

# Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: ‘no hay mayor dificultad que la poca voluntad’\*

R.M. Beltzer & B.C.L. Kanen

HvJ EU 7 augustus 2018, C-472/16, ECLI:EU:C:2018:646 (Colino Sigüenza/Ayuntamiento de Valladolid e.a.)

## 1 Inleiding

Richtlijn 2001/23<sup>1</sup> betreffende het behoud van rechten en verplichtingen bij overgang van onderneming bevat een ontslagverbod in artikel 4.<sup>2</sup> Dat is een logische bepaling in het licht van het doel van deze richtlijn: het beschermen van de arbeidsovereenkomsten<sup>3</sup> van werknemers in geval van overgang van onderneming. Van die bescherming, die haar uitwerking vooral vindt in het behoud van rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst, zou weinig terechtkomen indien werknemers ter gelegenheid van de overgang door de vervreemder of de verkrijger zouden kunnen worden ontslagen. De richtlijn maakt ontslag niet feitelijk onmogelijk: kan de werkgever – vervreemder of verkrijger – wijzen op ‘economische, technische of organisatorische redenen die gevolgen hebben voor de werkgelegenheid’, dan is een beëindiging van arbeidsovereenkomsten van het personeel dat aan de onderneming kan worden toegerekend, toegestaan.<sup>4</sup> De bepaling ziet, gezien haar bewoordingen, op ontslag en niet op wijziging van arbeidsvoorwaarden – daarvoor geldt de door het Europese Hof

\* De betekenis van dit Spaanse gezegde komt neer op: waar een wil is, is een weg.

- 1 Richtlijn 2001/23 van 12 maart 2001 (PbEG 22 maart 2001, L 82/16) 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 van vestigingen. Zie voor de implementatie van deze richtlijn in Nederland: artikelen 7:662-7:666a BW, artikel 7:670 lid 8 BW, artikel 14a Wet Cao, artikel 2a Wet AVV, alsmede enkele bepalingen in de Faillissementswet.
- 2 Aanvankelijk was deze bepaling niet in Nederlandse wetgeving omgezet. De wetgever was van mening dat de enkele overgang noch voor de kantonrechter een gewichtige reden, noch voor het GAB (en de CWI, voorlopers van het UWV) een grond voor het verlenen van een ontslagvergunning was. Zie de brief van 8 mei 1981 van de minister van Sociale Zaken aan de voorzitter van de Tweede Kamer, Kamerstukken II 1980/81, 15940, 13, p. 2. In 2002 is het opzegverbod alsnog (in artikel 7:670 lid 8 BW) opgenomen.
- 3 De richtlijn beschermt ook ‘arbeidsbetrekkingen’. Op het belang van deze toevoeging gaan wij in deze bijdrage niet in.
- 4 Deze ‘eto-redenen’ zijn niet geïmplementeerd in Nederlandse wetgeving. Hier komen wij in onze annotatie uitgebreid op terug.

van Justitie ontwikkelde leer dat wijziging ‘wegens de overgang’ niet is toegestaan.<sup>5</sup> Op dit verschil in benadering zullen wij later in ons artikel ingaan. Een op 7 augustus 2018<sup>6</sup> gewezen Spaanse zaak is het onderwerp van onze annotatie. Een muziekschool in Valladolid was gedwongen haar personeel te ontslaan omdat de gemeente Valladolid haar verplichting niet nakwam om eventuele financiële tekorten op te vangen. Toen de muzieklessen vervolgens door een andere muziekschool werden voortgezet, kwam de vraag aan de orde of de eerste muziekschool wel haar personeel had mogen ontslaan. Er geldt immers een opzegverbod wegens overgang van onderneming, tenzij de werkgever kan wijzen op ‘economische, technische of organisatorische redenen’ die ontslag rechtvaardigen. Kan hij dat niet, dan is het denkbare gevolg dat dat onterecht ontslagen personeel op grond van overgang van onderneming automatisch in dienst was gekomen bij de muziekschool die nu de lessen verzorgde. Het ging hier om de figuur van de *overgang in twee fasen*, een in de rechtspraak van het Hof van Justitie veelvoorkomend fenomeen. Samengevat komt die figuur erop neer dat indien een onderneming haar activiteiten staakt omdat een opdrachtgever het contract verbreekt, sprake kan zijn van een overgang van onderneming naar de nieuwe opdrachtnemer. Dat de oude en de nieuwe opdrachtnemer niet rechtstreeks met elkaar hebben gecontracteerd, is daarbij niet van belang. In feite kan dus een contractswissel een overgang van onderneming bewerkstelligen.<sup>7</sup> Op dat aspect gaan wij in deze annotatie niet nader in. Het is ons te doen om de balans tussen het opzegverbod bij overgang van onderneming en de mogelijkheid tot ontslag over te gaan – bijvoorbeeld wegens een personeeloverschot of omdat de financiële middelen na overgang ontbreken. Het is om die reden dat wij in onze annotatie uitgebreid zullen stilstaan bij de vraag naar de reikwijdte van het opzegverbod van artikel 4 van de richtlijn en de verhouding tot de zogenoemde ‘economische, technische of organisatorische redenen’ (hierna: *eto-redenen*) die een ontslag bij overgang van onderneming niettemin mogelijk maken. Eerst behandelen wij de casus en de uitspraak zelf.

## 2 Feiten en nationaal-procesverloop

### *HvJ EU 7 augustus 2018 – muziekonderwijs in Valladolid*

Colino Sigüenza werkte vanaf 11 november 1996 als muziekleraar bij de gemeentelijke muziekacademie te Valladolid. Aanvankelijk werd de academie rechtstreeks beheerd door het gemeentebestuur van Valladolid, dat Colino Sigüenza oorspronkelijk in dienst had genomen. Vanaf 1997 heeft het gemeentebestuur van Valladolid het rechtstreekse beheer van die academie beëindigd en heeft het opeenvol-

5 Kernuitspraak is HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86, ECLI:EU:C:1988:72 (Daddy’s Dance Hall).

6 HvJ EU 7 augustus 2018, C-472/16, ECLI:EU:C:2018:646 (Colino Sigüenza/Ayuntamiento de Valladolid e.a.).

7 Zie o.a. HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86, ECLI:EU:C:1988:72 (Daddy’s Dance Hall); HvJ EG 24 januari 2002, C-51/100, ECLI:EU:C:2002:48 (Temco); HvJ EG 20 november 2003, C-340/01, ECLI:EU:C:2003:629 (Sodexho); HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565 (Air Atlantis).

Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: 'no hay mayor dificultad que la poca voluntad'

gende openbare aanbestedingen uit voor de gunning van die dienst uitgeschreven. De opdracht werd gegund aan Músicos y Escuela, die vanaf dat moment tot en met 31 augustus 2013 de activiteit van de academie voortzette door het beheer over te nemen van de lokalen, het meubilair en de instrumenten die voor het verstrekken van die dienst nodig waren. Músicos y Escuela nam ook een deel van de werknemers over die in dienst waren genomen door dat gemeentebestuur, onder wie Colino Sigüenza. Als gemeentelijke muziekacademie werd die activiteit nog steeds beschouwd als een dienst die het gemeentebestuur van Valladolid aan de inwoners van de stad verstrekke.

Omdat het aantal leerlingen tijdens het schooljaar 2012/2013 was gedaald, kwamen de door de leerlingen voor muziekles betaalde bedragen niet langer overeen met het bedrag van de tegenprestatie die ten laste van het gemeentebestuur van Valladolid kwam op grond van de overeenkomst met Músicos y Escuela. Deze laatste vorderde om die reden van dat gemeentebestuur een bedrag van € 58.403,73 voor het eerste kwartaal van dat schooljaar en een bedrag van € 48.592,74 voor het tweede kwartaal. Nadat het gemeentebestuur van Valladolid had geweigerd die bedragen te betalen, verzocht Músicos y Escuela op 19 februari 2013 ontbinding van de overeenkomst en schadevergoeding wegens wanprestatie van dat bestuur. In antwoord daarop heeft het gemeentebestuur in augustus 2013 de overeenkomst ontbonden in het nadeel van Músicos y Escuela<sup>8</sup> op grond dat zij haar activiteiten had stopgezet vóór het einde van de overeengekomen termijn. In de daaropvolgende procedures in 2014 en 2015 heeft de Spaanse kamer voor bestuursgeschillen van het hooggerechtshof van Castilië en Leon geoordeeld dat het gemeentebestuur van Valladolid de met Músicos y Escuela gesloten overeenkomst niet was nagekomen, aangezien daarin was voorzien in een inkomensgarantie, ongeacht het aantal leerlingen. Voorts oordeelde deze rechter dat door deze garantie niet na te leven, het gemeentebestuur zelf had verhinderd dat Músicos y Escuela haar activiteiten voortzette, wat rechtvaardigde dat die overeenkomst in het nadeel van het gemeentebestuur werd ontbonden. De door Músicos y Escuela gevraagde schadevergoeding werd echter niet toegekend, omdat deze had besloten haar activiteiten eenzijdig stop te zetten vanaf 31 maart 2013 en daarmee haar verplichtingen niet was nagekomen.

Intussen had Músicos y Escuela vanaf 4 maart 2013 de 'periode voor onderhandelingen en overleg' ingeleid, wat in Spanje een noodzakelijke voorwaarde is om tot collectief ontslag over te gaan van het voltallige personeel vanwege de economische situatie die het gevolg was van het conflict met het gemeentebestuur. Op 27 maart 2013 besloot Músicos y Escuela, zonder toestemming van de werknemersvertegenwoordigers, het voltallige personeel collectief te ontslaan. Enkele maanden voor het einde van het lopende schooljaar zette Músicos y Escuela haar activiteit stop en zij heeft met ingang van 1 april de lokalen, instrumenten en de middelen die waren bestemd voor de werking van de gemeentelijke muziekacademie van Valladolid die haar in beheer was toevertrouwd, aan het gemeentebestuur van Valladolid teruggegeven. Op 4 april 2013 overhandigde Músicos y Escuela een

8 Wat dat precies meebrengt, wordt uit de uitspraak niet duidelijk.

ontslagbrief aan alle personeelsleden, onder wie Colino Sigüenza, met ingang van 8 april 2013. Die muziekschool werd op 30 juli 2013 failliet verklaard.

Intussen had het gemeentebestuur van Valladolid in augustus 2013 het beheer van de gemeentelijke muziekkacademie van Valladolid toevertrouwd aan In-pulso Musical, waaraan het, net als bij Músicos y Escuela, het gebruik van de lokalen, instrumenten en de vereiste middelen had toegekend. In-pulso Musical ving haar activiteiten in september 2013 aan, voor het schooljaar 2013/2014. Na een nieuwe aanbestedingsprocedure gunde het gemeentebestuur van Valladolid die opdracht opnieuw aan In-pulso Musical voor de schooljaren 2014/2015 en 2015/2016. Geen van de werknemers die voorheen bij die gemeentelijke muziekkacademie werkten en die door Músicos y Escuela collectief waren ontslagen, werden door In-pulso Musical in dienst genomen.

Colino Sigüenza stelde bij de arbeidsrechter in het arrest Valladolid/Músicos y Escuela, het gemeentebestuur van Valladolid en In-pulso Musical beroep in tegen zijn ontslag. Dit beroep werd bij arrest van 30 september 2015 verworpen.<sup>9</sup> Voorts oordeelde deze arbeidsrechter dat In-pulso Musical niet in de plaats was getreden van Músicos y Escuela als werkgever van Colino Sigüenza, aangezien er bijna vijf maanden waren verstreken tussen zijn ontslag en het moment waarop In-pulso Musical het beheer van de gemeentelijke muziekkacademie van Valladolid had overgenomen.<sup>10</sup> Colino Sigüenza stelde tegen die beslissing hoger beroep in bij de verwijzende rechter, de Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. Daar voerde hij, onder andere, aan dat in casu een overgang van onderneming aan In-pulso Musical had plaatsgevonden, op grond waarvan de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst niet kon worden gerechtvaardigd. De Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León schorste de zaak en verzocht het Europese Hof van Justitie om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- ‘1 Is er sprake van een “overgang” in de zin van richtlijn 2001/23 wanneer de opdrachtnemer aan wie in het kader van een aanbesteding voor diensten het beheer van een gemeentelijke muziekkacademie is toevertrouwd, aan wie het gemeentebestuur alle materiële middelen (ruimten, instrumenten, leslokalen, meubilair) ter beschikking stelt, die zijn eigen personeel in dienst neemt en die zijn diensten per schooljaar verleent, zijn activiteiten beëindigt per 1 april 2013, dat wil zeggen twee maanden vóór het einde van het schooljaar, en alle materiële middelen teruggeeft aan het gemeentebestuur, dat de activiteiten niet hervat om het schooljaar 2012/2013 af te ronden, maar na een nieuwe aanbesteding de opdracht gunt aan een nieuwe opdrachtnemer, die de activiteiten hervat in september 2013, bij aanvang van het nieuwe schooljaar 2013/2014, met het oog waarop de gemeente hem de noodzakelijke materiële midde-

9 Dit hing samen met een parallel lopende procedure gericht tegen het collectieve ontslag. Hierop gaan wij in deze annotatie niet in.

