

Verkenning:

Overgang van werknemers en hun arbeidsvoorwaarden bij aanbesteding, uitbesteding en (schijn)faillissement



Den Haag, 16 december 2016

Samenvatting

Afspraak Stichtingsakkoord

In het Stichtingsakkoord van 11 april 2013¹ is opgenomen dat bij aanbesteding, uitbesteding of (schijn)-faillissement de werknemers, die het desbetreffende werk doen, het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden volgen en dat bezien zal worden of, en zo ja hoe, de Wet overgang van onderneming moet worden aangepast.

Dit document bevat de weerslag van het onderzoek dat de Stichting van de Arbeid heeft verricht naar de verschillende uitvoeringsmodaliteiten daarvan zonder dat een gezamenlijke conclusie daarover bereikt is.

Wet overgang van ondernemingen

Aanbesteding, uitbesteding of (schijn)faillissement vallen niet automatisch onder de reikwijdte van de Wet overgang van ondernemingen. Er moet sprake zijn van een overgang *ten gevolge van een overeenkomst van een economische eenheid die haar identiteit behoudt*. Of aan deze voorwaarden wordt voldaan, wordt per geval beoordeeld.

Indien elke aanbesteding of uitbesteding onder de Wet overgang van ondernemingen zou moeten vallen, zullen de begrippen in artikel 7:662 BW en in het bijzonder het ‘identiteitsvereiste’ aangepast moeten worden. Dit zou echter betekenen dat de Nederlandse wetgeving niet meer in de pas loopt met Europese regelgeving en jurisprudentie, waarin de begrippen inmiddels zijn uitgekristalliseerd. Europese regelgeving vormt juist de bron voor de Nederlandse wet op dit punt; de ontwikkelde jurisprudentie zou dan niet meer van toepassing zijn op de Nederlandse situatie. Dit zou een spanningsveld betekenen tussen Europese en Nederlandse wetgeving.

Wat betreft (schijn)faillissementen bestaat er Europese regelgeving (EG-richtlijn 2001/23). Er is discussie in Nederland over hoe deze richtlijn moet worden geïnterpreteerd.

(Publieke) aanbestedingen

De afspraak ‘werknemers volgen het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden’ opnemen als voorwaarde in (publieke) aanbestedingsprocedures is op zich mogelijk en lijkt door nieuwe Europese richtlijnen te worden verruimd. Een deel van de (Europese) aanbestedingen valt momenteel al onder de Wet overgang van ondernemingen, bepalingen van cao’s of sectorale wetgeving. Voor de overige aanbestedingsprocedures kan het uitgangspunt uit het Stichtingsakkoord worden meegenomen als uitvoeringsvoorwaarde. Of dit in een concreet geval is geoorloofd, hangt – als het gaat om publieke aanbestedingen - vooral af van de vraag of in de specifieke situatie voldaan wordt aan het proportionaliteitsbeginsel (naast de beginselen van transparantie en gelijkheid).

¹ Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020, Stichting van de Arbeid - 11 april 2013, pagina 24

Engelse TUPE-regeling²

Om tot mogelijke oplossingen te komen voor het aanbestedingsvraagstuk heeft de werkgroep tevens gekeken naar de wijze waarop omringende landen de Europese richtlijn hebben geïmplementeerd. De Britse regeling voor ‘overgang van onderneming’ is evenals de Nederlandse Wet overgang van ondernemingen gebaseerd op de EG-richtlijn 2001/23. Het Verenigd Koninkrijk heeft deze regeling, de zogenaamde ‘TUPE-regeling’, recent nog aangepast omdat de regeling bij uitbesteding, inbesteding of contractwisseling tot onzekerheid leidde. Sinds 2006 valt onder ‘overgang van onderneming’ (‘relevant transfer’) namelijk niet alleen de ‘business transfer’ maar ook de zogenaamde ‘service provision change’. Hierdoor is identiteitsbehoud geen voorwaarde meer om tot een ‘overgang van onderneming’ te kunnen concluderen. Uitbesteding, inbesteding of contractwisseling die niet voldoet aan het identiteitsvereiste van de Europese richtlijn wordt dus ook aangemerkt als een ‘overgang van onderneming’ mits voldaan wordt aan bepaalde voorwaarden (er moet sprake zijn van een georganiseerde groep van werknemers welke hoofdzakelijk belast is met het uitvoeren van een bepaalde activiteit, de activiteit moet voor én na de overgang fundamenteel dezelfde zijn en de opdrachtgever moet voor én na de overgang dezelfde zijn).

Omdat de service provision change in die zin afwijkt van de richtlijn is jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie hierop niet of in ieder geval minder goed toepasbaar. Het is mogelijk dat Nederland evenals het Verenigd Koninkrijk verder gaat dan de Europese richtlijn voorschrijft door het begrip overgang van onderneming uit te breiden. Er zijn geen formele juridische beletsels om dit in te voeren. Voor zover de regelgeving dan verder gaat dan de Europese richtlijn zal de jurisprudentie hoofdzakelijk door de Nederlandse rechtspraak moeten worden ontwikkeld en niet door het Europese Hof van Justitie. Aan een dergelijke regeling kunnen voor zowel werknemers als ondernemingen bepaalde voor- en nadelen vastzitten (zie onderdeel 8 van de analyse).

Sectorale wetgeving

Voor personenvervoer en huishoudelijke hulp op basis van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015) zijn er aanvullende wettelijke bepalingen voor concessies in het leven geroepen. De Wet personenvervoer 2000 regelt dat werknemers het werk volgen met behoud van collectieve arbeidsvoorwaarden. In de Wmo is alleen sprake van een inspanningsverplichting om overgang van werknemers te bewerkstelligen. Voordeel van sectorale wet- en regelgeving is dat maatwerk op sectorniveau kan worden gerealiseerd. Nadeel is dat voor elke sector waarin sprake is van aanbesteding of uitbesteding specifieke wetgeving als aanvulling op de Wet overgang van ondernemingen moet worden ontwikkeld om de afspraak uit het Stichtingsakkoord te implementeren. De sectorale regelingen kunnen onderling van elkaar verschillen en hebben slechts betrekking op situaties waarin de overheid als opdrachtgever aanbesteedt.

Cao's en codes

Cao-bepalingen over de bescherming van werknemers bij contractwisseling kunnen worden gebruikt voor situaties waarin de Wet overgang van ondernemingen niet van toepassing is. Ook kan via een code worden bewerkstelligd dat bedrijven op vrijwillige basis de positie van werknemers meewegen zoals in de Code Verantwoordelijk Marktgedrag.

² Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006

Voordeel van bepalingen in cao's en codes is dat er rekening kan worden gehouden met de specifieke omstandigheden van een sector en dat de afspraken kunnen rekenen op draagvlak vanwege de zelfregulering. Nadeel is dat als de cao niet algemeen verbindend is verklaard alleen de werkgevers die direct gebonden zijn aan de cao verplicht zijn om bij overgang door aanbesteding de constructie 'werknemer volgt werk met behoud van arbeidsvoorwaarden' toe te passen (geen level playing field).

De rechten en de plichten lopen in de onderzochte cao's uiteen; alleen de cao voor de contractcatering voldoet volledig aan de afspraak uit het Stichtingsakkoord. In andere cao's is bijvoorbeeld geregeld dat niet alle maar alleen de collectieve arbeidsvoorwaarden overgaan.

Een code is, in tegenstelling tot een cao, moeilijk in rechte afdwingbaar maar kan wel rekenen op draagvlak omdat elke partij deze op vrijwillige basis ondertekent.

(Schijn)faillissementen

In het algemeen zijn faillissementen met een doorstart er niet op gericht om arbeidsvoorwaarden neerwaarts aan te passen of op eenvoudige wijze van personeel af te komen maar om een voortzetting van de onderneming mogelijk te maken die anders niet mogelijk zou zijn. Dat neemt echter niet weg dat de gevolgen voor werknemers wat betreft behoud van hun arbeidsovereenkomst en behoud van hun arbeidsvoorwaarden groot kunnen zijn.³ De doorstarter wil de financiële risico's van het overnemen van een (onderdeel van een) bedrijf in financiële moeilijkheden zo laag mogelijk houden. De afweging die hij moet maken kan dan ten koste gaan van het zittende personeel. Zo kunnen bepaalde groepen werknemers eerder worden geconfronteerd met beëindiging van hun arbeidsovereenkomst en kunnen arbeidsvoorwaarden neerwaarts worden aangepast.

In Nederland gaan volgens artikel 7:666 BW de rechten en plichten van werknemers die in dienst treden bij de doorstarter niet van rechtswege mee over. Dat geldt ook voor de arbeidsvoorwaarden (behalve uiteraard cao-bepalingen die gelden voor eenzelfde bedrijfstak). In de ons omringende landen gelden andere regels wat betreft de overgang van werknemers in geval van een faillissement van hun werkgever. In het algemeen volgen bij faillissementen met een doorstart werknemers het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden, zij het met een verlicht ontslagregime en de mogelijkheid om in overleg met de werknemersvertegenwoordiging de arbeidsvoorwaarden aan te passen waarbij de mogelijkheden van artikel 5 lid 2 van Europese richtlijn 2001/23/EG worden gevolgd.

Om te bezien of de Nederlandse wetgeving al dan niet in strijd is met de Europese richtlijn zijn begin dit jaar prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. De regel (met afwijkingmogelijkheden) dat alle werknemers bij de doorstarter in dienst komen, geldt niet in het geval van een faillissement dat gericht is op de liquidatie van de onderneming. De vraag is gesteld of dit anders is wanneer een faillissement wordt gebruikt voor een reorganisatie door middel van een pre-pack.

Daarnaast komt dit onderwerp aan de orde in het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I dat specifiek gaat over regelgeving voor een in stilte voorbereide doorstart na faillissement (pre-packsituatie) dat momenteel in de Eerste Kamer wordt behandeld en in het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen III dat nog in de maak is bij het ministerie van Veiligheid en Justitie waarin met name aandacht wordt besteed aan de positie van werknemers bij faillissement van hun werkgever.

³ Het gaat dan om arbeidsvoorwaarden die buiten de geldende cao voor de betreffende bedrijfstak gelden en individuele arbeidsvoorwaarden.

Inhoud

Samenvatting	2
1. Problematiek en werkwijze	6
2. Wet overgang van ondernemingen.....	9
3. Sectorspecifieke wetgeving.....	12
4. Aanbestedingsrecht	14
5. Sectorale regelingen: cao's en codes.....	22
6. Regels inzake beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij aan- en inbesteding	25
7. (Schijn)faillissementen.....	27
8. Verenigd Koninkrijk: TUPE-regeling.....	31
Bijlage 1: Wet overgang van ondernemingen	37
Bijlage 2: 'Spijkers-factoren'	41
Bijlage 3: Jurisprudentie overgang van onderneming.....	42
Bijlage 4: Advies aanbestedingen extern deskundige	49
Bijlage 5: Achtergrondinformatie verzoek minister Asscher.....	80
Bijlage 6: Overgang van arbeidsvoorwaarden bij aanbesteding, uitbesteding en (schijn)faillissement, en de gevolgen voor de transitievergoeding	81
Bijlage 7: Afspiegelingsbeginsel en doorstart na faillissement per 1 juli 2015	83

1. Problematiek en werkwijze

Sociaal Akkoord

De taakopdracht van de werkgroep die dit rapport heeft opgesteld ten behoeve van het bestuur van de Stichting van de Arbeid, betreft een onderdeel van het Stichtingsakkoord⁴ van 11 april 2013 dat deel uitmaakt van een breder pakket aan voorstellen en maatregelen om te komen tot *een verantwoorde inzet van externe flexibiliteit en flexibele arbeidscontracten*. Hieronder vallen ook de aanbestedingen, waarover het akkoord het volgende aangeeft:

- *De verantwoordelijkheden en regelgeving bij aanbesteding dienen beter geregeld te worden: zowel opdrachtgever als inlener zijn aansprakelijk en verantwoordelijk.*
- *De Stichting wil bevorderen dat de Code Verantwoordelijk Marktgedrag wordt uitgebreid naar andere sectoren onder transparante voorwaarden.*
- *Bij aanbesteding, uitbesteding of (schijn)faillissement volgen de werknemers, die het betreffende werk doen, het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden. Bezien zal worden of, en zo ja hoe, de Wet overgang van ondernemingen moet worden aangepast.*
- *Toepassing van het (geratificeerde) ILO verdrag 94. Nagegaan moet worden hoe kan worden bevorderd dat de arbeidsvoorwaarden bij publieke aanbesteding het niveau van de gebruikelijke cao respecteren.*
- *Bij aanbesteding moet het gebruik van nulurencontracten tot uitzonderlijke situaties worden beperkt. (Zie verder bij min-max- en nulurencontracten).*

In het Sociaal Akkoord met het kabinet stond hierover het volgende aangegeven:

Kabinet en sociale partners zullen bezien of er aanleiding is tot het aanpassen van de regels inzake overgang van ondernemingen, in relatie tot aanbestedingen.

De taakopdracht van de werkgroep richt zich op de derde maatregel uit het Stichtingsakkoord namelijk dat bij een contractwisseling, uitbesteding en (schijn)faillissement werknemers het werk volgen met behoud van hun arbeidsvoorwaarden. Dit wordt gekoppeld aan de mogelijkheid om dit bijvoorbeeld te regelen in de Wet overgang van ondernemingen⁵. Ook is de werkgroep gevraagd hierbij de Code Verantwoordelijk Marktgedrag te betrekken.

In de praktijk kunnen vooral bij aanbesteding de arbeidsvoorwaarden in een aantal sectoren onder druk komen te staan. In het geval dat bepaalde werkzaamheden overgaan van de ene naar de andere werkgever (bijvoorbeeld door wijziging van concessies) is er niet altijd sprake van een juridische overgang van onderneming omdat bijvoorbeeld de materiële activa (kapitaalgoederen) niet meegaan naar de verkrijgende onderneming. Dit heeft als consequentie dat in dat geval zowel het volgen van het werk als het behoud van de arbeidsvoorwaarden op basis van wetgeving niet is voorgeschreven. De vraag vanuit het Stichtingsakkoord is of dit in wetgeving ondervangen kan worden door de Wet overgang van ondernemingen aan te passen.

⁴ Op 11 april 2013 is een akkoord gesloten tussen de centrale werkgevers- en werknemersorganisaties binnen de Stichting van de Arbeid. Dit wordt verder aangeduid als het 'Stichtingsakkoord'. Tevens zijn op 11 april 2013 afspraken gemaakt tussen het kabinet en de Stichting van de Arbeid. Deze worden verder aangeduid als het 'Sociaal Akkoord'.

⁵ De Wet overgang van ondernemingen maakt onderdeel uit van het Burgerlijk Wetboek, artikel 7:662 tot en met artikel 7:666.

Adviesaanvraag minister⁶

Na het afsluiten van het Sociaal Akkoord heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid naar aanleiding van een debat in de Tweede Kamer de Stichting verzocht om bij het uitwerken van de problematiek bij overgang van onderneming specifiek de thuiszorg te betrekken. Aanleiding waren problemen bij sommige thuiszorgorganisaties die door de onzekerheid over de gemeentelijke aanbestedingen problemen ondervonden. Hoewel de werkgroep zich verdiept heeft in de vraagstelling van de minister en specifiek naar de thuiszorg heeft gekeken, is de problematiek niet wezenlijk anders dan in de andere arbeidsintensieve sectoren die nader bekeken zijn. De werkgroep meent daarom dat voor de beantwoording aan de minister volstaan kan worden met de algemene analyse die hieronder staat weergegeven.

Aanpak en werkwijze

Na voorwerk door een technische werkgroep heeft de Werkgroep Overgang van Onderneming (WOO) het vraagstuk verder uitgediept en gekeken naar mogelijke oplossingen. Daarbij is niet alleen naar de Wet overgang van ondernemingen gekeken. Zo is een inventarisatie gemaakt van cao-afspraken en gedragscodes in sectoren waarin veel werk gedaan wordt op basis van aanbesteding. Verder is wetgeving bekeken die betrekking heeft op specifieke sectoren. Vanwege de specifiek vereiste deskundigheid is een advies van een extern deskundige op het gebied van publieke aanbestedingen ingewonnen en zijn deskundigen uit de eigen organisaties geraadpleegd op specifieke onderdelen, zoals buitenlandse wet- en regelgeving en schijnfaillissementen.

Dit document bevat de weerslag van deze werkwijze en onderzoek, zonder dat een gezamenlijke conclusie daarover bereikt is.

Sectoren

Het onderwerp lijkt vooral relevant te zijn in onder meer de volgende sectoren: thuiszorg (aanbesteding huishoudelijke hulp in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning, Wmo), beveiliging, catering, taxibranche en schoonmaak. Het vraagstuk lijkt vooral relevant bij contractbeëindiging en contractwisseling in arbeidsintensieve sectoren. De juridische vraag of er sprake is van overgang van onderneming conform het Burgerlijk Wetboek (en daarmee overgang van werknemers met behoud van arbeidsvoorwaarden) is niet altijd eenvoudig te beantwoorden omdat daarbij de feiten en omstandigheden van de specifieke casus doorslaggevend zijn.

Aanbesteding

Bij de nadere uitwerking van dit onderwerp dient rekening te worden gehouden met het feit dat weliswaar steeds over aanbesteding wordt gesproken maar dat voor publieke partijen andere normen gelden dan voor private partijen. De overheid moet zich houden aan de Aanbestedingswet, voor private partijen geldt het verbintenissenrecht van het BW. Voor publieke aanbestedingen heeft de werkgroep - zoals hierboven aangegeven - advies van een extern deskundige ingewonnen. Deskundigen uit de eigen organisaties hebben de problematiek van schijnfaillissementen in beeld gebracht voor de werkgroep.

⁶ Zie bijlage 5 voor achtergrondinformatie.

Uitbesteding

Bij uitbesteding van (relatief grote) bedrijfsonderdelen kan het zo zijn dat de Wet overgang van ondernemingen niet van toepassing is. Problemen die zich voordoen bij outsourcing en insourcing zijn in de regel niet wezenlijk anders dan bij aanbesteding. Ook bij uitbesteding is er niet altijd sprake van een wettelijke plicht voor de verkrijger om werknemers met behoud van arbeidsvoorwaarden over te nemen.

Buitenland

Om tot voorstellen voor de opdracht vanuit het Stichtingsakkoord te komen, heeft de werkgroep ook naar het buitenland gekeken. In dat licht is vooral de wijze waarop het Verenigd Koninkrijk de overgang van onderneming heeft vormgegeven interessant.

2. Wet overgang van ondernemingen⁷

Europese richtlijn

Als er wettelijk sprake is van ‘overgang van onderneming’ betekent dit dat de verkrijgende partij van rechtswege (“automatisch”) de werkgever wordt van de werknemers van de overgegangene onderneming. Belangrijk is dus de vraag wanneer er volgens de wet sprake is van overgang van onderneming. Dit is geregeld in de Europese richtlijn 2001/23/EG en is voor Nederland opgenomen in het Burgerlijk Wetboek (artikel 7:662 tot en met 7:666). De richtlijn is niet alleen van toepassing op de overgang van ondernemingen maar ook op vestigingen of onderdelen van ondernemingen krachtens een overeenkomst of fusie. Volgens jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie dienen de begrippen naar Europees recht te worden uitgelegd om te voorkomen dat ieder land zelf kan bepalen of de Richtlijn van toepassing is of deze ter zijde kan schuiven. Er moet aan een aantal voorwaarden worden voldaan, wil er sprake zijn van ‘overgang van onderneming’. Daarbij staan de volgende kernbegrippen centraal: overeenkomst, economische eenheid en identiteitsbehoud. De wet geeft aan dat er sprake moet zijn van een *‘overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt’*.

Juist omdat de vraag of volgens wetgeving sprake is van ‘overgang van onderneming’ afhankelijk is van specifieke omstandigheden, is er veel jurisprudentie ontstaan over de verschillende kernbegrippen. In bijlage 3 is relevante jurisprudentie opgenomen.

Overeenkomst

Het Europese Hof van Justitie hanteert een ruim standpunt met betrekking tot het begrip overeenkomst. Zo is het niet noodzakelijk dat (schriftelijk) een overeenkomst kan worden aangewezen. Als een gemeente besluit een subsidie van de ene naar de andere stichting over te hevelen en beide stichtingen hun medewerking verlenen aan de overdracht van de cliënten wordt al gesproken van een ‘overeenkomst’.

Economische eenheid

Met het begrip ‘economische eenheid’ wordt onderneming bedoeld, waarbij een ruime interpretatie van het begrip ‘onderneming’ wordt gehanteerd. Er wordt niet bedoeld op een eenmalige opdracht voor het verlenen van een dienst of het leveren van een product maar op een duurzaam georganiseerde economische entiteit.

De term economische eenheid in de Wet overgang van ondernemingen lijkt overigens ruimer geregeld te zijn dan in EG-richtlijn 2001/23/EG. De definitie in de Wet overgang van ondernemingen is: *‘een geheel van georganiseerde middelen bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit’*. Dit kan dus de hele onderneming zijn maar ook een vestiging of een onderdeel van een onderneming. Het hoeft niet een als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband te zijn. De rechtsvorm is niet van belang. Evenmin is van belang of er gewerkt wordt met winst oogmerk. Het gaat om een ruim begrip en omvat zowel de profit als de non-profit sector. Wel is de Wet overgang van ondernemingen alleen van toepassing op werknemers en niet op ambtenaren.

⁷ Zie bijlage 1 voor de Europese Richtlijn en de Wet overgang van ondernemingen. In bijlage 3 is de belangrijkste jurisprudentie opgenomen.

Identiteitsbehoud

Voor het antwoord op de vraag of er sprake is van overgang van onderneming moet worden bekeken of de identiteit van de onderneming wordt behouden. Hierbij komt een aantal factoren om de hoek kijken. Te denken valt aan de overdracht van de klantenkring, gelijkenis met de verrichte activiteiten, aard van de onderneming, eventuele overdracht van materiële activa, waarde van immateriële activa bij de overdracht, enzovoorts. Volgens het Europese Hof van Justitie zijn deze aspecten slechts deelaspecten die niet afzonderlijk mogen worden beoordeeld. Alle factoren moeten dus bij de beoordeling over identiteitsbehoud worden betrokken. Toch legt het Europese Hof van Justitie wel de nadruk op bepaalde factoren als het gaat om arbeidsintensieve of kapitaalintensieve activiteiten.

Werknemers volgen het werk met behoud van al hun arbeidsvoorwaarden dus enkel als er sprake is van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. Indien niet wordt voldaan aan de genoemde criteria, kunnen werknemers het werk volgen met behoud van (enkele) arbeidsvoorwaarden indien hier in een overeenkomst, bijvoorbeeld in de van toepassing zijnde cao, in wordt voorzien.

Arbeidsintensieve activiteiten

In verscheidene arresten (o.a. Schmidt, Süzen en Temco) heeft het Europese Hof van Justitie bepaald dat een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht een economische eenheid kan vormen. Het gaat daarbij om sectoren zonder van betekenis zijnde materiële of immateriële activa maar waarin arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit. Door het voortzetten van de activiteit en het overnemen van een wezenlijk deel van het personeel (qua aantal en deskundigheid) die door de vervreemder speciaal voor de overgegangene activiteit was ingezet, is sprake van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. Er kan ook sprake zijn van identiteitsbehoud wanneer de nieuwe ondernemer niet alleen de betrokken activiteit voortzet maar ook een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet. In dat geval verwerft de nieuwe ondernemer namelijk het georganiseerde geheel van elementen waarmee de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming duurzaam kunnen worden voortgezet⁸.

Of een sector/activiteit arbeidsintensief is, hangt dus in grote mate af van de vraag of de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij een activiteit. Alhoewel dit casuïstisch is, zijn er in de afgelopen jaren verscheidene uitspraken geweest waarin sectoren als arbeidsintensief worden aangemerkt.

Kapitaalintensieve activiteiten

Er is sprake van kapitaalintensieve activiteiten als niet de werknemers maar de aanwezige materiële activa de onderneming kenmerken. De identiteit van de onderneming wordt in dat geval behouden als (een aanmerkelijk deel) van de materiële activa overgaat. Per geval moet worden bekeken of sprake is van arbeidsintensieve of kapitaalintensieve activiteiten. De catering in een ziekenhuis werd bijvoorbeeld door het Europese Hof van Justitie als kapitaalintensief beschouwd omdat daarvoor ‘heel wat uitrusting noodzakelijk is’. Hetzelfde werd overwogen in een zaak waar het ging om de aanbestedingsprocedure van buslijnen in Finland.

⁸ Juridisch Arbeidsrecht (JAR) 2010/217 (r.o.29)

Zonder bussen is er geen sprake van overgang van onderneming. De (niet-industriële) schoonmaak evenals beveiligingswerkzaamheden worden meestal wel als arbeidsintensief beschouwd.

Overwegingen

Aanbesteding, uitbesteding of (schijn)faillissement vallen niet automatisch onder de reikwijdte van de Wet overgang van ondernemingen. Er moet sprake zijn van een overgang *ten gevolge van een overeenkomst van een economische eenheid die haar identiteit behoudt*. Of aan deze voorwaarden wordt voldaan, wordt per geval beoordeeld.

Indien elke aanbesteding, uitbesteding of (schijn)faillissement onder de Wet overgang van ondernemingen zou moeten vallen, zullen de begrippen in artikel 7:662 BW en in het bijzonder het 'identiteitsvereiste' aangepast moeten worden. Dit zou echter betekenen dat de Nederlandse wetgeving niet meer in de pas loopt met Europese regelgeving en jurisprudentie waarin de begrippen inmiddels zijn uitgekristalliseerd. Europese regelgeving vormt juist de bron voor de Nederlandse wet op dit punt en de ontwikkelde jurisprudentie zou dan niet meer van toepassing zijn op de Nederlandse situatie. Dit zou een spanningsveld betekenen tussen Europese en Nederlandse wetgeving. Gezien het vorenstaande lijkt het niet voor de hand te liggen om de begrippen in de Wet overgang van ondernemingen aan te passen.

3. Sectorspecifieke wetgeving

Het identiteitsvereiste zoals vastgelegd in artikel 7:662 lid 2 sub a BW lijkt de grootste ‘hobbel’ te zijn als beoogd wordt om onder de Wet overgang van ondernemingen te vallen en daarmee de afspraak te bewerkstelligen dat de werknemer het werk volgt met behoud van arbeidsvoorwaarden. Om hieraan te voldoen kan ook aansluiting worden gezocht bij een (wettelijke) bepaling c.q. constructie waarin hetzelfde wordt bewerkstelligd als met de Wet overgang van ondernemingen (werknemer volgt werk met behoud arbeidsvoorwaarden) maar waarbij niet voldaan hoeft te worden aan de criteria van de Wet overgang van ondernemingen en in het bijzonder het identiteitsvereiste. Het gaat dan materieel om een uitbreiding van de Wet overgang van ondernemingen. Het meest sprekende voorbeeld hiervan betreft de Wet personenvervoer 2000.

Wet personenvervoer 2000

In artikel 37 Wet personenvervoer 2000 is een dergelijke constructie opgenomen. Dit artikel regelt ook specifiek de situatie van aanbesteding⁹. Onverminderd hetgeen bepaald is in de Wet overgang van ondernemingen dienen de werknemers ook het werk te volgen met behoud van arbeidsvoorwaarden bij een overgang van een concessie. Er is sprake van overgang van een concessie indien *‘het geheel of gedeeltelijk eindigen van een concessie wordt gevolgd door het ingaan van geheel of gedeeltelijk dezelfde concessie als gevolg van verlening van deze concessie aan een andere vervoerder’*¹⁰. Het lijkt erop dat er in dit artikel geen sprake is van een streng identiteitsvereiste zoals vastgelegd in artikel BW 7:662 lid 2 sub a. Het moet hier immers enkel gaan om ‘geheel of gedeeltelijk dezelfde concessie’.

In artikel 38 Wet personenvervoer 2000 staat vermeld welke rechten en verplichtingen overgaan. Het betreft enkel en alleen de arbeidsvoorwaarden uit de van toepassing zijnde cao en bedrijfsregelingen. Individuele arbeidsvoorwaardelijke afspraken tussen werkgever en werknemer komen dus niet voor overname in aanmerking. Dit is voor de werknemer een nadelig verschil ten opzichte van de Wet overgang van ondernemingen. Daar gaan immers alle (individuele en collectieve) arbeidsvoorwaarden over.

Wet maatschappelijke ondersteuning 2015

In de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo 2015) moet artikel 2.6.5 waarborgen bieden voor de overdracht van personeel en de continuïteit van de hulpverlening bij contractwisseling:

1. *De aanbieder aan welke een overheidsopdracht voor het leveren van een voorziening wordt gegund, overlegt met de aanbieder of aanbidders die in opdracht van het college laatstelijk voor hem die voorziening leverden dan wel na hem gaan leveren, over de overname van het betrokken personeel.*
2. *Het college houdt bij het verlenen van een overheidsopdracht voor het leveren van een maatwerkvoorziening rekening met de mate waarin de aanbieder zorg draagt voor continuïteit in de hulpverlening tussen degenen aan wie een maatwerkvoorziening wordt verstrekt en de betrokken hulpverleners. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld.*
3. *Het college ziet erop toe dat:*

⁹ Zie artikel 36 Wet personenvervoer 2000.

¹⁰ Zie artikel 36 Wet personenvervoer 2000.

- a. *het overleg, bedoeld in het eerste lid, plaatsvindt, onverminderd het bepaalde in de artikelen 662 en 663 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek; en*
- b. *de aanbieder of aanbieder, bedoeld in het eerste lid, zoveel mogelijk inspanning leveren om bij het overleg, bedoeld in het eerste lid, de overname van betrokken personeel en het voortzetten van bestaande relaties tussen hulpverleners en cliënten te bewerkstelligen.*

In artikel 5.1 van het Uitvoeringsbesluit Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 is verder bepaald dat het overleg over de overname van personeel in de overeenkomst wordt vastgelegd en dat de inkoopprocedure ruim voor de ingang van het nieuwe contract wordt afgerond:

1. *Het college neemt in een overeenkomst met betrekking tot het leveren van maatwerkvoorzieningen op, dat de aanbieder in overleg treedt met de aanbieder of aanbieder die in opdracht van het college laatstelijk voor hem dan wel na hem die maatwerkvoorzieningen hebben verleend dan wel gaan verlenen, over de overname van de betrokken hulpverleners.*
2. *Het college verleent een opdracht voor het leveren van maatwerkvoorzieningen ten minste drie maanden voor de ingangsdatum van die opdracht.*

Het doel van deze besluiten is drieledig, namelijk dat de relatie tussen cliënt en hulpverlener altijd een rol speelt tijdens de overgang van voorgaande naar opvolgende aanbieders, dat gemeenten nieuwe aanbieders contractueel zullen verplichten om in overleg te gaan met de voorgaande aanbieder(s) over de overname van personeel en dat de inkoopprocedure ruim voor de ingang van het nieuwe contract wordt afgerond. Deze doelen tezamen moeten voorkomen dat cliënten en hulpverleners onnodig lang in onzekerheid verkeren over de continuïteit van de ondersteuning. Er bestaat op basis van de Wmo 2015 geen plicht maar wel een inspanningsverplichting om zoveel mogelijk de werknemers bij overgang te blijven inschakelen. Over de continuïteit van de arbeidsvoorwaarden is niets geregeld. Daarvoor wordt verwezen naar de CAO-VVT.

