

Het begrip onderneming bij overgang van onderneming

Het behoud van rechten en verplichtingen uit de arbeids-overeenkomst bij overgang van een onderneming is geregeld in de artikelen 7:662 e.v. BW, gebaseerd op de EG-richtlijn van 14 februari 1977.¹ De begrippen 'overgang' en 'onderneming' vormen al jaren een bron van onduidelijkheid, die door de rechtspraak nog niet is opgeklaard. Gezien de Europese oorsprong van dit onderwerp is de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (hierna: het Hof) van voortdurend belang voor de uitleg van de in de EG-richtlijn, en derhalve in de artikelen 7:662 e.v. BW, gehanteerde begrippen. In deze bijdrage wordt aan de hand van een aantal toonaangevende arresten van het Hof over deze materie, waaronder het Sodexo-arrest uit 2003, in kaart gebracht hoe het begrip 'onderneming' bij overgang van onderneming zich in de jurisprudentie heeft uitgekristalliseerd.

Inleiding

Uit artikel 7:662 lid 2 BW volgt dat er sprake is van een overgang van onderneming indien een economische eenheid ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing overgaat, waarbij die economische eenheid haar identiteit behoudt. Onder een economische eenheid wordt verstaan een geheel van georganiseerde middelen, bestemd voor het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit. Volgens de memorie van toelichting bij de implementatiewet uit 1981 moet bij het ondernemingsbegrip worden gedacht aan 'alle organisaties, gericht op het voortbrengen of levering van goederen of verlening van diensten, ongeacht of het winststreven daarbij een rol speelt'.² Het ondernemingsbegrip is dus niet gebonden aan een bepaalde rechtsfiguur als de vennootschap onder firma, de besloten vennootschap of de naamloze vennootschap. Evenmin is vereist dat een commerciële onderneming overgaat; ook een non-profitinstelling kan een onderneming in de zin van artikel 7:662 BW zijn.³ Kortom, het ondernemingsbegrip wordt zeer ruim uitgelegd.

Behoud van identiteit

Het onderscheidend criterium bij het ondernemingsbegrip is de eis van 'behoud van identiteit'. Gelet op het uit 1986 daterende arrest Spijkers⁴ dient bij elke overgang van onderneming te worden bekeken of sprake is van de vreemding van een *lopend bedrijf*. Met name moet blijken dat de exploitatie van de onderneming in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten. Identiteitsbehoud kan blijken uit een aantal factoren, zoals het antwoord op de vraag

in hoeverre materiële en immateriële activa, personeel en klanten worden overgenomen, de mate waarin de activiteiten vóór en na de overdracht met elkaar overeenkomen, de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten en de aard van de onderneming.

Uit latere uitspraken van het Hof is gebleken dat bij de toetsing of sprake is van overgang van een onderneming, de aard van de betrokken onderneming het belangrijkste criterium is. Het belang van de overige criteria verschilt volgens het Hof naar gelang van de uitgeoefende activiteit, de productiewijze of de bedrijfsvoering. Zo zal bij een onderneming waar juist de materiële activa van groot belang zijn, sprake zijn van overgang van die onderneming zodra de betreffende materiële activa ook daadwerkelijk worden overgedragen. Een goed voorbeeld hiervan is het Finse busmaatschappij-arrest,⁵ waar volgens het Hof geen sprake was van overgang van een busonderneming nu in dat geval de bussen niet werden overgedragen. Dat de meeste buschauffeurs wél mee waren overgegaan, was in dat geval dus niet doorslaggevend. Daarentegen kunnen, in sectoren waar materiële activa geen of een ondergeschikte rol spelen, ook werknemers die gemeenschappelijk een bepaalde activiteit verrichten, als een economische eenheid en dus als onderneming worden aangemerkt. Illustratief is het Temco-arrest,⁶ waar het ging om de overgang van een schoonmaakbedrijf. Daarin oordeelde het Hof dat ook sprake kan zijn van overgang van onderneming in situaties waar sprake is van een zeer arbeidsintensieve activiteit en de ingezette materiële activa hooguit van ondergeschikte aard zijn. Hierbij was tevens van belang dat Temco niet alleen de betreffende schoonmaakactiviteiten had voortgezet, maar bovendien een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel had overgenomen.⁷ De overdragende onderneming bleef in dit geval bestaan en behield een deel van het personeel. Desondanks was sprake van overgang van onderneming, omdat bepalend is of het deel van de activiteiten dat wordt overgedragen, op zichzelf een economische eenheid vormt.

