87. Overgang van onderneming bij de beëindiging van subsidierelaties en (de)privatisering

MR. R. BENHADI EN MR. T. HENDRIKS

Gemeenten raken steeds vaker betrokken bij discussies over de vraag of de overname van bepaalde activiteiten kwalificeert als overgang van onderneming. Deze discussie kan zich bij verschillende gelegenheden voordoen. Op de eerste plaats ontstaat deze discussie voornamelijk wanneer een subsidierelatie met een subsidieontvanger wordt beëindigd en de uitvoering van de activiteiten wordt overgenomen door een concurrent die daar vervolgens weer subsidie voor ontvangt van de gemeente. Het beëindigen van de subsidierelatie met de ene subsidieontvanger om vervolgens een nieuwe subsidierelatie aan te gaan met een nieuwe partij die de gesubsidieerde activiteiten voortzet, wordt in de praktijk ook wel het 'omleggen van subsidie' genoemd. Hoewel het omleggen van subsidies doorgaans is toegestaan, zijn er wel enkele aspecten die de aandacht verdienen. Zo moet de beëindiging van de subsidierelatie met de 'oude' subsidieontvanger zorgvuldig gebeuren en moet met het oog daarop een redelijke termijn in acht worden genomen (zie artikel 4:51 Awb). Een aspect dat hierbij nog te weinig aandacht krijgt, betreft de vraag of er mogelijk sprake is van een overgang van onderneming en welke consequenties dat heeft. Een recente uitspraak van de kantonrechter Amsterdam bevestigt dit. In deze uitspraak, die hierna uitgebreider aan bod komt, beantwoordt de kantonrechter de vraag of het 'omleggen' van de subsidie door de Gemeente van de ene welzijnsinstelling naar de andere kwalificeert als overgang van onderneming, bevestigend. Op de tweede plaats worden op grote schaal, in het kader van de privatisering, taken en verantwoordelijkheden overgedragen van de gemeente naar een ondernemer of instelling. Ook hier kan discussie ontstaan over de vraag of er sprake is van een overgang van onderneming. Afsluitend komt het ook regelmatig voor dat subsidierelaties worden beëindigd waarna de gesubsidieerde activiteiten (weer) in eigen beheer door een gemeente worden uitgevoerd (ook wel deprivatisering genoemd). Ook in dat geval kan zich de vraag voordoen of er sprake is van overgang van onderneming.

In de hiervoor genoemde situaties kan discussie ontstaan over de vraag of er sprake is van een overgang van onderneming. Is daarvan sprake, dan gaat het personeel van de onderneming of instelling die wordt ge(de)privatiseerd of waarmee de subsidierelatie wordt beëindigd over naar de nieuwe werkgever. De gevolgen daarvan kunnen verstrekkend zijn. In deze bijdrage wordt hier nader op ingegaan.

Overgang van onderneming (ovo) en de verstrekkende gevolgen

Van een overgang van onderneming (hierna: 'ovo') is sprake indien een economische eenheid met behoud van identiteit ten gevolge van bijvoorbeeld een overeenkomst wordt overgedragen. Het begrip 'overeenkomst' is in de loop der jaren door het Hof van Justitie zeer ruim uitgelegd.[1] Als voorbeelden van een overeenkomst kunnen worden genoemd: een eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandeling en de intrekking en verlening van een nieuwe opdracht, maar ook het 'omleggen' van een subsidie. Rechtstreekse contractuele betrekkingen tussen vervreemder en verkrijger zijn daarbij namelijk niet vereist.[2] Ook het begrip 'onderneming' wordt zeer ruim uitgelegd. Hieraan is al voldaan als er sprake is van een economische activiteit met een eigen doelstelling en identiteit. Het kan bijvoorbeeld gaan om een bedrijfsonderdeel dat in voldoende mate los staat van de overige elementen van de onderneming, bijvoorbeeld de exploitatie van buurthuizen.

1 Voor het eerst al in 1987 (HvJ EG 17 december 1987, *NJ* 1989, 674 *(Ny Mølle Kro)*). Zie bijvoorbeeld ook HvJ 19 mei 1992, *NJ* 1992, 476 *(Sophie Redmond Stichting)*.

2 HvJ EG 7 maart 1996, «JAR» 1996/169 *(Merckx/Ford)*.

En ook door een gemeente gesubsidieerde stichting die zich bezighoudt met gratis hulpverlening aan verslaafden kan derhalve onder het begrip 'onderneming' vallen.[3] Uit vaste rechtspraak blijkt dat cruciaal is dat de identiteit van (het onderdeel van) de onderneming behouden blijft. Of daarvan sprake is, dient te worden beoordeeld aan de hand van de zogenoemde Spijkers-criteria,[4] namelijk (1) wat is de aard van de betrokken onderneming (kapitaal- of arbeidsintensief), (2) welke materiële activa zijn overgedragen, (3) wat is de waarde van de immateriële activa op het moment van overdracht, (4) is vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer in dienst genomen, (5) is de klantenkring overgedragen, (6) in welke mate komen de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeen en (7) zijn de activiteiten onderbroken en hoe lang heeft een eventuele onderbreking geduurd? Tussen deze factoren bestaat formeel geen rangorde en het zijn slechts deelaspecten die niet elk afzonderlijk moeten worden beoordeeld. In de kapitaalsintensieve sector is een ovo zonder overdracht van materiële of immateriële activa niet goed denkbaar. In de arbeidsintensieve sector vormt daarentegen juist overdracht van het personeel (althans van een wezenlijk deel qua ervaring en deskundigheid) dat specifiek voor een bepaalde taak is ingezet de 'trigger' van een ovo. Daarbij merken wij op dat het onderscheid tussen ondernemingen met een zogenoemd kapitaalsintensief karakter en ondernemingen met een arbeidsintensief karakter in lang niet alle gevallen zwart-wit is.