10 We zien hier in feite het speciale belang van een van de Spijkers-factoren (Spijkers/Benedik, HvJ EG 18 maart 1986, C-24/85, ECLI:EU:C:1986:127), te weten of de onderneming heeft stilgelegd en zo ja, hoelang dat heeft geduurd, de doorslag geeft.

Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: 'no hay mayor dificultad que la poca voluntad'

- len (ruimten, instrumenten, leslokalen, meubilair) heeft overgedragen waarover voorheen de vorige opdrachtnemer beschikte?
- 2 Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, moet in de beschreven omstandigheden – waarin de eerste opdrachtnemer zich door de wanprestatie van de opdrachtgever (het gemeentebestuur) genoopt ziet zijn activiteiten te beëindigen en het voltallige personeel te ontslaan, en de opdrachtgever vervolgens de materiële middelen overdraagt aan een tweede opdrachtnemer, die de activiteiten voortzet – artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23 dan aldus worden uitgelegd dat het ontslag van de werknemers van de eerste opdrachtnemer heeft plaatsgevonden, om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen of is dit ontslag het gevolg van, de overgang van de onderneming, vestiging of onderdeel van de onderneming of vestiging, welke ontslaggrond bij dat artikel wordt verboden?
- 3 (...)<sup>11</sup>

*Conclusie van A-G Tanchev en het oordeel van het Hof*

Over de conclusie van A-G Tanchev zullen wij kort zijn. De leer over ontslagbescherming wordt in slechts een paar zinnen behandeld (overwegingen 93-97). Hij beoordeelt de situatie rondom het ontslag bij de muziekschool als 'onprobleematisch' en overweegt dat geen oorzakelijk verband bestaat tussen dit ontslag en de overgang (overweging 96). Tanchev concludeert:

'Artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23 moet aldus worden uitgelegd dat in de omschreven omstandigheden – waarin de eerste opdrachtnemer zich door de wanprestatie van de opdrachtgever (de gemeente) genoopt ziet zijn activiteiten te beëindigen en het voltallige personeel te ontslaan, en waarin de opdrachtgever vervolgens de materiële middelen overdraagt aan een tweede opdrachtnemer, die dezelfde activiteiten voortzet – het ontslag van de werknemers van de eerste opdrachtnemer plaatsvond, om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen en niet het gevolg was van "de overgang van de onderneming, vestiging of onderdeel van de onderneming of vestiging", welke ontslaggrond bij dat artikel wordt verboden.'

Evenmin was de A-G van oordeel dat sprake was geweest van een overgang van onderneming (de eerste vraag):

'89. Mijns inziens levert de weging van de factoren in deze zaak een duidelijk resultaat op: gesteld dat vóór de transactie een eenheid bestond, dan heeft deze eenheid haar identiteit niet behouden toen In-pulso [de nieuwe muziekschool; RMB/BK] de activiteit overnam.

90. De materiële middelen werden weliswaar overgedragen maar geen enkel personeelslid werd overgenomen, hoewel in het geval van een muziekschool

11 De derde vraag betrof collectief ontslag; zoals vermeld gaan wij daar in deze annotatie niet op in.

niet alle personeelsleden buiten beschouwing kunnen worden gelaten. Bovendien werd de concessie, als het belangrijkste immateriële vermogensbestanddeel dat onmisbaar is om de activiteit van de eenheid, te weten het beheer van de School, te kunnen uitvoeren, niet overgedragen: In-pulso heeft een concessie maar het verkreeg die niet van de vervreemder, noch rechtstreeks, noch indirect met het gemeentebestuur als tussenpersoon. Het feit dat de School gedurende vijf maanden niet functioneerde, heeft echter kennelijk niet tot een breuk geleid die aan een overgang in de weg zou kunnen staan.

91. Aangezien de vraag is of de identiteit bewaard is gebleven, kunnen alleen onbeduidende elementen buiten beschouwing worden gelaten wanneer een activiteit door een andere persoon wordt overgenomen: er kan geen sprake zijn van een overgang wanneer slechts een deel of een bepaald percentage van de eenheid is overgenomen. Veeleer moet de eenheid als zodanig in haar geheel moet worden overgedragen. In de onderhavige zaak werd noch het personeel, noch de concessie overgedragen; alleen de materiële activa werden overgedragen nadat zij van de andere activa waren gescheiden. Aldus kan niet worden aangenomen dat de eenheid vóór de gunning en die na de gunning van de nieuwe overeenkomst identiek zijn aan elkaar.

92. Ik ben dus van mening dat in casu geen sprake is van een overgang.’

De A-G legt dus onder meer de focus op het niet overgaan van personeel.<sup>12</sup>

Het Hof van Justitie volgt de A-G niet in zijn conclusie. Ten aanzien van de eerste vraag verwijst het Hof naar een eerdere – evenzeer Spaanse – zaak om in herinnering te brengen dat hij al eerder meermaals heeft geoordeeld dat de werkings sfeer van Richtlijn 2001/23 zich uitstrekt tot alle gevallen waarin in het kader van contractuele betrekkingen een wijziging plaatsvindt in de natuurlijke of rechtspersoon die de onderneming exploiteert en die uit dien hoofde als werkgever verplichtingen heeft ten aanzien van de werknemers van de onderneming, waarbij niet van belang is of de eigendom van de materiële activa is overgedragen.<sup>13</sup> Het beslissende criterium voor de vraag of sprake is van een overgang in de zin van die richtlijn, is dus het feit dat de betreffende entiteit haar identiteit behoudt, wat met name blijkt uit de daadwerkelijke voortzetting of de hervatting van de exploitatie ervan;<sup>14</sup> daarbij dient men de Spijkers-factoren<sup>15</sup> te wegen. Het is dan van belang of men met de zogenoemde kapitaalintensieve of arbeidsintensieve sector van doen heeft: het Hof heeft in dat verband geoordeeld dat in een sector waarin

12 De A-G gaat op meer aspecten in, zoals het feit dat het om kortlopende contracten gaat, en dat de richtlijn daar niet voor is geschreven en dat het personeel er daarom niet op mag vertrouwen dat van een overgang van onderneming sprake zal zijn indien een andere opdrachtnemer de werkzaamheden voortzet (overweging 64). Hoe interessant en aansprekend dit moge zijn, een dergelijk standpunt is al eerder verwoord door A-G Geelhoed in, o.a., de zaak Temco (HvJ EG 24 januari 2002, C-51/100, ECLI:EU:C:2002:48), en het Hof nam dit standpunt niet over.

13 HvJ EU 26 november 2015, C-509/14, EU:C:2015:781 (Aira Pascual en Algeposa Terminales Ferroviarios), punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

14 HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, EU:C:2015:565 (Ferreira da Silva e Brito e.a.), punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

15 Naar het arrest Spijkers/Benedik, HvJ EG 18 maart 1986, C-24/85, ECLI:EU:C:1986:127.

Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: 'no hay mayor dificultad que la poca voluntad'

de activiteit in wezen op handarbeid berust, de identiteit van een economische eenheid niet kan worden behouden indien de vermeende verkrijger niet vrijwel al het personeel overneemt. In een sector waar uitrusting de voornaamste factor bij de activiteit is, is daarentegen het feit dat de nieuwe ondernemer niet het personeel overneemt dat zijn voorganger voor de uitvoering van dezelfde activiteit had ingezet, niet voldoende om uit te sluiten dat sprake is van overgang van een eenheid met behoud van haar identiteit in de zin van Richtlijn 2001/23.<sup>16</sup>

Wat de muziekschool aangaat: de materiële middelen, zoals de muziekinstrumenten, de installaties en de lokalen, lijken noodzakelijk te zijn voor de uitoefening van de betrokken economische activiteit, te weten: het beheer van een muziekacademie. In casu staat vast dat het gemeentebestuur van Valladolid de nieuwe opdrachtnemer alle materiële middelen die het aan de vorige opdrachtnemer had toegewezen, ter beschikking heeft gesteld. Het gaat hier volgens het Hof niet om een activiteit die in hoofdzaak op handarbeid berust. Omdat die activiteit een aanzienlijke uitrusting vereist, kan op grond van de loutere omstandigheid dat Impulso Musical de werknemers van Músicos y Escuela niet heeft overgenomen, niet worden uitgesloten dat sprake is van overgang van een onderneming in de zin van Richtlijn 2001/23.

Evenmin relevant is dat de materiële activa steeds eigendom zijn geweest van het gemeentebestuur van Valladolid, nu niet van belang is of de eigendom van de materiële activa is overgedragen.<sup>17</sup> Een weging van de Spijkers-factoren leidt tot een voor Colino Sigüenza gunstig oordeel. 'Zo is er het feit dat Impulso Musical de leerlingen van Músicos y Escuela heeft overgenomen en zij vanaf september 2013 de door Músicos y Escuela tot en met 1 april 2013 verstrekte dienstverlening heeft voortgezet' (r.o. 40), en bovendien volgt uit de rechtspraak van het Hof dat de omstandigheid dat de onderneming haar activiteit gedurende enkele maanden tijdelijk heeft onderbroken, niet uitsluit dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde economische entiteit haar identiteit heeft behouden en dus evenmin dat sprake is van een overgang van de onderneming in de zin van die richtlijn.<sup>18</sup> Dat geldt met name in een situatie als deze, waarin de onderneming haar activiteit weliswaar gedurende vijf maanden heeft onderbroken, maar drie van die vijf maanden schoolvakantie waren.

Het Hof concludeert dat op de eerste vraag moet worden geantwoord dat artikel 1 lid 1 Richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat die richtlijn van toepassing is op een situatie als aan de orde in het hoofdgeding, waarin de opdrachtnemer aan wie in het kader van een aanbesteding voor diensten het beheer van een gemeentelijke muziekacademie is toevertrouwd, en aan wie het gemeentebestuur alle voor de uitoefening van die activiteit noodzakelijke materiële middelen ter beschikking had gesteld, die activiteit twee maanden vóór het einde van het lopende schooljaar beëindigt, het personeel ontslaat en al die materiële middelen

16 HvJ EU 26 november 2015, C-509/14, EU:C:2015:781 (Aira Pascual en Algeposa Terminales Ferroviarios), punt 35 en punt 41 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

17 Dit vormt vaste rechtspraak van het Europese Hof. Zie o.a. HvJ EG 20 november 2003, C-340/01, ECLI:EU:C:2003:629 (Abler/Sodexho).

18 HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, EU:C:2015:565 (Ferreira da Silva e Brito e.a.), punt 31.

teruggeeft aan het gemeentebestuur, dat een nieuwe aanbesteding uitschrijft, maar uitsluitend voor het nieuwe schooljaar, en de nieuwe opdrachtnemer dezelfde materiële middelen verstrekt.

