

(Ver)koop onderneming en werknemers: aandachtspunten voor (ver)koper.

(Ver)koop onderneming en werknemers. De meeste ondernemingen hebben – niets nieuws - werknemers. Wat geldt bij (ver)koop van onderneming ten aanzien van het personeel? Hoe hiermee als (ver)koper om te gaan? Hieronder een gecomprimeerde weergave met tips.

Hoofregel. Is sprake van *overgang van een onderneming*, dan 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 (art. 7:662 en 7:663 BW). Werknemers behouden hun rechten en worden beschermd, indien aan de eisen, vervat in voornoemde wetsartikelen, is voldaan. Ontleding hiervan leert dat de materie weerbarstiger is dan op het eerste gezicht lijkt.

Aandelentransacties. Bij een aandelentransactie treedt geen verandering op in de persoon van de werkgever. Er is derhalve geen sprake van overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 e.v. BW, zodat art. 7:662 e.v. BW niet speelt bij aandelentransacties. Via aankoop van de aandelen in de BV verkrijgt koper de BV met daarin aanwezig personeel.

Eisen. Waaraan moet – kort gezegd - zijn voldaan, alvorens sprake kan zijn van behoud van rechten van werknemers:

1. er dient sprake te zijn van een (onderdeel van een) onderneming: dit wordt ruim uitgelegd: het moet gaan om een duurzame economische eenheid, die haar identiteit behoudt na de overgang. Dat kan ook een los bedrijfsonderdeel zijn, bijv. de catering van een bank, een beveiligingsdienst of een schoonmaakkploeg;
2. de onderneming dient ten gevolge van een overeenkomst, fusie of splitsing over te gaan. Voorbeelden van overeenkomsten zijn verkoop, verhuur, verpachting, waarbij de rechtspraak ook weer een ruim standpunt inneemt. Er kan zelfs sprake zijn van *overgang van onderneming* als een rechtstreekse contractuele band tussen vervreemder en verkrijger ontbreekt of alleen maar sprake is van overgang van ondernemingsactiviteiten;
3. de identiteit van de overgedragen onderneming dient te zijn behouden. Van identiteitsbehoud na de overgang is sprake indien de exploitatie in feite wordt voortgezet. Dit zal doorgaans het geval zijn als de gebouwen, inventaris, klantenkring, vergunningen, knowhow, goodwill, handelsnaam etc. worden overgenomen. Wordt er alleen een gebouw of een machine overgenomen, dan is er doorgaans geen sprake van overgang van de onderneming. Het moet gaan om vervreemding van een lopend bedrijf;
4. uitsluitend rechten en verplichtingen uit arbeidsovereenkomst gaan over. Is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst met bepaalde medewerkers, doch gaat het bijvoorbeeld om medewerkers met een managementovereenkomst, oproep/afroepovereenkomst of freelance-overeenkomst of om uitzendkrachten, dan gaan daarop gebaseerde rechten en verplichtingen niet over op verkrijger/koper. Zouden echter dergelijke overeenkomsten alsnog kwalificeren als (*echte*) arbeidsovereenkomsten (essentie: arbeid, loon en gezagsverhouding), dan bestaat de kans dat daarop gebaseerde rechten en verplichtingen weer *wel* overgaan op verkrijger/koper.

Bent u verkoper of adviseur van (potentieel) verkoper, dan is het zinvol de transactie zodanig in te richten dat aan voornoemde eisen wordt voldaan, zodat daadwerkelijk sprake is van *overgang van onderneming*. Neem in het overnamecontract op dat de hele onderneming wordt overgedragen (benoem dat ook als zodanig), inclusief alle daarbij behorende vermogensbestanddelen (zoals inventaris, klantenkring, vergunningen, knowhow, goodwill, gebouwen, werknemers etc.). Zorg zo nodig alsnog voor *schriftelijke* arbeidsovereenkomsten met het (belangrijkste) personeel. Tenminste als het de bedoeling van verkoper is om van rechtswege alle bedoelde rechten en verplichtingen op de koper te doen overgaan, zodat verkoper na de transactie “vrij is van personeel”.

Bent u koper of adviseur van (potentieel) koper, dan is het zinvol zich te realiseren dat niet zondermeer alle (rechten en verplichtingen van) werknemers op koper mee overgaan, doch dat daartoe aan alle voornoemde eisen dient te zijn voldaan. Het is zondermeer zinvol om hierop in het kader van boekenonderzoek een inventarisatie te verrichten, om verrassingen achteraf te voorkomen.

Zijn er namelijk medewerkers op *andere* basis dan via een arbeidsovereenkomst voor verkoper werkzaam, dan gaan deze medewerkers *niet* van rechtswege over op koper. Ten aanzien van sommige medewerkers is dat wellicht prettig en als dat zelfs de bedoeling is, stel als koper dan (zo nodig) dat niet aan de eisen van art. 7:662 e.v. BW is voldaan.

