

hoogte van de beloning is wel in het geding bij het ede (deel)besluit, dat immers inhoudt dat deze hoogte, behorend bij een bepaalde trede in een salachaal, niet langer voortvloeit uit de CAO-onderdelingen maar afhankelijk wordt van de landelijke wikkelingen en het beschikbare budget.

Ik lijkt mij verdedigbaar dat het tweede (deel)besluit erdaad niet instemmingsplichtig is op grond van 27 lid 1 sub d WOR, niet zo zeer op grond van het feit dat dit (deel)besluit van Hercules invloed heeft op de hoogte van de beloning, zoals de kantonrechter oordeelde, doch veeleer op grond van de redetaling van de rechtbank, dat de verschillen die zullen ontstaan in de groei van de lonen tussen enerzijds CAO-personeel en anderzijds non-CAO-personeel het gevolg zijn van het feit dat er CAO-personeel en non-CAO-personeel is.

Als gezegd kan op grond van de enkele vaststelling dat de hoogte van de beloning door het besluit getikt wordt echter nog niet worden geconcludeerd dat geen sprake is van instemmingsrecht van de OR, in dat geval wel degelijk sprake kan zijn van een wijziging van een beloningssysteem. Vergelijk in dit verband ook Kantongerecht Delft 23 mei 1991, ROR 1992, nr. 9 en (in hoger beroep) Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage, 23 oktober 1991, Prg. 1992, nr. 3588, waarin werd geoordeeld dat de OR instemmingsrecht toekomt ten aanzien van het besluit van een ondernemer om het functieschaalsalaris voor een bepaalde groep werknemers – voor een zekere periode – met 10% te verhogen, nu diens gevolg een reële verandering was opgetreden die gevolgen had, thans kon hebben, voor het gehele beloningssysteem. Dat de hoogte van de beloning door het besluit werd beïnvloed deed daaraan, aldus kantonrechter en rechtbank, niet af.⁶

Conclusie

Om te bepalen of sprake is van instemmingsrecht van de OR ex art. 27 lid 1 d WOR zal eerst moeten worden vastgesteld of sprake is van een beloningssysteem, dat wil zeggen een systeem volgens hetwelk beloningen worden berekend en aan bepaalde functies toegekend. Wanneer dat het geval is, is sprake van instemmingsrecht van de OR, ook wanneer een besluit tot wijziging van zo'n beloningssysteem invloed heeft op de hoogte van de lonen. De in de besproken jurisprudentie aangetroffen benaderingswijze, inhoudende

dat op basis van het feit dat het wijzigingsbesluit van de ondernemer invloed heeft op de hoogte van de beloning, wordt geconcludeerd dat geen sprake is van instemmingsrecht van de OR is naar mijn idee dan ook niet juist. Die benaderingswijze zou het instemmingsrecht van de OR in geval van wijziging van een beloningssysteem ook illusoir maken, nu het maar zelden zal voorkomen, dat de wijziging van een beloningssysteem geen invloed heeft op de hoogte van de beloning.

Enkele overgang-van-een-onderneming-actualiteiten

C.H.J. van Leeuwen en W.J.M. van Tongeren*

- 37 De Hoge Raad heeft recentelijk een tweetal arresten gewezen in verband met een overgang van een onderneming. In het ene (3 maart 1995, JAR 1995/80) gaat het over wat een overgang is, in het andere (21 april 1995, RvdW 1995-99C) over de (omvang van de) rechten die overgaan. Na bespreking van beide uitspraken wordt nog een enkele opmerking gemaakt over de ontwerp richtlijn van 8 september 1994 van de EG (Pb. 94/C247/08), die de richtlijn 77/187/EEG van 14 februari 1977, in verband waarmee de art. 7A:1639aa e.v. BW het licht hebben gezien, beoogt te vervangen.

Overgang

De vraag wat onder 'overgang van een onderneming' dient te worden verstaan, is reeds herhaaldelijk aan de orde geweest in uitspraken van het Hof van Justitie EG en de Hoge Raad. Ook in ArbeidsRecht werd eerder aandacht besteed aan de problematiek (zie 1994, nrs. 12 en 50 en 1995, nr. 18).

Richtinggevend is geweest de uitspraak van het Hof van Justitie EG van 18 maart 1986 (NJ 1987, 502). Overwogen wordt dat het begrip 'overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan op een andere ondernemer' ziet op het geval waarin de identiteit van het betrokken bedrijf bewaard blijft. Het gaat om alle feitelijke omstandigheden die de overeenkomst strekkende tot een overgang van een onderneming kenmerken: of activa zijn overgegaan,

⁶ Zie ook Rechtbank Alkmaar 25 juli 1988, ROR 1988, nr. 40, waarin werd geoordeeld dat verlaging van het aanvangssalaris van nieuw aan te trekken leerling-verpleegkundigen een wijziging van een belonings- c.q. functiewaarderingssysteem betekende, zodat de OR instemmingsrecht toekwam.

