

De grensoverschrijdende overgang van onderneming in kaart gebracht

52

In de praktijk komt het steeds vaker voor dat ondernemingen hun activiteiten uitbesteden aan een onderneming in het buitenland.² Denk bijvoorbeeld aan de verplaatsing van ICT-werkzaamheden naar India (*offshoring*) of de overdracht van assemblageactiviteiten naar Spanje. Het is voor de betrokken partijen van belang in deze situaties vast te stellen of het leerstuk van overgang van onderneming, zoals neergelegd in Richtlijn 2001/23 EG (hierna: de Richtlijn)³, van toepassing is. Immers, een grensoverschrijdende overgang van onderneming kan voor betrokken partijen vergaande gevolgen hebben. Dit artikel zet schematisch uiteen welke grensoverschrijdende verschijningsvormen onder het bereik van de Richtlijn vallen, welke rechter bevoegd is inzake een geschil over de toepassing van de Richtlijn (rechtsmacht/jurisdictie) en welk implementatierecht van toepassing is. Het artikel sluit af met enkele praktische tips voor de praktijk.

De grensoverschrijdende overgang van onderneming

Dit artikel beperkt zich tot de overgang van een in Nederland gevestigde onderneming naar een buitenlandse verkrijger binnen de private sector. De volgende drie situaties worden besproken:

- I) Een onderneming⁴ wordt overgedragen aan een buitenlandse onderneming, waarbij de ondernemingsactiviteiten in Nederland blijven en niet worden verplaatst.
- II) Een onderneming wordt overgedragen aan een buitenlandse onderneming, waarbij ook de ondernemingsactiviteiten worden verplaatst naar een lidstaat van de Europese Unie.⁵

- III) Een onderneming wordt overgedragen aan een buitenlandse onderneming, waarbij ook de ondernemingsactiviteiten worden verplaatst naar een land buiten de Europese Unie.⁶

Het doel van de Richtlijn is werknemers bij een overgang van onderneming te beschermen opdat zij geen nadelige gevolgen ondervinden van de overgang. Bij een overgang van onderneming gaan de werknemers – kort gezegd – van rechtswege mee over op de verkrijger met behoud van alle rechten en plichten die uit de (collectieve) arbeidsovereenkomst met de vervreemder voortvloeien. Het kenmerk van een grensoverschrijdende overgang is dat de verkrijger een buitenlandse partij is. De Richtlijn maakt geen onderscheid tussen lokale en grensoverschrijdende situaties.⁷ Hoewel het Hof van Justitie en de Hoge Raad nog geen uitsluitel hebben gegeven over de vraag of de Richtlijn van toepassing is in geval van een grensoverschrijdende overgang van onderneming, gaan de verschillende nationale lagere rechters hier doorgaans wel vanuit.⁸ Een grensoverschrijdende overgang van onderneming kent verschillende verschijningsvormen. Te onderscheiden zijn onder meer de activa/passivatransactie, een juridische fusie op basis van de Tiende Richtlijn⁹ en de in- en outsourcing van een dienst.¹⁰ De verschillende verschijningsvormen kunnen een overgang van onderneming bewerkstelligen voor zover zij voldoen aan de criteria neergelegd in de Richtlijn.¹¹ Aan deze criteria heeft het Hof van Justitie nadere invulling gegeven.¹² Op basis van verschillende factoren (ook wel de Spijkers-factoren genoemd) zoals de aard van de onderneming, de mate van overdracht van materiële activa, de overdracht van immateriële activa, de mate waarin het personeel wordt overgenomen, de overdracht van het klantenbestand

1 Mevr. mr. B.H.E. Veldmaat en mevr. mr. F. van Assendelft de Coningh zijn beiden advocaat bij CMS Derks Star Busmann te Amsterdam.
2 Temeer nu sinds 2008 Nederlandse kapitaalvennootschappen juridisch kunnen fuseren met vennootschappen uit andere lidstaten.
3 Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001 (PbEG 2001, L 82/16) inzake de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten betreffende de inhoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen. Deze Richtlijn heeft twee eerdere Richtlijnen vervangen; Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 (PbEG 1977, L 61/26) en Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1988 (PbEG 1988, L 210/88).
4 Volgens art. 7:662 lid 3 BW wordt een vestiging of een onderdeel van een onderneming als onderneming beschouwd.
5 Evenals Noorwegen, IJsland en Liechtenstein.