De tweede vraag betreft die naar de aanwezigheid van eto-redenen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald, op Richtlijn 2001/23 enkel een beroep worden gedaan door werknemers die op het tijdstip van de overgang een arbeidsovereenkomst (of arbeidsbetrekking) hebben. Of er op dat tijdstip al dan niet een arbeidsovereenkomst bestaat, moet worden uitgemakt aan de hand van het nationale recht, evenwel met inachtneming van de dwingende voorschriften van de richtlijn betreffende de bescherming van de werknemers tegen ontslag wegens de overgang.<sup>19</sup> Werknemers wier arbeidsovereenkomst in strijd met artikel 4 lid 1 Richtlijn 2001/23 is beëindigd met ingang van een datum vóór die van de overgang, moeten worden geacht op de datum van de overgang nog steeds in dienst van de onderneming te zijn, hetgeen met name tot gevolg heeft dat de verplichtingen van de werkgever jegens hen van rechtswege van de vervreemder op de verkrijger overgaan. Of de overgang, in strijd met artikel 4 lid 1 Richtlijn 2001/23, de enige reden was voor het ontslag, moet worden bepaald op basis van de objectieve omstandigheden waarin het ontslag is gegeven.<sup>20</sup>

Het ontslag van Colino Sigüenza vond plaats geruime tijd voordat de activiteit aan In-pulso Musical werd overgedragen. Die onderbreking was het gevolg van het feit dat Músicos y Escuela in de onmogelijkheid verkeerde haar personeel uit te betalen omdat het gemeentebestuur van Valladolid de bepalingen van de overeenkomst met Músicos y Escuela niet was nagekomen. 'Die omstandigheden lijken dus te pleiten voor de stelling dat het personeel van Músicos y Escuela is ontslagen om "economische, technische of organisatorische redenen" in de zin van artikel 4 lid 1 Richtlijn 2001/23, mits evenwel de omstandigheden die tot het ontslag van alle werknemers hebben geleid en de tardieve aanwijzing van een nieuwe dienstverlener geen doelbewuste maatregelen zijn die ertoe strekken die werknemers de rechten te ontnemen die zij aan Richtlijn 2001/23 ontnemen, wat door de verwijzende rechter dient te worden nagegaan.'

### 3 Annotatie

De zaak behandelt twee aspecten van de richtlijn inzake overgang van onderneming: wanneer een 'onderneming' overgaat, en hoever de ontslagbescherming reikt die de richtlijn biedt. Op het eerste aspect gaan wij in deze annotatie niet nader in: dat betreft het ondernemingsbegrip, en duidelijk is dat het Hof van oordeel is dat een muziekschool, net als catering,<sup>21</sup> busvervoer<sup>22</sup> en het uitvoeren van

19 HvJ EG 15 juni 1988, C-101/87, EU:C:1988:308 (Bork International e.a.), punt 17.

20 HvJ EG 12 maart 1998, C-319/94, EU:C:1998:99 (Dethier Équipement), punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

21 HvJ EG 20 november 2003, C-340/01, ECLI:EU:C:2003:629 (Sodexho).

22 HvJ EG 25 januari 2001, C-172/99, ECLI:EU:C:2001:59 (Finse busmaatschappijen - Liikenne).



Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: 'no hay mayor dificultad que la poca voluntad'

passagiersvluchten,<sup>23</sup> 'kapitaalintensief' is – het Hof oordeelt immers dat handenarbeid niet de belangrijkste factor is bij deze activiteit. Gaan activa 'van betekenis' over, dan is al snel voldaan aan de eis dat de onderneming haar identiteit heeft behouden. Voor een nadere uiteenzetting over het ondernemingsbegrip verwijzen wij naar eerdere annotaties in deze uitgave.<sup>24</sup>

De uitspraak ziet, zoals in de inleiding reeds vermeld, ook op de onzekerheid die Richtlijn 2001/23 kan veroorzaken ten aanzien van ontslagbescherming en, als andere zijde van dezelfde medaille, de mogelijkheid na overgang wijzigingen door te voeren in het personeelsbestand. Het oordeel van het Hof van Justitie over ontslagbescherming is op zichzelf beschouwd niet zeer opzienbarend, maar roept wel in algemene zin vragen op over de balans tussen ontslagbescherming en ontslagopties. Die vragen bestaan al langer, juist ook doordat het aantal uitspraken erover schaars is. Nederlandse rechters leggen, waarschijnlijk mede daardoor, deze ontslagbescherming niet eenduidig uit. De verhouding tot bedrijfseconomische redenen – de huidige a-grond van artikel 7:669 Burgerlijk Wetboek (BW) – is niet scherp. Dit zijn voor ons redenen de ontslagbescherming van artikel 4 van de richtlijn onder de loep te nemen.

Het Hof oordeelde dat eto-redenen voor de muziekschool bestonden, mits kon worden aangetoond dat geen sprake was van een vooropgezet plan om werknemers zo hun rechten op grond van overgang van onderneming te ontnemen. Die laatste toevoeging is 'nieuw', maar logisch: doelgerichte machinaties van een derde zouden geen eto-redenen mogen veroorzaken. Het tijdsverloop tussen ontslag en overgang waren voorts voor het Hof een aanwijzing dat daadwerkelijk eto-redenen bestonden. Laten wij eerst de reikwijdte van eto-redenen proberen vast te stellen, zodat een oordeel mogelijk is over de toepassing van het Hof ervan op de casus. Daarna zullen wij de uitkomst hiervan vergelijken met de mogelijkheid arbeidsvoorwaarden te wijzigen. De richtlijn koppelt eto-redenen niet aan deze mogelijkheid. Wij zien echter, zoals wij hierna zullen uitleggen, ruimte deze vergelijking te maken.

### 3.1 Eto-redenen: wet en rechtspraak

- *Tekst van en toelichting bij de richtlijnbevestiging*

Voor de uitleg van 'economische, technische of organisatorische redenen' dienen wij ons te richten naar hetgeen de richtlijn (en haar voorgangers) en de daarop gebaseerde rechtspraak daarover leren. Zoals onder meer Even heeft aangetoond, ontbreekt een heldere definitie.<sup>25</sup> Andere Europese richtlijnen op het terrein van

23 HvJ EU 9 september 2015, C-160/14, ECLI:EU:C:2015:565 (Air Atlantis).

24 Zie o.a. R.M. Beltzer, Overgang van onderneming: de weging van de Spijkers-factoren, ArA 2005, p. 46-60; E.N. Franx-Schaap & M.L. Lennarts, Overgang van onderneming in de cateringbranche. Of hoe een kijkje in de keuken cruciaal wordt, ArA 2004/1, p. 69; I.A. Haanappel-van der Burg, Overgang van onderneming in de luchtvaartsector - with arms wide open?, ArA 2016/2, p. 76-93.

25 J.H. Even, Ontslagbescherming bij overgang van onderneming, in: Het reorganiserend vermogen van het arbeidsrecht in beweging, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017, p. 27-54. De term 'economische, technische of organisatorische redenen' komt in Nederlandse regelgeving in het geheel niet voor.

bescherming van werknemers bieden geen handvat, al was het maar omdat zij een andere achtergrond hebben dan bescherming bij overgang van onderneming (zoals richtlijnen inzake insolventie en medezeggenschap). Een verwante richtlijn is die inzake collectief ontslag,<sup>26</sup> maar deze heeft het slechts over 'ontslag door een werkgever om één of meer redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer'. In ons nationale recht komt de term 'bedrijfseconomische redenen' het dichtst in de buurt (waarover later meer).<sup>27</sup>

De geschiedenis van de toepassing van eto-redenen leert ons het volgende. In het oorspronkelijke artikel 4 van het voorstel<sup>28</sup> voor wat nu Richtlijn 2001/23 is, stond het volgende opgenomen over ontslagbescherming:

- 1 De fusie van vennootschappen of de overdracht van vestigingen vormen op zichzelf geen reden voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de cedent of de verwerver. Bovenstaande bepalingen zijn niet van toepassing op ontslagen welke noodzakelijk zijn wegens dwingende interne vereisten ten gevolge van de fusie van vennootschappen of de overdracht van vestigingen.
- 2 De juridische gevolgen van een onregelmatig ontslag, zoals in lid 1 omschreven, worden vastgelegd door de wettelijke, bestuursrechtelijke en administratieve bepalingen van de Lid-Staten. De schadeloosstellingen en andere wettelijke verplichtingen welke door de wettelijke, bestuursrechtelijke en administratieve bepalingen van de Lid-Staten bij ontslag worden opgelegd, worden niet gewijzigd.
- 3 Indien de werknemer de arbeidsovereenkomst beëindigt op grond van het feit dat een fusie van vennootschappen of een overdracht van vestigingen voor hem een ingrijpende wijziging heeft meegebracht van zijn arbeidsvoorwaarden, wordt deze beëindiging beschouwd alsof zij was geschied door toedoen van de werkgever.'

De relevante term luidt hier '(noodzakelijk wegens) *dwingende interne vereisten* [onze cursivering; RMB/BK] ten gevolge van de fusie (...) of de overdracht (...)'. Hiermee is aangesloten bij de in andere jurisdicties/talen gekozen terminologie. In de Engelse versie wordt gesproken van 'pressing business reasons', in het Duits gaat het om ontslagen die 'aus dringenden betrieblichen Erfordernissen' voortvloeien en in het Frans over '*nécessités internes impérieuses*'.

In de toelichting op het voorstel voor de richtlijn is ten aanzien van artikel 4 onder meer het volgende na te lezen. Wij citeren rijkelijk uit deze toelichting, nu dit het enige, ons bekende, document vormt waarin de verhouding tussen het ontslagverbod en de ontslagmogelijkheid aan de orde komt. Nadat is vermeld dat

26 Zie artikel 1 Richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag, OJ L 225, 12.8.1998, p. 16-21.

27 R.M. Beltzer, De LAT-relatie tussen ETO- en bedrijfseconomische redenen, TRA 2010/77.

28 Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen 1974, C 104.

Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: 'no hay mayor dificultad que la poca voluntad'

de overgang op zichzelf<sup>29</sup> geen reden vormt voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, vervolgt de commissie:

'Economisch gezien is het echter volmaakt logisch dat aan het bedrijfshoofd de mogelijkheid wordt gelaten om bij een fusie van vennootschappen of een overdracht van vestigingen over te gaan tot wijzigingen in de organisatie van de onderneming of in de produktie en om in de vestigingen die werden overgenomen maatregelen op het stuk van rationalisatie e.d. door te voeren. Dit zal vooral van belang zijn in die gevallen waarin met de overdracht sanering werd beoogd van ondernemingen die in moeilijkheden verkeren. In dergelijke omstandigheden kunnen hieruit voor de personen die in de getroffen vestigingen werkzaam zijn kwantitatieve of kwalitatieve repercussies voortvloeien en het ontslag van sommige werknemers zou wel eens onvermijdelijk kunnen blijken te zijn.

Dit komt tot uitdrukking in de tweede zin van lid 1, op grond waarvan ontslagen welke noodzakelijk zijn wegens dwingende interne vereisten niet vallen onder het hierbedoelde verbod. De auteurs van het voorstel hebben er met opzet van afgezien een opsomming te geven van deze interne vereisten. Deze vereisten kunnen immers naargelang de omstandigheden zo sterk variëren dat een dergelijke opsomming alleen maar verwarrend zou werken. Het ligt primair op de weg van de wetgever en van de rechterlijke instanties in de Lid-Staten aan te geven wat onder dwingende interne vereisten moet worden verstaan.

Overeenkomstig hetgeen met het richtlijn-voorstel wordt beoogd, mogen deze interne vereisten echter alleen dan als reden voor ontslag worden aangevoerd, wanneer alle overige mogelijkheden welke de onderneming ter beschikking staan, zoals b.v. een verandering van werkkring, eventueel gepaard gaande met maatregelen inzake aanpassing en omschakeling werden onderzocht. Men mag geredelijk aannemen dat de in artikel 8 bedoelde procedure voor informatie en raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers voor de betrokkenen een geschikt instrument vormt om dienaangaande tot akkoorden te komen voor het oplossen van de vraagstukken.'

