



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Pluraliteit van werkgeverschap

Zwemmer, J.P.H.

Publication date
2012

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2012). *Pluraliteit van werkgeverschap*. [, Universiteit van Amsterdam].

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

5

Werkgeverschap en overgang van onderneming

5.1 Inleiding

Indien de onderneming waarin de werknemer werkzaam is, wordt voortgezet door een nieuwe exploitant, kan sprake zijn van overgang van een onderneming in de zin van afdeling 8 van Titel 10 Boek 7 BW. Daarvoor dient sprake te zijn van overgang van een geheel van duurzaam georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, die met behoud van identiteit overgaat ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing (zie artikel 7:662 BW). In dat geval gaan op grond van artikel 7:663 BW de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de nieuwe exploitant. Dit betekent dat de werknemer met behoud van arbeidsvoorwaarden van rechtswege in dienst treedt bij een andere werkgever. De artikelen 7:662 e.v. BW zijn gebaseerd op de Europese richtlijn inzake het behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (de Richtlijn). Het doel van de Richtlijn is aan werknemers bescherming te bieden tegen ontslag en tegen een verandering of achteruitgang in hun positie die het gevolg is van de structuur- of bestuurdersverandering in de onderneming waarin zij werkzaam zijn.

Omdat de werknemer werkzaam blijft bij dezelfde onderneming of ondernemingsactiviteit, terwijl de werkgever in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW van rechtswege wordt vervangen door de nieuwe exploitant van de onderneming, is sprake van opvolgende (werkgevers)aansprakelijkheid. Bij overgang van onderneming treedt de nieuwe exploitant in de (juridische) plaats van de eerdere werkgever. Alle voor die eerdere werkgever uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen jegens de werknemer gaan van rechtswege op hem over op het moment dat hij de ondernemingsactiviteit waarbij de werknemer werkzaam is, gaat exploiteren. De eerdere werkgever blijft echter gedurende een jaar na dat moment naast de nieuwe werkgever hoofdelijk aansprakelijk voor alle verplichtingen die tot het tijdstip van de overgang uit de arbeidsovereenkomst zijn voortgevloeid. Uitzendkrachten hebben op grond van artikel 7:690 BW een arbeidsovereenkomst met het

uitzendbureau. Zij zijn werkzaam in de onderneming van het uitzendbureau en gaan dus niet van rechtswege over bij de overgang van de onderneming van de inlener aan wie zij ter beschikking zijn gesteld. Dat kan anders zijn bij de in de hoofdstukken 4 en 6 besproken arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij de detacherende of uitlenende werkgever geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt.

In de eerste paragrafen van dit hoofdstuk bespreek ik de ratio en definities uit de Richtlijn en de hierop gebaseerde artikelen 7:662 e.v. BW. Daarbij komt aan de orde welke uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende rechten en verplichtingen overgaan en wat de betekenis is van de hoofdelijke aansprakelijkheid uit artikel 7:663 BW van de vervreemder en de verkrijger na de overgang van de onderneming. Vanaf paragraaf 5.8 komt de toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW aan de orde in situaties waarin de werknemer in het kader van een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding werkzaam is in de onderneming van een ander dan zijn (contractuele) werkgever. Daarbij wordt bijzondere aandacht besteed aan het Albron-arrest en aan de mogelijke consequentie van dit arrest.

5.2 De Richtlijn

In de considerans van de Richtlijn¹ werd meegedeeld dat voorzieningen nodig werden geacht om de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om hun rechten veilig te stellen. De werknemers diende zekerheid te worden geboden omtrent het behoud van hun baan, arbeidsvoorwaarden en rechten.² De Richtlijn beoogt te verzekeren dat de werknemers bij een verandering in de persoon van het hoofd van de onderneming hun rechten behouden door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen in dienst van de nieuwe exploitant van de onderneming komen.³ Omdat in de lidstaten verschillen bestonden in de wijze waarop werknemers beschermd werden en deze verschillen van invloed konden zijn op de werking van de interne markt, achtte de Raad het "dienstig" deze verschillen door middel van een richtlijn te verkleinen. Aanvankelijk bevatte het voorstel van de Derde EEG-richtlijn,⁴ inzake juridische fusies van naamloze vennootschappen, een bepaling waarin expliciet werd bepaald dat de door de verdwijnende rechtspersoon bij de fusie gesloten arbeidsovereenkomsten van rechtswege overgingen naar de verkrijgende rechtspersoon bij de fusie, de werknemer zijn anciënniteit behield en de arbeidsovereenkomst werd geacht door toedoen van de werkgever te zijn beëindigd indien dit werd veroorzaakt door de weigering van de werknemer in een ander land te gaan werken dan waar hij voor de fusie werkzaam was of door een andere wezenlijke wijziging van de arbeidsovereenkomst.⁵ Omdat de bij het voorstel betrokken delegaties van mening

1 Richtlijn 77/187/EEG van 14 februari 1977.

2 Zie P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 8.

3 Zie HvJ EG 5 mei 1988, NJ 1989, 712 (Berg en Busschers/Besselsen) en HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994, 168 (d'Urso e.a./Ercolo Marelli Elettromeccanica Generale SpA (onder bijzonder bewind) e.a.).

4 Richtlijn 78/855/EEG van 9 oktober 1978.

5 Artikel 30 van het voorstel voor de Derde EEG-richtlijn.

waren dat de sociale problemen ten gevolge van fusies te omvangrijk waren om binnen het raamwerk van de Derde EEG-richtlijn te regelen, is deze bepaling uit de Derde EEG-richtlijn verwijderd en werd besloten deze kwestie te regelen in een zelfstandige algemene richtlijn op het gebied van het behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming die niet alleen van toepassing zou zijn bij juridische fusie, maar ook in andere situaties waarin sprake is van een verandering van ondernemer.⁶