6 Niet zijnde Noorwegen, IJsland en Liechtenstein.
7 Op grond van art. 1 lid 2 Richtlijn is de Richtlijn van toepassing indien en voor zover de ondernemingen die overgaan zich binnen de territoriale werkingssfeer van het Verdrag bevinden.
8 Ktr. Eindhoven 9 september 2008, JAR 2008/271; Ktr. Amsterdam 8 augustus 1995, KG 1995/33; HvJ EG 14 april 1994, NJ 1995/149, JAR 1994/107; Rb. Breda 26 juli 2007, JWB 2007/450, m.nt. NN. UK Appeal No. UKEAT/0171/07/CEA (Holis Metal Industries/GMB).
9 Richtlijn 2005/56/EG van 26 oktober 2005 (PbEU 2005 L 310/1) betreffende grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen, laatstelijk gewijzigd door Richtlijn 2009/109/EG van 16 september 2009 (PbEU 2009 L 259/14).
10 In het uitzonderlijke en unieke arrest van het Hof Amsterdam 8 november 2011, JAR 2012/9, werd zelfs geoordeeld dat sprake was van een overgang van onderneming bij een aandelenovername.
11 Art. 1 (b) Richtlijn bepaalt dat voor een overgang van onderneming vereist is dat de overgang het oog heeft op voortzetting van een al dan niet hoofdelijke economische activiteit van een economische eenheid die haar identiteit behoudt waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan.
12 Onder meer HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987/502 (Spijkers/Benedik); HvJ EG 12 februari 2009, JAR 2009/92 (Klarenberg/Ferrottron); HvJ EG 11 maart 1997, JAR 1997/91 (Süzen); HvJ EG 6 november 2003, JAR 2003/298 (Sodexho).

en de mate waarin de activiteiten worden voortgezet in een soortgelijke vorm, wordt getoetst of de onderneming – de economische eenheid – haar identiteit na de overgang behoudt. Hierbij maakt het Hof van Justitie bovendien onderscheid tussen de aard van de economische activiteit van de onderneming, waarbij wordt bezien of deze kapitaalintensief of arbeidsintensief is.¹³

Blijft de identiteit van een onderneming behouden bij verplaatsing van de bedrijfsactiviteiten naar het buitenland?

Indien de verkrijgende partij in het buitenland gevestigd is, is sprake van een grensoverschrijdende overgang van onderneming. Het feit dat de verkrijgende partij in het buitenland gevestigd is, kan een factor zijn die meespeelt bij de vraag of de onderneming haar identiteit behoudt. In situatie I waar de ondernemingsactiviteiten niet worden verplaatst, zal het feit dat verkrijger een buitenlandse partij is van geen betekenis zijn. Echter, in situatie II en III,¹⁴ waarbij de ondernemingsactiviteiten daadwerkelijk worden verplaatst naar het buitenland, speelt dit wel mee. Het is in die situaties dan ook maar zeer de vraag of de identiteit van de onderneming behouden blijft. Wat de werknemers in situatie II en III betreft, zal de afstand veelal ook niet te overbruggen zijn. De werknemers zullen hun werkzaamheden immers vanaf de nieuwe locatie in het buitenland moeten gaan verrichten. In grensgevallen rondom de Duits-Nederlandse en Belgisch-Nederlandse grens zal dit veeleer geen problemen opleveren. Het Duitse Bundesarbeitsgericht oordeelde in 1998 echter wel dat een onderneming haar identiteit verliest bij een grensoverschrijdende overgang waarbij de ondernemingsactiviteiten meer dan 100 kilometer werden verplaatst.¹⁵ Daarnaast zijn gevallen denkbaar waarbij een onderneming haar identiteit minder snel zal behouden, omdat de overgenomen activiteit niet in een vergelijkbare organisatorische structuur wordt ondergebracht.¹⁶ Het feit dat door een grensoverschrijdende overgang van onderneming de ondernemingsactiviteiten naar het buitenland worden verplaatst, weegt daarom mee in de beoordeling of een onderneming haar identiteit behoudt. Daarbij dient in ogenschouw te worden genomen dat – zoals het Franse Cour de Cassation bepaalde – vanwege culturele, economische en sociale veranderingen door een grensoverschrijdende overgang de identiteit waarschijnlijk *niet* behouden blijft.¹⁷ Ook in de zaak *Holis Metal Industries Limi-*

