

# Permanent gedetacheerde werknemer in concernverhouding niet meer vogelvrij bij overgang van onderneming

Een bespreking van het arrest *Albron* (zaak C-242/09)

Mr. C.J.M.W. Kote\*

Op 21 oktober 2010 heeft het Hof van Justitie naar aanleiding van prejudiciële vragen van het Gerechtshof Amsterdam, een voor Nederland belangwekkend arrest gewezen over de toepasselijkheid van de regelgeving omtrent overgang van onderneming op permanent gedetacheerde werknemers binnen een concern. In concernverhoudingen is het veelal gebruikelijk dat werknemers in dienst zijn bij een zogenoemde personeelsvennootschap en vanuit die vennootschap op permanente basis gedetacheerd worden naar een andere vennootschap (werkmaatschappij) binnen het concern. Tot nu toe werd de regeling omtrent overgang van onderneming in Nederland niet toepasselijk geacht in het geval de werkmaatschappij werd overgedragen aan een vennootschap buiten het concern. Als gevolg hiervan ontbeerden de betreffende werknemers de bescherming van de regeling omtrent overgang van onderneming. Het Hof van Justitie heeft nu geoordeeld dat werknemers in zo'n geval beschermd worden en mee overgaan naar de verkrijger op grond van overgang van onderneming.

*HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, Albron Catering B.V./FNV Bondgenoten, John Roest.*

## Juridisch kader

Richtlijn 2001/23/EG<sup>1</sup> regelt dat wanneer een onderneming overgaat, alle aan de onderneming verbonden werknemers met behoud van alle rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst van rechtswege in dienst treden van de verkrijgende onderneming. Richtlijn 2001/23/EG is in Nederland geïmplementeerd in artikel 7:662 e.v. BW.<sup>2</sup>

Krachtens artikel 2 sub a van richtlijn 2001/23/EG wordt onder vervreemder verstaan 'iedere natuurlijke of rechtspersoon die door een overgang in de zin van artikel 1, lid 1 de hoedanigheid van ondernemer ten aanzien van de onderneming, de vestiging of het onderdeel van de onderneming of vestiging verliest'. Als verkrijger wordt op grond van artikel 2 sub b van Richtlijn 2001/23/EG aangemerkt 'iedere natuurlijke of rechtspersoon die door een overgang van onderneming, de hoedanigheid van onderneming, de vestiging of het onderdeel van de onderneming of vestiging verkrijgt'. Op grond van artikel 2 lid 2 sub d van Richtlijn 2001/23/EG is een werknemer 'iedere persoon die in de lidstaat in kwestie krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer'.

Werknemers die van de vervreemder overgaan op de verkrijger, kunnen op grond van artikel 3 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG ten opzichte van de verkrijger aanspraak maken op behoud van 'rechten en verplichtingen'.

1. Werknemersbescherming bij overgang van onderneming was aanvankelijk neergelegd in Richtlijn 77/187/EG, Pb. EG 1977, L 61/26, vervolgens is deze richtlijn gewijzigd bij Richtlijn 98/50, Pb. EG 1998, L 201/88 en ingetrokken en vervangen door Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, Pb. EG 2001, L 82/16.
2. *Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nr. 3.*

\* Mr. C.J.M.W. Kote is advocaat bij Cordemeyer & Slager Advocaten te Haarlem. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

tingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst of de arbeidsbetrekking'. Artikel 3 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG is in Nederland geïmplementeerd in artikel 7:663 BW. Hierin is onder meer opgenomen dat 'door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege overgaan op de verkrijger'. In Nederland is derhalve de hoofdregel dat werknemers een arbeidsovereenkomst moeten hebben met de vervreemder om mee over te kunnen gaan naar de verkrijger. Krachtens de memorie van toelichting bij artikel 7:663 BW beschermt de regeling de werknemer zowel tegen ontslag als tegen verslechtering van zijn rechtspositie. De wetgever acht de term arbeidsverhouding naast arbeidsovereenkomst echter niet nodig, omdat uit de bewoordingen van de richtlijn niet dient te worden afgeleid dat er een verplichting zou zijn om naast de maatregelen ten aanzien van de arbeidsovereenkomst nog andere regelingen te treffen.<sup>3</sup>

## Huidige uitleg en tekortkomingen daarvan

Binnen concerns is het een veelkomend verschijnsel dat alle werknemers een arbeidsovereenkomst hebben met een zogenoemde personeelsvereniging, van waaruit zij op permanente basis worden gedetacheerd naar een andere vereniging binnen het concern, een zogenoemde werkmaatschappij.