Overwegingen

Voor personenvervoer en voorzieningen uit hoofde van de Wmo – waaronder huishoudelijke hulp - zijn aanvullende wettelijke bepalingen voor concessies in het leven geroepen. De Wet personenvervoer 2000 regelt dat werknemers het werk volgen met behoud van collectieve arbeidsvoorwaarden. In de Wmo 2015 is alleen sprake van een inspanningsverplichting om overgang van werknemers te bewerkstelligen. Voordeel van sectorale wet- en regelgeving is dat maatwerk op sectorniveau kan worden bewerkstelligd. Nadeel is dat voor elke sector waarin sprake is van aanbesteding of uitbesteding specifieke wetgeving als aanvulling op de Wet overgang van ondernemingen moet worden ontwikkeld om de afspraak uit het Stichtingsakkoord te implementeren. De sectorale regelingen kunnen onderling van elkaar verschillen en hebben slechts betrekking op situaties waarin de overheid als opdrachtgever aanbesteedt.

4. Aanbestedingsrecht¹¹

Onder ‘aanbestedingsrecht’ wordt dat gedeelte van het recht aangeduid dat de situatie(s) reguleert waarin een (semi-)overheidsinstantie een derde partij opdraagt een werk of een dienst uit te voeren, dan wel producten te leveren. Het gaat dus om de relatie tussen de overheid en een derde. Of deze derde een commerciële partij is (dit zal doorgaans het geval zijn) of een andere overheidsinstantie is niet relevant om onder de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht te vallen.

Private aanbestedingen

In het privaatrecht staat de contractvrijheid van partijen voorop. In beginsel is een private partij niet gebonden aan de Nederlandse en Europese regelgeving voor overheidsaanbestedingen. De juridische kaders bestaan uit de (precontractuele) verhouding tussen partijen die worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Om te beoordelen of een private aanbesteder zich op basis van redelijkheid en billijkheid moet houden aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie, moet worden gezien of de (potentiële) aanbesteders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontleenen dat de aanbesteder die beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. Ook voor het meenemen van sociale aspecten bij een private aanbesteding is contractvrijheid het uitgangspunt. Deze vrijheid wordt slechts begrensd door wettelijke verplichtingen (zoals in de situatie van ‘overgang van ondernemingen’, maar ook bepaalde cao- en andere dwingende arbeidsrechtelijke bepalingen) en door redelijkheid en billijkheid.

Hieronder wordt verder het ‘publieke’ aanbestedingsrecht uiteengezet, te onderscheiden van de situatie waarin een ‘private’ aanbesteder een opdracht aan een derde uitbesteedt.

Extern advies

Over het aanbestedingsrecht heeft de werkgroep een extern deskundige verzocht, prof. mr. E.R. Manunza, om de volgende vragen uit te werken:

- Een kort overzicht van de actuele bestaande regelgeving omtrent aanbestedingen met bijzondere aandacht voor de vraag of sociale aspecten c.q. waarborgen als bedoeld in het Stichtingsakkoord een rol mogen of dienen te spelen bij het gunningsproces en in de verschillende fasen bij aanbesteding (Europese richtlijnen en de uitwerking hiervan in Nederlandse wet- en regelgeving). In eerste instantie gaat het om publieke aanbestedingen maar voor zover van toepassing ook om private aanbestedingen. Graag ook verhelderen of en zo ja welke - gelijksoortige - regels c.q. voorwaarden gelden bij inbestedingen door de overheid.
- Een kort overzicht van de relevante jurisprudentie met het oog op de afspraak uit het Stichtingsakkoord, namelijk dat vanwege sociale aspecten bij het aanbestedingsproces werknemers met hun arbeidsvoorwaarden het werk zouden moeten volgen na een contractwisseling door aanbesteding.
- Biedt de Code Verantwoordelijk Marktgedrag van mei 2014 voldoende juridische waarborgen en mogelijkheden om de doelstelling uit het Stichtingsakkoord - dat werknemers

¹¹ Het ingewonnen advies van de extern deskundige over (publieke) aanbestedingen is integraal opgenomen in bijlage 4. Deze paragraaf betreft een korte samenvatting hiervan.

o.a. bij aanbesteding het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden zullen volgen - te behalen?

- Op welke wijze c.q. binnen welke juridische bandbreedte zouden wet- en regelgeving eventueel aangepast kunnen worden opdat eventuele problemen rondom het bewerkstelligen van het uitgangspunt van het Stichtingsakkoord worden weggenomen. De werkgroep constateert bijvoorbeeld dat bij aanbestedingen in het publieke domein vaak dusdanig krappe budgetten worden gehanteerd dat het realiseren van bovenstaand uitgangspunt wordt bemoeilijkt.

Hieronder worden in het kort de bevindingen uit het advies van de extern deskundige weergegeven.

Belangrijkste wetgeving publieke aanbestedingen

Het aanbestedingsrecht in Nederland is in belangrijke mate gebaseerd op de Europese richtlijnen 2014/24 (klassieke overheid), 2014/25 (speciale sectoren), 2009/81 (defensierichtlijn) en 2014/23 (concessieopdrachten). Deze richtlijnen zijn in ieder geval van toepassing op opdrachten die boven de Europees vastgestelde drempelwaarden uitkomen. De belangrijkste drempels anno 2016 zien er als volgt uit:

	Werken	Leveringen	Diensten
Speciale sectoren	€ 5.225.000	€ 418.000	€ 418.000
Centrale overheid	€ 5.225.000	€ 135.000	€ 135.000
Decentrale overheid	€ 5.225.000	€ 209.000	€ 209.000

Een overheidsopdracht waarvan de geraamde waarde meer bedraagt dan het drempelbedrag moet dus verplicht Europees worden aanbesteed overeenkomstig de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Wanneer er sprake is van een overheidsopdracht of een concessie die een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, is het Europees recht eveneens onverkort van toepassing, ook al ligt de geraamde waarde onder de drempel. Voor overheidsopdrachten die een zuiver nationale aangelegenheid betreffen en onder de drempelwaarde uitkomen, gelden minder strenge eisen.

Het primaire doel van de richtlijnen is dat de overheid bij aanbestedingen de markt voor alle bedrijven in de Europese Unie openstelt, ongeacht waar ze zijn gevestigd (interne markt voor overheidsopdrachten). Er mogen dus geen ondernemingen uit het eigen land worden bevoordeeld bij het gunnen van opdrachten. Alle aanbidders moeten een eerlijke kans krijgen.

De richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd met de Aanbestedingswet 2012 en de Aanbestedingswet op defensie en -veiligheidsgebied. Tegelijk met de invoering van de Aanbestedingswet 2012 op 1 april 2013 is de Gids Proportionaliteit in werking getreden. Deze maakt onderdeel uit van de lagere regelgeving en betreft een uitwerking van een belangrijke pijler in de wet, 'het proportionaliteitsbeginsel'. Het verplicht gebruik van de regels uit deze gids gelden overigens niet alleen voor Europese maar ook voor nationale aanbestedingen.

Onder de richtlijnen vallen onder meer de rijksoverheid, provincies, gemeenten, waterschappen en andere publiekrechtelijke instellingen dan wel een samenwerkingsverband tussen deze overheden en instellingen.

Omdat Europese aanbestedingen altijd getoetst worden aan de primaire doelstelling van de interne markt is het de vraag in hoeverre deze aanbestedingen ruimte bieden voor het beginsel dat ‘werknemers, die het betreffende werk doen, het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden volgen’. In dat opzicht bieden nationale aanbestedingen op voorhand meer ruimte voor sociale aspecten.

Sociale aspecten

Zoals gesteld, is de primaire doelstelling van de Europese aanbestedingsrichtlijnen het bevorderen van de interne markt. Integratie van sociale aspecten – waaronder het uitgangspunt van het Stichtingsakkoord – zullen daarom getoetst worden aan de uitgangspunten van de interne markt.

Een beperking kan alleen dan worden gerechtvaardigd indien daarvoor een dwingende reden van algemeen belang bestaat. De bescherming van werknemers is door het Europese Hof van Justitie erkend als een dwingende reden van algemeen belang. Dit betekent echter niet dat elke beperking van het vrije verkeer om werknemers te beschermen, gerechtvaardigd is. Zo is bijvoorbeeld een uitsluiting van deelneming aan een overheidsopdracht van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming, die niet valt onder de cao in het land van de aanbestedende dienst, in strijd met de richtlijnen overheidsopdrachten. Deze uitsluiting vormt dan een inbreuk op het vrij verrichten van diensten en/of het recht van vrije vestiging¹². Ook zijn er andere arresten bekend waarbij bepaalde maatregelen ter bescherming van werknemers verder gaan dan noodzakelijk is voor het te bereiken doel en daarom een ongerechtvaardigde beperking van het vrije verkeer vormen¹³.

Europese richtlijn overgang van onderneming

Wel heeft de Europese Unie bepaalde vormen van beperking aan het vrije verkeer, die veroorzaakt worden door maatregelen ter bescherming van werknemers, als ‘geoorloofd’ aangemerkt door de introductie van de Richtlijn voor overgang van onderneming (zie ook paragraaf 2).

Vaak zal bij een contractwisseling in geval van een aanbesteding sprake zijn van een overgang van onderneming. Dit kan niet worden geconcludeerd op de enkele omstandigheid dat de vorige en de nieuwe opdrachtgever vergelijkbare diensten verrichten. Indien een opdracht weer op dezelfde wijze op de markt wordt gezet, zal volgens jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie meestal sprake zijn van het behoud van de identiteit van de onderneming.

¹² In de interpretatieve mededeling 2001 wordt verwezen naar de conclusie van de A-G in de zaak HvJ EG 5 april 2001, zaak C-493/99 (*commissie t. Duitsland*).

¹³ HvJ EU 18 september 2014, zaak C-549/13, n.n.g. (*Bundesdruckerei GmbH/Stadt Dortmund*) en HvJ EG 3 april 2008, zaak C-346/06, *JAR* 2008/115 (*Ruffert*).

Uitgangspunt Stichtingsakkoord in de aanbestedingsprocedure

Wanneer er daarentegen geen (wettelijke of cao-) verplichting tot overname van werknemers en bijhorende rechten en verplichtingen van toepassing is, moet bepaald worden of het opnemen van de eis ‘werknemers volgen werk met behoud van arbeidsvoorwaarden’ in de aanbestedingsprocedure geoorloofd is. Zoals hierboven vermeld, ziet het Europees Hof van Justitie de ‘bescherming van werknemers’ als een dwingende reden van algemeen belang, die een beperking van het vrije verkeer rechtvaardigt. Het lijkt verdedigbaar dat ‘het volgen van het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden’ als een aanvullende bijzondere voorwaarde¹⁴ hieronder valt. Echter, het is nooit als zodanig expliciet genoemd. Voor de vraag of deze voorwaarde geoorloofd is, moet elke aanbesteding worden getoetst aan de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit.

Gelijkheid en non-discriminatie

De vraag die een aanbestedende dienst zich moet stellen, is of de voorwaarde ‘werknemers volgen het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden’ discriminerend zou kunnen uitpakken voor ondernemers in Nederland. Bij aanbestedingen boven de Europese drempels of met een grensoverschrijdend belang moet ook gekeken worden naar de consequenties voor ondernemers uit andere lidstaten. Een dergelijke voorwaarde heeft namelijk het risico in zich dat de aanbesteding een te vergaande economische last of andere belemmering kan betekenen voor potentiële geïnteresseerde partijen in het buitenland. In het geval van overname van werknemers wordt mogelijk een economische last opgelegd die kan verhinderen dat ondernemingen uit andere lidstaten grensoverschrijdende diensten verrichten of dit minder aantrekkelijk vinden¹⁵. Hierdoor zou de interne markt op ongeoorloofde wijze beperkt kunnen worden, zij het dat een bepaalde bescherming van werknemers gerechtvaardigd kan zijn als de ‘belemmering’ een dwingende reden van algemeen belang vormt. Een dergelijke belemmering lijkt op het eerste gezicht niet op gespannen voet te staan met het beginsel van gelijke behandeling omdat voor alle marktdeelnemers dezelfde voorwaarden en criteria gelden. Indien echter een eis of voorwaarde voor bepaalde marktdeelnemers nadeliger uitpakt, kan er alsnog sprake zijn van een vorm van (indirecte) discriminatie.

Transparantiebeginsel

Met betrekking tot de toetsing aan het transparantiebeginsel is van belang dat alle criteria en voorwaarden van tevoren duidelijk zijn. Inschrijvers moeten van tevoren kunnen beoordelen of sprake is van een overgang van onderneming dan wel of een verplichting tot overname van personeel en arbeidsvoorwaarden uit een ander criterium of voorwaarde voortvloeit. Zij moeten daarmee bij hun inschrijving in gelijke mate rekening kunnen houden.

¹⁴ Omdat volgens de extern deskundige ‘het volgen van het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden’ niet het voorwerp maar de uitvoering van een aanbestedingsopdracht betreft, ligt het niet voor de hand dit uitgangspunt als ‘gunningscriterium’ maar als ‘aanvullende bijzondere voorwaarde’ van de aanbestedingsprocedure op te nemen.

¹⁵ Voorbeelden van een dergelijke economische last die niet gerechtvaardigd (en onevenredig) werd geacht met betrekking tot sociale bescherming van werknemers: HvJ EG 3 april 2008, zaak C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 (*Ruffert*) en HvJ EU 18 september 2014, zaak C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235 (*Bundesdruckerei GmbH t. Stadt Dortmund*).

Proportionaliteitsbeginsel

Toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat criteria en voorwaarden bij een aanbesteding in een redelijke verhouding moeten staan tot het doel. De vraag moet dan worden gesteld of een verplichting tot overname van werknemers en arbeidsvoorwaarden niet verder gaat dan wat tot de bescherming van werknemers noodzakelijk is. Dit moet afgewogen worden tegen de belangen van marktpartijen en de vraag of een dergelijke maatregel gerechtvaardigd is met het oog op (deze) andere belangen.

De in Nederland geldende Gids proportionaliteit bepaalt hierover dat proportionaliteit zich uitstrekt tot alle fasen van de aanbestedingsprocedure en ook tot de contracten en de contractvoorwaarden. De Gids doet daaromtrent enkele handreikingen. Allereerst moeten aanbestedende diensten bij het toepassen van de criteria en voorwaarden een afweging maken of de voorwaarden acceptabel zijn. Alle voorwaarden moeten dan in samenhang worden gezien. Veelal komt dit neer op de vraag of de contractvoorwaarden gebruikelijk zijn in de betreffende sector. Ook volgt uit de Gids dat de gevolgen voor ondernemers moeten worden afgewogen tegen het doel of het belang van de maatregel. Daarnaast mogen alleen eisen, voorwaarden en criteria gesteld worden die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Zo kan bijvoorbeeld de omvang van de opdracht ertoe leiden dat een sociale voorwaarde niet proportioneel is. Expliciet is ook in de bij aanbesteding door een ondernemer in te vullen ‘Eigen Verklaring’ vermeld dat alle contractvoorwaarden die gebaseerd zijn op sociale overwegingen proportioneel dienen te zijn.

Naast een bepaalde mate van bescherming van werknemers aan de ene kant zal dus een evenwicht moeten bestaan met de vrijheid van diensten en moet per geval bekeken worden of een belemmering gerechtvaardigd is. Overname van personeel met behoud van arbeidsvoorwaarden kan bij aanbestedingen vaak al geregeld zijn omdat sprake is van de verplichting tot overgang van onderneming, bepalingen van een cao of wettelijke bepalingen voor een sector van toepassing zijn. Om de bescherming van werknemers bij contractwisseling door een aanbesteding nog verder te kunnen verwezenlijken, is van belang wat op grond van het aanbestedingsrecht mogelijk is met betrekking tot het meenemen van sociale aspecten in een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht of concessie.

Nieuwe Europese richtlijnen¹⁶

Begin 2014 zijn nieuwe richtlijnen voor overheidsopdrachten en concessies vastgesteld. Deze moeten uiterlijk in april 2016 door de lidstaten zijn geïmplementeerd in nationale wetgeving. In deze richtlijnen is meer ruimte voor sociale aspecten ingebouwd. Hierdoor komen er meer mogelijkheden voor sociale aspecten, bijvoorbeeld het uitgangspunt ‘werknemers volgen werk met behoud van arbeidsvoorwaarden’. Wel zal een zekere spanning blijven bestaan tussen de doelstellingen van het economische en van het sociale beleid. Enerzijds dient volgens de nieuwe richtlijnen bij aanbestedingen de concurrentie geoptimaliseerd te worden. Anderzijds dienen de mogelijkheden om sociaal en duurzaam aan te besteden helder te worden gemaakt. Vooral jurisprudentie zal moeten uitwijzen waar de grenzen komen te liggen om sociale aspecten mee te nemen in de aanbestedingsprocedures.

¹⁶ Het betreft de richtlijnen 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *PbEU* L 94/65; Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, *PbEU* L94/1.

Conclusies extern deskundige

Om de vraag van de Stichting van de Arbeid te beantwoorden of de huidige wet- en regelgeving aangepast kan en/of moet worden met het doel om eventuele belemmeringen aan het realiseren van de uitgangspunten van het Stichtingsakkoord weg te nemen, dient volgens de extern deskundige het volgende in ogenschouw te worden genomen.

1. De vraag of juridisch een verplichting bestaat uit hoger recht (allereerst de Europese verdragen, vervolgens andere EU-regelgeving en nationaal recht) om regelgeving aan te passen / vast te stellen.
 - In casu is dat niet het geval want de enige uit het 'hoger' recht afkomstige verplichtingen - uit de richtlijnen 96/71 en 2001/23 - zijn reeds geïmplementeerd in het Nederlandse recht.
 - Beleid dat in een regeerakkoord is neergelegd kan niet als een dergelijke 'juridische' verplichting worden gezien. Het is in ieder geval een vraag die staatsrechtelijk zou dienen te worden beantwoord en niet aanbestedingsrechtelijk.

2. Vervolgens de vraag in hoeverre het uitgangspunt uit het Stichtingsakkoord wordt en 'kan' worden gerealiseerd. Daartoe dient het volgende te worden overwogen:
 - Ten eerste het feit dat op grond van het geldende recht ten aanzien van de volgende gevallen reeds van een verplichting kan worden gesproken om de werknemers, die het betreffende werk doen, het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden te laten volgen.
 - Dit is het geval indien sprake is van 'overgang van onderneming' in de zin van artikel 7:662 e.v. BW dat een implementatie vormt van richtlijn 2001/23/EG.
 - Op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU - zoals tevens ook valt te lezen in de interpretatieve mededeling van de Europese Commissie van 2001 (reeds genoemd) - blijkt dat een dergelijke verplichting tot overgang van onderneming ook kan voorkomen bij een aanbesteding.
 - Zelfs in het geval geen sprake is van een (directe) contractuele relatie tussen de oude en de nieuwe opdrachtnemer kan een overgang van onderneming plaatsvinden.
 - Deze verplichting kan ook volgen uit een andere wettelijke bepaling, die – in bepaalde situaties - tot een overname verplicht met behoud van arbeidsvoorwaarden.
 - Daarnaast kan een verplichting tot overname volgen uit de toepasselijke cao.
 - Tot slot kan een plicht tot overleg gericht op overname van personeel en arbeidsvoorwaarden vanuit de wet of cao gelden.
Deze plicht kan ertoe leiden dat een gedeelte van het personeel zal worden overgenomen met als mogelijk gevolg dat vanaf dan van een overgang van onderneming kan worden gesproken en al het personeel zal moeten worden overgenomen inclusief arbeidsvoorwaarden.

 - De beantwoording van de vraag of een dergelijke verplichting als eis in het kader van de aanbestedingsprocedure (bijvoorbeeld in de aanbestedingsdocumenten) voor de gunning van een overheidsopdracht of concessie kan worden gesteld, is minder eenvoudig.
 - Voor die beantwoording dient in ieder geval een onderscheid te worden gehanteerd tussen zogenoemde Europese opdrachten (i), opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang (ii) of zuiver nationale opdrachten (iii).
 - Vraag is namelijk of een dergelijke verplichting tegen de doelstelling van de aanbestedingsrichtlijnen en zelfs tegen die van de EU interne markt indruist.
 - Dit is slechts relevant bij de situaties onder (i) en (ii) en niet voor die onder (iii; zie hierover het laatste punt in deze rij).

- Dergelijke vragen worden door het Hof van Justitie van de EU aan de hand van een toets aan het proportionaliteitsbeginsel beantwoord. De vraag luidt dan of het vastleggen van een dergelijke maatregel (in casu de verplichting) *niet verder gaat* dan ter bereiking van het doel – hier de bescherming van werknemers - noodzakelijk is, of de maatregel *geschikt* is om het doel te bereiken en of de maatregel *evenredig* is om het doel te bereiken.
- Een dergelijke verplichting opnemen in de aanbestedingsdocumenten kan een (economische) last met zich brengen voor potentiële opdrachtnemers met als gevolg dat zij van inschrijving zouden kunnen afzien.
- Bovendien zal dit misschien tot minder concurrentie leiden omdat minder ondernemingen ook uit andere lidstaten in staat zijn om onder die omstandigheden een (scherpe) bieding te doen, in het bijzonder geldt dit voor het midden- en kleinbedrijf.
- Een dergelijke verplichting zou kortom de interne markt *kunnen* belemmeren en zou op grond van *dwingende eisen van algemeen belang* dienen te worden gerechtvaardigd.
- Ook de mogelijkheid van een dergelijke eis als zogenoemde *bijzondere aanvullende voorwaarden bij de uitvoering van de opdracht* zal getoetst moeten worden aan de vraag of daardoor de interne markt niet ongerechtvaardigd en/of onevenredig belemmerd wordt.
- Omdat *zuiver nationale opdrachten* niet onder de werkingssfeer van het Unierecht vallen, speelt de vraag naar een potentiële belemmering van de interne markt geen rol. Wel moet ook dan rekening worden gehouden met het proportionaliteitsbeginsel volgens hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet 2012.

Aanpassing wet- en regelgeving

Van belang voor de vraag of een aanpassing van de wet- en regelgeving nodig en/of mogelijk is, dient tot slot het volgende bij de overweging te worden betrokken:

- Lang niet bij elke aanbesteding speelt de doelstelling van het Stichtingsakkoord met betrekking tot het volgen van werknemers van het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden na contractwisseling door aanbesteding een rol. Veel aanbestedingen hebben betrekking op het uitvoeren van een overheidsopdracht zonder dat contractwisseling plaatsvindt (de opdracht is definitief afgerond na eindigen van het contract).
- De bij aanbestedingen voorkomende situaties van contractwisseling door (her)aanbesteding kunnen in veel gevallen onder een ‘overgang van onderneming’ vallen, zodat voor deze situaties de doelstelling reeds wordt behaald.
- In de sectoren waarin dergelijke contractwisselingen door aanbesteding plaatsvinden, is vaak voorzien in een bepaling in de toepasselijke cao. Op deze wijze kan ook per sector en periode worden bezien wat nodig is om de doelstelling uit het Stichtingsakkoord te kunnen realiseren.
- Een eventuele aanvullende mogelijkheid kan het wettelijk vastleggen van een overlegplicht als in de genoemde bepaling van de Wmo 2015 zijn (artikel 2.6.5).

Overwegingen

In beginsel is een private partij niet gebonden aan de Nederlandse en Europese regelgeving voor overheidsaanbestedingen. Voor het meenemen van sociale aspecten bij een private aanbesteding is contractsvrijheid het uitgangspunt. Deze vrijheid wordt slechts begrensd door wettelijke verplichtingen (zoals in de situatie van ‘overgang van ondernemingen’ en bepaalde cao- en andere dwingende arbeidsrechtelijke bepalingen) en door redelijkheid en billijkheid.

Onder ‘aanbestedingsrecht’ wordt slechts dat gedeelte van het recht aangeduid dat situatie(s) reguleert waarin een (semi-)overheidsinstantie een derde partij opdraagt een werk of een dienst uit te voeren dan wel producten te leveren. De afspraak ‘werknemers volgen het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden’ opnemen als voorwaarde in (publieke) aanbestedingsprocedures is op zich mogelijk en lijkt door nieuwe Europese richtlijnen verruimd te worden. Een deel van de (Europese) aanbestedingen valt momenteel al onder de Wet overgang van ondernemingen, cao-bepalingen of sectorale wetgeving. Voor de overige aanbestedingsprocedures kan het uitgangspunt uit het Stichtingsakkoord worden meegenomen als uitvoeringsvoorwaarde. Of dit in een concreet geval is geoorloofd, hangt – als het gaat om publieke aanbestedingen - vooral af van de vraag of in de specifieke situatie voldaan wordt aan het proportionaliteitsbeginsel (naast de beginselen van transparantie en gelijkheid).

5. Sectorale regelingen: cao's en codes

In sectoren waar de werkzaamheden vooral plaatsvinden dankzij opdrachten via aanbesteding en gunning zijn er veelal bepalingen in de cao opgenomen over de wijze hoe met het personeel omgegaan moet worden bij contractwisseling. Verschillende rechters stellen in dat geval dat het uitgangspunt is dat deze regeling is getroffen voor het geval geen sprake is van overgang onderneming op grond van het Burgerlijk Wetboek¹⁷.

De belangrijkste cao's in dat kader zijn de volgende:

*Verpleging, verzorging en thuiszorg*¹⁸

- Bepaling over aanbesteding bij huishoudelijke hulp in natura op grond van de Wmo: indien een werknemer overgaat naar de verkrijgende partij behoudt deze de individuele arbeidsvoorwaarden.

*Contractcateringsbranche*¹⁹

- Hoofregel: overname van al het personeel bij hergunning of aanbesteding tegen dezelfde individuele arbeidsvoorwaarden;
- Plicht tot informatieaanvraag verkrijgende partij en informatieverstrekking door latende partij.
- Bij inbesteding heeft de werkgever de plicht zich in te spannen om de werknemers met behoud van individuele arbeidsvoorwaarden over te laten gaan naar de inbesteder, ongeacht de vraag of er sprake is van overgang van onderneming.

*Schoonmaak-, glazenwassersbedrijf*²⁰

- Contractwisseling bij aanbesteding object.
- Plicht informatieverstrekking latende partij.
- Overname van werknemers die langer dan anderhalf jaar werkzaam zijn op object of langer dan drie maanden met erkend diploma met behoud van cao-bepalingen en een beperkt aantal individuele arbeidsvoorwaarden; overige arbeidsvoorwaarden die boven cao uitgaan worden door latende partij middels een regeling gecompenseerd.
- Overgang van vakantiedagen en –toeslag gefinancierd door latende partij.
- Geen overname van langdurig zieken. Voor werknemers die niet overgaan, heeft latende partij een inspanningsverplichting om deze aan ander werk te helpen.

*Particuliere beveiliging*²¹

- Bepalingen bij contractwisseling als gevolg van aanbesteding en hergunning.

¹⁷ Zie arrest Hoge Raad d.d. 8 juni 2007 (ECLI:NL:HR:2007:BA3039) inzake schoonmaakbranche en uitspraak Rechtbank Dordrecht d.d. 13 december 2012 (ECLI:NL:RBDOR:2012:BY6080) inzake VVT.

¹⁸ In oktober 2016 is een onderhandelaarsakkoord (zonder FNV) over een nieuwe cao bereikt met een looptijd van 1 april 2016 tot en met 31 maart 2018. Deze bepalingen hebben betrekking op de cao die tot 1 april 2016 liep maar zijn in het onderhandelaarsakkoord niet gewijzigd.

¹⁹ Looptijd cao van 1 juli 2016 tot en met 31 december 2017.

²⁰ Looptijd cao van 1 januari 2014 tot en met 31 december 2016.

²¹ Looptijd cao van 1 oktober 2014 tot en met 30 juni 2015; deze cao liep ongewijzigd door tot 1 april 2016; een nieuwe cao is nog niet tot stand gekomen.

- Bij contractwisseling van opdrachten van minder dan 20.000 uur blijft latende partij verantwoordelijk voor werkgelegenheid; verkrijgende partij kan (deel van) werknemers overnemen en dan tegen dezelfde individuele arbeidsvoorwaarden op basis van cao.
- Bij contractwisseling van opdrachten van meer dan 20.000 uur wordt verkrijgende partij verantwoordelijk; alle werknemers die meer dan 50% op object werkzaam zijn, worden tegen dezelfde individuele arbeidsvoorwaarden overgenomen met uitzondering van langdurig zieken.
- Geschillen kunnen worden voorgelegd aan het sociaal fonds.

*Taxivervoer*²²

- Bepalingen over overgang als gevolg van aanbesteding voor contracten met waarde van meer dan 300.000 euro exclusief btw.
- Plicht informatieverstrekking latende partij (aan sociaal fonds, niet rechtstreeks aan verkrijgende partij).
- 75% van werknemers moet een aanbod gedaan worden met dezelfde contractduur, contracturen, inhoud functie en ervaringsjaren; uitgezonderd zijn werknemers die langdurig ziek zijn. Dit geldt zowel voor werknemers met een tijdelijk contract als voor werknemers met een vast contract.
- De verkrijgende partij is niet verplicht werknemers een aanbod te doen indien de opdracht met eigen personeel kan worden uitgevoerd.
- Geschillen kunnen worden voorgelegd aan sectorale bezwarencommissie.

