

Overgang van onderneming in concernverband: wordt vervolgd

Mr. R. F. N. Henneman *

Inleiding

Op het gebied van de Wet overgang van onderneming (art. 7:662-7:666 BW) – gebaseerd op de Europese Richtlijn inzake het behoud van de rechten van de werknemer bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen¹ (hierna: de Richtlijn) – is een arrest gewezen over een voor de praktijk zeer relevant thema. Het Hof van Justitie EU heeft in het Albron-arrest² antwoord gegeven op prejudiciële vragen (gesteld door het Amsterdamse Gerechtshof) over de toepasselijkheid van de Richtlijn tijdens permanente detachering in concernverband.

De Wet overgang van onderneming regelt de positie van werknemers in het geval van een overgang van onderneming. De strekking van deze regeling is dat werknemers worden beschermd doordat zij van rechtswege in dienst treden bij de verkrijger van de onderneming, met behoud van de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst.

Voor zowel werknemers, de vervreemder als de verkrijger is het van belang vast te stellen of (en zo ja, welke) werknemers van rechtswege overgaan. In concernverband heeft dit voor discussie gezorgd: in een concern zijn werknemers vaak in dienst van een personeelsvennootschap, terwijl zij worden gedetacheerd bij werkmaatschappijen.

Het Hof van Justitie EU heeft zich uitgelaten over de vraag of in concernverband werknemers van rechtswege mee overgaan bij de overdracht aan een derde van de activiteiten van de werkmaatschappij waar de werknemers permanent zijn gedetacheerd, hoewel zij een arbeidsovereenkomst hebben met een personeelsvennootschap die geen activiteiten overdraagt.

Juridisch kader

Artikel 3 lid 1 van de Richtlijn vormt de basis van het leerstuk overgang van onderneming. Het artikel luidt als volgt:

‘De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang

bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang over op de verkrijger.’

De Nederlandse wetgever heeft dit als volgt geïmplementeerd in artikel 7:663 BW:

‘Door de overgang van de onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor *de werkgever in die onderneming* [curs. RH] voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger.’

Deze tekst wijkt kennelijk af van de tekst van de Richtlijn. Zo is bijvoorbeeld het begrip ‘arbeidsbetrekking’ niet overgenomen in artikel 7:663 BW. De Nederlandse wetgever heeft in dit verband aangesloten bij de arbeidsovereenkomst in Boek 7 titel 10 BW. Tevens hanteert de Nederlandse regeling het begrip ‘de werkgever in die onderneming’ in plaats van het begrip ‘vervreemder’. Bovendien lijkt de tekst van artikel 7:663 BW te stellen dat rechten en verplichtingen overgaan die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de werkgever die een onderneming overdraagt. In het stelsel van Boek 7 titel 10 BW is er bij detachering geen arbeidsovereenkomst tussen de gedetacheerde werknemer en de werkmaatschappij die vervreemder is. Dit laatste aspect is de aanleiding voor de gestelde prejudiciële vragen en het Albron-arrest.

Kwalificatie van de gedetacheerde werknemer

Het is niet ongebruikelijk dat in concernverband werknemers in dienst zijn van één bepaalde groepsmaatschappij, bijvoorbeeld een speciaal hiervoor opgerichte personeelsvennootschap, terwijl zij gedetacheerd zijn bij een werkmaatschappij. De in dit verband relevante vraag is of deze gedetacheerde werknemers van rechtswege overgaan op de verkrijger indien de onderneming van de werkmaatschappij wordt vervreemd.

De voorzieningenrechter te Arnhem heeft over dit vraagstuk richting gegeven in het kader van de Heidema-sterfhuiskonstructie.³ Alle werknemers van de Heidema-groep hadden een arbeidsovereenkomst met Heidemaatschappij Beheer N.V., maar waren feitelijk werkzaam bij de werkmaatschappij Heidema Nederland B.V. Na een interne reorganisatie, waarbij de

* Mr. R.F.N. Henneman is als advocaat werkzaam bij Stibbe.

