (Scattolon/Ministero dell'Instrumenzione, dell Università e della Ricerca).

56 Hof Den Bosch 17 juli 2007, JAR 2007, 211 (Astron) en ook Ktr. Amsterdam 10 november 2008, JAR 2008, 302 (Donnelly/Arends).

nagekomen, is financiële compensatie wel altijd geboden, in de vorm van andere gelijkwaardige aanspraken of een redelijke vergoeding.

(iii) *Ouderdomspensioen*

De Richtlijn overgang van onderneming bepaalt dat rechten op ouderdomsuitkeringen, invaliditeitsuitkeringen en nabestaandenuitkeringen in beginsel niet mee overgaan bij overgang van onderneming. De lidstaten kunnen evenwel toch voor een overgang van deze rechten kiezen. Tot 1 juli 2002 gingen rechten en verplichtingen uit pensioen- en spaarregelingen in Nederland niet van rechtswege mee over bij een overgang van onderneming. Sinds 1 juli 2002 is het uitgangspunt echter dat de pensioenovereenkomst wel mee overgaat op de verkrijger (art. 7:664 BW). De Nederlandse wetgever vond dat rechten en verplichtingen uit pensioentoezeggingen en spaarregelingen als bedoeld in de toen geldende Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) arbeidsvoorwaarden zijn die zo veel mogelijk beschermd moeten worden bij overgang van onderneming.

Op het uitgangspunt van overgang van de pensioenregeling van de vervreemder naar de verkrijger zijn echter uitzonderingen mogelijk. De volgende drie situaties kunnen daarbij worden onderscheiden:

- a. de vervreemder heeft geen pensioenregeling, de verkrijger wel;
- b. de vervreemder heeft een pensioenregeling, de verkrijger niet; en
- c. de vervreemder en de verkrijger hebben beide een pensioenregeling, maar deze zijn verschillend.

Heeft de vervreemder geen pensioenregeling maar de verkrijger wel, dan gaat de bij de verkrijger geldende pensioenregeling gelden voor de overgenomen werknemers. In dat geval is volledige handhaving van de arbeidsvoorwaarden van de vervreemder volgens de wetgever niet wenselijk. In artikel 9 Pensioenwet is daarom opgenomen dat door de overgang van onderneming waarbij de vervreemder met de aan de onderneming verbonden werknemers geen pensioenovereenkomst heeft gesloten, de verkrijger geacht wordt op het moment van de overgang het aanbod tot het sluiten van eenzelfde pensioenovereenkomst te hebben gedaan aan de werknemers van de vervreemder als welke overeenkomst hij voor het tijdstip van de overgang met zijn eigen werknemers heeft gesloten. De verkrijger mag de werknemers dus in zijn eigen pensioensysteem onderbrengen. Hij hoeft daarbij geen rekening te houden met de anciënniteit van de werknemers.⁵⁷

⁵⁷ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 106.

Heeft de verkrijger geen eigen pensioenregeling en de vervreemder wel, dan geldt de standaardregel uit artikel 7:663 en 7:664 BW en gaan de pensioenrechten van de werknemers van de vervreemder automatisch mee over op de verkrijger. In dit geval gaat de anciënniteit van de werknemer wel mee over, omdat deze dan wel als financieel recht te kwalificeren is.

Indien de verkrijger een pensioenregeling heeft die anders luidt dan de pensioenregeling van de vervreemder, dan kan de verkrijger ervoor kiezen zijn eigen pensioenregeling op de overgenomen werknemers toe te passen, zelfs als die pensioenregeling minder gunstig is. De verkrijger dient dan echter wel vóór de overgang van onderneming aan de over te nemen werknemers bekend te maken dat hij zijn eigen pensioenregeling op hen wenst toe te passen. Doet hij dit niet, dan gaat de pensioenregeling van de vervreemder automatisch mee over. Overigens geldt voornoemde keuzemogelijkheid voor de verkrijger tussen toepassing van zijn ‘eigen’ pensioenregeling en die van de vervreemder niet als de verkrijger onder een verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregeling valt en de overgekomen werknemers onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds zullen komen te vallen (art. 7:664 lid 1 sub b BW). Vallen zowel de vervreemder als de verkrijger onder dezelfde verplichte bedrijfstakpensioenregeling, dan zal deze uiteraard na de overgang van onderneming van toepassing blijven op de werknemers (art. 7:664 lid 2 BW).

271

Tot slot verdient het nog opmerking dat het op grond van artikel 7:664 lid 1 sub c BW mogelijk is om bij cao af te wijken van het uitgangspunt dat de pensioenregeling bij overgang van onderneming mee overgaat.

(iv) Cao

Bij een overgang van onderneming kan de verkrijger te maken krijgen met twee cao's die van toepassing zijn: zijn eigen (ondernemings- en/of bedrijfstak) cao en de cao van de vervreemder. Uitgangspunt is dat de verkrijger de arbeidsvoorwaarden uit de cao die bij de vervreemder gold na de overgang van onderneming op dezelfde wijze dient te handhaven. Deze verplichting geldt echter slechts tot het tijdstip waarop de cao wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere cao in werking treedt of wordt toegepast.

De positie van de cao bij overgang van onderneming is in Nederland geregeld in artikel 14a WCAO. Voor een algemeen verbindend verklaarde cao is deze terug te vinden in artikel 2a WAVV. Volgens deze twee artikelen gaan de rechten en verplichtingen uit hoofde van een cao (dus de zogenoemde horizontale

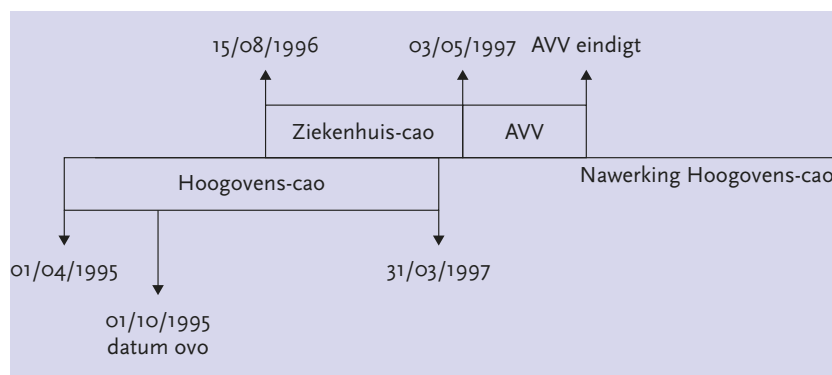
of normatieve bepalingen uit de cao) van rechtswege over op de verkrijger, maar eindigen zij op het tijdstip waarop (1) de verkrijger wordt gebonden aan een *na* de overgang van onderneming tot stand gekomen (nieuwe) cao, (2) de verkrijger verplicht wordt een algemeen verbindend verklaarde cao *na* te komen, of (3) de tijdsduur van de overgegane cao die bij de vervreemder gold, is verstreken. Het intreden van een van deze drie gebeurtenissen zorgt er in feite voor dat de handhavingsverplichting van de verkrijger ten aanzien van de overgegane cao op grond van artikel 14a WCAO (of art. 2a WAVV) eindigt.

Het eindigen van deze handhavingsverplichting betekent echter nog niet dat de verkrijger niets meer te maken heeft met de 'oude' cao die met de werknemers mee is overgegaan. Aan deze cao komt na het verstrijken van de tijdsduur immers gewoon naderbij toe: de verkrijger zal de geëxpireerde cao van de vervreemder dus in beginsel ook na het verstrijken van de tijdsduur op de overgenomen werknemers moeten blijven toepassen (zie over het cao-recht hoofdstuk 3). In dit verband is het arrest Rode Kruis/Te Riet van belang.⁵⁸

Werknemer Te Riet is op 1 maart 1979 in dienst getreden van Hoogovens als verpleegkundige in de verbandkamer. Deze verbandkamer wordt op 1 oktober 1995 overgedragen aan het Rode Kruis Ziekenhuis. Er is sprake van een overgang van onderneming. Tot het moment van de overgang wordt op Te Riet de Hoogovens-cao toegepast, welke loopt van 1 april 1995 tot 31 maart 1997. Deze cao is dus van toepassing op het moment van de overgang van de verbandkamer. Op het Rode Kruis Ziekenhuis is ten tijde van de overgang de Ziekenhuis-cao van toepassing, welke cao het ziekenhuis vanaf de overgang op Te Riet toepast. De (standaard) Ziekenhuis-cao is echter minder gunstig dan de Hoogovens-cao. Op 15 augustus 1996 is een nieuwe Ziekenhuis-cao tot stand gekomen, welke op 3 mei 1997 algemeen verbindend wordt verklaard. Te Riet is geen lid van de vakbond die de Ziekenhuis-cao heeft gesloten, en hij heeft ook niet ingestemd met de toepasselijkheid van deze cao op zijn arbeidsovereenkomst. Te Riet vordert (1) betaling van het verschil tussen het salaris dat hem ingevolge de Hoogovens-cao zou toekomen, (2) tewerkstelling voor maximaal 33,6 uur per week in plaats van 36 uur, alsmede (3) een verklaring voor recht dat het Rode Kruis Ziekenhuis gebonden is aan de rechten en verplichtingen die volgen uit zijn arbeidsovereenkomst met Hoogovens, inclusief de arbeidsvoorwaarden uit de Hoogovens-cao. De rechtbank verklaart voor recht dat het ziekenhuis tot 3 mei 1997 (de datum waarop de Ziekenhuis-cao algemeen verbindend wordt verklaard) en zo lang de arbeidsovereenkomst tussen partijen voortduurt, telkens vanaf de datum waarop de geldende Ziekenhuis-