Door het ontbreken van een arbeidsovereenkomst tussen de werkmaatschappij en de werknemer wordt er in de Nederlandse jurisprudentie<sup>4</sup> en literatuur<sup>5</sup> van uitgegaan dat de wet overgang van onderneming niet van toepassing is op deze werknemers. Deze werknemers worden daarom niet beschermd bij een overgang van onderneming.

Wanneer deze werknemers niet mee overgaan, vloeien zij terug naar de personeelsvereniging. Bij deze vereniging zal veelal geen werk beschikbaar zijn. Wanneer ook bij andere verenigingen binnen het concern geen werk voorhanden is, zullen deze werknemers

worden ontslagen wegens bedrijfseconomische redenen, namelijk het vervallen van de functie. Niettemin staat het de verkrijger vrij deze werknemers toch in dienst te nemen tegen minder goede arbeidsvoorwaarden. De praktijk heeft ons inmiddels geleerd dat hier ook misbruik van kan worden gemaakt.<sup>6</sup> Op grond van de beschermingsgedachte die aan Richtlijn 2001/23/EG ten grondslag ligt, is het daarom onwenselijk dat permanent gedetacheerde werknemers vogelvrij zijn bij overgang van onderneming.

## Jurisprudentie Hof van Justitie over het werknemersbegrip

In de arresten *Wendelboe* en *Mikkelsen* is het werknemersbegrip aan de orde gekomen. Het Hof van Justitie oordeelde in het *Wendelboe*-arrest dat op basis van het nationale recht moet worden vastgesteld of er op het tijdstip van de overgang een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding in de zin van artikel 3 lid 1 van Richtlijn 77/187/EG (thans: 2001/23/EG) bestaat.<sup>7</sup> In het arrest *Mikkelsen* oordeelde het Hof van Justitie onder andere dat Richtlijn 77/187/EG (thans: 2001/23/EG) van toepassing is op personen die uit hoofde van de nationale wetgeving als werknemer bescherming genieten.<sup>8</sup>

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn verder nog maar weinig aanknopingspunten te vinden over de positie van werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben met een andere werkgever dan waarvoor zij feitelijk werkzaam zijn. In het *Botzen*-arrest werd Richtlijn 2001/23/EG aldus uitgelegd dat de richtlijn niet mede betrekking heeft op de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit een op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met werknemers die, ofschoon niet werkzaam bij het overgedragen onderdeel van de onderneming, wel bepaalde werkzaamheden verrichten met behulp van bedrijfsmiddelen van het overgedragen onderdeel, of die als personeel van een zelf niet overgedragen stafafdeling van de onderneming bepaalde werkzaamheden verrichten ten behoeve van het overgedragen onderdeel.<sup>9</sup> Hieruit kan worden opgemaakt dat een werknemer alleen mee overgaat wanneer hij krachtens een arbeidsovereenkomst behoort bij het over te dragen onderdeel. Dat uitsluitend werknemers mee overgaan die op het tijdstip van overgang van onderneming een arbeidsovereenkomst hebben met de vervreemder is

3. *Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nr. 3, p. 6.* Zie hierover ook: *Kamerstukken II 1982/83, 17 600, nr. 89.*

4. Pres. Rb. Amsterdam 29 oktober 1982, *NJ 1982, 619, Heidemij*, Ktr. Rotterdam 9 februari 2000, *JAR 2000/143*, Vzr. Rb. Utrecht 30 maart 2004, *LJN AO6490*, Ktr. Rotterdam 26 januari 2008, *JAR 2008/212*.

5. Zie hierover o.a.: R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming: wie gaat er mee, wie blijft achter, wie valt tussen wal en schip?', *ArbeidsRecht* 2005/5, p. 3-8, F.B.J. Grapperhaus, noot bij Ktr. Utrecht 15 maart 2006, *Ondernemingsrecht* 2006/87, E. Holtzer, 'De toepassing van de Wet overgang ondernemingen in concernverband', *Ondernemingsrecht* 2007/7, p. 272-277, E. Knipschild, 'Permanente detachering in concernverband en overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2008/12, p. 37-42. Er zijn overigens ook auteurs die Richtlijn 2001/23/EG ruimer opvatten. Zie hierover onder andere: W. Kroft, 'Overgang van onderneming; een reactie', *ArbeidsRecht* 2006/3, p. 7-11.

6. Pres. Rb. Amsterdam 29 oktober 1982, *NJ 1982, 619, Heidemij*. Zie hierover ook: R.M. Beltzer en E.M. Hoogeveen, 'Overgang van onderneming', in: L.G. Verburg en W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2008, p.161- 162.