Arbeidsintensieve sector

Voor de toetsing van de aard van de over te dragen onderneming is het, gezien het voorgaande, van belang om vast te stellen of de onderneming tot de arbeidsintensieve sector behoort of niet. Is daarvan sprake, dan brengt de overdracht van een wezenlijk deel van het aan de onderneming verbonden personeel mee, dat sprake kan zijn van een overgang van onderneming. Gebleken is dat schoonmaakdiensten, bewakingsdiensten en thuiszorg⁸ wél tot de arbeidsintensieve sec-

1. Richtlijn nr. 77/187/EEG, vervangen door achtereenvolgens de Richtlijnen nr. 98/50/EG en nr. 2001/23/EG.
2. Kamerstukken II 1980/81, 15 940, nr. 3, p. 4-5.
3. HvJ EG 19 mei 1992, NJ 1992, 476 (Sophie Redmond Stichting).
4. HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502 (Spijkers).

5. HvJ EG 25 januari 2001, JAR 2001, 68 (Oy Liikenne).

6. HvJ EG 24 januari 2002, JAR 2002, 47 (Temco).

7. Vaste jurisprudentie sinds het Süzen-arrest, waarin het ook ging om overgang van een schoonmaakopdracht, HvJ EG 11 maart 1997, JAR 1997, 91 (Süzen).

8. HvJ EG 10 december 1998, gevoegde zaken Ziemann, C-247/96 en Sanchez Hidalgo, C-173/96.

tor behoren, en een busmaatschappij niet. In het vervolg ga ik in op de criteria die gelden om te bepalen of een onderneming wel of niet tot de arbeidsintensieve sector behoort.

Sodexho-arrest

In november 2003 oordeelde het Hof in het veelbesproken Sodexho-arrest⁹ dat cateringactiviteiten in een ziekenhuis niet tot de arbeidsintensieve sector behoren. Een Oostenrijks ziekenhuis had de catering uitbesteed aan het bedrijf Sanrest. De dienstverlening bestond uit het samenstellen van menu's en het bereiden en distribueren van maaltijden aan patiënten en personeel van het ziekenhuis. De bedrijfsruimten van het ziekenhuis werden voor de bereiding van de maaltijden aan Sanrest ter beschikking gesteld. Op een zeker moment ontstond onenigheid en zegde het ziekenhuis de overeenkomst met Sanrest op, om vervolgens de cateringwerkzaamheden aan Sodexho te gunnen. Door Sodexho werd geen materiaal, voorraad of personeel van Sanrest overgenomen, evenmin als menu's, diëten of recepten. Wel ging Sodexho aan de slag in dezelfde bedrijfsruimten met de door het ziekenhuis ter beschikking gestelde ruimten en keukenuitrusting. Het Hof oordeelde dat catering niet kan worden beschouwd als een activiteit waarvoor arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien daarvoor de nodige uitrusting vereist is, zoals in dit geval de bedrijfsruimten, water, energie en keukenuitrusting. De overgang van de door het ziekenhuis ter beschikking gestelde ruimten en uitrusting, die absoluut noodzakelijk is voor de bereiding en verstrekking van maaltijden, oordeelde het Hof in dit geval voldoende om van de overgang van een economische eenheid van Sanrest naar Sodexho te spreken.