Code Verantwoordelijk Marktgedrag

Naast cao-afspraken is er nog een mogelijkheid van sectorale afspraken in de vorm van een code. De schoonmaaksector, de glazenwassersbranche, de cateringbranche, beveiligingssector en een aantal grote opdrachtgevers (waaronder AWWN, NS, Schiphol, Rijksoverheid en UWV) hebben in mei 2014 een gedragscode opgesteld waarin zij afspraken hebben vastgelegd over de inkoop van dienstverlenende werkzaamheden. Deze afspraken staan in de zogenaamde Brede Code Verantwoordelijk Marktgedrag, die inmiddels door bijna 1.000 bedrijven is ondertekend. Het initiatief komt voort uit de Code Verantwoordelijk Marktgedrag van de Schoonmaak- en Glazenwassersbranche die in mei 2011 is getekend. Partijen vinden dat bij een uitvraag allereerst gekeken moet worden naar de kwaliteit van de uitvoering, waar goede werkomstandigheden onder vallen. Vervolgens kan gekeken worden tegen welke prijs dit kan. De Code kan bijdragen aan de doelstelling uit het Stichtingsakkoord. Zo is bepaald dat bij het aangaan van een nieuw contract de opdrachtgever toezicht houdt op de overdracht tussen latende en verkrijgende partij. Verder is bepaald dat opdrachtgevers bij een contractwijziging rekening houden met de positie en het welzijn van de betrokken medewerkers. Daarbij moet de opdrachtgever erop toezien dat:

- zorgvuldig wordt omgegaan met contractwijzigingen;
- de contractwijzigingen goed gepland zijn en geleid worden;
- de cao leidend is;
- een realistische overgangstijd geldt na een definitief besluit;
- tijdige en volledige informatie aan het personeel wordt gegeven;
- opdrachtnemer ook de eigen medewerkers over veranderingen in het contract informeert indien deze veranderingen hen raken.

²² Looptijd cao van 1 juli 2016 tot en met 30 juni 2017.

In navolging van de Brede Code Verantwoordelijk Marktgedrag heeft de Vereniging van Nederlandse Gemeenten op 1 augustus 2015 een overeenkomstige Code verantwoordelijk marktgedrag Thuisondersteuning opgesteld.

Om een nog grotere waarborg te bieden via deze vorm van zelfregulering zou bijvoorbeeld in deze code kunnen worden opgenomen dat bij het aangaan van een nieuw contract ten gevolge van een aanbesteding, betrokken partijen zullen overleggen over een overname van personeel met behoud van arbeidsvoorwaarden. Daarbij zou kunnen worden gewezen op een eventueel (daardoor veroorzaakte) overgang van onderneming en de gevolgen daarvan.

Voordeel van een code is dat ondertekenaars bewust en op vrijwillige basis kiezen voor de inhoud waardoor er draagvlak ontstaat. Nadeel is echter dat een code in het algemeen niet in rechte afdwingbaar is.

Overwegingen

Cao-bepalingen over de bescherming van werknemers bij contractwisseling kunnen gebruikt worden voor situaties waarin de Wet overgang van ondernemingen niet van toepassing is. Ook kan via een code bewerkstelligd worden dat bedrijven op vrijwillige basis de positie van werknemers meewegen zoals in de Code Verantwoordelijk Marktgedrag.

Voordelen van bepalingen in cao's en codes zijn dat er rekening gehouden kan worden met de specifieke omstandigheden van een sector en dat de afspraken kunnen rekenen op draagvlak vanwege de zelfregulering. Nadeel is dat als de cao niet algemeen verbindend is verklaard alleen de werkgevers die direct gebonden zijn aan de cao verplicht zijn om bij overgang door aanbesteding de constructie 'werknemer volgt werk met behoud van arbeidsvoorwaarden' toe te passen (geen level playing field).

De rechten en de plichten lopen in de onderzochte cao's uiteen En daarmee ook de mate waarin de afspraak uit het Stichtingsakkoord volledig geldt in de betreffende sectoren.

Een code is, in tegenstelling tot een cao, moeilijk in rechte afdwingbaar maar kan wel rekenen op draagvlak omdat elke partij deze op vrijwillige basis ondertekent.

6. Regels inzake beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij aan- en inbesteding

Naast wet- en regelgeving die bepaalt dat (een deel van) de werknemers het werk volgen met behoud van (een deel van) de arbeidsvoorwaarden bij aan- en uitbesteding, is er ook wet- en regelgeving met betrekking tot de mogelijkheid de arbeidsovereenkomst te beëindigen bij aan- en uitbesteding.

Overgang van onderneming

Artikel 4 lid 1 van de Europese richtlijn bepaalt dat een ontslag door zowel de vervreemder als de verkrijger wegens of met het oog op de overgang van de onderneming niet geoorloofd is. Ook het Europese Hof heeft uitgemaakt dat een dergelijk ontslag in strijd is met de richtlijn²³. Artikel 7:670 lid 8 BW bepaalt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet kan opzeggen met de in zijn onderneming werkzame werknemer wegens de in artikel 7:662 lid 2 sub a bedoelde overgang van onderneming. In het licht van een overgang van onderneming is ontslag slechts mogelijk bij zogenaamde ETO-redenen: het moet gaan om economische, technologische en/of organisatorische omstandigheden, *die ook zelfstandig, los van eventuele overname*, ontslag zouden kunnen rechtvaardigen (artikel 4 lid 1 van de richtlijn).

Uitbesteden van werkzaamheden

De Ontslagregeling, de opvolger van het Ontslagbesluit met ingang van 1 juli 2015, bevat ook bepalingen over ontslag bij uitbesteding van werkzaamheden, niet zijnde een overgang van onderneming. Zo bepaalt artikel 5 dat er geen redelijke grond bestaat voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische omstandigheden voor zover arbeidsplaatsen vervallen doordat de werkgever werkzaamheden uitsluitend uitbesteedt om werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te vervangen door personen die niet werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd of de werkzaamheden tegen een lagere vergoeding verrichten.

Van een redelijke grond voor ontslag kan bijvoorbeeld wel sprake zijn als de werkgever zijn niet tot zijn primaire proces behorende boekhouding uitbesteedt. Een ander voorbeeld is wanneer een concurrent werkt met nieuwe geavanceerde apparatuur en hierdoor goedkoper kan produceren of een betere kwaliteit kan leveren terwijl de betreffende werkgever gelet op de grootte van zijn bedrijf niet in staat is investeringen in deze apparatuur te doen en om die reden tot uitbesteding overgaat. De werkgever dient steeds de reden toe te lichten en aannemelijk te maken dat het uitbesteden van werkzaamheden ten dienste staat van een doelmatige bedrijfsvoering en niet enkel is ingegeven door het willen vervangen van vaste werknemers door flexibele of goedkopere arbeidskrachten.

Uitbesteden van werkzaamheden en (schijn)zelfstandigheid

In artikel 6 van de Ontslagregeling wordt geregeld dat als een werkgever voornemens is werkzaamheden uit te besteden aan een persoon die de werkzaamheden niet op basis van een

23 Europese Hof van Justitie 15-06-1988, NJ 1990/247.

arbeidsovereenkomst zal verrichten er alleen dan sprake is van een redelijke grond voor ontslag als de betreffende werkzaamheden worden uitbesteed aan een 'echte zelfstandige'²⁴.

Personen die op basis van een overeenkomst van opdracht voor een opdrachtgever willen werken en niet beschikken over een VAR-Wuo of VAR-dga worden (behoudens tegenbewijs) niet als echte zelfstandigen maar als schijnzelfstandigen beschouwd. Zij werken veelal tegen slechtere voorwaarden dan de voorwaarden die voor werknemers gelden terwijl hun positie hiermee in hoge mate vergelijkbaar is. Als een werkgever de arbeidsovereenkomsten van werknemers wil beëindigen en daarvoor in de plaats contracten wil aangaan met diezelfde werknemers, of met anderen, met als uitsluitend doel werknemerschap te vermijden, is er geen sprake van een redelijke grond voor ontslag. Het doel van deze regeling is, net als bij artikel 5 van de Ontslagregeling, om schijnconstructies tegen te gaan en om te voorkomen dat werknemers in feite vogelvrij zijn.

Overwegingen

Naast wet- en regelgeving die bepaalt dat (een deel van) de werknemers het werk volgen, is er ook wet- en regelgeving die werknemers (tot op zekere hoogte) bescherming biedt tegen ontslag bij overgang van onderneming en uitbesteding. Deze wet- en regelgeving voorkomt in ieder geval dat in dergelijke situaties werknemers beschermd worden tegen willekeur.

²⁴ Dit was ook al geregeld in paragraaf 5 van hoofdstuk 7 van de tot 1 juli 2015 geldende Beleidsregels ontslag-taak UWV (Bedrijfseconomische redenen).

7. (Schijn)faillissementen

(Schijn)faillissement en pre-pack

In geval een schuldenaar heeft opgehouden te betalen, kan deze in staat van faillissement worden verklaard op grond van de Faillissementswet. Het doel hiervan is het te gelde maken ('executeren') van het vermogen en uit de opbrengst daarvan de schuldeisers te betalen.

Het is van belang dat het faillissementsrecht zo is ingericht dat negatieve gevolgen als onnodig kapitaalverlies en verlies van werkgelegenheid zo veel als mogelijk worden voorkomen en/of beperkt. Er moeten voldoende checks & balances zijn die de belangen van alle bij de in insolventie verkerende onderneming betrokken partijen zoveel mogelijk, binnen de kaders van de doelstellingen van de wet, behartigen.

Doorstart en pre-pack

Een doorstart kan een duidelijke meerwaarde hebben vanwege het voorkomen van onnodig kapitaalverlies en verlies van werkgelegenheid. Uit de praktijk blijkt dat een doorstart een moeizaam proces is dat op korte termijn na faillissement moet worden gerealiseerd omdat de kans op een succesvolle doorstart met elke dag dat het proces langer duurt vermindert. De ervaring leert dat na 26 weken een doorstart geen optie meer is.

Een doorstart na faillissement kan op verschillende manieren plaatsvinden: al dan niet voorbereid en, indien voorbereid, al dan niet openbaar. Een voorbeeld van een niet in openbaarheid voorbereide doorstart is de pre-pack. Een pre-pack is een in beslotenheid voorbereide doorstart van (gezonde onderdelen van) de onderneming vóór faillissement door middel van een activatransactie die na faillietverklaring wordt geëffectueerd. Voor beslotenheid wordt gekozen omdat crediteuren, indien zij van de financiële problemen ervaren, dan niet hun uitstaande vorderingen proberen zeker te stellen waardoor een doorstart veelal niet meer mogelijk is. Waardemaximalisatie en behoud van werkgelegenheid worden in het algemeen gezien als belangrijke voordelen van een pre-pack ten opzichte van een 'gewoon faillissement'. Een pre-pack zou echter ook kunnen leiden tot misbruik (schijnfaillissement). De pre-pack zou dan kunnen worden gebruikt als een oneigenlijk instrument om goedkoop werknemers, contracten en schulden te kunnen saneren, waarbij doorstartkandidaten (bewust) buiten de deur worden gehouden.

De doorstartende onderneming kan zelf bepalen welke werknemers zij overneemt en met welke arbeidsvoorwaarden. In Nederland is de wettelijke regeling inzake overgang van onderneming niet van toepassing bij faillissement aldus artikel 7:666 lid 1 BW. De verkrijger van de bedrijfsonderdelen uit een failliete boedel kan vrij kiezen of en zo ja, welke werknemers van de failliete onderneming hij in dienst wil nemen. Treden de werknemers in dienst bij de verkrijger, dan zijn de arbeidsvoorwaarden waaronder zij gaan werken in beginsel vrij onderhandelbaar (zolang die passen binnen de wettelijke eisen en de eventueel van toepassing zijnde cao). Een doorstart na faillissement kan dan een aantrekkelijk alternatief zijn voor reorganisaties. In veel gevallen is een doorstart te verkiezen boven liquidatie. In reactie op de consultatie over het voorontwerp van de Wet Continuïteit Ondernemingen I²⁵ hebben de centrale werkgeversorganisaties en FNV over de pre-pack ieder afzonderlijk op het gevaar van misbruik gewezen. FNV wijst er vooral op dat een in stilte voorbereide doorstart de mogelijk-

²⁵ Het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I) wordt momenteel behandeld in de Eerste Kamer. WCO I maakt deel uit van het wetgevingsprogramma van het Ministerie van Veiligheid en Justitie om het Faillissementsrecht te herijken.

heid in zich heeft om op een relatief eenvoudige en goedkope wijze personeel te ontslaan, zonder dat werknemers daarover worden geïnformeerd of geconsulteerd. VNO-NCW en MKB-Nederland wijzen erop dat een pre-pack die in stilte wordt voorbereid ook voor ondernemingen negatieve consequenties kan hebben. Schuldeisers kunnen het zicht verliezen op de wijze waarop omgegaan wordt met hun vorderingen (niet transparant proces). Ook kan het leiden tot concurrentievervalsing doordat de ondernemer de doorstart zelf regelt en andere geïnteresseerde ondernemingen uitsluit van een mogelijk overname. Van belang hierbij is te benoemen dat in de pre-pack wetgeving aan de rechter (en beoogd-curator) handvatten worden gegeven om dan niet verder met het proces te gaan waardoor de pre-pack geen doorgang zal krijgen.

De Radboud Universiteit²⁶ heeft in haar recent verschenen onderzoek gemeld dat in geen van de onderzochte recente gevallen van ondernemingen waarvan het faillissement is aangevraagd is gebleken dat dat is gebeurd enkel met het oog op sanering van het personeelsbestand. Slechts in enkele gevallen was de arbeidsrechtelijke positie van doorslaggevende betekenis in die zin dat het een van de factoren was die tot een faillissement van de onderneming hebben geleid. Dat misbruik van de faillissementsaanvraag, afgezet tegen het totaal van faillissementen, relatief weinig voorkomt, strookt met de opvatting van de geraadpleegde experts (en voorts met de omtrent misbruik van faillissementsrecht gepubliceerde rechtspraak en de resultaten van eerder onderzoek van het HSI uit 2005)²⁷. Een enkeling herkent wel incidenteel enige vorm van fraude, maar de meerderheid zegt dat misbruik niet te zien.

Dat neemt echter niet weg dat een faillissement met doorstart, voorbereid of niet, nadelige gevolgen heeft voor de werknemers van het failliete bedrijf. Veel van hen raken werkloos en van degenen die mee overgaan kunnen de arbeidsvoorwaarden negatief worden bijgesteld. Dat raakt vooral degenen met een kwetsbare positie op de arbeidsmarkt (ouderen, zieken)

EU-richtlijn en buitenland

Van belang is de EU-richtlijn 2001/23. Deze richtlijn heeft betrekking op het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen. De overgang van onderneming mag op zichzelf geen reden tot ontslag vormen maar dit ontslagverbod vormt geen beletsel voor ontslagen wegens economische, technische of organisatorische redenen die een wijziging van de werkgelegenheid tot gevolg hebben.

In artikel 5 lid 1 van de richtlijn is vastgelegd dat de regels betreffende de overgang van onderneming niet van toepassing zijn op de situatie dat de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op *liquidatie van het vermogen*.

Deze uitzondering geldt niet voor een surseance van betaling, omdat de surseance is gericht op *voortzetting* van de onderneming. Voor Nederland is in artikel 7:666 lid 1 BW bepaald dat de artikelen 662 tot en met 665, en artikel 670, lid 8, niet van toepassing zijn op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.

²⁶ Onderzoek *Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers*, uitgevoerd door de Radboud Universiteit onder leiding van prof. mr. L.G. Verburg en prof. mr. P.M. Veder (april 2016), door de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer gezonden op 20 mei 2016.

²⁷ Rapport van het Hugo Sinzheimer Instituut (2005) van de Universiteit van Amsterdam p. 109/110 *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding*.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft de Vrije Universiteit van Amsterdam opdracht gegeven voor een onderzoek²⁸ waarin de vraag aan de orde is gesteld in hoeverre de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers wiens werkgever in een insolventieprocedure is geraakt is geregeld in België, Duitsland, Engeland en Frankrijk. Ook is in het onderzoek aandacht besteed aan de verschillende opvattingen en ideeën die in de literatuur zijn opgeworpen over een eventuele aanpassing van de positie van werknemers bij faillissement en/of surseance van betaling.

Hoewel onze buurlanden alle op de een of andere manier de Europese richtlijn 2001/23 ook toepassen bij een doorstart na faillissement, zijn de uitwerkingen verschillend. Ze mitigeren de effecten van overgang van onderneming op verschillende manieren. Om de gevolgen van de overgang te beperken geldt bijvoorbeeld een verlicht ontslagregime, gaan bestaande schulden niet over, zijn er mogelijkheden tot wijziging van arbeidsvoorwaarden, geschiedt de selectie van personeel op basis van objectieve criteria en vindt over aanpassing van de arbeidsvoorwaarden overleg plaats, of er geldt een keuzemogelijkheid waarbij de werkgever kan kiezen of hij de werknemers en de arbeidsvoorwaarden al dan niet overneemt. De vergelijkingen met een drietal omringende landen houden overigens alleen het al dan niet van toepassing zijn van regelgeving betreffende de overgang van werknemers bij een doorstart na faillissement in. Andere regelingen zoals de (uitwerkingen van de) loongarantieregeling, het uitkeringspercentage voor concurrente schuldeisers en hoogte en duur van de WW-uitkering zijn niet meegenomen.

In geval van een overname van bedrijfsonderdelen tijdens surseance van betaling gelden de regels van overgang van onderneming wel voor Nederlandse ondernemingen. Worden er tijdens een surseance van betaling bedrijfsonderdelen afgestoten en doorverkocht, dan komt het personeel dat binnen die bedrijfsonderdelen werkt van rechtswege in dienst van de verkrijger en gaan de rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst automatisch over op de verkrijger.

Zoals al is gezegd, is in Nederland de verkrijger van een (onderdeel van een) onderneming die failliet is gegaan niet gehouden het personeel met behoud van hun arbeidsvoorwaarden over te nemen. Dit verschil is volgens de onderzoekers de belangrijkste reden waarom doorstarts vanuit surseance zelden plaatsvinden.

Het verschil in arbeidsrechtelijke positie van werknemers in faillissement en daarbuiten zou moeten worden heroverwogen, aldus de onderzoekers. Zij schetsen dat de literatuur verdeeld is over de vraag op welke wijze dat zou moeten. Sommigen pleiten voor het van toepassing verklaren van de Europese richtlijn overgang van ondernemingen op een overgang van een (onderdeel) van de onderneming uit een faillissement. De richtlijn biedt daarbij mogelijkheden om de gevolgen van de overgang te beperken. Anderen pleiten voor een neerwaartse bijstelling van werknemersrechten tijdens de periode van surseance van betaling.

Overwegingen

Het is lastig gebleken om harde uitspraken over de regelgeving van overgang van werknemers bij faillissement van de onderneming van hun werkgever te doen omdat de discussie breder is dan alleen dit deelterrein. Verschillen in arbeidsrecht, ontslagrecht, sociaal zekerheidsrecht, garantieregelingen, belastingrecht, preferentie van schuldeisers en verschillen in de aanpak

²⁸ Onderzoek *Werknemers en Insolventie: een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, Vrije Universiteit onder leiding van prof. mr. dr. W.H.A.C.M. Bouwens (maart 2015), door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer gezonden op 26 augustus 2015.

van faillissementsfraude zouden ook in de discussie moeten worden betrokken om zo duidelijkheid te kunnen brengen in eventuele effecten.

Naast de vraag naar de sociale gevolgen van een faillissement met doorstart, is een belangrijke vraag in welke landen in welke mate doorstarts succesvol zijn of dat faillissementen overwegend eindigen in liquidatie van de onderneming. Als succesvolle doorstart wordt beschouwd een doorstart die leidt tot meer dan kortstondige continuïteit.

De discussie over wenselijke regelgeving wordt op dit moment gevoerd in de SER, in de Eerste Kamer betreffende het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (pre-pack) en bij het ministerie van Veiligheid en Justitie (tezamen met stakeholders) over het in voorbereiding zijnde wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen III.

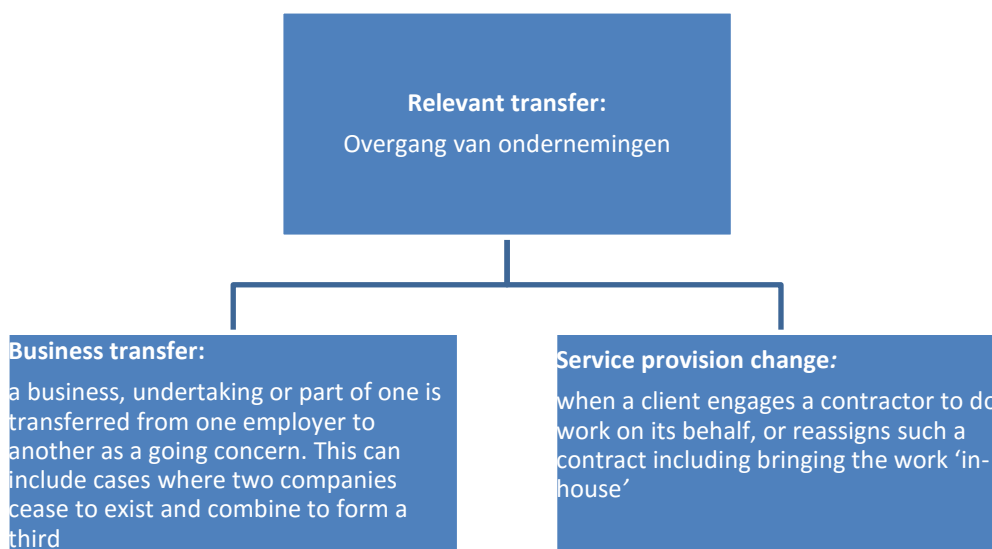
Daarnaast heeft de kantonrechter van de rechtbank Midden-Nederland een aantal prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het gaat hierbij om de uitleg van de bepaling dat de regel dat alle werknemers bij de doorstarter in dienst komen, niet geldt in het geval van een faillissementsprocedure die gericht is op de liquidatie van de onderneming. De kantonrechter wil van het Hof van Justitie van de Europese Unie weten of dit anders is wanneer een faillissement wordt gebruikt voor een reorganisatie door middel van een pre-pack. Daarmee wordt derhalve uitleg gevraagd over de bedoeling van de regels die zijn opgenomen in de EU-richtlijn 2001/23 en of artikel 7:666 lid 1 BW zich hiermee verdraagt, voorzover het faillissement niet gericht is op liquidatie, maar op continuïteit van de onderneming.

8. Verenigd Koninkrijk: TUPE-regeling

TUPE-regeling

De werkgroep heeft tevens gekeken naar de wijze waarop omliggende landen de Europese richtlijn hebben geïmplementeerd. Daarbij biedt vooral het Verenigd Koninkrijk aanknopingspunten voor de afspraak uit het Stichtingsakkoord.

Het Verenigd Koninkrijk kent de zogenaamde Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006 (TUPE-regeling). Schematisch ziet deze regeling er als volgt uit.



In het Verenigd Koninkrijk is sprake van een overgang van onderneming ('relevant transfer') in geval van 'business transfer' en 'service provision change'. De Nederlandse regeling strekt zich minder ver uit.



Beide regelingen zijn een implementatie van de Europese richtlijn 2001/23 maar de regeling in het Verenigd Koninkrijk is sinds 2006 uitgebreid met het begrip 'service provision change'. Indien een dergelijke situatie zich voordoet dan wordt ook dit aangemerkt als een overgang van onderneming met de bijbehorende rechten en plichten.

Business transfer

Bij een ‘business transfer’ moet er net als in de Nederlandse regeling sprake zijn van een overgang op basis van een overeenkomst van een economische eenheid die haar identiteit behoudt: *‘To be covered by the Regulations and for affected employees to enjoy the rights under them, a business transfer must involve the transfer of an ‘economic entity which retains its identity’. In turn, an ‘economic entity’ means ‘an organised grouping of resources which has the objective of pursuing an economic activity, whether or not that activity is central or ancillary’.*²⁹

Met de business transfer wordt de EG-richtlijn geïmplementeerd. De begrippen worden geïnterpreteerd naar Europees recht. De rechten, plichten en jurisprudentie zoals wij deze in Nederland kennen ten aanzien van de begrippen zijn over het algemeen ook van toepassing op de business transfer.

Service provision change

De TUPE-regeling is in 2006 uitgebreid met de ‘service provision change’. Reden hiervoor was dat de TUPE-regeling bij outsourcing, insourcing en/of contractwisselingen tot veel rechtsonzekerheid leidde. De situaties waarin sprake is van een service provision change zijn als volgt omschreven:

- *where a service previously undertaken by the client is awarded to a contractor (a process known as ‘contracting out’ or ‘outsourcing’);*
- *where a contract is assigned to a new contractor on subsequent re-tendering; or*
- *where a contract ends with the service being performed ‘in house’ by the former client (‘contracting in’ or ‘insourcing’).*

Onder de regeling in 2006 werden aan de inhoud en het karakter van de activiteit voor én na de overgang bij een service provision change nauwelijks voorwaarden gesteld. Hierdoor kon bijna elke outsourcing, insourcing of contractwisseling aangemerkt worden als een service provision change. Vanaf 1 februari 2014 is het toetsingscriterium van de service provision change daarom aangescherpt. Deze aanscherping luidt als volgt:

“(2A) References in paragraph (1)(b) to activities being carried out instead by another person (including the client) are to activities which are fundamentally the same as the activities carried out by the person who has ceased to carry them out.”

Jurisprudentie

Deze aanscherping is de codificatie van het in de Engelse jurisprudentie ontwikkelde criterium. In meerdere zaken tussen 2006 en 2014 is bepaald dat er eisen dienen te worden gesteld aan de inhoud van de activiteit voor én na de overgang. Er moet sprake zijn van een activiteit welke fundamenteel hetzelfde is als voor de overgang. Of een activiteit fundamenteel hetzelfde is, is sterk afhankelijk van de specifieke situatie. Wel zijn er in de Engelse jurisprudentie enkele voorbeelden waarin het begrip ‘fundamenteel’ nader toegelicht en ingevuld wordt.

In de zaak *Johnsons Controls Limited en R. Campbell / UKAEA* werd bijvoorbeeld geoordeeld dat er geen sprake was van een service provision change. De heer Campbell was werkzaam voor de organisatie Johnsons. Deze organisatie is verantwoordelijk voor het regelen van

²⁹ Department for Business Innovation & Skills: A Guide to the 2006 TUPE regulations (as amended by the Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment Regulations 2014) for employees, employers and representatives.

taxivervoer van werknemers van grote ondernemingen, waaronder werknemers van UKAEA. De werkzaamheden waren niet enkel beperkt tot het boeken van een taxi. Alle bijkomende activiteiten, zoals het nakijken van de facturen van de taxiritten en het zorg dragen voor adviezen over de tijdstippen van de reizen behoorde tot de werkzaamheden van de heer Campbell en de dienstverlening van Johnsons. UKAEA heeft op een gegeven moment besloten om de activiteit weer in huis te halen en vanaf dat moment waren de activiteiten bij UKAEA enkel belast met het boeken van de taxiritten. De rechter was van mening dat de activiteit voor en na de overgang fundamenteel gewijzigd was omdat alle bijkomende taken geen onderdeel meer uitmaakten van de activiteit.

Naast de inhoud van de activiteit moet ook gekeken worden naar de omvang van de werkzaamheden voor én na de overgang. Zo is in de zaak Department for Education versus Huke & Anor bepaald dat niet alleen ‘the character and types of activities’ maar ook ‘the quantity’ van doorslaggevend belang is of een activiteit voor én na de overgang fundamenteel hetzelfde is. In deze zaak verrichtte de werknemer na de overgang minder dan 25% van zijn arbeidstijd aan werkzaamheden ten behoeve van de activiteit. De inhoud van de activiteit was onveranderd gebleven, echter de omvang van de werkzaamheden was aanzienlijk minder. Ook in dit geval werd geoordeeld dat er geen sprake was van een service provision change.

Naast het vereiste dat de activiteit voor én na de overgang fundamenteel hetzelfde moet zijn, zijn er ook nog andere criteria waaraan moet worden voldaan alvorens sprake is van een service provision change. Zo kan er alleen sprake zijn van een service provision change indien een georganiseerde groep van werknemers hoofdzakelijk belast is met het uitvoeren van een bepaalde activiteit. Indien die activiteit overgaat vanwege outsourcing of insourcing, dan gaan enkel de werknemers over die belast zijn met het uitvoeren van de activiteit. Daarnaast dient sprake te zijn van dezelfde opdrachtgever voor én na de overgang.

Voorbeeld

Onderneming A heeft het verzenden van pakketten uitbesteed aan een externe koeriersdienst. Als die opdrachtnemer gebruik maakt van een vaste groep werknemers welke hoofdzakelijk belast is met de koerierswerkzaamheden voor onderneming A kan bij insourcing / inbesteding of aanbesteding sprake zijn van een service provision change. Mocht de opdrachtnemer gebruik maken van verschillende werknemers welke op ad-hoc basis worden ingezet dan is er bij insourcing of aanbesteding geen sprake van een service provision change. Er is namelijk geen sprake van een vaste groep werknemers welke hoofdzakelijk belast is met de koerierswerkzaamheden voor onderneming A.

Voorwaarden service provision change

Kort samengevat zijn de drie voornaamste voorwaarden voor het van toepassing zijn van een service provision change:

- er moet sprake zijn van een georganiseerde groep werknemers welke hoofdzakelijk belast is met het uitvoeren van een bepaalde activiteit, en
- de activiteit moet voor én na de overgang fundamenteel hetzelfde zijn, en
- de opdrachtgever moet voor én na de overgang dezelfde zijn.

Overgaande rechten en plichten

Bij een ‘relevant transfer’ gaan alle rechten en plichten, die op het moment van de overgang golden, mee over naar de nieuwe werkgever. Net zoals in de Nederlandse wetgeving geldt voor de pensioenregeling een afwijkend regime. Na de overgang mogen de arbeidsvoorwaarden niet worden gewijzigd wegens de overgang. Een wijziging in de arbeidsvoorwaarden na de overgang is echter wel toegestaan:

- indien de wijziging niet plaatsvindt wegens de overgang;
- indien de enkele reden voor de wijziging een economische, technische of organisatorische reden is;
- als de arbeidsvoorwaarden zijn opgenomen in een cao, met dien verstande dat de wijziging pas een jaar na de overgang mag plaatsvinden en dat de waarde van het totaalpakket aan arbeidsvoorwaarden van de werknemer niet minder mag zijn dan voor de overgang (per 1 februari 2014).

Identiteitsbehoud

Er wordt bij de Wet overgang van ondernemingen een onderscheid gemaakt tussen activiteiten waarvoor de overgang van de materiële activa kenmerkend is voor identiteitsbehoud (kapitaalintensieve activiteiten) en activiteiten waarbij dit niet het geval is (arbeidsintensieve activiteiten). In het eerste geval is geen sprake van identiteitsbehoud als de materiële activa niet worden overgedragen, in het tweede geval indien niet een wezenlijk deel van de betrokken werknemers mee overgaat. Er is dan in beide gevallen geen sprake van overgang van onderneming. Uitbesteding, inbesteding of contractwisseling waarbij geen sprake is van identiteitsbehoud vallen niet onder de Wet overgang van ondernemingen.