Is er sprake van een ovo, dan kunnen de gevolgen verstrekkend zijn. In dat geval gaan namelijk alle rechten en verplichtingen uit een arbeidsovereenkomst tussen de 'oude' werkgever en daar werkzame werknemers van rechtswege over op de verkrijger. De overgang van rechtswege is niet beperkt tot arbeidsvoorwaarden. Het geheel van rechten en verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst gaat over op de verkrijger. Aan de hand van een recente uitspraak zullen wij de consequenties kort aanstippen.

Recente rechtspraak

De kantonrechter Amsterdam heeft zich recent gebogen over de vraag of het omleggen van de subsidie door de gemeente van de ene welzijnsinstelling naar de andere, voor het beheer en de openstelling van drie buurthuizen, kwalificeert als een ovo.[5] De kantonrechter beantwoordt de vraag bevestigend en dat betekent dat de opvolgende welzijnsinstelling de werknemers alsnog in dienst moet nemen en salaris moet betalen vanaf de datum van overgang. Dit heeft primair nadelige gevolgen voor de opvolgende welzijnsinstelling, maar ook een gemeente kan geconfronteerd worden met deze nadelige gevolgen. Zo kan er bijvoorbeeld, zeker wanneer daar niets over is afgesproken of juist wanneer bepaalde garanties zijn afgegeven door de gemeente, discussie ontstaan over de vraag voor wiens rekening de (loon)kosten komen. Daarnaast zijn er gevallen bekend waarin de subsidierelatie werd beëindigd met een instelling vanwege de omstandigheid dat een concurrent de gesubsidieerde activiteiten goedkoper kon uitvoeren. In die gevallen kan, wanneer sprake is van een ovo, de voorgenomen bezuiniging niet altijd worden gerealiseerd. Dit is bijvoorbeeld het geval indien (onder andere) de loonkosten van de subsidieontvanger worden gesubsidieerd.

Gemeenten raken steeds vaker betrokken bij discussies over de vraag of de overname van bepaalde activiteiten kwalificeert als overgang van onderneming.

Voorts merken wij nog op dat de vraag of er sprake is van een ovo, tevens van invloed kan zijn op de redelijke termijn die bij de beëindiging van een langlopende subsidierelatie[6] in acht moet worden genomen (artikel 4:51 Awb). De redelijke termijn strekt ertoe om de subsidieontvanger in de gelegenheid te stellen zijn verplichtingen jegens derden (onder andere personeelsverplichtingen, huurverplichtingen enzovoort) zorgvuldig af te bouwen. De vraag of er sprake is van een overgang van onderneming kan van invloed zijn op de lengte van de redelijke termijn die in acht moet worden genomen. Illustratief in dit kader is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 16 januari 2013.[7] In die zaak betoogde Stivoro – voor zover relevant – dat onduidelijk was of het onderbrengen van de subsidiabele activiteiten bij het Trimbos-instituut een ovo was. De Afdeling stelt voorop dat onduidelijkheid over de vraag of er sprake is van een ovo, niet in de weg staat aan de beëindiging van een subsidierelatie. Het antwoord op deze vraag is echter wél relevant voor de beantwoording van de vraag of de minister bij de beëindiging van de subsidierelatie een redelijke termijn in acht heeft genomen. De redelijke termijn moet zodanig lang zijn dat de subsidieontvanger binnen die termijn duidelijkheid kan verkrijgen over de vraag of er sprake is van een ovo.

Overheidspersoneel en (de)privatisering

De Nederlandse wetgever heeft er voor gekozen om de bescherming bij een ovo niet van toepassing te laten zijn op ambtenaren. Wanneer bij een gemeente zowel ambtenaren als arbeidscontractanten werken en er is sprake van een ovo, dan gaan de ambtenaren niet verplicht over en de arbeidscontractanten wel. Ambtenaren genieten (vooralsnog) namelijk niet dezelfde bescherming als werknemers krachtens de Nederlandse wetgeving. Daar komt overigens

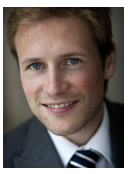
3 19 mei 1992, *NJ* 1992, 476 *(Sophie Redmond Stichting)*.
4 HvJ EG 18 maart 1986, *NJ* 1987, 502 *(Spijkers/Benedik)*.
5 Ktr. Amsterdam, 17 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:989.
6 Hieronder verstaan wij subsidierelaties die drie jaar of langer bestaan (zie artikel 4:51 Awb).
7 ABRvS 16 januari 2013, zaaknummer 201207296/1/A2.