1. Richtlijn nr. 77/187 van 14 februari 1977 (PbEG 1977, L 61/26), vervangen door Richtlijn nr. 98/50 van 29 juni 1998 (PbEG 1998, L 201/88), vervangen door Richtlijn nr. 2001/23 van 12 maart 2001 (PbEG 2001, L 82/16).
2. HvJ EU 21 oktober 2010, zaak C-242/09, NJ 2010, 576.

3. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, NJ 1982, 619.

gezonde onderdelen, door middel van aandelentransacties, in nieuw opgerichte dochtervennootschappen werden ondergebracht, bleven alle werknemers achter in het insolvente Heidemaatschappij Beheer en werden ontslagen. Hoewel in dit geval sprake was van een aandelentransactie en het dus niet direct duidelijk is hoe het leerstuk van overgang van onderneming relevant is, oordeelde de Voorzieningenrechter Arnhem ten overvloede dat de 'werkgever in die onderneming' in de zin van artikel 7:663 BW één geheel moet vormen met de vervreemder. In de literatuur wordt wel gesproken van de eis van de dubbele binding, dat wil zeggen dat de werknemer werkzaam moet zijn binnen de onderneming die wordt overgedragen en dat de werknemer een arbeidsovereenkomst moet hebben met de ondernemer, die de onderneming in stand houdt.⁴

Als gevolg van deze Heidema-uitspraak is in Nederland de (heersende) leer ontstaan dat gedetacheerde werknemers niet van rechtswege mee overgaan met de onderneming. In latere (lagere) rechtspraak⁵ en in de literatuur⁶ is deze Heidema-leer bevestigd.

Feiten en procesverloop

Binnen het Heinekenconcern zijn werknemers in dienst bij de personeelsvennootschap, Heineken Nederlands Beheer B.V. (hierna: HNB). HNB detacheert deze werknemers bij de werkmaatschappijen. Bij een van deze werkmaatschappijen, Heineken Nederland B.V. (hierna: HN), worden ongeveer zeventig werknemers gedetacheerd om cateringwerkzaamheden te verrichten. Eind 2003 komt Heineken met de vakbonden een sociale begeleidingsregeling overeen. Op grond van deze regeling spreken partijen af dat in het geval van uitbesteding van de werkzaamheden de werknemers niet van rechtswege overgaan, maar dat wel de mogelijkheid zal worden geboden om vrijwillig bij de verkrijger in dienst te treden. Vanaf 1 maart 2005 besteedt HN de cateringactiviteiten uit aan Albron Catering B.V. (hierna: Albron). Albron heeft de werknemers van HN een arbeidsovereenkomst aangeboden.

Een aantal werknemers dat al jaren gedetacheerd is bij HN en werknemersvereniging FNV Bondgenoten betrekken HN en HNB in een procedure en vorderen (primair) in kort geding dat HN en HNB moeten gaan handelen alsof op de uitbesteding van de cateringactiviteiten de artikelen 7:662 e.v. BW van toepassing zijn. Daarnaast vorderen eisers dat – in afwach-

ting van een uitspraak in de bodemprocedure – er moet worden gehandeld alsof sprake is van overgang van onderneming. Door de voorzieningenrechter te Den Haag worden de vorderingen afgewezen, conform de heersende leer.⁷

De daaropvolgende bodemprocedure bij de Kantonrechter Utrecht wordt gestart door een werknemer die besluit door te procederen, de heer Roest, en FNV Bondgenoten. De bodemprocedure is gericht tegen Albron, de partij die in de ogen van de eisers de verkrijger is op grond van overgang van onderneming. Ditmaal krijgen de eisers wel gelijk: de kantonrechter oordeelt – in strijd met de heersende leer – dat sprake is van overgang van onderneming.⁸ De kantonrechter oordeelt dat een werknemer die bepaalde activiteiten verricht bij een werkmaatschappij die deel uitmaakt van het concern waar ook de formele (en activiteitenloze) werkgever deel van uitmaakt, zich kan beroepen op de bescherming van de Richtlijn, indien de onderneming van de betreffende werkmaatschappij waar de werknemer is gedetacheerd, wordt overgedragen.