Als het echter gaat om de statutair directeur of andere sleutelfunctionarissen (met bijv. een managementovereenkomst), die koper graag wil behouden (omwille van bijv. knowhow en managementkwaliteiten), dan is het voor koper aan te bevelen tijdig toestemming aan verkoper te vragen om met deze belangrijke medewerkers gesprekken aan te mogen gaan, om te bezien of er commitment tegenover koper bestaat en zo ja, om hen vervolgens tijdig vast te kunnen leggen. In dat kader kan het verstandig zijn om al in de LOI of daarna, in de definitieve (ver)koopovereenkomst, een (opschortende) voorwaarde met verkoper overeen te komen dat koper slechts gehouden is de overdracht tot stand te brengen indien met bedoelde statutair directeur/andere sleutelfunctionarissen koper conveniërende (management)overeenkomst(en) is/zijn gesloten, bij gebreke waarvan de overdracht niet doorgaat.

Om te voorkomen dat koper vast komt te zitten aan bedoelde sleutelfunctionarissen, terwijl uiteindelijk de (ver)koop niet doorgaat, is het zinvol om ook de (management)overeenkomst met deze medewerkers onder opschortende voorwaarde aan te gaan, inhoudende dat partijen “pas aan elkaar vastzitten” bij een definitief met verkoper gesloten overnamecontract (gaat de overname niet door, dan blijft de medewerker werkzaam voor verkoper). En spreek zo mogelijk ook met genoemde sleutelfunctionarissen af dat zij hun met verkoper bestaande (management)overeenkomst pas opzeggen als het definitieve overnamecontract door partijen is getekend. Zou koper *arbeidsovereenkomsten* met genoemde sleutelfunctionarissen kunnen aangaan, weet dan dat opschortende voorwaarden arbeidsrechtelijk gezien lastig kunnen liggen. Risico's kunnen ook worden beperkt door in de arbeidsovereenkomst een proeftijd op te nemen, deze aan te gaan voor bepaalde tijd en er eventueel een tussentijds opzegbeding in op te nemen (let er wel op dat dan voor beëindiging toch nog een ontslagvergunning van het UWV Werkbedrijf dient te worden verkregen).

Tenslotte kan zich de situatie voordoen dat verkoper de (beoogde) transactie geheim wil houden en koper niet toestaat om vroegtijdig met bepaalde sleutelfunctionarissen (werkzaam zonder arbeidsovereenkomst bij verkoper) te gaan praten. In het overnamecontract kan dan een ontbindende voorwaarde worden opgenomen dat de koopovereenkomst door koper kan worden ontbonden, indien en zodra is komen vast te staan dat de (met naam genoemde) sleutelfunctionarissen niet direct bij/na de overname voor koper werkzaam zijn geworden, doch bijv. weigeren mee over te gaan op koper.

Hoofdelijke aansprakelijkheid verkoper. Heeft verkoper niet aan alle loonbetalingsverplichtingen voldaan, *die reeds bestonden vóór de overgang*, dan kan de werknemer ingevolge art. 7:663 BW naast koper ook nog 1 jaar lang verkoper aanspreken. Betaalt koper echter aan werknemer die schuld van verkoper, dan kan koper wel verkoper aanspreken tot terugbetaling, ook overigens als voornoemd jaar is verstreken. Voor koper is het – voor dit en voor andere gevallen - zinvol om met verkoper af te spreken een deel van de koopprijs in termijnen te betalen. Blijkt dan van door verkoper niet betaalde (loonbetalings)verplichtingen of is sprake van een inbreuk op een garantie, dan kan koper gelden inhouden en/of verrekenen. Dat is over het algemeen makkelijker dan dat een deel van de betaalde koopprijs bij verkoper moet worden “teruggehaald”.

Tenslotte. Overgang van onderneming is een lastig leerstuk. Bedenk dat werknemers veelal worden beschermd. Het is het verstandig, zeker bij twijfel, om in voorkomende gevallen *voorafgaand* aan eventuele besluitvorming juridisch advies in te winnen. Voorkomen is ook hier weer beter dan genezen.

Auteur van dit artikel © :

mr. Enno Schets

013-5331752/06-57644156

Zie www.cpok.nl waarop de eerdere Tips/publicaties zijn te vinden.

Disclaimer: dit artikel is in algemene zin geschreven en ziet niet op allerlei specifieke situaties. Hoewel aan de inhoud en samenstelling van dit artikel de grootste zorg en aandacht is besteed, aanvaardt de auteur geen enkele aansprakelijkheid voortvloeiende uit het gebruik daarvan. Raadpleeg in voorkomend geval steeds een op dit terrein gespecialiseerd jurist of advocaat.