

ANNOTATIE

## Europese Hof van Justitie volgt A-G: identiteit en eenheid zijn inderdaad twee verschillende zaken

**R.M. Beltzer**

In *AR Commentaar 2010-11* behandelde ik de conclusie van A-G Sharpston van 6 mei 2010 bij de zaak UGT-FSP (zaak C-151/09). Het belang van deze conclusie lag met name hierin, dat voor het eerst handvatten werden gegeven voor het definiëren van het in artikel 6 van Richtlijn 2001/23 (inzake overgang van onderneming, hierna: 'de richtlijn') opgenomen begrip 'eenheid' van de onderneming. De A-G concludeerde dat dit begrip een andere inhoud heeft dan het begrip 'identiteit' van de onderneming, zoals dat laatste begrip in vele uitspraken van het Hof van Justitie is vormgegeven (voor de laatste stand van zaken verwijs ik naar het Klarenberg-arrest, HvJ EG 12 februari 2009, C-466/07, *JAR* 2009/92, door mij becommentarieerd in de eerste AR Video).

Het Hof heeft, zoals hierna zal blijken, de A-G gevolgd in haar oordeel dat identiteitsbehoud en behoud van eenheid twee verschillende zaken zijn. Kort en goed: identiteitsbehoud - dat ziet op de vraag of een onderneming überhaupt is overgegaan - is een *condicio sine qua non* voor eenheidsbehoud, het omgekeerde geldt niet. Behoudt een onderneming niet haar identiteit, dan wordt een beroep op het behoud van eenheid zinloos, omdat in die situatie de richtlijn niet van toepassing is. Het belang van kennisname van het eenheidsbegrip zit in het antwoord op de vraag wat de positie is van werknemersvertegenwoordigers na overgang van onderneming. Deze materie is geregeld in artikel 6 van de richtlijn, dat als hoofdregel bepaalt dat indien een onderneming na overgang *als eenheid* blijft bestaan, 'de positie en functie van de vertegenwoordigers of vertegenwoordiging van de bij overgang betrokken werknemers behouden (blijven) onder dezelfde voorwaarden als krachtens de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen of een overeenkomst voor het tijdstip van overgang bestonden, mits aan de voorwaarden voor een werknemersvertegenwoordiging is voldaan'. Blijft de onderneming na overgang niet als eenheid bestaan, dan dienen lidstaten ervoor te zorgen dat

de werknemers na overgang vertegenwoordigd blijven voor zolang als nodig zal zijn om tot een nieuwe samenstelling van werknemersvertegenwoordiging te komen, aldus nog steeds artikel 6.

Voor de Nederlandse situatie is dit artikel zo uit te leggen, dat in het eerste geval de medezeggenschap zoals zij voor overgang bij de vervreemder was vormgegeven blijft bestaan; in het tweede geval dienen de betrokken werknemers vertegenwoordigd te blijven tot het moment dat er een nieuwe ondernemingsraad is. In mijn eerdere commentaar heb ik gewezen op enkele niet-beantwoorde vragen ten aanzien van deze wat eenvoudige voorstelling van zaken. Zo is niet helder of OR-leden dezelfde positie blijven behouden (denk aan rechten die aan deze leden zijn toegekend, hun ontslagbescherming etc.). Evenmin is helder of de OR-leden deel zullen uitmaken van de reeds bij de verkrijger bestaande OR of dat de OR van de vervreemder in zijn geheel overgaat en als zodanig bij de verkrijger blijft bestaan, ongeacht of de verkrijger al een eigen OR heeft (of anderszins heeft gekozen voor een medezeggenschapsstructuur waarin geen plaats is voor een 'overgekomen' OR in de nieuwe situatie). Nu het Hof heeft gesproken, zal ik hierna verder ingaan op deze vragen en de gevolgen voor onze WOR. Hierna volgt een korte casusbeschrijving; voor een uitgebreidere beschrijving van de casus en de rechtsvragen casus verwijs ik gemakshalve naar *AR Commentaar 2010-11*.