* Mr.drs. C.H.J. van Leeuwen is redacteur van dit blad, mr. W.J.M. van Tongeren is advocaat bij Derks.Star Busmann te Utrecht.

of de klantenkring is overgegaan, of de vóór en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen, of er sprake is van een eventuele onderbreking van de activiteiten etc. (zie recent: Ktg. Amsterdam 17 februari 1995, JAR 1995/85). Wat betreft het stilleggen van een onderneming met – meteen al – het doel om later de activiteiten van de onderneming weer te hervatten ligt het anders dan bij het (definitief) staken van de onderneming en later door een ander (helemaal) opnieuw beginnen.

Voor een overgang van een onderneming geldt niet het vereiste van een (directe) overeenkomst tussen de overdrager van de onderneming en de verkrijger van de onderneming. Het kan veel indirecter gaan. In het arrest van het Hof van Justitie EG van 19 mei 1992 was aan de orde dat een gemeente de subsidiëring aan de ene stichting staakte en de subsidiëring aan een andere startte. De situatie ervoor en de situatie erna was niet veel anders. De activiteiten van de ene stichting waren globaal gelijk aan die van de andere. In feite was er sprake van een verplaatsing van een infrastructuur. Dezelfde hulpvragenden gingen alleen naar een ander loket. (vgl. Ktg. Lelystad 15 februari 1995, JAR 1995/69.)

Bekend is in dat verband als overgang van een onderneming het geval van een benzinepomphouder die een benzinepomp huurt van een benzinemaatschappij, welke huurovereenkomst wordt beëindigd en vervolgens gesloten wordt met een nieuwe huurder van de benzinepomp (Hoge Raad 9 februari 1990, NJ 1990, 393).

— Hoge Raad 3 maart 1995

De beslissing van de Hoge Raad van 3 maart 1995 is niet verrassend. De Hoge Raad laat in stand een beslissing van de Haagse Rechtbank in een situatie waarin een tweetal vennoten in een vennootschap onder firma hun tuinbouwbedrijf (de grond, kassen etc.) in fasen – op overigens weinig inzichtelijke wijze – (economisch) overdragen aan hun buurman/tuinder, zowel in privé als ook aan één of meer van zijn vennootschappen. Uitgaande van onder meer het arrest van het Hof van Justitie EG van 19 mei 1992 (NJ 1992, 476) leert de Hoge Raad dat het in het onderhavige geval gaat om de contractuele betrekkingen in het kader waarvan een wijziging plaats vindt in de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming.

In een eerder arrest had de Hoge Raad uitgemaakt dat er van een overgang van een tuinbouwbedrijf – als onderneming – geen sprake was omdat de rechtbank onder meer feitelijk had vastgesteld dat na de overgang een ander gewas werd geteeld en de bedrijfsactiviteiten van een andere aard waren met ook een ande-

re opzet (Hoge Raad 15 september 1989, NJ 1989, 876).

Uit het arrest van de Hoge Raad van 3 maart 1995 blijkt overigens wel dat de (ene) werknemer tegemoet wordt gekomen. Uitgaande van een aantal feitelijke omstandigheden, die wijzen in de richting van een overgang van een onderneming, kan het de werknemer niet worden tegengeworpen dat hij niet precies weet wie van hen als verkrijger of verkrijgers van de onderneming moeten worden aangemerkt. Die benadering is juist en in overeenstemming met de strekking van de regeling: behoud van rechten van de werknemers. Het zou o.i. ook redelijk zijn om zowel de overdrager als de verkrijger beiden aansprakelijk te houden voor de (toekomstige) betaling van loon etc., ingeval geen van beiden de werknemer nog als werknemer wil kennen.

Het valt overigens op dat het bij geschillen rondom een overgang van een onderneming vaak gaat over kleine ondernemingen.

Een discotheek (Hof van Justitie EG 5 mei 1988, NJ 1989, 712), een tuinbouwbedrijf met enkele werknemers (vgl. arresten hiervoor vermeld) en in een zaak bij het Hof van Justitie EG (14 april 1994, JAR 1994/107) ging het om 1 werknemster, die als schoonmaakster in dienst was van een bank, die niet langer de schoonmaakwerkzaamheden in eigen beheer wilde verrichten en voor het verrichten van dezelfde schoonmaakwerkzaamheden een schoonmaakbedrijf inschakelde, in welk geval het Hof een overgang van een (éénmans-)onderneming aannam. Aangenomen moet worden dat doorgaans het uitbesteden van werk, outsourcing etc. vallen binnen het werkingsgebied van de art. 7A:1639aa e.v. BW.

De vraag is of het niet wenselijk zou zijn om een drempel te bepalen voor wat betreft de omvang van een over te dragen onderneming, ter vermindering van (rechts-)onzekerheid en nogal wat problemen voor werknemers waarom zij niet hebben gevraagd. Daar komt bij dat bij kleine ondernemingen de verhouding tussen de werkgever en de werknemer veel persoonlijker is en dat meteen al een procedure van de kant van de werknemer om bij de 'verkrijger' van de onderneming 'zich binnen te vechten' een levensgroot gevaar betekent voor de (toekomstige) samenwerking. Wellicht is het beter dat in geval van een 'overgang' van een kleine onderneming partijen zelf in overleg moeten treden om een oplossing te zoeken voor de ontstane situatie.

