

133. De arbeidsrechtelijke aspecten bij een due diligence-onderzoek/overname

MR. A.A. PELSER-STEKELBURG

Het vakblad *Advocatie*¹ meldt recent dat COVID-19 naar verwachting zal leiden tot anders gemotiveerde M&A-transacties, namelijk *distressed deals*, ofwel gedwongen verkopen. Extra belangrijk dus voor de koper om te onderzoeken wat een onderneming waard is. Het is vaste praktijk dat voorafgaand aan de koop van een onderneming een boekenonderzoek ofwel een due diligence-onderzoek plaatsvindt. In dit artikel zal eerst kort het doel en de inhoud van het due diligence-onderzoek voor overname worden geschetst. Daarbij zal ik ingaan op de mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper. Vervolgens worden de meest voorkomende arbeidsrechtelijke deal breakers bij een due diligence-onderzoek besproken, vanuit het perspectief van de potentiële koper. Tot slot doe ik aanbevelingen over hoe de koper met deze risico's om kan gaan. Kortom, dit artikel kan dienen als praktische leidraad bij het uitvoeren van een arbeidsrechtelijk due diligence-onderzoek en bij de advisering van een overname.

1. Wat houdt een due diligence-onderzoek in?

Het due diligence-onderzoek richt zich in het algemeen op het in kaart brengen van de eventuele risico's binnen de onderneming. Corporate advocaten of private-equity-ondernemingen schakelen regelmatig arbeidsrechtadvocaten (juristen) in om het arbeidsrechtelijke deel van het due diligence-onderzoek te verrichten. De arbeidsrechtadvocaten ontvangen (in de regel) een informatiememorandum over de transactie en de doelvennootschap (ook wel 'target' genaamd). De arbeidsrechtadvocaten stellen een overzicht van informatie, gegevens en documenten op die nodig zijn voor het arbeidsrechtelijke due diligence-onderzoek. Aan de hand van deze zogenoemde 'information request list' wordt de (virtuele) dataroom (beveiligde database) gevuld. Daarna kan het onderzoek van start gaan. Er wordt dan een deadline gegeven voor het aanleveren van het eerste conceptrapport en vervolgens voor het definitieve rapport. Tussentijds kunnen er vragen worden gesteld en kan om aanvullende informatie worden verzocht.

Ten aanzien van de rapportage geeft de koper veelal aan of hij een rapport wenst met enkel een vermelding van de mogelijke dealbreakers (de zogenoemde 'red flags'), dan wel een meer beschrijvend rapport waarin ook een algemeen beeld van de onderneming wordt geschetst. Het is

van belang in het rapport de scope aan te geven, zodat duidelijk is wat onderdeel van het onderzoek is.

2. De mededelingsplicht en de onderzoeksplicht

De rechtsverhouding tussen partijen in de precontractuele fase wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Het due diligence-onderzoek kent twee invalshoeken: de verkoper dient de koper te informeren (de 'mededelingsplicht') en de koper moet ook zelf een onderzoek instellen (de 'onderzoeksplicht'). Doordat de verkoper ten aanzien van de doelvennootschap een informatievoorsprong heeft, weegt de mededelingsplicht in beginsel iets zwaarder dan de onderzoeksplicht.² De koper mag daarom in beginsel afgaan op de mededelingen van de verkoper. Indien echter twijfel ontstaat over de juistheid van gedane mededelingen, kan voor de koper een (nadere) onderzoeksplicht ontstaan. De exacte omvang van en de onderlinge verhouding tussen beide plichten is telkens afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval.³ Zo zal een bepaalde misvatting van de koper ten aanzien van financiële verplichtingen van de doelvennootschap eerder voor rekening van de koper blijven als de koper zeer deskundig is.⁴ Partijen

1 Rietbroek, J. *Advocatie*. Zakelijke advocatuur is (nog) druk in coronatijd, maar het M&A-werk droogt op, 1 april 2020, <https://www.advocatie.nl/business/zakelijke-advocatuur-is-nog-druk-in-coronatijd-maar-het-ma-werk-droogt-op/>.

2 HR 15 november 1957 (*Baris/Riezenkamp*); HR 21 januari 1966, ECLI:NL:HR:1966:AC4621, NJ 1966/183 (*Booy/Wisman*) en HR 19 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0829, NJ 2005/234 (*Marks/Albert Schweitzer Ziekenhuis*).

3 H.H. Kersten, 'Het due diligence onderzoek: Vrijwillige en onvrijwillige beperkingen', *Onderneming en Financiering*, 2001, afl. 47.

4 HR 22 december 1995, NJ 1996/300.

kunnen aan de reikwijdte van de onderzoeksplicht contractueel invulling geven.⁵

De verkoper dient de koper te informeren (de 'mededelingsplicht') en de koper moet ook zelf een onderzoek instellen (de 'onderzoeksplicht')

Het is van belang de documenten zorgvuldig te bekijken en nadere vragen aan de verkoper/doelvennootschap te stellen zodra twijfel ontstaat over de juistheid of volledigheid van de verstrekte informatie. Bij aansprakelijkheid van de verkoper geldt dat indien de koper tekort is geschoten in zijn onderzoeksplicht, dit veelal 'eigen schuld' zal opleveren in de zin van art. 6:101 BW en leiden tot een vermindering van de schadevergoedingsplicht van de verkoper.⁶ Verder geldt dat indien een koper nalaat een due diligence-onderzoek in te stellen bij een overname, dit wanbeleid van de koper en persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurder en commissarissen kan opleveren op grond van onzorgvuldige taakvervulling.⁷

3. Wat zijn de belangrijkste 'red flags' tijdens een due diligence-onderzoek?

Wat zijn nu de belangrijkste punten om als jurist tijdens een arbeidsrechtelijk due diligence-onderzoek op te letten?