Bij de service provision change is identiteitsbehoud geen voorwaarde meer om tot een overgang van onderneming te kunnen concluderen. Outsourcing, insourcing of contractwisseling die niet voldoet aan het identiteitsvereiste kan toch worden gekenmerkt als een overgang van onderneming mits voldaan wordt aan de voorwaarden zoals hierboven zijn beschreven. Bij arbeidsintensieve activiteiten is dan niet meer van doorslaggevend belang of een wezenlijk deel van de betrokken werknemers mee overgaat. Het gegeven dat er volgens de regels van de service provision change sprake is van overgang van onderneming maakt dat alle betrokken werknemers overgaan. Bij kapitaalintensieve activiteiten is dan niet meer van doorslaggevend belang of een wezenlijk deel van de relevante activa mee overgaan. In beide situaties zijn de toetsingscriteria bij insourcing, outsourcing of aanbesteding dat er sprake is van een georganiseerde groep van werknemers ten behoeve van de activiteiten, deze activiteiten fundamenteel hetzelfde blijven en niet gefragmenteerd zijn en de klant gelijk blijft.

Toepassing op Nederlandse situatie

In de huidige Nederlandse situatie is slechts ten dele wettelijk iets geregeld als er bij aanbesteding geen sprake is van overgang van onderneming (zie paragraaf 3 over sectorspecifieke wetgeving). Daarnaast zijn in een aantal cao's nadere afspraken gemaakt (zie paragraaf 5). Indien een regeling naar voorbeeld van de TUPE-regeling wordt doorgevoerd dan wordt niet alleen de doelstelling in het Stichtingsakkoord met betrekking tot aanbesteding en uitbesteding behaald maar is ook sprake van uniformiteit. In de huidige cao-regelingen zijn namelijk de rechten van werknemers bij outsourcing, insourcing en contractwisseling verschillend. Door meer uniformiteit kan wellicht minder maatwerk per sector worden geleverd. Indien echter bij cao afgeweken mag worden van de regeling, dan is maatwerk weer wel mogelijk.

Of maatwerk kan worden geleverd, is derhalve afhankelijk van de inhoud van de eventueel tot stand te komen Nederlandse regeling. Daarnaast zou bekeken kunnen worden of in de meest relevante sectoren behoefte is aan maatwerk of dat er juist behoefte is aan meer uniformiteit.

Voor- en nadelen regeling naar voorbeeld van Verenigd Koninkrijk

Voordeel voor werknemers van de vervreemder is dat zij van rechtswege overgaan naar de nieuwe werkgever met behoud van arbeidsvoorwaarden. De werknemers volgen dan hun werk zoals beoogd in het Stichtingsakkoord. Dit kan overigens nadelig zijn voor werknemers van de verkrijger. Een nieuwe opdracht kan dan bijvoorbeeld niet voorkomen dat de werkgever een noodzakelijke reorganisatie met inkrimping van het eigen personeelsbestand moet doorvoeren. De werkgever die een opdracht weet te verwerven zal vaker dan nu het geval is werknemers erbij krijgen. Het verkrijgen van een opdracht zal dan een noodzakelijke reorganisatie niet kunnen voorkomen. Een TUPE-regeling zal de totale werkgelegenheid bij een noodzakelijke reorganisatie echter niet wijzigen, zij het dat eventuele ontslagen anders verdeeld worden over het totaal van het ‘eigen personeel’ van de verkrijger en de ‘overgekomen’ werknemers.

Voor een aanbesteder, die ontevreden is met de medewerkers die de activiteit uitvoeren, kan het een nadeel zijn indien deze na de overgang te maken blijft houden met hetzelfde personeel. Daarbij zij wel vermeld dat op de overeenkomst tussen partijen bij insourcing, outsourcing of contractwisseling het algemene verbintenissenrecht van toepassing is. Zo kan in het geval dat een partij haar verplichtingen niet (geheel) nakomt sprake zijn van een wanprestatie.

Voor werkgevers kan een voordeel zijn dat er een level playing field ontstaat. Werkgevers die niet aan een cao gebonden zijn, worden dan immers gebonden aan een wettelijke regeling. De arbeidsvoorwaarden van de werknemers (waaronder het loon) zijn gegarandeerd waardoor niet enkel op prijs kan worden geselecteerd door opdrachtgevers. Nadeel voor werkgevers kan zijn dat zij in voorkomende gevallen ervan weerhouden worden om mee te dingen naar het verkrijgen van een opdracht omdat werknemers automatisch mee overkomen. Het kan door werkgevers gezien worden als een beknotting van de ondernemersvrijheid.

Een duidelijke wettelijke regeling brengt rechtszekerheid met zich mee. In situaties van inbesteding, uitbesteding of contractwisseling is op voorhand bekend dat de werknemers - als aan de voorwaarden wordt voldaan - het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden dienen te volgen. Deze rechtszekerheid is ook de voornaamste reden waarom in het Verenigd Koninkrijk gekozen is voor een aanvulling op de richtlijn. Partijen weten bij het sluiten van een overeenkomst dat er personeel moet worden overgenomen en kunnen daar van tevoren rekening mee houden in plaats van dat zij daar achteraf via langslappende juridische procedures alsnog toe worden verplicht.

Overwegingen

De Britse regeling voor ‘overgang van onderneming’ is evenals de Nederlandse Wet overgang van ondernemingen gebaseerd op de EG-richtlijn 2001/23. Het Verenigd Koninkrijk heeft deze regeling, de zogenaamde ‘TUPE-regeling’, recent nog aangepast omdat de bestaande regeling bij uitbesteding, inbesteding of contractwisseling tot onzekerheid leidde. Sinds 2006 valt onder ‘overgang van onderneming’ (‘relevant transfer’) namelijk niet alleen de ‘business transfer’ maar ook de zogenaamde ‘service provision change’. Hierdoor is identiteitbehoud geen voorwaarde meer om tot een overgang van onderneming te kunnen concluderen. Uitbe-

steding, inbesteding of contractwisseling die niet voldoet aan het identiteitvereiste van de Europese richtlijn wordt dus ook aangemerkt als een overgang van onderneming mits voldaan wordt aan bepaalde voorwaarden (er moet sprake zijn van een georganiseerde groep van werknemers welke hoofdzakelijk belast is met het uitvoeren van een bepaalde activiteit, de activiteit moet voor én na de overgang fundamenteel hetzelfde zijn en de opdrachtgever moet voor én na de overgang dezelfde zijn).

Omdat de service provision change in die zin afwijkt van de richtlijn is jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie hierop niet of in ieder geval minder goed toepasbaar. Het is mogelijk dat Nederland net zoals het Verenigd Koninkrijk verder gaat dan de Europese richtlijn voorschrijft door het begrip overgang van onderneming uit te breiden. Er zijn geen formele juridische beletsels om dit in te voeren. Daarmee zou een nadere invulling van de afspraak uit het Stichtingsakkoord bereikt kunnen worden. Voor zover de regelgeving verder gaat dan de Europese richtlijn zal de jurisprudentie hoofdzakelijk door de Nederlandse rechtspraak moeten worden ontwikkeld en niet door het Europese Hof van Justitie. Aan een dergelijke regeling kunnen zowel voor werknemers als voor ondernemingen bepaalde voor- en nadelen vastzitten.

Bijlage 1: Wet overgang van ondernemingen

Samenvatting EG-richtlijn 2001/23

De overgang van een onderneming of vestiging kan voortvloeien uit de verkoop van een onderneming dan wel uit een fusie. Als gevolg van de overgang wordt de verkrijger van de onderneming de werkgever van de werknemers van de overgegangene onderneming van de vervreemder. In die omstandigheden hebben de werknemers van de overgegangene onderneming rechten en verplichtingen uit hoofde van hun arbeidsovereenkomst. Deze richtlijn is van toepassing op alle soorten arbeidsbetrekkingen, ongeacht:

- het aantal gewerkte of te werken uren;
- het type overeenkomst (arbeidsbetrekkingen voor bepaalde of onbepaalde tijd dan wel uitzendarbeid).

De richtlijn is van toepassing op alle openbare en particuliere ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk.

Werknemers behouden hun rechten en verplichtingen bij overgang van onderneming. Die rechten en verplichtingen vloeien voort uit een bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. De overgang van een onderneming is verder geen geldige reden tot ontslag. Ontslag is uitsluitend mogelijk om economische, technische of organisatorische redenen.

De lidstaten kunnen de vervreemder van de onderneming verplichten de verkrijger in kennis te stellen van alle rechten en verplichtingen die op hem zullen overgaan. Deze rechten en verplichtingen gaan ook over als de verkrijger er niet van in kennis wordt gesteld.

In beginsel blijven de arbeidsvoorwaarden van de werknemers ongewijzigd zolang de collectieve overeenkomst van de onderneming van kracht blijft. Deze voorwaarden kunnen wel worden gewijzigd mits de lidstaten dat toelaten en op voorwaarde dat sinds de overgang van de onderneming minstens een jaar is verstreken.

De rechten en verplichtingen van werknemers blijven niet behouden wanneer de overgang plaatsvindt in het kader van een insolventie- of faillissementsprocedure, die gericht is op liquidatie. Om te vermijden dat insolventieprocedures worden misbruikt nemen de lidstaten alle maatregelen die nodig zijn om dergelijke praktijken te voorkomen.

Bij de overgang behouden de werknemersvertegenwoordigers hun functie totdat nieuwe vertegenwoordigers worden gekozen. De werknemers moeten altijd een vertegenwoordiging hebben, ook in het geval van een insolventie- of faillissementsprocedure. Bovendien worden de vakbondsvertegenwoordigers steeds geraadpleegd voordat een maatregel wordt genomen die gevolgen heeft voor werknemers. De werknemers worden op de hoogte gebracht van de overgangsvoorwaarden, rechtstreeks of door hun vertegenwoordigers. Zij worden ingelicht over de vastgestelde of voorgenomen datum van de overgang, de redenen van de overgang, de juridische, economische en sociale gevolgen en de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.

Indien de betrokken lidstaat over een arbitrage-instantie beschikt, kan de voorlichtings- en raadplegingsplicht beperkt worden tot de gevallen waarin de overgang nadelig is voor een aanzienlijk deel van de werknemers. Ten slotte blijven de rechten van de vakbondsvertegenwoordigers behouden, ook indien hun ambtstermijn als gevolg van de overgang van de onderneming verstrijkt.

Belangrijkste definities

Overgang van onderneming:

De overgang, met het oog op voortzetting van een economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan.

Verkrijger:

Iedere natuurlijke of rechtspersoon die ten aanzien van de overgegangene onderneming de hoedanigheid van werkgever verkrijgt.

Vervreemder:

Iedere natuurlijke of rechtspersoon die ten aanzien van de overgegangene onderneming de hoedanigheid van werkgever verliest.

Burgerlijk Wetboek: Rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming

(Boek 7: Bijzondere overeenkomsten, Titel 10 arbeidsovereenkomst, Afdeling 8)

Artikel 662

1. In afwijking van artikel 615 is deze afdeling ook van toepassing op de werknemer die arbeid verricht in een onderneming die in stand wordt gehouden door staat, provincie, gemeente, waterschap of enig ander publiekrechtelijk lichaam.
2. Voor de toepassing van deze afdeling wordt verstaan onder:
 - a. overgang: de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt;
 - b. economische eenheid: een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit.
3. Voor de toepassing van deze afdeling wordt een vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging beschouwd als een onderneming.

Artikel 663

Door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger. Evenwel is die werkgever nog gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk verbonden voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die zijn ontstaan vóór dat tijdstip.

Artikel 664

1. Artikel 663, eerste volzin, is niet van toepassing op rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een pensioenovereenkomst als bedoeld in artikel 1 van de Pensioenwet indien:
 - a. de verkrijger aan de werknemer, bedoeld in artikel 663, een zelfde aanbod doet tot het sluiten van een pensioenovereenkomst, als hij reeds voor het tijdstip van overgang heeft gedaan aan zijn werknemers
 - b. de verkrijger op grond van artikel 2 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, verplicht is deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds en de werknemer, bedoeld in artikel 663, gaat deelnemen in dat fonds;

- c. bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan is afgeweken van de pensioenovereenkomst, bedoeld in de aanhef.
- 2. Het eerste lid is niet van toepassing indien de werknemer, bedoeld in artikel 663, voor de overgang op grond van artikel 2 van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000, verplicht is deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds en deze zelfde verplichting blijft gelden na de overgang.
- 3. Artikel 663, eerste volzin, is niet van toepassing op rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een spaarregeling als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Pensioen- en spaarfondsenwet zoals de Pensioen- en spaarfondsenwet luidde op de dag voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Pensioenwet indien de verkrijger de werknemer, bedoeld in artikel 663, opneemt in de spaarregeling die reeds voor het tijdstip van overgang gold voor zijn werknemers.

Artikel 665

Met het oog op de toepassing van artikel 673 geldt de arbeidsovereenkomst als beëindigd of niet voortgezet op initiatief van de werkgever, indien de overgang van de onderneming een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft en om die reden:

- a. de arbeidsovereenkomst door of op verzoek van de werknemer is beëindigd; of
- b. de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na een einde van rechtswege op initiatief van de werknemer niet aansluitend is voortgezet.

Artikel 665a

Indien in een onderneming geen ondernemingsraad is ingesteld, noch een personeelsvertegenwoordiging is ingesteld krachtens artikel 35c, eerste lid, of artikel 35d, eerste lid, van de Wet op de onderneminggraden, stelt de werkgever de eigen werknemers die betrokken zijn bij de overgang van de onderneming tijdig in kennis van

- a. het voorgenomen besluit tot overgang;
- b. de voorgenomen datum van de overgang;
- c. de reden van de overgang;
- d. de juridische, economische, en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers, en
- e. de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.

Artikel 666

- 1. De artikelen 662 tot en met 665, en artikel 670, lid 8, zijn niet van toepassing op de overgang van een onderneming indien:
 - a. de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort;
 - b. de werkgever een entiteit is als bedoeld in artikel 3A:2 van de Wet op het financieel toezicht en ten aanzien van die werkgever het instrument van overgang van de onderneming, het instrument van de overbruggingsinstelling of het instrument van afsplitsing van activa, bedoeld in artikel 3A:28, 3A:37 onderscheidenlijk 3A:41 van de Wet op het financieel toezicht wordt toegepast; of
 - c. de werkgever een bank in de zin van artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht of een verzekeraar in de zin van dat artikel is, ten aanzien van de werkgever de noodregeling, bedoeld in afdeling 3.5.5 van die wet is uitgesproken, de rechtbank een machtiging als bedoeld in artikel 3:163, eerste lid, aanhef en onderdeel b heeft verleend, of indien de rechtbank een machtiging als bedoeld in artikel 3:163m, eerste lid, aanhef en onderdeel c, van die wet heeft verleend en de bewindvoerders overgaan tot liquidatie.
- 2. Deze afdeling is niet van toepassing op zeeschepen.

Artikel 615

De bepalingen van deze titel zijn niet van toepassing ten aanzien van personen in dienst van staat, provincie, gemeente, waterschap of enig ander publiekrechtelijk lichaam, tenzij zij, hetzij vóór of bij de aanvang van de dienstbetrekking door of namens partijen, hetzij bij wet of verordening, van toepassing zijn verklaard.

Bijlage 2: ‘Spijkers-factoren’

Om de vraag te beantwoorden of er sprake is van overgang van onderneming, zijn er door het Europese Hof van Justitie in 1986 nadere criteria gesteld³⁰, die in veel latere uitspraken zijn nagevolgd. In ieder geval moet er sprake zijn van identiteitsbehoud van de onderneming. Volgens het Hof is daarvan alleen sprake als een lopend bedrijf is overgegaan. Daarbij wordt rekening gehouden met de volgende factoren:

1. de aard van de activiteiten;
2. of er materiële activa zijn overgedragen;
3. wat de waarde is van de materiële activa;
4. of vrijwel al het personeel is overgenomen door de verkrijger;
5. of de klantenkring is overgedragen;
6. in welke mate de ondernemingsactiviteiten voor en na de overgang overeenkomen;
7. of die activiteiten zijn onderbroken en zo ja, hoe lang die onderbreking heeft geduurd.

De waardering van de factoren alsmede de onderlinge weging staan echter niet vast en zijn in zekere zin subjectief. Jurisprudentie over de toepassing van deze factoren is daarom niet altijd eenduidig maar afhankelijk van de specifieke omstandigheden. Het wegen van de factoren is niet zozeer een juridische exercitie als wel het vaststellen van feiten. Of sprake is van identiteitsbehoud moet ex ante worden bepaald. Dit geeft de vervreemder en de verkrijger enigszins de ruimte om de overgang zodanig te organiseren dat er wel of niet sprake is van overgang van onderneming.

Bij het toetsen van de zeven Spijkers-factoren is verder van belang of sprake is van kapitaal- of arbeidsintensieve werkzaamheden.

Arbeidsintensieve activiteiten

Bij arbeidsintensieve activiteiten vallen bij contractwijziging een aantal van de Spijkers-criteria weg. Het gaat dan vooral om het ontbreken van overdracht van materiële activa. In het algemeen geldt dat er bij arbeidsintensieve werkzaamheden sprake is van overgang van onderneming, indien³¹:

- de nieuwe ondernemer de betreffende activiteit voortzet, èn
- de nieuwe onderneming een wezenlijk deel - qua aantal en deskundigheid - van het personeel overneemt, èn
- de betreffende werknemers speciaal voor dezelfde taak worden ingezet.

Er wordt ook gekeken naar de feitelijk omstandigheden of er daadwerkelijk sprake is van een economische eenheid. Zo hoeft dit niet het geval te zijn indien er sprake is van een (ingrijpende) wijziging van:

- de personeelssamenstelling,
- de leiding,
- de taakverdeling, of
- de bedrijfsvoering.

Deze vier factoren samen bepalen bij arbeidsintensieve sectoren of er sprake is van een economische eenheid.

³⁰ Hof van Justitie EG, 1986, Spijkers-arrest.

³¹ Hof van Justitie EG, 1999, zaken Vidal, Hoechst, Claro Sol (schoonmaak), Sanchez Hidalgo (thuiszorg) en Ziemann (beveiliging).

Bijlage 3: Jurisprudentie overgang van onderneming

Juist omdat de vraag of sprake is van ‘overgang van onderneming’ sterk afhankelijk is van specifieke omstandigheden is er veel jurisprudentie verschenen over de Europese richtlijn. Hieronder wordt in het kort relevante jurisprudentie met betrekking tot de kernbegrippen van de richtlijn geschetst. Ook wordt jurisprudentie beschreven voor verschillende sectoren of activiteiten als ‘arbeidsintensief’ of ‘kapitaalintensief’ moeten worden aangemerkt.

Overeenkomst

Bij aanbesteding doet zich allereerst de vraag voor of er sprake is van een overgang ten gevolge van een overeenkomst (7:662 lid 2 sub a). Het gaat daarbij in beginsel niet om een overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger. De vervreemder en verkrijger hebben immers een overeenkomst met de onderneming die de aanneming gunt. Uit jurisprudentie blijkt uit tal van uitspraken dat door het beëindigen van de ene overeenkomst en het gunnen van de opdracht aan de ander ook kan zijn voldaan aan het overeenkomstvereiste in de zin van de Wet overgang van ondernemingen. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de kantonrechter Utrecht³² en het Hof van Amsterdam³³. In beide uitspraken komt naar voren dat een overeenkomst tussen de vervreemder en verkrijger niet noodzakelijk is om te voldoen aan het ‘overeenkomstvereiste’. Het begrip overeenkomst wordt ruim uitgelegd.

Het Hof van Amsterdam verwoordt het als volgt:

Toshiba stelt dat er geen overeenkomst is die ten grondslag zou kunnen liggen aan een overgang van onderneming omdat tussen Ricoh en Toshiba niet een dergelijke overeenkomst tot stand is gekomen. Deze grief faalt. Bij de beantwoording van de vraag of aan het overeenkomstvereiste is voldaan dient een ruim standpunt te worden ingenomen. Niet noodzakelijk is een overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger, ook door een samenstel van overeenkomsten en feitelijke uitvoering (van die overeenkomsten) kan worden voldaan aan het overeenkomstvereiste van artikel 7:662 lid 2 aanhef en sub a BW. Hier wordt dat samenstel gevormd door de huurovereenkomst tussen Ricoh en ECN die contractueel beëindigd wordt, de aanbesteding van ECN en de inschrijvingen daarop door Ricoh en Toshiba, de uiteindelijke gunning aan Toshiba, gevolgd door de huurovereenkomst tussen Toshiba en ECN.

De kantonrechter Utrecht beschrijft het als volgt:

4.1. Partijen twisten over de vraag of de rechten en verplichtingen die voor eiseressen uit hun arbeidsovereenkomsten met B zijn voortgevloeid van rechtswege op Sodexo zijn overgegaan. Bij de beantwoording van die vraag komt het er op aan of de heraanbesteding van de exploitatie van het bezoekersrestaurant en de winkel in het Deventer Ziekenhuis moet worden geduid als een overgang, ten gevolge van een overeenkomst, van een economische eenheid die

³² Uitspraak van de Rechtbank Utrecht d.d. 22 oktober 2008 inzake overgang van onderneming bij gunning aan Sodexo (ECLI:NL:RBUTR:2008:BG1311). Werknemers, die tot voor kort werkzaam waren in het bezoekersrestaurant en de winkel die door hun werkgever in het Deventer Ziekenhuis werd geëxploiteerd, vorderen van Sodexo, die op de nieuwe locatie van het ziekenhuis de exploitatie van restaurant en winkel heeft overgenomen, tewerkstelling en loondoorbetaling. Kern van het geschil is de vraag of sprake is van een overgang, ten gevolge van een overeenkomst, van een economische eenheid die haar identiteit heeft behouden. Die vraag wordt in dit kort geding bevestigend beantwoord.

³³ Uitspraak van het Gerechtshof Amsterdam d.d. 29 oktober 2013 (ECLI:NL:GHAMS:2013:3720) inzake het uitbesteden van het beheer en onderhoud van kopieermachines. Het betreft een werknemer die in dienst was gekomen bij Ricoh nadat ECN de werkzaamheden aan deze had uitbesteed aan Ricoh. Vervolgens heeft ECN de uitbesteding aan Toshiba gegund.

haar identiteit heeft behouden, als bedoeld in artikel 7:662 lid 2 onder a. BW. Niet in geschil is dat de onderneming die B op de oude locatie van het ziekenhuis in stand heeft gehouden als een economische eenheid in de zin van het onder b. van dat artikellid moet worden aangemerkt.

4.2. Het verweer van Sodexo, dat aan de heraanbesteding geen overeenkomst tussen haar en B ten grondslag heeft gelegen en dat daarom niet aan (dit deel van) de wettelijke definitie van het begrip “overgang” is voldaan, wordt verworpen. Uit de omstandigheid dat de wet, zoals de daaraan ten grondslag liggende Europese richtlijn, beoogt te verzekeren dat de werknemers bij verandering van de ondernemer hun rechten zoveel mogelijk behouden, vloeit voort dat het vereiste, dat (in het geval geen sprake is van een fusie of splitsing) aan die verandering een overeenkomst ten grondslag ligt, ruim dient te worden uitgelegd. In het geval een huurder-ondernemer na beëindiging van zijn (huur)overeenkomst met de eigenaar de hoedanigheid van ondernemer verliest en een derde deze hoedanigheid ingevolge een overeenkomst met diezelfde eigenaar verkrijgt, is aan het overeenkomst-vereiste voldaan. Dat de transactie in twee fasen geschiedt, in die zin dat de onderneming eerst door de voormalig huurder wordt beëindigd en het gehuurde weer aan de eigenaar ter beschikking komt en deze het op zijn beurt aan een derde in gebruik geeft, staat er niet aan in de weg een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW aan te nemen. Nu de overgang in het kader van de overeenkomsten tussen B, het ziekenhuis en Sodexo heeft plaatsgevonden, is aan dit onderdeel van de wettelijke definitie voldaan.

4.3. Dat de overeenkomst die tussen B en het ziekenhuis heeft bestaan een ander karakter heeft dan die welke Sodexo aan het ziekenhuis bindt, leidt niet tot een ander oordeel. De wet vereist niet dat de aard van de overeenkomsten gelijk blijft, wil sprake zijn van een overgang van onderneming.

Economische eenheid en identiteit

De tweede vraag die voorligt is of er bij aanbesteding sprake is van een economische eenheid die haar identiteit behoudt. Het antwoord op deze vraag zal per geval verschillend zijn. Vooral de vraag of de ‘identiteit’ is behouden is sterk casuïstisch en afhankelijk van de omstandigheden van het specifieke geval. Daarbij gaat het voornamelijk om de vraag of er sprake is van kapitaalintensieve of arbeidsintensieve werkzaamheden. Wanneer materiële activa (panden, bussen, taxi’s) aanwezig zijn, dan geldt als voorwaarde voor de identiteit en dus de overgang dat een deel ervan wordt overgenomen³⁴. Wanneer van materiële activa geen sprake is en de activiteit dus vooral uit arbeid bestaat (schoonmaak of thuiszorg) dan wordt die voorwaarde niet gesteld. Het gaat dan vooral om het personeel omdat dat deel uitmaakt van de economische eenheid die zijn identiteit behoudt³⁵.

Daarnaast speelt een rol dat de uitkomst op het behoud van ‘identiteit’ beïnvloed kan worden. De omstandigheden kunnen namelijk zo worden gewijzigd dat er geen sprake is van een overgang van onderneming. Bijvoorbeeld bij arbeidsintensieve werkzaamheden waarbij niet een wezenlijk deel van het personeel wordt overgenomen. Rechters zijn kritisch ten aanzien van schijnconstructies met het doel het willen ontlopen van de dwingendrechtelijke regeling bij overgang van onderneming maar dit neemt niet weg dat de uitkomst van de vraag ‘is er sprake van overgang van onderneming?’ kan worden beïnvloed. De rechter acht het in elk geval niet zozeer van belang of de feitelijke werkomgeving en de aard van de activa precies in

³⁴ Zie uitspraak Gerechtshof Leeuwarden d.d. 16 juni 2012 (ECLI:NL:GHLEE:2012:BW8942) en uitspraak Rechtbank Amsterdam d.d. 5 december 2012 (ECLI:NL:RBAMS:2012:BY5995) inzake taxivervoer.

³⁵ Zie uitspraak Rechtbank Gelderland d.d. 23 juni 2013 (ECLI:NL:RBGEL:2013:4382) inzake thuiszorg.

de oude staat blijven voortbestaan of dat bijvoorbeeld van locatie of restaurantconcept wordt gewisseld³⁶.

Naast uitspraken over deze kernbegrippen is ook veel jurisprudentie verschenen over de vraag wat arbeidsintensieve en kapitaalintensieve activiteiten zijn. Ook dit vraagstuk is sterk casuïstisch.

Boren van mijnschachten

In de uitspraak G.C. Allen e.a./ Amalgamated Construction Co. LTD³⁷ heeft het Hof van Justitie bepaald dat het boren van mijnschachten niet kan worden aangemerkt als een activiteit waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn aangezien het een belangrijke inzet van materieel en middelen vereist. Voorts wordt gesteld dat het in de mijnsector gebruikelijk is dat de voornaamste activa die voor de uitvoering van de boorwerkzaamheden nodig zijn door de mijneigenaar zelf worden verstrekt.

Busvervoer

Het busvervoer wordt gekenmerkt als een kapitaalintensieve sector. Dit blijkt uit het arrest van het Europese Hof van Justitie van 17 april 2001³⁸. Een Fins streekvervoersbedrijf heeft, nadat zij de opdracht had verworven om zeven streekbuslijnen te exploiteren, een groot gedeelte van de buschauffeurs van de vorige opdrachtnemer in dienst genomen. De bussen werden niet overgenomen omdat het streekvervoersbedrijf eigen bussen inzette voor het exploiteren van de zeven lijnen. De arbeidsvoorwaarden van de overgenomen buschauffeurs waren in negatieve zin gewijzigd na indiensttreding bij de nieuwe opdrachtnemer. De chauffeurs stelden zich op het standpunt dat er sprake was van een overgang van onderneming en derhalve hun arbeidsvoorwaarden onverkort in stand zouden moeten blijven. Het Hof heeft echter geoordeeld dat in de sector openbaar vervoer per bus de nadruk ligt op de materiële activa. Voor het voortzetten van de activiteit zijn de materiële activa van doorslaggevend belang. Indien geen overgang van enig belang van dergelijke, voor de goede werking van de eenheid, onontbeerlijke activa van de vorige naar de huidige opdrachtnemer heeft plaatsgevonden, is geen sprake van een eenheid die haar identiteit heeft behouden.

Catering

De cateringsector wordt door het Europese Hof van Justitie gekenmerkt als een kapitaalintensieve sector. In het arrest van 19 december 2003³⁹ heeft het Hof bepaald dat catering niet kan worden gezien als een activiteit waar arbeidskrachten de voornaamste factor zijn. Dit omdat voor het verrichten van cateringactiviteiten veel uitrusting noodzakelijk is. In de zaak die speelde is door het cateringbedrijf (Sodexo) de ruimte waarin de cateringactiviteiten werden verricht, water, energie, kleine en grote keukenuitrusting (zoals vaatwasmachines etc.) overgenomen. Dit is van doorslaggevend belang waardoor er sprake was van een overgang van onderneming.

³⁶ Zie uitspraak Rechtbank Midden Nederland d.d.4 september 2013 (ECLI:NL:RBMNE:2013:3660) en vonnis Rechtbank Amsterdam d.d. 17 februari 2014 .

³⁷ HvJ EG 2 december 1999, LJN AB8222.

³⁸ JAR 2001/68.

³⁹ JAR 2003/298.

Informatie- en communicatietechnologie (ICT)

Het Europese Hof van Justitie heeft vooralsnog geen oordeel gegeven over de aard van de werkzaamheden in de ICT-sector. In de Nederlandse rechtspraak hebben drie hoven, namelijk het Gerechtshof Leeuwarden in 2006⁴⁰, het Gerechtshof 's-Gravenhage in 2008⁴¹ en het Gerechtshof Amsterdam⁴² een oordeel gegeven over de aard van de werkzaamheden in de ICT-sector. Alle drie de hoven hebben geoordeeld dat de werkzaamheden in de ICT-sector aangemerkt worden als arbeidsintensief.

Het Gerechtshof Leeuwarden stelt enkel dat zij de ICT-sector als arbeidsintensief aanmerkt. Deze stellingname wordt niet nader onderbouwd aan de hand van de aard van de concrete werkzaamheden. In de betreffende zaak werd geoordeeld dat sprake was van overgang van onderneming. Dit werd onder andere gebaseerd op het feit dat zes van de negen personeelsleden waren overgenomen, waaronder de directeur. Volgens het Hof betrof het een wezenlijk gedeelte van het personeel. Voorts wezen ook de overige omstandigheden op een overgang van onderneming.