*ted/GMB*¹⁸ van het Engelse EAT (Employment Appeal Tribunal) werd de vraag voorgelegd of de Engelse wetgeving inzake overgang van onderneming (TUPE 2006) van toepassing was op een grensoverschrijdende overgang van onderneming van het Verenigd Koninkrijk naar Israël.¹⁹ Het EAT komt in deze zaak niet toe aan de beoordeling of de onderneming haar identiteit behoudt door het grensoverschrijdende aspect, omdat de overgang van onderneming eerder plaatsvond dan het verplaatsen van de ondernemingsactiviteiten. Beide partijen in deze zaak stelden echter wel de vraag of de identiteit van de onderneming vanwege de verschillende culturen behouden bleef wanneer TUPE 2006 van toepassing zou zijn geweest. Het EAT bevestigt dat TUPE 2006 inderdaad van toepassing kan zijn bij een grensoverschrijdende overgang van onderneming. Het EAT merkte daarbij op dat het afdwingen van werknemersrechten in een ander land echter niet zonder problemen zal verlopen. De Duitse arbeidsrechter oordeelde eveneens dat een verplaatsing van de ondernemingsactiviteiten een zodanig identiteitsbehoud belette dat geen grensoverschrijdende overgang van onderneming kon worden aangenomen.²⁰ Wij zijn dan ook van mening dat de culturele, economische en sociale omstandigheden meegewogen dienen te worden bij de beoordeling of de identiteit van de onderneming behouden blijft, indien de onderneming wordt verplaatst naar een land waar deze omstandigheden veel verschillen van de Nederlandse. Indien de verkrijger bijvoorbeeld Chinees of Indiaas is, zal de identiteit van de onderneming waarschijnlijk *niet* behouden blijven omdat de culturele, economische en sociale omstandigheden in China totaal anders zijn dan in Nederland. Als de onderneming wordt verplaatst naar een land dat cultureel, economisch en sociaal nagenoeg overeenkomt met Nederland – zoals België en Duitsland – blijft de identiteit wat ons betreft wel bewaard. Dit speelt met name een rol bij grensgevallen. Uiteraard staan de culturele, economische en sociale omstandigheden niet op zich en dient aan de hand van de overige vereisten van een overgang van onderneming eveneens getoetst te worden. Het is dan ook maar zeer de vraag of de identiteit van de onderneming behouden blijft indien de onderneming wordt verplaatst naar een land als Spanje. Op voorhand kan op grond van de beperkte hoeveelheid gepubliceerde jurisprudentie en de Richtlijn hierover geen uitsluitsel worden gegeven.

Wat gebeurt er als de werknemer niet mee wenst over te gaan naar het buitenland?

Welke situatie kan ontstaan voor de Nederlandse werknemer wanneer sprake is van een grensoverschrijdende overgang van onderneming in situatie II en III? Indien de werk-

13 HvJ EG 20 november 2002, NJ 2004/265, JAR 2003/31; HvJ EG 25 januari 2001, JAR 2001/68.

14 In situatie II en III, waarbij de ondernemingsactiviteiten naar het buitenland worden verplaatst, gaat dit artikel ervan uit dat een zodanig verband met de verkoop, uitbesteding of de juridische fusie bestaat dat het besluit tot verplaatsing van de ondernemingsactiviteiten eveneens onder het toepassingsbereik van de Richtlijn valt.

15 *Ar-updates* 2012-0780; de uitspraak van het Bundesarbeitsgericht wordt besproken waarin de verplaatsing van de ondernemingsactiviteiten 60 km verderop niet te ver was om identiteitsbehoud uit te sluiten. Bundesarbeitsgericht 25 mei 2011, BJN 121624.