⁵⁸ HR 10 januari 2003, NJ 2003, 38 (Rode Kruis/Te Riet).

cao expireert tot de datum waarop de volgende algemeen verbindend wordt verklaard, gebonden is aan de rechten en plichten die volgen uit de arbeidsovereenkomst van Te Riet met Hoogovens, inclusief de Hoogovens-cao. Dit vloeit volgens de rechtbank voort uit het feit dat de rechten en verplichtingen conform artikel 7:663 BW jo. artikel 14a WCAO uit de arbeidsovereenkomst van rechtswege op het ziekenhuis zijn overgegaan en Te Riet niet gebonden is aan de Ziekenhuis-cao. Slechts gedurende de tijd dat de Ziekenhuis-cao algemeen verbindend is verklaard, gaan de bepalingen van die cao voor op die uit de arbeidsovereenkomst met Hoogovens. De rechtbank oordeelt met andere woorden dat het Rode Kruis Ziekenhuis Te Riet buiten de periodes van algemeenverbindendverklaring van de Ziekenhuis-cao moet tewerkstellen en belonen conform de Hoogovens-cao zoals deze tot 31 maart 1997 gold. Het Rode Kruis Ziekenhuis stelt zich in cassatie op het standpunt dat de bepalingen van de Hoogovens-cao na de datum van expiratie niet meer kunnen nawerken op de arbeidsovereenkomst van Te Riet. De Hoge Raad bevestigt echter het oordeel van de rechtbank omtrent de werking van artikel 14a WCAO en voegt daaraan toe dat de richtlijn in artikel 3 lid 3 weliswaar bepaalt wanneer de gebondenheid van de verkrijger aan de cao-bepalingen van de vervreemder eindigt – namelijk als de cao van de vervreemder afloopt of de verkrijger gebonden wordt aan een nieuwe cao – maar dat het antwoord op de vraag welke gevolgen dit heeft voor de individuele arbeidsovereenkomst van de overgenomen werknemer moet worden beantwoord aan de hand van de nationale wetgeving. De nawerking van cao-bepalingen in Nederland kan de eindigingsgronden van artikel 14a Wet CAO (en de richtlijn) dus doorkruisen.



Figuur 33 Cao's bij overgang van onderneming

De rechten en verplichtingen uit hoofde van een cao gaan dus van rechtswege mee over van de vervreemder op de verkrijger, maar slechts tijdelijk, namelijk totdat een van de hierboven genoemde beëindigingsgronden uit artikel 14a

WCAO of artikel 2a WAVV zich voordoet. Daarna ontstaat er nawerking, behalve als een algemeen verbindend verklaarde cao mee is overgegaan, welke niet op een andere wijze dan door die algemeenverbindendverklaring van toepassing was.

Maar wat geldt er als in de arbeidsovereenkomst van de betrokken werknemer is opgenomen dat een bepaalde cao op de arbeidsovereenkomst van toepassing is: is zo'n (incorporatie)beding dan ook een recht dat bij een overgang van onderneming mee overgaat naar de verkrijger? Het Hof van Justitie heeft zich hier in drie arresten over uitgelaten.

In het arrest Werhof diende het Hof van Justitie zich uit te laten over de vraag of werknemer Werhof op basis van het in zijn arbeidsovereenkomst opgenomen incorporatiebeding een beroep kon doen op een na de overgang van onderneming in de bedrijfstak-cao Metaal opgenomen loonsverhoging.⁵⁹ Meer in het bijzonder diende het Hof in te gaan op de vraag of de overgang van de CAO Metaal een statisch karakter had (d.w.z. dat de arbeidsvoorwaarden als het ware op het moment van de overgang worden bevroren en de werknemers slechts op die voorwaarden aanspraak kunnen maken) of een dynamisch karakter (de arbeidsvoorwaarden uit de cao gaan over inclusief toekomstige veranderingen, zoals loonstijgingen, in die cao). Omdat in de arbeidsovereenkomst van de werknemer met de vervreemder werd verwezen naar de cao voor de bepaling van de hoogte van het loon, oordeelt het Hof dat de hieraan gekoppelde rechten en plichten voor de vervreemder waren overgegaan naar de verkrijger. De verkrijger is hierdoor op dezelfde manier aan de cao gebonden als de vervreemder dat voor de overgang was, zij het dat het incorporatiebeding geen grotere reikwijdte kan hebben dan de versie van de cao waarnaar het beding verwees. Het Hof van Justitie merkt verder op dat, als aan de contractuele verwijzingsclausule naar de CAO Metaal een dynamische uitlegging zou worden gegeven, dit tot gevolg heeft dat ook toekomstige cao's van toepassing worden op de verkrijger, terwijl hij zelf geen partij is bij de cao. Dit zou zijn fundamentele recht om zich niet te verenigen kunnen aantasten. Bij een statische uitlegging wordt zijn recht zich niet te verenigen daarentegen ten volle gewaarborgd. Het Hof concludeert dat Werhof daarom niet kon betogen dat een clausule in een arbeidsovereenkomst die verwijst naar een bedrijfstak-cao 'noodzakelijkerwijze een "dynamisch" karakter heeft en ook verwijst naar collectieve overeenkomsten die na de datum van overgang van de onderneming worden gesloten'.

59 HvJ EG 9 maart 2006, C-499/04, JAR 2006/83 (Werhof).

In het hierop volgende arrest Parkwood stond de vraag centraal of een dynamisch geformuleerd incorporatiebeding (waarin expliciet naar van tijd tot tijd geldende collectieve overeenkomsten is verwezen) ook na de overgang van onderneming dynamisch blijft of juist statisch wordt.⁶⁰ De vraag die aan het Hof van Justitie werd voorgelegd kwam er in feite op neer of de richtlijn verbiedt, toestaat of verlangt dat de lidstaten de overdracht van dynamische verwijzingsclausules in arbeids-overeenkomsten naar collectieve overeenkomsten aanvaarden. Het Hof stelde vast dat een dynamisch incorporatiebeding gunstiger is voor de betrokken werknemers. Dat is echter niet doorslaggevend: de richtlijn beoogt immers niet alleen de belangen van de werknemers te beschermen, maar wil een billijk evenwicht bereiken tussen hun belangen en die van de verkrijger. Meer in het bijzonder moet 'de verkrijger de aanpassingen en veranderingen kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt'. Bij een overgang van onderneming van een publieke rechtspersoon naar een private rechtspersoon, zoals in Parkwood aan de orde, moet volgens het Hof worden aangenomen dat de verkrijger zijn activiteiten niet kan voortzetten zonder aanzienlijke aanpassingen en veranderingen door te voeren, vanwege de verschillen in arbeidsvoorwaarden binnen die sectoren. Een dynamisch incorporatiebeding dat verwijst naar collectieve overeenkomsten die worden vastgesteld na de datum van overgang van de ondernemingen en die zien op de publieke sector, kan de manoeuvreerruimte die een private verkrijger nodig heeft om aanpassingsmaatregelen te treffen aanmerkelijk beperken. Dat beding kan daarmee het evenwicht tussen de belangen van de verkrijger als werkgever en die van de werknemers verstoren. Daar komt volgens het Hof van Justitie bij dat de richtlijn moet worden uitgelegd met inachtneming van de grondrechten zoals die in het Handvest zijn geformuleerd. Artikel 3 van de richtlijn moet dan ook in overeenstemming zijn met artikel 16 van het Handvest (dat ziet op de vrijheid van ondernemerschap). Het Hof meent daarom dat artikel 3 van de richtlijn zo moest worden uitgelegd 'dat het zich verzet tegen bepalingen van een lidstaat op grond waarvan, bij overgang van een onderneming, de verkrijger gebonden is aan dynamische clausules die verwijzen naar collectieve overeenkomsten waarover nog wordt onderhandeld en die worden vastgesteld na de datum van overgang, wanneer die verkrijger niet de mogelijkheid heeft om deel te nemen aan de onderhandelingen over dergelijke na de overgang gesloten collectieve overeenkomsten.'

60 HvJ EU 18 juni 2013, C-426/11, JAR 2013/216 (Alemo-Herron/Parkwood).

In het arrest Asklepios oordeelde het Hof van Justitie ten slotte dat artikel 3 van de richtlijn niet belet dat een dynamisch geformuleerd incorporatiebeding ook na de overgang van onderneming gevolgen blijft hebben:⁶¹ als de vervreemder en de werknemers zo'n beding zijn overeengekomen en dat beding van kracht is op het moment van de overgang, dan gaat deze verplichting in beginsel mee over op de verkrijger. Wel dienen ten aanzien van een dynamisch geformuleerd incorporatiebeding niet alleen de belangen van de werknemers te worden beschermd, maar moet een billijk evenwicht tussen de belangen van die werknemers en die van de verkrijger worden verzekerd. De verkrijger moet met name na de overgang de aanpassingen en veranderingen kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten hem noopt. In het bijzonder moet de verkrijger, mede in het licht van de vrijheid van ondernemerschap, zijn belangen doeltreffend kunnen doen gelden en kunnen onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de ontwikkeling van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers. Artikel 3 van de richtlijn, in samenhang met artikel 16 van het Handvest gelezen, moet volgens het Hof zo worden uitgelegd dat bij de overgang van onderneming het behoud van de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder uit een arbeidsovereenkomst voortvloeien, zich uitstrekt tot een dynamisch geformuleerd incorporatiebeding, wanneer het nationale recht zowel in consensuele als in eenzijdige aanpassingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet. Het Hof van Justitie lijkt met dit laatste arrest een nieuwe route te kiezen. Het uitgangspunt lijkt te zijn geworden dat een dynamisch geformuleerd incorporatiebeding ook overgaat op de verkrijger. Voorwaarde is daarbij wel dat het nationale recht consensuele en eenzijdige wijziging hiervan mogelijk maakt. Deze nieuwe route is echter niet onproblematisch. Aanpassing van arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming is namelijk, zoals in de volgende paragraaf zal blijken, niet gemakkelijk. De lat voor eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden ligt, zoals we in hoofdstuk 4 hebben gezien, hoog. Mogelijk dat de Nederlandse rechter bij een door de verkrijger na de overgang gewenste wijziging van arbeidsvoorwaarden die door toepassing van een incorporatie beding mee zijn overgegaan, deze met een beroep op het arrest Asklepios verlaagt.⁶²

Bij cao kunnen, zoals we in hoofdstuk 5 hebben gezien, afspraken worden gemaakt over de ontslagvolgorde bij reorganisatie (art. 7:669 lid 6 BW). Als

⁶¹ HvJ EU 27 april 2017, C-680/15, C-681/15, JAR 2017/152 (Asklepios/Felja en Graf).