Het Hof Amsterdam en 's-Gravenhage onderbouwen evenmin aan de hand van de aard van de concrete werkzaamheden hun stelling dat de ICT-sector als arbeidsintensief moet worden aangemerkt. In de zaak bij het Hof 's-Gravenhage werd overigens geen overgang van onderneming aangenomen omdat onder meer de overgenomen werkzaamheden op een andere organisatorische wijze werden ondergebracht bij de werknemers van de verkrijger. Van de elf werknemers zijn slechts vier werknemers in dienst getreden bij de verkrijger in een alternatieve functie. De overige werknemers zijn bij de vervreemder in dienst gebleven, dan wel is hun dienstverband voorafgaand aan de overgang beëindigd. Er was derhalve geen sprake van behoud van identiteit bij de overgang.

Duitsland heeft de Richtlijn inzake het behoud van rechten van werknemers bij overgang ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan geïmplementeerd in artikel 613a Bürgerliches Gesetzbuch. Op 21 juni 2012⁴³ heeft de Duitse rechter zich eveneens gebogen over de vraag of ICT-werkzaamheden als arbeidsintensief moeten worden aangemerkt. Het betrof een zaak waarin een ICT-afdeling werd overgenomen. De Duitse rechter heeft geoordeeld dat de werknemers de belangrijkste waarde van de ICT-afdeling vertegenwoordigden en dat de ICT-werkzaamheden arbeidsintensief waren. In tegenstelling tot de Nederlandse rechters heeft de Duitse rechter haar oordeel wel onderbouwd aan de hand van de aard van de concrete werkzaamheden.

De werkzaamheden bestonden uit ICT gerelateerde advies-, service- en onderhoudsdiensten voor externe klanten. Gezien de aard van de werkzaamheden was de rechter van oordeel dat aan de kennis en de vaardigheden van de werknemers een beslissende betekenis toekwam.

Dat de algemene opvatting blijkt te zijn dat de ICT-sector een arbeidsintensief karakter heeft, laat onverlet dat er in individuele gevallen sprake kan zijn van een gemengd karakter (arbeids- en kapitaalintensief). Indien sprake is van een gemengd karakter moet beoordeeld worden op welk karakter de nadruk ligt. Aldus de Rechtbank Utrecht in een zaak die speelde in 2013⁴⁴.

⁴⁰ JAR 2006/242.

⁴¹ JAR 2008/222.

⁴² JAR 2012/9.

⁴³ Bundesarbeitsgericht 21 juni 2010, nr. 8 AZR 181/11 r.o. 40.

⁴⁴ Kantonrechter te Utrecht 6 februari 2013, zaaknummer: 845062 UV EXPL 12-467 g.

Indien de focus ligt op de kennis van de werknemers, bijvoorbeeld als het gaat om adviserende en/of ondersteunende werkzaamheden zal eerder sprake zijn van een arbeidsintensief karakter. Maar als er bij de werkzaamheden gebruik wordt gemaakt van belangrijke softwarelicenties en intellectuele eigendomsrechten, een eigen netwerk etc. en deze van belang zijn voor het uitoefenen van de activiteit dan kan weer eerder sprake zijn van een kapitaalintensief karakter.

Schoonmaak en bewaking

Het Europese Hof van Justitie heeft in haar arrest van 10 december 1998⁴⁵ een opmerking gemaakt over de sector schoonmaak. Het arrest betrof overigens twee samengevoegde zaken in de sectoren thuiszorg en bewaking. Zonder inhoudelijk in te gaan op de aard van de werkzaamheden heeft het Hof aangegeven dat in sommige economische sectoren, zoals de schoonmaak- en bewakingssector, er veelal slechts een minimum aan activa aanwezig is en arbeidskrachten dus de voornaamste factor zijn. Een georganiseerd geheel van werknemers die speciaal en duurzaam met een gemeenschappelijke taak zijn belast, kan derhalve, wanneer er geen andere productiefactoren zijn, als economische eenheid worden aangemerkt.

Het Hof kenmerkt de schoonmaaksector als arbeidsintensieve sector. In latere rechtspraak is deze lijn ook voortgezet. Zo werden in de zaak Temco⁴⁶ prejudiciële vragen gesteld aan het Hof. In deze zaak bestonden de werkzaamheden uit het schoonmaken van een aantal industriële installaties van Volkswagen Brussel NV. Volkswagen had de opdracht verstrekt aan BMV welke via onderaanneming de opdracht aan haar dochtermaatschappij GMC heeft gegeven. Volkswagen heeft de overeenkomst met BMV vervolgens opgezegd en de opdracht gegund aan Temco. Temco heeft geen materiële of immateriële activa overgenomen van GMC. Wel was Temco verplicht om enkele werknemers over te nemen. Deze verplichting was opgenomen in de cao waar Temco aan gebonden was. Ook in deze zaak is geoordeeld dat bij een schoonmaakbedrijf een georganiseerd geheel van werknemers die speciaal en duurzaam met een gemeenschappelijke taak zijn belast, wanneer er geen andere productiefactoren zijn, aangemerkt kan worden als economische eenheid. Dat in deze zaak onder meer geen materiële of immateriële activa waren overgenomen, had dus niet tot gevolg dat de richtlijn niet van toepassing was, nu er een wezenlijk deel - qua aantal en deskundigheid - van het personeel was overgenomen.

In de zaak Clece⁴⁷ is door het Hof geoordeeld dat er geen sprake was van overgang van onderneming omdat er geen personeel was overgenomen. De verkrijger in deze kwestie heeft de activiteit die bestond uit het schoonmaken van gemeentescholen en -gebouwen overgenomen. Na de overgang heeft de verkrijger echter nieuw personeel aangetrokken voor de schoonmaakwerkzaamheden. Ook deze schoonmaakwerkzaamheden werden (onder verwijzing naar voornoemde uitspraken) als arbeidsintensief gekenmerkt. Wel is in deze zaak, zij het summier, de conclusie dat de werkzaamheden als arbeidsintensief zijn aan te merken toegelicht aan de hand van de aard van de werkzaamheden. Voor de betrokken diensten (het schoonmaken van gemeentescholen en -gebouwen) waren geen specifieke materiële elementen vereist. De activiteit in deze kwestie berustte op handarbeid. De arbeidskrachten waren dus de voornaamste factor bij deze werkzaamheden en hierdoor kon de identiteit van de economische eenheid alleen worden behouden als een wezenlijk deel van het personeel werd overgenomen.

⁴⁵ C-173/96 (Hidalgo) en C-247/96 (Ziemann).

⁴⁶ JAR 2002/47.

⁴⁷ JAR 2011/57.

Voor de schoonmaaksector geldt eveneens dat het algemeen oordeel dat de schoonmaaksector een arbeidsintensieve sector is, niet uitsluit dat in individuele gevallen sprake kan zijn van een gemengd karakter. De aard van de werkzaamheden kan met zich meebrengen dat niet het personeel maar de activa het belangrijkste element is. Een voorbeeld hiervan zijn gespecialiseerde schoonmaakbedrijven. Deze bedrijven maken soms gebruik van eigen schoonmaakmethodes, speciale machines of materialen. Hierdoor zijn er naast het personeel dus andere productiefactoren die van belang zijn.

Het Hof 's-Hertogenbosch⁴⁸ heeft zich bijvoorbeeld gebogen over een kwestie waarin er naast het personeel ook andere productiefactoren aanwezig waren. In deze zaak is inhoudelijk ingegaan op de aard van de werkzaamheden en komt duidelijk naar voren welke factoren doorslaggevend waren voor het vaststellen of de verrichtte schoonmaakwerkzaamheden kapitaal- of arbeidsintensief waren. Het betrof het reinigen en desinfecteren van machines in een fabriek waar vleeswaren en vleesconserven werden geproduceerd. De producent van de vleeswaren en vleesconserven had de schoonmaakwerkzaamheden uitbesteed aan CSU Multi Service. De producent heeft de overeenkomst met CSU Multi Service beëindigd en vervolgens de opdracht uitbesteed aan ISS. ISS was gebonden aan de cao Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf. Op grond van artikel 50 van de toen geldende cao diende ISS een gedeelte van de werknemers van CSU Multi Services over te nemen. Er waren geen materiële of immateriële activa overgenomen. Een werknemer die niet werd overgenomen stelde zich op het standpunt dat er sprake was van een overgang van onderneming. Door hem werd enkel gesteld dat er een wezenlijk gedeelte van het aantal werknemers die de schoonmaakwerkzaamheden verrichtte was overgenomen en dat de schoonmaaksector een arbeidsintensieve sector is. Hierdoor zou er volgens hem sprake zijn van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. Deze algemene stelling werd door het Hof echter onvoldoende geacht om een overgang van onderneming aan te nemen. ISS heeft zich namelijk op het standpunt gesteld dat bij de activiteit van het reinigen van machines binnen de voedingsmiddelenindustrie de arbeidskrachten niet de voornaamste factor zijn. Voor het uitvoeren van de activiteit is heel wat uitrusting noodzakelijk (hetzelfde argument dat in de cateringsector doorslaggevend is), zoals speciale chemicaliën met het daarbij behorende procedé. ISS werkte met een geheel ander aanbod van chemicaliën, volgde een ander procedé, had een eigen productenlijn ontwikkeld waar de interne opleiding, kwaliteitshandboeken en werkinstructies volledig op waren afgestemd en het aanwezige schuimapparatuur van ISS was volledig door haar gereviseerd zodat aan de eigen wensen kon worden voldaan. Er waren dus andere factoren dan het personeel van belang voor het exploiteren van de activiteit.

Uitzendarbeid

Uitzendarbeid wordt door het Europese Hof van Justitie aangemerkt als arbeidsintensieve sector. In het arrest van 13 september 2007⁴⁹ heeft het Hof uiteengezet, aan de hand van de aard van de concrete werkzaamheden en de specifieke kenmerken van uitzendbureaus, waarom sprake is van een arbeidsintensieve sector. Volgens het Hof is kenmerkend dat uitzendkrachten *‘ter beschikking worden gesteld aan inleners voor het verrichten van diverse taken, al naar gelang de behoefte en aanwijzingen van de inlener. Het verrichten van een dergelijke activiteit vereist met name know how, een op de organisatie van het uitlenen van werknemers toegesneden administratie en een bestand van uitzendkrachten die in de inlenende onderne-*

⁴⁸ JAR 2007/304.

⁴⁹ JAR 2007/252.

ming passen en voor de inleners de gewenste werkzaamheden kunnen verrichten. Andere bedrijfsmiddelen daarentegen zijn voor het verrichten van de economische activiteit niet essentieel. Er is dus pas sprake van een overgang van onderneming in de uitzendbranche als een deel van het kantoorpersoneel en een deel van de uitzendkrachten overgaat naar een ander uitzendbureau om daar werkzaamheden te gaan verrichten voor dezelfde klanten / inleners. De overgedragen bestanddelen moeten voldoende zijn om de uitzendactiviteit voort te zetten.

Bijlage 4: Advies aanbestedingen extern deskundige



PUBLIC PROCUREMENT RESEARCH CENTRE

Een samenwerkingsverband van de Universiteit Utrecht en de Universiteit Twente

ADVIES aan de Stichting van de arbeid over de bescherming van werknemers en arbeidsvoorwaarden in het kader van een aanbesteding

Inleidende opmerkingen

In het kader van de werkzaamheden van een werkgroep binnen de Stichting van de Arbeid zijn enkele vragen gerezen over de gevolgen voor werknemers en hun arbeidsvoorwaarden wegens contractwisseling na een publieke – of een private – aanbesteding.

Specifiek zijn de vragen gerezen naar aanleiding van de volgende passage uit het Stichtingsakkoord van 11 april 2013: *“Bij aanbesteding, uitbesteding, of (schijn)faillissement volgen de werknemers, die het betreffende werk doen, het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden. Bezien zal worden of, en zo ja hoe, de Wet overgang van ondernemingen moet worden aangepast.”*

De werkgroep vraagt zich af of bestaande regels voldoende zijn om de uitkomst die het Sociaal Akkoord voor ogen heeft in het publieke domein te realiseren. In het bijzonder heeft de werkgroep gevraagd om:

1. een kort overzicht te maken van de geldende aanbestedingsregelgeving. Met bijzondere aandacht voor de vraag in hoeverre sociale aspecten alsmede de waarborgen als bedoeld in bovenvermelde passage uit het Sociaal Akkoord een rol mogen spelen in de verschillende fasen van een aanbesteding.

Daarbij dient te worden onderscheiden tussen de volgende situaties:

- aanbestedingen die door (semi-)overheidsinstanties worden geplaatst (hierna: publieke aanbestedingen);
- aanbestedingen die door private aanbesteders worden geplaatst (hierna: private aanbestedingen);
- inbestedingen; of m.a.w. een situatie waarin een overheid kiest om een werk, levering, dienst zelf uit te voeren of in samenwerking met een andere overheidsinstantie via een constructie die met de term ‘inbesteding’ wordt aangeduid, in plaats van de opdracht aan een derde partij uit te besteden.

2. een overzicht van de bestaande jurisprudentie over de vraag of werknemers met behoud van arbeidsvoorwaarden het werk zouden moeten volgen na een contractwisseling wegens (publieke dan wel private) aanbesteding.

Om deze vragen te beantwoorden worden - voor de drie onderscheiden situaties - de geldende wet- en regelgeving en de betreffende Europese en nationale jurisprudentie in kaart gebracht.

De nadruk wordt bij de overheidsaanbestedingen gelegd (publieke aanbestedingen).

3. advies uitbrengen over de vraag in welke mogelijkheden de *Code verantwoord marktgedrag* van mei 2014 voorziet voor werknemers en hun arbeidsvoorwaarden na een aanbesteding en of deze het 'werk' volgen.
4. advies uitbrengen over de vraag of de huidige wet- en regelgeving aangepast kan en/of moet worden met het doel om eventuele belemmeringen aan het realiseren van de uitgangspunten van het Sociaal Akkoord weg te nemen.

Dit advies is als volgt opgebouwd.

I. Overzicht aanbestedingsregelgeving

1. Welk recht is van toepassing op de opdrachten die door een (*semi-*)overheidsinstantie bij een derde worden verstrekt?
 - 1.1 Primair Unierecht
 - 1.2 Secundair Unierecht
 - 1.3 In welke fase van de aanbesteding mogen sociale voorwaarden worden gesteld?
2. Welk recht is van toepassing op aanbestedingen die door *private aanbesteders* worden geplaatst?
3. Welk recht is van toepassing op *inbesteden*?

II. Verplichting tot overname werknemers en arbeidsvoorwaarden: wet-regelgeving en jurisprudentie

- 2.1 Overgang van onderneming
- 2.2 De rechter en de verplichting tot overname van werknemers bij aanbestedingen
- 2.3 Inbesteden
- 2.4 Cao of andere wettelijke verplichting
- 2.5 Beperking overgang rechten en verplichtingen cao
- 2.6 Mogelijkheden om in het kader van een (publieke) aanbestedingsprocedure eisen te stellen tot behoud van het werk en arbeidsvoorwaarden na contractwisseling

III. Code verantwoordelijk marktgedrag 2014 (hierna: CVM 2014)

IV. Aanpassing huidige wet- en regelgeving: enkele concluderende opmerkingen

Onder punt I wordt eerst de geldende aanbestedingsregelgeving behandeld (1). Ook de regels die van toepassing zijn op private aanbestedingen (2) en inbesteden komen aan de orde (3). Tegelijk wordt kort ingegaan op de verhouding tussen sociale en andere meer economische doelstellingen in het aanbestedingsrecht.

In punt II wordt besproken wanneer een verplichting bestaat voor de overname van werknemers en behoud van arbeidsvoorwaarden bij een contractwisseling door een aanbesteding, op grond van wet-, regelgeving en jurisprudentie.

Daarna wordt bezien of op basis van wet-, regelgeving en jurisprudentie er ook meer mogelijkheden zijn om de overname van werknemers en behoud van arbeidsvoorwaarden bij contractwisseling door aanbesteding te waarborgen (2.6).

Onder punt III wordt de *Code verantwoordelijk marktgedrag* van mei 2014 behandeld en bezien of voldoende waarborgen met betrekking tot de uitgangspunten van het Sociaal Akkoord daarin zijn opgenomen (dat werknemers na een aanbesteding het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden volgen).

Punt IV omvat een analyse van de overwegingen die een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of en zo ja op welke wijze de huidige wet- en regelgeving aangepast mag en / of moet worden. Daarbij is de doelstelling uit het Sociaal Akkoord dat werknemers het werk volgen met behoud van arbeidsvoorwaarden bij contractwisseling door aanbesteding het uitgangspunt. Er wordt ingegaan op problemen die dit kunnen bemoeilijken.

I. Overzicht aanbestedingsregelgeving

Onder ‘aanbestedingsrecht’ wordt dat gedeelte van het recht aangeduid dat de situatie(s) reguleert waarin een (semi-)overheidsinstantie een derde partij opdraagt een werk of een dienst uit te voeren, dan wel producten te leveren. Het gaat dus om de relatie tussen de overheid en een derde; of deze derde een commerciële partij is (dit zal doorgaans het geval zijn) of een andere overheidsinstantie is niet relevant om onder de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht te vallen.

Dit gedeelte van het aanbestedingsrecht wordt in dit advies verder als ‘publiek’ aanbestedingsrecht aangeduid om het van de situatie te onderscheiden waarin een ‘private’ aanbestedder een opdracht aan een derde uitbesteedt. Private aanbesteders vallen namelijk niet onder de werkingssfeer van de aanbestedingsregelgeving. Welke regels in deze laatste situaties gelden en of en zo ja in hoeverre regels uit het publiek aanbestedingsrecht naar analogie ook voor private aanbesteders kunnen gelden, wordt verder onder punt 2 van dit hoofdstuk behandeld.

Om de vraag te kunnen beantwoorden welk recht van toepassing op de opdrachten die door een (semi-)overheidsinstantie bij een derde worden verstrekt, is het allereerst nodig in kaart te brengen wie deze instanties zijn.

Wie is aanbestedende dienst?

Artikel 1 lid 9 van de richtlijn 2004/18/EG⁵⁰ verstaat onder een *aanbestedende dienst* (= publieke aanbestedder; opdrachtgever): de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen. Deze richtlijn 2004/18 is in Nederland geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012.⁵¹ Daarin is ook een definitie van het begrip aanbestedende dienst opgenomen in artikel 1.1 dat daaronder verstaat: de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.

Het begrip *publiekrechtelijk instelling* is in datzelfde artikel nader gedefinieerd. Daaronder dient te worden verstaan “een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften

⁵⁰ Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *PbEU* L134/114.

⁵¹ Wet van 1 november 2012 houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen, *Stb* 2012, p.542 (Aanbestedingswet 2012).

van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan:

- a. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd,
- b. het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of
- c. de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.”⁵²

Over het begrip publiekrechtelijke instelling is veel jurisprudentie van het Hof van Justitie EU. Het Hof toetst dit begrip ruim. Aan de hand van de kenmerken en de functie wordt bezien of sprake is van een dergelijke instelling. In het bijzonder worden in aanmerking genomen de samenstelling en de taak van de entiteit en de vraag of er een afhankelijkheidsrelatie met de overheid is.

Over de zin: ‘opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn’, bestaat ook veel jurisprudentie (zie bijv. HvJ EG 27 februari 2003, C- 373/00, *Jur.I* 01931, Truley). Dit vereiste moet volgens het Hof telkens per geval worden beoordeeld.⁵³

In antwoord op vragen van de nationale rechter heeft het Hof ook een aantal ‘aanwijzingen’ verstrekt, om te kunnen vaststellen wanneer er sprake is van ‘behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard’.⁵⁴ Wat doorslaggevend is, volgens het Hof in het *BFI*-arrest 1998, is dat het bij dit soort activiteiten om activiteiten gaat *waarin de Staat om redenen van algemeen belang zelf besluit te voorzien of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden*. (HvJ EG C-360/96, *Jur.* 1998, p. I-6821).

Wie is ondernemer?

Artikel 2 lid 10 van de nieuwe EU richtlijn 2014/24/EU codificeert de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU hierover en verduidelijkt dus de vraag wie als ondernemer (‘derde partij’) in de zin van het aanbestedingsrecht dient te worden verstaan:

‘elke natuurlijke of rechtspersoon of openbaar lichaam, of een combinatie van deze personen en/of lichamen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverband van ondernemingen, die de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten en of het verlenen van diensten op de markt aanbiedt’.

1. Welk recht is van toepassing op de opdrachten die door een (semi-)overheidsinstantie bij een derde worden verstrekt?

Bij het aanbestedingsrecht is sprake van zogenoemd *gestapeld recht*, ofwel recht afkomstig uit een reeks lagen van verschillende rechtsorden, zoals het internationaal recht (bijvoorbeeld

⁵² Gebaseerd op de criteria uit artikel 1 lid 9 van richtlijn 2004/18/EG.

⁵³ Zie bijvoorbeeld de zaken: HvJ EG 15 januari 1998, zaak C-44/96, *Jur.* 1998, p. I-73 (*Mannesmann Anlagenbau Austria AF e.a. en Strohal Rotationsdruck GmbH*), en HvJEG 10 november 1998, zaak: C-360/96, *Jur.* 1998, p. I-6821 (*Gemeenten Arnhem en Rheden tegen BFI*).

⁵⁴ Dit houdt niet vanzelfsprekend in dat deze aanwijzingen *a contrario* toegepast kunnen worden om vast te stellen wanneer er sprake is van een ‘behoefte van algemeen belang van industriële of commerciële aard’ (!) omdat het bij de eerste voorwaarde om drie categorieën behoeften gaat: twee hiervan hebben betrekking op het algemeen belang en een derde heeft betrekking op behoeften die niet van algemeen belang zijn.

de *Agreement on Government Procurement*),⁵⁵ het Europees recht (Verdragen en afgeleide algemene beginselen, richtlijnen, mededelingen, Groenboeken en vele andere soft-law instrumenten alsmede de jurisprudentie van de Europese rechter), en het nationale recht. In paragraaf 1.3 komen enkele van de soft-law documenten aan bod.

Het aanbestedingsrecht van Europese oorsprong bestaat uit het *primair* (Verdragen, afgeleide algemene beginselen, jurisprudentie van de Europese rechter) en *secundair* Unierecht (de richtlijnen 2004/18/EG (klassieke overheidsopdrachten),⁵⁶ 2004/17/EG (speciale sectoren),⁵⁷ 2009/81/EG (defensieopdrachten)⁵⁸ en richtlijn 2007/66/EG (rechtsbeschermingsrichtlijn)⁵⁹.

Ook het *tertiair* Unierecht (mededelingen, Groenboeken en vele andere soft-law instrumenten) is relevant, zij het juridisch niet bindend in *stricto sensu*. Dit betekent dat dit recht in rechte normaliter niet kan worden afgedwongen maar dat zijn bestudering van belang is om omdat deze soft-law regelingen veel informatie bevatten omtrent de interpretatie van het harde primair en secundair recht.

Daarnaast is dit recht van belang omdat het door de Europese Commissie ook gebruikt wordt om haar beleid bekend te maken.

Nationaal recht

De richtlijnen overheidsopdrachten zijn in Nederland geïmplementeerd met de Aanbestedingswet 2012 en de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied. Tegelijk met de Aanbestedingswet 2012 – op 1 april 2013 - trad de Gids Proportionaliteit in werking en is een Commissie van aanbestedingsexperts ingesteld. In het zelfde jaar zijn ook de Richtsnoeren voor Leveringen en Diensten, de klachtenregeling en het nieuwe ARW 2012 voor opdrachten in de bouwsector ingevoerd.

De Nederlandse aanbestedingsregelgeving op een rij:

- **Aanbestedingswet 2012** Wet van 1 november 2012 houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen, *Stb* 2012, p.542;
- **Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied** Wet van 1 november 2012 houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen, *Stb* 2012, p.542 en Wet van 28 januari 2013 inzake implementatie van richtlijn nr. 2009/81/EG, *Stb* 2013, p.44;
- **Gids Proportionaliteit** Ministerie van Economische Zaken, *Stcrt.* 3075, 15 februari 2013;
- **Commissie van aanbestedingsexperts** Besluit van de Minister van Economische Zaken van 4 maart 2013, nr. WJZ / 3008668, tot instelling van de Commissie van Aanbestedings-

⁵⁵ WTO- Agreement on Government Procurement, *PbEG* 3 september 1996, C256/1, gewijzigd bij Protocol van 30 maart 2012.

⁵⁶Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *PbEU* L134/114.

⁵⁷Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en post-diensten, *PbEU* L134/1.

⁵⁸ Richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG, *PbEU* L216/76.

⁵⁹ Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, *PbEU* L 335/31.

experts (Instellingsbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts), Bijlage bij *Kamerstuk II* 2012-2013, 32440 nr. 83;

- **Richtsnieren voor het plaatsen van opdrachten voor Leveringen en Diensten**, april 2013, bijlage 191324 bij *Kamerstukken II* 2012-2013, 32440, nr. 81;
- **Klachtenregeling aanbesteden** Uniforme Klachtenregeling bij Aanbesteden, maart 2013 op basis van het advies Klachtenafhandeling bij Aanbesteden, bijlage 191321 bij *Kamerstukken II* 2012-2013, 32440, nr. 81;
- **Aanbestedingsreglement Werken 2012**, Ministerie van Economische Zaken, *Stcrt.* 3075, 15 februari 2013.

Welke regels gelden voor opdrachten die niet onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen?

Binnen de categorie overheidsopdrachten is het van belang of de waarde van de opdracht de Europese drempelbedragen overstijgt. De aanbestedingsrichtlijnen zijn namelijk enkel van toepassing op opdrachten die boven de Europees vastgestelde drempelwaarden uitkomen (voor 2014-2015 opgenomen in Verordening 1336/2013).mWanneer dit niet het geval is, is slechts een beperkt deel van de aanbestedingsregels van toepassing.

De hoogte van de drempels wordt eens per twee jaar bijgesteld.⁶⁰ Tot en met 31 december 2015 gelden onderstaande drempelbedragen.

Soort overheidsopdracht	Drempelbedrag
Leveringen en diensten centrale overheid	€ 134.000
Leveringen en diensten decentrale overheid	€ 207.000
Werken (centrale en decentrale overheid)	€ 5.186.000

Wanneer de geraamde waarde van een overheidsopdracht lager is dan het drempelbedrag, hoeft de opdracht niet Europees aanbesteed te worden. De aanbestedende dienst heeft in die situatie de ruimte om te kiezen tussen een enkelvoudig of meervoudig onderhandse aanbesteding of een nationaal openbare aanbesteding.

De Gids Proportionaliteit (paragraaf 3.4.2) vermeldt voor elk van de procedures bij welke opdrachtwaarden het toepassen van een bepaalde procedure proportioneel is. Zo beschouwt de Gids bijvoorbeeld de inrichting van een zuiver nationale opdracht op basis van een openbare procedure (de procedure op basis waarvan een ieder mag inschrijven) over het algemeen als niet proportioneel wanneer de geraamde waarde lager is dan EUR 30.000,- (de kosten van het organiseren van een openbare procedure wegen niet op tegen de voordelen). Met een goede motivering mag men van de Gids Proportionaliteit afwijken. Evenzo blijft het toegestaan om Europees aan te besteden, ook wanneer de geraamde waarde het drempelbedrag niet overschrijdt.

Grensoverschrijdend belang

Voor overheidsopdrachten onder de Europese drempels is het van belang of er sprake is van een ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’ van de overheidsopdracht of concessie voor werken. Een dergelijk belang houdt in dat de opdracht (potentieel) interessant is voor buitenlandse ondernemingen. Als dat het geval is, moeten die ondernemingen een kans krijgen om deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure. Het primair Unierecht is onverkort op deze aanbe-

⁶⁰ Voor 2014-2015 geldt verordening 1336/2013 van 13 december 2013, *PbEU* L 335/18.

stedingen van toepassing. Bovendien zijn dan de basisbeginselen van het Europees recht van toepassing, waaronder de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht zoals de beginselen van transparantie en gelijke behandeling.

Er zijn geen regels waarmee bepaald kan worden of er sprake is van een grensoverschrijdend belang. Het is aan een aanbestedende dienst om te beoordelen of de opdracht die hij wil aanbesteden dit belang heeft. Hij is voor het nemen van deze beslissing verantwoordelijk en een foutieve beslissing kan door een potentiële inschrijver bij de rechter worden aangevochten.

Op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU is een duidelijk grensoverschrijdend belang snel aangenomen. Onder andere in het SECAP-arrest (HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06, ro. 24) bepaalde het Hof dat een opdracht die onder de drempel valt, een grensoverschrijdend belang kan vertonen:

- (a) wegens de geraamde waarde ervan (wanneer die relatief hoog is), samen met
- (b) de technische aard ervan (wanneer die specialistisch is), of
- (c) indien de locatie van de uit te voeren opdracht op een plek ligt die voor buitenlandse marktdeelnemers interessant kan zijn (in een grensgebied).

Een duidelijk grensoverschrijdend belang moet door *de aanbesteder* worden vastgesteld op basis van een evaluatie van de concrete omstandigheden van het geval. Naast de genoemde (3) elementen kunnen ook het onderwerp van de opdracht en de kenmerken van de sector in kwestie (omvang en structuur van de markt, handelspraktijken) als hulpmiddel dienen om dit belang vast te stellen. Het doet er echter niet toe of ook daadwerkelijk interesse voor de opdracht is geuit door buitenlandse ondernemers.

Voorbeeld grensoverschrijdend belang

De Commissie van Aanbestedingsexperts (advies nr. 31 dd. 15 oktober 2013) heeft bij een overheidsopdracht voor de uitvoering van een brandweertraining het advies uitgebracht dat sprake is van een grensoverschrijdend belang. Klager was een niet voor de aanbestedingsprocedure uitgenodigde Duitse onderneming. De commissie komt tot deze conclusie door te overwegen:

- (i) dat de opdracht een geschatte waarde van een aanzienlijk bedrag betreft, en
- (ii) dat de afstand tot de trainingslocatie van in grensgebieden gevestigde buitenlandse ondernemers in dit geval binnen het bereik van de opdracht kunnen vallen (hier was een afstand van 200 km vanaf locatie van opdrachtgever proportioneel).

Een zeer geringe economisch betekenis van een opdracht zou bijvoorbeeld een grensoverschrijdend belang kunnen uitsluiten. Er dient echter rekening mee te worden gehouden dat in sommige gevallen de grenzen door agglomeraties op het grondgebied van verschillende lidstaten heen lopen en dat in dergelijke omstandigheden zelfs opdrachten van geringe waarde een duidelijk grensoverschrijdend belang kunnen vertonen (gevoegde zaken SECAP, ro. 31).