Albron gaat in hoger beroep bij het Gerechtshof Amsterdam. Het Gerechtshof Amsterdam oordeelt dat een juiste uitleg van de Richtlijn niet buiten iedere twijfel is en stelt twee prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU.⁹ De aan het Hof van Justitie EU gestelde vragen – die door het Hof van Justitie EU zijn geherformuleerd – betreffen zoals gezegd de vraag of uitsluitend sprake is van overgang van de rechten en verplichtingen op de verkrijger van de onderneming indien er een arbeidsovereenkomst bestaat tussen de werknemer en de juridische entiteit die vervreemder is van de onderneming.

Relevante overwegingen

Het Hof van Justitie EU oordeelt allereerst dat 'een contractuele band met de vervreemder niet in alle omstandigheden vereist is om de werknemers aanspraak te geven op de bescherming van richtlijn 2001/23'. Het Hof van Justitie EU introduceert daarbij de gedachte dat er een contractuele en een niet-contractuele werkgever kan zijn binnen een concern.

Daarnaast wordt geoordeeld dat in het geval dat er meerdere werkgevers zijn de werkgever waarmee een contractuele band bestaat, niet hoeft te prevaleren boven de niet-contractuele werkgever. In het oordeel van het Hof van Justitie EU betekent dit dat de Richtlijn er niet aan in de weg staat dat de werkmaatschappij waar de werknemers permanent zijn gedetacheerd ook als vervreemder in de zin van de Richtlijn kan worden beschouwd.

Bij deze overwegingen zoekt het Hof van Justitie EU voornamelijk steun in de letterlijke tekst van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn. Daarnaast wordt in rechtsoverweging 30 gewezen op het doel van de Richtlijn: de bescherming van de werknemer bij verandering van onderneming.

4. Annotatie F.B.J. Grapperhaus bij Ktr. Utrecht 15 maart 2006, Ondernemingsrecht 2006, p. 291 en Ktr. Rotterdam 26 juni 2008, zaak-/rolnr. 427385/CU, JAR 2008, 212.

5. Ktr. Rotterdam 9 februari 2000, zaak-/rolnr. 290715/VV, JAR 2000, 143 en Ktr. Rotterdam 26 juni 2008, zaak-/rolnr. 861186/CV, JAR 2008, 212.

6. Zie o.a. R.M. Belzer, *Overgang van onderneming in de publieke en private sector*, Deventer: Kluwer 2008; E. Knipschild, *Permanente detachering in concernverband en overgang van onderneming*, *Arbeidsrecht* 2008, nr. 63; M. Holtzer, *De toepassing van de Wet overgang ondernemingen in concernverband*, *Ondernemingsrecht* 2007, p. 272. Zie anders M.J. van Vliet, *Overgang van onderneming*, Arnhem: Gouda Quint 1994 en K. Wiersma, *Enkele recente ontwikkelingen inzake overgang van onderneming*, *O&F* 2009, p. 74 e.v.

7. Vzr. Den Haag 22 februari 2005, LJN AS7198, JAR 2005, 63.

8. Ktr. Utrecht 15 maart 2006, zaak-/rolnr. 427385/CU, JAR 2006, 80.

9. Hof Amsterdam 30 juni 2009, LJN BJ3475, JAR 2009, 195.

Bespreking

Hoe verhoudt deze uitspraak van het Hof van Justitie EU zich met de huidige Nederlandse regeling, althans met de heersende leer in Nederland?

Relevant is allereerst dat het Hof van Justitie EU erop wijst dat op grond van artikel 2 lid 2 van de Richtlijn aan de hand van de Nederlandse regelgeving moet worden bepaald of sprake is van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. Aangezien het Nederlands recht het begrip 'arbeidsbetrekking' niet als afzonderlijke rechtsbetrekking hanteert en de implementatie van de Richtlijn is gekoppeld aan een arbeidsovereenkomst als in Boek 7 titel 10 BW, is het goed verdedigbaar dat de verruiming van het begrip 'werkgever' problematisch is. Immers, naar Nederlands recht is de partij waarmee de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft werkgever, niet de rechtspersoon waarbij de werknemer (al dan niet permanent) werkt. Een 'niet-contractuele' werkgever valt in principe buiten het bestek van de Nederlandse wet.

