



## Overgang van onderneming

**prof. mr. dr. Miriam Kullmann**  
Hoogleraar sociaal recht

### Inleiding

Onderwerpen:

- Werknemers die wel/niet overgaan
- Overgang van statische/dynamische incorporatiebedingen
- Overgang en faillissement/pre-pack

>> Balans bescherming werknemers en belangen werkgever





## 1. *Werknemers die wel/niet overgaan*

### Relevante bepaling

Art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23:

De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande [arbeidsovereenkomst](#) of [arbeidsbetrekking](#), gaan door deze overgang op de verkrijger over.



## Arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking

- Ten tijde van overgang arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking.
- Arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking **geëindigd voor overgang**.
  - HvJ EG 7 februari 1985, zaak C-19/83, ECLI:EU:C:1985:54, *NJ* 1985, 902 m.nt. P.A. Stein (*Wendelboe*); HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, *NJ* 2013/171 m.nt. E. Verhulp, *JAR* 2012/150 m.nt. R.M. Beltzer (*Van Tuinen/Wolters*).
- **Definitie** arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking = **nationaal recht**.
  - HvJ EU 20 juli 2017, zaak C-416/16, ECLI:EU:C:2017:574, *JAR* 2017/223 m.nt. M.L.G. Otto, *JIN* 2018/25 m.nt. B.J. Sap (*Piscarreta Ricardo*), punt 48; HvJ EU 13 juni 2019, zaak C-317/18, ECLI:EU:C:2019:499, *JAR* 2019/184, *RAR* 2019/134 (*Correia Moreira*), punt 40.

## Begrip werkgever: *Albron*

- Formele en materiële werkgever.
  - HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, *JOR* 2013/197 m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens, *JIN* 2013/84 m.nt. P.L.M. Schneider (*Albron/FNV Roest*).
- Ruim 6 jaar **permanent** aan inlener ter beschikking gesteld (*Albron*, punt 26-30).
  - Rb. Gelderland 24 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:7228, *RAR* 2023/57, *JAR* 2023/41 m.nt. E.L.J. Bruynickx.
- **Uitsluitend** werkzaam bij inlener?
  - Niet: Hof Amsterdam 3 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:773, *JAR* 2015/145, *JIN* 2015/120 (*DPA Group*); Hof Arnhem-Leeuwarden 16 februari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:1471, *JAR* 2021/63 (*werknemer/SWA*).
- 'Zuivere' 690-overeenkomst:
  - Indien terbeschikkingstelling **tijdelijk** is = geen overgang.

## 'Een daar werkzame werknemer': overgang van een onderneming

- Art. 3 Richtlijn 2001/23 spreekt niet over 'een daar werkzame werknemer'.
- Seizoensarbeid:
  - Regelmatige onderbreking werkzaamheden, sluiting onderneming in die periode en op moment van overgang teen personeel is irrelevant (Ny Mølle Kro, punt 17, 19-20).
- Schorsing werknemer:
  - Niet verrichten effectieve arbeid: zolang arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, volgens nationaal recht, tijdens schorsing, bestaat gaat geschorste werknemer mee over (HvJ EU 20 juli 2017, zaak C-416/16, ECLI:EU:C:2017:574 (Piscarreta Ricardo), punt 52-53).

## Overgang van een onderdeel van een onderneming (*Botzen*)

- HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:58, NJ 1985/902 (*Botzen*):
- Overgedragen afdeling waarbij werknemers waren aangesteld vormde **organisatorisch kader** waarbinnen arbeidsverhouding werd geconcretiseerd (punt 14).
- Arbeidsverhouding in hoofdzaak gekenmerkt door '**band**' tussen werknemer en onderdeel van de onderneming of vestiging waarbij werknemer voor uitoefening van zijn taak is aangesteld (punt 15).
- Relevant voor **toerekening**: bedoeling HvJ met 'band'?
  - 'de organisatorische gang van zaken waarbinnen de arbeidsverhouding vorm kreeg' (Rb. Breda 29 september 2011, ECLI:RBBRE:2011:BT6735, JAR 2011/286 m.nt. I.A. van der Burg (*Heije/Wiba en Benetra*)).

## Overgang van een onderdeel van een onderneming (Memedovic/Asito)

HR 11 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4466, *NJ* 2011/153 m.nt. E. Verhulp, *JAR* 2005/67 m.nt. E. Verhulp (*Memedovic/Asito*):

- Toerekening niet langer gerechtvaardigd indien band tussen werknemer en onderdeel is verbroken doordat werknemer is geschorst **zonder enig uitzicht op terugkeer in functie** >> verhindering niet van in beginsel tijdelijke aard (ov. 4.4).
- Geschorste werknemer maakt **niet langer deel uit van** als **economische eenheid** te beschouwen groep van werknemers (ov. 4.4; vgl. *Abler*, punt 32, *Süzen*, punt 21, *Hidalgo*, punt 32).
- T.a.v. arbeidsongeschikte werknemer eenzelfde lijn >> vrijwel **uitzichtloos** dat werknemer weer 'oude' (aangepaste) functie kan uitoefenen (bijv. Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4832).