16 HvJ EG 12 februari 2009, JAR 2009/92 (*Klarenberg/Ferrotron*).

17 Cour de Cassation 5 april 1995, no. 1954 FB, op te vragen via www.courdecassation.fr/jurisprudence/2/chambre_sociale_576/.

18 Appeal No. UKEAT/0171/07/CEA, www.employmentappeals.gov.uk/Public/Upload/07_0171ResfHCNCEA.doc.

19 I.J. de Laat en mevr. mr. E. Knipschild, 'De positie van werknemers bij grensoverschrijdende bedrijfsvergangen en outsourcingstransacties; een reactie', *ArbeidsRecht* 2009/41.

20 Landesarbeitsgericht Nürnberg 7. Kammer, 26 augustus 1996, 7 Sa 981/9; Landesarbeitsgericht Köln 12 juni 1997, 5 Sa 362/97.

nemer in een dergelijke situatie ondubbelzinnig en duidelijk weigert mee over te gaan, omdat hij zijn werkzaamheden in het buitenland moet gaan uitoefenen, betekent dit in beginsel dat de werknemer met ingang van de overgangsdatum van rechtswege bij de vervreemder uit dienst gaat.²¹ Uiteraard dient de werknemer tijdig en volledig geïnformeerd te worden.²² Een andere mogelijkheid is dat de werknemer – indien hij niet mee over wenst te gaan naar de buitenlandse verkrijger in situatie II en III – een ontbindingsverzoek indient op basis van art. 7:665 BW. Dit artikel bepaalt immers dat indien de overgang van onderneming een wijziging van de omstandigheden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft (verplaatsing naar het buitenland) en de arbeidsovereenkomst ten gevolge hiervan wordt ontbonden, dit voor risico van de werkgever dient te komen. Hoewel in art. 7:665 BW expliciet is opgenomen dat de ontbinding in die situatie voor rekening van de werkgever komt, kennen de kantonrechters in bepaalde situaties toch een lagere vergoeding toe dan een neutrale correctiefactor, althans niet hoger dan een neutrale correctiefactor.²³ De kantonrechters toetsten in deze situaties het nadeel dat de werknemers leden door de afstand die zij moesten gaan overbruggen na de overgang van onderneming. In de zaak bij de Amsterdamse kantonrechter ging het om een reistijd na overgang van 5,5 uur in totaal (een verplaatsing van de ondernemingsactiviteiten van Den Bosch naar Amsterdam, de werknemer woonde in Roermond) en in de Tilburgse zaak (een verplaatsing van de ondernemingsactiviteiten van Tilburg naar het Belgische Bree) betrof de reistijd na overgang 1,5 uur per enkele reis. Ook andere omstandigheden werden meegewogen, zoals de privésituatie van de werknemers. Bovendien betrof de Kantonrechter in Tilburg in zijn oordeel dat de andere werknemers de grensoverschrijdende overgang wel accepteerden. De Richtlijn heeft dan ook niet de intentie de werknemer in een betere positie te brengen dan bij een gewone ontbindingssituatie. Bovendien zal in een gewone ontbindingsprocedure de werknemer waarschijnlijk hetzelfde resultaat bereiken omdat het feit dat de werknemer erop achteruitgaat ook in de risicosfeer van de werkgever zal liggen.²⁴ Art. 7:665 BW geeft – in tegenstelling tot het weigeren van de overgang naar de buitenlandse partij – echter wel de mogelijkheid het WW-recht veilig te stellen. De tweedeling die ontstaat, enerzijds werknemers die weigeren mee over te gaan en anderzijds

werknemers van wie de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, lijkt dan ook niet in lijn met de Richtlijn.²⁵