Zoals daar vermeld, ging het in casu om het backsourcen van werkzaamheden: de Spaanse gemeente La Línea de la Concepción had besloten bepaalde openbare diensten die tot dusver in concessie waren gegeven weer zelf te verzorgen. Na overgang weigerde de gemeente de werknemersvertegenwoordigers hun hoedanigheid als vertegenwoordigers te waarborgen. De UGT-FSP, de vakvereniging die de betrokken werknemers vertegenwoordigde, betrok de gemeente in rechte en verzocht de rechter vast te stellen dat de betrokken vertegenwoordigers het hun toekomstige mandaat met alle daaraan verbonden rechten mochten voortzetten tot aan de afloop van hun termijn. De prejudiciële vraag van de verwijzende Spaanse rechter kwam neer op de vraag of aan het vereiste van eenheidsbehoud was voldaan wanneer een gemeente, na de overname van een aantal concessieovereenkomsten voor openbare diensten, de werknemers overneemt en in haar personeel integreert, terwijl al die werknemers nog steeds dezelfde arbeidsplaatsen, arbeidsvoorwaarden, functies en leidinggevendenden hebben als vóór de overname.

De A-G had afgezien van een uitgebreid antwoord op de vraag of een overgang van onderneming had plaatsgevonden - in feite de vraag naar identiteitsbehoud. Uiteraard diende het Hof hier wel op in te gaan. Niet verrassenderwijs concludeerde het Hof dat inderdaad een overgang van onderneming had plaatsgevonden. In rechtsoverwegingen 20-32 vat het Hof zijn eigen rechtspraak te dier zake samen. Ik zal deze samenvatting als volgt samenvatten: - Ook

indien de overnemer een publiekrechtelijke rechtspersoon is, kan sprake zijn van een overgang van onderneming. - Dat de overname plaatsvindt door een eenzijdige beslissing en niet door een overdracht van de onderneming, is geen belemmering voor toepasselijkheid van de richtlijn. - Een verandering van eigenaar kan genoeg zijn voor een overgang van onderneming. Waar het om gaat, is of de verkrijger de onderneming in kwestie in feite voortzet. - De voortzetting moet betrekking hebben op een duurzaam georganiseerde economische eenheid die haar identiteit heeft behouden. Hierbij is in het bijzonder van belang of (im)materiële activa en personeel zijn overgegaan, of de klantenkring dezelfde is gebleven, of de voor en na overgang verrichte activiteiten dezelfde zijn, of de onderneming heeft stilgelegd en wat de aard van de onderneming is - de zogenoemde Spijkersfactoren (HvJEG 18 maart 1986, NJ 1987, 502). - Het is 'volstrekt irrelevant' dat de eigendom van de activa niet zijn overgedragen; relevant is of de betreffende activa daadwerkelijk worden gebruikt.

Het Hof laat het vervolgens aan de nationale rechter aan de hand van deze criteria te beoordelen of sprake is geweest van een overgang van onderneming.

De rechtsoverwegingen 33 en verder gaan over het begrip eenheid, zoals bedoeld in artikel 6 van de richtlijn. De Spaanse regering had gesteld dat identiteit en eenheid dezelfde begrippen vormen. In navolging van de A-G wijst het Hof die opvatting van de hand: 'Als de begrippen "identiteit" en "als eenheid" inderdaad synoniemen waren, dan zou het inleidend deel van artikel 6, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2001/23, dat het voortbestaan als eenheid van de onderneming, de vestiging of een deel van de onderneming of de vestiging als voorwaarde stelt, geen nuttig effect hebben, aangezien artikel 6, lid 1, van deze richtlijn automatisch van toepassing zou zijn wanneer een economische eenheid haar identiteit behoudt in de zin van artikel 1, lid 1, sub b, van bedoelde richtlijn. Deze begrippen kunnen dus niet worden gelijkgesteld en de vraag of een onderneming als eenheid is blijven bestaan, in het kader van de toepassing van artikel 6 van richtlijn 2001/23, is slechts aan de orde nadat is vastgesteld dat een overgang in de zin van deze richtlijn heeft plaatsgevonden.' (r.o. 36). Zoals hiervoor gesteld: de vraag naar identiteitsbehoud is immer relevant en gaat aan de eventuele vraag naar eenheidsbehoud vooraf. De vraag naar eenheidsbehoud speelt slechts een rol in het kader van artikel 6 - het lot van de werknemersvertegenwoordiging.

Wat betekent het begrip dan wel? De richtlijn geeft geen definitie. De A-G had een aantal handvatten gegeven, het Hof is wat specifiek. Allereerst is van belang dat het Hof aan het recht van werknemers op vertegenwoordiging eenzelfde belang toekent als aan het algemene behoud van rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst (opgenomen in art. 7:663 BW). Het recht op vertegenwoordiging mag in beginsel door de overgang niet nadelig worden beïnvloed, aldus het Hof in rechtsoverweging 40. Om die reden valt nu reeds op te merken dat

de Nederlandse wetgever het behoud van het recht op vertegenwoordiging stiefmoederlijk - want in het geheel niet - heeft behandeld.