Hierbij komt dat de letterlijke tekst van artikel 7:663 BW zich verzet tegen een plotselinge verruiming van het begrip 'werkgever'. De vraag die in dit verband rijst, is of een dergelijke verruiming niet op een formele juridische barrière stuit. Richtlijnen hebben in zogenoemde 'horizontale' relaties (tussen private partijen) geen directe werking.¹⁰ Dit betekent dat de werknemer niet zomaar een direct beroep kan doen op de Richtlijn, waarbij de Nederlandse regeling aan de kant wordt gezet. In plaats daarvan geldt het leerstuk van richtlijnconforme interpretatie van richtlijnen.¹¹ Nationale rechters moeten nationale wetgeving zo veel mogelijk uitleggen en toepassen conform de relevante richtlijn. Deze plicht gaat dusdanig ver dat in de praktijk alleen een interpretatie *contra legem* niet toegestaan wordt geacht.

Naar mijn mening stuit de toepassing van een verruimd begrip 'werkgever' in de Nederlandse regeling op te veel formele juridische bezwaren. De letterlijke tekst van artikel 7:633 BW is immers op zichzelf duidelijk. Het Albron-arrest kan niet door middel van richtlijnconforme interpretatie worden gelezen in de Nederlandse wet zonder de wet *contra legem* te interpreteren.

Daarnaast moeten de praktische gevolgen niet worden onderschat. Voor zowel werknemers, vervreemders als verkrijgers kan dit leiden tot in de praktijk vergaande gevolgen. Met terugwerkende kracht kunnen bijvoorbeeld werknemers die van rechtswege zijn overgegaan op de verkrijger nog een beroep doen op behoud van arbeidsvoorwaarden van hun vorige werkgever. Daarbij kunnen de werknemers niet alleen toepassing van de arbeidsvoorwaarden vorderen, maar eventueel ook betaling van achterstallige voorwaarden.

10. Zie o.a. HvJ EU 14 juli 1994, zaak C-91/92 (Faccini Dori), HvJ EU 5 oktober 2004, zaak C-397/01 t/m C-403/01 (Pfeiffer-arrest).

11. J.M. Prinssen, Doorwerking van Europees recht (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2004.

Onbesproken vragen

Hoe het Albron-arrest ook zal worden toegepast, er blijft een aantal vragen onbesproken.

Allereerst refereert het Hof van Justitie EU uitsluitend aan *permanent* gedetacheerde werknemers. Het is echter onduidelijk wat onder permanent moet worden verstaan. Is het noodzakelijk dat de werknemer zijn gehele dienstverband wordt gedetacheerd, of is een aantal jaren voldoende? In dit verband merkt advocaat-generaal Bot op in zijn conclusie dat het Hof van Justitie EU nader zal moeten precisieren hoe de Richtlijn moet worden toegepast op andere gevallen van detachering.

Ten tweede: hoe moeten na het Albron-arrest *payroll*-constructies¹² en management-BV's worden beschouwd? Een *payroll*-onderneming zet werknemers structureel in om werkzaamheden voor de opdrachtgever te laten verrichten. Een management-BV plaatst de manager (soms) structureel bij een opdrachtgever. Is ook in deze gevallen sprake van permanente detachering en een niet-contractuele werkgever? In beide gevallen zou men kunnen stellen dat geen sprake is van een concern, maar is dat relevant nu het Hof van Justitie EU kennelijk vooral aan artikel 3 lid 1 van de Richtlijn een letterlijke toepassing geeft?

Meer in het algemeen is onduidelijk wat het Hof van Justitie EU bedoelt met de zinsnede dat 'niet in alle omstandigheden' een contractuele band vereist is voor toepassing van de Richtlijn. In welke omstandigheden de band niet is vereist en wanneer de band wél is vereist, is vooralsnog onduidelijk.

Tot slot

Over het Albron-arrest is het laatste woord nog niet gezegd of geschreven. Er blijft nog veel beoordelingsruimte over voor auteurs en – veel belangrijker – voor het Amsterdamse gerechtshof om te oordelen over de reikwijdte van dit arrest.

12. Zie hier kort over Wiersma 2009, p. 80.