Deze uitspraak is om meer dan één reden opzienbarend. In de eerste plaats kan om meerdere redenen worden betwist dat cateringactiviteiten niet tot de arbeidsintensieve sector behoren. Goed verdedigbaar is dat voor catering, met name in een ziekenhuis, het personeel juist wel de belangrijkste factor is. Ongetwijfeld diende het personeel over specifieke kennis met betrekking tot diëten en bereidingswijze van de maaltijden te beschikken. In de tweede plaats wordt een cateringonderneming op deze manier door het Hof gereduceerd tot de materiële activa. Dit terwijl de materiële activa in dit geval niet eens overgingen naar Sodexho, maar op dezelfde manier als aan Sanrest door het ziekenhuis ter beschikking werden gesteld. Zaken als de ter beschikking gestelde bedrijfsruimten, apparatuur en elektriciteit lijken op basis van deze uitspraak van doorslaggevend belang in de catering- en vergelijkbare branches. De werkingssfeer van de EG-richtlijn is daarmee nog verder uitgebreid. Immers, bij wijziging van de cateraar zonder dat personeel en materiële activa worden overgedragen, zal zonder meer sprake zijn van overgang van onderneming, waardoor het personeel van rechtswege en met behoud van de arbeidsvoorwaarden overgaat.

9. HvJ EG 6 november 2003, JAR 2003, 298 (Sodexho).

In afwijking van de redenering van het Hof is naar mijn mening de conclusie bij het arrest van advocaat-generaal Geelhoed de juiste. De advocaat-generaal concludeert dat geen materiële activa zijn overgedragen, nu de bedrijfskeuken en de uitrusting geen eigendom zijn van de cateraar, maar van het ziekenhuis; er was slechts sprake van terbeschikkingstelling. Geelhoed rangschikt deze situatie, evenals in zijn conclusie bij het Temco-arrest, onder de categorie van 'uitbesteding van werkzaamheden die niet tot de kernactiviteiten behoren' die worden uitbesteed aan dienstverleners, gespecialiseerd in het verrichten van 'flankerende diensten in opdracht'. Op deze groeiende en dynamische markt zou het Hof zich terughoudend moeten opstellen. Als te snel en te gemakkelijk tot een overgang van onderneming wordt geconcludeerd, kan dit leiden tot verstoring van de marktdynamiek en verstarring van de dienstenmarkt. Opdrachtnemers zouden ervan kunnen worden weerhouden een nieuw contract aan te gaan indien zij, uitsluitend omdat zij een contract overnemen, verplicht zouden worden het personeel – of een gedeelte daarvan – over te nemen. Volgens Geelhoed worden de grondbeginselen van de vrije markt, namelijk de contractsvrijheid en de vrijheid van ondernemerschap, door de EG-richtlijn te veel ingeperkt. Bij cateringactiviteiten is dit maar al te waar. De kosten van de catering worden immers hoofdzakelijk bepaald door de personeelskosten. Juist het personeel zal blijven, ook als de cateraar wijzigt en bovendien met behoud van arbeidsvoorwaarden. Een opdrachtgever heeft dan uit kostenafwegingen noch uit serviceoverwegingen nog enige reden om van cateraar te veranderen.

Hoge Raad versus Sodexho

De Hoge Raad volgt de lijn van advocaat-generaal Geelhoed. Dat blijkt uit een uitspraak van begin 2001 in een vergelijkbare zaak: het Ebbe en Vloed-arrest.¹⁰ In deze zaak was ook sprake van een extern cateringbedrijf dat vanuit de keukenfaciliteiten van het verzorgingstehuis Ebbe en Vloed de catering verzorgde. Hierin moest de Hoge Raad beoordelen of de voedingsdienst onderdeel was van de onderneming van Ebbe en Vloed of van de onderneming van de cateraar. De Hoge Raad achtte beslissend of de voedingsdienst voor eigen risico van het cateringbedrijf zou zijn gedreven. Daarvoor was onder meer van belang of de exploitant personeel leverde, verantwoordelijk was voor het personeel en beheer van de voedingsdienst, en dus over de samenstelling en de bereiding van de maaltijden kon beslissen. Nu dit niet het geval was, werd de cateraar niet als onderneming beschouwd, zodat van een overgang daarvan volgens de Hoge Raad geen sprake kon zijn. Hoewel de feiten van deze zaak sterk lijken op die van het Sodexho-arrest, komen de Hoge Raad en het Hof tot verschillende conclusies: volgens de Hoge Raad is er geen sprake van overgang van onderneming, volgens het Hof wel. Hierbij merk ik op dat het arrest van de Hoge Raad

10. HR 19 januari 2001, JAR 2001, 25 (Ebbe en Vloed), zie ook *Ondernemingsrecht* 2001, p. 140-141.

inmiddels uit 2001 dateert. De Hoge Raad zou vandaag de dag, tegen de achtergrond van de Sodexho-uitspraak, wellicht tot een andere beslissing komen.

