

Overgang van onderneming als gevolg van een aanbesteding

Inleiding

Ondernemingen die meedoen aan een aanbestedingsprocedure, lopen het risico dat als gevolg van deze aanbestedingsprocedure overgang van onderneming plaatsvindt. Overgang van onderneming brengt met zich mee dat de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de huidige opdrachtnemer voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege op de verkrijgende opdrachtnemer overgaan (art. 7:663 BW). Zowel voor de werknemers van de huidige opdrachtnemer als voor de huidige en de winnende opdrachtnemer zelf kan dit tot veel onzekerheid leiden. Onder de werknemers van de huidige opdrachtnemer kan onzekerheid heersen of zij, na verlies van de huidige opdrachtnemer van de aanbesteding, hun werk zullen behouden. Voor de huidige opdrachtnemer is het onzeker of na de aanbesteding zijn personeel mee overgaat naar de winnende opdrachtnemer. De winnende opdrachtnemer kan, indien het personeel van de huidige opdrachtnemer mee overgaat, met veel overtollig personeel komen te zitten. Uit de jurisprudentie vloeit voort dat de deelnemers zélf moeten beoordelen of er sprake is van overgang van onderneming.¹ In dit artikel zal ik deelnemers een aantal handvatten bieden aan de hand waarvan zij kunnen beoordelen of de aanbestedingsprocedure tot overgang van onderneming leidt.

Overgang van onderneming

Van overgang van onderneming is onder meer sprake indien ten gevolge van (1) een *overeenkomst* (2) een *economische eenheid die haar identiteit behoudt*, overgaat (art. 7:662 lid 2 sub a BW).

Overgang ten gevolge van een overeenkomst

Bij een aanbesteding bestaat er geen contractuele band tussen de huidige opdrachtnemer en de winnaar van de aanbestedingsprocedure. De overeenkomst tussen de aanbestedder en de huidige opdrachtnemer wordt beëindigd en er wordt een nieuwe overeenkomst gesloten tussen de aanbestedder en de winnende opdrachtnemer. Het Hof van Justitie legt het vereiste, dat de overdracht het gevolg moet zijn van een overeenkomst, echter zeer ruim uit. Van overgang van onderneming kan zelfs sprake zijn zonder dat tussen de oude en de nieuwe opdrachtnemer een contractuele band bestaat. De overgang van onderneming kan ook in meerdere fasen via een derde (aanbestedder) verlopen. Er is sprake van overgang van onderneming wanneer in het kader van contractuele betrekkingen een wijziging plaatsvindt van de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming, en die als werkgever ver-

1. HvJ EG 25 januari 2001, C-172/99 (Oy Liikenne), r.o. 22-23.

plichtingen aangaat jegens de werknemers van de onderneming.² Het Hof van Justitie heeft bovendien eenmaal in het kader van een aanbestedingsprocedure geoordeeld dat ook sprake kan zijn van overgang van onderneming wanneer er geen contractuele band bestaat tussen twee ondernemingen waaraan naar aanleiding van een aanbestedingsprocedure een opdracht is gegund.³

Economische eenheid die haar identiteit behoudt

Een economische eenheid is een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijke economische activiteit (art. 7:662 lid 2 sub b BW). Om te bepalen of de identiteit van de economische eenheid bewaard is gebleven, moet volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die kenmerkend zijn voor de overgang. Het Hof van Justitie noemt als voorbeeld van dergelijke omstandigheden: de aard van de betrokken onderneming of materiële activa, personeel of de klantenkring zijn overgedragen, de waarde van de immateriële activa, de mate waarin de activiteiten voor en na de overdracht met elkaar overeenkomen, en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. De waarde die aan deze feitelijke omstandigheden moet worden gehecht, verschilt naargelang de aard van de uitgeoefende activiteit, de productiewijze en de bedrijfsvoering van de betreffende onderneming.⁴ Zo is het in zogenoemde arbeidsintensieve sectoren van belang dat een wezenlijk deel van het personeel overgaat.⁵ Brengt de aard van de onderneming echter mee dat de aanwezigheid van materiële activa kenmerkend is voor de onderneming, dan kan de onderneming niet haar identiteit behouden indien zij zonder deze activa overgaat.⁶