7. HvJ EG 7 februari 1985, zaak 19/83, *Wendelboe*, r.o. 16.

8. HvJ EG 11 juli 1985, zaak 105/84, *Mikkelsen/A/S Danmols Inventar*, r.o. 27.

9. HvJ EG 7 februari 1985, zaak 186/83, *Botzen*, r.o. 16.

vervolgens nog een aantal keren bevestigd.<sup>10</sup> Zo is in de zaak *Rotsart de Hertaing* door het Hof van Justitie beslist dat arbeidsovereenkomsten en -verhoudingen die op het tijdstip van overgang van een onderneming bestaan tussen vervreemder en werknemers van de overgedragen onderneming, door het enkele feit van overgang van rechtswege overgaan van de vervreemder op de verkrijger, ook al wenst de verkrijger of vervreemder dit niet en weigert de verkrijger zijn verplichtingen na te komen.<sup>11</sup>

In het arrest *Allen* oordeelde het Hof van Justitie dat Richtlijn 2001/23/EG ook toepassing kan vinden op een overgang tussen twee vennootschappen die tot eenzelfde groep (concern) behoren. De vennootschappen binnen het concern worden door het Hof van Justitie als zelfstandige entiteiten beschouwd.<sup>12</sup>

Voornoemde rechtspraak laat open of permanent gedetacheerde werknemers in concernverhoudingen beschermd worden door Richtlijn 2001/23/EG.

## Feiten en aanloop tot de prejudiciële vragen van het Gerechtshof Amsterdam

In Nederland zijn alle werknemers binnen het Heinekenconcern in dienst van Heineken Nederlands Beheer B.V. (hierna: HNB). Een deel van de werknemers wordt vanuit HNB gedetacheerd bij een werkmaatschappij binnen het concern, Heineken Nederland B.V. (hierna: HN). Deze vennootschap verzorgt de catering binnen het Heinekenconcern. In 2005 wordt besloten de cateringactiviteiten van HN over te dragen aan Albron Catering B.V. (hierna: Albron). Een deel van de werknemers komt in aanmerking voor indiensttreding bij Albron. Deze werknemers worden echter geconfronteerd met een aanzienlijke inkomensachteruitgang. Op basis hiervan start de heer Roest samen met enkele andere werknemers en FNV Bondgenoten (hierna: FNV) een procedure tegen HNB. Zij voeren aan dat op het uitbesteden van cateringactiviteiten aan Albron het bepaalde in artikel 7:662 e.v. BW van toepassing is, zodat op basis hiervan de arbeidsvoorwaarden die de werknemers bij HNB hadden, onverkort gehandhaafd moeten blijven door Albron.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank 's-Gravenhage beslist in lijn met de heersende leer en wijst de vordering af onder de overweging:

'dat tot op heden binnen de rechtspraak voor het toepasbaar achten van de onderhavige wetsartikelen op de overdracht van (een onderdeel van) de onderne-

ming het bestaan van de arbeidsovereenkomst tussen de overdragende onderneming en de aldaar werkzame werknemer een vereiste is. Zulks is ook neergelegd in artikel 7:663 BW'.<sup>13</sup>

Vervolgens starten de heer Roest en FNV een bodemprocedure tegen Albron bij de kantonrechter Utrecht. Deze komt met een verrassend oordeel, dat niet in lijn is met de heersende leer. De kantonrechter is van oordeel dat:

'een werknemer die al geruime tijd bepaalde, in het kader van de arbeidsverhouding aangewezen, werkzaamheden bij een materiële werkgever (lees: HN) heeft verricht die deel uitmaakt van het concernverband waarin zich ook de formele en verder activiteitsloze werkgever (lees: HNB) ophoudt en bij welke (materiële) werkgever de werknemer is aangesteld in de zin van het Botzen-arrest<sup>14</sup> of voor het vervullen van zijn taak is te werkgesteld in de zin van het d'Urso-arrest<sup>15</sup>, welke werkzaamheden aan de andere werkgever (verkrijger) worden overgedragen, zich kan beroepen op de door de richtlijn wegens overgang van onderneming beoogde bescherming van de werknemer door die richtlijn en dat in zoverre sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 3 van richtlijn 23/2001/EG'.<sup>16</sup>

Tegen deze uitspraak stelt Albron hoger beroep in bij het Gerechtshof Amsterdam.

'De juiste uitleg van de richtlijn op het punt dat partijen verdeeld houdt, is voor het Hof – in aanmerking nemend dat het doel van de richtlijn (bescherming van de werknemers bij verandering van de ondernemer, in het bijzonder het veilig stellen van het behoud van hun rechten) – niet buiten iedere twijfel.'