Bevoegde rechter situatie I en II

Welke rechter is bevoegd inzake een geschil over de toepasselijkheid van de Richtlijn?²⁶ Wij beperken ons tot de situatie waarin een Nederlandse werknemer de werkgever aanspreekt, aangezien de Nederlandse werknemer doorgaans om pragmatische redenen voorkeur heeft voor de Nederlandse rechter. In internationale arbeidszaken, waarbij de werkgever woonplaats heeft op het grondgebied van een lidstaat (situatie I en II), wordt veelal aansluiting gezocht bij de Brussel I-Verordening.²⁷ Indien de bevoegdheidsvraag buiten het toepassingsgebied van deze Verordening valt wordt teruggevallen op het commune Nederlandse internationaalbevoegdheidsrecht.²⁸ Op basis van art. 18 en 19 Brussel I-Verordening kan de werknemer, door een beroep te doen op zijn arbeidsovereenkomst, de werkgever oproepen voor de gerechten van de lidstaat waar 1. de werkgever woonplaats heeft (hoofregel); of 2. de plaats waar de werknemer gewoonlijk werkt óf heeft gewerkt; dan wel 3. de plaats waar de vestiging²⁹ die de werknemer in dienst heeft genomen zich bevindt of bevond.³⁰ Bij het bepalen van de rechtsmacht dient onderscheid te worden gemaakt in vorderingen die worden ingesteld tegen de vervreemder of de buitenlandse verkrijger.

Vorderingen jegens vervreemder situatie I en II

Bij een vordering ingesteld jegens de vervreemder in situatie I en II vormt het bepalen van de rechtsmacht in beginsel geen probleem. Immers, indien de vervreemder geen woonplaats heeft in Nederland wordt aansluiting gezocht bij de plaats waar de werknemer gewoonlijk werkt of heeft

21 A.A. de Jong, 'De positie van de werknemers bij grensoverschrijdende bedrijfsovergangen en outsourcingtransacties', *ArbeidsRecht* 2009/27. HR 7 oktober 1988, NJ 1989/240 (Boode/Hoheisel). Anders: K. van Kranenburg-Hanspian & A. Avci, 'Wie beschermt de weigerachtige werknemer', *ArbeidsRecht* 2011/4.

22 A. Hustinx, 'Informatievoorziening aan werknemers bij overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2009/40. HR 26 juni 2009, JAR 2009/183 (Bos/Pax), zo ook HR 26 oktober 2007, JAR 2007/285 en R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming: wat niet weet, deert toch: HR 26 juni 2009, JAR 2009/183 (Frits Bos/Pax Integrated Logistics B.V.)', *Arbeidsrechtelijke annotaties* 2009/3.

23 Ktr. Amsterdam 24 mei 2007, JAR 2007/168 en Ktr. Tilburg 26 juli 2007, JAR 2007/259.

24 R.M. Beltzer, 'De zaak Juuri: over ontslag en de wil van sociale partners', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010 (9) 1.

25 R.M. Beltzer, 'De zaak Juuri: over ontslag en de wil van sociale partners', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010 (9) 1.

26 Voor een overzicht met betrekking tot de rechtsmacht inzake internationale arbeidszaken zie: C.B.G. Derks, 'Het mijnenveld van de internationale arbeidsverhouding I: Welke rechter is bevoegd', *ArbeidsRecht* 2005/63. S.T.E. Bakker & N. IJzerman, 'Rome I vervangt het EVO: nieuw ipr voor de arbeidsrechtpraktijk', *ArbeidsRecht* 2009/56. Z. Even & E. van Kampen, 'De arbeidsovereenkomst in internationaal privaatrechtelijk perspectief. Drie kernvragen voor de Nederlandse jurist', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2004/1. J.H. Even, 'Rechtsmacht en toepasselijk recht bij internationale arbeid', *ArbeidsRecht* 2010/49. E.E. Franssen, 'De zaak Mooy: een mooie gelegenheid voor een beschouwing over grensoverschrijdend arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 2012/2. C.B.G. Derks, 'Toepasselijk recht: hoe gewoon is de gewone werkplek in de internationale arbeidsverhouding?', *ArbeidsRecht* 2011/45.

27 EEX-Verordening nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 (PbEG L 12/1) betreffende de rechtelijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

28 L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 217.

29 Rechtspersonen hebben in beginsel woonplaats ter plaatse van hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging (art. 60 Brussel I-Verordening). Indien de werkgever geen woonplaats heeft binnen de Europese Unie, maar een vestiging dan geldt die vestiging als woonplaats (art. 18 Brussel I-Verordening).