Zuiver nationale situatie

Voor overheidsopdrachten die een zuiver interne situatie betreffen (nationale aanbestedingen), gelden op grond van de Aanbestedingswet 2012 minder strenge eisen, afhankelijk van de opdracht en de gekozen procedure.

In zuiver nationale situaties zijn dan ook meer mogelijkheden met betrekking tot het integreren van sociale aspecten bij aanbestedingen, nu zij buiten de werkingssfeer van de interne markt vallen. Maar het is de vraag of er meer mogelijkheden zijn voor het bereiken van de doelstelling van het Sociaal Akkoord (de overname van werknemers met behoud van arbeidsvoorwaarden). Hieraan wordt onder punt 2.6 kort aandacht besteed.

1.1. Primair Unierecht

Vrij verkeer en mogelijke beperkingen

De secundaire regelgeving overheidsopdrachten (de richtlijnen) is een uitvloeisel van primair Unierecht, in het bijzonder de bepalingen van het vrij verkeer, waarvan in het bijzonder het recht van vestiging en het vrij verkeer van goederen en diensten (artikel 28 e.v., 49 e.v. en 56 e.v. VWEU).

Op grond daarvan moeten alle (potentiële) belemmeringen voor de voltooiing van de interne markt worden weggenomen. Belemmeringen zijn daarbij alleen gerechtvaardigd in uitzonderingsgevallen.

Voor een juist begrip van de verhouding van de aanbestedingsrichtlijnen met de integratie van sociale aspecten is het ook van belang (kort) aan de uitgangspunten van de vrije markt te meemeren.

De voltooiing van de interne markt zoals nagestreefd wordt door de bepalingen inzake het vrij verkeer in het (thans) EU-werkingsverdrag (VWEU), vereisen de afschaffing van iedere discriminatie van de in een andere lidstaat gevestigde dienstverlener op grond van diens nationaliteit en de opheffing van iedere beperking – ook indien deze zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverleners en dienstverleners uit andere lidstaten – die de werkzaamheden van de dienstverlener die in een andere lidstaat gevestigd is en daar gelijksoortige diensten verricht, verhindert, belemmert of minder aantrekkelijk maakt. Dit is vaste rechtspraak van het Hof en samengevat in het arrest *Arblade* uit 1999 (HvJ EG 23 november 1999, gevoegde zaken C-369/96 en C-376/96, *Jur.* 1999 (*Arblade*)).⁶¹

Een beperking kan alleen dan worden gerechtvaardigd indien daarvoor een dwingende reden van algemeen belang bestaat. De bescherming van werknemers is door het Hof van Justitie EU als een dergelijke ‘dwingende reden van algemeen belang’ erkend.⁶² Toch kan hieraan niet de conclusie worden verbonden dat elke beperking van het vrij verkeer om werknemers te beschermen gerechtvaardigd is.

Zo is bijvoorbeeld een uitsluiting van deelneming aan een overheidsopdracht van een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die niet aangesloten is bij de nationale CAO die van toepassing is in de bedrijfstak in het land van de aanbestedende dienst in strijd met de richtlijnen overheidsopdrachten en vormt het een inbreuk op het vrij verrichten van diensten en/of het recht van vestiging.⁶³

⁶¹ Meer hierover in de Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren, 28 november 2001, *PbEU* C 333/27.

⁶² Verwezen wordt naar: HvJ EG 3 februari 1982, gevoegde zaken 62/81 en 63/81, *Jur.* 1982, p. 223 (*Seco en Desquenne & Giral*), ro.14; HvJ EG 27 maart 1990, zaak C-113/89, *Jur.* 1990, p. I-1417 (*Rush Portuguesa*), ro.18. Zie voor twee andere meer recente voorbeelden van (ditmaal ongerechtvaardigde) beperkingen ten gevolge van de bescherming van werknemers: HvJ EU 18 september 2014, zaak C-549/13, n.n.g. (*Bundesdruckerei GmbH/Stadt Dortmund*) en HvJ EG 3 april 2008, zaak C-346/06, *JAR* 2008/115 (*Ruffert*).

⁶³ In de interpretatieve mededeling 2001 wordt verwezen naar de conclusie van de A-G in de zaak HvJ EG 5 april 2001, zaak C-493/99 (*commissie t. Duitsland*).

Ook uit andere arresten blijkt dat bepaalde maatregelen ter bescherming van werknemers verder gaan dan noodzakelijk is voor het te bereiken doel en daarom een ongerechtvaardigde beperking van het vrij verkeer vormen.⁶⁴

Enkele vormen van beperking aan het vrije verkeer veroorzaakt door maatregelen ter bescherming van werknemers zijn ‘geoorloofd’ omdat de EU ze via een tweetal richtlijnen heeft gereguleerd (waarover in 1.2 meer).

Tegelijk groeit in Europa de aandacht voor solidariteit en dus voor sociale aspecten in het kader van marktwerking, zoals in aanbestedingen.

Europa heeft met het op 1 december 2009 in werking getreden Verdrag van Lissabon willen verduidelijken dat de EU oog heeft voor solidariteit binnen de werking van de markt. Zo is het leidende beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging uit het oude EG-Verdrag ([oud] artikel 4 EG), in het Verdrag van Lissabon aangescherpt door de toevoeging ‘sociale’ aan het begrip markteconomie in artikel 3 lid 3 VEU. Volgens dezelfde bepaling is de *sociale markteconomie* gericht op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang .

Het begrip marktwerking lijkt binnen de Europese economie door de toevoeging van het woord ‘sociaal’ aan neutraliteit te hebben ingeboet. Het lijkt geen twijfel dat de nieuwe Europese Unie na Lissabon met deze wijzigingen voor een meer beperkte vorm van marktwerking heeft willen kiezen.

Ook het opnemen van de fundamentele rechten in het Handvest van de grondrechten van de EU in 2009, is een belangrijke ontwikkeling in het streven binnen Europa naar een grotere rol voor solidariteit en dus ook sociale aspecten in het kader van de interne markt. In dit Handvest van de grondrechten zijn ook bepalingen ter bescherming van werknemers opgenomen. Zie bijvoorbeeld de bepalingen vanaf artikel 27 van het Handvest van de Grondrechten van de EU.

Deze ontwikkelingen zijn van invloed op het aanbestedingsrecht. Dit is duidelijk te zien in de recent – begin 2014 – aangenomen nieuwe richtlijnen voor overheidsopdrachten en concessies, welke medio april 2016 in de lidstaten moeten zijn geïmplementeerd.⁶⁵ Er blijft daarbij een zekere spanning bestaan tussen de doelstellingen van het economische en die van het sociale beleid. Enerzijds dient bij aanbestedingen de concurrentie geoptimaliseerd te worden; anderzijds dienen de mogelijkheden om sociaal en duurzaam aan te besteden helder te worden gemaakt. Dit laatste is geen eenvoudige aangelegenheid zoals onlangs ook door de Europese Rekenkamer in haar overzicht over 2014 opgemerkt: “In opeenvolgende beoordelingen in opdracht van de Commissie is opgeroepen tot een vereenvoudiging van de Europese regels inzake overheidsopdrachten. De nieuwe richtlijnen (...) *verplichten* de aanbestedende diensten echter om in hun aankoopbeleid rekening te houden met sociale en milieukwesties. De nieuwe wetgeving maakt de procedures voor aanbestedende diensten dan wel eenvoudiger, maar kan het moeilijker maken om vast te stellen of de beginselen van gelijke behandeling en

⁶⁴ HvJ EU 18 september 2014, zaak C-549/13, n.n.g. (*Bundesdruckerei GmbH/Stadt Dortmund*) en HvJ EG 3 april 2008, zaak C-346/06, *JAR* 2008/115 (*Ruffert*).

⁶⁵ Het betreft de richtlijnen 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *PbEU* L 94/65; Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, *PbEU* L94/1. Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG, *PbEU* L94/243.

transparantie zijn toegepast. Ze introduceren ook een zeker element van subjectiviteit en extra complexiteit, aangezien de toepassing van de regels voor sociale en milieukwesties op interpretatie zal berusten.” (*De middelen van de EU optimaal benutten: een overzicht (“landscape review”) van de risico’s voor het financieel beheer van de EU-begroting*).⁶⁶

Relevant zijn de bewoordingen van de Rekenkamer dat ‘aanbesteders volgens de nieuwe richtlijnen de *verplichting* hebben om met sociale kwesties rekening te houden’.

Artikel 3 lid VEU verlangt wel dat de (economische en sociale) doelstellingen goed met elkaar worden verenigd: “De Unie brengt een interne markt tot stand. Zij zet zich in voor de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van een evenwichtige economische groei en van prijsstabiliteit, een *sociale* markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang (...)”.

Het blijft de vraag *hoe in concreto* vorm kan worden gegeven aan de wijze waarop deze twee doelstellingen naast elkaar nagestreefd kunnen worden zonder in spanning met elkaar te komen.

1.2. Secundair Unierecht

Doel secundaire aanbestedingsregelgeving

De richtlijn overheidsopdrachten 2004/18 bevat regels over de wijze waarop een aanbestedingsprocedure tot en met de gunning van de opdracht moet worden ingericht. De verstrekking van een opdracht dient plaats te vinden met inachtneming van de bepalingen inzake het vrij verkeer (i), de algemene beginselen van non-discriminatie naar nationaliteit, transparantie, gelijke behandeling en proportionaliteit (ii) en op basis van het uitgangspunt van objectiviteit (iii).

In het kader van een goed beheer van overheidsuitgaven is het daarnaast van belang dat producten en diensten voor een optimale prijs en kwaliteit worden verkregen.

Het aanbestedingsrecht is er op gericht de publieke en private belangen met elkaar in evenwicht te brengen door een continue streven naar het creëren van een level playing field voor het bedrijfsleven enerzijds en de bewaking van belangen van de overheid anderzijds.

De invoering van de liberaliseringrichtlijnen - gericht op de voltooiing van de interne markt voor overheidsopdrachten - in de jaren zeventig, werd noodzakelijk gevonden omdat overheden de neiging hadden om overheidsopdrachten aan eigen ‘nationale’ ondernemingen te gunnen en zodoende de ‘eigen’ openbare middelen in eigen land te blijven herbesteden met het doel de werkgelegenheid te behouden en/of hoog technologische industrieën of andere als essentieel beschouwde bedrijfstakken te beschermen.

Hierdoor werden de belangrijke economische en maatschappelijke voordelen niet bereikt die goede marktwerking en professioneel aanbesteden tot gevolg hebben, zoals de bestrijding van corruptie en kartelvorming, lagere prijzen, hogere kwaliteit, vergroting van de werkgelegenheid, van innovatie en van duurzaamheid en afname van de juridisering.

De aanbestedingsrichtlijnen werden door Europa ingevoerd om overheidsdistorsies tegen te gaan: overheden vertoonden structureel discriminerend en protectionistisch gedrag via het stellen van secundaire (sociale) beleidsdoelstellingen met het gevolg dat de voltooiing van de interne markt belemmerd werd en gunstige effecten achter bleven.

⁶⁶ Zie punt 17 van de vanaf pag. 98 e.v. opgesomde punten.

Secundaire regelgeving ter bescherming van werknemers

Al sinds de jaren zeventig heeft Europa harmoniserende maatregelen aangenomen met het oog op de bescherming van werknemers, die een beperking van het vrije verkeer kunnen rechtvaardigen. Twee richtlijnen zijn van belang:

- richtlijn 96/71/EG inzake terbeschikkingstelling van werknemers⁶⁷; deze richtlijn is voor de beantwoording van de vraag van de werkgroep niet relevant en wordt daarom verder buiten beschouwing gelaten; en
- richtlijn 2001/23/EG inzake het behoud van de werknemers bij overgang van ondernemingen.⁶⁸

De overname door een onderneming van bepaalde activiteiten die tot dat moment door een andere onderneming werden uitgevoerd als gevolg van de gunning van een overheidsopdracht, kan namelijk onder het toepassingsgebied van de richtlijn inzake overgang van ondernemingen vallen.⁶⁹

Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij de gunning van opdrachten voor openbare dienstverlening, in het kader van het privatiseringsproces in een sector waarbij een entiteit bij de verlening van een administratieve concessie in andere handen overgaat of in het geval van een aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht, bijvoorbeeld voor dienstverlening.⁷⁰

Op grond van artikel 1 lid 1 sub b van richtlijn 2001/23/EG houdt een overgang van onderneming in: “de overgang met het oog op de voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan.”

Een ‘overgang van onderneming’ betekent kortgezegd dat bij een contractwisseling de identiteit van een onderneming behouden blijft. Het gevolg van een dergelijke ‘overgang’ is dat werknemers – van rechtswege - met behoud van arbeidsvoorwaarden van de vorige naar de nieuwe onderneming zullen overgaan. Hieronder (onder hoofdstuk II) wordt nader ingegaan op de verplichting tot overname van werknemers inclusief hun arbeidsvoorwaarden zoals door laatstgenoemde richtlijn voorzien.

De Europese Commissie, de Advocaat-Generaal Léger en het Hof van Justitie EU hebben in de zaak *Oy Liikenne* (HvJ EG 25 januari 2001, zaak C-172/99) het standpunt verdedigd dat de richtlijnoverheidsopdrachten en de richtlijn inzake de overgang van ondernemingen gelet

⁶⁷ Richtlijn 96/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten, *PbEU* L 18/1. Deze richtlijn is gericht op het bieden van minimale beschermingsmaatregelen voor werknemers die in de ontvangende lidstaat moeten worden nageleefd door de werkgevers die werknemers in het kader van een dienstverrichting ter beschikking stellen in die andere lidstaat.

⁶⁸ Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *PbEU* L82/16.

⁶⁹ Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren, 28 november 2001, *PbEU* C 333/27, p. 36.

⁷⁰ Een voorbeeld van een overheidsopdracht van dienstverlening is te vinden in: HvJ EG 25 januari 2001, zaak C-172/99, *Jur.* 2001, p. I-761 (*Oy Liikenne*).

op hun doelstellingen, niet in spanning met elkaar zijn; nog sterker, hun doel is goed met elkaar te verenigen.⁷¹

In deze zaak werd de vraag gesteld of sprake was van een ‘overgang van onderneming’ bij een contractwisseling door een (her)aanbesteding van de exploitatie van zeven lokale buslijnen. Een overgang van onderneming zou ertoe leiden dat alle werknemers van de vorige exploitant overgenomen moesten worden (hierna komt het arrest uitgebreider aan de orde).

Over de verhouding van de aanbestedingsrichtlijn en de richtlijn ‘overgang van ondernemingen’ overweegt de Advocaat-Generaal o.a.:⁷²

- Het doel van de aanbestedingsrichtlijn⁷³ is niet de overgang van economische entiteiten ten koste van de rechten van de werknemers mogelijk te maken, maar om gelijke mededingingsvoorwaarden te creëren voor de dienstverleners die aan een aanbestedingsprocedure wensen deel te nemen;
- Voor alle inschrijvers gelden dezelfde voorwaarden om de werknemers bij een ‘overgang van onderneming’ over te nemen met behoud van arbeidsvoorwaarden. Daarom is er geen sprake van ongelijke mededingingsvoorwaarden en worden de inschrijvers allen gelijk behandeld.
- De aanbestedingsrichtlijnen dwingen in geen enkel opzicht tot het niet in acht nemen van de rechten van de werknemers.
- De richtlijnen ter bescherming van werknemers en de aanbestedingsrichtlijn kunnen naast elkaar bestaan. Het tot stand brengen van gelijke mededingingsvoorwaarden en de bescherming van de rechten van werknemers blijven gewaarborgd.

Wel is het van groot belang dat alle inschrijvers in een aanbestedingsprocedure op de hoogte worden gebracht van alle voorwaarden die aan de uitvoering van de opdracht worden gesteld opdat potentiële inschrijvers daarmee rekening kunnen houden bij het doen van een inschrijving.

Specifiek met betrekking tot overgang van onderneming, moet een inschrijver - om te kunnen bepalen of hij wel of niet zal inschrijven en dus voor inschrijving - kunnen beoordelen of hij de intentie heeft een belangrijk deel van de activa van de vorige opdrachtnemer te kopen en diens personeel geheel of ten dele over te nemen, dan wel of hij verplicht zal zijn dat te doen.

Hij moet bovendien in staat kunnen zijn te beoordelen of eventueel sprake zal zijn van een overgang van onderneming in de zin van richtlijn 2001/23/EG.⁷⁴ Op deze wijze blijven in geval van een ‘overgang van onderneming’ in de zin van de richtlijn, het transparantie-, gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel in voldoende mate gewaarborgd.

In de slotbepalingen van richtlijn 2001/23 is lidstaten verder uitdrukkelijk de bevoegdheid toegekend om wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren die gunstiger zijn voor de werknemers of om de toepassing van collectieve overeenkomsten of

⁷¹ Conclusie van de Advocaat-Generaal P. Léger van 20 oktober 2000 bij *Oy Liikenne*, in punt 28-37 en in de Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren, 28 november 2001, *PbEU C* 333/27, p. 36. In het arrest *Oy Liikenne* zelf is dit kort weergegeven in ro. 22.

⁷² Conclusie van Adv-Gen. Léger in zaak C-172/99 (*Oy Liikenne*), punt 33-37.

⁷³ Hier nog Richtlijn van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, *PB L* 209/1.

⁷⁴ *Oy Liikenne*, ro. 23. Zie ook: Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie 2001, p.36.

tussen de sociale partners gesloten akkoorden te bevorderen of mogelijk te maken die gunstiger zijn voor de werknemers.

Sociale overwegingen integreren: de aanbestedingsrichtlijnen

De mogelijkheden die richtlijn 2004/18 biedt om sociale aspecten te integreren in een aanbestedingsprocedure zijn divers.

Voor de vraag of de overname van werknemers met behoud van arbeidsvoorwaarden bij een contractwisseling bij aanbesteding kan worden gewaarborgd, zijn een aantal elementen uit de richtlijn relevant. In het hierna volgende wordt bezien welke mogelijkheden bestaan om bij aanbestedingen rekening te houden met werknemersbelangen (in de zin van dit advies). Aan het slot worden de mogelijkheden in de nieuwe richtlijnen in kaart gebracht die medio april 2016 in Nederland moeten worden geïmplementeerd.

In overweging 1 van de considerans van richtlijn 2004/18/EG lezen we dat de richtlijn “gebaseerd is op jurisprudentie van het Hof van Justitie, met name jurisprudentie betreffende de gunningscriteria, die duidelijk maakt welke mogelijkheden de aanbestedende diensten hebben om aan de behoeften van het betreffende publiek te voldoen, o.a. op ecologisch en *sociaal gebied, op voorwaarde dat dergelijke criteria verband houden met het voorwerp van de opdracht, de aanbestedende dienst geen onbeperkte keuzevrijheid bieden, uitdrukkelijk zijn vermeld en in overeenstemming zijn met de in overweging 2 genoemde grondbeginselen*” (eigen cursivering).

Onder de grondbeginselen vallen het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals dat van gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie.

Gunningscriteria kunnen daarom onder strikte voorwaarden verband houden met sociale overwegingen.

De aanbestedende diensten kunnen daarnaast op grond van artikel 26 van richtlijn 2004/18 bijzondere voorwaarden bepalen waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, mits deze verenigbaar zijn met het recht van de Europese Unie en in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden vermeld. De voorwaarden waaronder de opdracht wordt uitgevoerd, kunnen verband houden met sociale of milieuoverwegingen, zo stelt de bepaling.⁷⁵ Wanneer de uitvoeringsvoorwaarde geoorloofd is (omdat aan deze uitgangspunten voldoet) en een inschrijver die uitvoeringsvoorwaarde niet aanvaardt, dan handelt hij niet in overeenstemming met het bestek en kan om die reden worden afgewezen.⁷⁶

Artikel 26 vormt een codificatie van het arrest *Beentjes* (HvJ EG 20 september 1988, zaak C-31/87). Hier was bij een aanbesteding de voorwaarde opgenomen met betrekking tot de inzet van langdurig werklozen. Dit kon als een ‘aanvullende bijzondere voorwaarde’ worden opgenomen in de aanbestedingsprocedure. Wel moest dit in de aankondiging worden vermeld.⁷⁷

In overweging 33 van de considerans bij richtlijn 2004/18/EG wordt expliciet gesteld: “Zij [de uitvoeringsvoorwaarden] *kunnen met name ten doel hebben de beroepsopleiding op de werk-*

⁷⁵ In Nederland is deze bepaling opgenomen in artikel 2.80 van de Aanbestedingswet 2012.

⁷⁶ HvJ EG 22 juni 1992, zaak C-243/89, Jur. 1993, p.I-3353 (*Commissie v. Denemarken, Storebaelt*). Dit moet gedaan worden om het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers te waarborgen.

⁷⁷ *Beentjes*, ro. 36.

plek of de arbeidsparticipatie van moeilijk in het arbeidsproces te integreren personen te bevorderen, de werkloosheid te bestrijden of het milieu te beschermen”.

Toekomstig recht

Het hoofddoel van de Europese regelgeving overheidsopdrachten is in de nieuwe richtlijnen uit 2014 verschoven van een economisch oriëntatie naar een bredere doelstelling met nadruk op duurzaamheid, innovatie en solidariteit. Overheidsopdrachten spelen daarbij een belangrijke rol in de Europa 2020-strategie, een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei. De nieuwe richtlijnen laten zien dat steeds meer mogelijkheden worden gecreëerd voor het meenemen van sociale aspecten bij aanbestedingen.

Zo is in artikel 70 van de nieuwe richtlijn 2014/24 opgenomen dat de voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht verband kunnen houden met o.a. sociale- of arbeidsgerelateerde overwegingen.

Overweging 98 van de considerans van deze richtlijn legt uit welke de juridische grenzen hierbij zijn:

“Het is van essentieel belang dat gunningscriteria of contractvoorwaarden betreffende sociale aspecten van het productieproces betrekking hebben op de werken, leveringen of diensten die met de opdracht worden beoogd. Voorts (...) mogen zij niet worden gekozen of toegepast op een wijze die direct of indirect discriminerend is ten aanzien van ondernemers uit andere lidstaten of uit derde landen die partij zijn bij de GPA-overeenkomst of bij vrijhandelsakkoorden waarbij ook de Unie partij is.

Eisen betreffende de essentiële arbeidsvoorwaarden die zijn geregeld bij Richtlijn 96/71/EG, zoals minimumlonen, moeten dus op het niveau blijven dat is vastgesteld in nationale wetgeving of in collectieve arbeidsovereenkomsten die overeenkomstig het Unierecht in het kader van die richtlijn worden toegepast.

De contractvoorwaarden kunnen voorts beogen dat maatregelen ter stimulering van de gelijkheid van mannen en vrouwen op het werk, een hogere arbeidsmarktparticipatie van vrouwen, het combineren van werk en privéleven, milieubescherming en dierenwelzijn worden bevorderd, dat de basisverdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) naar de inhoud worden nageleefd, en dat meer kansarmen worden geworven dan op grond van de nationale wetgeving is vereist.”

De mogelijkheid om de overname van werknemers na aanbesteding verplicht te stellen via een contractvoorwaarde, wordt hier niet expliciet vermeld, waardoor de juridische toelaatbaarheid als contractvoorwaarde niet zeker is.

1.3 In welke fase van de aanbesteding mogen sociale voorwaarden worden gesteld?

Dat sociale doelstellingen geïntegreerd mogen worden in een aanbestedingsprocedure staat vast, zoals ook blijkt uit enkele soft-law documenten van de Europese Commissie.⁷⁸ Vraag is

⁷⁸ Bijvoorbeeld: Interpretatieve mededeling van de Commissie betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren, 28 november 2001, *PbEU C 333/27* en Europese Commissie, Gids Sociaal Kopen. Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2011, p. 43.

wel welke fase van de aanbesteding het meest geschikt is om dit te doen. Uit dezelfde documenten van de commissie blijkt in ieder geval dat het recht van de Unie, in het bijzonder de beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie in acht dienen te worden genomen; tevens dient steeds een proportionele afweging te worden gemaakt.

Tijdens de aanbestedingsprocedure?

Voor het integreren van bepalingen ter bescherming van werknemers zijn de fases tijdens de aanbestedingsprocedure in zeer weinig gevallen geschikt.

De aard van de gevraagde sociale aspecten - het volgen van het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden na contractwisseling bij aanbesteding - betreft namelijk niet zozeer het voorwerp van de opdracht maar de uitvoering daarvan.

Gunningscriteria zijn bedoeld om de meest geschikte inschrijving te selecteren en zijn om deze reden niet geschikt om de bescherming van werknemers veilig te stellen. De intrinsieke kwaliteit van een product, werk of dienst worden bij deze criteria beoordeeld. Een bepaling ter bescherming van werknemers heeft in beginsel geen betrekking op het product, werk of de dienst die de aanbestedende dienst wenst te verkrijgen.

Uitvoeringsfase, sociale overweging als contractbepaling; aanvullende bijzondere voorwaarde?

In het Beentjes arrest stelde het Hof van Justitie EU dat een criterium voor het bieden van werkgelegenheid voor langdurig werklozen geen verband houdt met de bekwaamheid van een inschrijver (selectie-eisen) en ook niet met de in de richtlijn genoemde gunningscriteria.

Het stellen van een dergelijk criterium, als ‘aanvullend criterium’ is volgens het Hof wel verenigbaar met de aanbestedingsrichtlijnen als het aan alle beginselen van het Europees recht voldoet, in het bijzonder het discriminatieverbod.⁷⁹

De positieve beantwoording van de vraag of de eis om de werknemers met behoud van arbeidsvoorwaarden over te nemen in het kader van een aanbestedingsprocedure als aanvullende bijzondere voorwaarde kan worden gesteld, lijkt dus verdedigbaar maar dat is als zodanig nooit expliciet genoemd.

Zo heeft bijvoorbeeld de Europese Commissie in 2011 in haar Gids Sociaal Kopen verduidelijkt dat met name de uitvoeringsfase - de fase nadat de opdracht is gegund - geschikt is om als aanbestedende dienst via overheidsopdrachten te bevorderen dat sociale doelstellingen worden verwezenlijkt.⁸⁰

Doch vinden we tussen de voorbeelden van geoorloofde contractbepalingen met betrekking tot sociale aspecten die de Commissie noemt geen voorbeeld over overgang van werknemers. De voorbeelden van de commissie gaan over:

- het opnemen van een verplichting om in het kader van de uitvoering van de opdracht werkzoekenden en in het bijzonder langdurig werklozen aan te werven of opleidingsactiviteiten voor werklozen of jongeren te organiseren;

⁷⁹ HvJ EG 20 september 1988, zaak C-31/87 (*Beentjes*). Zie ook HvJ EG 26 september 2000, zaak C-225/98, *Jur.* 2000 p. I-7471, (*Nord-Pas Calais/Franse schoolgebouwen*). En verder hierover: A.C.M. Fischer-Braams, De koffie is klaar! De koffiezaak van het Hof van Justitie nader belicht, *NtEr* april 2013, nr 3, p. 69-76.

⁸⁰ Bijvoorbeeld in: Europese Commissie, Gids Sociaal Kopen. Gids voor de inachtneming van sociale overwegingen bij overheidsaanbestedingen, Luxemburg: Bureau voor publicaties van de Europese Unie 2011, p. 43.

- de verplichting om bij de uitvoering van de opdracht een aantal mensen met een handicap in dienst te nemen / te betrekken.

Dit betekent dat telkens in een concreet geval getoetst zal moeten worden of het stellen van eisen van sociale aard bij de uitvoering van een opdracht, zoals de bescherming van werknemers, in een evenwichtige verhouding staat (proportionaliteitsbeginsel) met de doelstelling van de aanbestedingsrichtlijnen en de fundamentele beginselen van Unierecht.

Zo mag een dergelijke voorwaarde inschrijvers uit andere lidstaten noch direct noch indirect discrimineren, noch de handel tussen de lidstaten ongerechtvaardigd beperken.

Bovendien moet ook rekening worden gehouden met de gevolgen die het stellen van (dergelijke) sociale eisen kan hebben op andere (sociale) doelstellingen, zoals de vergroting van kansen voor het MKB op een overheidsopdracht, nu het overnemen van werknemers een te grote economische last zou kunnen betekenen.

2. Welk recht is van toepassing op aanbestedingen die door private aanbesteders worden geplaatst?

In het privaatrecht staat de contractsvrijheid van partijen voorop. Een partij kan er daarom voor kiezen een aanbestedingsprocedure te volgen.

In beginsel is een private partij niet gebonden aan de Nederlandse en Europese regelgeving voor overheidsopdrachten die in paragraaf 1 aan de orde is gekomen. Dit betreft namelijk een terrein dat niet is gereguleerd door de Europese richtlijnen. Lidstaten kunnen daarom zelf de regels bepalen die van toepassing zijn op private aanbestedingen, met als grens dat zij in overeenstemming zijn met overig Unierecht.

Publieke en private aanbesteders vertonen over het algemeen verschillende kenmerken. Private ondernemingen streven doorgaans belangen na als de continuïteit van de onderneming en winstmaximalisatie. Eerder dan publieke aanbesteders zijn zij gericht op kostenefficiëntie. Voor publieke aanbesteders blijkt als hiervoor besproken regelgeving nodig om dit laatste juist te bewerkstelligen.

Beoordeling aan de hand van de redelijkheid en billijkheid

In Nederland bestaan de juridische kaders bij een private aanbesteding uit de (precontractuele) verhouding tussen partijen die worden beheerst door de redelijkheid en billijkheid. In jurisprudentie van de Hoge Raad is dit nader uitgelegd.

In het arrest *RZG/ComforMed* (HR 4 april 2003, NJ 2004, 35, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, r.o. 3.3.4) heeft de Hoge Raad voor het eerst duidelijkheid gegeven over de regels die gelden bij de keuze voor een aanbesteding door een private aanbesteder (*in casu* een ziekenhuis).

De Hoge Raad stelde dat de keuze van een private aanbesteder om een aanbestedingsprocedure in te richten, meebrengt dat deze private aanbesteder gehouden is zich te gedragen volgens de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Bij een aanbesteding betekent dit dat de verschillende (potentiële) aanbieders gelijk dienen te worden behandeld.

De vraag die de nationale rechter tegenwoordig stelt (HR 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028, ro. 7 en HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, ro. 3.4)

om te beoordelen of de redelijkheid en billijkheid vereisen dat de aanbestedingsrechtelijk beginselen van gelijkheid, non-discriminatie en transparantie van toepassing zijn op een ‘private aanbesteding’, is:

“kunnen (potentiële) aanbieders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting ontlelen dat de aanbesteder de beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen?”