Het Hof zoekt voor de definiëring van het begrip eenheid aansluiting bij het spraakgebruik. Bij gebreke van een juridische definitie is dat een te begrijpen handelwijze, zij het met de nodige risico's (zo meende de Nederlandse wetgever zich dat bij de implementatie van de richtlijn in 1981 evenzeer te kunnen veroorloven; niemand zal echter willen beweren dat het huidige ondernemingsbegrip uit art. 7:662 BW aansluit bij het spraakgebruik). Volgens het Hof ziet het opereren als eenheid vooral op de bevoegdheid zich zelfstandig te organiseren: 'Toegepast op een economische entiteit verwijst deze term naar de bevoegdheid van haar verantwoordelijken om op relatief vrije en onafhankelijke manier het werk binnen de entiteit te organiseren ter voortzetting van haar eigen economische activiteit en meer in het bijzonder de bevoegdheid om bevelen en opdrachten te geven, om de taken te verdelen tussen de ondergeschikten binnen de betrokken entiteit en om te beslissen over de aanwending van de te harer beschikking staande materiële activa, dit alles zonder rechtstreekse tussenkomst van andere organisatiestructuren van de werkgever (hierna: "organisatorische bevoegdheden").'

Vervalt de eenheid - doordat organisatorische bevoegdheden van de verantwoordelijken onder wie de werknemers vallen ten gevolge van de overgang zijn ingeperkt zodat zij niet langer als autonoom kunnen worden beschouwd - 'dan hebben deze werknemers niet meer dezelfde belangen, zodat ook de voorwaarden van hun vertegenwoordiging moeten worden aangepast aan de ingetreden wijzigingen. Bijgevolg moet in een dergelijk geval, zoals uit artikel 6, lid 1, vierde alinea, van richtlijn 2001/23 volgt, het mandaat van de vertegenwoordigers van de bij de overgang betrokken werknemers worden beperkt tot de periode die nodig is voor de totstandkoming van de nieuwe samenstelling van de werknemersvertegenwoordiging of de nieuwe aanwijzing van werknemersvertegenwoordigers'. Voor Nederland zou dit betekenen dat gewacht moet worden tot de nieuwe OR-verkiezingen.

Uiteraard kan een eenvoudige herschikking van bevoegdheden op zichzelf niet het bestaan van een eenheid opheffen. Waar het op aankomt, aldus het Hof, is dat het geheel van organisatorische bevoegdheden waarover de verantwoordelijken van de overgegangene entiteit vóór de overgang beschikten, behouden blijft ten opzichte van anders ingerichte organisatiestructuren van de nieuwe werkgever. 'Het loutere feit dat de hoogste hiërarchieke verantwoordelijken niet meer dezelfde zijn, zoals in deze zaak het geval is, doet daarmee geen afbreuk aan het voortbestaan als eenheid van de overgegangene entiteit.' Kunnen deze 'hiërarchieke instanties' echter rechtstreeks de werkzaamheden van de werknemers van deze entiteit organiseren en kunnen zij de beslissingsbevoegdheid binnen de entiteit overnemen, dan zou het voortbestaan van deze entiteit als eenheid op de helling komen te staan, tenzij dit

bij uitzondering gebeurt 'in omstandigheden van hoogdringendheid, zoals bij een ernstig voorval dat de werking van de eenheid kan schaden, en voor zover het gaat om een tijdelijke tussenkomst op grond van daartoe vastgestelde regels'. Die redenering is goed te volgen, omdat, zoals het Hof hieraan toevoegt, de overgang van een onderneming, een vestiging of een deel van een onderneming of een vestiging in de praktijk vrijwel altijd gepaard gaat met een wijziging van de hoogste hiërarchieke instanties.