30 Art. 5 lid 5 Brussel I-Verordening bepaalt dat een rechtspersoon ook gedaagd kan worden in de plaats waar hij een filiaal, agentschap of andersoortige vestiging voor zover het geschil ziet op de exploitatie van dat filiaal, agentschap of de vestiging.

gewerkt. De werknemer heeft in elk geval voor de grensoverschrijdende overgang van onderneming zijn arbeid in Nederland verricht, waardoor de Nederlandse rechter altijd bevoegd is. Of een vordering voor of na de grensoverschrijdende overgang van onderneming wordt ingesteld doet niets af aan de bevoegdheid van de Nederlandse rechter.³¹

Vorderingen jegens verkrijger situatie I en II

Het bepalen van de rechtsmacht bij een vordering jegens een buitenlandse verkrijger is moeilijker. Indien situatie I zich voordoet, de activiteiten worden niet verplaatst, zal ondanks het feit dat de woonplaats van de werkgever verandert, de gewone werkplaats van de werknemer niet veranderen. De Nederlandse rechter is derhalve in beginsel bevoegd. Het ligt gecompliceerder in situatie II waarbij de ondernemingsactiviteiten worden verplaatst naar het buitenland. Immers, in dat geval verandert de woonplaats van de werkgever én het land waar de werknemer gewoonlijk zijn werkzaamheden uitoefent. Indien de ondernemingsactiviteiten worden verplaatst naar het buitenland, dan is het van belang om vast te stellen waar het zwaartepunt van de arbeid ligt. Op basis van het arrest *Rutten/Cross Medical*³² kan in zijn algemeenheid worden gesteld dat de plaats waar de ondernemingsactiviteiten naartoe worden verplaatst, de plaats is waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht. In dat geval zal naar alle waarschijnlijkheid de buitenlandse rechter bevoegd zijn. Dit is niet anders indien de werknemer zich op het standpunt stelt dat de Nederlandse rechter bevoegd is omdat hij voor de grensoverschrijdende overgang van onderneming zijn werkzaamheden verrichtte in Nederland. In situatie II worden de ondernemingsactiviteiten immers permanent verplaatst waardoor het feit dat de werknemer voor de grensoverschrijdende overgang van onderneming zijn werkzaamheden in Nederland verrichtte van onderschikt belang is bij de beoordeling van de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht.³³ Een uitzondering kan worden gemaakt indien het geheel van omstandigheden maakt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een andere lidstaat. Uiteraard dient, in zowel situaties I, II en III een eventuele forumkeuze van partijen gerespecteerd te worden. Partijen kunnen immers een rechter kiezen op basis van art. 23 Brussel I-Verordening. Hierbij dient in ogenschouw te worden genomen dat een forumkeuze gemaakt voordat het geschil is ontstaan, zoals een forumkeuze opgenomen in de arbeidsovereenkomst, in beginsel niet rechtsgeldig geacht zal worden.³⁴

Bevoegde rechter situatie III

Wanneer situatie III zich voordoet – de ondernemingsactiviteiten worden verplaatst naar een land buiten de Europese Unie³⁵ – en de werknemer richt zich tot een Nederlandse rechter, dient de rechtsmacht te worden bepaald aan de hand van de algemene regels inzake de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter. Dit gebeurt in dagvaardingsprocedures op basis van art. 2 Rv (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Met betrekking tot het arbeidsrecht is echter een extra bevoegdheid opgenomen; de Nederlandse rechter is eveneens bevoegd kennis te nemen van een geschil omtrent een individuele arbeidsovereenkomst op basis van art. 6 onder b Rv, indien de arbeid wordt verricht of laatstelijk gewoonlijk werd verricht in Nederland. In een verzoekschriftprocedure dient gekeken te worden naar art. 3 Rv. De algemene hoofdregel is neergelegd in art. 3 onder a Rv; de Nederlandse rechter is bevoegd indien de verzoeker(s) of een van de in het verzoekschrift genoemde belanghebbenden in Nederland woonplaats of gewone verblijfplaats heeft.³⁶ De Nederlandse rechter heeft derhalve rechtsmacht ten aanzien van een ontbindingsverzoek van de arbeidsovereenkomst met de buitenlandse partij na de grensoverschrijdende overgang van onderneming, ingediend door de werknemer dan wel de werkgever.