⁶² A.G. Veldman, Dynamisch incorporeren na Asklepios, TAP 2017/339.

hoofdreel gaat een zo'n ontslag-cao ook mee over.⁶³ Het is aannemelijk dat een separaat overeengekomen en op de arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer van toepassing geworden ontslagvolgorde als een tussen hen geldend recht c.q. geldende verplichting kan worden gezien. Dat kan de verkrijger in een vervelende situatie brengen, omdat hij in zo'n geval te maken krijgt met twee systemen om de ontslagvolgorde bij reorganisatie te bepalen: het wettelijke systeem of het eigen cao-systeem (als ook de verkrijger een eigen cao-systeem kent) voor de werknemers die reeds bij de verkrijger in dienst waren enerzijds en het systeem uit de overgenomen ontslag-cao voor de werknemers die zijn overgegaan anderzijds. Dat probleem zou ten dele kunnen worden verholpen door aanpassing van artikel 14a Wet CAO en artikel 2a Wet AVV op zo'n wijze dat de verkrijger onmiddellijk zijn eigen cao mag toepassen op de overgegangene werknemers. Artikel 3 lid 3 van de richtlijn staat dat toe.⁶⁴

d Harmonisatie en wijzigen van arbeidsvoorwaarden

De automatische overgang van rechten en verplichtingen kan tot gevolg hebben dat de verkrijgende werkgever met twee (of zelfs meer) van elkaar verschillende arbeidsvoorwaardenpakketten te maken krijgt: zijn 'eigen' arbeidsvoorwaardenpakket voor de werknemers die al bij hem in dienst waren en het arbeidsvoorwaardenpakket van de vervreemder voor de werknemers van de overgenomen onderneming. Het behoeft weinig betoog dat dit vanuit administratief oogpunt niet prettig is en bovendien tot wrijvingen tussen de verschillende werknemers kan leiden. De verkrijgende werkgever zal dan ook vaak graag tot harmonisatie van arbeidsvoorwaarden willen overgaan. In de praktijk gebeurt dit ook regelmatig en meestal leidt dit niet tot grote problemen. Dat neemt niet weg dat het harmoniseren van arbeidsvoorwaarden vanuit juridisch perspectief bezien niet zonder risico's is, omdat het in beginsel in strijd is met de regel dat alle rechten en plichten van de betrokken werknemers van rechtswege overgaan van de vervreemder op de verkrijger. Het belang van de overgenomen werknemers bij handhaving van hun arbeidsvoorwaarden weegt in de ogen van de Europese wetgever (en het Hof van Justitie) daarbij in beginsel zwaarder dan het belang van de verkrijger en het reeds vóór de overgang bij hem werkzame personeel bij het bestaan van een uniform arbeidsvoorwaardenpakket.

63 Zie ook Ktr. Amsterdam 23 december 2013 en 30 juni 2014, JAR 2014/180 (KPN), waarin een als cao aangemeld sociaal plan overging op de verkrijger.

64 Zie R.M. Beltzer, Enkele aspecten van cao-recht, TAP 2014/1, p. 76.

De verkrijger is met andere woorden eigenlijk verplicht om de arbeidsvoorwaarden van de vervreemder op de overgenomen werknemers toe te passen. Het behoud van rechten en plichten bij overgang van onderneming is volgens het Hof van Justitie van dwingend recht, zelfs van openbare orde, waardoor het niet mogelijk is hiervan af te wijken.⁶⁵ Wijziging of harmonisatie van arbeidsvoorwaarden *vanwege* de overgang van onderneming is dan ook niet toegestaan, zelfs niet als de overgenomen werknemers en vakbonden hiermee instemmen. Werknemers kunnen namelijk geen afstand doen van de rechten die zij hebben bij overgang van onderneming. De verkrijger kan ook niet een bepaalde arbeidsvoorwaarde achterwege laten met het argument dat de overgenomen werknemer er per saldo niet op achteruitgaat omdat hij er een andere arbeidsvoorwaarde voor terugkrijgt. Het Hof van Justitie heeft in dat kader in de zaak *Daddy's Dance Hall* geoordeeld dat pakketvergelijking niet is toegestaan.⁶⁶

In de zaak *Daddy's Dance Hall* vond een overdracht plaats van een restaurant. Werknemer de heer Tellerup was chef bij dit restaurant. In verband met de overgang van het restaurant eiste de heer Tellerup van de verkrijger dat zijn commissieloon zou worden omgezet in een vast salaris en een wederzijdse proeftijd van drie maanden. De verkrijger stemde hiermee in. Tijdens de proeftijd deed de verkrijger vervolgens een beroep op de proeftijdbepaling, waardoor de heer Tellerup werd ontslagen. De heer Tellerup stelde zich vervolgens op het standpunt dat de (nota bene op zijn initiatief overeengekomen) proeftijdbepaling in strijd met de Richtlijn overgang van onderneming was overeengekomen. Het Hof van Justitie moest de vraag beantwoorden of een werknemer bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst met de verkrijger afstand kon doen van de rechten die hij aan de richtlijn ontleende als hij er daartegenover zulke andere voordelen voor terugkreeg dat hij er per saldo door de wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden niet op achteruitging. Het Hof van Justitie oordeelde van niet, omdat de bescherming van de werknemer uit de richtlijn van dwingend recht en zelfs van openbare orde is en partijen er daarom niet over kunnen beschikken, althans in zoverre dat niet in ongunstige zin voor de werknemer van de richtlijn mag worden afgeweken.

65 HvJ EG 10 februari 1988, 324/86, NJ 1990, 423 (*Daddy's Dance Hall*).

66 HvJ EG 12 november 1992, C-209/91, JAR 1993, 15 (*Watson Rask*) en HvJ EG 10 februari 1988, 324/86, NJ 1990, 423 (*Daddy's Dance Hall*).

Volgens het Hof van Justitie is het in beginsel (dus) niet mogelijk om de arbeidsvoorwaarden van overgenomen werknemers te wijzigen/harmoniseren. Er is echter een uitzondering op deze regel: indien het toepasselijk nationaal recht een wijziging van arbeidsvoorwaarden toestaat, dan mogen de arbeidsvoorwaarden worden gewijzigd onder de voorwaarde dat die wijziging losstaat van de overgang van onderneming zelf (dus géén wijziging vanwege de overgang van onderneming).⁶⁷ Dit betekent dat de arbeidsvoorwaarden van overgenomen werknemers na de overgang in Nederland kunnen worden gewijzigd indien:

1. de werknemer expliciet en ondubbelzinnig instemt met de wijziging;
2. de verkrijgende werkgever een terecht beroep op artikel 7:611 BW kan doen (zie par. 4.5);
3. de arbeidsovereenkomst een eenzijdig wijzigingsbeding ex artikel 7:613 BW bevat en de verkrijgende werkgever een zwaarwichtig bedrijfsbelang heeft waarvoor de belangen van de werknemer bij behoud van zijn arbeidsvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid moet wijken (zie par. 4.6.1);
4. de verkrijgende werkgever een terecht beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 BW kan doen (zie par. 4.6.2); of
5. de verkrijgende werkgever een terecht beroep op onvoorziene omstandigheden ex artikel 6:258 BW kan doen (zie hiervoor par. 4.6.3);

279

mits de reden van de wijziging niet de overgang van onderneming is.⁶⁸ Deze toevoeging mag niet uit het oog worden verloren. Over de vraag wanneer de overgang van onderneming de reden van wijziging van arbeidsvoorwaarden is, heeft het Hof van Justitie zich uitgelaten in het arrest Martin e.a./SBU:

Martin was als docent verpleegkunde in dienst van de Britse National Health Service (NHS). Hij beschikte over een NHS-arbeidsvoorwaardenpakket. Per 1 november 1994 ging de verpleegkundeopleiding bij wijze van overgang van onderneming over op South Bank University (SBU). Voor Martin bleven alle NHS-arbeidsvoorwaarden gelden, met uitzondering van de vroegpensioenregeling. Martin moest zich aansluiten (bij de minder gunstige) SBU-vroegpensioenregeling. Om überhaupt met vroegpensioen te kunnen (hiervoor was namelijk toestemming van de werkgever nodig en SBU wilde deze toestemming alleen geven als Martin zou instemmen met de SBU-vroegpensioenregeling)

⁶⁷ HvJ EG 10 februari 1988, 324/86, NJ 1990, 423 (Daddy's Dance Hall).