## *Memedovic/Asito* in het licht van Richtlijn 2001/23

- De 'band' in *Botzen*: **met welk onderdeel** werknemer via een arbeidsovereenkomst is **verbonden**.
  - Relevante factoren: werktijd besteed aan onderdeel onderneming, arbeidsovereenkomst die aangeeft waartoe werknemer zich heeft verplicht, allocatie van loonkosten tussen verschillende onderdelen onderneming.
- Niet relevant: of werknemersstatuut ook daadwerkelijk in staat is zijn arbeidsverhouding vorm te geven.
- Lijkt EU-rechtelijk **meer formeel** ingevuld te worden.

Universiteit  
Utrecht

## 2. Overgang van statische/dynamische incorporatiebedingen

### Relevante bepaling

Art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23:

De **rechten en verplichtingen** welke voor de vervreemder voortvloeien uit de **op het tijdstip van de overgang** bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang op de verkrijger over.

Art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23:

**Na de overgang handhaaft** de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate als in deze overeenkomst vastgesteld voor de vervreemder, tot op het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast.

De lidstaten kunnen het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd beperken, mits dit tijdvak **niet korter is dan één jaar**.

Universiteit  
Utrecht

12

## Status incorporatiebedingen (*Asklepios*)

- Vallen incorporatiebedingen onder lid 1 (recht) of lid 3 (cao)?
- Dynamisch beding gaat mee over indien zowel [consensuele](#) als [eenzijdige](#) aanpassingsmogelijkheid bestaat.
- Rechten die voortvloeien uit incorporatiebeding lijken samen te vallen met eigenlijke beding >> art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23.
  - Zie ook Parket HR 12 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:41 (*ID Logistics*), ov. 3.58, 3.61).
- Doel richtlijn: werknemersbescherming en aanpassingsmogelijkheden verkrijger >> [art. 16 EU-Handvest](#).
  - *Asklepios*, punt 22; *Parkwood*, punt 25; *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, punt 29; *TMD*, punt 50 en 69.

## Aanpassingsmogelijkheden verkrijger

- Gaat om daadwerkelijke mogelijkheid voor verkrijger om belangen doeltreffende te kunnen doen gelden (*Parkwood*, punt 33-34).
- Louter hebben van mogelijkheid voldoende?
- Nationaalrechtelijke voorwaarden aan aanpassingsmogelijkheden? Denk aan art. 7:613 en 7:611 BW >> balans werknemersbescherming en wijzigingsmogelijkheden verkrijger.
  - *Asklepios* (punt 25 en 27): incorporatiebeding en *Änderungskündigung*.
  - Wettelijke regeling? Zie Procureur-Generaal in *ID Logistics*, ov. 3.7, 3.27.
- Maar: moment van aanpassing (*Daddy's Dance Hall*, punt 14-15) >> [reden verband houdend met overgang](#) (*Martin*, punt 44).



### 3. Overgang en faillissement/pre-pack

#### Relevante bepaling

Artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23:

Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de [artikelen 3 en 4 niet van toepassing](#) op een overgang van een onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een [faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure](#) met het oog op de [liquidatie](#) van het vermogen van de vervreemder onder [toezicht](#) van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).





## Toets

3 cumulatieve voorwaarden (*TMD*, punt 61; *Smallsteps*, punt 44):

1. Faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure.
2. Ingesteld met het oog op liquidatie.
3. Onder toezicht van een overheidsinstantie.

## Toepassing art. 3 en 4 Richtlijn 2001/23 op faillissement

### Mitigeren gevolgen:

1. Schulden van voor overgang gaan niet over (art. 5 lid 2 onder a) en/of.
2. Arbeidsvoorwaarden worden gewijzigd om werkgelegenheid veilig te stellen door voortbestaan van onderneming/vestiging/onderdelen daarvan (art. 5 lid 1 onder b).

Bovendien: anti-misbruikbepaling (art. 5 lid 4).

**Ongelijke bescherming** werknemers binnen/buiten faillissement >> betere balans werknemersbescherming door voortzetten onderneming >> WCOI.

- WCOI kent afgezwakt toepassingsbereik, maar toepassing lidstaatoptie maakt wellicht doorstart minder aantrekkelijk.