Toepasselijk recht

Het is van belang vast te stellen welk implementatierecht van toepassing is inzake een geschil over de toepassing van de Richtlijn, aangezien de Richtlijn een minimumrichtlijn is als gevolg waarvan de verschillende lidstaten gunstigere regels kunnen vaststellen. Het implementatierecht ten aanzien van de Richtlijn kan dan ook per lidstaat aanzienlijk verschillen.³⁷ Hoewel de Richtlijn niet voorziet in een verwijzingsregel, is de toepasselijke implementatiewetgeving essentieel voor het bepalen van de consequenties van de grensoverschrijdende overgang van onderneming. In situatie I, II en III dient het toepasselijk recht ten aanzien van arbeidsovereenkomsten gesloten voor 17 december 2009 aan de hand van het EVO³⁸ te worden bepaald. Overeenkomsten na deze periode dienen te worden beoordeeld op basis van de Rome I-Verordening.³⁹ Deze twee bronnen van internationaal privaatrecht hebben een universeel toepassingsgebied zodat zij het toepasselijke recht aanwijzen, ongeacht de vraag of dit het recht van een lidstaat betreft. De

31 F.G. Laagland, 'Grensoverschrijdende overgang van onderneming: een analyse van de bevoegde rechter en het toepasselijk recht', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2011 (10) 3.

32 HvJ EG 9 januari 1997, nr. C-383/95, *JAR* 1997/107 (*Rutten/Cross Medical*).

33 HvJ EG 27 februari 2002, nr. C-37/00, *JAR* 2002/208 (*Weber/Ogden Services*).

34 Rb. Breda 1 oktober 2008, *LJN* BF7167.

35 Niet zijnde Noorwegen, IJsland en Liechtenstein.

36 Hof Arnhem 18 november 2008, *NIPR* 2009/88; Rb.'s-Gravenhage 29 juni 2009, *NIPR* 2010/27.

37 In Nederland is de Richtlijn in art. 7:662-666, art. 7:670 lid 8 BW, art. 14a Wet CAO, art. 2a Wet AVV, alsmede enkele bepaling in de Faillissementswet geïmplementeerd.

38 Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

39 Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 (*PbEG* 2008, L 177/1) inzake het recht dat van toepassing is verbintenissen uit overeenkomst.

Nederlandse rechter bepaalt dus altijd aan de hand van één van deze twee bronnen het toepasselijke recht.⁴⁰ Omdat de Rome I-Verordening op vele punten overeenkomt met het EVO, zal hierna slechts de Rome I-Verordening worden behandeld. Ten eerste is de Rome I-Verordening enkel van toepassing indien uit het recht van verschillende landen gekozen dient te worden.⁴¹ Na de grensoverschrijdende overgang van onderneming is dit het geval, daarvoor nog niet. Hoewel men zich wel kan afvragen of in situatie I hiervan überhaupt sprake is, immers de activiteiten worden niet naar het buitenland verplaatst.⁴² Voor de individuele arbeidsovereenkomst geeft art. 8 Rome I-Verordening een bijzondere verwijzingsregeling. Indien geen rechtskeuze is gemaakt op basis van art. 3 Rome I-Verordening, is het recht van het land van toepassing waar, of bij gebreke daarvan van waaruit, de werknemer ter uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht. Wanneer deze twee criteria geen soelaas bieden, is het recht van het land waar de vestiging die de werknemer in dienst heeft genomen zich bevindt van toepassing. Wanneer uit het geheel van omstandigheden echter blijkt dat de arbeidsovereenkomst een nauwere band heeft met het recht van een ander land dan het recht dat van toepassing wordt verklaard door bovengenoemde criteria, is dat recht van toepassing op de arbeidsovereenkomst. Door de grensoverschrijdende overgang van onderneming kan het gewoonlijk werkland van de werknemer *permanent* veranderen, en derhalve het toepasselijke recht ook.⁴³ Sommige auteurs stellen zich op het standpunt dat de Richtlijn een eigen werkingssfeerbepaling heeft en zich enkel richt op de onderneming (art. 1 Richtlijn). Hierdoor dient de Richtlijn een bovenindividueel belang en kan geen aansluiting gezocht worden bij de arbeidsovereenkomst voor de bepaling van het toepasselijke recht.⁴⁴ Wij kunnen ons vinden in deze benadering en merken de Richtlijn – en het implementatierecht – als voorrangregel aan in de zin van art. 9 Rome I-Verordening omdat de vestigingsplaats van de onderneming als indicatie dient te worden genomen en niet de individuele arbeidsovereenkomst bij het bepalen van het toepasselijke recht. Dientengevolge dient de nationale rechter in situatie I en II, het nationale implementatierecht van toepassing te verklaren op de grensoverschrijdende overgang van onderneming. Indien het buitenlandse recht een gun-