⁶⁸ Zie hoofdstuk 4 over deze verschillende wijzigingsmodaliteiten.

stemde Martin in met de toepasselijkheid van de SBU-vroegpensioenregeling. Vraag waarover het Hof van Justitie zich onder meer moest buigen, is of Martin met de toepasselijkheid van de SBU-vroegpensioenregeling genoegen moest nemen. Het Hof van Justitie herhaalde de overwegingen uit *Daddy's Dance Hall*, dat het behoud van rechten uit de arbeidsovereenkomst bij overgang van onderneming van openbare orde is en dat hiervan niet in een voor de werknemer ongunstige zin van mag worden afgeweken, óók niet met toestemming van de werknemer zelf. Staat het nationale recht echter toe dat arbeidsvoorwaarden in ongunstige zin voor de werknemer kunnen worden gewijzigd, dan valt een dergelijke wijziging niet uit te sluiten in andere gevallen dan die van overgang van onderneming. Als de vervreemder arbeidsvoorwaarden mocht wijzigen, mag de verkrijger dat ook, met dien verstande dat de overgang van onderneming nooit op zich de grond voor de wijziging kan opleveren. Het Hof van Justitie overweegt verder dat, nu uit de stukken eenvoudigweg blijkt dat SBU de aan de werknemers aangeboden arbeidsvoorwaarden voor vroegpensioen op één lijn wil brengen met de tot dan toe voor haar overige werknemers geldende vroegpensioenvoorwaarden, de wijziging in de arbeidsverhouding moet worden beschouwd als verband houdend met de overgang en daarmee dus niet is toegestaan. Omdat het in dit specifieke geval evenwel niet meer mogelijk was Martin alsnog onder de NHS-vroegpensioenregeling te brengen, moet SBU van het Hof van Justitie de nodige compensatie aan Martin verschaffen om alsnog te komen tot de voorwaarden voor vroegpensioen die in de arbeidsverhouding met NHS golden.

Uit dit arrest zou kunnen worden afgeleid dat het Hof van Justitie een wijziging ten tijde van of in verband met de overgang van onderneming relatief snel als een wijziging wegens de overgang beschouwt.

Het Hof van Justitie oordeelde voorts in dit arrest dat SBU verplicht was 'de nodige compensatie te verlenen om te komen tot de voorwaarden voor vervroegd pensioen die in de arbeidsverhouding met de vervreemder golden'. Een vraag die als gevolg hiervan in de literatuur is gesteld, is of het Hof van Justitie hiermee heeft willen zeggen dat wijziging van arbeidsvoorwaarden toch mogelijk is zolang het nationale recht van de betrokken lidstaat dit toestaat én de verkrijger de werknemers compensatie verleent om te komen tot de arbeidsvoorwaarden die golden bij de vervreemder.

In de literatuur is in dat verband betoogd dat wijziging van arbeidsvoorwaarden na een overgang van onderneming mogelijk moet zijn, indien er sprake is van een zogeheten ETO-reden (Economische, Technische of Organisatorisch reden, hierover meer in par. 7.4.2). ETO-redenen geven de verkrijger namelijk de mogelijkheid om werknemers te ontslaan voor of na een overgang van onderneming. Betoogd wordt daarom dat als het meerdere mag (ontslag), ook het mindere (wijziging van arbeidsvoorwaarden) zou moeten zijn toegestaan ingeval sprake is van een ETO-reden. Of het Hof van Justitie akkoord zou gaan met deze redenering, is nog maar de vraag: het Hof heeft zich hier namelijk tot op heden nog niet over uitgelaten.

e **Beëindiging dienstverband vanwege aanmerkelijke wijziging arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer**

Voor een compleet beeld van de bescherming van arbeidsvoorwaarden bij overgang van onderneming is ten slotte ook artikel 7:665 BW van belang. Dit artikel bepaalt dat met het oog op de toepassing van artikel 7:673 BW (recht op transitievergoeding) de arbeidsovereenkomst als beëindigd of niet voortgezet op initiatief van de werkgever wordt beschouwd, indien de overgang van onderneming een *aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden* ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft en om die reden (i) de arbeidsovereenkomst door of op verzoek van de werknemer is beëindigd, of (ii) de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na een einde van rechtswege op initiatief van de werknemer niet is voortgezet.

Op welke situaties is dit artikel 7:665 BW nu van toepassing? Uit het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Juuri kan worden afgeleid dat ‘een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden’ ziet op veranderde arbeidsvoorwaarden (ook door rechtmatige toepassing van een andere cao).⁶⁹ De eerder hierboven behandelde zaak Klarenberg/Ferrotron leert verder dat als de verkrijger volstrekt niet in staat is een gelijkwaardige functie aan een overgegangene werknemer aan te bieden, omdat de overgedragen economische entiteit anders door de verkrijger is ingericht, dit de evenknie van artikel 7:665 BW uit de Richtlijn overgang van onderneming (te weten art. 4 lid 2 Richtlijn) triggert. Andere voorbeelden uit uitspraken van het Hof van Justitie waarin sprake was van een aanmerkelijke wijziging van arbeidsvoorwaarden zijn een weigering voor de verkrijger om behoud van het loon dat bij de vervreemder werd berekend op basis van de verkoopomzet te garanderen⁷⁰ en een inkom-

⁶⁹ HvJ EG 27 november 2008, C-396/07, JAR 2009/20 (Juuri/Fazer Amica Oy).

⁷⁰ HvJ EG 7 maart 1996, C-171/94 en C-172/94 (Merckx & Neuhuys/Ford).

stendaling van 37% na overgang van onderneming.⁷¹ Voorbeelden die in de Nederlandse Parlementaire Geschiedenis zijn genoemd voor een succesvol beroep op artikel 7:665 BW zijn het door de overgang van onderneming verliezen van reële promotiekansen en het als gevolg van de overgang van onderneming zodanig groot worden van de woon-werkafstand, dat in redelijkheid niet van de werknemer kan worden verlangd dat hij zijn werkzaamheden voortzet.⁷² Wat zijn dan de gevolgen van een succesvol beroep op artikel 7:665 BW? Ingeval de werknemer de arbeidsovereenkomst beëindigt of een nieuwe arbeidsovereenkomst afslaat vanwege een aanmerkelijke verslechtering van de arbeidsvoorwaarden door de overgang van onderneming, heeft de werknemer op grond van dit artikel aanspraak op de transitievergoeding als bedoeld in artikel 7:673 BW (of de hogere vergoeding voor ouderen als bedoeld in art. 7:673a BW dan wel de vergoeding als neergelegd in de cao als bedoeld in art. 7:673b BW).⁷³ Ingeval de verkrijgende werkgever de arbeidsvoorwaarden ook nog eens in strijd met de algemene wettelijke wijzigingsregels zoals omschreven in hoofdstuk 4 zou verslechteren, dan zou naar onze mening de mogelijkheid moeten openstaan om niet alleen een transitievergoeding aan de werknemer toe te kennen, maar ook nog een aanvullende billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7:663 lid 9 BW wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

De vraag of een werknemer bij een succesvol beroep op artikel 7:665 BW naast de transitievergoeding ook in aanmerking zou kunnen komen voor een billijke vergoeding, is door de regering in de memorie van antwoord echter ontkennend beantwoord.⁷⁴ Dit is opmerkelijk tegen de achtergrond van het feit dat de wetgever in de memorie van toelichting nog had gesteld dat bij een beroep van een werknemer op artikel 7:665 BW een additionele vergoeding verschuldigd kon zijn.⁷⁵ Meer in het algemeen is het naar onze mening niet ondenkbaar dat de reactie van de regering in de memorie van antwoord niet opgaat als de werkgever in strijd met de regels van artikel 7:663 BW overgaat tot een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden en dit de reden is voor de werknemer om tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst over te

⁷¹ HvJ EG 11 november 2004, C-425/02 (Delahaye/Ministre de la Fonction publique et la Réforme administrative).

⁷² *Kamerstukken II* 1979/80, 15940, nr. 3-4, p. 10, *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 92.

⁷³ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 108-109.

⁷⁴ *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 108-109.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 92.

gaan. Het in strijd met de algemene regels verslechteren van arbeidsvoorwaarden wordt beschouwd als ernstiger dan het op grond van de wettelijke regels verslechteren van arbeidsvoorwaarden, en zou dan ook aanleiding moeten geven tot scherpere sancties.⁷⁶ De deur voor een billijke vergoeding zou in zo'n geval naar onze mening niet gesloten moeten zijn. De werknemer zou in zo'n geval ontbinding moeten kunnen vragen van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671c BW en in die procedure tevens om een billijke vergoeding moeten kunnen verzoeken.

7.4.2 *Pijler 2: ontslagbescherming en ETO-redenen*

Doel van de richtlijn is het beschermen van werknemers bij een overgang van de onderneming (of het onderdeel of de vestiging van de onderneming) waar zij werkzaam zijn. Het recht op automatische overgang naar de verkrijger met behoud van alle rechten en plichten zou een wassen neus zijn als werknemers ter gelegenheid van de overgang op gemakkelijke wijze zouden kunnen worden ontslagen. De vervreemder zou bij een bedrijfsovername dan eerst al zijn werknemers ontslaan om vervolgens zijn bedrijf zonder werknemers aan de verkrijger te verkopen. De verkrijger zou daaropvolgend alleen die werknemers van de vervreemder een arbeidsovereenkomst aanbieden van wie hij vindt dat zij het best in zijn onderneming passen, waarbij mogelijk ook nog eens slechtere arbeidsvoorwaarden zouden kunnen worden aangeboden. De Europese wetgever achtte dit onwenselijk. Ontslag vanwege de overgang van onderneming is daarom niet is toegestaan.