1. Overgang van onderneming

Er zijn verschillende varianten bedrijfsovernames. Deze kunnen plaatsvinden door een juridische fusie⁸ of splitsing⁹, door een aandelenfusie¹⁰ ('aandelentransactie') of door een bedrijfsfusie¹¹ ('activa-passiva transactie'). Art. 7:662 BW bepaalt dat sprake is van een overgang van onderneming (hierna: 'OvO') wanneer, op basis van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, een economische eenheid overgaat en die eenheid na de overgang zijn identiteit behoudt. Het gaat erom dat ondernemingsactiviteiten worden overgedragen.

Het komt vaak voor dat in geval van een activa/passiva-transactie, waarbij (een deel van) het personeel en de activiteiten overgaan van de ene rechtspersoon naar de andere rechtspersoon, sprake is van OvO. Bij een juridische fusie zal in de regel ook sprake zijn van OvO. De overgang onder algemene titel bij een juridische fusie brengt immers mee dat enkel door het passeren van de notariële akte van de fusie de overdracht van zowel activa als passiva wordt bewerkstelligd en één rechtspersoon verdwijnt.¹² Er zal alleen dan geen sprake zijn van OvO wanneer de verkrijgende rechtspersoon ná de fusie geheel andere ondernemingsactiviteiten gaat verrichten dan vóór de fusie verricht werden door één of elk van de gefuseerde rechtspersonen.

Gevolgen OvO

Indien sprake is van een OvO, dan gaan alle aan de onderneming verbonden werknemers van rechtswege en met behoud van alle uit hun arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen over naar de verkrijgende onderneming. Het gevolg is dat de verkrijgende onderneming niet kan kiezen wie van het personeel zij overneemt en welke arbeidsvoorwaarden zij het personeel zal aanbieden. Alle rechten en verplichtingen gaan van rechtswege over, zoals bijvoorbeeld het salaris, het non-concurrentiebeding (tenzij het beding 'zwaarder gaat drukken'), de onkostenvergoedingen en de bonusaanspraken.

Indien sprake is van een OvO, dan gaan alle aan de onderneming verbonden werknemers van rechtswege en met behoud van alle uit hun arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen over naar de verkrijgende onderneming

In de literatuur wordt betoogd dat in geval van samenloop van art. 7:662 e.v. BW, die de rechten van de werknemer bij OvO beschermen, en bepalingen uit de fusieregeling (art. 3:209 BW), welke regeling de schuldeisers en contractspartijen van de fusierende rechtspersoon beschermt, de werknemer een beroep kan doen op de voor hem meest gunstige bepaling.¹³ Zo gaat de anciënniteit van de werknemer bij fusie onder algemene titel – een-op-een – over

5 E.M. DAS, 'Enkele aspecten van overname contracten', *Tijdschrift voor de overnamepraktijk*, 2009, afl. 3.

6 HR 16 december 2016; ECLI:NL:HR:2016:2885.

7 H.H. Kersten, 'Het due diligence onderzoek: Vrijwillige en onvrijwillige beperkingen', *Onderneming en Financiering*, 2001, afl. 47; HR 10 januari 1990, NJ 1990/466.

8 Art. 2:309 BW. Bij een juridische fusie vindt er een juridische samensmelting plaats van twee rechtspersonen. Hierbij houdt één rechtspersoon op te bestaan, waarbij het vermogen van de verdwijnende rechtspersoon onder algemene titel overgaat op de rechtspersoon dat na de fusie overblijft.

9 Art. 2:334a BW.

10 In dit geval krijgt de overnemende partij door de overname van aandelen alles wat toebehoort aan het verkopende bedrijf.

11 Hierbij blijven de aandelen achter en worden alleen bepaalde vermogensbestanddelen, personeel en contracten overgedragen aan de koper.

12 J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap, UvA-DARE (Digital Academic Repository), https://pure.uva.nl/ws/files/1514872/113512_12.pdf.

13 J.P.H. Zwemmer, Pluraliteit van werkgeverschap, UvA-DARE (Digital Academic Repository), p. 300, https://pure.uva.nl/ws/files/1514872/113512_12.pdf; P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 1999, p. 53-57, met verwijzingen aldaar; R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 233-235 en p. 270.

op de verkrijgende rechtspersoon.¹⁴ Bij OvO daarentegen gaat enkel de anciënniteit over voor zover deze bepalend is voor bepaalde (financiële) rechten ten tijde van de OvO. In geval van OvO telt de anciënniteit dus wel mee ten aanzien van de transitievergoeding, maar heeft de werknemer geen recht op een gouden horloge bij de viering van zijn jubileum als dat recht er alleen bij de verkrijger is en niet bij de vervreemder. In geval van een fusie kan de werknemer op grond van de fusieregeling wel aanspraak maken op een horloge bij zijn jubileumviering, ook al was dit recht er niet bij de vervreemder. Let wel, hier wordt tegenwoordig ook wel anders over gedacht. Zo heeft mr. K.W. van Kampen zeer recent betoogd dat het de bedoeling van de wetgever is om bij een fusie of splitsing de bescherming van de rechten van de bij de OvO betrokken werknemers exclusief te regelen door art. 7:662 e.v. BW en dat een richtlijnconforme¹⁵ wetsuitleg dit ook met zich meebrengt.¹⁶

Gevolgen van OvO voor Cao

Daarnaast bestaat er een handhavingplicht voor de verkrijger om de van toepassing zijnde Cao-bepalingen te handhaven totdat de desbetreffende Cao is geëxpireerd of de verkrijgende onderneming wordt gebonden aan een na de OvO tot stand gekomen nieuwe Cao. Er geldt een handhavingplicht, omdat de verkrijger niet van rechtswege aan een Cao gebonden kan worden. Dit is anders als het om een incorporatiebeding gaat, want deze gaat wel van rechtswege over.¹⁷ Overigens zal op de verkrijger ook dan in veel gevallen de plicht rusten de gunstigere arbeidsvoorwaarden van voor de overgang op het overgenomen personeel toe te passen, aangezien deze bepalingen nawerken. Het is belangrijk de verkoper hier in het kader van een due diligence-onderzoek op te wijzen.