stigere implementatiewetgeving kent, kan dit in de hand werken dat de werknemer een grond zoekt voor de bevoegdheid van de buitenlandse rechter. Zo kent het Duitse implementatierecht het voor de werknemer gunstige 'Widerspruchrecht'. Op grond hiervan kan de werknemer zich tegen de overgang verzetten, met als gevolg dat hij bij de vervreemder in dienst blijft.

De praktijk

Afsluitend de vraag hoe in de praktijk om te gaan met transacties waarbij een grensoverschrijdende overgang van onderneming is te voorzien. Dit is belangrijk omdat niet altijd zeker is of de Richtlijn in die situaties wel van toepassing is, aangezien het maar zeer de vraag is of de identiteit van de onderneming behouden blijft wanneer de ondernemingsactiviteiten worden verplaatst naar het buitenland. In veel gevallen is achteraf pas vast te stellen of dit het geval is. In transacties nemen partijen hier dan ook op voorhand vrijwaringen over op in de overnamecontracten, teneinde de mogelijke gevolgen van een grensoverschrijdende overgang van onderneming te ondervangen. Een praktische oplossing kan zijn dat contractspartijen uitgaan van de situatie dat de Richtlijn niet van toepassing is. Let wel, dit is een afspraak tussen de contractspartijen waaraan de werknemers uiteraard niet gebonden zijn. De werknemers staat het dan ook vrij zich op de Richtlijn te beroepen ondanks de afspraken gemaakt in het overnamecontract. De Richtlijn is immers van dwingend recht. Teneinde dit risico te beperken en de sociale gevolgen voor de werknemers te ondervangen is het gebruikelijk dat afspraken hierover worden neergelegd in een sociaal plan. Het is van belang dat het sociaal plan de werknemers voldoende waarborg biedt teneinde te voorkomen dat werknemers claimen mee over te gaan naar de verkrijger of ontbinding vragen op basis van art. 7:665 BW. De werknemers hebben bij een goed sociaal plan in beginsel geen reden meer zich achteraf op de Richtlijn te beroepen en te claimen bij de verkrijger in dienst te zijn. Indien een sociaal plan uitonderhandeld dient te worden met de vakbonden, dienen de vakbonden er daarnaast uiteraard van overtuigd te worden dat het sociaal plan meer bescherming biedt dan de Richtlijn.

40 C.B.G. Derks & B.A. Spliet, 'Het mijnenveld van de internationale arbeidsverhouding II', *ArbeidsRecht* 2006/1.

41 Art. 1 Rome I-Verordening. Het toelichtende rapport van M. Guiliiano & P. Lagarde 31 oktober 1980 (*PbEG* C 282) geeft aan dat van een keuze uit meerdere rechtssystemen sprake is wanneer de overeenkomst feitelijk-geografische aanknopingspunten heeft met meerdere rechtssystemen.

42 F.G. Laagland, 'Grensoverschrijdende overgang van onderneming: een analyse van de bevoegde rechter en het toepasselijke recht', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2011 (10) 3. Laagland meent dat in situatie I betekenis toekomt aan het feit dat de verkrijger een buitenlandse partij is.

43 L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 172.

44 F.G. Laagland, 'Grensoverschrijdende overgang van onderneming: een analyse van de bevoegde rechter en het toepasselijke recht', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2011 (10) 3. Zo ook: A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers*, Den Haag: Sdu 2000, p. 470.