Bij een aanbestedingsprocedure kan niet reeds op grond van de omstandigheid dat door de huidige en de winnende opdrachtnemer vergelijkbare diensten worden verricht, worden geconcludeerd dat er sprake is van een overgang van een economische eenheid. Een economische eenheid kan namelijk niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast. Haar identiteit blijkt eveneens uit andere factoren, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de

taakverdeling, de bedrijfsvoering of, in voorkomend geval, de beschikbare productiemiddelen.⁷

De omstandigheid dat de door de winnende opdrachtnemer overgenomen materiële activa geen eigendom zijn van de huidige opdrachtnemer, maar door de aanbesteder ter beschikking worden gesteld, is irrelevant. Ook in dit geval kan er sprake zijn van overgang van onderneming.⁸

Beoordeling door inschrijvers

Een deelnemer aan een aanbestedingsprocedure moet zélf beoordelen of er sprake is van overgang van onderneming. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie kan dit niet als een schending van het rechtszekerheidsbeginsel worden beschouwd. Het risico of er al dan niet sprake zal zijn van overgang van onderneming, is voor alle deelnemers gelijk. Bij elk mededingingsinitiatief – dus ook bij aanbestedingsprocedures – bestaat immers onzekerheid over een aantal parameters.⁹ Een deelnemer zal deze wetenschap moeten inbouwen in de kostenraming van zijn offerte. Om deelnemers in staat te stellen te beoordelen of overgang van onderneming zal plaatsvinden, moet een aanbesteder op grond van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in de aankondiging of in het bestek een nauwkeurige beschrijving geven van de werknemers, de producten of de contractuele verplichtingen die eventueel moeten worden overgenomen. Een deelnemer weet derhalve voorafgaande aan de aanbestedingsprocedure (of kan althans weten) dat hij essentiële elementen van de huidige opdrachtnemer over moet nemen die noodzakelijk zijn voor het functioneren van de onderneming, en dat dit tot overgang van onderneming kan leiden.

Om te beoordelen of na de aanbesteding overgang van onderneming plaatsvindt, moeten deelnemers op de volgende bepalingen uit de aanbestedingsdocumentatie letten.

Bijzondere voorwaarde

Op grond van artikel 26 Besluit aanbestedingsregels voor overheden (Bao)¹⁰ mag een aanbesteder ‘bijzondere voorwaarden’ in de aanbestedingsdocumentatie opnemen waaronder de opdracht moet worden uitgevoerd. Tot deze bijzondere aanbestedingsvoorwaarden kan ook een verplichte overname door de winnende opdrachtnemer van contracten, werknemers of materieel van de huidige opdrachtnemer worden gerekend.

2. Zie o.a. HvJ EG, 10 februari 1988, C-324/86 (Daddy's Dancehall), r.o. 10; HvJ EG, 20 november 2003, C-340/01 (Sodexho), r.o. 38-39; HvJ EG, 24 januari 2002, C-51/00 (Temco), r.o. 30-31; HvJ EG, 10 december 1998, C-173/96 en C-247/96 (Hidalgo), r.o. 23.
3. HvJ EG, 25 januari 2001, C-172/99 (Oy Liikenne), r.o. 30. Vgl. ook Ktr. Amsterdam 22 november 2005; Ktr. Arnhem 21 mei 2007, LJN BA5526; Ktr. Arnhem 1 oktober 2007, LJN: BB4630.
4. Zie o.a. HvJ EG, 19 september 1995, C-48/94 (Rygaard), r.o. 15-17; HvJ EG, 24 januari 2002, C-51/00 (Temco), r.o. 23-24; HvJ EG, 20 november 2003, C-340/01 (Sodexho), r.o. 30-35; HvJ EG, 10 december 1998, C-173/96 en C-247/96 (Hidalgo), r.o. 23; HvJ EG, 25 januari 2001, C-172/99 (Oy Liikenne), r.o. 31-33 en 37.
5. Zie o.a. HvJ EG, 11 maart 1997, C-13/95 (Süzen), r.o. 21; HvJ EG, 25 januari 2001, C-172/99 (Oy Liikenne), r.o. 38.
6. Zie o.a. HvJ EG, 25 januari 2001, C-172/99 (Oy Liikenne), r.o. 39-42.