De Richtlijn werd in 1981 geïmplementeerd in afdeling 7 Titel 10 Boek 7 BW (de artikelen 7:662 tot en met 7:666 BW) en in artikel 14a Wet CAO en artikel 2a Wet AVV.⁷ De Richtlijn is tweemaal gewijzigd. Zoals volgt uit de considerans van de wijzigingsrichtlijn van 29 juni 1998,⁸ besloot de Raad onder andere tot herziening van de Richtlijn om de in de jurisprudentie tot uitdrukking komende verduidelijkingen van de in de Richtlijn gehanteerde begrippen onderneming en werknemer vast te leggen. Verder werd in de Richtlijn aan de lidstaten de mogelijkheid gelaten deze geheel of gedeeltelijk buiten toepassing te laten bij de overdracht van insolvente ondernemingen alsmede passende maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de vervreemder de verkrijger informeert over alle hem ten tijde van de overgang redelijkerwijs bekende rechten en plichten die overgaan op de verkrijger. Bij wet van 18 april 2002⁹ (hierna: 'de wetwijziging in 2002') werden naar aanleiding van deze wijzigingsrichtlijn enkele bepalingen in afdeling 8 Titel 10 Boek 7 BW gewijzigd en toegevoegd. Voorts werd in artikel 7:670 lid 8 BW een opzegverbod wegens overgang van onderneming opgenomen en werden bepalingen aan de Faillissementswet, de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst en de Pensioen- en spaarfondsenwet (thans: Pensioenwet) toegevoegd. De wijzigingsrichtlijn van 12 maart 2001¹⁰ bevat een vernummering in de artikelen van de eerdere wijzigingsrichtlijn en enkele tekstuele – niet-inhoudelijke – wijzigingen en leidde niet tot aanpassingen in de Nederlandse wetgeving. Wanneer ik hierna over de Richtlijn spreek, doel ik op de (laatste) wijzigingsrichtlijn van 12 maart 2001.

5.3 Overgang ten gevolge van een overeenkomst

In artikel 1 lid 1 onderdeel a en b van de Richtlijn wordt onder overgang verstaan een overgang ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie

6 Zie P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 9/10 en de daar genoemde bronnen.

7 Wet van 15 mei 1981 tot aanpassing van de wetgeving aan de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen inzake het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, van 14 februari 1977. Stb. 1981/400.

8 Richtlijn 98/50/EG.

9 Wet van 18 april 2002 tot uitvoering van de Richtlijn 98/50/EG van de Raad van de Europese Unie van 29 juni 1998 tot wijziging van de Richtlijn 77/187/EEG 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. Stb. 2002/215.

10 Richtlijn 2001/23/EG.

met het oog op voortzetting van de al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit van een onderneming in de zin van de Richtlijn. De bewoordingen van artikel 7:662 lid 2 sub a BW zijn enigszins anders. Daarin wordt de overgang gedefinieerd als de overgang ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing. In dit hoofdstuk vormt de overgang ten gevolge van een overeenkomst het uitgangspunt. De overgang krachtens fusie of splitsing komt aan de orde in hoofdstuk 7.

Voor de wetwijziging in 2002 werden in artikel 7:662 BW verkoop, verhuur, verpachting en uitgifte in vruchtgebruik genoemd als overeenkomsten ten gevolge waarvan sprake kon zijn van overgang in de zin van dat artikel. Deze voorbeelden werden opgenomen in de definitie omdat in het Nederlandse recht de overdracht van een onderneming als zodanig niet mogelijk is en volgens de toelichting van de Europese Commissie bij het ontwerp van de Richtlijn onder overgang krachtens overeenkomst niet alleen eigendomsoverdracht diende te worden begrepen.¹¹ Bij de wetwijziging in 2002 vervielen de in de definitie van artikel 7:662 BW genoemde voorbeelden. Deze verklarende opsomming was overbodig geworden vanwege de wijze waarop het begrip overeenkomst in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie) werd uitgelegd.¹² Op grond van deze jurisprudentie was, zo deelde de regering mee, een rechtstreekse overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger niet vereist en was zelfs sprake van een overgang in de zin van de Richtlijn in een situatie waarin de overheid besloot de subsidiëring van een rechtspersoon te beëindigen en de subsidie over te dragen aan een andere rechtspersoon met een soortgelijke doelstelling.¹³ Met dat laatste werd gedoeld op het Sophie Redmond-arrest van het Hof van Justitie uit 1992.¹⁴ In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie dat ook sprake is van een overgang in het kader van contractuele betrekkingen in de zin van de Richtlijn wanneer een gemeentelijke subsidie, van welke in casu een stichting voor hulpverlening aan drugsverslaafden volledig afhankelijk was, aan een andere stichting wordt

11 Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nrs. 3-4, p. 6. In de memorie van toelichting van de implementatiewet werd meegedeeld: "Wat in het maatschappelijk verkeer overdracht van een onderneming heet, omvat een complex handelingen: koop, huur, pacht, verkrijging in vruchtgebruik van bedrijfsmiddelen, zoals gebouwen en inventaris, of inbreng daarvan in een besloten of naamloze vennootschap of andere rechtspersoon, overdracht van het recht op een handelsnaam, een merk dan wel overdracht, respectievelijk overneming van vorderingen en schulden, elk op de daarvoor voorgeschreven wijze, waarbij een bedrag van de goodwill (die als het ware aan het gebouw of de handelsnaam kleeft) in rekening kan worden gebracht, en voorts, in samenhang daarmee, het staken van de met die zaken uitgeoefende ondernemingsactiviteiten door degene die de onderneming 'overdraagt' en het voortzetten van die activiteiten door de 'verkrijger' van de onderneming."

12 Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 8. Dit volgt ook uit de in de paragraaf 5.5 besproken definities van vervreemder en verkrijger in artikel 2 lid 1 sub a en b van de Richtlijn waarin slechts gesproken wordt over het verliezen dan wel het verkrijgen van de hoedanigheid van ondernemer ten aanzien van (het onderdeel van) de onderneming.

13 Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 8.