Het Hof ziet in dat, zoals de Spaanse regering naar voren had gebracht, een en ander kan leiden tot een dubbele vertegenwoordiging (zo zouden er ook in een Nederlandse onderneming twee OR'en kunnen zijn) en tot extra kosten voor de werkgever, die immers ook aan de overgekomen werknemersvertegenwoordigers bepaalde faciliteiten zal moeten verstrekken. Dat kan echter niet leiden tot een inperking van de rechten die artikel 6 van de richtlijn biedt. Evenzeer geldt dit voor het feit dat discriminatie plaatsvindt ten opzichte van de werknemersvertegenwoordigers en de vakbondsafgevaardigden van het oude personeel van de nieuwe werkgever. Wat de Spaanse regering hier heeft bedoeld is mij niet geheel duidelijk, maar wel voorstelbaar indien men zich realiseert dat het zo kan zijn dat groepen vertegenwoordigers contractueel verschillende rechten hebben. Het Hof meent dat een verschil in behandeling 'ten nadele van de reeds in functie zijnde vakbondsafgevaardigden en personeelsafgevaardigden, waarvan het aantal overigens ongewijzigd blijft, doordat er een mogelijk onevenwicht ontstaat binnen de organisatie van de nieuwe werkgever, zelfs indien de overgegangene werknemers en de reeds bij de nieuwe werkgever tewerkgestelde werknemers zich in vergelijkbare situaties zouden bevinden, gerechtvaardigd (is) in het licht van het met richtlijn 2001/23 beoogde doel dat erin bestaat om, in de mate van het mogelijke en het praktisch haalbare, te verzekeren dat de nieuwe werknemers door de overgang niet worden benadeeld'. Hierin vindt men een ondersteuning voor de ook in Nederland gebezigde argumentatie dat het in stand houden van een verschil in beloning gerechtvaardigd kan zijn indien dit verschil voortvloeit uit 'collectieve onderhandelingen', zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in het arrest *Parallel Entry/VNV* (HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68). Ook in dat arrest was sprake van een overgang van personeel naar een andere onderneming en vloeide het beloningsverschil voort uit de toepasselijkheid van verschillende collectieve regelingen. Ik merk hierbij op dat een wijziging van (cao-)rechten na overgang en wegens de overgang niet op de sympathie van het Hof zal kunnen rekenen (zie o.a. *Martin e.a./SBU*, HvJEG 6 november 2003, *JAR* 2003/297).

Mij lijkt duidelijk dat deze uitspraak gevolgen heeft voor de juridische vormgeving van medezeggenschap bij overgang van onderneming. Zoals gezegd: de materie is niet in Nederlandse wetgeving geregeld. Wat de uitspraak van het Hof duidelijk maakt, is dat het behoud van medezeggenschap na overgang van onderneming een net zo sterk recht is als het

behoud van de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Alleen dat al rechtvaardigt mijns inziens een wettelijke regeling, een argument dat aan kracht wint wanneer men bedenkt dat het waarborgen van het behoud van medezeggenschap aanzienlijk complexer is dan het behoud van rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Ik verwijs ter onderbouwing van dit laatste naar R.M. Beltzer & I. Zaal, 'Medezeggenschap na overgang van onderneming', *Ondernemingsrecht* 2009, 97, alsmede naar P.H. Burger & L.C.J. Sprengers, 'Behoud van medezeggenschap bij overgang van onderneming', *TRA* 2009 (special 2), p. 7-12 en naar De Werkgroep Medezeggenschap van de Vereniging voor Arbeidsrecht (L.C.J. Sprengers & G.W. van der Voet (red.), 'De toekomst van de Medezeggenschap, Aanbevelingen aan de wetgever', p. 134 - aanbeveling 11). Ook in deze bijdragen is een pleidooi te vinden voor aanpassing van de WOR.

Op welke wijze de WOR aanpassing zou behoeven, is voor discussie vatbaar. Uitwerking daarvan voert hier te ver. In mijn eerdere commentaar heb ik een aantal mogelijkheden genoemd en ik verwijs daar nu graag naar, omdat geen dezer opvattingen in strijd is met het arrest: integendeel. Zo heb ik de opvatting verdedigd dat de OR als zodanig met de onderneming mee kan overgaan, ongeacht de medezeggenschapsstructuur bij de verkrijger. Ik zie die opvatting bevestigd in het arrest van het Hof, waarin het Hof er weer eens blijk van geeft streng in de leer te zijn als het om de uitleg van de richtlijn gaat. Samenvattend lijken mij de volgende zaken de bijzondere aandacht van de wetgever te behoeven: - De voorwaarden voor de overgang van de OR als zodanig. - Het behoud van rechten en verplichtingen verbonden aan het OR-lidmaatschap, in het bijzonder het lot van aan de OR(-leden) toegekende faciliteiten die het wettelijke minimum te boven gaan. - De mogelijkheden van de verkrijger het medezeggenschapsregime te harmoniseren, inclusief een conflictenregel voor het geval harmonisatie geen optie is. - Regels met betrekking tot het aflopen van de zittingstermijn van de overgekomen OR (bijvoorbeeld op het moment dat de termijn van de reeds bij de verkrijger aanwezige OR afloopt) alsmede met betrekking tot de verkiezingen (onder meer het actieve en passieve kiesrecht). - De invulling van het 'vertegenwoordigd blijven' indien de onderneming na overgang niet als eenheid blijft bestaan.