Conclusies

Het ondernemingsbegrip bij de overgang van onderneming is – helaas – zelden het onderwerp van een procedure. Meestal wordt als vaststaand aangenomen dat sprake is van een onderneming, en wordt – veelal in algemene bewoordingen en met verwijzingen naar eerdere jurisprudentie – summier onderbouwd waarom. Duidelijk is dat sprake moet zijn van een economische eenheid, zijnde een lopend bedrijf, dat na de overgang haar identiteit behoudt. Identiteitsbehoud moet vooral blijken uit de aard van de onderneming, waarbij van belang is of de onderneming al dan niet tot de arbeidsintensieve sector behoort. Indien dit het geval is, kan sprake zijn van overgang indien een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel, en geen activa van betekenis, op de verkrijger overgaan. Voor de vraag of een sector al dan niet arbeidsintensief is, is vooralsnog geen duidelijker criterium beschikbaar dan dat het personeel in geval van overgang de belangrijkste factor is, en dat overgang van enig activum geen vereiste is. Dat men met dit vage criterium wel eens voor verrassingen komt te staan, is gebleken uit het Sodexho-arrest.

Mijns inziens is de meer restrictieve lijn van advocaat-generaal Geelhoed en de Hoge Raad de juiste. Indien al te gemakkelijk tot overgang van een onderneming wordt besloten, kan dit in de praktijk tot onwenselijke situaties leiden, met name in branches waar contractswisselingen aan de orde van de dag zijn. Men denke bijvoorbeeld aan het outsourcen van IT-diensten, waartoe bedrijven tegenwoordig op grote schaal overgaan. Niet ondenkbaar is dat deze IT-diensten door een externe automatiseerder bij het bedrijf zelf worden uitgevoerd, gebruikmakend van ruimten, computerapparatuur en elektriciteit die door het bedrijf ter beschikking worden gesteld. Toepassing van de ‘Sodexho’-lijn van het Hof (immers, voor de uitvoering van IT-diensten is ‘heel wat uitrusting noodzakelijk’) zou betekenen dat bij iedere contractovername door een andere automatiseerder, de nieuwe automatiseerder al het personeel van de oude zou moeten overnemen. Los van de vraag of de nieuwe automatiseerder wel genoeg werk beschikbaar zou hebben voor het overgegangene personeel, speelt de vraag of dit voor de opdrachtgever wel wenselijk is. De reden van de contractswisseling kan immers heel goed liggen in het feit dat de opdrachtgever ontevreden is over het werk van de automatiseerder, en daarom met een nieuwe partij in zee wil gaan. Als hij daarbij geconfronteerd wordt met het gehele oude personeelsbestand, zal dit voor de opdrachtgever weinig verbetering opleveren.

Op het gebied van de overgang van onderneming blijft een spanningsveld bestaan tussen de doelstelling van de EG-richtlijn en de economische doelstellingen van de Europese Unie. De EG-richtlijn is in de eerste plaats in het leven

geroepen om werknemers bescherming te bieden tegen ontslag bij overgang bij ondernemingen. Het is echter de vraag of deze werknemersbescherming te allen tijde voorrang moet krijgen boven de belangen van de (potentiële) werkgever, zoals contractsvrijheid en vrij ondernemerschap. Gezien de huidige economische situatie in Europa lijkt mij dat in bepaalde branches het prioriteren van de contractsvrijheid, en dus van de vrijemarktwerking, de marktdynamiek en de werkgelegenheid ten goede zal komen. Met het Sodexho-arrest is het Hof naar mijn mening te ver doorgeschoten in zijn doelstelling om de werknemers te beschermen. Deze rechtspraak zal ongetwijfeld een – hopelijk meer gematigd – vervolg krijgen.

*Mr. P.A. Meijer
Loyens & Loeff*