WGA-lasten

De Centrale Raad van Beroep heeft recent, op 4 december 2019,¹⁸ geoordeeld dat voor de toerekening van uitkeringslasten van een WGA-uitkering (in de vorm van eigenrisicodragerschap of betaling van gedifferentieerde premies) bij OvO een sociaalverzekeringsrechtelijke maatstaf moet worden gehanteerd. Deze maatstaf verschilt van de civiele maatstaf ex art. 7:662 BW. Volgens de wet¹⁹ geldt een belangrijk verschil tussen de rechtsgevolgen voor de WGA-uitkeringslasten van de overgang van *een hele* onderneming en de rechtsgevolgen van de overgang van *een deel*

van een onderneming. Immers, bij overgang van een hele onderneming moet de verkrijger, indien de overdrager eigenrisicodrager is, de uitkering voortaan gaan betalen. Bij overgang van een deel van een onderneming moet de overdrager als eigenrisicodrager de uitkering blijven betalen.

Gelet op het bovenstaande is het dus van belang in het due diligence-onderzoek vast te stellen of sprake is van de overgang van *een deel* van een onderneming. De Centrale Raad van Beroep heeft in voornoemde uitspraak geoordeeld dat de vraag of er sprake is van een overgang van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming, af hangt van de vraag of de hele loonsom dan wel een deel van de loonsom is overgegaan. Dat is in afwijking van de eerdere uitspraken van de Centrale Raad van Beroep²⁰, maar wel conform de handelwijze die de Belastingdienst en het UWV al in de praktijk hanteerden.

Gevolgen van OvO voor pensioen

De hoofdregel dat de rechten en verplichtingen die op het tijdstip van de OvO voor de overgenomen onderneming gelden, mee overgaan op de verkrijger, ziet in beginsel ook op de rechten en verplichtingen voortvloeiend uit een pensioenovereenkomst. Op grond van art. 7:664 BW gelden hierop een paar uitzonderingen en gaat pensioen niet mee over als:

- de verkrijgende vennootschap aan de overgenomen werknemers eenzelfde pensioentoezegging doet als die hij vóór de overgang aan zijn eigen werknemers heeft gedaan;
- de verkrijgende vennootschap verplicht deelneemt in een bedrijfstakpensioenfonds en de overgenomen werknemers hierin gaan deelnemen;
- bij Cao of bij regeling door of namens een daartoe bevoegd bestuursorgaan is afgeweken van de pensioenovereenkomst.

Let wel, nu de overgang van rechtswege onder algemene titel zich bij fusie en splitsing niet verdraagt met deze pensioenuitzonderingen uit art. 7:664 BW, wordt in de literatuur verdedigd dat deze uitzonderingen niet van toepassing zijn op de juridische fusie en splitsing.²¹ Hier wordt tegenwoordig soms ook wel anders over gedacht.²²

Bescherming werknemers tegen ontslag en wijziging arbeidsvoorwaarden

Bij OvO is de werknemer beschermd tegen de nadelige gevolgen van de overgang. Zo mogen werknemers niet worden ontslagen vanwege de OvO. Op die manier wordt voorkomen dat de nieuwe werkgever vooraf kan kiezen welke werknemers hij wel en niet mee overneemt. Dit laat

14 HvJ EG 14 september 2000, «JAR» 2000/225 (*Collino en Chiappero/Telecom Italia SpA*). Zie ook HvJ EU 6 september 2011, NJ 2011/590 m.nt. Mok en «JAR» 2011/262 m.nt. Haanappel-van der Burg (*Scattolon/Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*).

15 Richtlijn (EU) nr. 2017/1132, *PbEU* 2017, L169/46. Hierin is de fusie- en de splitsingsregeling opgenomen.

16 Zie E.K.W. van Kampen, 'De toepasselijkheid van art. 7:664 BW bij een overgang van onderneming ten gevolge van een juridische fusie of splitsing', *ArbeidsRecht* 2020/18.

17 HvJ EG 9 maart 2006, «JAR» 2006/83 (*Werhof/Freeway*). Let wel op het verschil tussen een statisch en dynamisch geformuleerd incorporatiebeding.

18 CRvB 4 december 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3920.

19 Zie art. 82 lid 4 (tot 1 januari 2017: art. 84 lid 4 WIA) en lid 5 (tot 1 januari 2017: art. 84 lid 5 WIA) WIA.

20 Zie onder meer: CRvB 11 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4322 en CRvB21 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1608.

21 Zie onder meer: CRvB 11 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4322 en CRvB 21 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1608.

22 Zie E.K.W. van Kampen, 'De toepasselijkheid van art. 7:664 BW bij een overgang van onderneming ten gevolge van een juridische fusie of splitsing', *ArbeidsRecht* 2020/18.

onverlet dat na een overgang de noodzaak kan bestaan een reorganisatie door te voeren, omdat er bijvoorbeeld dubbelfuncties bestaan. Dit is vaak het gevolg van een overgang. Het is echter niet zo dat de arbeidsrelatie met de overgenomen werknemers als eerste kan worden beëindigd. Zij hebben immers ook hun anciënniteit ten aanzien van reeds bestaande financiële rechten ten tijde van de overname meegenomen. Als gevolg hiervan is het mogelijk dat op grond van het afspiegelingsbeginsel het zittende personeel plaats moet maken voor collega's die door een overname zijn meegekomen. Ook dit punt dient tijdens het due diligence-onderzoek te worden onderzocht. Koper en verkoper kunnen desgewenst afspraken met elkaar maken over de mogelijke afvloeiingskosten. Tot slot speelt hier vaak het probleem dat een ontslag toch als een ontslag wegens OvO wordt gezien en gelet daarop niet is toegestaan. Het strekt dan ook tot de aanbeveling om een reorganisatie pas gedurende een zekere tijd na de OvO door te voeren.