14 HvJ EG 19 mei 1992, NJ 1992, 476 (Dr. Sophie Redmond Stichting/Bartol e.a.). Dat voor het van toepassing zijn van de Richtlijn geen rechtstreekse overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger is vereist, was door het Hof van Justitie in verscheidene (eerdere) arresten bevestigd.

toegekend. In zijn arrest van 7 maart 1996¹⁵ trok het Hof van Justitie deze lijn door en overwoog dat het door de producent van motorvoertuigen toekennen van een concessie voor de verkoop van motorvoertuigen aan een andere dealer ook een overgang van onderneming van de ene naar de andere dealer in de zin van de Richtlijn oplevert. Dat de dealers ter zake van de overgang van de verkoopconcessie niet met elkaar gecontracteerd hadden, stond naar het oordeel van het Hof van Justitie niet in de weg aan het feit dat de overgang van de onderneming het gevolg was van een overdracht krachtens overeenkomst in de zin van de Richtlijn. Dat voor het van toepassing zijn van de Richtlijn geen rechtstreekse overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger is vereist, was door het Hof van Justitie reeds in eerdere arresten bevestigd.¹⁶ In deze arresten oordeelde het Hof van Justitie dat de overgang kan plaatsvinden via twee achtereenvolgende overeenkomsten die door de vervreemder en de verkrijger met dezelfde natuurlijke of rechtspersoon zijn gesloten, zoals bij verhuur, verpachting en bij de (her)aanbesteding van werkzaamheden. Ook wanneer de vervreemder niet rechtstreeks contracteert met de in de vorige zin genoemde natuurlijke of rechtspersoon, is naar het oordeel van het Hof van Justitie sprake van overgang in de zin van de Richtlijn.¹⁷

Voor het van toepassing zijn van de Richtlijn houdt het begrip overgang ten gevolge van een overeenkomst dus niet meer in dan dat de onderneming op een bepaald moment door een andere exploitant wordt voortgezet of hervat omdat in het kader van contractuele betrekkingen – al dan niet als gevolg van een rechterlijke uitspraak, of een besluit van een derde – een wijziging plaatsvindt in de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming.¹⁸

15 HvJ EG 7 maart 1996, NJ 1997, 172 en JAR 1996/169 (Merckx en Neuhuys/Ford Motors Company Belgium N.V.). Zie ook HvJ EG 25 januari 2001, JAR 2001/68 (Oy Liikenne Ab/Liskojärvi en Juntunen) waarin het Hof van Justitie oordeelde dat ook het door de overheid toekennen van een concessie voor de exploitatie van buslijnen aan een andere busmaatschappij viel onder het overeenkomstbegrip van de Richtlijn en HvJ EG 14 september 2000, JAR 2000/225 (Collino en Chiappero/Telecom Italia SpA) waarin het Hof van Justitie oordeelde dat een wetsbesluit tot privatisering van een overheidsdienst tevens een overgang was in de zin van de Richtlijn. In zijn arrest van 5 mei 1988, NJ 1989, 712 (Berg en Busschers/Besselsen) had het Hof van Justitie reeds geoordeeld dat de ontbinding door de rechter van een huurkoopovereenkomst ook een overgang was in de zin van de Richtlijn.

16 Zie HvJ EG 17 december 1987, NJ 1989, 674 (Landorganisationen Danmark/Ny Mølle Kro) waarin de pachtovereenkomst van een café werd beëindigd en de verpachter de exploitatie van het café weer in eigen hand nam nadat het café gedurende twee maanden gesloten was geweest; HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990, 423 (Foreningen af Arbejdsledere I Danmark/Daddy's Dance Hall A/S) waarin een restaurant na het eindigen van de pachtovereenkomst met de oude pachter aan een andere pachter werd verpacht; HvJ EG 15 juni 1988, NJ 1990, 247 (Bork International A/S/Foreningen af Arbejdsledere i Danmark) waarin een beukenschillerij na het einde van de huurovereenkomst enkele weken stillag voordat de nieuwe eigenaar de beukenschillerij zelf ging exploiteren; HvJ EG 11 maart 1997, NJ 1998, 377 en JAR 1997/91 (Süzen/Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, Lefarth GmbH) waarin het ging om de (her)aanbesteding van schoonmaakwerkzaamheden.

17 HvJ EG 24 januari 2002, JAR 2002/47 (Temco Service Industries N.V./Imzilyen e.a.). In dit arrest vond de overgang naar het oordeel van het Hof van Justitie plaats in het kader van een reeks van contractuele betrekkingen (met een groepsmaatschappij van de vervreemder).

18 Zoals door het Hof van Justitie verwoord in zijn arrest van 15 juni 1988, NJ 1990, 247 (Bork International A/S/Foreningen af Arbejdsledere i Danmark) en herhaald in zijn arrest van 25 januari 2001, JAR 2001/68 (Oy Liikenne Ab/Liskojärvi en Juntunen).

Desalniettemin hadden de vervreemder en de verkrijger in alle aan het Hof van Justitie voorgelegde gevallen wel contact gehad met elkaar in het kader van of naar aanleiding van de overgang. Dit contact varieerde van het actief meewerken door de vervreemder aan de overgang van de onderneming naar de verkrijger nadat daartoe door een derde was besloten, tot het naar aanleiding van de overgang overnemen van een deel van de werknemers van de vervreemder door de verkrijger. Ik acht echter niet aannemelijk dat enig contact tussen vervreemder en verkrijger noodzakelijk is voor het hebben voldaan aan het overgangsbegrip in de Richtlijn. Vervreemder en verkrijger zouden dan door een dergelijk contact te vermijden het van toepassing zijn van de Richtlijn kunnen voorkomen, hetgeen zich slecht zou verdragen met de grond voor de ruime uitleg van het begrip overeenkomst in de hiervoor aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie.

Overgang van onderneming binnen een groep

Ook in de situatie waarin een groepsmaatschappij activiteiten uitbesteedt aan een andere tot dezelfde groep behorende vennootschap kan sprake zijn van een overgang in de zin van de Richtlijn. De ene groepsmaatschappij is dan de vervreemder van de onderneming en de andere groepsmaatschappij de verkrijger van de onderneming. In het Allen-arrest¹⁹ oordeelde het Hof van Justitie dat de omstandigheid dat beide groepsmaatschappijen dezelfde directie hadden en in dezelfde gebouwen gevestigd waren, niet in de weg stond aan het van toepassing zijn van de Richtlijn.