283

Het ontslagverbod vanwege overgang van onderneming geldt niet alleen voor de verkrijger na de datum van overgang van onderneming; ook de vervreemder is voorafgaand aan de overgang aan het ontslagverbod gebonden. In de zaak Bork bepaalde het Hof van Justitie in dat kader dat werknemers van wie de arbeidsovereenkomst in strijd met de richtlijn vanwege de overgang van onderneming is beëindigd met ingang van een datum voor de overgang, geacht moeten worden op de datum van de overgang van onderneming nog steeds in dienst te zijn van de onderneming (overgang van rechtswege).⁷⁷

⁷⁶ Zie A-G Colomer bij zijn conclusie bij HvJ EG 27 november 2008, C-396/07, *JAR* 2009/20 (Juuri/Fazer Amica Oy). Zie eveneens J.H. Even, Van overgang van onderneming en doelredeneringen: twee recente uitspraken van het Hof van Justitie, *TAP* 2009/5, p. 174-187.

⁷⁷ HvJ EG 15 juni 1988, 101/87, *NJ* 1990, 247 (Bork).

Er is sprake van een ontslag vanwege overgang van onderneming wanneer de overgang de enige reden voor het ontslag is. Als een ontslag door de vervreemder nagenoeg gelijktijdig met de overgang plaatsvindt en de verkrijger de werknemers vervolgens opnieuw in dienst neemt, is dat een sterke aanwijzing dat er sprake is geweest van ontslag door de vervreemder vanwege de overgang. Ook een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen vlak voor of vlak na de overgang van onderneming kan al snel de schijn wekken dat sprake is van een ontslag vanwege overgang van onderneming. Naarmate een ontslag dichter op de datum van de overgang is gegeven, zal sneller het vermoeden rijzen dat sprake is van een ontslag vanwege overgang van onderneming. Vindt het ontslag daarentegen geruime tijd voor dan wel na de overgang plaats, dan zal hiervan minder snel sprake zijn.

Let evenwel op dat de ontslagbescherming wegens overgang van onderneming zich uitsluitend beperkt tot de werknemers die overgaan. De werknemers die achterblijven bij de verkrijger omdat zij niet tot het onderdeel behoren dat van de vervreemder overgaat op de verkrijger en de werknemers die al in dienst waren van de verkrijger vallen er niet onder.

Opzegverbod

De ontslagbescherming wegens overgang van onderneming is in Nederland pas in 2002 voor het eerst in het Burgerlijk Wetboek geïmplementeerd en is opgenomen in artikel 7:670 lid 8 BW, dat voorschrijft dat de werkgever de arbeidsovereenkomst met de in zijn onderneming werkzame werknemer niet kan opzeggen wegens overgang van onderneming. Een opzegging in strijd met dit opzegverbod is vernietigbaar. Sinds de inwerkingtreding van het nieuwe ontslagrecht onder de Wvz dient een werknemer binnen twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst door een met artikel 7:670 lid 8 BW strijdige opzegging is beëindigd aan de kantonrechter te verzoeken die opzegging te vernietigen (art. 7:681 lid 1 aanhef en sub a jo. art. 7:686a lid 4 aanhef en sub a2 BW). Deze Nederlandse codificatie van het opzegverbod wegens overgang van onderneming leidt tot minder bescherming dan werknemers volgens het Hof van Justitie hebben. In het arrest Bork heeft het Hof van Justitie immers geoordeeld dat werknemers die wegens de overgang worden ontslagen, automatisch in dienst treden van de verkrijger en dus helemaal geen beroep op een vernietigingsgrond hoeven te doen.

Ontslagverbod in ontbindingsprocedure

Tot de inwerkingtreding van het nieuwe ontslagrecht onder de Wvz richtte het opzegverbod wegens overgang van onderneming uit het oude artikel

7:670 lid 8 BW zich uitsluitend tegen de opzegging en niet tegen de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens overgang van onderneming. Dit werd in de praktijk door rechters opgevangen door reflexwerking toe te kennen aan het opzegverbod in de ontbindingsprocedure. Sinds de inwerkingtreding van het nieuwe ontslagrecht per 1 juli 2015 is dit mankement verholpen en is het ontslagverbod wegens overgang van onderneming direct van toepassing op de ontbindingsprocedure op grond van artikel 7:671 lid 2 BW.

ETO-redenen en hoe werkt dat in een reorganisatie rondom overgang van onderneming?

Het ontslagverbod kan op grond van de richtlijn opzij worden gezet door de ETO-redenen: Economische, Technische en Organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen. Hoewel de ETO-redenen niet door de Nederlandse wetgever in de wet zijn opgenomen, wordt algemeen aangenomen dat een geslaagd beroep op de ETO-redenen het opzegverbod doorkruist.⁷⁸ Dit volgt bijvoorbeeld duidelijk uit de oude Beleidsregels Ontslagtaak van het UWV.⁷⁹ Daarin werd aangegeven dat het verboden is werknemers wegens overgang van onderneming te ontslaan, maar dat het ondernemingen evenwel is toegestaan, in het licht en zicht van een mogelijke overname, te reorganiseren en in te krimpen als dat bedrijfseconomisch noodzakelijk is, ongeacht die eventuele overname. Het bedrijf gezond maken is volgens de oude beleidsregels van het UWV een ETO-reden. Het bedrijf uitsluitend beter verkoopbaar maken echter niet. Het moet volgens de oude beleidsregels gaan om economische, technische en/of organisatorische veranderingen die ook zelfstandig, dus los van een eventuele overname, een ontslag zouden hebben kunnen rechtvaardigen. De ETO-redenen zijn in de nieuwe UWV Uitvoeringsregels Ontslag om Bedrijfseconomische Redenen niet terug te vinden. Uit de Parlementaire Geschiedenis van de Wvz kan echter worden afgeleid dat de beleidslijnen uit de oude Beleidsregels nog steeds opgaan.⁸⁰

De reikwijdte van de ETO-redenen is tot op heden onduidelijk. De ETO-redenen zijn niet uitgewerkt in de richtlijn en het Hof van Justitie heeft zich er nog niet (expliciet) over uitgelaten. Ook de nationale jurisprudentie is schaars.

⁷⁸ R.M. Beltzer, Dertig jaar overgang van onderneming – een lijst van wensen, *SMA* 2007, 2, p. 66.

⁷⁹ Beleidsregels Ontslagtaak UWV, versie december 2009, hoofdstuk 24, p. 6-8.

⁸⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 98-101.

Bovendien is de nationale jurisprudentie niet eenduidig.⁸¹ In de literatuur wordt betoogd dat de nationale rechter de situatie moet beoordelen alsof er geen overgang van onderneming is. Er dient beoordeeld te worden of er onafhankelijk van de overgang van onderneming sprake is van een ETO-reden.⁸² Indien dat het geval is, kan een werknemer ondanks de overgang toch ontslagen worden.

Ervan uitgaand dat een werkgever rondom de overgang van onderneming moet reorganiseren en dat hij een beroep op een van de ETO-redenen kan doen, hoe gaat dat dan in zijn werk? Dit is afhankelijk van het moment van de reorganisatie: voor of na de overgang. Vindt de reorganisatie *voor* de overgang van onderneming plaats, dan moet worden afgespiegeld over het personeelsbestand van de vervreemder. De vervreemder zal dan in de ontslagaanvraag bij het UWV aannemelijk moeten maken dat er bedrijfseconomische redenen zijn waardoor arbeidsplaatsen moeten komen te vervallen en dat dit niet uitsluitend vanwege de voorgenomen overgang van onderneming is. Vervolgens zal moeten worden bekeken of boventallige werknemers wellicht binnen de herplaatsingstermijn kunnen worden herplaatst binnen of buiten de onderneming van de vervreemder. Daarbij zal ook bij de verkrijger moeten worden gekeken naar herplaatsingsmogelijkheden. Vindt de reorganisatie pas *na* de overgang van onderneming plaats, dan zal de afspiegeling moeten plaatsvinden binnen de organisatie van de verkrijger. Er mag daarbij geen onderscheid worden gemaakt tussen de oude en de nieuw overgekomen werknemers. Er moet ook in dit geval worden getoetst of zich een bedrijfseconomische reden voor ontslag voordoet en of boventallige werknemers binnen de daarvoor geldende termijn kunnen worden herplaatst binnen het concern van de verkrijger. Ook hier geldt weer dat geen sprake mag zijn van een uitsluitend in de overgang gelegen motief voor ontslag.

286

7.4.3 Pijler 3: informatie- & consultatierechten

De derde pijler van de richtlijn betreft de informatie- en consultatierechten van de betrokken werknemers (art. 7 Richtlijn). Op grond van de richtlijn moeten de vervreemder en de verkrijger de vertegenwoordigers van hun eigen werknemers die bij de overgang zijn betrokken informatie verstrekken over (1)

81 Vergelijk Ktr. Amsterdam 28 oktober 2009, *JAR* 2009/275, Ktr. Amsterdam 7 april 2014, *JAR* 2014/129, Ktr. Apeldoorn 28 mei 2013, *JAR* 2013/164, Hof Arnhem 30 september 2008, *JAR* 2009/107, Hof Den Haag 12 mei 2015, *JIN* 2015/215.

82 R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 90.

de reden van de overgang, (2) de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers, (3) en de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen. De vervreemder moet deze informatie tijdig voor de totstandkoming van de overgang van onderneming aan de werknemersvertegenwoordigers verstrekken. Ook de verkrijger moet deze informatie tijdig aan de vertegenwoordigers van zijn werknemers geven, dat wil zeggen in ieder geval voordat de werknemers in hun arbeidsvoorwaarden en arbeidsomstandigheden door de overgang worden getroffen. Overweegt de vervreemder of de verkrijger maatregelen te treffen ten aanzien van de eigen (achterblijvende) werknemers, dan zijn zij verplicht de vertegenwoordigers van hun eigen werknemers over die voorgenomen maatregelen te raadplegen om tot een akkoord te komen. De Nederlandse implementatie van deze verplichtingen is in artikel 7:665a BW terug te vinden.