Recht op informatie en consultatie

Tot slot is de werkgever verplicht werknemers die onder OvO vallen 'tijdig' te informeren over de volgende punten: i) het voorgenomen besluit tot overgang; ii) de voorgenomen datum van overgang; iii) de reden voor de overgang; iv) de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers; en v) de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.

Deze informatieverplichting, neergelegd in art. 7:665a BW, rust op zowel de verkrijger als de vervreemder. Het niet tijdig informeren van de werknemers heeft geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de OvO. Wel kunnen de werknemers hun werkgever (zowel vervreemder als verkrijger) aansprakelijk stellen voor de door hen geleden schade op grond van onrechtmatige daad. Daarnaast dient de werkgever zijn werknemers juist en volledig te informeren over de plannen, hun rechtspositie, keuzemogelijkheden en bijbehorende rechtsgevolgen op grond van de eisen van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW).

2. Cao

Een andere red flag waarop men alert moet zijn tijdens het due diligence-onderzoek, is de toepasselijkheid van een algemeen verbindend verklaarde Cao (hierna: 'avv-cao'). Dikwijls vermeldt verkoper op de information request list en staat in de arbeidsovereenkomsten met zijn werknemers dat geen Cao van toepassing is, terwijl dat toch het geval blijkt te zijn. Om die reden is een onderzoek naar de eventuele toepasselijkheid van een avv-cao een cruciaal onderdeel van het due diligence-onderzoek.

Een avv-cao is van toepassing op de arbeidsovereenkomst als de werkgever en ook de werknemer onder de werkingssfeerbepaling van de desbetreffende Cao vallen. De werkingssfeer van een Cao is beschreven in de Cao zelf. In de Cao zijn meestal definities opgenomen van de begrippen 'werkgever' en 'werknemer'. De formulering van deze definities is echter niet altijd duidelijk. In dat geval dient de

formulering van de definities te worden geïnterpreteerd om te kunnen bepalen of de Cao van toepassing is. Indien uit dit Cao-onderzoek blijkt dat een Cao ten onrechte niet is toegepast of dat een verkeerde Cao is toegepast, dan levert dit een aanzienlijk potentieel risico op voor de koper. Werknemers en ex-werknemers kunnen dan naleving van de juiste Cao vorderen alsmede schadevergoeding ter hoogte van hetgeen ze zouden hebben ontvangen op basis van een correcte toepassing van de (juiste) Cao. Denk hierbij aan claims die zien op uitbetaling van (extra)vakantiedagen, atv-dagen, overwerkvergoeding, salarisclaims ten gevolge van een onjuiste toepassing van salarisschalen en functiegroepen, salarisdoorbetaling tijdens arbeidsongeschiktheid, onkostenvergoedingen, etcetera. Voor salarisclaims van werknemers geldt een verjaringstermijn van vijf jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de vordering opeisbaar is geworden (art. 3:308 BW).

3. Pensioen

Pensioen kan een echte dealbreaker zijn. Wij constateren regelmatig dat doelvennootschappen onder de werkingssfeer van een verplichtstellingsbesluit van een bedrijfstakpensioenfonds (hierna: 'Bpf') vallen (die veelal vergelijkbaar zijn met de werkingssfeerbepaling uit een Cao in dezelfde branche) maar daar ten onrechte niet bij zijn aangesloten. Pensioen is een dure arbeidsvoorwaarde en pensioenclaims, die ook kunnen zien op het verleden, kunnen flink in de papieren lopen. Net als bij een Cao bevat een verplichtstellingsbesluit ook een werkingssfeerbepaling aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of een vennootschap verplicht is zich aan te melden bij een Bpf. Om onder een verplichte aansluiting uit te komen is het onder omstandigheden mogelijk dispensatie te verkrijgen van deelname aan de verplichtgestelde regeling en een eigen pensioenregeling uit te voeren. Een belangrijke voorwaarde hiervoor is veelal dat de eigen pensioenregeling ten minste actuair en financieel gelijkwaardig is aan de verplicht gestelde regeling.²³

Pensioen kan een echte dealbreaker zijn

Als een doelvennootschap zich ten onrechte niet heeft aangemeld bij een Bpf is dit een aanzienlijk financieel risico. Het Bpf kan dan namelijk met terugwerkende kracht de volledige pensioenpremies terugvorderen tot het moment dat de doelvennootschap onder de verplichte aansluiting viel en de (ex-)werknemers of hun nabestaanden kunnen met terugwerkende kracht een claim indienen voor de schade als gevolg van de gemiste pensioenopbouw. De vordering van een Bpf tot betaling van pensioenpremies kan verjaren. Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in een arrest van 15 oktober 2019 geoordeeld dat een Bpf achterstallige pensioenpremies over een periode van twintig jaar van een werkgever kan terugvorderen.²⁴ Het hof nam als

²³ Zie het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000.

²⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden, 15 oktober 2019 ECLI:NL:GHARL:2019:8464.

uitgangspunt dat bij dit soort ‘uit de wet voortvloeiende’ premievorderingen een verjaringstermijn van twintig jaar (art. 3:306 BW) geldt. Daarnaast kunnen boete(n), kosten en/of rente verschuldigd zijn. Werknemers, ex-werknemers en nabestaanden kunnen de (ex-)werkgever aanspreken op grond van onrechtmatige daad wegens schending van de wettelijke verzekeringsplicht en schadevergoeding wegens gemiste pensioenopbouw vorderen. Deze vordering verjaart door verloop van vijf jaren nadat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon, en in ieder geval na twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (art. 3:310 BW).²⁵

Omzetting pensioenregeling

Een ander veelvoorkomende ‘red flag’ op het gebied van pensioen is dat binnen de doelvennootschap van pensioenregeling is gewisseld. Voor wijziging van de pensioenovereenkomst is instemming van de werknemer vereist. Instemming kan middels een verklaring, gedraging of stilzwijgen. Op de werkgever rust tevens een zorgplicht op basis van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). Goed werkgeverschap brengt mee dat de werkgever zorgvuldig moet omgaan met de belangen van de werknemer bij de wijziging van arbeidsvoorwaarden, zoals de pensioenregeling. Schending van de zorgplicht door de werkgever kan ertoe leiden dat werknemers jaren na dato succesvol terugkomen op de gegeven instemming. Naast eventuele schadevergoeding kan een gebrekkige of geen informatievoorziening leiden tot vernietiging van de gewijzigde pensioenregeling en instandhouding van de oude pensioenregeling, met alle uitvoeringsproblemen van dien.²⁶ Een beroep op verjaring en rechtsverwerking wordt zelden gehonoreerd.²⁷

In het *Grindacc*-arrest heeft het Hof Den Haag een toetsingskader geformuleerd ter invulling van de zorgplicht van de werkgever bij wijziging van een pensioenregeling.²⁸ Het hof heeft daarbij de lat voor de werkgever hoog gelegd om te kunnen voldoen aan de norm van goed werkgeverschap bij ingrijpende wijzigingen van de pensioenregeling. Dit betekent dat de werkgever (i) voldoende informatie dient te verstrekken aan de werknemer; (ii) al datgene dient te doen wat redelijkerwijs van de werkgever kan worden gevergd om te voorkomen dat de werknemer onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken instemt met een wijziging van zijn pensioenregeling; en (iii) onder omstandigheden de werknemer dient te waarschuwen voor risico’s die aan de

wijziging zijn verbonden.²⁹ Kortom, de wijziging van een pensioenregeling is geen sinecure en is veelal een red flag in een due diligence-onderzoek.

Tot slot is het raadzaam in de garantiebepalingen op te nemen dat de vervreemder tot de datum van de overname aan zijn verplichtingen uit hoofde van de pensioenregeling zal voldoen. In geval van OvO volgt uit het *GOM*-arrest³⁰ dat de verplichting tot betaling van voor de overgang onbetaald gelaten pensioenpremies van rechtswege over gaan op de verkrijger.

4. Medezeggenschap

Bij een overname doen zich op grond van de Wet op de ondernemingsraden (hierna: ‘WOR’) veelal verschillende adviesplichtige besluiten voor. Zo zal een voorgenomen besluit tot een juridische fusie, aandelentransactie, en een activa-passiva transactie in beginsel zowel aan de kant van de overdragende als aan de kant van de overnemende partij adviesplichtig zijn, respectievelijk op grond van art. 25 lid 1 sub a en op grond van art. 25 lid 1 sub b WOR. Er is ook sprake van adviesrecht ten aanzien van het inhuren van deskundigen over aangelegenheden die in art. 25 zijn opgesomd (art. 25 lid 1 sub n WOR) en de financiering van de transactie (art. 25 lid 1 sub i en j WOR). Ondanks de ruime uitleg die de *Uniface*-uitspraak³¹ gaf aan het begrip ‘externe deskundigen’, is verdedigbaar dat het inhuren van een advocaat die al is ingeschakeld in het kader van meer generieke advisering waarbij nog geen voorgenomen besluit in het verschiet ligt, niet onder het bereik van het adviesrecht valt.³² Het inhuren van een organisatieadviesbureau of een verzoek aan een investmentbank voor begeleiding bij een veilingverkoop zal echter wel adviesplichtig zijn.³³ Daarnaast kan ook het vragen van advies door een dochteronderneming aan een lid van de staf van de moederonderneming worden gezien als een adviesopdracht aan een externe deskundige.³⁴

Voorafgaand aan een adviesrecht dient de ondernemer het besluit in voorbereiding mee te delen in de overlegvergadering (art. 24 WOR). Bij het aanvragen van het advies dient de ondernemingsraad (hierna: ‘OR’) een overzicht te krijgen van de redenen voor het voorgenomen besluit, alsmede de gevolgen die dit besluit kan hebben voor de werknemers van het bedrijf en de maatregelen die genomen moeten worden als gevolg daarvan. De OR kan positief, neutraal of negatief adviseren, maar ook advies weigeren of in het

25 J. Los, ‘Verjaring van pensioenvorderingen’, *TAP* 2018/212.

26 Zie overzicht, B. Degelink CPL, ‘Rechtsgevolgen van onjuiste pensioeninformatie’ *TPV* 2011/2; M.M. Govaert, ‘Gezichtspunten bij wijziging pensioenovereenkomst’, *Arbeidsrecht* 2019/19.

27 M.M. Govaert, ‘Gezichtspunten bij wijziging pensioenovereenkomst’, *Arbeidsrecht* 2019/19; HR 15 september 2017, ECLI:NL:PHR:2017:511 en Hof ‘s-Hertogenbosch 19 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4031. Zie anders, Hof Amsterdam 17 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4223.

28 Hof Den Haag 16 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:231, «JAR» 2016/75, m.nt. Kuiper. De Hoge Raad heeft de uitspraak afgedaan op basis van art. 81 RO en aldus de mogelijkheid gezichtspunten te formuleren onbetutt gelaten. Echter biedt deze uitspraak een goed uitgangspunt.

29 Hof Den Haag 16 februari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:231, «JAR» 2016/75, m.nt. Kuiper; M.M. Govaert, ‘Gezichtspunten bij wijziging pensioenovereenkomst’, *Arbeidsrecht* 2019/19.