In het gewijzigde voorstel van 25 juli 1975 zijn de bewoordingen van de betreffende bepaling (daar: artikel 6) en de toelichting erbij vrijwel woordelijk gelijk. De term 'economische, technische of organisatorische redenen' is later toegevoegd, ten faveure van de term 'dwingende interne vereisten', omdat de laatste term te veel ruimte voor interpretatie zou laten.<sup>30</sup>

Een aantal zaken in de toelichting valt op. Ten eerste wordt de term 'rationalisatie e.d.' gebruikt. Dit lijkt op de later opgenomen term 'economische, technische of organisatorische redenen' en wij lezen dit zo, dat het een ondernemer vrij moet staan (voor en) na de overgang die wijzigingen door te voeren die de bedrijfsvoe-

29 De onderstreping is van de Commissie zelf.

30 Zie Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen 1975, C 95, p. 14. Hoe de term 'eto-redenen' niet tot een vergelijkbaar verschil in interpretatie zou kunnen leiden, ontgaat ons.

ring efficiënter maken. Een dergelijke uitzondering lijkt de commissie ‘volmaakt logisch’. Vervolgens wordt daaraan toegevoegd dat dit ‘vooral’ van belang zal zijn in die gevallen waarin met de overdracht sanering werd beoogd van ondernemingen die in moeilijkheden verkeren. Dit wijst op een ruimere benadering van de uitzondering op het ontslagverbod dan alleen gevallen als sanering.<sup>31</sup> Zo komen de Nederlandse bedrijfseconomische redenen van artikel 7:669 lid 3 onder a BW erg dichtbij. Niettemin wringt deze uitleg met de in alle talen voorkomende eis van *dwingendheid* dan wel *noodzaak* voor ontslag. Het is immers zeer goed denkbaar dat een ontslag niet zozeer dwingend is – iemand op de loonlijst houden en werk verschaffen is tot op zekere hoogte altijd wel mogelijk, zoals men in Midden- en Oost-Europa voor 9 november 1989 in ruime mate heeft kunnen waarnemen –, maar dat rationalisatie-overwegingen meebrengen dat een ontslag ‘volmaakt logisch’ is. Zouden wij een keuze moeten maken, dan kiezen wij niettemin voor de eerste uitleg, om de eenvoudige redenen dat er meer passages zijn te vinden die deze uitleg ondersteunen. Deze uitleg is niet in strijd met het doel van de richtlijn, die immers juist een balans poogt te slaan tussen werkgevers- en werknemersbelangen, zoals het Hof meermalen heeft geoordeeld.<sup>32</sup> Een dergelijke soepele uitleg van eto-redenen is ook uit het arrest te halen: het Hof bekommert zich amper om de opgegeven redenen voor ontslag, maar geeft de Spaanse rechter de opdracht te onderzoeken of geen sprake is geweest van een vooropgezet plan om werknemers bescherming te onthouden.

Ten tweede biedt de laatste alinea een interessante parallel met de in 2015 doorgevoerde wijzigingen in het Nederlandse ontslagrecht (de Wet werk en zekerheid (Wwz)), waarin een herplaatsingsplicht is opgenomen in artikel 7:669 lid 1 BW. Bij overgang van onderneming bestond die eis volgens de Europese wetgever blijkbaar al vanaf het begin. Hetzelfde geldt voor de in de toelichting genoemde ‘aanpassing en omschakeling’ (in een latere versie: ‘aanpassings- en omscholingsmaatregelen’) als wij daarin, in modernere termen verwoord, de plicht tot (om)scholing mogen lezen. Ontslag wegens eto-redenen is dus pas aan de orde als alle interne alternatieven zijn uitgeput. Interessant in dat verband is ook dat voor het oplossen van vraagstukken die hierbij ontstaan, de procedure voor informatie en raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers (tegenwoordig artikel 7 van de richtlijn) volgens de commissie een geschikt instrument vormt om ‘dienaangaande tot akkoorden te komen’.<sup>33</sup> Deze toelichting van de commissie laat ruimte voor de uitleg dat hetzij in overleg met de bonden, hetzij met een ondernemingsraad afspraken worden gemaakt over ontslag wegens eto-redenen. De vraag is vervolgens hoe zich dit verhoudt tot enkele arresten van het Hof, in het bijzonder *Daddy’s Dance Hall* en *d’Urso*, waarin is bepaald dat de regels rondom overgang van onderneming dwingend zijn, ook voor de vakbonden die de werknemers vertegenwoordigen, en dat partijen derhalve niet van Richtlijn 2001/23

31 Zie de eerder aangehaalde bijdrage van Even, die (op p. 35) spreekt van ‘smalle ontslagbescherming’.

32 Zie o.a. de zaken *Parkwood* (HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521) en *Scattolon* (HvJ EU 6 september 2011, C-108/10, ECLI:EU:C:2011:542).

33 COM(74)351 def., p. 8 en COM(75)429N, p. 9.

Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: 'no hay mayor dificultad que la poca voluntad'

kunnen afwijken bij wege van akkoorden met de vervreemder of verkrijger over de modaliteiten van de overgang.<sup>34</sup> Tegelijkertijd wordt in d'Urso overwogen dat de richtlijn geen beletsel vormt voor ontslagen wegens economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen.<sup>35</sup> De invulling van wat eto-redenen zijn, is in de richtlijn juist aan het nationale recht, waaronder eventueel via een collectieve overeenkomst, overgelaten.<sup>36</sup> Als daarvan gebruik wordt gemaakt, dan wordt dus niet afgeweken van de richtlijn, maar wordt juist gebruikgemaakt van een bevoegdheid die de richtlijn(geschiedenis) zelf biedt. De arresten Daddy's Dance Hall en d'Urso staan hieraan dus niet in de weg. Nederland heeft artikel 7 van de richtlijn overigens niet separaat geïmplementeerd, omdat hierin al werd voorzien door het adviesrecht van artikel 25 in de Wet op de ondernemingsraden, alsook door de SER-Fusiegedragsregels.

Ten derde verdient het hiervoor genoemde voorbeeld van de onderneming in problemen die volgens de commissie een sanering moet kunnen doorvoeren, nadere consideratie. Deze expliciete opmerking is interessant in het licht van de recente, Nederlandse discussie over doorstart in brede zin.<sup>37</sup> Ter consultatie ligt momenteel het Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement voor, waarin onder meer recht wordt gedaan aan de Smallsteps-uitspraak van het Hof van Justitie<sup>38</sup> en waarin gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden die het huidige artikel 5 lid 2 van Richtlijn 2001/23 biedt: het aanpassen van arbeidsvoorwaarden en/of het niet laten overgaan van oude schulden op de verkrijger.<sup>39</sup> De verkrijger behoeft ingevolge het voorgestelde artikel 7:666b lid 2 BW personeel niet mee over te nemen indien hij daarvoor bedrijfseconomische redenen heeft. In het wetsvoorstel wordt deze bedrijfseconomische grond van artikel 7:669 lid 1 onder a BW gelijkgesteld aan de in artikel 4 lid 1 van de richtlijn genoemde eto-redenen. Wij denken dat dat juridisch vrijwel steeds te verdedigen is, zeker nu de Nederlandse wet, zoals gezegd, een herplaatsingsplicht kent, met de toevoeging – die ook op p. 12 van de memorie van toelichting voorkomt – dat het moet gaan om *op feiten* berustende bedrijfseconomische omstandigheden. Hiermee wordt aangesloten bij de eis dat er voor de verkrijger bijkomende omstandigheden moeten zijn – dus niet alleen maar de overgang als zodanig – die een ontslag om eto-redenen rechtvaardigen (waarmee weer wordt aangesloten bij de eisen die de Europese wetgever in de jaren zeventig formuleerde – er moeten een *rationale* zijn). In onze optiek ontstaat hierdoor overigens nog een (klein) verschil met de normale toe-

34 HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994/168 (d'Urso), punten 16 en 17.

35 HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994/168 (d'Urso), punt 19.

36 COM(75)429N, p. 9.

37 Voor een nuttig overzicht en een goede analyse van dit thema verwijzen wij naar het recente proefschrift van J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie* (diss. UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 6. Zie hierover ook het onderzoek dat de VU uitvoerde: W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal & D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie: een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, Vrije Universiteit Amsterdam 2015.

38 HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.

39 Het wetsvoorstel heeft nog geen nummer. Zie voor de tekst van het wetsvoorstel, alsmede de reacties erop [www.internetconsultatie.nl/overgang\\_van\\_onderneming\\_in\\_faillissement](http://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement).

passing van de a-grond. Het alleen maar willen afslanken van de onderneming, dus zonder saneringsnoodzaak, zal, als wij de rechtspraak van het Hof goed hebben gelezen, geen eto-reden vormen, maar zal wel een a-grond kunnen opleveren. In de zaak Klarenberg<sup>40</sup> lijkt op de verkrijger de plicht te zijn gelegd er alles aan te doen de overgekomen werknemer dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden te laten verrichten. Voorkomen moet worden dat aan deze eis met de toepassing van de a-grond geen recht wordt gedaan.

Het komt ons voor dat deze drie conclusies in het debat en in de rechtspraak niet altijd even scherp in het vizier zijn gekomen en dat dit gebrek soms zichtbaar is in de – hierna aan de orde komende – Nederlandse gerechtelijke uitspraken waarin de vraag naar de reikwijdte van het opzegverbod en de eto-redenen aan de orde was.

- *Nationale-wettekst*

De Nederlandse wetgever was relatief laks met het opnemen van het opzegverbod in de wet. Aanvankelijk was artikel 4 van de richtlijn in het geheel niet in Nederlandse wetgeving omgezet. De wetgever was van mening dat de enkele overgang noch voor de kantonrechter een gewichtige reden, noch voor het (toenmalige) gewestelijk arbeidsbureau een grond voor het verlenen van een ontslagvergunning was.<sup>41</sup> Met de wetswijziging van 2002 is een opzegverbod wegens overgang van onderneming in artikel 7:670 lid 8 BW geïntroduceerd. Eto-redenen werden echter toen niet opgenomen, en zij ontbreken ook heden ten dage in de Nederlandse regelgeving. Onzes inziens vergroot dit ontbreken het risico dat de reikwijdte van het opzegverbod niet op waarde wordt geschat, waarbij wij in het bijzonder het oog hebben op enkele rechtspraken van Nederlandse rechters (zie hierna).

In haar rechtsvergelijkende dissertatie heeft Haanappel-van der Burg ook aandacht besteed aan hoe eto-redenen worden gedefinieerd in Duitsland en Engeland.<sup>42</sup> Naar Duits recht is de sanctie op overtreding van het opzegverbod wegens overgang van onderneming nietigheid. Dit opzegverbod wordt overtreden indien het motief voor ontslag de overgang zelf is – het moet de hoofdreden zijn. Alle andere gronden zijn daardoor niet in strijd met het opzegverbod. Ook ‘dringende bedrijfseconomische redenen’ kunnen een ontslaggrond zijn. Zoals bekend, is het Engelse recht niet scheutig met nietigheden. Ontslag wegens de overgang leidt automatisch tot *unfair dismissal*, waarop als sanctie schadevergoeding staat. Van een dergelijk ontslag is sprake indien de enige of belangrijkste reden de overgang zelf is, of een reden verbonden met de overgang, maar geen eto-reden die leidt tot wijzigingen in het personeelsbestand. De conclusie mag zijn dat het Duitse en Engelse recht uitgaan van een uitleg zoals wij die ook voor Nederlands recht voorstaan: een eto-reden zet eventuele strijd met het opzegverbod opzij.

40 HvJ EG 12 februari 2009, C-466/07, ECLI:EU:C:2009:85.

41 Zie de brief van 8 mei 1981 van de minister van Sociale Zaken aan de voorzitter van de Tweede Kamer, Kamerstukken II 1980/81, 15940, 13, p. 2. Wij kenden destijds een zogenoemd open ontslagstelsel, zonder opsomming van ontslaggronden zoals die van het huidige artikel 7:669 BW.

42 I.A. Haanappel-van der Burg, Grensoverschrijdende overgang van onderneming vanuit rechtsvergelijkend en conflictenrechtelijk perspectief (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2015, par. 6.14.

Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: 'no hay mayor dificultad que la poca voluntad'

Men kan dus zeer goed *wegens* (in verband met) de overgang personeel ontslaan – bijvoorbeeld *wegens* dubbelfuncties of anderszins een overschot aan personeel –, maar dat mag nimmer louter *vanwege* (dus: zelfstandig redengevend) de overgang zijn.

• *Het Hof van Justitie over ontslag en eto-redenen*

Het aantal uitspraken waarin het Hof van Justitie een oordeel heeft gegeven over de verhouding tussen het opzegverbod en eto-redenen is zeer gering. In feite wordt om de tien jaar een uitspraak gedaan waarin eto-redenen onderwerp van onderzoek zijn: in 1988 (Bork), 1998 (Dethier), 2008 (Kirtruna) en, uiteraard, in 2018 in het Sigüenza-arrest dat aanleiding voor deze annotatie vormt. Aan de analyse van Even<sup>43</sup> (van de eerste drie zaken) hebben wij weinig toe te voegen, reden waarom wij ons beperken tot een samenvatting van de relevante overwegingen.