5.4 Onderneming, vestiging, onderdeel en het behoud van identiteit

Artikel 1 lid 1 onderdeel a van de Richtlijn bepaalt dat deze van toepassing is op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen. Een onderneming, vestiging, of een onderdeel van een onderneming of vestiging in de zin van de Richtlijn is op grond van artikel 1 lid 1 onderdeel b van de Richtlijn een economische eenheid waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan die na de overgang haar identiteit behoudt. In de Richtlijn van 14 februari 1977 ontbrak nog een omschrijving van wat onder een onderneming in de zin van de Richtlijn diende te worden verstaan. Naar aanleiding van de jurisprudentie van het Hof van Justitie werd een omschrijving van het begrip onderneming opgenomen in de wijzigingsrichtlijn van 29 juni 1998. In artikel 7:662 BW werd de onderneming tot de wetswijziging in 2002 gedefinieerd als “een dienst of instelling.” Deze begrippen werden verder niet toegelicht. Volgens de regering kon voor de betekenis van het begrip onderneming worden aangesloten bij de betekenis die deze termen hadden in het spraakgebruik.²⁰ Bij de wetswijziging in 2002 werd in artikel 7:662 lid 2 onderdeel a en b BW de in de wijzigingsrichtlijn van 29 juni 1998 opgenomen omschrijving van het begrip onderneming opgenomen. Artikel 7:662 lid 2 BW bepaalt sindsdien dat voor de toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW onder economische eenheid moet worden verstaan, een geheel van georganiseerde middelen,

19 HvJ EG 2 december 1999, NJ 2000, 252 en JAR 2000/31 (Allen e.a./Amalgamated Construction Co. Ltd).

20 Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nrs. 3-4, p. 5.

bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijke economische activiteit. In het derde lid van artikel 7:662 BW werd opgenomen dat voor de toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW als een onderneming wordt beschouwd een vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging. Het begrip onderneming verdween bij de wetwijziging in 2002 echter uit de nieuwe definitiebepaling van artikel 7:662 lid 2 BW. Uit het hiervoor besproken in 1998 aangepaste artikel 1 van de Richtlijn, in lijn waarmee in 2002 artikel 7:662 BW werd gewijzigd, uit de titel van afdeling 8 Titel 10 Boek 7 BW en uit de artikelen 7:663, 7:665, 7:665a en 7:666 waarin wordt gesproken over overgang van een (of de) onderneming, volgt echter dat met onderneming hetzelfde wordt bedoeld als met de in artikel 7:662 lid 2 BW gedefinieerde economische eenheid.²¹

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie die de aanleiding vormde voor het in de Richtlijn opnemen van een nadere omschrijving van het begrip onderneming werd verscheidene malen geoordeeld dat de onderneming na de overgang haar identiteit moet behouden.²² Is dat niet het geval dan is de Richtlijn niet van toepassing. Dat de onderneming haar identiteit heeft behouden, impliceerde volgens het Hof van Justitie dat sprake moet zijn van de vervreemding van een lopend bedrijf, wat vooral kan blijken uit feitelijke omstandigheden aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten. Het door de nieuwe ondernemer overnemen van de materiële activa zoals gebouwen en roerende zaken alsmede het in dienst nemen van personeel van de vorige ondernemer vormen daarbij de belangrijkste aanwijzingen.²³ De omstandigheid dat de onderneming ten tijde van de overgang was gestaakt, moet naar het oordeel van het Hof van Justitie in aanmerking worden genomen bij de vraag of de onderneming haar identiteit heeft behouden, maar sluit op zichzelf het van toepassing zijn van de Richtlijn niet uit.²⁴ In arresten uit 1992²⁵ en 1994²⁶ overwoog het Hof van Justitie dat voor het van toepassing zijn van de Richtlijn niet relevant is dat de bedrijfsactiviteit die overgaat, noch als een hoofdactiviteit, noch als een nevenactiviteit van de vervreemder kan worden beschouwd. Wel moet, zoals het Hof van Justitie overwoog

21 Mijns inziens is het niet opnemen van de term onderneming in artikel 7:662 BW een omissie van de wetgever en dient artikel 7:662 lid 2 sub a BW als volgt te luiden: "overgang van een onderneming: de overgang, ten gevolge van...".

22 HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502 (Spijkers/Benedik Abattoir C.V., Benedik en Zonen B.V.), HvJ EG 17 december 1987, NJ 1989, 674 (Landorganisationen Danmark/Ny Mølle Kro) en HvJ EG 15 juni 1988, NJ 1990, 247 (Bork International A/S/Foreningen af Arbejdsledere i Danmark).

23 Zie HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502 (Spijkers/Benedik Abattoir C.V., Benedik en Zonen B.V.). In dit arrest noemde het Hof van Justitie nog een aantal andere factoren aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of de onderneming met behoud van identiteit is overgegaan.

24 Zie HvJ EG 17 december 1987, NJ 1989, 674 (Landorganisationen Danmark/Ny Mølle Kro) en HvJ EG 15 juni 1988, NJ 1990, 247 (Bork International A/S/Foreningen af Arbejdsledere i Danmark). In beide zaken hadden de ondernemingsactiviteiten slechts gedurende korte tijd – respectievelijk twee maanden en twee weken – stilgelegen en gebeurde dit in een periode waarin sowieso minder of niet gewerkt werd.

25 HvJ EG 12 november 1992, JAR 1993/15 (Watson Rask en Christensen/ ISS Kantineservice A/S).

26 HvJ EG 14 april 1994, NJ 1995, 149 en JAR 1994/107 (Schmidt/Spar- und Leihkasse der früheren imter Bordesholm, Kiel und Cronshagen).

in het Rygaard-arrest uit 1995,²⁷ sprake zijn van een duurzame activiteit die een stabiele economische eenheid vormt. De Richtlijn is niet van toepassing in een situatie waarin de activiteit ziet op een specifiek (voltooibaar) werk en de onderneming dit werk ter afronding overdraagt aan een andere onderneming. In het arrest Süzen van 11 maart 1997²⁸ overwoog het Hof van Justitie dat voor het van toepassing zijn van de Richtlijn noodzakelijk is dat de overgang betrekking heeft op een duurzaam georganiseerde economische entiteit en deze entiteit een georganiseerd geheel van personen en elementen vormt waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend.²⁹ Dat een vorige en een nieuwe opdrachtnemer vergelijkbare activiteiten verricht(t)en, betekent niet automatisch dat meteen sprake is van een overgang van onderneming in de zin van de Richtlijn. Het Hof van Justitie benadrukte in het arrest Süzen dat het verlies van een opdracht aan een concurrent als zodanig niet een aanwijzing voor een overgang in de zin van de Richtlijn vormt. Hoewel in deze zaak de onderneming waaraan de dienst voordien was opgedragen een opdrachtgever verloor, bleef zij in haar volle omvang voortbestaan, zonder dat sprake was van een overgang van één van haar vestigingen of onderdelen daarvan op de nieuwe opdrachtnemer.