Op basis hiervan legt het Gerechtshof Amsterdam twee prejudiciële vragen voor aan het Hof van Justitie over de uitleg van Richtlijn 2001/23/EG.<sup>17</sup>

## Prejudiciële vragen: Richtlijn 2001/23/EG

Het Gerechtshof Amsterdam richt zich in zijn verwijzingsuitspraak op de vraag of Richtlijn 2001/23/EG aldus moet worden uitgelegd dat (1) van de in artikel 3 lid 1 eerste volzin bedoelde overgang van rechten en verplichtingen op de verkrijger uitsluitend sprake is indien de vervreemder van de over te dragen onderneming ook de formele werkgever is van de betrokken

10. HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-362/89, *d'Urso*, HvJ EG 14 november 1996, zaak C-305/94, *Rotsart de Hertaing*.

11. HvJ EG 14 november 1996, zaak C-305/94, *Rotsart de Hertaing*, r.o. 21.

12. HvJ EG 2 december 1999, zaak C-234-98, *Allen/Amalgamated Construction Co. Ltd*, r.o. 21.

13. Vزر. Rb. 's-Gravenhage 20 februari 2005, *JAR* 2005/63, r.o. 3.3.

14. HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 902, *Botzen*.

15. HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-362/89, *d'Urso*.

16. Ktr. Utrecht 15 maart 2006, *JAR* 2006/80, r.o. 4.2.2.

17. Gerechtshof Amsterdam 29 mei 2008, *JAR* 2008/218, r.o. 4.21, 4.22, 4.24, Gerechtshof Amsterdam 30 juni 2009, *JAR* 2009/195.

werknemers (2) of dat de door de richtlijn beoogde bescherming van werknemers meebrengt dat bij overgang van onderneming van de tot een concern behorende werkmaatschappij de rechten en verplichtingen ten opzichte van de ten behoeve van deze onderneming werkzame werknemers op de verkrijger overgaan indien al het binnen het concern werkzame personeel in dienst is van een (eveneens tot dat concern behorende) personeelsvennootschap die fungeert als centrale werkgeefster.

Het Gerechtshof Amsterdam vraagt zich daarnaast af hoe het antwoord op het tweede deel van de eerste vraag (2) luidt, indien al het binnen het concern werkzame personeel in dienst is van een eveneens tot het concern behorende vennootschap, niet zijnde een personeelsvennootschap zoals in de eerste vraag omschreven.<sup>18</sup>

## Bespreking arrest

### Beantwoording prejudiciële vragen

Het Hof van Justitie parafraseert de prejudiciële vragen van het Gerechtshof Amsterdam als volgt:

‘Met haar twee vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter te vernemen of, bij een overgang in de zin van richtlijn 2001/23 van een tot het concern behorende onderneming naar een onderneming buiten dat concern, ook de tot het concern behorende onderneming waarbij de werknemers permanent tewerk zijn gesteld, zonder evenwel door een arbeidsovereenkomst aan die onderneming (hierna: “niet-contractuele werkgever”) te zijn gebonden, als een “vervreemder” in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, van die richtlijn kan worden beschouwd aangezien er binnen dat concern een onderneming bestaat waaraan de betrokken werknemers wel door een dergelijke arbeidsovereenkomst zijn gebonden (hierna: “contractuele werkgever”).’

Om deze vraag te kunnen beantwoorden, overweegt het Hof van Justitie om te beginnen dat uit de bewoordingen van artikel 2 lid 1 sub a van richtlijn 2001/23/EG blijkt dat de vervreemder degene is die door een overgang in de zin van artikel 1 lid 1 van de richtlijn, de hoedanigheid van werkgever (ondernemer) verliest.<sup>19</sup> Uit de feiten in de onderhavige zaak blijkt volgens het Hof van Justitie duidelijk dat HN als niet-contractuele werkgever sinds de vervreemding van de overgedragen activiteiten haar hoedanigheid van niet-contractuele werkgever heeft verloren. Op basis hiervan kan volgens het Hof van Justitie niet worden uitgesloten dat HN als niet-contractuele werkgever kan worden beschouwd als vervreemder in de zin van artikel 2(1)a.<sup>20</sup> Bovendien blijkt volgens het Hof van Justitie uit de bewoordingen van artikel 3 lid 1 van de richtlijn dat de door de richt-