waarschijnlijk wel verandering in gelet op de thans bij de Eerste Kamer in behandeling zijnde Wnra,[8] maar dat valt verder buiten deze bijdrage. De EU richtlijn inzake overgang van onderneming is wel van toepassing op de privatisering van een overheidsdienst, maar zal voor de ambtenaren die bij deze privatisering betrokken zijn geen effect hebben. Zij gaan niet van rechtswege mee over. Andersom is dat wel het geval. In geval van deprivatisering kunnen werknemers wel bescherming ontlenen aan de bepalingen van voormelde richtlijn en de Nederlandse wetgeving omtrent de ovo. Met andere woorden: de overgang van werknemerschap naar ambtenaarschap wordt wel beschermd, maar andersom niet.

De vraag of er sprake is van een overgang van onderneming kan van invloed zijn op de lengte van de redelijke termijn die in acht moet worden genomen.

Tot slot

Het is op voorhand vaak lastig te bepalen of sprake is van ovo. Indien daarvan sprake is dan zijn de gevolgen echter verstrekkend. Alle rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de bijbehorende arbeidsovereenkomsten gaan immers van rechtswege over op de verkrijgende werkgever. Dat kan ook de gemeente betreffen die besloten heeft om voortaan zelf het beheer van bijvoorbeeld het groen te gaan doen en/of om de exploitatie van buurthuizen voort te zetten. Het kan echter ook gaan om de nietsvermoedende welzijnsinstelling die na een aanvraag subsidie verkrijgt en per abuis een economische activiteit overneemt. Het tijdig onderkennen of er sprake is van een overgang van onderneming, kan de nodige discussies voorkomen.



Over de auteurs
Rachid Benhadi is werkzaam als advocaat bij Hekkelman Advocaten en tevens redacteur van dit blad. Ton Hendriks is als advocaat werkzaam bij Hekkelman Advocaten.

8 Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (Wnra). Het wetsvoorstel (nr. 32 550) is op 4 februari 2014 aangenomen door de Tweede Kamer en gaat – kort gezegd – over het afschaffen van de ambtenarenstatus.

Symposium 20 jaar «JB»

Vrijdag 19 september 2014 **Muntgebouw, Leidseweg 90, Utrecht**

De metamorfose van het bestuursprocesrecht en de bestuursrechter nieuwe stijl

Voor- en nadelen voor burger, bestuur en rechter

In 2014 bestaat Jurisprudentie Bestuursrecht 20 jaar. Ter gelegenheid hiervan organiseren wij een feestelijk symposium. Tijdens deze dag zal een drietal experts hun licht laten schijnen over de vele wijzigingen en aanpassingen die het bestuursproces de afgelopen jaren heeft ondergaan. Centraal staat de vraag wat alle 'tijdigheid, finaliteit en Nieuwe Zaaksbehandeling (NZB)' heeft opgeleverd voor betrokkenen (burger, bestuur, rechter).

Tijdens de inleidingen wordt niet alleen aandacht besteed aan de nova in het bestuursprocesrecht (bijvoorbeeld de bestuurlijke lus), maar ook – en niet in de laatste plaats – aan de hedendaagse werkwijze van de bestuursrechters.

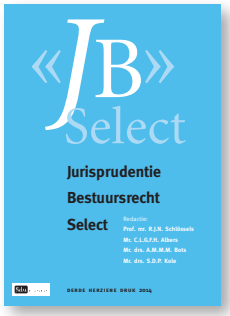
- Wat is het juiste recept voor snelheid en finaliteit?
- Hoe is het eigenlijk gesteld met de rechtspositie van de burger en de rechtsstaat?
- En wat betekent een en ander voor de werkwijze van bestuur en rechter?

Dit thema wordt belicht vanuit het perspectief van de burger, de advocatuur en het bestuur en de rechter.

3 PUNTEN PO ADVOCATUUR

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

Bestemd voor: advocaten, leden van de rechterlijke macht en (overheids)juristen werkzaam op het gebied van het Bestuursrecht.



Deelnemers ontvangen gratis de nieuwe editie van «JB» select

«JB» 20 JAAR

Abonnees van «JB» ontvangen 50% korting!

Programma:

13.00 – 13.30	Ontvangst
13.30 – 13.45	**Opening door dagvoorzitter** *prof. mr. R.J.N. Schlössels*
13.45 – 14.30	**NZB: bestuursrechtspraak in dialoog** *mr. P. Nihot*
14.30 – 15.15	**NZB voor overheidsjuristen: makkelijker kunnen we het niet maken, wel uitdagender!** *mr. J.P. Heinrich*
15.15 – 15.35	Pauze
15.35 – 16.20	**De NZB: het Walhalla voor de burger?** *prof. mr. L.J.A. Damen*
16.20 – 16.50	Vragen / discussie
16.50 – 17.00	**Presentatie nieuwe druk JB Select**
17.00 – 17.45	Borrel

Schrijf u in via www.sdujuridischeopleidingen.nl

Sdu JURIDISCHE OPLEIDINGEN