30 HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375, «JAR» 2016/268 (*GOM/Bpf Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf*).

31 Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123 en «JAR» 2017/285.

32 Zie o.a. A. Grimme & B. Kloppert, ‘Uniface: (n)iets nieuws onder de zon?’ *Arbeidsrecht* 2018/20.

33 I. Zaal, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Artikelsgewijs*, art. 25 WOR, Den Haag: Sdu 2019.

34 Hof Amsterdam 15 april 2004, «JOR»2004/165.

geheel niet adviseren. Indien de OR positief adviseert, kan de verkoper/koper zijn beslissing nemen en de OR hiervan op de hoogte stellen. Daarna kan de verkoper/koper de beslissing uitvoeren. In de praktijk beperkt de OR zich veelal niet tot een positief of negatief advies, maar koppelt daar vaak voorwaarden aan. Zo maakt de OR de vraag of sprake is van een negatief of positief advies afhankelijk van het feit of de ondernemer aan deze voorwaarden voldoet.

Indien de verkoper/koper het advies van de OR niet volgt, dient hij de reden(en) van de afwijking aan te geven en moet hij uitvoering van het betreffende besluit met een (1) maand uitstellen. Gedurende deze periode kan de OR tegen de beslissing van de onderneming in beroep bij de Ondernemingskamer (hierna: 'OK'). Als de OK oordeelt dat de ondernemer in redelijkheid niet tot het bestreden besluit heeft kunnen komen, dan kan de OK bevelen dat de ondernemer het besluit intrekt, de gevolgen daarvan ongedaan maakt, en geen uitvoering geeft aan dat besluit. Indien de OR voorwaarden aan een advies heeft verbonden en de ondernemer bijvoorbeeld twee van de vijf voorwaarden overneemt in het besluit, dan treedt in beginsel de maand wachttijd in werking en kan de OR naar de OK stappen. De OK hanteert echter een zware toetsingsnorm en het is in een dergelijk geval de vraag of de OR kan aantonen dat het besluit van de ondernemer niet alle voorwaarden over te nemen 'apert onredelijk' is.

De ondernemer dient het advies van de OR te vragen op een moment dat dit advies nog van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Bij een overname zullen partijen geneigd zijn – in verband met de vertrouwelijkheid en het voorkomen van onrust onder het personeel – de OR zo laat mogelijk in het besluitvormingsproces te betrekken. In de praktijk is het gebruikelijk de OR pas advies te vragen nadat koper en verkoper een (concept) overeenkomst hebben gesloten. Deze overeenkomst kan een signing protocol, een intentieverklaring, een voorovereenkomst of een (concept)koopovereenkomst zijn.³⁵ In de (concept)koopovereenkomst wordt ten aanzien van de medezeggenschap veelal een opschortende voorwaarde opgenomen, inhoudende dat de OR advies wordt gevraagd en op welke wijze wordt omgegaan met dat OR-advies. In de *Uniface*-uitspraak³⁶ werd pas advies gevraagd toen het *signing protocol* met de koper al was getekend. De OR adviseerde negatief en voerde onder andere aan dat hij geen wezenlijke invloed had kunnen uitoefenen en geen tijdig overleg had kunnen voeren op grond van art. 24 WOR. De OK oordeelde dat de verkopende rechtspersoon (en haar achterliggende aandeelhouders) door het schenden van hun zorgplicht jegens de OR van de verkochte vennootschap niet in redelijkheid hebben kunnen komen tot het besluit die vennootschap te verkopen. Om die reden moest dat

besluit worden ingetrokken, moesten de gevolgen daarvan ongedaan gemaakt worden en mocht er geen uitvoering worden gegeven aan dat besluit.

De vraag rijst of de *Uniface*-uitspraak een einde heeft gemaakt aan de bestaande praktijk en voorafgaand aan het signing protocol of (concept)koopovereenkomst advies gevraagd moet worden. Dit is niet het geval, want de *Uniface*-uitspraak betreft een heel specifieke casus, waar de opschortende voorwaarde extreem kort door de bocht ging. Voor een opschortende voorwaarde die daadwerkelijk het voorwaardelijke karakter tot uitgangspunt neemt, waarbij het advies van de OR nog van wezenlijke invloed kan zijn op het besluit, is ook na de *Uniface*-uitspraak waarschijnlijk nog ruimte. In de opschortende voorwaarde moeten partijen in ieder geval opnemen dat na een negatief OR-advies nog overleg plaatsvindt met de OR met het oog op eventuele aanpassingen van de (concept) koopovereenkomst.³⁷

Sinds de *Uniface*-uitspraak kan bovendien worden aangenomen dat wanneer de OR de ondernemer vraagt de koopovereenkomst te verstrekken, de ondernemer weigering van dit verzoek goed zal moeten onderbouwen. Echter, sinds de *Uniface*-uitspraak kan niet zonder meer worden aangenomen dat de OR een absoluut recht heeft op ontvangst van de koopovereenkomst. Mocht de OR van mening zijn dat de koopovereenkomst voor hem relevante informatie bevat, dan kan deze informatie immers ook op andere wijze aan hem kenbaar worden gemaakt. Denk hierbij aan inzage in de koopovereenkomst door een extern adviseur of het geven van een mondelinge toelichting.³⁸

De vraag rijst of de *Uniface*-uitspraak een einde heeft gemaakt aan de bestaande praktijk en voorafgaand aan het signing protocol of (concept)koopovereenkomst advies gevraagd moet worden

Het is zeer aan te raden bij aanvang van het fusie- dan wel overnametraject afspraken te maken met zowel de koper

35 I. Zaal, 'De rol van de OR bij (aandelen)overnames: Lessons learned uit recente jurisprudentie', *Onderneming en Financiering*, 2018/26, afl. 2.