Of deze verwachting is gewekt, wordt beoordeeld door het bij de aanbesteding gehanteerde programma van eisen, de daarin neergelegde (rand)voorwaarden en de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van betrokken partijen.

In deze arresten heeft de Hoge Raad de contractsvrijheid van private aanbesteders benadrukt en geoordeeld:

“uit het beginsel van contractsvrijheid vloeit voort dat het partijen in een aanbesteding vrijstaat om in de aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel uit te sluiten, zij het dat een beroep op een zodanige uitsluiting in verband met de bijzondere omstandigheden van het betrokken geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.”

Sociale aspecten

Ook met betrekking tot het meenemen van sociale aspecten bij een private aanbesteding is contractsvrijheid het uitgangspunt. Deze vrijheid wordt slechts begrensd door wettelijke verplichtingen (zoals in de hierna te beschouwen situatie van ‘overgang van ondernemingen’, maar ook bepaalde cao- en andere dwingende arbeidsrechtelijke bepalingen) en door de redelijkheid en billijkheid.

3. Welk recht is van toepassing op inbesteden?

Geen regel ‘verplicht’ de overheid om derden (commerciële partijen of andere overheidsinstanties) te benaderen om projecten uit te voeren. De overheid behoudt altijd de *discretionaire bevoegdheid* om te kiezen om diensten, werken, leveringen in eigen beheer uit te voeren (*zelfvoorziening*) dan wel om die door derden te laten uitvoeren. In het eerste geval kan gesproken worden van *inbesteden*, in het tweede geval van *aanbesteden*.

Zodra de overheid de keuze maakt om door derden opdrachten te laten uitvoeren (i) dan wel om zelf of in samenwerking met een andere overheid een opdracht uit te voeren (ii), dan ontstaan verplichtingen van verschillende juridische aard.

De regels inzake overheidsopdrachten zijn van toepassing zodra een overheidsinstantie met een derde partij een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel over de verrichting van diensten, werken of leveringen wil sluiten. Of die derde partij nu een particuliere onderneming is of een overheidsinstantie, is daarbij niet relevant.

Over de keuze om een opdracht in te besteden, heeft de overheid *discretionaire* bevoegdheid maar zodra die keuze is gemaakt dan dient de inbestedingsoperatie aan strenge voorwaarden te voldoen.

Er is sprake van inbesteden in de volgende drie situaties:

- (a) de overheid gaat zelf in de behoefte voorzien (zelfvoorziening);
- (b) via een aparte rechtspersoon, en
- (c) in samenwerking met een andere overheidsinstantie (publieke samenwerking).

Voor al deze situaties geldt dat zij in beginsel niet onder de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht vallen en dat zij als uitzonderingen op de aanbestedingsplicht worden gezien die ontstaat wanneer de overheid een opdracht door een derde (commerciële partij of andere overheid) wil laten uitvoeren.

Zelfvoorziening situatie a)

Wanneer er sprake is van een vorm van investering die als een volstrekte zelfvoorziening kan worden gezien dan is er geen sprake van een economische activiteit die op een markt wordt uitgeoefend, waardoor de situatie buiten de werkingssfeer van het EUWV valt. Een voorbeeld uit de recente geschiedenis is het voornemen van de minister van Wonen en Rijksdienst om banen in lage loonschalen (schoonmaak en beveiliging) bij het Rijk te creëren.

Daarentegen gelden de situaties onder b) en c) als uitzonderingen op de aanbestedingsplicht en zijn in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU in de laatste vijftien jaar ontwikkeld.

Op basis van deze uitzonderingen mogen overheidsinstanties samen met andere overheidsinstanties activiteiten uitoefenen zonder dat zij de EU-regels inzake overheidsopdrachten hoeven na te leven.

Eenvoudig gesteld:

Voor situatie b)

De eerste van deze uitzonderingen uit de jurisprudentie van het HvJ EU (18 november 1999, zaak C-107/98 (*Teckal*)), geeft een overheidsinstantie de mogelijkheid een opdracht te laten uitvoeren door een aparte (publiekrechtelijk of privaatrechtelijke) entiteit, waarop zij toezicht uitoefent als op de eigen diensten (i.) en die het merendeel van haar activiteiten uitsluitend ten behoeve van de opdrachtgevende overheid(/heden) verricht (ii.).

In de door het Hof behandelde zaken komt ook een derde eis naar voren: dat in de aparte entiteit geen privé kapitaal zit.

Of de rechtspersoon in publiekrechtelijke vorm moet worden opgericht, zoals bijvoorbeeld in Nederland een Wgr, of in privaatrechtelijke vorm, zoals een BV of een coöperatie of een stichting, laat het Hof in het midden. Dit is niet opmerkelijk. Dat is een keuze die op basis van het nationaal recht dient te geschieden. Van belang voor de juridische *aanbestedingsrechtelijke* toelaatbaarheid van de constructie, is kortom, uitsluitend de vraag of *in casu* aan de voorwaarden wordt voldaan die de Europese rechter heeft gesteld (zie onder i. en ii. *supra*).

Voor situatie c)

De tweede van deze jurisprudentiele uitzonderingen (HvJ EU 9 juni 2009, zaak C-480/06, *Commissie/Duitsland*), geeft overheidsinstanties de mogelijkheid om met elkaar samen te werken zonder gebruik te maken van een aparte rechtspersoon. Deze uitzondering is slechts mogelijk wanneer er sprake is van de uitvoering van taken van algemeen belang (i), er sprake is van daadwerkelijke samenwerking tussen twee overheidsinstanties (ii) en geen winst wordt nagestreefd (iii).

Inmiddels is deze jurisprudentie van het Hof van Justitie over publiek samenwerken en investeringen gecodificeerd in artikel 12 van de (nieuwe) richtlijn 2014/24/EU voor de klassieke sec-

toren, in artikel 28 van de (nieuwe) richtlijn voor de nutssectoren 2014/25/EU en artikel 17 voor de richtlijn concessies.

In deze nieuwe regels heeft de Europese wetgever tevens een paar punten verduidelijkt die tot zover in de jurisprudentie nog niet aan de orde waren geweest en dus nog meer duidelijkheid verschaft over de inrichting van deze constructies.

Dit alles heeft echter niets van doen met de vraag of sociale aspecten bij inbesteden kunnen worden meegenomen, maar slechts betrekking op het beoordelen of sprake is van inbesteden (waarop de aanbestedingsregels dus niet van toepassing zijn).

Tussen conclusie inbesteding

Gezien dat de situatie onder a) buiten de werkingssfeer van het WVEU en dat de situaties onder b) en c) als uitzonderingen op de aanbestedingsplicht gelden, waardoor het Europees en nationaal aanbestedingsrecht daarop niet van toepassing is, kan worden geconcludeerd dat arbeidsrechtelijke problematieken, zoals die aan de orde, aan de hand van overige Europees en van het nationaal recht dienen te worden opgelost.

II. Verplichting tot overname werknemers en arbeidsvoorwaarden: wet-regelgeving en jurisprudentie

In een aantal gevallen bestaat er een verplichting tot de overname van werknemers inclusief arbeidsvoorwaarden.

Op Europees niveau is de overname en het behoud van rechten van werknemers in het kader van een ‘overgang van onderneming’ gereguleerd in de eerder genoemde richtlijn 2001/23/EG.

In Nederland is de richtlijn geïmplementeerd in de Wet overgang van ondernemingen, die deel uitmaakt van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (zie: artikel 7:662 ev. BW).

In artikel 7:663 BW is bepaald dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege overgaan op de verkrijger.

Een andere verplichting tot overname van personeel en arbeidsvoorwaarden kan voortvloeien uit toepasselijke wetgeving (zoals in de Wet personenvervoer 2000) of uit een bepaling opgenomen in een cao die op een bepaalde sector van toepassing is.

Deze verplichtingen vloeien niet voort uit het aanbestedingsrecht, maar kunnen op aanbestedingen van toepassing zijn.

Indien een wettelijke- of cao plicht van toepassing is, dan hebben aanbesteders met het oog op het transparantiebeginsel, in ieder geval de verplichting inschrijvers op de hoogte te brengen zodat inschrijvers daarmee rekening kunnen houden bij hun inschrijving.

2.1 Overgang van onderneming

Toepasselijkheid richtlijn 2001/23/EG op aanbestedingen

Volgens de considerans is de richtlijn overgang van ondernemingen 2001/23/EG opgesteld omdat voorzieningen nodig zijn om werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen en in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen.

In de jurisprudentie van het HvJ EU⁸¹ wordt benadrukt dat naast de bewoordingen vooral ook het doel van de richtlijn in het oog moet worden gehouden, namelijk:

“ook bij verandering van ondernemer de continuïteit van de in het kader van een bedrijf bestaande arbeidsverhoudingen te waarborgen.”

Voor de toepasselijkheid van de richtlijn dient van een ‘overgang van onderneming’ sprake te zijn. Volgens artikel 1 lid 1 sub a is de richtlijn van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie.

Artikel 1 lid 1 sub b beschouwt als overgang van een onderneming: “de overgang met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan”.

Artikel 1 lid 1 sub c beperkt de toepassing tot openbare en particuliere ondernemingen, al dan niet met winstoogmerk, die een economische activiteit uitoefenen.

De eis uit sub a) dat de overgang het gevolg dient te zijn van een overeenkomst is inmiddels ruim uitgelegd. Het ontbreken van een rechtstreekse contractuele band tussen de oude en nieuwe onderneming bij een overgang is namelijk niet vereist.

Dit speelt vooral een rol in de jurisprudentie die over aanbestedingen gaat. Bij een aanbesteding is de publieke aanbesteder namelijk degene die een overeenkomst sluit, eerst met de oude- en na (her)aanbesteding met een nieuwe opdrachtnemer. Tussen de vorige en de nieuwe opdrachtnemer bestaat geen directe contractuele relatie. Toch is deze verhouding voldoende om van een overeenkomst te spreken in de zin van de richtlijn.

In het arrest *Spijkers* (18 maart 1986, zaak 24/85, ro. 13) heeft het Hof van justitie EU bepaald dat het ‘behoud van identiteit’ een kernvereiste is van een overgang van onderneming. Maar dat om te bepalen of daarvan sprake is, alle feitelijke omstandigheden (factoren) in onderling verband dienen te worden gezien. Het HvJ EU heeft namelijk uitdrukkelijk bepaald dat ze niet elk afzonderlijk beschouwd mogen worden. Deze factoren zijn:

- de aard van de betrokken onderneming of vestiging;
- het al dan niet overdragen van de materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen;
- de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht;
- het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer;
- het al dan niet overdragen van de klantenkring;
- de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen; en
- de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten.

Om deze analyse te vergemakkelijken maakt het HvJ EU (zie in eerder aangehaald arrest *Oy Liikenne*, ro. 37) een onderscheid tussen arbeidsintensieve- en extensieve sectoren. Ook dit komt veel voor in de jurisprudentie van het HvJ EU in arresten over aanbestedingen, zoals hieronder wordt uiteengezet.

⁸¹ Zie bijvoorbeeld de hierna nog te spreken jurisprudentie: HvJ EG 18 maart 1986, zaak 24/85, NJ 1987, 502 (*Spijkers*), ro. 11; HvJ EG 25 januari 2001, zaak C-172/99, Jur. 2001, p. I-761 (*Oy Liikenne*), ro. 19; HvJ EG 20 november 2003, zaak C-340/01, p. I-14046 *JAR* 2003/298, (*Sodexho*), ro. 29; HvJ EG 12 februari 2009, C-466/07 (*Klarenberg*), ro. 37 en 40.

2.2 De rechter en de verplichting tot overname van werknemers bij aanbestedingen

Voor een verplichting tot overname van werknemers met behoud van arbeidsvoorwaarden worden hieronder een aantal arresten van het HvJ EU weergegeven waarin sprake was van een aanbesteding.

In het *Süzen* arrest (HvJ EG 11 maart 1997, zaak C-13/95, ro. 13) bepaalde het Hof van Justitie EU:

- dat de richtlijn niet van toepassing is op (de overgang van) een activiteit dat beperkt is tot de uitvoering van een specifiek werk. In veel gevallen is bij aanbesteding sprake van het uitvoeren van een enkele opdracht. Wanneer de opdracht is voltooid, is de overeenkomst in beginsel afgelopen en wordt geen nieuwe aanbesteding voor die opdracht gedaan.
- Ook stelt het Hof hier dat de ‘overdracht van economische entiteit’ niet kan worden vastgesteld op basis van het feit dat de vorige en nieuwe opdrachtgever vergelijkbare diensten verrichten.

In de zaak *Oy Liikenne* (arrest van het HvJ 25 januari 2001, zaak C-172/99, ro. 42) werd door het Hof gekeken of bij de aanbesteding *in casu* sprake was van een arbeidsintensieve- dan wel extensieve sector.

- Aan de hand daarvan stelde het HvJ EU vast met betrekking tot een eventuele overgang van onderneming, over het ‘behoud van identiteit’ dat de exploitatie van busvervoer een activiteit is waarin arbeidskrachten niet de voornaamste factor zijn.
- De exploitatie van een aantal lokale buslijnen *in casu*, is namelijk een activiteit dat een belangrijk inzet van materieel en middelen vereist.
- Om van een ‘overgang van onderneming’ te spreken, moeten dan de ‘voor de goede werking van een economische eenheid onontbeerlijke activa’ (de bussen), worden overgedragen.
- Nu hier deze belangrijke tot de onderneming behorende activa niet zijn overgedragen naar de nieuwe opdrachtnemer van de exploitatie van de buslijnen, had de eenheid (dat wil zeggen de onderneming) haar identiteit niet behouden.

In het arrest *Sodexo* (HvJ 20 november 2003, zaak C-340/01) was een aanbesteding voor de exploitatie van een bedrijfsrestaurant van een ziekenhuis aan de orde.

- Ook hier werd door het Hof geoordeeld dat catering niet kan worden beschouwd als een activiteit waarvoor arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien daarvoor heel wat uitrusting noodzakelijk is.
- Anders dan in de vorige zaak werden hier echter wel de absoluut noodzakelijk activa voor het exploiteren van het restaurant overgenomen door de nieuwe exploitant, zoals:
 - de overdracht van de door het ziekenhuis ter beschikking gestelde ruimten en uitrusting;
 - de klantenkring van de voorganger.
- Het feit dat de nieuwe ondernemer geen wezenlijk deel van het personeel overnam, was dan ook niet voldoende om uit te sluiten dat sprake is van een overgang van een eenheid met behoud van identiteit en was zodoende sprake van een overgang van onderneming.

In de uitspraak *Sodexo/Deventer Ziekenhuis* (Ktr. Utrecht 22 oktober 2008, *JAR* 2008/287) wordt voortgebouwd op het arrest *Sodexo* van het HvJ EU, maar gaat de Nederlandse rechter blijkbaar nog een stapje verder.

- Ook al wordt geen activa van de vorige dienstverlener overgenomen, en is slechts sprake van een voornemen, dan kan nog met het oog op de andere (Spijkers-) factoren sprake zijn van een overgang van onderneming.
- De Utrechtse kantonrechter oordeelt dat bij een dergelijke situatie vooral moet worden gewaakt voor het ontduiken van de gevolgen van de dwingend wettelijke regeling van het behoud van de rechten van de werknemers, omdat partijen de gevolgen niet wensen.

In HvJ EG 12 februari 2009 *Klarenberg* overweegt het Hof:

- Van belang blijkt uiteindelijk of de economische activiteit als zodanig kan worden voortgezet met de overdracht van activa en/of personeel.
- Het maakt niet uit of dat na de overgang ook daadwerkelijk het geval is. Dit om te voorkomen dat een transactie op zodanige wijze wordt vormgegeven dat het doel van de regelgeving ‘overgang van ondernemingen’ wordt omzeild.

In de nationale jurisprudentie wordt dit arrest van het Hof gevolgd (o.a. : Ktr. Eindhoven 25 juni 2009, AR 2009, 0749).

Private aanbesteding

Een voorbeeld waarbij sprake was van een private aanbesteding is het *Temco*-arrest (HvJ EG 24 januari 2002, JAR 2002/47). Het ging hier om een aanbesteding in de schoonmaaksector.

- Aan de hand van de Spijkersfactoren stelt het Hof dat een schoonmaakbedrijf als een ‘economische eenheid’ kan worden aangemerkt die na een overdracht behouden blijft:
 - indien sprake is van een georganiseerd geheel van werknemers die speciaal en duurzaam met een gemeenschappelijke taak zijn belast en
 - wanneer er verder geen andere productiefactoren zijn.
- In een dergelijke situatie hoeft het behoud van identiteit dus niet af te hangen van de overdracht van bepaalde *activa*, maar kan het behoud ook voortvloeien uit het behoud van een wezenlijk deel van het (oude) personeel. Een mooie toevoeging in deze zaak is dat de verplichting tot overname van het deel van het personeel in *Temco*, uit een cao kan voortvloeien. Daardoor kan vervolgens de overgang van onderneming aan de orde zijn, en moet al het personeel mee over (daarover hierna onder 2.4).

2.3 Inbesteden

Het is nu de vraag in hoeverre de richtlijn overgang van ondernemingen 2001/23/EG ook van toepassing kan zijn bij een inbesteding.

Het HvJ EU leidt in meerder zaken (o.a. HvJ 15 oktober 1996, zaak C-298/94, (*Henke*) uit het begrip overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen dat de richtlijn ‘overgang van ondernemingen’ niet van toepassing is op de overdracht van tot de uitoefening van het openbaar gezag behorende bestuurstaken van een gemeente aan een gemeenschappelijk bestuursorgaan .

Ook de reorganisatie van de structuur van openbare lichamen of de overgang van administratieve functies vormt geen overgang van ondernemingen op grond van artikel 1 lid 1 sub c richtlijn 2001/23.

De overgang van een *economische activiteit* van een privaatrechtelijke rechtspersoon naar een publiekrechtelijke rechtspersoon valt echter in beginsel wel onder de werkingssfeer van de richtlijn (HvJ 26 september 2000, zaak C-175/99, (*Mayeur*), ro.29).

Ook het begrip ‘onderneming’ in de zin van artikel 1 lid 1 sub a van de richtlijn kan een publiekrechtelijke instelling (overheidsinstantie) inhouden.

Het begrip onderneming moet namelijk volgens het HvJ EU (*Mayeur*, ro.32/33) worden gedefinieerd als “elke duurzaam georganiseerde economische eenheid, dat wil zeggen een georganiseerd geheel van personen en elementen, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend”.

Om te beziën of van overgang van onderneming sprake is, moet worden gesteld of het gaat om:

- overname van activiteiten die *een economisch karakter* hebben of dat deze een uitoefening van openbaar gezag betreffen. Deze laatste vallen niet onder de definitie van overgang van onderneming;
- vervolgens moet worden vastgesteld of de identiteit is behouden gebleven aan de hand van de spijkersfactoren als behandeld in het voorgaande.

In (*Mayeur*, ro. 53) wordt voor een investeringssituatie overwogen dat bij het vaststellen of de identiteit van de entiteit is behouden in het kader van een overgang van onderneming onder bepaalde omstandigheden, factoren als:

- de organisatie;
- de werking;
- de financiering;
- het beheer; en
- de toepasselijke rechtsregels,

een economische eenheid zodanig kenmerken dat bij wijziging van zulke factoren als gevolg van de overgang van de eenheid ook de identiteit daarvan verandert.

Dit betekent dat in een situatie van investering de richtlijn minder snel toepasselijk kan zijn omdat de hiervoor genoemde factoren ervoor zorgen dat een andere identiteit ontstaat.

Overigens was dat *in casu* niet het geval omdat de activiteit geheel werd overgenomen en voortgezet. In andere gevallen zou dat tot gevolg kunnen hebben dat geen verplichting tot overname van personeel ontstaat, omdat de onderneming niet is overgegaan.

In de zaak *Collino en Chiappero* (HvJ 14 september 2000, zaak C-343/98, ECLI:EU:C:2000:441) was een situatie aan de orde waarin een eenheid die belast was met de exploitatie van telecommunicatievoorzieningen ten dienste van het publiek en beheerd werd door een overheidsinstelling die deel uitmaakte van het staatsbestuur - via een overheidsbesluit onder bezwarende titel (administratiefrechtelijke concessie) - overging op een privaatrechtelijke vennootschap die was opgericht door een andere overheidsinstelling die dan ook het gehele kapitaal in handen had.

Het Hof stelde dat in een dergelijke situatie sprake kan zijn van een overgang van onderneming, op voorwaarde dat de personen die bij een dergelijke overgang zijn betrokken voordien *als werknemer* bescherming moet hebben genoten uit hoofde van de nationale wetgeving inzake arbeidsrecht.

In het geval de personen ambtenaren zijn die onder een ‘publiek statuut’ vallen geldt de richtlijn kennelijk niet.

In artikel 7:662, lid 1 BW is daarom bepaald dat, in afwijking van art 7:615 (arbeidsovereenkomsten), de regels inzake ‘overgang van onderneming’ ook van toepassing zijn op *de werknemer* die arbeid verricht in een onderneming die in stand wordt gehouden door staat, provincie, gemeente, waterschap of enig ander publiekrechtelijk lichaam.

Niet van toepassing is de Wet overgang van onderneming op de staat, provincie, gemeente, waterschap of ander publiekrechtelijk lichaam, dan wel diensten en instellingen daarvan, waarin uitsluitend ambtenaren werkzaam zijn.

Er wordt kortom onderscheid gemaakt tussen de status van werknemer en ambtenaren.

Het arrest Scattalon (HvJ EU 6 september 2011, zaak C-108/10, *JAR* 2011/262) vormt een recenter voorbeeld van een *contractwisseling* bij de overheid.

De vraag was of de overname door een openbare instantie van een lidstaat van het personeel dat door een andere openbare instantie is tewerkgesteld en dat belast is met het verstrekken van nevendiensten aan scholen, tot een ‘overgang van een onderneming’ leidt.

Dit arrest biedt enige handreikingen om te beoordelen of bij inbesteden sprake is van een overgang van onderneming. En stelt als laatste nog dat:

‘er moet worden benadrukt dat de toepassing van de in de richtlijn ‘overgang van ondernemingen’ vervatte voorschriften in een dergelijke situatie geen afbreuk doet aan de bevoegdheid van de lidstaten om het overheidsapparaat te rationaliseren. De toepasselijkheid van deze richtlijn heeft uitsluitend tot gevolg dat wordt verhinderd dat overgedragen werknemers alleen op grond van de overgang worden geplaatst in een positie die minder gunstig is dan deze waarin zij zich vóór de overgang bevonden.’

2.4 Cao of andere wettelijke verplichting

Naast de wettelijke verplichting uit boek 7 BW zijn ook in andere wetten regels opgenomen met betrekking tot overname van personeel en arbeidsvoorwaarden.

Bij de behandeling van de jurisprudentie over overgang van een ondernemingen bij aanbestedingen is een arrest (*Oy Liikenne*) aan de orde geweest over een concessieverlening, waarbij onvoldoende activa werd overgedragen.

Bij een concessie voor personenvervoer geldt in Nederland naast de dwingend wettelijke plicht bij een overgang van onderneming, ook voor situaties die daar niet onder vallen een wettelijke verplichting tot overname van werknemers en hun rechten

Zo is in artikel 37 van de Wet Personenvervoer 2000 bepaald:

‘onverminderd het bepaalde in de artikelen 662 en 663 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek gaan door de overgang van een concessie de rechten en verplichtingen [kort gezegd neergelegd in de cao] die op dat tijdstip voor de voormalige concessiehouder voortvloeiën uit de privaatrechtelijke of publiekrechtelijke arbeidsverhouding tussen hem en directe en indirecte werknemers van rechtswege over op de nieuwe concessiehouder.’

Zodoende wordt een extra bescherming aan werknemers geboden bij overgang van een concessie van de exploitatie van personenvervoer.

Achterliggend idee daarvan zou kunnen zijn dat in feite bij de overgang van een dergelijke concessie, de economische activiteit zodanig wordt voortgezet dan bijna automatisch sprake zal zijn van een overgang van onderneming.

Daarnaast kan een verplichting tot overname van personeel en arbeidsvoorwaarden bij contractwisseling volgen uit de toepasselijke cao, zoals ook blijkt uit nationale jurisprudentie. Een en ander wel behoudens uitzonderingen van die plicht op basis van diezelfde cao. Een aantal voorbeelden van een dergelijke verplichting in een cao zijn te vinden in artikel 12 op basis van de WMO in de CAO VVT, in artikel 38 CAO in het Schoonmaak- en Glazenwasersbedrijf en in de artikel 95a en 95b CAO particuliere beveiliging. Daarnaast kan in de cao de verplichting opgenomen zijn bepaalde activa over te nemen, dit kan ertoe leiden dat in samenhang met andere factoren sprake zal zijn van overgang van onderneming.

Hieronder een voorbeeld uit de cao voor de branche contractcatering:

Voorbeeld: Artikel 10 lid 3 CAO voor de branche contractcatering 2014-2015

“De nieuwe werkgever is verplicht van alle betrokken werknemers de arbeidsovereenkomst voort te zetten en deze te behandelen als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW. Dit houdt in dat de arbeidsvoorwaarden ongewijzigd door de nieuwe werkgever zullen worden geëerbiedigd.

Onder arbeidsvoorwaarden wordt, onder andere, verstaan:

- het geldende salaris voor de werknemer inclusief toeslagen;
- anciënniteit, indien en voor zover verbonden aan op het moment van contractwisseling bij de oude werkgever bestaande rechten;
- het overeengekomen aantal contractsuren dat de werknemer bij de oude werkgever werkte;
- de pensioenaanspraken van de werknemer (tenzij toepassing wordt gegeven aan artikel 7:664 BW);
- aanspraken die de werknemer heeft verworven bij de oude werkgever en die afwijken van, c.q. overstijgen boven, de aanspraken die voortvloeien uit de cao.”

In een Nederlandse uitspraak over de toepassing van de bepaling in de CAO VVT (Rb Arnhem 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ4446) wordt de overnameverplichting van personeel op grond van de CAO VVT als uitvoeringsvoorwaarde (en niet als gunningscriterium) gezien. Inschrijvers moeten zich houden aan deze eis die is opgenomen in de aanbestedingsdocumenten.

Hof Arnhem-Leeuwarden 14 mei 2013 (ECLI: NL: GHARL:2013:CA0784 en zie ook: Rb Noord-Nederland 21 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:279) vormt een voorbeeld van de toepassing van een cao-bepaling in het kader van overname van werknemers en arbeidsvoorwaarden in de schoonmaaksector. Hier speelt de cao bepaling een rol om de rechten van werknemers na contractwisseling te beschermen.

Tot slot kan een plicht tot overleg gericht op overname van personeel en arbeidsvoorwaarden vanuit de wet of cao gelden. Een dergelijk plicht bestaat bijvoorbeeld uit hoofde van de WMO in artikel 2.6.5.

Artikel 2.6.5 WMO*

1. De aanbieder aan welke een overheidsopdracht voor het leveren van een voorziening wordt gegund, overlegt met de aanbieder of aanbieders die in opdracht van het college laatstelijk voor hem die voorziening leverden dan wel na hem gaan leveren, over de overname van het betrokken personeel.
2. Het college houdt bij het verlenen van een overheidsopdracht voor het leveren van een maatwerkvoorziening rekening met de mate waarin de aanbieder zorg draagt voor continuïteit in de hulpverlening tussen degenen aan wie een maatwerkvoorziening wordt ver-

strekt en de betrokken hulpverleners. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld.

3. Het college ziet erop toe dat:

- a.. het overleg, bedoeld in het eerste lid, plaatsvindt, onverminderd het bepaalde in de artikelen 662 en 663 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek; en
- b. de aanbieder of aanbieders, bedoeld in het eerste lid, zoveel mogelijk inspanning leveren om bij het overleg, bedoeld in het eerste lid, de overname van betrokken personeel en het voortzetten van bestaande relaties tussen hulpverleners en cliënten te bewerkstelligen.

* Wet van 9 juli 2014, houdende regels inzake de gemeentelijke ondersteuning op het gebied van zelfredzaamheid, participatie, beschermd wonen en opvang (Wet maatschappelijke ondersteuning 2015), *Stb.*2014, p. 280. Voorheen artikel 10 a WMO.

Deze wettelijke plicht kan ertoe leiden dat een gedeelte van het personeel zal worden overgenomen, met als mogelijk gevolg dat vanaf dan van een overgang van onderneming kan worden gesproken en al het personeel zal moeten worden overgenomen inclusief arbeidsvoorwaarden.

In Rb Dordrecht (13 december 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BY6080) is de overlegverplichting uit de WMO aan de orde. Het gaat hier om een aanbesteding in de zorg. Het contract is bij heraanbesteding aan een andere partij gegund.

De rol van deze overlegverplichting voor de huishoudelijke verzorging is met name dat bevorderd wordt dat betrokken partijen afspreken hoe een eventuele overname van personeel plaatsvindt. Meer hierover is te vinden in de memorie van toelichting bij het oude artikel 10a WMO (*Kamerstukken II* 2008-2009, 31795, nr.3).

2.5 Beperking overgang rechten en verplichtingen cao

Er bestaat een kleine uitzondering op het overgaan naar de nieuwe opdrachtnemer van de rechten en verplichtingen uit een bestaande cao. Indien namelijk de looptijd van de cao verstrijkt of als de overnemende werkgever door een nieuwe cao wordt gebonden na de overgang van onderneming, dan gaat voor de overgenomen werknemers (evenals de ander werkzame personen) deze nieuwe cao gelden.

Dit kan onder andere ook voortkomen uit de wens om de arbeidsvoorwaarden van al het personeel (de overgenomen werknemers en de reeds aanwezige werknemers) te harmoniseren.

Een dergelijke harmonisatie kan niet worden afgedwongen voor de overgang. Echter wel kan harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden na de overgang plaats vinden.

Dit kan (alleen) ná de overgang met instemming van de betreffende werknemers (zie o.a. HvJ 10 februari 1988, *NJ* 1990, 423 (*Daddy's Dance Hall*)).

Vaak wordt dan gecompenseerd, bijvoorbeeld via een afbouwregeling met de werknemer. Verder geldt dat de redelijkheid en billijkheid mogelijkheden kunnen bieden in een situatie dat de werknemers de aanpassing van arbeidvoorwaarden blijven weigeren.

2.6 Mogelijkheden om in het kader van een (publieke) aanbestedingsprocedure eisen te stellen tot behoud van het werk en arbeidsvoorwaarden na contractwisseling

Naast de verplichte situaties is het gezien de doelstellingen van het Sociaal Akkoord van belang te bezien of daarnaast nog mogelijkheden bestaan om tot een overname van personeel en arbeidsvoorwaarden bij een aanbesteding te verplichten. Het gaat dan om de mogelijkheid in

de aanbestedingsdocumenten een dergelijke verplichting op te nemen (als eerder bleek zijn de andere fasen van een aanbestedingsprocedure niet geschikt voor het neerleggen van deze verplichting). Daarbij wordt voortgebouwd op hetgeen in hoofdstuk 1 is weergegeven omtrent het integreren van sociale aspecten in een aanbestedingsprocedure.