— Kennelijk onredelijk ontslag

Het arrest van 21 april 1995 betreft de volgende situatie. Een arbeidsovereenkomst is opgezegd. Na het moment van de opzegging maar vóór het moment van

het einde van de arbeidsovereenkomst is er sprake van een overgang van een onderneming. De werknemer spant een procedure aan tegen de overdrager, waarin hij onder meer vordert een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. De kantonrechter wijst een vergoeding toe.

De werknemer spant een – nieuwe – procedure aan tegen de verkrijger van de onderneming. Die verweert zich met de stelling dat – kort gezegd – het vonnis niet valt aan te merken als een recht in de zin van art. 7A:1639bb BW dat overgaat. De Hoge Raad is kort en overweegt: de rechtbank heeft miskend dat *alle* op het tijdstip van de overgang van de onderneming voor de overdrager uit de toen nog tussen haar en de werknemer bestaande arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van rechtswege overgingen op de verkrijger van de onderneming. Daartoe behoorde ook een eventueel door de overdrager van de onderneming te betalen schadevergoeding op grond van kennelijke onredelijkheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de overdrager – ná het tijdstip van de overeenkomst strekkende tot overgang van de onderneming, maar vóór het tijdstip van de (feitelijke) overgang zelf, tijdens het lopen van de opzegtermijn. De werknemer heeft kennelijk niet meteen – ook – de verkrijger van de onderneming gedagvaard. Mogelijk omdat de werknemer ook niet precies wist hoe het met de overgang zat. De werknemer kan de overdrager dagvaarden omdat de overdrager van de onderneming nog gedurende één jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk aansprakelijk is voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die zijn ontstaan vóór het moment van de overgang. Bezwaar tegen de gang van zaken is dat de verkrijger van de onderneming geconfronteerd wordt met een vonnis, gewezen in de procedure waar hij niet bij was betrokken. Zijn (eventueel) specifieke omstandigheden die voor de bepaling van een vergoeding een rol zouden kunnen spelen, konden niet worden verdisconteerd. Maar kennelijk weegt zwaarder het in een procedure tegen de overdrager van een onderneming verkregen vonnis, waaraan de verkrijger van rechtswege is gebonden, zonder dat de verjaringstermijn van art. 7A:1639u BW de werknemer hindert.

— Nieuwe richtlijn

Eén van de overwegingen om een nieuwe richtlijn te formuleren is onder meer dat om reden van rechtszekerheid en transparantie het rechtsbegrip ‘overgang’ vertaald dient te worden in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Als overgang in de zin van de nieuwe richtlijn wordt beschouwd de overgang van een functie die gepaard gaat met de over-

gang van een economische éénheid die haar identiteit behoudt. De enkele overgang van een functie van een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan, al dan niet rechtstreeks uitgeoefend, vormt op zich geen overgang in de zin van deze richtlijn. De bedoeling is om de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG te codificeren. Er zal dus niet veel veranderen. Afge- wacht moet worden wat moet worden verstaan onder de enkele overgang van een functie. Vgl. P. Vlas, TVVS 1995, pag. 12 e.v.

Remedies tegen ondeugdelijke ontslagvergunningen

H. Uhlenbroek*

38 Onlangs zijn enkele uitspraken gepubliceerd, waarin gevolgen werden verbonden aan in de ontslagvergunning(sprocedure) geconstateerde gebreken. Hierna wordt op deze uitspraken, tegen de achtergrond van eerdere jurisprudentie, ingegaan.

— Inleiding

De op 1 januari 1994 in werking getreden Algemene wet bestuursrecht (AWB) is van toepassing op de totstandkoming van de beslissing op de ontslagvergunningsaanvraag. Op dat punt is het Delegatiebesluit dan ook in overeenstemming gebracht met de AWB. Beroep tegen het besluit zelf is echter uitgesloten, zowel bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (zie art. 6 lid 11 BBA) als bij de sector Bestuursrecht van de Rechtbank (zie art. 8.5 AWB). Dat betekent dat werkgever en werknemer aangewezen zijn op de gewone rechter, indien zij het niet eens zijn met de beslissing van de Regionaal Directeur voor de Arbeidsvoorziening (RDA). Een werkgever, die meent dat hem ten onrechte een ontslagvergunning is geweigerd, kan proberen zijn heil te vinden in een ontbindingsprocedure. Een werknemer, die van mening is dat zijn werkgever geen ontslagvergunning had mogen krijgen, kan zijn toevlucht nemen tot een kennelijk onredelijk-ontslagprocedure.

— Kennelijk onredelijk ontslag

Een kennelijk onredelijk ontslag-procedure biedt een werknemer geen garantie op het behoud van zijn baan, indien het hem verleende ontslag kennelijk onredelijk wordt bevonden. Weliswaar kan de rechter

* Mw. mr. H. Uhlenbroek is redacteur van dit blad.