Informer en consulteren werknemersvertegenwoordiger

De informatie- en consultatieverplichtingen van de vervreemder en verkrijger gelden in de eerste plaats tegenover de werknemersvertegenwoordigers, dus de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging als er geen ondernemingsraad is. Bij een overgang van onderneming zal namelijk in beginsel sprake zijn van een voorgenomen besluit dat adviesplichtig is op grond van artikel 25 WOR. Als er geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld, moet de werkgever op grond van artikel 7:665a BW de eigen werknemers die betrokken zijn bij de overgang van onderneming tijdig informeren. De groep werknemers die moet worden geïnformeerd, beperkt zich overigens niet tot enkel de werknemers die mee overgaan. Alle werknemers voor wie de overgang aanzienlijke gevolgen heeft, hebben recht op informatie.⁸³ Er moet daarbij informatie worden verstrekt over (1) het voorgenomen besluit tot overgang van onderneming, (2) de voorgenomen datum van de overgang, (3) de reden van de overgang, (4) de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang van de werknemers en (5) de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.

Voor de volledigheid merken we nog op dat mogelijk niet alleen de ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiging of de individuele werknemers, maar ook de vakbonden bij het informatie- en consultatietraject moeten worden betrokken. Deze verplichting kan volgen uit de SER Fusiegedragsregels, maar ook uit een toepasselijke cao.

⁸³ Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 3, p. 14.

Informer en consulteren individuele werknemer

Naast de algemene informatie- en consultatieverplichtingen tegenover de werknemersvertegenwoordigers bestaat op grond van het goed werkgeverschap een verplichting tot het verstrekken van verdere en gedetailleerde informatie ten aanzien van de individuele werknemers. Wil de werkgever de werknemer voor of na de overgang van onderneming bijvoorbeeld laten instemmen met een wijziging van arbeidsvoorwaarden of de werknemer bewegen niet in dienst te treden bij de verkrijger, dan zal hij de werknemer open en eerlijk moeten informeren over het feit dat er een overgang van onderneming plaatsvindt (of heeft gevonden) en dat dit bepaalde rechten voor de werknemer met zich brengt, zodat de werknemer uit vrije wil een keuze kan maken. Twee arresten van de Hoge Raad zijn daarbij van belang. Het eerste is dat het arrest Rabobank/Van Kuijk.⁸⁴

In het arrest Rabobank/Van Kuijk ging het om een overgang van een bedrijfsonderdeel van de Rabobank aan Globe. Vervreemder Rabobank had tegenover de werknemers die waren betrokken bij de overgang een onjuiste voorstelling van hun rechtspositie gegeven. De werknemers die zouden overgaan, waren namelijk voor de keuze gesteld om in te stemmen met indiensttreding bij Globe tegen slechtere arbeidsvoorwaarden of in dienst te blijven bij de Rabobank, waarna een beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de rede lag. De werknemers werden niet geïnformeerd dat de bepalingen omtrent overgang van onderneming aan deze verslechtering van arbeidsvoorwaarden in de weg stonden. Door deze essentiële informatie niet te verstrekken heeft Rabobank volgens de Hoge Raad in strijd met het goed werkgeverschap gehandeld. Rabobank had aan de betrokken medewerkers voldoende openheid van zaken en duidelijkheid over de te maken keuzes moeten verschaffen en volledige inlichtingen omtrent hun rechtspositie en de geldende wettelijke en cao-bepalingen bij overgang van (een deel van) de onderneming moeten geven. De Hoge Raad nam het de Rabobank in het bijzonder kwalijk dat ze niet alleen onvolledig was geweest in de informatieverstrekking, maar de werknemers ook onjuist had voorgelicht. De keuzemogelijkheid die de werknemers was voorgehouden, was evident in strijd met artikel 7:663 BW. Dit is in strijd met het gedrag dat van een goede werkgever in een dergelijke situatie mag worden verwacht.

⁸⁴ HR 26 oktober 2007, JAR 2007, 285 (Rabobank/Van Kuijk).

Het tweede arrest waarin goed werkgeverschap bij overgang van onderneming een rol speelde, is het hierboven in paragraaf 7.3.2 besproken arrest Bos/Pax. Voor het feitencomplex in deze zaak verwijzen wij dan ook naar paragraaf 7.3.2 (onder het kopje *‘identiteitsbehoud in geval van ontkoppeling van werknemers en economische activiteiten’*). De Hoge Raad oordeelde in deze zaak onder verwijzing naar het arrest Rabobank/Van Kuijk, dat een werkgever de betrokken werknemers bij overgang van onderneming voldoende openheid van zaken en duidelijkheid over de te maken keuzes moet verschaffen en volledige voorlichting moet geven over hun rechtspositie bij overgang van onderneming. Dit geldt volgens de Hoge Raad met name ook voor de akkoordverklaring van werknemers met het verbreken van hun dienstverband met de werkgever DE en indienstreding bij de dochter van DE, Detrex. De werknemers hadden moeten worden geïnformeerd dat zij, door een arbeidsovereenkomst met Detrex te tekenen, zouden afzien van het recht om op grond van overgang van onderneming van rechtswege bij een derde, Pax, in dienst te treden. Zij hadden de keuze moeten krijgen om ofwel (a) bij DE in dienst te blijven, waardoor zij van rechtswege zouden overgaan op Pax, ofwel (b) ‘geïnformeerd’ in dienst te treden bij Detrex, al dan niet onder compenserende voorwaarden, waardoor zij ondubbelzinnig afstand deden van de hun door artikel 7:663 BW geboden bescherming. Dit is echter niet gebeurd, waardoor niet kan worden vastgesteld dat als de werknemers deze keuze wel zouden hebben gehad, zij er in vrije wil voor zouden hebben gekozen om de arbeidsovereenkomst met DE met ingang van de dag van de overgang te verbreken. Het Hof Leeuwarden kwam na verwijzing van de Hoge Raad tot het oordeel dat werknemer Bos, die de onderhavige zaak was gestart, sinds de overgang van onderneming in dienst was getreden bij Pax.

Overgang van medezeggenschap

Naast de verplichting om werknemersvertegenwoordigers te informeren en consulteren, regelt artikel 6 van de richtlijn ook dat medezeggenschapsorganen, onder omstandigheden, mee overgaan van de vervreemder op de verkrijger. Kort samengevat, komt het erop neer dat als een onderneming na de overgang als eenheid blijft bestaan, het medezeggenschapsorgaan (dus de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging) onder dezelfde voorwaarden behouden blijft als voor het tijdstip van de overgang.⁸⁵ Blijft de onderneming daarentegen niet als eenheid bestaan, dan schrijft de richtlijn voor dat de lidstaten maatregelen dienen te nemen om ervoor te zorgen dat de bij de overgang betrokken werknemers die voor de overgang waren vertegenwoordigd, ook na de overgang zijn vertegenwoordigd gedurende de periode die noodza-

⁸⁵ Zie hiervoor HvJ EU 29 juli 2010, C-151/09 (UGT-FSP).

kelijk is voor de totstandkoming van de nieuwe samenstelling van een medezeggenschapsorgaan. Artikel 6 van de richtlijn is niet geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving. De Nederlandse wetgever ging ervan uit dat het in de richtlijn voorgeschreven systeem al in de WOR ingebakken zit.⁸⁶ De WOR koppelt de ondernemingsraad namelijk aan de onderneming: als die in stand blijft, ook als die is overgegaan, blijft de ondernemingsraad daarin ook bestaan. Gaat de onderneming daarentegen niet als eenheid over, dan zal de ondernemingsraad ook niet mee overgaan. De werknemers die overgaan, zijn in dat geval niet rechteloos, aangezien hun belangen zullen worden behartigd door de ondernemingsraad van de verkrijger. In dat geval is het wel relevant dat er snel verkiezingen komen, zodat nieuwe leden kunnen worden verkozen voor de ondernemingsraad in de nieuwe (samengevoegde) onderneming.⁸⁷ Het is echter de vraag of de richtlijn hiermee voldoende is geïmplementeerd.

7.5 Beperkt regime bij faillissement

Van belang om nog te melden is dat de bescherming van pijler 1 en 2 niet van toepassing is op een overgang van onderneming ingeval de vervreemder failliet is. De informatie- en consultatieverplichtingen uit pijler 3 gelden daarentegen wel bij een dergelijk faillissement. We verwijzen hierbij naar artikel 7:666 BW dat de artikelen 7:662 t/m 665 BW en artikel 7:670 lid 8 BW buiten toepassing verklaart als de overgang van onderneming plaatsvindt indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming in kwestie tot de boedel behoort. De informatie- en consultatieverplichtingen uit artikel 7:665a BW zijn niet buiten toepassing verklaard.