Dat geen (materiële) activa worden overgenomen, vormt geen beletsel voor het van toepassing zijn van de Richtlijn.³⁰ In sectoren waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit kan, zo overwoog het Hof van Justitie in het voormelde arrest Süzen, een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht een economische eenheid vormen in de zin van de Richtlijn. In deze situatie heeft de onderneming een zogenoemd 'arbeidsintensief' karakter. Deze economische eenheid behoudt haar identiteit bij de overgang wanneer de nieuwe ondernemer niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel overneemt dat zijn voorganger

27 HvJ EG 19 september 1995, NJ 1996, 520 en JAR 1995/233 (Rygaard/Stro Molle Akustik A/S). Zie ook HvJ EG 11 maart 1997, NJ 1998, 377 en JAR 1997/91 (Süzen/Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, Lefarth GmbH).

28 HvJ EG 11 maart 1997, NJ 1998, 377 en JAR 1997/91 (Süzen/Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, Lefarth GmbH).

29 De onderneming in de zin van de Richtlijn dient een economische activiteit uit te oefenen, al dan niet met een winstoogmerk. In het arrest Henke uit 1996 bevestigde het Hof van Justitie dat de Richtlijn niet van toepassing is op de overdracht van bestuurstaken door het ene overheidsorgaan aan het andere overheidsorgaan, omdat de Richtlijn ziet op de overgang van ondernemingen met het doel werknemers te beschermen tegen ongunstige gevolgen van economische ontwikkelingen op nationaal en Europees gebied. In deze zaak beoogden de overheidsorganen uitsluitend de uitvoering van de bestuurstaken te verbeteren en streefden daarbij geen economisch doel na. Zie HvJ EG 15 oktober 1996, NJ 1997, 464 en JAR 1996/254 (Henke/Gemeinde Schierke, Verwaltungsgemeinschaft 'Brocken'). Dit arrest werd gecodificeerd in artikel 1 lid 1 onderdeel c van de wijzigingsrichtlijn van 29 juni 1998.

30 HvJ EG 14 april 1994, NJ 1995, 149 en JAR 1994/107 (Schmidt/Spar- und Leihkasse der früheren imter Bordesholm, Kiel und Cronshagen), HvJ EG 11 maart 1997, NJ 1998, 377 en JAR 1997/91 (Süzen/Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, Lefarth GmbH), HvJ EG 10 december 1998, JAR 1999/16 Hernandez Vidal e.a.) en HvJ EG 10 december 1998, gev. zaken C-173/96 en C-247/96 (Hidalgo en Ziemann).

speciaal voor die taak had ingezet.³¹ Uit latere jurisprudentie volgt dat het Hof van Justitie niet snel aanneemt dat sprake is van een dergelijk arbeidsintensief karakter van de overgaande activiteit en dientengevolge het niet-overgaan van activa geen beletsel vormt voor het van toepassing zijn van de Richtlijn.³²

De wijze waarop de onderneming bij de vervreemder was georganiseerd, de organisatiestructuur van de onderneming, hoeft voor het van toepassing zijn van de Richtlijn niet te zijn gehandhaafd na de overgang. In het arrest Klarenberg van 12 februari 2009³³ oordeelde het Hof van Justitie dat de Richtlijn ook van toepassing kan zijn wanneer de nieuwe exploitant de onderneming integreert in zijn eigen onderneming door de verschillende delen (productiefactoren) van deze onderneming samen te voegen met activiteiten binnen zijn eigen onderneming. Naar het oordeel van het Hof van Justitie moet de voorwaarde dat de identiteit van de onderneming behouden is gebleven niet aldus worden uitgelegd dat op grond hiervan de specifieke wijze waarop de ondernemer de diverse overgegangene productiefactoren had georganiseerd, moet worden gehandhaafd, maar wel in die zin dat “de functionele band die deze onderling samenhangende, elkaar aanvullende factoren verenigt, moet worden behouden.” Mijns inziens bedoelt het Hof van Justitie met deze overweging dat de rol van de productiefactoren en de wijze waarop deze zich binnen de onderneming van de verkrijger tot elkaar verhouden hetzelfde moet blijven om te kunnen spreken van identiteitsbehoud in de zin van de Richtlijn.³⁴ Of dat het geval is, zal met name afhangen van de wijze waarop de in de onderneming van de verkrijger geïntegreerde productiefactoren (personeel en/of activa) na de overgang functioneren en of deze kan worden vergeleken met de wijze waarop deze bij de vervreemder werden ingezet.

Beltzer³⁵ meent dat de overwegingen van het Hof van Justitie in het arrest Klarenberg meebrengen dat de functionele band tussen de productiefactoren ook behouden zou kunnen blijven indien deze zouden overgaan naar verschillende rechtspersonen. Ook indien de productiefactoren zouden overgaan naar verschillende verkrijgers zou dan sprake kunnen zijn van overgang van onderneming. Eveneens denkbaar is dat van het behoud van de functionele band als voorwaarde voor het van toepassing zijn van de Richtlijn uitsluitend sprake zou kunnen zijn wanneer deze productiefactoren na de

31 Overigens staat aan het van toepassing zijn van de Richtlijn niet in de weg dat de voor het verrichten van de economische activiteit benodigde activa door de opdrachtgever ter beschikking worden gesteld (maar niet in eigendom worden overgedragen) aan de oude en de nieuwe opdrachtnemer die na elkaar dezelfde opdracht uitvoeren voor de opdrachtgever. HvJ EG 15 december 2005, JAR 2006/19 (Güney-Görres en Demir/Securicor Aviation (Germany) Ltd, Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG).

32 HvJ EG 25 januari 2001, JAR 2001/68 (Oy Liikenne Ab/Liskojärvi en Juntunen), HvJ EG 20 november 2003, NJ 2004, 265 en JAR 2003/298 (Abler e.a./Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH, in tegenwoordigheid van: Sanrest Großküchen Betriebsgesellschaft mbH).