lijn geboden bescherming bij verandering van ondernemer betrekking heeft op rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het moment van overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. De vraag of er al dan niet sprake is van het bestaan van een arbeidsovereenkomst moet volgens het Hof van Justitie op grond van artikel 2 lid 2 van Richtlijn 2001/23/EG worden uitgemaakt aan de hand van het nationale recht van de betreffende lidstaat.<sup>21</sup> Om een werknemer aanspraak te geven op de bescherming van Richtlijn 2001/23/EG is volgens het Hof van Justitie niet in alle gevallen een contractuele band met de vervreemder vereist. Dit volgt volgens het Hof van Justitie uit het vereiste van artikel 3 lid 1 van de richtlijn, dat er op het moment van overgang sprake moet zijn van hetzij een arbeidsovereenkomst, hetzij, in plaats daarvan en dus als gelijkwaardig alternatief, een arbeidsbetrekking.<sup>22</sup> Volgens het Hof van Justitie volgt uit de richtlijn niet dat een arbeidsovereenkomst prevaleert boven een arbeidsverhouding.<sup>23</sup> Wanneer sprake is van meerdere werkgevers kan de niet-contractuele werkgever waarbij de werknemers op permanente basis te werk zijn gesteld, eveneens worden beschouwd als vervreemder in de zin van artikel 2 lid 1 sub a van de richtlijn.<sup>24</sup> In die zin kan HN dus ook als vervreemder worden beschouwd in de zin van Richtlijn 2001/23/EG.

Tot besluit overweegt het Hof van Justitie dat artikel 1 lid 1 sub b, waarin het overgangsbegrip is uitgewerkt, met name een wijziging van een natuurlijke persoon of een rechtspersoon veronderstelt die verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de overgedragen eenheid en die, uit dien hoofde, als werkgever van de werknemers van die eenheid arbeidsbetrekkingen heeft met die werknemers, eventueel niettegenstaande het ontbreken van contractuele relaties met die werknemers.<sup>25</sup> Hieruit volgt volgens het Hof van Justitie dat, om te kunnen bepalen wie de vervreemder van de activiteiten is, de positie van de contractuele werkgever, ofschoon deze niet verantwoordelijk is voor de overgedragen economische activiteiten van de overgedragen economische eenheid, niet systematisch prevaleert boven de positie van een niet-contractuele werkgever die verantwoordelijk is voor de activiteiten.<sup>26</sup> Dit wordt volgens het Hof van Justitie ook onderschreven onder punt 3 van de overwegingen bij Richtlijn 2001/23/EG, waarin de noodzaak wordt onderstreept van voorzieningen om werknemers bij verandering van de ondernemer te beschermen. Volgens het Hof van Justitie kan het ondernemersbegrip in geval van permanente detachering in concernverhoudingen ook doelen op de niet-con-

18. Gerechtshof Amsterdam 30 juni 2009, *JAR* 2009, 195.

19. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, r.o. 21.

20. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, r.o. 22.

21. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, r.o. 23.

22. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, r.o. 24.

23. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, r.o. 25.

24. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, r.o. 26.

25. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, r.o.27, 28.

26. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, r.o. 29.

tractuele werkgever die verantwoordelijk is voor de over te dragen activiteiten.<sup>27</sup>

Op basis van voornoemde overwegingen komt het Hof van Justitie tot de conclusie dat indien binnen een concern twee werkgevers naast elkaar bestaan waarvan één contractuele betrekkingen en de ander niet-contractuele betrekkingen heeft met de werknemers van dat concern, als een vervreemder in de zin van Richtlijn 2001/23/EG ook wordt beschouwd de werkgever die verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de overgedragen eenheid die uit dien hoofde arbeidsbetrekkingen heeft met de werknemers van die eenheid. Hieraan staat volgens het Hof van Justitie niet in de weg dat er geen sprake is van een contractuele relatie met die werknemers.<sup>28</sup>

### Verzoek tot beperking in de tijd van het arrest

Albron heeft het Hof van Justitie verzocht om het arrest in de tijd te beperken tot de bij het Hof aanhangige zaken, voor zover het Hof zou oordelen dat er sprake zou zijn van werknemersbescherming op grond van Richtlijn 2001/23/EG.<sup>29</sup> Hiertoe voert Albron twee argumenten aan. Ten eerste voert Albron aan dat het aantal vorderingen tegen HNB en andere ondernemingen die activiteiten hebben overgedragen aanzienlijk zal zijn en dat door HNB een ontslagvergoeding is betaald aan de werknemers die bij Albron in dienst zijn getreden. Voorts stelt Albron dat marktdeelnemers, gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie, een gewettigd vertrouwen konden hebben in het feit dat Richtlijn 2001/23/EG alleen van toepassing was indien er een arbeidsovereenkomst met de vervreemder was gesloten.<sup>30</sup> Het Hof van Justitie overweegt dat het slechts in zeer uitzonderlijke gevallen op grond van een algemeen beginsel van rechtszekerheid, beperkingen kan stellen als voldaan is aan de goede trouw van belanghebbenden en het gevaar voor ernstige verstoringen. Volgens het Hof van Justitie heeft Albron dit onvoldoende aangetoond. Daarbij merkt het Hof van Justitie nog expliciet op dat het feit dat HNB een ontslagvergoeding heeft betaald aan de betreffende werknemers in ieder geval niet relevant is. Op basis hiervan hoeven volgens het Hof van Justitie de gevolgen van het arrest niet te worden beperkt in de tijd.<sup>31</sup>

## Analyse en gevolgen voor Nederland

De uitspraak van het Hof van Justitie is belangrijk voor Nederland. Dit blijkt ook uit het feit dat het arrest veel aandacht heeft gekregen in de media. Zo bericht de Volkskrant op 22 oktober 2010 'Europees Hof steekt stokje voor truc van werkgevers'.