Er is enige tijd discussie geweest of de faillissementsuitsondering van artikel 7:666 BW ook zou moeten gelden bij de zogenoemde pre-pack. Bij een pre-pack wordt voorafgaande aan een faillissement al gezocht naar een overnamekandidaat voor de onderneming. Er wordt een beoogd curator benoemd, die rapporteert aan de beoogd rechter-commissaris. De beoogd curator werkt voorafgaand aan het faillissement mee aan het voorbereiden van een activa-transactie, die vlak na dit 'voorgekookte' faillissement ten uitvoer wordt gebracht. De pre-pack is dan ook niet gericht op liquidatie van de onderneming, maar op voortzetting (vaak in afgeslankte vorm) van die onderneming. Het is daar-

⁸⁶ *Kamerstukken I 2001/02, 27469, nr. 163b.*

⁸⁷ *Kamerstukken I 2001/02, 27469, nr. 163b, p. 2.*

mee de vraag of een dergelijke pre-pack zou moeten vallen onder de uitzondering bij faillissement. Onder verwijzing naar het arrest Abels van het Hof van Justitie⁸⁸ werd wel betoogd dat de pre-pack daar niet onder zou moeten vallen. Het Hof van Justitie had hierin geoordeeld dat de surseance van betaling moet worden onderscheiden van faillissement, mede omdat de surseance de voortzetting van de onderneming mogelijk kan maken. Omdat ook de pre-pack ziet op de voortzetting van de onderneming, zou deze gelijk moeten worden getrokken met het op de surseance van betaling toepasselijke regime en zouden dus alle regels van overgang van onderneming van toepassing moeten zijn.⁸⁹ De pre-pack is niet wettelijk gereguleerd, maar gegroeid in de praktijk. Het wetvoorstel om de pre-pack te reguleren⁹⁰ ligt echter al sinds juni 2015 op tafel. Dit wetsvoorstel is opgeschort naar aanleiding van het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie.⁹¹ Het Hof heeft in dit arrest geoordeeld dat artikel 5 lid 1 van de richtlijn de aan de werknemer toegekende bescherming beperkt, waardoor deze bepaling strikt moet worden uitgelegd. Artikel 5 lid 1 van de richtlijn is slechts van toepassing als aan de drie cumulatieve voorwaarden ervan is voldaan: (i) de vervreemder moet verwikkeld zijn in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure, (ii) deze procedure moet zijn ingeleid met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (iii) de procedure moet onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie. Over voorwaarde (i) en (iii) is het Hof van Justitie betrekkelijk kort. Bij een pre-pack is er op het moment van de uitvoering van de pre-pack (de verkoop van de activa) sprake van faillissement, zodat aan die voorwaarde is voldaan. Omdat de pre-pack geen wettelijke grondslag heeft, beschikken de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris formeel over geen enkele bevoegdheid voorafgaande aan het daadwerkelijke faillissement en staat de procedure volgens het Hof van Justitie daardoor in die fase niet onder toezicht van een overheidsinstantie. Na het faillissement wordt vervolgens zo snel gehandeld dat controle achteraf ook slechts beperkt is. Aan voorwaarde (iii) wordt daardoor niet voldaan. Ten aanzien van voorwaarde (ii) merkt het Hof

88 HvJ EG 7 februari 1985, 135/83, NJ 1985, 900 (Abels).

89 Zie bijvoorbeeld P. Huffman en I. Zaal, De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen, *TAP* 2014/3, p. 167, J. van der Pijl, Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?, *Arbeids-Recht* 2013, 38, p. 5-10 en M.R. van Zanten, Aan het werk met de pre-pack!, *Arbeids-Recht* 2013, 47, p. 7-11.

90 *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 2.

91 HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (Smallsteps).

van Justitie op dat ook voor de faillissementsprocedure geldt dat moet worden nagegaan of deze is gestart met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder of met het oog op voortzetting van de activiteiten van de betrokken onderneming. Uitsluitend de eerste procedure kan voldoen aan voorwaarde (ii) van artikel 5 lid 1 van de richtlijn. Omdat de pre-pack een doorstart in plaats van liquidatie tot doel heeft, wordt ook niet aan voorwaarde (ii) voldaan. Dat betekent dat de pre-pack niet voldoet aan de eisen van artikel 5 lid 1 van de richtlijn. Om die reden kan een pre-pack niet gelijk worden gesteld aan een ‘gewoon’ faillissement en zijn dus de beschermende bepalingen van artikelen 3 en 4 van de richtlijn (overgang met rechten en plichten en ontslagbescherming) van toepassing.⁹²

Vanwege artikel 7:666 BW kan het voor een koper interessant zijn te wachten tot het faillissement van een onderneming en deze pas daarna te kopen. In zo'n geval zijn de beschermende bepalingen van artikel 7:662 t/m 7:665 BW en artikel 7:670 lid 8 BW immers niet van toepassing. In beginsel is dit wachten toegestaan, maar voorkomen moet worden dat het faillissement wordt ingezet om zo goedkoop en makkelijk te kunnen reorganiseren. Ter voorkoming van dergelijk misbruik is artikel 13a Faillissementswet van belang. Dit artikel regelt, kort samengevat, dat wanneer het faillissement wordt vernietigd wegens misbruik, de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht wordt beheerst door het recht buiten faillissement. Dat zou betekenen dat de werknemers hun arbeidsrechtelijke bescherming terugkrijgen en een beroep kunnen doen op artikel 7:662 BW e.v. als tijdens het faillissement (een deel van) de onderneming uit de boedel is overgedragen aan een derde.

292

7.6 Afsluiting

Net als bij collectief ontslag is de bescherming van werknemers bij overgang van onderneming gebaseerd op een Europese richtlijn. Wanneer een onderneming ervoor kiest te reorganiseren door middel van outsourcing van (een deel van) haar organisatie, zullen de regels met betrekking tot overgang van onderneming al snel van toepassing zijn. In die situatie is van belang om eerst te toetsen of er inderdaad sprake is van een overgang van onderneming. Daartoe zal moeten worden beoordeeld of sprake is van een (1) overgang met identiteitsbehoud, (2) van een onderneming of een deel van een onderneming, (3)

92 J. van der Pijl, Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie – ECLI:EU:C:2017:241, TAO 2017/3.

krachtens overeenkomst, fusie of splitsing. Deze drie voorwaarden zijn nader uitgewerkt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

Als inderdaad kan worden geconcludeerd dat sprake is van een overgang van onderneming, dan zijn de beschermende bepalingen op de werknemers die mee overgaan van toepassing. Deze werknemers gaan als gevolg van de overgang van onderneming van rechtswege mee over op de verkrijger. Zij mogen niet worden ontslagen vanwege de overgang van onderneming. Niet alleen de werknemers zelf gaan mee over, ook hun arbeidsvoorwaarden zijn beschermd: de verkrijger is verplicht om alle rechten en verplichtingen welke op het tijdstip van de overgang voor de vervreemder voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, ook na de overgang op de overgenomen werknemers toe te passen. Anciënniteit, bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden, ouderdomspensioen en rechten uit de cao hebben hierbij een aparte (deels afwijkende) positie.

Het is niet toegestaan de arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers na de overgang te harmoniseren met de arbeidsvoorwaarden van de werknemers die al bij de verkrijger in dienst waren, indien de reden voor de harmonisatie de overgang van onderneming zelf is. De verkrijger kan de arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers dus niet vanwege de overgang van onderneming wijzigen, zelfs niet als de overgenomen werknemers en vakbonden hiermee instemmen. De verkrijger kan ook niet een bepaalde arbeidsvoorwaarde achterwege laten met het argument dat de overgenomen werknemer er per saldo niet op achteruitgaat omdat hij er een andere arbeidsvoorwaarde voor terugkrijgt. Pakketvergelijking is niet toegestaan.

Tot slot schept de overgang van onderneming de verplichting voor zowel de vervreemder als de verkrijger om de betrokken werknemers goed te informeren en te raadplegen over de overgang van onderneming. Goed werkgeverschap speelt hierbij een belangrijke rol.

7.7 Oefencasus

SBH besluit zich voortaan alleen nog maar op haar core business te richten en daarom haar catering-, schoonmaak- en beveiligingsactiviteiten te outsourcen.

Malkron Catering Services (Malkron), een onderneming die de catering verzorgt voor diverse bedrijven en onderwijsinstellingen in heel Europa, is geïnteresseerd in de cateringactiviteiten van SBH. De Raad van Bestuur van SBH N.V. pleegt in dat kader overleg met de COR. De uitkomst hiervan is dat beide een uitbesteding van alle bedrijfskantines en koffiecorners van SBH aan Malkron een goed idee vinden.

Malkron wil alle activa van de bedrijfskantines en koffiecorners van SBH kopen, zoals alle apparatuur, het meubilair van de kantines en koffiecorners, de voorraden en de kassasystemen. Ook wil zij gelijktijdig een groot gedeelte van de werknemers van SBH werkzaam in de bedrijfskantines en koffiecorners inlijven. Naar aanleiding van verkennende gesprekken over de transactie bestaat er bij Malkron echter nog onduidelijkheid op een aantal punten.

1. *Als Malkron ervoor zou kiezen enkel de activa te kopen van SBH – en dus geen werknemers van SBH in dienst zou nemen – is er dan sprake van overgang van onderneming?*
2. *Wat zijn de arbeidsrechtelijke gevolgen als er sprake is van een overgang van onderneming?*

294

Binnen de bedrijfskantines en koffiecorners van SBH zijn op het moment van de overdracht van de activiteiten 21 uitzendkrachten werkzaam.

3. *Wat gebeurt er met de uitzendkrachten op het moment van de overdracht, aangenomen dat er sprake is van een overgang van onderneming?*

Malkron is slechts geïnteresseerd in de werknemers van SBH die een goede beoordeling hebben gekregen en wil de overige werknemers ontslaan na de overgang van onderneming.

4. *Is het mogelijk alleen de werknemers met een goede beoordeling over te nemen als er sprake is van een overgang van onderneming?*
5. *Zou Malkron haar eigen werknemers onder omstandigheden kunnen ontslaan in verband met de overgang van onderneming?*

Malkron vindt het onhandig dat er na de overgang van activiteiten en personeel van SBH naar Malkron twee verschillende arbeidsvoorwaardenpakketten

moeten worden toegepast (die van SBH op de overgedragen werknemers en die van Malkron op de eigen werknemers).