33 HvJ EG 12 februari 2009, JAR 2009/92 (Klarenberg/Ferrotron Technologies GmbH).

34 Even komt in andere bewoordingen tot een vergelijkbare invulling van het begrip functionele band. J.H. Even, Van overgang van onderneming en doelredeneringen: twee recente uitspraken van het Hof van Justitie, TAP 2009/5, p. 182. Zie anders F.B.J. Grapperhaus, Overgang van onderneming en de na overgang niet gehandhaafde organisatorische eenheid, OR 2009/5, p. 276.

35 R.M. Beltzer, Verlies van eenheid en overgang van onderneming, ArA 2009/2, p. 60.

overgang in één hand zijn gebleven en de verkrijger van deze productiefactoren dus één en dezelfde (rechts)persoon is. De bescherming van de Richtlijn ziet op het behoud van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen indien de exploitatie van de onderneming wordt voortgezet door een andere ondernemer.³⁶ Wanneer de productiefactoren die tezamen de onderneming vormen, overgaan naar verschillende ondernemers zou weliswaar de functionele band tussen deze productiefactoren behouden kunnen blijven, maar is geen sprake van één andere ondernemer die fungeert als de nieuwe exploitant van de onderneming. Op de vraag of in een dergelijke situatie voor de toepassing van de Richtlijn de verschillende (rechts)personen waarbij de productiefactoren terecht zijn gekomen gezamenlijk (of ieder voor een deel) zouden kunnen worden aangemerkt als verkrijger geeft het Hof van Justitie in het arrest Klarenberg geen antwoord.³⁷

Uitzendbureau is ook onderneming voor de toepassing van de Richtlijn

In het arrest Jouini van 13 september 2007³⁸ oordeelde het Hof van Justitie dat de Richtlijn van toepassing is bij de overgang van uitzendactiviteiten wanneer een deel van het kantoorpersoneel en een deel van de uitzendkrachten overgaan naar een ander uitzendbureau om daar dezelfde werkzaamheden te verrichten ten dienste van dezelfde klanten. Voor de activiteiten van uitzendbureaus is naar het oordeel van het Hof van Justitie kenmerkend “dat uitzendkrachten ter beschikking worden gesteld aan inleners voor het verrichten van diverse taken, al naar gelang van de behoeften en aanwijzingen van de inlener. Het verrichten van een dergelijke activiteit vereist met name knowhow, een op de organisatie van het uitlenen van werknemers toegesneden administratie en een bestand aan uitzendkrachten die in de inlenende ondernemingen passen en voor de inleners de gewenste werkzaamheden kunnen verrichten.” Andere bedrijfsmiddelen zijn voor het verrichten van deze economische activiteit niet essentieel, aldus het Hof van Justitie.

Het Hof van Justitie oordeelt dat “het op zich staande geheel van de met de bedrijfsvoering belaste werknemers, de uitzendkrachten en de knowhow, een eigen doel kan nastreven, namelijk het verrichten van diensten bestaande in de terbeschikkingstelling van uitzendkrachten aan inleners tegen betaling, en dat een dergelijk geheel een economische eenheid kan vormen, dat operationeel is zonder inschakeling van andere belangrijke bedrijfsmiddelen of andere onderdelen van de vervreemder.” Dat de uitzendkrachten worden opgenomen in de organisatiestructuur van de

36 In de considerans van de Richtlijn is bepaald dat hiermee wordt beoogd “de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen”.

37 In zijn arrest van 8 november 2011 (JAR 2012/9) lijkt het Hof Amsterdam de gedachte van Beltzer te volgen. In deze zaak werden na een aandelenovername de ondernemingsactiviteit van de overgenomen vennootschap geïntegreerd in de eigen werkmaatschappijen van de nieuwe aandeelhouder. Het hof overwoog onder verwijzing naar het arrest Klarenberg dat sprake was van overgang van onderneming omdat de functionele band tussen de productiefactoren behouden was gebleven en oordeelde dat de werknemers van rechtswege waren overgegaan naar één van de eigen werkmaatschappijen van de nieuwe aandeelhouder. Daardoor fungeren deze werkmaatschappijen in feite gezamenlijk als verkrijger van de onderneming. Zie voor een analyse van dit arrest van het Hof Amsterdam: J.P.H. Zwemmer, Aandelenovername en daaropvolgende integratie in onderneming nieuwe aandeelhouder: het arrest Klarenberg toegepast, *ArbeidsRecht* 2012/8/9.

38 HvJ EG 13 september 2007, JAR 2007/252 (Jouini e.a./Princess Personal Service GmbH (PPS)).

opdrachtgever van het uitzendbureau, belet naar het oordeel van het Hof van Justitie niet dat zij deel uitmaken van het uitzendbureau als economische eenheid in de zin van de Richtlijn. Voor de toepassing van de Richtlijn worden zij aangemerkt als werkzaam in de onderneming van het uitzendbureau.³⁹

5.5 Vervreemder, verkrijger en werknemer

In artikel 2 van de Richtlijn zijn definities opgenomen van de partijen die voor de toepassing van de Richtlijn als vervreemder en verkrijger van en als werknemer bij de overgaande onderneming worden beschouwd. Artikel 2 lid 1 onderdeel a van de Richtlijn bepaalt dat de vervreemder is “iedere natuurlijke of rechtspersoon die door een overgang (...) de hoedanigheid van ondernemer ten aanzien van de onderneming, de vestiging of het onderdeel van de onderneming of vestiging verliest.” Dit is dus de voormalige exploitant van de overgegangene onderneming. Op grond van artikel 2 lid 1 onderdeel b van de Richtlijn is de verkrijger “iedere natuurlijke of rechtspersoon die (...) de hoedanigheid van ondernemer ten aanzien van de onderneming, de vestiging of het onderdeel van de onderneming of vestiging verkrijgt.” Dit is de nieuwe exploitant van de onderneming. Werknemer in de zin van de Richtlijn is op grond van artikel 2 lid 1 onderdeel d van de Richtlijn “iedere persoon die in de lidstaat in kwestie krachtens de nationale arbeidsrechtwetgeving bescherming geniet als werknemer.” Voorts bepaalt artikel 2 lid 2 van de Richtlijn dat de Richtlijn geen afbreuk doet aan het recht van de lidstaat met betrekking tot de definitie van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. Aan de hand van de nationale wetgeving dient derhalve te worden vastgesteld of sprake is van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. In onderdeel a van dit tweede lid wordt het de Lidstaten echter verboden arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen uit te sluiten van de werkingssfeer van de Richtlijn, enkel vanwege het aantal gewerkte of te werken uren. Voorts is in de onderdelen b en c van dit tweede lid bepaald dat deeltijdwerkers, werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en uitzendkrachten niet mogen worden uitgesloten van de werkingssfeer van de Richtlijn.