In de Bork-uitspraak<sup>44</sup> oordeelde het Hof dat wie in strijd met het opzegverbod is ontslagen, geacht wordt ten tijde van de overgang nog in dienst te zijn. 'Om uit te maken of de overgang in strijd met voornoemd artikel 4, lid 1, de enige reden was voor het ontslag, moet worden gelet op de objectieve omstandigheden waarin het ontslag is gegeven, en in een geval als het onderhavige, meer in het bijzonder op de omstandigheid dat het nagenoeg gelijktijdig met de overgang is ingegaan en dat de betrokken werknemers door de verkrijger opnieuw in dienst zijn genomen.' Ook hier zien wij, gezien de verwijzing naar 'de enige reden', dat de bescherming van het opzegverbod geenszins ruim wordt opgevat. Indien de omstandigheden van het geval mede naar andere redenen wijzen, bestaat geen strijd met het opzegverbod. Wij tekenen hierbij wel aan dat de feiten in de zaak het gebruik van voornoemde terminologie heeft bewerkstelligd. In casu werden werknemers ontslagen om vervolgens na overgang weer in dienst te worden genomen.

In de zaak Dethier oordeelde het Hof dat wie ten onrechte voor de overgang was ontslagen, jegens de verkrijger zich erop kan beroepen dat de arbeidsovereenkomst nog bestaat. Wij lezen hierin een nietigheid, althans vernietigbaarheid (zie het slot van paragraaf 3.2). In deze uitspraak stelt het Hof voorts vast dat eto-redenen zowel door de vervreemder als door de verkrijger kunnen worden ingeroepen. Dit past bij de gedachte dat de verkrijger wijzigingen mag doorvoeren op dezelfde gronden als voor de verkrijger vóór de overgang gelden.<sup>45</sup>

In de derde zaak – Kirtruna<sup>46</sup> – waren de feiten wat specieus: de overgang vond plaats zonder dat de verkrijger de huurruimte van de overgenomen winkels mocht betrekken, omdat de verhuurder blijkbaar niet (of: niet met gunstig resultaat) in de onderhandelingen was betrokken. Het Hof oordeelde: 'In omstandigheden zoals die van het hoofdgeding is de eventuele beëindiging van de arbeidsovereenkomsten niet alleen te wijten aan de overgang van onderneming. Zij

43 Even 2017, p. 30-38.

44 HvJ EU 15 juni 1998, C-101/87, EU:C:1988:308 (Bork International e.a.).

45 Deze parallelie vinden we ook ten aanzien van de mogelijkheid arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Zie HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86, ECLI:EU:C:1988:72 (Daddy's Dance Hall).

46 HvJ EG 16 oktober 2008, C-313/07, ECLI:EU:C:2008:57.

wordt veroorzaakt door aanvullende omstandigheden, zoals de omstandigheid dat er tussen de verkrijger en de verhuurders geen overeenstemming bestaat over een nieuwe huurovereenkomst, de onmogelijkheid om een andere bedrijfsruimte te vinden of de onmogelijkheid om het personeel naar andere winkels over te brengen. Die omstandigheden kunnen als economische, technische of organisatorische redenen in de zin van artikel 4, lid 1, worden aangemerkt.’ De stelling van de verkrijger dat de huurovereenkomst ingevolge de richtlijn mee was overgegaan, vond geen genade in de ogen van het Hof. Dat lijkt ons niet verrassend, nu deze huurovereenkomst onvoldoende connectie had met het onderwerp van de richtlijn: de bescherming van de arbeidsovereenkomsten en de arbeidsvoorwaarden bij overgang van onderneming. De overweging van het Hof laat overigens ook hier zien dat de bescherming niet te ruim moet worden opgevat; de zinsnede ‘niet alleen te wijten aan’ duidt daarop. Kortom: in alle uitspraken – inclusief de zaak Sigüenza – is de conclusie gerechtvaardigd dat de ontslagbescherming sterk moet worden gerelativeerd.

• *Rechtspraak in Nederland*

De Nederlandse rechtspraak waarin eto-redenen aan de orde zijn, biedt geen eenduidig beeld. Dat komt deels door het ontbreken van een substantieel corpus, maar evenzeer door het feit dat verschillende uitspraken moeilijk met elkaar te verenigen zijn. Bij ons is de indruk ontstaan dat aanwezigheid van een opzegverbod zónder tegelijkertijd het ventiel van de eto-redenen in de wet op te nemen, in de rechtspraak voor verwarring kan zorgen. Het feit dat het ontslag een sterke samenhang vertoont met de overgang van onderneming, is in de rechtspraak nog wel eens reden geweest het opzegverbod van artikel 7:670 lid 8 BW van toepassing te achten. Zoals wij al eerder beargumenteerden, lezen wij de richtlijn zo, dat het opzegverbod wegens overgang van onderneming niet geldt zodra een eto-reden kan worden aangetoond. Met andere woorden: een eto-reden ondervangt het verdachte karakter van een opzegging die wel degelijk direct verband houdt met de overgang. Dat stelt eisen aan de eto-redenen, die derhalve niet te licht mogen worden aangenomen, maar deze kunnen niet zo zwaar zijn dat een reorganisatie feitelijk onmogelijk wordt. Een voorbeeld van een zaak waarin de kantonrechter de verhouding tussen het opzegverbod van artikel 7:670 lid 8 BW en de eto-redenen onzes inziens onvoldoende onder ogen heeft gezien, biedt de zaak Ereon/Hebbes uit 2009.<sup>47</sup> Na overname van de onderneming van Ereon door Clear2Pay Nederland was een doublure ontstaan in de functie van officemanager. Overgekomen werkneemster Hebbes had het kortste dienstverband en er was geen andere passende functie voor haar, zodat Ereon voor haar arbeidsovereenkomst op de voet van het destijds geldende artikel 7:685 BW ontbinding verzocht. De kantonrechter wees het ontbindingsverzoek van Ereon af met het argument dat aannemelijk was geworden dat de verzochte ontbinding ‘volledig samenhangt met de overgang van onderneming’. Vervolgens oordeelde de kantonrechter dat uitsluitend door deze overname de situatie was ontstaan dat er twee officemana-

<sup>47</sup> Ktr. Amsterdam 28 oktober 2009, JAR 2009/275, m.nt. E. Knipschild. Zie over deze zaak ook TRA 2010/39, met annotatie van J.N. Stamhuis.



Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: 'no hay mayor dificultad que la poca voluntad'

gers waren voor wie onvoldoende werk voorhanden was, terwijl vóór de overname voor Hebbes voldoende werk bestond. Dat dit in de nieuwe situatie niet meer het geval was en dat daardoor een reorganisatie nodig is 'mag zo zijn', aldus de kantonrechter, maar dit leidt tot de conclusie dat deze reorganisatie direct samenhangt met de overgang en daardoor niet kan leiden tot een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Dit lijkt ons een te strikte uitleg van het opzegverbod. 'Rationalisatie' brengt mee dat men niet dubbelfuncties behoeft te laten bestaan. De eto-redenen lijken ons hier aantoonbaar.

Dezelfde rechtbank oordeelde in een uitspraak van 7 april 2014 evenzeer kritisch over de voor ontslag opgegeven reden.<sup>48</sup> Na een overgang werd de werknemer vrij snel geconfronteerd met de mededeling dat zijn arbeidsovereenkomst zou worden beëindigd en dat hierbij een relatie bestond met zijn salaris. De kantonrechter rook lont: 'In geval kort na een overgang van onderneming het dienstverband van een werknemer wordt opgezegd, kan deze op grond van het opzegverbod van artikel 7:670 lid 8 BW tegen de opzegging opkomen. Dat is slechts anders, indien ook zonder de overgang van onderneming het ontslag naar de nationale wetgeving zou hebben kunnen plaatsvinden of het ontslag is gebaseerd op eto-redenen. Gelet op de vergaande rechtsbescherming, die Richtlijn 2001/23 aan werknemers beoogt te geven, dient in gevallen waarin een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden, door de kantonrechter zeer kritisch te worden bezien of in (verband met) de overgang van onderneming de aanleiding is gevonden om het dienstverband te beëindigen. Het oordeel van het UWV omtrent het opzegverbod of de beslissing van het UWV op de ontslagaanvraag – bij welke procedure de kantonrechter overigens vraagtekens plaatst – is daarbij niet leidinggevend; de kantonrechter dient haar eigen oordeel te vormen.' Dat oordeelde pakte niet goed uit voor de werkgever, nu vóór de overgang nimmer over een reorganisatie was gesproken, nooit een reorganisatieplan was getoond en over herplaatsing nimmer een woord was gerept.

Onduidelijkheid biedt een uitspraak van de Kantonrechter Middelburg uit 2011.<sup>49</sup> Verkrijger Geldshop ving bot bij een ontbindingsverzoek van de arbeidsovereenkomst van werknemer Kraft. 'Naar het oordeel van de kantonrechter heeft Geldshop onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de door haar in gang gezette reorganisatie is ingegeven door economische redenen die geen verband houden met de overgang van onderneming.' Wij vragen ons af of dat noodzakelijk is. Zoals gezegd: eto-redenen kunnen het opzegverbod *altijd* opzijzetten, en van dergelijke redenen is ook sprake indien de verkrijger de – gerechtvaardigde – wens heeft tot rationalisatie over te gaan, bijvoorbeeld bij een personeelsoverschot dat vaker wel dan niet voortvloeit uit de enkele overgang van onderneming. Uiteraard moet deze rationalisatiewens zijn onderbouwd, maar de vraag is of de rechter hier een al te strenge toets moet aanleggen. Daar komt in deze zaak bij dat Geldshop wel degelijk argumenten had genoemd: 'Geldshop stelt ter onderbouwing van haar verzoek dat zij als gevolg van turbulente tijden in de markt en in het bijzonder in de financiële sector genoodzaakt is geweest om als gevolg van economische, tech-

48 Ktr. Amsterdam 7 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2282, JAR 2014/129, m.nt. M.W. Koole.

49 Ktr. Middelburg 13 januari 2011, JAR 2011/49.

nische en organisatorische redenen ingrijpend te reorganiseren. Om te kunnen overleven was het voor Geldshop noodzakelijk om de nadruk te leggen op lagere kosten en efficiëntere bedrijfsvoering. De werkzaamheden die Kraft oorspronkelijk bij DGA verrichtte in zijn functie van commercieel directeur bestonden al geruime tijd niet meer. Deze werkzaamheden zijn dan ook niet mee overgegaan naar Geldshop. Verder stelt Geldshop dat zij binnen haar organisatie geen alternatieve passende functie voor Kraft voorhanden heeft, gezien de ingrijpende reorganisatie en substantiële inkrimping van activiteiten en personeel.<sup>7</sup> Naast economische worden dus evenzeer organisatorische redenen genoemd: de functie van de werknemer bestond al geruime tijd niet meer en een passende functie voor hem – hij had een directeursfunctie – was niet voorhanden. Organisatorische redenen kunnen, net als economische en technische redenen, een ontslag bij overgang van onderneming rechtvaardigen. Samengevat laten deze uitspraken zien dat rechters soms koudwatervrees hebben het ontslag van een werknemer in het licht van een overgang van onderneming doorgang te laten vinden.

• *Het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV)*

De huidige Uitvoeringsregels met betrekking tot ontslag om bedrijfseconomische redenen reppen niet over ontslag bij overgang van onderneming. Het oude Ontslagbesluit en de Beleidsregels Ontslagtaak UWV die met ingang van 1 juli 2015 zijn vervallen, bevatten wel een passage. Volgens de Hoge Raad is niet uitgesloten dat de rechter bij het vormen van zijn oordeel acht slaat op de gezichtspunten die in deze oude regelgeving waren vervat. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz valt immers af te leiden dat de in artikel 7:669 lid 3 BW omschreven ontslaggronden aan deze oude regelgeving zijn ontleend en dat, op dat punt, geen inhoudelijke wijziging is beoogd.<sup>50</sup> De huidige Ontslagregeling ligt in het verlengde van het oude recht, nu deze, blijkens de toelichting daarop, mede is geïnspireerd door het voormalige Ontslagbesluit en de UWV-Beleidsregels.<sup>51</sup> In zoverre kan de Ontslagregeling wel worden beschouwd als een ‘opvolger’ van deze vervallen regelgeving.<sup>52</sup>

De Beleidsregels Ontslagtaak UWV (2012) bepaalden ten aanzien van eto-redenen: ‘Het mag wel gaan om “gezondmaken” van het bedrijf wegens “ETO”-redenen, maar niet om “beter verkoopbaar maken” van het bedrijf.’