36 Hof Amsterdam (OK) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123 en «JAR» 2017/285 (*Uniface*).

37 Zie o.a. A. Grimme & B. Kloppert, 'Uniface: (n)iets nieuws onder de zon?' *ArbeidsRecht* 2018/20; I. Zaal, 'de rol van de OR bij (aandelen)overnames: Lessons learned uit recente jurisprudentie', *Onderneming en Financiering*, 2018/26, afl. 2 en Y. Borrius, 'Fusies en overnames', *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2018-2019.

38 I. Zaal, 'De rol van de OR bij (aandelen)overnames: lessons learned uit de recente jurisprudentie', *Onderneming en Financiering* 2018/26, afl. 2, p. 71; A. Grimme & B. Kloppert, 'Uniface: (n)iets nieuws onder de zon?', *ArbeidsRecht* 2018/20, p. 21; P.H. Burgers & L.C.J. Sprengers, 'Zoals heurt, is niet zoals het gebeurt. Over de rol van ondernemingsraad bij verkoop van de onderneming', *Ondernemingsrecht* 2018/31, p. 187. J.W. Boelhouwer & E.T. Visser, 'De Unifacebeschikking (ECLI:NL:GHAMS:2017:4123) en de gevolgen voor het signing protocol en andere corporate praktijken', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017/4, p. 181-183.

als verkoper over hoe de besluitvormingsprocedure eruit zal zien, en op welke momenten en hoe de medezeggenschap daarbij te organiseren.

5. Vakbonden/SER-fusiemelding

Het is tevens goed te checken of vakbonden op grond van een Cao, lopend sociaal plan en/of de Wet melding collectief ontslag betrokkenheid hebben of kunnen claimen wanneer de deal tot organisatorische wijzigingen leidt met personele impact. Verder dienen op basis van de Fusiegedragsregels veelal ook de vakbonden in kennis te worden gesteld van de voorgenomen deal en dienen bepaalde gegevens te worden verstrekt (art. 3 en 4 van de Fusiegedragsregels). Het schenden van de SER-fusiemelding leidt niet tot concrete sancties. Wel zal de SER de uitspraak publiceren op haar website. Op dergelijke slechte pers zitten partijen doorgaans niet te wachten.

6. Overige mogelijke red flags

Naast de hiervoor genoemde meest voorkomende deal breakers kunnen de volgende zaken een mogelijke claim opleveren en dienen derhalve te worden onderzocht:

- *Arbeidsongevallen/zorgplicht*: onderzocht dient te worden of er in beginsel in de laatste vijf jaren³⁹, arbeidsongevallen hebben plaatsgevonden en of de werkgever aan haar zorgplicht heeft voldaan. Heeft een werkgever niet aan zijn zorgplicht voldaan en heeft een ongeluk met een werknemer plaatsgevonden op de werkvloer, dan is de werkgever in beginsel aansprakelijk voor de daardoor geleden schade, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Daarnaast kan de werkgever aansprakelijk zijn op grond van art. 7:611 BW als de schade die de werknemer buiten de uitoefening van de werkzaamheden oploopt voldoende verband houdt met het werk, zoals met sommige kantooruitjes.⁴⁰
- *Arbeidsongeschiktheid/ziekteverzuim*: onderzocht moet worden wat het ziekteverzuim binnen de onderneming is, of er langdurig arbeidsongeschikten zijn en of de re-integratie plaatsvindt conform de Wet verbetering poortwachter. Heeft de werkgever niet voldoende aan re-integratie gedaan, dan loopt hij het risico dat het UWV aan het einde van het tweede ziektejaar een loonsanctie oplegt. Als gevolg hiervan dient de werkgever het loon voor de duur van maximaal 52 weken extra (dus in totaal drie jaar) door te betalen. Verder moet onderzocht worden of er geen (mogelijke) *Xella*-claims bestaan als gevolg van de uitspraak van de Hoge Raad

(*Xella*) eind 2019⁴¹ over de beëindiging van het slapende dienstverband.⁴²

- *ZZP'ers*: het is van belang om de opdrachtovereenkomsten en managementovereenkomsten te bekijken en te beoordelen of geen sprake is van een (fictieve) dienstbetrekking. Als achteraf blijkt dat een overeenkomst van opdracht als een (fictieve) dienstbetrekking dient te worden gekwalificeerd, dan loopt de opdrachtgever het risico dat hij (met terugwerkende kracht) loonbelasting en sociale premies moet afdragen, verhoogd met rente. Daarnaast kan de Belastingdienst ter zake een boete opleggen.
- *Werken met uitzendkrachten en payrollers*: onderzocht moet worden of aan de nieuwe wetgeving voor de payrollers wordt voldaan (waaronder het betalen van de inlenersbeloning). Daarnaast dient ten aanzien van uitzendkrachten te worden gecontroleerd of de uitzend-cao wordt toegepast en of is aangesloten bij Stichting Pensioenfonds voor Personeelsdiensten ('StiPP'). Zoals hiervoor toegelicht kan dit tot een aanzienlijk financieel risico leiden.
- *Foutieve bepalingen in de arbeidsovereenkomst*: onderzocht moet worden of er bepalingen uit de arbeidsovereenkomst in strijd zijn met dwingend recht, omdat dit tot mogelijke (salaris)claims kan leiden.
- *Lopende procedures*: er dient te worden onderzocht of er lopende procedures zijn met (ex-)werknemers, want ook hier kunnen grote claims uit voortvloeien.