In de Richtlijn uit 1977 werd niet toegelicht wat moest worden verstaan onder de werknemer wiens rechten de Richtlijn bij verandering van de ondernemer beoogde veilig te stellen. Artikel 3 lid 1 van die Richtlijn bepaalde slechts dat “de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van overgang (...) bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, (...) door deze overgang op de verkrijger over(gaan).” Deze bepaling is geïmplementeerd in artikel 7:663 BW dat voorschrijft 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 over(gaan) op de verkrijger.”

³⁹ Dit volgt tevens uit HvJ EU 15 september 2010. JAR 2011/23 (Briot/Randstad Interim, NV Sodexho). In het kader van de wetwijziging in 2002 deelde de regering reeds mee dat een uitzendkracht mee overgaat als het uitzendbureau waarmee hij een arbeidsovereenkomst heeft gesloten, wordt overgedragen, bijvoorbeeld aan een ander uitzendbureau. Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 15.

In de Richtlijn werd gesproken over uit de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding voortvloeiende verplichtingen (in de wijzigingsrichtlijn van 29 juni 1998 werd het woord arbeidsverhouding overal in de Richtlijn vervangen door het woord arbeidsbetrekking⁴⁰). Bij de implementatie deelde de regering mee dat in de Richtlijn de begrippen “arbeidsverhouding” en “arbeidsovereenkomst” werden gebruikt om aan te sluiten bij de verschillende wettelijke stelsels in de lidstaten en hiermee inhoudelijk uitsluitend de Nederlandse arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW⁴¹ werd bedoeld. Volgens de regering volgde uit de Richtlijn voor Nederland geen verplichting om naast de maatregelen ten aanzien van de arbeidsovereenkomst nog andere regelingen te treffen.⁴² Al snel rees in de literatuur de vraag of deze visie in lijn was met wat in de Richtlijn werd beoogd.⁴³ Het onderscheid tussen de begrippen arbeidsovereenkomst en arbeidsverhouding vormde reeds voor de totstandkoming van de definitieve Nederlandse vertaling van het aan de Richtlijn ten grondslag liggende ontwerp aanleiding voor discussie. In de Nederlandse vertaling van het ontwerp van de Richtlijn uit 1974⁴⁴ werd in artikel 3 uitsluitend gesproken over de automatische overdracht van de arbeidsverhoudingen en in artikel 4 (inzake de ontslagbescherming van de werknemer bij overgang van onderneming) uitsluitend over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Dat in de Nederlandse vertaling van het ontwerp van de Richtlijn in artikel 4 lid 1 uitsluitend de arbeidsovereenkomst werd genoemd, werd door de Economische en Monetaire Commissie van het Europese Parlement, waaraan het voorstel voor de Richtlijn door het Europese Parlement ter beoordeling was doorverwezen, als een onjuiste vertaling beschouwd.⁴⁵ In de Nederlandse vertaling van de (definitieve) Richtlijn van 14 februari 1977 werd dit hersteld en werd in zowel artikel 3 als in artikel 4 gesproken over “arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding.”

Het begrip arbeidsverhouding – sinds 1998 dus arbeidsbetrekking – wordt in de artikelen 7:662 e.v. BW niet gehanteerd. Van Straalen⁴⁶ stelt dat, omdat bij de totstandkoming van de Richtlijn geen aandacht was besteed aan de vraag wie onder de werkingsfeer van de Richtlijn viel, onzeker is wat de Europese wetgever met de

40 Waarom het begrip arbeidsverhouding werd vervangen door arbeidsbetrekking is mij niet duidelijk geworden. In de Engelse versie van de Richtlijn bleef de tekst op dit punt ongewijzigd. Zowel in Richtlijn 77/187/EEG als in Richtlijn 98/50/EG wordt gesproken over “contract of employment” of “employment relationship”.

41 Destijds artikel 1639a BW (oud).

42 Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nrs. 3-4, p. 6.

43 Zo achten Lutjens en Roché het raadselachtig hoe de wetgever uit de bewoordingen van de Richtlijn heeft kunnen afleiden dat slechts maatregelen voor arbeidsovereenkomsten getroffen dienen te worden. E. Lutjens en N.O.P. Roché, Pensioen en overgang van ondernemingen, Serie Praktijkhandleidingen, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

44 Voorstel van de Commissie van de Europese Gemeenschappen aan de Raad (doc. 149/74) voor een richtlijn tot harmonisatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke voorschriften van de lidstaten betreffende het behoud van de rechten en voordelen van de werknemers bij fusies van vennootschappen, overdrachten van vestigingen en concentraties van ondernemingen.

45 Europees Parlement, zittingsdocumenten 1974-1975, document 385/74/rev., 11 februari 1975, bijlage II, p. 29.

46 P.W. van Straalen, Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 14. Zo ook R.M. Beltzer, Overgang van onderneming in de private en publieke sector, Deventer: Kluwer 2008, p. 60.

