

Van Stiphout Advocaten

Overgang van onderneming: een doolhof voor gevorderden

Een onderzoek naar de rechtspositie van de werknemer
bij een overgang van onderneming

BIJLAGE

Zheng Mak
Helmond, mei 2012

Overgang van onderneming: een doolhof voor gevorderden

**Een onderzoek naar de rechtspositie van de werknemer
bij een overgang van onderneming**

BIJLAGE

**Auteur: Zheng Mak
Studentennummer: 2017739**

Helmond, mei 2012

Afstudeerorganisatie:	Van Stiphout Advocaten
Afstudeermentor:	mevr. mr. N.C.A. Elias-Boots
Eerste afstudeerdocent:	mevr. mr. M. Soysuren
Tweede afstudeerdocent:	dhr. mr. M.L.G. Kooij

Bijlage 1 Werkwijzer kwalificatie overgang van onderneming

Om een overgang van onderneming te kwalificeren, kunnen onderstaande stappen worden gevolgd. Deze werkwijzer is een aanvulling op hetgeen dat in hoofdstuk twee is behandeld.

Stap 1: kwalificeer of het een onderneming in de zin van art. 7:662 BW betreft.

Er is al snel sprake van een onderneming in de zin van art. 7:662 BW. Een onderneming die voor overgang is aanmerking kan komen is een organisatie die gericht is op het voortbrengen van goederen of het leveren van diensten.

Daarbij is het niet van belang:

- of de organisatie een winststreven heeft;
- welke rechtsvorm de organisatie heeft;
- of de organisatie externe gerichtheid heeft en
- of de organisatie of afdeling een hoofd- of neventaak uitvoert.

N.B. Ook een deel van een organisatie kan worden gekwalificeerd als een onderneming in de zin van art. 7:662 BW.

Stap 2: stel vast dat er voldaan is aan het overeenkomstvereiste.

Aan de overgang van onderneming dient een overeenkomst, een fusie of een splitsing ten grondslag te liggen, dit wordt ook wel het overeenkomstvereiste genoemd. Er hoeft geen eigendomsoverdracht te zijn maar een overdracht van ondernemingsactiviteiten. Indien er geen overeenkomst ten grondslag ligt aan de overgang van onderneming kan tevens een wilsovereenstemming voldoende zijn om te voldoen aan het overeenkomstvereiste. Het overeenkomstvereiste ziet op elke handeling die leidt tot een overgang van onderneming.

Voorbeelden zijn:

- een overeenkomst;
- een opzegging;
- een beschikking;
- een rechtelijke uitspraak en
- een wetsbesluit.

Stap 3: stel vast welke elementen van de onderneming zijn overgegaan.

Omdat elke overgang van onderneming anders is, dient gekeken te worden welke elementen van de onderneming zijn overgegaan. Er kan een gehele onderneming overgaan maar ook een deel van een onderneming. Een overzicht van de overgegangene elementen kan de kwalificatie van de overgang van onderneming vergemakkelijken.

Stap 4: stel vast of er sprake is van overgang van een economische eenheid.

Vormen de onderdelen die zijn vastgesteld onder stap 3 een economische eenheid? Een economische eenheid wordt gevormd door een geheel van middelen en/of (een bepaalde groep) werknemers die min of meer zelfstandig en duurzaam zijn belast met een bepaalde werkzaamheid die al dan niet de hoofdactiviteit is.

Stap 5: toets op grond van de feitelijke omstandigheden of de identiteit van de economische eenheid is behouden.

Op grond van hetgeen is vastgesteld onder stap 3 en 4 dient er te worden getoetst of de identiteit is behouden.

Daarbij kunnen de volgende factoren van belang zijn:

- wat is de aard van de onderneming (arbeidsintensief of arbeidsextensief)?
- is er materiele activa 'van betekenis' overgedragen (met name van belang bij arbeidsextensieve ondernemingen)?
- wat is de waarde van de immateriële activa?
- is vrijwel al het personeel overgedragen aan verkrijger (met name van belang bij arbeidsintensieve onderneming)?
- is de klantenkring overgedragen?
- in welke mate komen de ondernemingsactiviteiten voor en na overgang met elkaar overeen?
- zijn de activiteiten onderbroken en zo ja, hoe lang?
- is er meer dan alleen de activiteit overgegaan?
- is er, ondanks het verliezen van de organisatorische eenheid, behoud van de functionele band die de onderling samenhangende, elkaar aanvullende factoren verenigt?

Deze vragen kunnen helpen bij het beoordelen of de identiteit van een economische eenheid is behouden. Elke overgang van onderneming is echter anders. Bij het beoordelen of de identiteit van de economische eenheid is behouden, is men volledig afhankelijk van de feitelijke omstandigheden die zich hebben voorgedaan. Op grond hiervan kan bepaald worden welke factoren zwaarder wegen.

Stap 6: toets aan de uitsluitingsgronden.

Tenslotte dient er getoetst te worden aan de uitsluitingsgronden. Indien een van deze uitsluitingsgronden aanwezig is, dan is er geen sprake van een overgang van onderneming.

Deze zijn:

- gestaakte werkzaamheden (behoudens uitzondering, zie hoofdstuk twee);
- faillissement;
- bemanning van een zeeschip;
- louter overgang van een activiteit;
- contractwisseling c.q. heraanbesteding ex. art. 38 CAO in het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf;
- louter een aandelentransactie of
- een administratieve reorganisatie van overheidsdiensten.