Het moest gaan om eto-redenen, die ook zelfstandig, los van eventuele overname, ontslag zouden kunnen rechtvaardigen. Deze ‘reorganisatievrijheid’ gold volgens de Beleidsregels evenzeer voor de verkrijgende partij die ná overname om bedrijfseconomische redenen orde op zaken moet stellen. De Beleidsregels erkennen dan ook als ontslaggrond de situatie dat de verkrijger zich na overname genoodzaakt ziet tot sanering en/of samenvoeging van bedrijven, omdat het niet gaat om een uitsluitend in de overgang gelegen motief voor ontslag. Het UWV zag

50 HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182, r.o. 3.4.7.

51 Strct. 2015, 12685, p. 9.

52 Zie J.M. van Slooten, NJB 2015/1189, p. 1652; J.M. van Slooten, I. Zaal & J.P.H. Zwemmer, Handboek nieuw ontslagrecht, Deventer: Kluwer 2015, par. 5.2.2; F.M. Dekker, *ArbeidsRecht* 2015/33, p. 4.

Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: 'no hay mayor dificultad que la poca voluntad'

in deze situaties weinig problemen voor de beoordeling van ontslaaanvragen.<sup>53</sup> Dit was overigens een lijn die al langer werd gehanteerd, zoals overzichtelijk wordt weergegeven in het artikel van Gremmen en Duijm uit 2002.<sup>54</sup> Zij concludeerden zelfs op basis van de regels die door het ministerie van Sociale Zaken in 1987 zijn uitgevaardigd dat het onredelijk kan zijn werknemers van een 'sterker bedrijf' (vaak de verkrijger) te ontslaan ten gunste van werknemers van de 'zwakere' vervreemder.

Het UWV maakt(e) kennelijk geen onderscheid tussen bedrijfseconomische redenen – de huidige a-grond – voor ontslag en eto-redenen.<sup>55</sup> Wij oordeelden in de vorige paragraaf reeds dat dat onderscheid *inhoudelijk* waarschijnlijk zeer gering is.<sup>56</sup> Bedrijfseconomische redenen worden echter veelal marginaal door het UWV getoetst – de focus ligt op het voor ontslag voorgedragen personeel – en de vraag is of dat voor eto-redenen ook is toegestaan. Zou men daar evenzeer een marginale toets hanteren zoals bij de aangevoerde bedrijfseconomische redenen, dan zou dat de bescherming van de werknemers bij overgang van onderneming in onze optiek al te zeer kunnen uithollen. Het is de vraag of het UWV zich dit realiseert.<sup>57</sup> Doet het dat echter niet, dan loopt een werkgever het risico dat indien hij vergunningen krijgt voor ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen, werknemers toch met succes een beroep kunnen doen op het opzegverbod van artikel 7:670 lid 8 BW. Zo zal een werkgever die wil afslanken om zijn onderneming 'aantrekkelijker' voor potentiële overnamekandidaten te maken in het algemeen zonder veel moeite de marginale toets van het UWV doorstaan. Een dergelijk motief geldt echter in onze optiek niet als eto-reden; de werkgever handelt dan in strijd met voornoemd opzegverbod.

• *Nietig of vernietigbaar ontslag bij strijd met het opzegverbod?*

De vraag is op welke wijze het ontslag in strijd met het ontslagverbod wegens overgang kan worden aangetast. Is dat ontslag vernietigbaar of nietig? In de toelichting op de richtlijn wordt voor de rechtsgevolgen verwezen naar nationale wetgeving en noemt zij als mogelijke sancties nietigheid, annulering van het ontslag door een rechterlijke of administratieve instantie of schadevergoeding.<sup>58</sup> Uitspraken van het Hof van Justitie, in het bijzonder de zaken Dethier en Bork,

53 Het wordt volgens de Beleidsregels pas lastig als partijen twisten over de vraag of sprake is van overgang. Die situaties laten wij hier verder buiten beschouwing.

54 A. Gremmen & D.A. Duijm, Overgang van onderneming: harmonisatie van arbeidsvoorwaarden en reorganisatie, *ArbeidsRecht* 2002/28.

55 Ook Jansen ziet geen verschil: N. Jansen, Overgang, ontslag en wijziging in de greep van de rechtspraak (deel 1: ontslag), *Arbeidsrecht* 2019/3, p. 15.

56 Zie Beltzer 2010.

57 Uit p. 208 krijgt men de indruk dat het UWV de verschillende onderscheidingen niet scherp maakt: 'Indien de verkrijger na overname van (een onderdeel van) een onderneming zich genoodzaakt ziet tot sanering (...), gaat dit meestal gepaard met afvloeiing van een gedeelte van de werknemers. Er moet dan worden getoetst op bedrijfseconomische redenen, de selectiecriteria en de herplaatsingsmogelijkheden bij de nieuwe werkgever. Er is dus geen sprake van een uitsluitend in de overgang gelegen motief voor ontslag.' Die laatste zin is irrelevant voor de toets van de bedrijfseconomische redenen.

58 COM(74)351 def., p. 8.

wijzen echter op nietigheid.<sup>59</sup> Wij lezen hierin in ieder geval niet de mogelijkheid van louter schadevergoeding. Zou overtreding van het opzegverbod (slechts) leiden tot een verplichting tot betaling van een (schade)vergoeding, dan, zo vermoeden wij, was zulks wel in andere woorden vervat.<sup>60</sup>

Ook de Hoge Raad ging in zijn arrest Buyck/Van den Ameele uit van nietigheid.<sup>61</sup> De Nederlandse wet gaat sinds de wetwijziging in 2002 echter weer uit van vernietigbaarheid, waarbij een vervaltermijn geldt van (slechts) twee maanden na het einde van het dienstverband (artikel 7:686a lid 4 onderdeel a jo. artikel 7:681 lid 1 onderdeel b BW).<sup>62</sup> Deze krappe vervaltermijn klemmt vooral als het niet meteen duidelijk is of sprake is van overgang van onderneming en/of wanneer sprake is van een onderbreking van de activiteiten zoals in de zaak Sigüenza het geval was. De meeste auteurs zijn het er wel over eens dat toepassing van de vervaltermijn in de hiervoor geschetste situatie niet wenselijk is.<sup>63</sup> De vraag is wel of dat valt tegen te gaan als de vervaltermijn ambtshalve zou moeten worden toegepast. Enerzijds kan worden gesteld dat processuele termijnen veelal van openbare orde zijn, zodat ambtshalve toepassing gerechtvaardigd is. Denk aan de appèltermijn. Zonder ambtshalve toepassing daarvan zou het aan de procederende partijen vrijstaan nog jaren na de uitspraak in eerste instantie een appèlprocedure te starten. Anderzijds is de richtlijn eveneens van openbare orde.<sup>64</sup>

Met Bouwens zijn wij van mening dat de vervaltermijn niet in alle gevallen hoeft te worden toegepast. Het nuttig effect van de richtlijn moet worden gewaarborgd. Aangezien het Europese recht van openbare orde is, zou dat wat ons betreft voorrang hebben boven de nationale regels van openbare orde. Bovendien laat de Hoge Raad ruimte voor de conclusie dat vervaltermijnen niet in alle gevallen onverkort hebben te gelden.<sup>65</sup> Hoewel het in het betreffende arrest ging om de vervaltermijn van artikel 7:686a lid 4 onderdeel b BW, lijkt dit ook toepasbaar voor de andere vervaltermijnen in dat artikel.<sup>66</sup> Ook A-G De Bock in zijn conclusie bij dat arrest gaat daarvan uit.

Het is immers mogelijk dat juist het *toepassen* van een vervaltermijn in de weg staat aan het bieden van een effectieve rechtsbescherming. Feitelijk zou toepassing van de vervaltermijn tot gevolg hebben dat de werknemer 'al zijn rechten

59 HvJ EU 15 juni 1998, C-101/87, EU:C:1988:308 (Bork), r.o. 18; HvJ EU 12 maart 1998, JAR 1998/100 (Dethier), r.o. 39.

60 Dat in bepaalde jurisdicties in de EU – waarbij wij vooral denken aan het Verenigd Koninkrijk – strijd met een ontslagverbod zich vertaalt in een schadevergoeding, lijkt ons niet relevant. Van een andere – toegestane – orde lijkt ons dat de werknemer (en niemand anders) de keuze heeft uit vernietiging van de opzegging en een schadevergoeding, zoals sinds 2015 in het Nederlandse recht geldt (artikel 7:681 BW).

61 HR 29 december 1995, JAR 1996/29.

62 W.H.A.C.M. Bouwens, Ontslag wegens overgang van onderneming, in: Vrienden door Duk en dun (liber amicorum voor mr. R.A.A. Duk), p. 130-131.

63 W.H.A.C.M. Bouwens, Ontslag wegens overgang van onderneming, in: Vrienden door Duk en dun (liber amicorum voor mr. R.A.A. Duk), p. 133; Jansen 2019, p. 15.

64 O.a. HR 26 juni 2009, JAR 2009/183 (*Bos/Pax*); HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86, ECLI:EU:C:1988:72 (*Daddy's Dance Hall*).

65 HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2305.

66 HR 14 december 2018, TRA 2019/30, m.nt. M.D. Ruizeveld.

Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: 'no hay mayor dificultad que la poca voluntad'

kwijt is'. Dit kan een relevant gezichtspunt zijn, zeker wanneer sprake is van rechtsverhoudingen waarin partijen geen gelijkwaardige positie innemen of wanneer het toepassen van de vervaltermijn vérstrekkende gevolgen heeft voor betrokkene. Dat zal bij overgang van onderneming vaak het geval zijn.

Al met al behoeft de sanctie op schending van het ontslagverbod wegens overgang niet per se nietigheid te zijn, zolang maar niet te rigide met de vervaltermijnen voor het inroepen van vernietigbaarheid wordt omgegaan. Anders zou dat het nuttig effect van de richtlijn, zeker in gevallen waarin niet meteen bij het einde van het dienstverband duidelijk is of sprake is van overgang, te veel geweld worden aangedaan.

### 3.2 *Eto-redenen, herplaatsing en wijziging*

Aan het slot van onze annotatie willen wij, hoewel de Sigüenza-zaak daar niet over gaat, de aandacht vragen voor de onduidelijkheid die bestaat over de vraag of eto-redenen een grond kunnen vormen voor wijziging van arbeidsvoorwaarden vóór of na de overgang.<sup>67</sup> Wijziging van arbeidsvoorwaarden en ontslag wegens eto-redenen zijn communicerende vaten: waar het eerste niet mogelijk is, komt het tweede sneller in beeld. Een dergelijke wijziging kan (eto-)ontslagen voorkomen, dus de intuïtie zou kunnen ingeven dat wijziging van arbeidsvoorwaarden mogelijk zou moeten zijn. Onder meer Van Slooten betoogde dat dit mogelijk zou moeten zijn.<sup>68</sup> Er zijn ook tegengeluiden. Het belangrijkste argument daarbij is dat de richtlijn niet voorziet in een regeling voor wijziging van arbeidsvoorwaarden wegens eto-redenen, en dat het Hof van Justitie de koppeling nimmer met wijziging heeft gemaakt. Integendeel: het Hof heeft steeds geoordeeld dat wijziging als uitgangspunt niet mogelijk is, zonder ook maar ooit bedrijfseconomische of andere redenen als ontsnappingsmogelijkheid te noemen. Wel mag de verkrijger steeds wijzigen binnen dezelfde grenzen als die voor de vervreemder golden, maar dit is een processuele concessie, geen inhoudelijke. De reikwijdte van die concessie is ook niet scherp, nu het Hof aan de voorgaande zin steeds toevoegt dat de wijziging niet 'wegens de overgang' mag zijn.<sup>69</sup>

Over eto-redenen en wijziging bestaat wel nationale rechtspraak. Zowel de Rechtbank Utrecht (in 2008)<sup>70</sup> als de Rechtbank Amsterdam (in 2012)<sup>71</sup> is ervan uitgegaan dat eto-redenen kunnen worden aangevoerd om arbeidsvoorwaarden te wijzigen. Kritischer was de Rechtbank Noord-Holland (in 2018) in een zaak waarin

67 N. Jansen schreef in een tweeluik over eto-redenen en gaat daarbij ook in op de mogelijkheden tot wijziging van arbeidsvoorwaarden; zie zijn *Overgang, ontslag en wijziging in de greep van de rechtspraak* (deel 1: ontslag), *ArbeidsRecht* 2019/3 en *Overgang, ontslag en wijziging in de greep van de rechtspraak* (deel 2: wijziging), *ArbeidsRecht* 2019/6.