Er zijn een aantal redenen waarom het arrest belangrijk is. De voornaamste reden is dat dit het eerste arrest is waarin het Hof van Justitie oordeelt dat permanent gedetacheerde werknemers in concernverhoudingen beschermd worden door Richtlijn 2001/23/EG. Hiermee doorbreekt het Hof van Justitie de Nederlandse leer. Verder is van belang dat het Hof van Justitie het arrest niet heeft beperkt in de tijd. Dit kan grote gevolgen hebben voor overgangen die de afgelopen vijf jaar reeds hebben plaatsgevonden. Ook wordt door de uitspraak van het Hof van Justitie de mogelijkheid tot het omzeilen van de richtlijn in concernverhoudingen beperkt. Verder zal het uitbesteden van werkzaamheden minder aantrekkelijk worden.

Het arrest roept ook vragen op. Zo verschaft het Hof van Justitie er geen duidelijkheid over wanneer er sprake is van permanente detachering. Ook stelt het Hof van Justitie niet als voorwaarde dat er sprake moet zijn van permanente detachering binnen een concernverhouding. Daarmee wordt de mogelijkheid opengelaten dat het arrest ook van toepassing is op andere detacheringsvarianten buiten een concernverhouding.

Hierna zullen voornoemde onderdelen besproken worden en zal gekeken worden naar de mogelijke gevolgen van het arrest *Albron* voor Nederland.

### Doorbreking Nederlandse leer

Sinds 1982<sup>32</sup> is de heersende leer in Nederland dat een werknemer een arbeidsovereenkomst dient te hebben met de vervreemder van de onderneming die wordt overgedragen. Op grond hiervan worden permanent gedetacheerde werknemers in concernverhoudingen niet beschermd.

Het Hof van Justitie oordeelt nu dat in een concernverhouding waarbij de werknemers in dienst zijn bij een personeelsvennootschap van waaruit zij op permanente basis gedetacheerd worden naar een andere vennootschap binnen het concern, sprake is van twee werkgevers die naast elkaar bestaan. Een contractuele werkgever en een niet-contractuele werkgever. De niet-contractuele werkgever kan volgens het Hof van Justitie ook worden aangemerkt als vervreemder in de zin van Richtlijn 2001/23/EG. Dit wordt volgens het Hof van Justitie tevens onderschreven door het doel van Richtlijn 2001/23/EG: werknemersbescherming.<sup>33</sup> Omdat volgens het Hof van Justitie een contractuele band

27. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, r.o. 30, Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, Pb. EG 2001, L 82/16, waarin in overweging 3 het volgende is opgenomen: 'Voorzieningen zijn nodig om de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen.'

28. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, r.o. 31.

29. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, r.o. 33.

30. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, r.o. 34.

31. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, r.o. 35-40.

32. Pres. Rb. Amsterdam 29 oktober 1982, NJ 1982, 619, *Heidemij*.

33. Hiermee onderschrijft het Hof van Justitie eerdere rechtspraak waarin werknemersbescherming als doel van Richtlijn 2001/23/EG voorop werd gesteld. Zie o.m.: HvJ EG 12 februari 2009, zaak C-466/07, *Klarrenberg/Ferrotton*.

(arbeidsovereenkomst) met de vervreemder niet meer noodzakelijk is, wordt de thans heersende leer in Nederland doorbroken.

Doordat de niet-contractuele werkgever door het Hof van Justitie naast de contractuele werkgever wordt aangemerkt als werkgever, lijkt het erop dat de Nederlandse wetgever een te beperkte definitie heeft gehanteerd van het werknemersbegrip. Dit wordt naar mijn idee ook onderschreven door het doel van Richtlijn 2001/23/EG. Derhalve is het een wenselijke uitkomst dat volgens het Hof van Justitie ook permanent gedetacheerde werknemers binnen een concern beschermd worden. Artikel 7:663 BW blijkt te beperkt en wordt ook te beperkt uitgelegd. Dit zal de Nederlandse wetgever serieus moeten nemen. Zwemmer doet een schot voor de boeg en stelt ingrijpen door de wetgever voor met een nieuwe redactie van artikel 7:663 BW:

‘Omdat het Hof in zijn arrest overweegt dat in de opvatting van de Europese wetgever een contractuele band met de “werkgever in de onderneming” niet in alle omstandigheden vereist is om werknemers aanspraak te geven op de bescherming van de richtlijn, dient artikel 7:663 BW volgens Zwemmer aldus te worden gelezen dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de vervreemder van die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst van een daar werkzame werknemer van rechtswege overgaan op de verkrijger.