Vaak zal bij een contractwisseling bij een (her-)aanbesteding sprake zijn van een overgang van onderneming. Dat sprake is van overgang van onderneming kan niet worden geconcludeerd op grond van de omstandigheid dat de vorige en de nieuwe opdrachtgever vergelijkbare diensten verrichten. Indien echter een opdracht weer op dezelfde wijze op de markt wordt gezet, zal in een groot deel van de gevallen - zoals ook blijkt uit de jurisprudentie van het Hof - sprake zijn van het behoud van de identiteit van de onderneming (onder ander door overdracht van bepaalde activa).

Eenzelfde economische activiteit moet namelijk opnieuw kunnen worden uitgevoerd.

Wanneer echter geen (wettelijke of cao-) verplichting tot overname van werknemers en bijhorende rechten en verplichtingen van toepassing is, dan is het de vraag in hoeverre een dergelijke eis als uitvoeringsvoorwaarde bij de aanbestedingsprocedure kan worden opgenomen.

Of een dergelijke eis geoorloofd is, dient per aanbesteding te worden getoetst aan het gelijkheids-, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteitsbeginsel. Met name moet rekening worden gehouden met het non-discriminatiebeginsel.

De vraag die een aanbestedende dienst zich bij het neerleggen van een dergelijke eis als uitvoeringsvoorwaarde dient te stellen, is of het toepassen van een dergelijke voorwaarde met betrekking tot overname van personeel en arbeidsvoorwaarden discriminerend zou kunnen uitpakken voor ondernemers in Nederland en bij aanbestedingen boven de Europese drempels of met een grensoverschrijdend belang, ook vooral voor ondernemers uit andere lidstaten.

Een dergelijke voorwaarde heeft namelijk het risico in zich dat de aanbesteding een te vergaande economische last of andere belemmering zal betekenen voor potentiële geïnteresseerde marktdeelnemers in het buitenland. In het geval van overname van werknemers wordt een economische last opgelegd die kan verhinderen dat ondernemingen uit andere lidstaten grensoverschrijdende diensten verrichten of dit minder aantrekkelijk kan maken.⁸²

Daardoor zou de interne markt op ongeoorloofde wijze beperkt kunnen worden, zij het dat, als eerder overwogen, een bepaalde bescherming van werknemers een dwingende reden van algemeen belang kan vormen, die een belemmering rechtvaardigt. Een dergelijke belemmering lijkt op het eerste gezicht niet in spanning met het **beginsel van gelijke behandeling** omdat voor alle marktdeelnemers dezelfde voorwaarden en criteria gelden.

Indien echter een eis of voorwaarde voor bepaalde marktdeelnemers nadeliger uitpakt, kan er alsnog sprake zijn van een vorm van (indirecte) discriminatie.

Met betrekking tot de toetsing aan het **transparantiebeginsel** is van belang dat alle criteria en voorwaarden van tevoren duidelijk zijn. Inschrijvers moeten van te voren kunnen beoordelen of sprake zal zijn van een overgang van onderneming, dan wel of een verplichting tot over-

⁸² Voorbeelden van een economisch last die niet gerechtvaardigd (en onevenredig) werd geacht met betrekking tot sociale bescherming van werknemers: HvJ EG 3 april 2008, zaak C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 (*Ruffert*) en HvJ EU 18 september 2014, zaak C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235 (*Bundesdruckerei GmbH t. Stadt Dortmund*).

name van personeel en arbeidsvoorwaarden uit een ander criterium of voorwaarde voortvloeit. Zij moeten daarmee bij hun inschrijving in gelijke mate rekening kunnen houden.

Toetsing aan het **proportionaliteitsbeginsel** houdt in dat criteria en voorwaarden bij een aanbesteding in een redelijke verhouding staan met het doel. *In casu* moet de vraag worden gesteld of een verplichting tot overname van werknemers en arbeidsvoorwaarden niet verder gaan dan wat tot de bescherming van werknemers noodzakelijk is. Dit moet afgewogen worden tegen de belangen van marktpartijen en de vraag of een dergelijke maatregel gerechtvaardigd is met het oog op (deze) andere belangen.

De in Nederland geldende Gids Proportionaliteit bepaalt hierover in hoofdstuk 3.9 dat proportionaliteit zich uitstrekt tot alle fasen van de aanbestedingsprocedure en ook tot de contracten en de contractvoorwaarden.

De Gids doet enige relevante handreikingen. Allereerst moeten aanbestedende diensten bij het toepassen van de criteria en voorwaarden een afweging maken of de voorwaarden acceptabel zijn. Alle voorwaarden moeten dan in samenhang worden gezien zodat deze niet alleen individueel, maar ook in samenhang proportioneel zijn. Zo kan dit bijvoorbeeld door de vraag te stellen of de contractvoorwaarden gebruikelijk zijn in de betreffende markt. Ook volgt uit de Gids dat de aanbestedende diensten de gevolgen voor ondernemers van een bepaalde maatregel dienen af te wegen tegen het doel of belang van de maatregel. Daarnaast dient de aanbestedende dienst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria te stellen die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Zo kan bijvoorbeeld de omvang van de opdracht maken dat een sociale voorwaarde niet proportioneel is.⁸³ Expliciet is ook in de bij aanbesteding door een ondernemer in te vullen ‘Eigen Verklaring’ vermeld dat alle contractvoorwaarden die gebaseerd zijn op sociale overwegingen, proportioneel dienen te zijn.

Dit laatste beginsel blijft ook relevant voor aanbestedingen die buiten de werkingssfeer van de interne markt vallen (zuiver nationale situaties: zie hierover in hoofdstuk I). Ook dan geldt dat elke voorwaarde moet worden afgewogen tegen de gevolgen die een dergelijke verplichting heeft voor ondernemers. Zo kan een verplichting tot overname van werknemers en arbeidsvoorwaarden mogelijk een te grote last betekenen voor (kleinere) ondernemers.

Naast een bepaalde mate van bescherming van werknemers aan de ene kant zal dus aan de andere kant een evenwicht moeten bestaan met de vrijheid van diensten en moet een belemmering per geval gerechtvaardigd en/of proportioneel zijn.

III. Code verantwoordelijk marktgedrag 2014 (hierna: CVM 2014)

Over de Code verantwoordelijk marktgedrag 2014 van Veneca kunnen we kort zijn. Het initiatief komt voort uit de Code Verantwoordelijk Marktgedrag in de Schoonmaak- en Glazenwassersbranche die in mei 2011 werd gepresenteerd. De Code is gebaseerd op de principes van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen en is een van de lidmaatschapseisen van de Veneca. De Veneca vertegenwoordigt 85% van de bedrijven in de catering. De code maakt onderdeel uit van het keurmerk van de Ondernemersorganisatie Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten (OSB). OSB vertegenwoordigt 70% van de schoonmaak- en glazenwassersbedrijven. De Nederlandse Veiligheidsbranche vertegenwoordigt meer dan 90% van de beveiligingsbedrijven.

⁸³ Gids Proportionaliteit, par. 3.5.6.

De vraag of de doelstellingen uit het Sociaal Akkoord dat werknemers het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden zullen volgen, voldoende door de Code VM wordt gewaarborgd, dient te worden beantwoord door eerst te kijken of de naleving van de Code in rechte afdwingbaar is (a) en of de inhoud voldoende waarborgen reguleert (b).

Ad (a) De Code is een vorm van private regulering waarbij het dient te worden betwijfeld of naleving van de daarin neergelegde afspraken in rechte kan worden afgedwongen. Het gaat namelijk om een gezamenlijk initiatief van de ondertekenende branches en een aantal grote opdrachtgevers.

Ad (b) Wel is hoofdstuk 3.2 “contractmanagement” van belang voor de beantwoording van de vraag of de bescherming van werknemers als in bedoeld in dit advies, in de Code afdoende is gereguleerd. Aan het slot van 3.2 valt in ieder geval te lezen dat ‘bij het aangaan van een nieuw contract de opdrachtgever toezicht houdt op de overdracht tussen latende en verkrijgende opdrachtnemer.’

Verder is in deze bepaling ook weergegeven dat opdrachtgevers bij een *contractwijziging*, rekening houden met de positie en het welzijn van de betrokken medewerkers.

Daarbij moet de opdrachtgever erop toezien dat:

- zorgvuldig wordt omgegaan met contractwijzigingen;
- de contractwijzigingen goed gepland is en geleid wordt;
- de cao leidend is;
- een realistische overgangstijd geldt na definitief besluit;
- tijdige en volledige informatie aan het personeel wordt gegeven;
- opdrachtnemer ook de eigen medewerkers over veranderingen in het contract informeert, indien deze veranderingen hen raken.

Van belang is bijvoorbeeld dat de cao leidend is. Hierin is vaak gezorgd voor een bepaalde mate van bescherming en in sommige gevallen – die juist in het aanbestedingsrecht relevant blijken (zie vorige hoofdstuk onder 2.4) - is zelfs een overnameverplichting van personeel of overlegplicht daartoe, opgenomen.

Om een nog groter waarborg te bieden zou bijvoorbeeld in deze code kunnen worden opgenomen dat bij het aangaan van een nieuw contract ten gevolge van een aanbesteding, betrokken partijen zullen overleggen over een overname van personeel met behoud van arbeidsvoorwaarden. Wel zou daarbij moeten worden gewezen op een eventueel (daardoor veroorzaakte) overgang van onderneming en de gevolgen daarvan.

IV. Aanpassing huidige wet- en regelgeving: enkele concluderende opmerkingen

Om de vraag die de Stichting van de Arbeid stelt te kunnen beantwoorden, namelijk of de huidige wet- en regelgeving aangepast kan en/of moet worden met het doel om eventuele belemmeringen aan het realiseren van de uitgangspunten van het Sociaal Akkoord van 11 april 2013 weg te nemen (in het bijzonder de passage: “*Bij aanbesteding, uitbesteding, of (schijn)faillissement volgen de werknemers, die het betreffende werk doen, het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden. Bezien zal worden of, en zo ja hoe, de Wet overgang van ondernemingen moet worden aangepast*”), dient het volgende in ogenschouw te worden genomen.

- 1) Ten eerste de vraag of juridisch een verplichting bestaat uit hoger recht (allereerst de Europese verdragen, dan andere EU regelgeving, dan ander nationaal recht) om regelgeving aan te passen/ vast te stellen.
 - In casu is dat niet het geval want de enige uit het 'hoger' recht afkomstige verplichtingen - uit de richtlijnen 96/71 en 2001/23 - zijn reeds geïmplementeerd in het Nederlandse recht.
 - Beleid dat in een regeerakkoord is neergelegd kan niet als een dergelijke 'juridische' verplichting worden gezien. Het is in ieder geval een vraag die staatsrechtelijk zou dienen te worden beantwoord en niet aanbestedingsrechtelijk.
- 2) Vervolgens de vraag in hoeverre het uitgangspunt uit het Sociaal Akkoord wordt en 'kan' worden gerealiseerd. Daartoe dient het volgende te worden overwogen:

Ten eerste het feit dat op grond van het geldende recht ten aanzien van de volgende gevallen reeds van een *verplichting* kan worden gesproken om de werknemers, die het betreffende werk doen, het werk met behoud van arbeidsvoorwaarde te laten volgen.

- ✓ Dit is het geval indien sprake is van 'overgang van onderneming' in de zin van artikel 7:662 ev. BW dat een implementatie vormt van richtlijn 2001/23/EG.
- ✓ Op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU - zoals tevens ook valt te lezen in de interpretatieve mededeling van de Europese Commissie van 2001 (reeds genoemd) - blijkt dat een dergelijk verplichting tot overgang van onderneming ook kan voorkomen bij een aanbesteding.
Zelfs in geval er geen sprake is van een (directe) contractuele relatie tussen de oude en de nieuwe opdrachtnemer kan een overgang van onderneming plaatsvinden (zie supra 2.2).
- ✓ Deze verplichting kan ook volgen uit een andere wettelijke bepaling, dat – in bepaalde situaties - tot een overname verplicht en met behoud van arbeidsvoorwaarden.
- ✓ Daarnaast kan een verplichting tot overname volgen uit de toepasselijke cao.
- ✓ Tot slot kan een plicht tot overleg gericht op overname van personeel en arbeidsvoorwaarden vanuit de wet of cao gelden.
Deze plicht kan ertoe leiden dat een gedeelte van het personeel zal worden overgenomen, met als mogelijk gevolg dat vanaf dan van een overgang van onderneming kan worden gesproken en al het personeel zal moeten worden overgenomen inclusief arbeidsvoorwaarden.
- De beantwoording van de vraag of een dergelijke verplichting als eis in het kader van de aanbestedingsprocedure voor de gunning van een overheidsopdracht of concessie kan worden gesteld, is minder eenvoudig (bijvoorbeeld in de aanbestedingsdocumenten).
- ✓ Voor die beantwoording dient in ieder geval een onderscheid te worden gehanteerd tussen zogenoemde Europese opdrachten (i), opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang (ii) of zuiver nationale opdrachten (iii).
- ✓ Vraag is namelijk of een dergelijke verplichting tegen de doelstelling van de aanbestedingsrichtlijnen en zelfs tegen die van de EU interne markt indruist.
- ✓ Dit is relevant slechts bij de situaties onder (i) en (ii) en niet voor die onder (iii; zie hierover het laatste punt in deze rij).
- ✓ Dergelijke vragen worden door het Hof van Justitie van de EU aan de hand van een toets aan het proportionaliteitsbeginsel beantwoord. De vraag luidt dan of het vastleg-

gen van een dergelijke maatregel (in casu de verplichting) *niet verder gaat* dan ter bereiking van het doel – hier de bescherming van werknemers - noodzakelijk is, of de maatregel *geschikt* is om het doel te bereiken en of de maatregel *evenredig* is om het doel te bereiken.

- ✓ Een dergelijke verplichting opnemen in de aanbestedingsdocumenten kan een (economische) last met zich brengen voor potentiële opdrachtnemers dat zij van inschrijven zouden kunnen afzien.
- ✓ Bovendien zal dit misschien tot minder concurrentie leiden, omdat minder ondernemingen ook uit andere lidstaten in staat zijn om onder die omstandigheden een (scherpe) bieding te doen, in het bijzonder geldt dit voor het MKB.
- ✓ Een dergelijke verplichting zou kortom de interne markt *kunnen* belemmeren en zou op grond van *dwingende eisen van algemeen belang* dienen te worden gerechtvaardigd.
- ✓ Ook de mogelijkheid om een dergelijke eis als een zogenoemde *bijzondere aanvullende voorwaarden bij de uitvoering van de opdracht* zal getoetst moeten worden aan de vraag of daardoor de interne markt niet ongerechtvaardigd en/of onevenredig belemmerd wordt.
- ✓ Omdat *zuiver nationale opdrachten* niet onder de werkingssfeer van het Unierecht vallen, speelt de vraag naar een potentiële belemmering van de interne markt geen rol. Wel moet ook dan rekening worden gehouden met het proportionaliteitsbeginsel volgens hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet 2012.

Aanpassing wet- en regelgeving

Van belang voor de vraag of een aanpassing van de wet- en regelgeving nodig en/of mogelijk is, dient tot slot het volgende bij de overweging te worden betrokken:

- Lang niet bij elke aanbesteding speelt de doelstelling van het Sociaal Akkoord met betrekking tot het volgen van werknemers van het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden na contractwisseling door aanbesteding een rol. Veel aanbestedingen hebben betrekking op het uitvoeren van een overheidsopdracht zonder dat contractwisseling plaatsvindt (de opdracht is definitief afgerond na eindigen van het contract).
- De bij aanbestedingen voorkomende situaties van contractwisseling door (her-)aanbesteding kunnen in veel gevallen onder een ‘overgang van onderneming’ vallen, zodat voor deze situaties de doelstelling reeds wordt behaald.
- In de sectoren waarin dergelijke contractwisselingen door aanbesteding plaatsvinden, is vaak voorzien in een bepaling in de toepasselijke cao. Op deze wijze kan ook per sector en periode worden bezien wat nodig is om de doelstelling uit het Sociaal Akkoord te kunnen realiseren.
- Een eventuele aanvullende mogelijkheid kan het wettelijk vastleggen van een overlegplicht als in de genoemde bepaling van de WMO zijn (artikel 2.6.5).

Utrecht, 30 maart 2015

Prof. mr. E.R. Manunza

hoogleraar Internationaal en Europees aanbestedingsrecht,
Universiteit Utrecht, e.r.manunza@uu.nl

Mr. G. Bouwman

onderzoeker Universiteit Utrecht, g.bouwman@uu.nl



Beiden verbonden aan het Public Procurement Research Centre, www.pprc.eu

Bijlage 5: Achtergrondinformatie verzoek minister Asscher

Op 11 september en 7 november 2013 is er in de Tweede Kamer een algemeen overleg gevoerd met minister Asscher van SZW en staatssecretaris Van Rijn van VWS over de ontstane situatie in de thuiszorg in de Achterhoek. UWV had toestemming verleend voor het ontslag van ongeveer 800 werknemers met een vast dienstverband, die werkzaam waren bij de thuiszorginstelling Sensire. Sensire had besloten om per 1 januari 2014, mede vanwege de onzekerheid rondom de toekomstige aanbesteding, te stoppen met de thuiszorgactiviteiten. De Tweede Kamer vreesde vooral dat de continuïteit van de zorg hierdoor in gevaar kwam.

De bewindslieden hebben vervolgens een onafhankelijk waarnemer benoemd, de heer Borstlap om meer zicht te krijgen op het proces rondom de aanbesteding van de huishoudelijke hulp en de naleving van de gemaakte afspraken.

Tevens heeft minister Asscher tijdens het algemeen overleg verwezen naar de afspraak uit het Sociaal Akkoord dat *'Kabinet en sociale partners zullen bezien of er aanleiding is tot het aanpassen van de regels inzake overgang van ondernemingen, in relatie tot aanbestedingen'*. Hij heeft toen toegezegd de Stichting van de Arbeid te verzoeken om de zorg hierbij expliciet te betrekken.

Op 7 november 2013 hebben vervolgens betrokken partijen in de Achterhoek een akkoord gesloten waarbij is afgesproken dat TSN thuiszorg en Zorgkompas met ingang van 1 januari 2014 het vaste personeel van Sensire overnemen met behoud van hun arbeidsvoorwaarden. TSN thuiszorg is op 16 maart 2016 door de rechter failliet verklaard, waardoor samen met het overgenomen personeel van Sensire ruim 12.000 thuiszorgverleners hun baan dreigden te verliezen. Er is vervolgens samen met het ministerie van VWS en de vakbonden overleg gevoerd om te kijken of een faillissement nog af te wenden is dan wel een doorstart te realiseren is. Inmiddels is het grootste deel van het personeel overgenomen door andere thuiszorgorganisaties als Buurtzorg Nederland, AtHome First, Axxicom en Acteon Thuiszorg. Daarbij heeft een deel van het overgenomen personeel niet de arbeidsvoorwaarden - zoals die golden bij TSN - behouden.

Overigens heeft de staatssecretaris van VWS d.d. 4 december 2015 toegezegd dat er voor de thuiszorg 300 miljoen extra ter beschikking wordt gesteld.

Staatssecretaris Van Rijn heeft eerder al aangegeven dat de vraag of er sprake is van overgang van onderneming afhankelijk is van de constructie die daadwerkelijk gekozen wordt. Wanneer een andere instelling de zorg met personeel overneemt, zal sprake kunnen zijn van overgang van onderneming. Er is wetgeving op dit gebied en het is in het algemeen goed om die wetgeving te bekijken. Maar heel specifiek voor de zorg hangt het af van de concrete casus of er sprake is van overgang van onderneming.

Momenteel is een Algemene Maatregel van Bestuur in voorbereiding waarin geregeld wordt dat gemeenten een reële prijs moeten vaststellen voor Wmo-diensten (waaronder huishoudelijke hulp) die zij door derden laten uitvoeren. Deze prijs dient overeen te komen met de eisen aan de kwaliteit en continuïteit van de dienstverlening.

Bijlage 6: Overgang van arbeidsvoorwaarden bij aanbesteding, uitbesteding en (schijn)faillissement, en de gevolgen voor de transitievergoeding

Wat is geldend recht met betrekking tot de transitievergoeding (hierna te noemen: TV) bij:

1. overgang van onderneming in de zin van de Europese richtlijn,
2. overige vormen van overgang (contractwisseling etc.), en
3. faillissement en doorstart na faillissement naar huidig recht?

Ad 1.

Richtlijn overgang van ondernemingen zoals geïmplementeerd in het Nederlands recht:

Het Hof van Justitie (HvJ) heeft geoordeeld dat anciënniteit op zichzelf niet als een recht beschouwd wordt dat de overgenomen werknemers tegenover de verkrijger geldend kunnen maken. Echter - voor zover anciënniteit de basis vormt voor de berekening van financiële aanspraken jegens de vervreemder die overgaan op de verkrijger - moet de diensttijd wel in aanmerking worden genomen. Zie HvJ 14 september 2000, JAR 2000/225 en HvJ 6 september 2011, JAR 2011/262. Bij toepasselijkheid van de regeling overgang van ondernemingen zal voor de berekening van de TV derhalve ook rekening moeten worden gehouden met de diensttijd doorgebracht bij de vervreemder.

Ad 2.

In de *Wet werk en zekerheid* is geregeld dat in situaties van opvolgend werkgeverschap de diensttijd bij de vorige werkgever op diverse punten een rol speelt bij de opvolgende werkgever. Dit betekent dat in situaties van aanbesteding en uitbesteding ook nu al op grond van geldend recht de opgebouwde diensttijd voor de berekening van de TV meegaat naar de verkrijgende partij in al die situaties waarin sprake is van 'opvolgend werkgeverschap'.

Met betrekking tot de TV is dit geregeld in artikel 7:673 lid 4 BW:

Voor de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst, bedoeld in de leden 1 en 2, worden:

- a. maanden waarin de gemiddelde omvang van de door de werknemer verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen, tot het bereiken van de achttienjarige leeftijd buiten beschouwing gelaten; en*
- b. een of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen, die elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd, samengeteld. De vorige zin is eveneens van toepassing indien de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn.*

Ad 3.

Bij faillissement is er volgens de Nederlandse wet geen overgang van onderneming. Bij het Hof van Justitie ligt de vraag voor of dit zich wel verdraagt met artikel 5 lid 1 van de Europese richtlijn. Artikel 5 lid 2 zegt dat indien continuïteit van de onderneming wordt beoogd in plaats van liquidatie of indien sprake is van een niet voorbereide doorstart, lidstaten kunnen besluiten gebruik te maken van het specifieke regime voor een doorstart na faillissement.

In Nederland - waar de wetgever tot nu niet gekozen heeft voor toepassing van overgang van onderneming bij faillissement al dan niet met een specifiek regime - bepaalt artikel 7:673c lid

1 van het BW dat als de werkgever in staat van faillissement is verklaard de transitievergoeding niet langer verschuldigd is.

Wat nu in het geval van een doorstart? De rechtbank in Gelderland oordeelde in een recente zaak (15-01-2016, Constar Plastics BV) als volgt: Aangenomen moet worden (de rechtbank verwijst hier naar de wetsgeschiedenis) dat deze bepaling (artikel 7:673c lid 1) ertoe strekt dat de op de datum van faillissement reeds verschuldigde transitievergoeding niet langer betaald hoeft te worden. *“Deze bepaling strekt er naar het oordeel van de kantonrechter niet toe een ‘knip’ aan te brengen in het opvolgend werkgeverschap van voor en na het faillissement als het gaat om de arbeidsduur die meetelt voor de transitievergoeding. Dit betekent dat de volle arbeidsduur van voor de datum van het faillissement in dit geval meetelt voor de berekening van de transitievergoeding”*.

Sinds de inwerkingtreding van de nieuwe *Wet werk en zekerheid* is verduidelijkt dat ook bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel de doorstartende werkgever - indien deze na doorstart gaat reorganiseren - rekening moet houden met het arbeidsverleden van de werknemers bij de gefailleerde werkgever (zie bijlage 7).

Een en ander betekent dus op grond van geldend recht:

1. Bij overgang van onderneming gaat (de opgebouwde diensttijd voor de berekening van de) TV mee naar de nieuwe werkgever.
2. Bij aanbesteding en uitbesteding, waarbij de nieuwe werkgever redelijkerwijs ten aanzien van de verrichte arbeid als opvolgend werkgever moet worden beschouwd, gaat de (opbouw van de) TV mee.
3. Bij faillissement vervalt de TV voor degenen die op dat moment zijn of worden ontslagen. Bij doorstart zal meestal sprake zijn van opvolgend werkgeverschap (namelijk voortzetting binnen zes maanden) en gaat de (opbouw van de) TV mee.

Ook bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel moet rekening worden gehouden met de diensttijd bij de voorafgaande (gefailleerde) werkgever.

Bij de punten 2 en 3 moet worden opgemerkt dat met de invoering van de *Wet werk en zekerheid* vaker sprake is van opvolgend werkgeverschap dan voorheen. Men heeft bewust afscheid willen nemen van de rechtspraak van de Hoge Raad. Deze vereiste niet alleen dat de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst. Maar ook dat tussen de nieuwe en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid, in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever (HR 11 mei 2012, JAR 212/15 (Van Tuinen)). In verschillende artikelen van Boek 7 BW is nu expliciet bepaald dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap *‘on-geacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer’* (zie o.a. artikel 667 lid 5, artikel 668a lid 2 en artikel 673 lid 4 sub b, alsook artikel 15 lid 2 Ontslagregeling).

Bijlage 7: Afspiegelingsbeginsel en doorstart na faillissement per 1 juli 2015

Afspiegelingsbeginsel

In de ontslagprocedure bij UWV bepaalt het afspiegelingsbeginsel de ontslagvolgorde. Het afspiegelingsbeginsel houdt in dat de leeftijdsopbouw binnen deze functie voor en na de ontslagen zo veel mogelijk gelijk blijft. Per leeftijdsgroep moet de werkgever de werknemer met het kortste dienstverband als eerste voor ontslag voordragen.

Ook arbeidsverleden failliete ex-werkgever?

Bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel speelt de duur van de arbeidsovereenkomst dus een belangrijke rol. Daarom is na een doorstart van belang of het arbeidsverleden van de werknemers bij de failliete ex-werkgever meetelt.

Situatie tot 1 juli 2015: averechts effect

Tot 1 juli 2015 waren de Beleidsregels Ontslagtaak UWV van toepassing. Hoofdstuk 13, onderdeel 8 bevatte regels over 'doorstart tijdens faillissement'. Hierin was bepaald dat werknemers uit de gefailleerde onderneming die bij de doorstartende werkgever in dienst treden, hun dienstjaren bij de gefailleerde onderneming niet meenemen. De datum waarop het dienstverband bij de doorstartende werkgever aanvangt, gold als nieuwe datum indiensttreding. Een belangrijk argument daarvoor was volgens de beleidsregels dat het meenemen van de anciënniteitsrechten de doorstartende werkgever ervan kan weerhouden om bepaalde werknemers van de gefailleerde onderneming een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Dit uitgangspunt ligt ook ten grondslag aan artikel 7:666 BW waarin is bepaald dat de regels voor overgang van onderneming niet van toepassing zijn in geval van faillissement. Dit argument van het averechtse effect wordt ook genoemd in het zogenaamde Heiploeg-vonnis van de rechtbank Overijssel van 28 juli 2015. De Beleidsregels Ontslagtaak vermeldden verder dat *'Om geen drempel op te werpen die de doorstartende opvolgend werkgever ervan kan weerhouden een werknemer van de gefailleerde onderneming in dienst te nemen, acht UWV het redelijk om ook dan voor de berekening van de duur dienstverband uit te gaan van alleen de arbeidsovereenkomst(en) met de doorstartende onderneming. Het eerdere dienstverband met de gefailleerde onderneming telt dus niet mee voor de berekening van de duur dienstverband.'*

Situatie sinds 1 juli 2015

In artikel 7:669 lid 5 sub b BW is bepaald dat de Minister regels zal stellen voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen. De Beleidsregels Ontslagtaak UWV zijn echter per 1 juli 2015 vervallen. Hiervoor is per 1 juli 2015 de Ontslagregeling in de plaats gekomen. In de artikelen 11 t/m 16 zijn de regels opgenomen met betrekking tot het bepalen van de volgorde van ontslag. In artikel 15.1 van de Ontslagregeling staat dat bij de berekening van de duur van het dienstverband, voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen (met tussenpozen van maximaal zes maanden) worden samengevoegd. Artikel 15.2 voegt daar aan toe dat arbeidsovereenkomsten geacht worden elkaar te hebben opgevolgd indien een werknemer verschillende werkgevers had die redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn, ongeacht of in-

zicht bestond in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. Er wordt aangesloten bij de formulering van opvolgend werkgeverschap in de ketenbepaling en de transitievergoeding.

Uitzondering afspiegelingsbeginsel vervallen

De uitzondering ten aanzien van het afspiegelingsbeginsel in de Beleidsregels Ontslagtaak UWV is in de Ontslagregeling dus vervallen. Indien de doorstartende werkgever bijvoorbeeld zes maanden na de doorstart vanwege bedrijfseconomische redenen wil gaan reorganiseren (bijvoorbeeld omdat de omzet uit de doorstart tegenvalt of omdat er bij de doorstart teveel werknemers in dienst blijken te zijn genomen), dan dient hij bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel rekening te houden met het arbeidsverleden van de werknemers bij de gefailleerde werkgever. Als een bij een doorstart overgenomen werknemer hierdoor een arbeidsverleden heeft van bijvoorbeeld tien jaar, terwijl een werknemer die al bij de doorstartende werkgever in dienst is een arbeidsverleden heeft van acht jaar, kan het gevolg dus zijn dat overgenomen werknemer in dienst zal blijven en dat de werknemer die al in dienst was wordt ontslagen, ondanks de overgenomen werknemer pas zes maanden na de doorstart in de onderneming is gaan werken. Dit kan tot onbegrip bij werknemers leiden en spanningen en onrust op de werkvloer tot gevolg hebben.

Conclusie

Indien de doorstartende werkgever na de doorstart vanwege bedrijfseconomische redenen gaat reorganiseren, moet hij bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel rekening houden met het arbeidsverleden van de werknemers bij hun gefailleerde werkgever. Het gevolg hiervan kan zijn dat de doorstartende werkgever eerst zijn 'eigen werknemers' moet ontslaan. Overwegend wordt voor de doorstart echter een 'lege onderneming' in het leven geroepen.