68 Van Slooten 2000.

69 HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86, ECLI:EU:C:1988:72 (Daddy's Dance Hall); HvJ EG 6 november 2003, C-4/01, ECLI:EU:C:2003:594 (Martin/SBU).

70 Rb. Utrecht 23 juli 2008, JAR 2008/215.

71 Rb. Amsterdam 8 mei 2012, JAR 2012/158.

de vraag aan de orde was of een zogenoemde ‘mandjesvergelijking’ van arbeidsvoorwaarden bij een overgang binnen de levensmiddelensector was toegestaan.<sup>72</sup> Denkbaar is dat rechters van mening zijn geweest dat ‘wie het meerdere kan, het mindere ook kan’. Met andere woorden: als ontslag om eto-redenen is toegestaan, is het lichtere middel, wijziging van arbeidsvoorwaarden, evenzeer toegestaan. Die opvatting is ook in de literatuur wel verdedigd.<sup>73</sup> Het beëindigen van een overeenkomst kan onzes inziens echter niet steeds als ‘het meerdere’ worden beschouwd, getuige de strenge eisen die in het overeenkomstenrecht worden gesteld aan wijziging (men leze de rechtspraak over artikel 6:248 BW als voorbeeld), waar beëindiging soms relatief eenvoudig is. *Pacta servanda sunt*, maar niet geldt dat *pacta sine die* voortduren. Toch lijkt er enige ruimte te zijn voor harmonisatie van arbeidsvoorwaarden.

De rechtspraak van het Hof van Justitie laat namelijk een trend zien naar meer balans tussen enerzijds de werknemersbescherming en anderzijds het belang van vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de EU), met gevolgen voor het behoud van arbeidsvoorwaarden. Zowel in de zaak Asklepios als in de zaak Parkwood is overwogen dat Richtlijn 2001/23 niet louter tot doel heeft de belangen van de werknemers te beschermen, maar beoogt een billijk evenwicht tussen de belangen van laatstgenoemden en die van de verkrijger te verzekeren. ‘Daaruit volgt met name dat de verkrijger na de overgang de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt.’<sup>74</sup> In de zaak Parkwood (r.o. 27) overwoog het Hof bovendien:

‘Voor zover een onderneming uit de publieke sector overgaat naar de particuliere sector, moet worden aangenomen dat de verkrijger zijn activiteiten niet zal kunnen voortzetten zonder aanzienlijke aanpassingen en veranderingen door te voeren, aangezien er tussen die twee sectoren onvermijdelijk verschillen bestaan op het vlak van de arbeidsvoorwaarden.’

Dat pleit voor een genuanceerdere uitleg dan dat wijziging van arbeidsvoorwaarden niet mogelijk is ‘wegens de overgang’. *Pacta sunt servanda* is een belangrijk uitgangspunt, maar zeker niet onaantastbaar. Wij wijzen voorts op artikel 4 lid 2 Richtlijn 2001/23, dat bepaalt dat indien de arbeidsovereenkomst wordt verbroken omdat de overgang een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer ten gevolge heeft, de arbeidsovereenkomst geacht wordt te zijn verbroken door toedoen van de werkgever. De Nederlandse wetgever heeft deze bepaling geïmplementeerd in artikel 7:665 BW. Uit deze bepaling(en) volgt dat de Europese wetgever blijkbaar uitgaat van de mogelijkheid dat arbeidsvoorwaarden wel degelijk worden aangepast.

72 Rb. Noord-Holland 12 april 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:3068, JAR 2018/118, m. nt. R.M. Beltzer.

73 Zie als (een van de) eerste(n) de al eerdergenoemde bijdrage van Van Slooten (2000).

74 HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11, EU:C:2013:521 (Alemo-Herron e.a./Parkwood Leisure), punt 25; HvJ EU 27 april 2017, C-680 en 681/15, ECLI:EU:C:2017:317 (Asklepios). Zie ook HvJ EU 11 september 2014, C-328/13, EU:C:2014:2197 (Österreichischer Gewerkschaftsbund), punt 29.

Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: 'no hay mayor dificultad que la poca voluntad'

Bovendien lijkt die ruimte voor wijziging aanwezig te zijn bij herplaatsing als 'fase' vóór ontslag. Zoals wij hiervoor reeds aantoonde, bepaalt de toelichting op de richtlijn expliciet dat ontslag pas in beeld komt als herplaatsing niet mogelijk blijkt, eventueel na omscholingsinspanningen. Door de koppeling die gemaakt wordt tussen herplaatsing en ontslag, zien wij geen reden eto-redenen alleen een rol te laten spelen bij ontslag, maar niet bij de voorfase van herplaatsing. De toets naar de redelijkheid van de functiewijziging zal niet zwaarder mogen zijn dan de eto-redenen die aan een eventueel later ontslag ten grondslag kunnen worden gelegd. Voor deze situatie is wel te verdedigen dat 'wie het meerdere mag, het mindere ook mag' en met enige lenigheid kan de grondslag hiervoor worden gelezen in artikel 4 van de richtlijn en vooral in de toelichting daarop:<sup>75</sup>

'Overeenkomstig hetgeen met het richtlijnvoorstel wordt beoogd, mogen deze dwingende interne vereisten [later de eto-redenen genoemd; RMB/BK] alleen dan als reden voor ontslag worden aangevoerd, wanneer alle interne mogelijkheden zoals tewerkstelling in een andere passende functie, alsook aanpassings- en scholingsmaatregelen zijn uitgeput [onderstreping RMB/BK].'

Ter herinnering: in de Klarenberg-zaak<sup>76</sup> werd ten aanzien van het aanbieden van een andere functie geoordeeld dat het *volstrekt niet mogelijk* dient te zijn een werknemer in de door de verkrijger ingevoerde organisatorische structuur een functie aan te bieden die gelijkwaardig is aan die welke hij bij de vervreemder vervulde. De toets is dus niet bepaald licht te noemen. Hierna komt tewerkstelling in een passende functie in beeld, iets wat noch in de Klarenberg-zaak, noch in enige andere ons bekende uitspraak van het Hof van Justitie naar voren is gebracht. Het lijkt ons echter dat de eisen uit de hiervoor aangehaalde tekst nimmer zijn verzacht of gerelativeerd. De in Nederland geldende herplaatsingsplicht van artikel 7:669 BW geldt dus onverkort bij overgang van onderneming. De vraag of eto-redenen in andere situaties een handvat kunnen bieden bij het wijzigen van arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming is lastiger te beantwoorden.

75 COM(75)429N.

76 HvJ EU 12 februari 2009, C-466/07, ECLI:EU:C:2009:85 (Klarenberg/Ferrotron).

- *Harmonisatie*

De enkele wens tot harmonisatie van arbeidsvoorwaarden over te gaan kwalificeert in ieder geval niet als eto-reden.<sup>77</sup> Dat past ook in de uitleg die hiervoor aan dit begrip is gegeven. Eto-redenen moeten volgens de richtlijngeschiedenis *dwingend* van karakter zijn teneinde het nuttig effect van de richtlijn te waarborgen. Dat volgt ook uit de toelichting van de Europese Commissie, waarin gesproken wordt van 'dwingende interne vereisten' (in plaats van eto-redenen), al tekenden wij reeds aan dat 'rationalisatie' van processen soms al dwingend genoeg is. Bovendien volgt uit het arrest *Daddy's Dance Hall*<sup>78</sup> dat deze bescherming van openbare orde is, waarvan de werknemers zelfs niet contractueel afstand kunnen doen. Het moeten toepassen van verschillende arbeidsvoorwaarden op verschillende groepen werknemers is nu eenmaal inherent aan overgang van onderneming.

Vaak wordt harmonisatie via collectieve overeenkomst evenmin voor mogelijk gehouden. Daarbij wordt dan veelal een beroep gedaan op het arrest d'Urso.<sup>79</sup> Toch lijkt harmonisatie via een collectieve overeenkomst van het verbod te moeten worden uitgezonderd. Zoals al uiteengezet, vormt het arrest d'Urso op zichzelf geen beletsel voor het aannemen van economische, technische of organisatorische redenen.<sup>80</sup> Bovendien maakt artikel 3 lid 3 Richtlijn 2001/23 het mogelijk dat de verkrijger niet langer gebonden is aan collectieve regelingen van de vervreemder zodra hij een eigen regeling toepast, een situatie die zich, bijvoorbeeld, voordeed in de zaak *Scattolon*.<sup>81</sup> Het Hof van Justitie oordeelde in die zaak dat de werknemers als gevolg van de gewijzigde arbeidsvoorwaarden geen wezenlijk salarisverlies mogen lijden (r.o. 82, antwoord op de tweede prejudiciële vraag). Een aantal jaren eerder had het Hof van Justitie in de zaak *Juuri*<sup>82</sup> over de reikwijdte van artikel 3 lid 3 als volgt geoordeeld (r.o. 33):

77 HvJ EG 6 november 2003, C-4/01, ECLI:EU:C:2003:594 (*Martin/SBU*). Zie anders (en onzes inziens onjuist) Hof Amsterdam 27 maart 2012, JAR 2012/126 (*Fanger/De Telefoongids*). In die zaak beriep de verkrijger zich op een mee overgegaan eenzijdig wijzigingsbeding om de arbeidsvoorwaarden van het overgekomen personeel aan te passen. Hoewel een dergelijk beding inderdaad voor overgang vatbaar is, bleef de reden voor de wijziging echter louter de wens tot harmonisatie over te gaan. Het hof oordeelde dat een zwaarwichtig belang in de zin van artikel 7:613 BW gegeven is indien een verkrijger na overgang wordt geconfronteerd met twee verschillende arbeidsvoorwaardenpakketten. Dat lijkt ons een miskennis van het doel van de richtlijn: behoud van rechten en verplichtingen.

78 HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86, ECLI:EU:C:1988:72.

79 Zie o.a. Gremmen & Duijm 2002.

80 HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994/168 (d'Urso), punt 19, hoewel het daar om ontslag en niet om harmonisatie ging.

81 HvJ EU 6 september 2011, C-108/10, ECLI:EU:C:2011:542 (*Ivana Scattolon/Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*). Zie over deze zaak R.M. Beltzer & F. Koopman, *Overgang van onderneming in een triptiek: economische activiteiten, anciënniteit en cao's*, ArA 2012/2, p. 36-51.

82 HvJ EG 27 november 2008, C-396/07, ECLI:EU:C:2008:656 (*Mirja Juuri/Fazer Amica Oy*). Zie hierover R.M. Beltzer, *De zaak Juuri: over ontslag en de wil van sociale partners*, *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2010/1, p. 81-94.



Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: 'no hay mayor dificultad que la poca voluntad'

'Deze bepaling heeft dus tot doel, te waarborgen dat ondanks de overgang van onderneming alle arbeidsvoorwaarden worden gehandhaafd in overeenstemming met de wil van de partijen bij de collectieve arbeidsovereenkomst. Zij kan echter niet derogeren aan de wil van deze partijen zoals die in de collectieve arbeidsovereenkomst tot uitdrukking is gebracht. Zijn deze contracterende partijen overeengekomen om bepaalde arbeidsvoorwaarden niet tot na een bepaald tijdstip te waarborgen, dan kan artikel 3, lid 3, van Richtlijn 2001/23 de verkrijger dus niet verplichten tot naleving van deze voorwaarden na het in de collectieve arbeidsovereenkomst overeengekomen tijdstip voor het verstrijken daarvan, daar deze overeenkomst na dit tijdstip niet langer van kracht is.'