6. *Mag Malkron de arbeidsvoorwaarden van beide groepen werknemers harmoniseren?*

Een jaar voorafgaand aan de overgang van onderneming is een nieuwe ondernemings-cao voor SBH gesloten. Deze cao heeft een looptijd van twee jaar. Werknemer Sjoerd de Ruiter, werkzaam in de koffiecorner van SBH op de vestiging in Den Helder, is aan deze cao gebonden. Hij is namelijk lid van een van de vakbonden die de cao heeft gesloten. Malkron is aangesloten bij de werkgeversorganisatie die de Horeca-cao heeft gesloten en is dus gebonden aan die sector-cao. Aan de Horeca-cao is Sjoerd niet gebonden. Deze cao loopt een halfjaar na de overgang van de cateringafdeling van SBH naar Malkron af.

7. *Welke cao dient Malkron direct na de overgang op Sjoerd toe te passen?*
8. *Welke cao is op Sjoerd van toepassing indien Malkron tien maanden na de overgang een nieuwe Horeca-cao afsluit?*

Antwoordmodel oefencasus

1. Voor het antwoord op de vraag of sprake is van een overgang van onderneming dient getoetst te worden aan drie voorwaarden die kunnen worden afgeleid uit artikel 7:662 lid 2 sub a BW:
 - a. overgang (met identiteitsbehoud);
 - b. van een economische eenheid;
 - c. krachtens overeenkomst of fusie.

Ad a: In dit geval is er voldaan aan de voorwaarde 'economische eenheid' als bedoeld in artikel 7:662 lid 2 sub b BW. Dat is het geval als sprake is van een duurzaam georganiseerde economische entiteit waarvan de activiteit niet kan worden beperkt tot de uitvoering van een bepaald werk. Ieder voldoende gestructureerd en zelfstandig geheel van personen en elementen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend, vormt zo een eenheid. Van belang om te weten is verder nog dat sprake moet zijn van een onderneming / economische eenheid bij de (potentiële) vervreemder *op het moment van de overdracht*. Als die economische eenheid er op het moment van de overdracht niet is, maar (pas) na de overdracht (alsnog) bij de verkrijger ontstaat, dan is geen sprake van een overgang van onderne-

ming in de zin van de richtlijn. In dit geval voldoen de cateringactiviteiten van SBH hieraan.

Ad b: De vraag of sprake is van een overgang met identiteitsbehoud dient beantwoord te worden aan de hand van de Spijkers-criteria. Van belang daarbij is om te bepalen of een onderneming kapitaal- of arbeidsintensief is. De cateringbranche behoort volgens het Hof van Justitie tot de kapitaalintensieve sector (arrest Sodexo). Aangezien de activa van SBH worden overgenomen, kan worden geconcludeerd dat de identiteit van de cateringafdeling behouden is gebleven. Aan de voorwaarde dat er sprake moet zijn van een overgang met identiteitsbehoud is derhalve ook voldaan. De situaties die in Klarenberg/Ferrotron en Bos/Pax speelden, doen zich in de casus van SBH en Malkron niet voor.

Ad c: Ten aanzien van de vraag of sprake is van een overgang krachtens overeenkomst, hanteert het Hof van Justitie een ruime interpretatie. In de casus is gegeven dat het gaat om een uitbesteding van de cateringactiviteiten van SBH en dat Malkron bereid is de activa te kopen. Aan de overgang ligt een koopovereenkomst ten grondslag, zodat ook aan de voorwaarden 'krachtens overeenkomst' is voldaan. Nu aan alle drie de voorwaarden is voldaan, kan geconcludeerd worden dat sprake is van een overgang van onderneming.

2. Het gevolg van een overgang van onderneming is dat de betrokken werknemers mee overgaan naar de verkrijger. Door de 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. De arbeidsvoorwaarden die voor de werknemers bij SBH golden, zal Malkron dus moeten toepassen en mogen niet vanwege de overgang gewijzigd worden. De werknemers van SBH mogen niet ontslagen worden vanwege de overgang. Er geldt namelijk op grond van artikel 7:670 lid 8 BW een opzegverbod, alsook een ontslagverbod in geval van een ontbindingsprocedure op grond van artikel 7:671 lid 2 BW. Daarnaast hebben werknemers bij een overgang informatie- en consultatierechten.
3. Werknemers die in dienst zijn van de vervreemder op het moment van de overgang en die zijn aangesteld bij het onderdeel dat overgaat, gaan mee over naar de verkrijger. Er moet sprake zijn van een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de vervreemder (art. 7:610 BW). Bij intra-concerndetachering lijkt de eis van een arbeidsovereenkomst gelet op de Heineken-zaak niet te worden gesteld. Voor de onderhavige casus geldt dat een uitzendkracht een arbeidsovereenkomst heeft met het uitzendbu-

reau (art. 7:690 BW) en niet met de inlener (in dit geval SBH). De uitzendkrachten gaan dus niet mee over en zullen gewoon in dienst blijven van het uitzendbureau.

4. Indien er sprake is van een overgang van onderneming, gaan alle werknemers van de vervreemder van rechtswege mee over op de verkrijger. Dit volgt uit artikel 7:663 BW. Malkron moet dus alle werknemers van SBH overnemen en mag geen onderscheid maken tussen werknemers die goed en minder goed functioneren.
5. De ontslagbescherming wegens een overgang van onderneming geldt niet voor werknemers die al bij Malkron in dienst zijn. De beschermende bepalingen bij overgang van onderneming zijn alleen van toepassing op werknemers die in dienst waren van de vervreemder. Het opzegverbod ex artikel 7:670 lid 8 BW is derhalve niet van toepassing op de werknemers die al in dienst zijn van Malkron. Uiteraard zal Malkron wel een redelijke grond ex artikel 7:669 lid 3 BW (en bijbehorend dossier) moeten hebben om deze werknemers te kunnen ontslaan. Herplaatsing moet bovendien niet mogelijk zijn.
6. Uit de richtlijn en artikel 7:663 BW volgt dat werknemers hun arbeidsvoorwaarden na de overgang van onderneming behouden. Het onmiddellijk aanpassen van de arbeidsvoorwaarden wegens de overgang van onderneming is door het Hof van Justitie expliciet verboden (arrest Daddy's Dance Hall). De werknemer kan volgens het Hof van Justitie geen afstand doen van de rechten die de richtlijn hem biedt, zelfs niet als de vakbonden daarmee instemmen. Pakketvergelijking (verkrijger die ten aanzien van de overgenomen werknemers gaat 'plussen en minnen' in de arbeidsvoorwaarden) is ook niet toegestaan. Werknemers hebben recht op exact dezelfde arbeidsvoorwaarden als die bij de vervreemder golden op het tijdstip van de overgang. In de rechtspraak lijkt in sommige gevallen een uitzondering te worden aanvaard als het gaat om bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden die niet door de verkrijger kunnen worden aangeboden. In dat geval dient de werknemer hiervoor wel financieel gecompenseerd te worden in de vorm van een schadevergoeding. Na de overgang van onderneming zijn de wijzigingsmodaliteiten van toepassing zoals beschreven in hoofdstuk 4 van dit boek. Hiervoor geldt dat de overgang van onderneming niet de reden van de wijziging mag zijn. Als een werkgever vlak na een overgang van onderneming de arbeids-

voorwaarden wil wijzigen, is dit een sterke aanwijzing dat er sprake is van wijziging vanwege de overgang van onderneming.

7. De situatie met betrekking tot cao's bij overgang van onderneming is geregeld in artikel 14a WCAO en artikel 2a WAVV. Volgens die artikelen gaan de rechten en verplichtingen uit hoofde van een cao van rechtswege over op de verkrijger en eindigen zij op het tijdstip waarop (1) de verkrijger wordt gebonden aan een na de overgang van onderneming tot stand gekomen cao, (2) op het tijdstip waarop de verkrijger verplicht wordt een algemeen verbindend verklaarde cao na te komen, of (3) de tijdsduur van de overgegangene cao is verstreken. Uit de casus blijkt dat op het moment van de overgang de cao van SBH op Sjoerd van toepassing is. Deze cao gaat dus van rechtswege mee over. Malkron kan de Horeca-cao vlak na de overgang niet op Sjoerd toepassen, omdat deze al voor de overgang van onderneming tot stand is gekomen. Ingevolge artikel 14a WCAO eindigt de verplichting de cao van de vervreemder toe te passen alleen van rechtswege op het tijdstip waarop (1) de verkrijger wordt gebonden aan een na de overgang van onderneming tot stand gekomen cao, (2) op het tijdstip waarop de verkrijger verplicht wordt een algemeen verbindend verklaarde cao na te komen, of (3) de tijdsduur van de overgegangene cao is verstreken. Situatie (1) en (2) doen zich in de casus niet voor. Malkron moet de SBH-cao dus blijven toepassen totdat de tijdsduur van deze cao is verstreken, in dit geval nog tot een jaar na de overgang.
8. Van belang bij deze vraag is artikel 14a WCAO en het arrest Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet. Uit de casus volgt dat tien maanden na de overgang een nieuwe Horeca-cao wordt afgesloten. Dit is nog voor het verstrijken van de SBH-cao, die volgens de casus immers pas een jaar na de overgang verstrijkt. Op grond van artikel 14a lid 2 WCAO eindigt de cao van SBH van rechtswege op het tijdstip waarop Malkron wordt gebonden aan een na de overgang van onderneming tot stand gekomen cao. Deze situatie is thans aan de orde. Na het verstrijken van de nieuwe Horeca-cao zal Malkron op grond van het arrest Rode Kruis/Te Riet echter de oude SBH-cao weer op Sjoerd moeten toepassen.