7. HvJ EG, 25 januari 2001, C-172/99 (Oy Liikenne), r.o. 34; HvJ EG, 10 december 1998, C-173/96 en C-247/96 (Hidalgo), r.o. 30; HvJ EG, 11 maart 1997, C-13/95 (Süzen), r.o. 15.
8. HvJ EG, 20 november 2003, C-340/01 (Sodexho), r.o. 41-42.
9. HvJ EG, 25 januari 2001, C-172/99 (Oy Liikenne), r.o. 23-24; V.zr. Rb. Haarlem 18 november 2005, KG ZA 05-537, r.o. 4.18.
10. Stb. 2005, 408, zoals gewijzigd bij besluit van 7 december 2005, Stb. 650.

Contractuele bepaling

Vaak wordt als bijlage aan het bestek een conceptcontract gehecht, waarin door de aanbesteder de contractuele bepalingen met betrekking tot de uitvoering van de opdracht zijn vastgelegd en die de deelnemer – op straffe van uitsluiting van de aanbestedingsprocedure – moet accepteren. De aanbesteder kan bijvoorbeeld in het conceptcontract de bepaling opnemen dat de winnende inschrijver een deel van het personeel, de activiteiten of het materieel van de huidige opdrachtnemer moet overnemen.

Cao

Ter waarborging van de belangen van de werknemers van de huidige opdrachtnemer is in bepaalde cao's de bepaling opgenomen dat bij overgang van een contract (een gedeelte van) het personeel van de huidige opdrachtnemer overgaat op de verkrijgende opdrachtnemer. Het enkele feit dat de winnende opdrachtnemer op grond van een toepasselijke cao (een deel van) het personeel van de huidige opdrachtnemer moet overnemen, leidt niet per definitie tot overgang van onderneming.

Wettelijk vastgelegde overgang

Sommige wetten bevatten een bijzondere regeling ter waarborging van de belangen van het personeel. De Wet personenvervoer 2000 (WPV 2000) die van toepassing is op concessies van diensten in de openbaarvervoersector, kent zo'n bepaling. Op grond van artikel 37 lid 1 WPV 2000 gaan in het geval van overgang van een concessie de werknemers mee over naar de verkrijger van de concessie. Dit leidt overigens niet per definitie tot overgang van onderneming.¹¹

Conclusie

Deelnemers moeten aan de hand van de aanbestedingsdocumentatie, het conceptcontract, de toepasselijke cao en de toepasselijke wet- en regelgeving zélf een inventarisatie maken of er na gunning werknemers, materiële activa, contracten, enzovoort van de huidige opdrachtnemer moeten worden overgenomen.¹² Voor iedere aanbestedingsprocedure afzonderlijk zal aan de hand van alle feitelijke omstandigheden die de betrokken aanbestedingsprocedure kenmerken, waaronder de feitelijke omstandigheden die het Hof van Justitie in zijn jurisprudentie heeft genoemd, moeten worden bepaald of naar aanleiding van de aanbestedingsprocedure sprake is van overgang van onderneming.

*Mr. M. Semmekrot
Loyens & Loeff*

11. Kamerstukken II 1998/99, nr. 3, p. 69-70.

12. HvJ EG, 25 januari 2001, C-172/99 (Oy Liikenne), r.o. 23-24.