Kortom: aan sociale partners komt een relatief grote vrijheid toe om de gevolgen voor arbeidsvoorwaarden bij overgang van onderneming te beïnvloeden. Ook wijzen wij op artikel 5 lid 2 Richtlijn 2001/23, waarin de mogelijkheid is opgenomen arbeidsvoorwaarden te wijzigen in geval de regels van overgang van onderneming gelden ten aanzien van de overgang van een failliete onderneming, een regeling die terugkeert in het voorgestelde artikel 7:666b lid 6 BW van het Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement. Een dergelijke soepele toepassing ten aanzien van andere (vooral: individuele) situaties zien wij echter niet expliciet in de rechtspraak van het Hof van Justitie terug, en het is de vraag hoe die soepelheid zich verhoudt tot de wat oudere rechtspraak van het Hof van Justitie, inhoudende dat wijziging 'wegens de overgang' verboden is.<sup>83</sup> Wellicht bestaat er geen discrepantie. Het aanpassen van arbeidsvoorwaarden om geen andere reden dan dat dit de wil van de werkgever is, kan uiteraard geen 'dwingende reden' vormen. Een dergelijke reden is ook immer een *eto*-reden voor ontslag. Vrijwel altijd zal tussen de wens om de arbeidsvoorwaarden aan te passen en de overgang van onderneming wel enige *connectie* bestaan, maar dat brengt niet mee dat daarmee de overgang de (enige) reden is.<sup>84</sup> Er is dus vrijwel altijd een causaal verband, maar als men een dergelijk verband al genoeg acht om de wijziging verboden te achten, blijft van de wijzigingsmogelijkheden vrijwel niets over. Hierbij roepen wij in herinnering dat het Hof van Justitie meermalen heeft geoordeeld dat de verkrijger de arbeidsvoorwaarden juist wel moet kunnen wijzigen *op dezelfde gronden* als die gelden voor de vervreemder.<sup>85</sup>

Wij wijzen in dit verband voorts op een verslag van de Europese Commissie uit 2007 (dus ruim na de strikte rechtspraak van het Hof in bijvoorbeeld *Daddy's Dance Hall* en *d'Urso*).<sup>86</sup> Daarin wijst de Commissie er expliciet op dat harmonisatie van arbeidsvoorwaarden 'bewerkstelligd kan worden via collectieve overeenkomsten, die dankzij de betrokkenheid van werknemersvertegenwoordigers voldoende waarborgen bieden voor de werknemers die overgaan'. Daarom kon

83 Zie o.a. HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86, ECLI:EU:C:1988:72 (*Daddy's Dance Hall*); HvJ EG 6 november 2003, C-4/01, ECLI:EU:C:2003:594 (*Martin/SBU*).

84 Vgl. N. Jansen, *Overgang, ontslag en wijziging in de greep van de rechtspraak* (deel 2: wijziging), *Arbeidsrecht* 2019/6, p. 4.

85 Zie bijvoorbeeld r.o. 13 in het arrest *Daddy's Dance Hall*.

86 COM(2007)334.

het voorstel van Groot-Brittannië om het mogelijk te maken arbeidsvoorwaarden met instemming van werknemers te wijzigen worden afgewezen.<sup>87</sup> Die grote waarde aan de wil van sociale partners kende de Commissie al vanaf het begin toe door in 1974 te overwegen dat bij vraagstukken over ontslag (en dus het al dan niet aannemen van eto-redenen) de oplossing kan liggen in akkoorden met werknemersvertegenwoordigers.<sup>88</sup> De informatie- en raadplegingsverplichting uit artikel 7 van de richtlijn is het instrument om onderhandelingen in gang te zetten.

Dat er dus wel degelijk ruimte voor harmonisatie van arbeidsvoorwaarden is via collectieve overeenkomsten sluit aan bij de conclusie die Verburg in 2010 trok. Onder verwijzing naar de zaak Juuri ziet hij, na een einde van de handhavingperiode van de vervreemders-cao, ruimte voor harmonisatie van arbeidsvoorwaarden ook zonder dat sprake is van een samenvoeging met bestaande activiteiten (of het bestaan van andere eto-redenen).<sup>89</sup>

Zonder collectieve overeenkomst lijkt harmonisatie minder goed mogelijk. Dat maakt individuele aanpassing van arbeidsvoorwaarden echter niet onmogelijk. Omdat de verkrijger kan wijzigen binnen dezelfde grenzen als die voor de vervreemder golden, komen de nationale wijzigingsmogelijkheden van de artikelen 7:611 en 7:613 BW in beeld, ware het niet dat het Europese Hof aan zijn rechtspraak steeds de zinsnede toevoegt dat de wijziging nooit gelegen mag zijn in de overgang zelf.<sup>90</sup> Er zijn aanknopingspunten te vinden voor de stelling dat wijziging van arbeidsvoorwaarden in deze gevallen ook tot de mogelijkheden behoort als er 'dwingende redenen' (dat wil zeggen eto-redenen) zijn. In de hiervoor al aangehaalde toelichting op de richtlijn wordt overwogen dat uit de noodzakelijke rationalisatie voor de betrokken werknemers 'kwantitatieve en kwalitatieve repercessies' kunnen voortvloeien. Hoewel wat cryptisch, lijkt dat breder te zijn dan alleen de mogelijkheid van ontslag zoals bijvoorbeeld Verburg wel voor staat.<sup>91</sup> Wij zien niet goed hoe wij 'kwalitatief' in dit verband anders zouden moeten interpreteren dan dat deze repercessies zien op de inhoud van de functie en/of de arbeidsvoorwaarden. Bovendien wordt in literatuur geopperd dat een substantiële negatieve wijziging in arbeidsvoorwaarden als gevolg van de overgang kan kwalificeren als *constructive dismissal*, een ontslag dat is terug te voeren op een actie van de werkgever.<sup>92</sup> Dat zou volgen uit recente arresten van het Hof waarin werd geoordeeld dat wijziging van arbeidsovereenkomst onder omstandigheden als ontslag in de zin van de richtlijn collectief ontslag kan worden aangemerkt. Dit past ook bij artikel 7:665 BW. Hoewel het ons te ver gaat naar Neder-

87 COM(2007)334, p. 7.

88 COM(74)351 def., p. 8 en COM(75)429N, p. 9.

89 L.G. Verburg, Cao-recht: enige beschouwingen over het Nederlandse cao-recht en de richtlijn overgang van ondernemingen, TAP 2010/3, p. 116.

90 HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86, ECLI:EU:C:1988:72 (Daddy's Dance Hall); HvJ EG 6 november 2003, C-4/01, ECLI:EU:C:2003:594 (Martin/SBU).

91 Verburg 2010.

92 N. Gundt, Het autonome ontslagbegrip in Richtlijn 98/59: inclusief de wijziging? HvJ EU 21 september 2017, C-149/16, ECLI:EU:C:2017:708 (Socha e.a.) en C-429/16, ECLI:EU:C:2017:711 (Ciupa e.a.), ArA 2018/2, p. 56-74.

Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: 'no hay mayor dificultad que la poca voluntad'

lands recht in die situatie daadwerkelijk 'ontslag' aan te nemen (de wens is immers niet te ontslaan, maar arbeidsvoorwaarden te wijzigen), is de gedachte voor de ontwikkeling van eto-redenen wel interessant. Bij een kwalificatie van substantiële wijzigingen van arbeidsvoorwaarden als een vorm van ontslag (ook al wordt het dienstverband niet direct daadwerkelijk beëindigd) wordt de stap die meebrengt dat eto-redenen ook voor (eventueel: substantiële) wijzigingen kunnen worden ingezet, wat minder bezwaarlijk.

#### 4 Slot

Het Hof van Justitie heeft in de Sigüenza-zaak duidelijk gemaakt dat eto-redenen 'zuiver' dienen te zijn, in die zin dat ze niet mogen zijn bewerkstelligd c.q. uitgelokt – in dit geval door een derde. Op zichzelf is dat geen verrassende uitkomst, nu een (ontslag)bevoegdheid niet mag worden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is gegeven. De zaak raakt aan de precare balans tussen ontslagbescherming en de mogelijkheid (meestal: na overgang) wijzigingen door te voeren in het personeelsbestand. De geschiedenis van de richtlijn laat zien dat het de bedoeling is geweest dat de werkgever zijn onderneming kan 'rationaliseren', hetgeen tot een niet al te ruim te interpreteren ontslagbescherming dient te leiden. De zaak Sigüenza past in dat beeld: het Hof was vooral gefixeerd op potentieel misbruik (een opzetje) en stelde geen inhoudelijke eisen aan de redenen die de muziekschool opgaf voor de ontslagen. Dat hoefde misschien ook niet, omdat duidelijk was dat de school geen middelen meer kreeg. De vaststelling dat de toets hoogstwaarschijnlijk licht is, is relevant, omdat het aantal zaken waarin het Hof van Justitie zich over ontslagbescherming heeft uitgelaten beperkt is. Dit verklaart wellicht ook het grillige karakter van Nederlandse rechtspraak ten aanzien van dit thema – rechters zijn in onze optiek vaak te streng voor de werkgever en passen de ontslagbescherming te strikt toe. Een eto-reden neemt het opzegverbod weg, iets wat in enkele uitspraken wordt miskend. Er is onzes inziens veel voor te zeggen aansluiting te zoeken bij de huidige a-grond van artikel 7:669 lid 3 sub a BW, al bestaat het risico dat eto-redenen een grondiger toets vereisen dan het UWV nu toepast bij bedrijfseconomische ontslagen. Het Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement geeft het goede voorbeeld door in de memorie van toelichting zelf alvast de voor die situatie relevante bedrijfseconomische redenen op te sommen: daarbij is geen plaats voor persoonlijke voorkeuren van de ondernemer, maar moet het gaan om objectiveerbare redenen. Dit is een toets die in onze optiek ook voor eto-redenen geldt. Daarmee pleiten wij overigens niet voor een lijstje, als maar duidelijk is dat de gewenste 'rationalisatie' objectiveerbaar is.

In onze opvatting is er veel voor te zeggen het leerstuk van wijziging van arbeidsvoorwaarden bij overgang van onderneming zo uit te leggen dat buiten de nationale mogelijkheden tot wijziging geen extra belemmeringen worden aanvaard. Hiermee sluiten wij inhoudelijk in feite aan bij de eto-redenen voor ontslag. De geschiedenis van de richtlijn, alsmede enkele stukken die later het licht hebben gezien, bieden onzes inziens voldoende houvast voor die opvatting. Dat betekent

een zekere soepelheid ten aanzien van de mogelijkheid arbeidsvoorwaarden aan te passen, waarbij als ondergrens geldt dat de wijziging niet louter mag zijn ingegeven door de overgang als zodanig, waaronder uitdrukkelijk de situatie valt dat de verkrijger arbeidsvoorwaardenpakketten wenst te harmoniseren. Dat een wijziging louter 'wegens de overgang' geschiedt, zal vrij zeldzaam zijn en zal in de Nederlandse praktijk evenmin leiden tot een geslaagd beroep op artikelen 7:611 en 7:613 en/of artikel 6:248 of 6:258 BW. Het feit dat een wens om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen een gevolg is van de overgang, is onzes inziens geen belemmering voor die wijziging: oorzaak en reden zijn twee verschillende begrippen. Deze opvatting brengt mee dat de rechtspraak nieuwe wegen kan inslaan en niet angstvallig elke wijziging die in het licht van een overgang geschiedt, dient af te wijzen. Ten aanzien van collectieve wijzigingen, overeengekomen met vakbonden (of ondernemingsraden), is die ruimte in de rechtspraak van het Hof van Justitie al expliciet aanvaard, in het bijzonder in de zaken Juuri, Parkwood en Scatton, en ook de Europese Commissie heeft deze route al in 2007 expliciet erkend. Ten aanzien van de wijziging van arbeidsvoorwaarden waarbij geen werknemersvertegenwoordiging is betrokken, is die ruimte in de – gedateerde – rechtspraak niet zo zichtbaar, en denkbaar is dat hier een inhoudelijkere, minder marginale toets aan te bevelen is (net als in de situatie dat men zou menen dat de ondernemingsraad te zwak is). Uiteindelijk is er weinig reden om aan te nemen dat ontslag gemakkelijker te realiseren zou moeten zijn dan wijziging van arbeidsvoorwaarden. Voor beide geldt, conform vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, dat alleen de overgang geen geldige reden is.