4. Conclusie en aanbevelingen in het due diligence-rapport (garanties en vrijwaringen)

Voor ieder issue dat naar voren komt in het due diligence-onderzoek zal in het rapport in de regel een risicograad worden opgenomen. Daarnaast zal per gesignaleerd risico een aanbeveling ter oplossing/beheersing van dat risico worden vermeld. Afhankelijk van de uitkomsten van het due diligence-onderzoek zal de koper al dan niet tot aankoop van de onderneming overgaan, dan wel tot het verlagen van de koopprijs of het verlangen van garanties en/of opnemen van vrijwaringen. Om deze bewegingsvrijheid veilig te stellen, is het voor de koper van belang in de 'letter of intent' af te spreken dat de uitkomst van het due diligence-onderzoek een ontbindende voorwaarde is of tot aanpassing van de transactievoorwaarden kan leiden.

Garanties zijn verklaringen over bepaalde feiten met betrekking tot het verleden of het heden die in beginsel als juist worden verondersteld. Een voorbeeld hiervan is: 'De *avv-cao Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf is in het verleden juist toegepast.*' In de garanties garandeert

39 Of langer geleden indien er stuitingshandeling in de zin van art. 3:317 BW heeft plaatsgevonden.

40 HR 17 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1996.

41 HR 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1734.

42 In het *Xella*-arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat na afloop van 104 weken arbeidsongeschiktheid de werkgever in beginsel dient in te stemmen met een voorstel van de werknemer tot beëindiging van een 'slapend dienstverband', waarbij de werkgever aan de arbeidsongeschikte werknemer een transitievergoeding dient toe te kennen die wordt berekend per de datum waarop de werknemer 104 weken ziek werd.

de verkoper dus een bepaalde feitelijke situatie. De koper kan schadevergoeding vorderen als blijkt dat de garantie niet juist was. Vrijwaringen zien op reeds vooraf geïdentificeerde risico's, waarvan de omvang veelal nog niet bekend is. Een voorbeeld hiervan is dat de avv-cao Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf in het verleden niet juist is toegepast en de verkoper de koper schadeloos zal stellen voor eventuele salarisclaims waarmee de koper als gevolg van de niet juiste toepassing van deze Cao zal worden geconfronteerd. Anders dan bij garanties het geval is gelden voor vrijwaringen vaak geen beperkingen in tijd en is er geen drempelbedrag en maximumbedrag voor aansprakelijkheid ingebouwd. Een vrijwaring houdt in dat de verkoper de koper een vergoeding zal betalen als het risico zich verwezenlijkt. Anders dan bij garanties het geval is hoeft een koper bij vrijwaringen niet eerst een inbreuk te bewijzen voordat hij schadevergoeding kan vorderen. Als de financiële gevolgen van een geïdentificeerd risico duidelijk zijn, dan is het mogelijk de koopprijs te verlagen. Dit is bijvoorbeeld het geval als de verkoper nu al weet dat hij voor een werknemer over een jaar een ontslagvergoeding moet betalen. De koopprijs wordt dan verlaagd met het bedrag gelijk aan de ontslagvergoeding.

Op het eerste gezicht lijkt het verstandig voor alle geïdentificeerde risico's de opname van een vrijwaring te adviseren. Echter, vanuit commercieel oogpunt is dat niet altijd handig omdat partijen ook willen dat een deal doorgaat. Zo kan een vrijwaring voor een onjuiste toepassing van een verhuiskostenregeling in lijn met de Cao wel achterwege blijven, want de kans is waarschijnlijk klein dat (veel) werknemers daarvoor een claim indienen. Daarentegen is een vrijwaring voor de schade als gevolg van het ontbreken niet hebben deelgenomen in een Bpf vrijwel altijd noodzakelijk. Kortom, het blijft uiteindelijk een commerciële afweging of de koper een bepaald risico wil nemen, maar deze risico's moeten in ieder geval duidelijk blijken uit het due diligence-rapport.

5. Privacyaspecten van een due diligence-onderzoek

Ook bij een overname dient de Algemene Verordening Gegevensbescherming (hierna: 'AVG') nageleefd te worden.

Bij een due diligence-onderzoek mogen persoonsgegevens worden verwerkt omdat sprake is van de grondslag 'gerechtvaardigd belang': *'de potentiële koper heeft een gerechtvaardigd belang een boekenonderzoek te doen en eventuele risico's te analyseren voordat hij besluit een onderneming over te nemen.'* De verkoper dient in het kader van de AVG steeds na te gaan of (i) de gegevensverwerking proportioneel is (staat de verwerking in verhouding tot het doel daarvan?); en (ii) de verwerking voldoet aan de eis van subsidiariteit (kan het doel ook op een minder vergaande manier worden bereikt?). Dit gaat nog vaak mis. Zo bevatten datarooms veelal uitgebreide personeelslijsten inclusief NAW-gegevens en salarisinformatie van werknemers. Het is van belang dat de verkoper alle documenten anonimiseert (zoals personeelslijsten, overzichten van ziekteverzuim, etcetera). Een koper hoeft immers niet te weten dat werknemer Els de Vries een arbeidsgeschil heeft met haar werkgever. Voldoende is te weten dat er een arbeidsgeschil binnen de onderneming bestaat.

6. Conclusie

Een due diligence-onderzoek is essentieel voorafgaand aan de koop van een onderneming. Het is een geschikt instrument voor de koper om vast te stellen of de onderneming de koopprijs waard is en wat voor risico's voor hem aan de voorgenomen overname zijn verbonden. Het is dus van belang alle arbeidsrechtelijke documenten zorgvuldig te bekijken en nadere vragen te stellen aan de verkoper/doelvennootschap zodra twijfel ontstaat over de juistheid of volledigheid van de verstrekte informatie. Hiermee voldoet de koper aan zijn onderzoeksplicht. In het due diligence-onderzoek dienen alle 'red flags' in kaart te worden gebracht, waarbij per risico een aanbeveling ter oplossing/beheersing van het risico wordt vermeld.

Over de auteur



Mr. A.A. (Anneke) Pelsler-Stekelenburg
Advocaat bij CLINT | Littler te Amsterdam.