Een dergelijke wijziging van de redactie van artikel 7:663 maakt het volgens Zwemmer mogelijk dat, mits voldaan is aan de overige door het Hof van Justitie gestelde criteria<sup>34</sup> in het arrest *Albron*, ook op grond van de nationale wetgeving de bij de overgaande onderneming werkzame werknemer die geen contractuele band heeft met de vervreemder aanspraak kan maken op bescherming van Richtlijn 2001/23/EG.<sup>35</sup> Zwemmer past de redactie van artikel 7:663 BW aan door het begrip werkgever te vervangen door het begrip vervreemder. Naar mijn mening zou dit een adequate aanpassing zijn die tegemoet komt aan de door Richtlijn 2001/23/EG beoogde bescherming van werknemers.

#### **Mogelijke claims doordat het Hof het arrest niet heeft beperkt in de tijd**

Een vordering uit arbeidsovereenkomst verjaart na vijf jaar. Doordat het Hof van Justitie geen aanleiding zag om het arrest te beperken in de tijd, kunnen ondernemingen die de afgelopen vijf jaar activiteiten overnamen van een werkmaatschappij binnen een concern waarbij de werknemers niet mee overgingen op grond van overgang van onderneming, maar wel bij de verkrijgende onderneming in dienst zijn getreden tegen slechtere arbeidsvoorwaarden, geconfronteerd worden met claims van deze werknemers. Met een beroep op het *Albron*-arrest zouden de gedupeerde werknemers namelijk met

terugwerkende kracht alsnog de oude en veelal gunstigere arbeidsvoorwaarden kunnen vorderen. Op 22 oktober 2010 berichtte Het Financieele Dagblad dat het FNV gaat onderzoeken of er meer bedrijven zijn die de activiteiten hebben uitbesteed conform de zaak *Albron*, waarbij de nieuwe werkgever de arbeidsvoorwaarden van het overgenomen personeel heeft verslechterd. Dit onderzoek kan grote financiële consequenties hebben voor deze ondernemingen. Wellicht dat er de komende periode procedures gevoerd zullen worden door gedupeerde werknemers. De toekomst zal moeten uitwijzen hoe rechters hiermee omgaan. Niet ondenkbaar is dat rechters de vorderingen van werknemers zullen matigen op grond van het feit dat conform de in Nederland heersende leer sprake moest zijn van een arbeidsovereenkomst met de vervreemder om mee over te kunnen gaan.<sup>36</sup> Hiertoe zullen rechters naar verwachting minder snel overgaan, indien in een dergelijke procedure komt vast te staan dat sprake is geweest van het bewust omzeilen van de regelgeving omtrent overgang van onderneming.

#### **Moeilijker om Richtlijn 2001/23/EG te omzeilen, uitbesteden minder aantrekkelijk**

De meeste concernconstructies, waarbij de werknemers van een concern in dienst zijn van een personeelsvennootschap, zijn opgezet vanuit administratief en organisatorisch oogpunt en zullen niet bedoeld zijn om Richtlijn 2001/23/EG te omzeilen. Door het opzetten van een concernconstructie met een personeelsvennootschap en een werkmaatschappij is het omzeilen van de regeling omtrent overgang van onderneming echter wel mogelijk. A-G Bot merkt in dat verband in zijn conclusie op dat toepassing van Richtlijn 2001/23/EG in de betrokken situatie noodzakelijk is om te voorkomen dat concerns, door hun arbeidsverhoudingen zoals het Heinekenconcern te organiseren, de toepassing van de richtlijn zouden kunnen vermijden. De toepassing van Richtlijn 2001/23/EG zou derhalve aan de beoordelingsvrijheid van concerns kunnen worden overgelaten, hetgeen in strijd is met het dwingende karakter en het doel van Richtlijn 2001/23/EG.<sup>37</sup> Met de uitspraak van het Hof van Justitie kan de regeling omtrent overgang van onderneming in ieder geval niet meer omzeild worden door middel van een ‘Heinekenconstructie’.

Bovendien zal het uitbesteden van activiteiten minder aantrekkelijk worden omdat de aan de over te nemen activiteiten van een werkmaatschappij verbonden werknemers van rechtswege mee over zullen gaan naar de verkrijger. Dit zal voor veel verkrijgers een minder aantrekkelijk vooruitzicht zijn.

#### **Wanneer is er sprake van permanente detachering?**

Het Hof van Justitie verschaft geen duidelijkheid over de vraag onder welke voorwaarde detachering als permanent kan worden aangemerkt. In de zaak *Albron* was de heer Roest reeds twintig jaar werkzaam bij HN. Dit werd door het Hof van Justitie als een permanente ver-

34. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, r.o. 26, 28, 30.

35. J.P.H. Zwemmer, *AR Updates*, 26-10-2010.

36. Zie hierover ook: J.P.H. Zwemmer, *AR Updates*, 26-10-2010.

37. Conclusie A-G Bot 3 juni 2010, zaak C-242/09, r.o. 49, 51.

houding beschouwd. Onduidelijk is echter waar het omslagpunt ligt tussen permanent en niet-permanent. Dit zal in de rechtspraak uitgemaakt moeten worden.

### Toepassing Richtlijn 2001/23/EG op andere permanente detachingsvormen

In het arrest stelt het Hof van Justitie niet als zelfstandige voorwaarde dat er sprake moet zijn van een concern. A-G Bot acht het feit dat de toepassing van Richtlijn 2001/23/EG op concernverhoudingen een mogelijke uitbreiding zou kunnen meebrengen van de toepassing van Richtlijn 2001/23/EG tot andere gevallen van detachering geen beletsel om de toepasselijkheid van Richtlijn 2001/23/EG op concernverhoudingen aan te nemen.<sup>38</sup>

Doordat het Hof van Justitie permanente detachering kwalificeert als arbeidsbetrekking kunnen hier ook andere permanente detachingsvarianten onder vallen. Hierbij valt onder meer te denken aan het *payrolling* in de zin van het uitbesteden van werkgeverschap, waarbij een werknemer ook te maken heeft met twee werkgevers in verschillende hoedanigheden. Bij *payrolling* in de zin van het uitbesteden van werkgeverschap werken werknemers wel voor, maar niet langer in dienst van een onderneming. Bij zo een constructie hebben werknemers een arbeidsovereenkomst met een *payroll*-onderneming, terwijl zij feitelijk op permanente basis werkzaam zijn bij een andere onderneming.<sup>39</sup> Evenals bij een concernconstructie heeft een werknemer bij een *payroll*-constructie te maken met een contractuele werkgever en een niet-contractuele werkgever. Op basis van het arrest *Albron* is het aannemelijk dat een *payroll*-werknemer dezelfde bescherming geniet als een permanent gedetacheerde concernwerknemer, wanneer de activiteiten van de onderneming waarbij de werknemer feitelijk werkzaam is worden overgedragen aan een derde. Naar mijn mening zou dit ook wenselijk zijn omdat in tegenstelling tot concernconstructies, waarbij veelal geen sprake zal zijn van een expliciete bedoeling de richtlijn te omzeilen, er bij *payroll*-constructies in de praktijk veel meer sprake is van ondoorzichtige constructies en misbruik. Bij een *payroll*-constructie zou werknemersbescherming daarom een goed uitgangspunt zijn.

## Conclusie

Door de uitspraak van het Hof van Justitie zijn permanent gedetacheerde werknemers binnen een concern niet meer vogelvrij. In de tussentijd is nog onzeker of het arrest *Albron* alleen gevolgen heeft voor permanent gedetacheerde werknemers binnen een concern. Een

uitbreiding naar andere permanente detachingsvarianten zou vanuit het perspectief van werknemersbescherming als voornaamste doelstelling van Richtlijn 2001/23/EG wenselijk zijn. In de toekomst zullen de grenzen nader afgebakend moeten worden. Het *Albron*-arrest is in ieder geval een stap in de goede richting. Voor nu is het afwachten hoe het Hof Amsterdam om zal gaan met de antwoorden van het Hof van Justitie en of de Nederlandse wetgever in actie zal komen.

38. Conclusie A-G Bot 3 juni 2010, zaak C-242/09, r.o. 54.

39. C.J.M.W. Kote, *De wet overgang van onderneming als vinger aan de pols van een payrollconstructie*, Universiteit van Amsterdam 12 juli 2007, scriptie in het kader van de Master Arbeidsrecht. Zie ook M.A. Kuyt-Fokkens, 'Payrolling: uitkomst of toch niet?', *NJB* 2006, p. 1321-1316, A.M. Bos, E.V. de Graaff, 'Payrollen, het outsourcen van werkgeverschap', *Arbeidsrecht* 2006, 65, J.P.H. Zwemmer, 'Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is', *TRA* 2/2009.