begrippen arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding had beoogd. Hij acht verdedigbaar dat de Europese wetgever “een zekere harmonisatie beoogde door werknemers die naar het nationale recht van de ene lidstaat wel een arbeidsovereenkomst hebben en deze rechtsrelatie in een andere lidstaat niet als een arbeidsovereenkomst wordt aangemerkt, in beide gevallen in bescherming te nemen.” Van Straalen denkt hierbij aan (statutair) bestuurders van een vennootschap of aan arbeidsverhoudingen met een bijzonder karakter zoals thuiswerkers en oproepkrachten. Beltzer⁴⁷ noemt ook nog de opdrachtnemer die werkzaamheden verricht krachtens een opdracht-overeenkomst, die feitelijk aan de criteria van artikel 7:610 lid 1 BW voldoet en de persoon die krachtens een managementovereenkomst werkzaamheden verricht voor de onderneming. In al deze gevallen zal bij de beantwoording van de vraag of de in de overgaande onderneming werkzame statutair bestuurder, thuiswerker, oproepkracht of opdrachtnemer overgaat, krachtens de artikelen 7:662 e.v. BW, beoordeeld moeten worden of zijn relatie met de vervreemder als een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW moet worden beschouwd.⁴⁸ Dit sluit aan bij de mededelingen van de regering in verband met de wetswijziging in 2002. Bij die gelegenheid deelde de regering mee dat het woord arbeidsbetrekking een functie vervult voor die lidstaten, die niet een “gesloten systeem van overeenkomsten tot het verrichten van arbeid” hebben en waar bepaalde verhoudingen die wel onder het reguliere arbeidsrecht vallen niet als arbeidsovereenkomst worden beschouwd.⁴⁹ Hierbij kon volgens de regering worden gedacht aan uitzendarbeid. De toevoeging arbeidsbetrekking zou dan voor Nederland overbodig zijn omdat de uitzendwerknemer op grond van artikel 7:690 BW een arbeidsovereenkomst heeft met het uitzendbureau. Ik vraag mij echter af of het begrip arbeidsbetrekking – los van de betekenis die het Hof van Justitie hieraan heeft gegeven in het hierna in paragraaf 5.10 besproken Albron-arrest – wel zo overbodig is op grond van de Nederlandse arbeidswetgeving. Mijns inziens is eveneens denkbaar dat het gebruik van deze twee begrippen impliceert dat de Richtlijn niet alleen van toepassing is op werknemers met een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW, maar bijvoorbeeld eveneens op personen met een daarmee in artikel 1 BBA 1945 gelijkgestelde arbeidsverhouding.⁵⁰

5.5.1 *Het Hof van Justitie en het werknemersbegrip*

Het Hof van Justitie heeft zich enkele malen uitgelaten over wat voor de toepassing van de Richtlijn onder een werknemer, en dus onder een arbeidsovereenkomst of

47 R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 61/62.

48 In een enkel geval werd in de lagere rechtspraak ook aan personen, die bij de vervreemder niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaam waren, maar na de overgang wel op basis van een arbeidsovereenkomst bij de verkrijger werkzaam worden, een deel van de bescherming van artikel 7:663 BW toegekend. In een dergelijk geval oordeelde de kantonrechter te Assen in zijn beschikking van 3 april 2007 (LJN: BA2380) dat, hoewel geen sprake was geweest van een van rechtswege overgaan van rechten en verplichtingen ex artikel 7:663 BW, op grond van de redelijkheid en billijkheid bij de berekening van de ontbindingsvergoeding een deel van het werkzaam verleden van de werknemer bij de vervreemder in aanmerking diende te worden genomen bij het bepalen van de hoogte van de ontbindingsvergoeding.

49 Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 5/6.

50 Is dit het geval, dan is de Richtlijn op dit punt niet juist, althans niet volledig, geïmplementeerd.

arbeidsverhouding moet worden verstaan. In het arrest Wendelboe van 7 februari 1985⁵¹ oordeelde het Hof van Justitie dat de Richtlijn “enkel ziet op de rechten en verplichtingen ten aanzien van werknemers wier arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding op het tijdstip van de overgang nog bestaat, en niet op die ten aanzien van werknemers wier dienstbetrekking bij de betrokken onderneming op het tijdstip van de overgang was beëindigd.” In het arrest Mikkelsen van 11 juli 1985⁵² herhaalde het Hof van Justitie dat de Richtlijn uitsluitend van toepassing is indien de arbeidsovereenkomst bestaat op het tijdstip van de overgang. Het Hof van Justitie overwoog voorts dat het doel van de Richtlijn is het “zoveel mogelijk veilig te stellen, dat de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding ongewijzigd met de verkrijger wordt voortgezet, teneinde aldus te verhinderen, dat de bij de overgang van de onderneming betrokken werknemers uitsluitend tengevolge van deze overgang in een minder gunstige positie zouden komen te verkeren.” Het Hof van Justitie benadrukte daarbij dat met de Richtlijn niet wordt beoogd een uniforme bescherming voor alle lidstaten in te voeren op basis van communautaire criteria en de Richtlijn om die reden uitsluitend van toepassing is op de persoon die uit hoofde van de wetgeving van de betrokken lidstaat op enigerlei wijze als werknemer bescherming geniet. In dat geval waarborgt de richtlijn, in de woorden van het Hof van Justitie, “dat hun uit de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding voortvloeiende rechten niet als gevolg van de overgang van de onderneming verminderen.” Met de Richtlijn wordt dus de bescherming die de werknemer op grond van de nationale wetgeving geniet, uitgebreid tot het geval van een overgang van de onderneming.

5.5.2 De werknemer die weigert over te gaan en de informatieplicht van de vervreemder

De uit de arbeidsovereenkomst van de in de onderneming werkzame werknemer voortvloeiende rechten en verplichtingen jegens de werkgever gaan van rechtswege over naar de verkrijger van de onderneming. Weigert de betrokken werknemer in dienst te treden bij de vervreemder, dan eindigt zijn arbeidsovereenkomst met de vervreemder van rechtswege op het tijdstip van de overgang van de onderneming.⁵³ Wanneer de werknemer zelf na de overgang zijn dienstbetrekking uit eigener beweging niet voortzet, is de door de Richtlijn beoogde bescherming niet nodig, zo oordeelde het Hof van Justitie in het hiervoor aangehaalde arrest Mikkelsen. De weigering van de werknemer over te gaan naar de verkrijger moet wel geschieden in een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van de werknemer, aldus de Hoge Raad in het arrest Veenendaal/Van Vuuren.⁵⁴ In dat verband rust op de vervreemdende werkgever de verplichting de werknemer te informeren over zijn rechtspositie en over de gevolgen van het al dan niet overgaan van de arbeidsovereenkomst op grond

51 HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 901 (Wendelboe e.a./faillissementsboedel van L.J. Music ApS).

52 HvJ EG 11 juli 1985, NJ 1988, 907 (Foreningen af Arbejdsledere i Danmark als gemachtigde van Mikkelsen/Danmols Inventar A/S).

53 Zie HvJ EG 11 juli 1985, NJ 1988, 907 m.nt. Stein (Foreningen af Arbejdsledere i Danmark als gemachtigde van Mikkelsen/Danmols Inventar A/S) en HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 240 m.nt. Stein (Boode/Hoheisel).

54 HR 26 mei 2000, NJ 2000, 566 m.nt. Stein en JAR 2000/152 (Veenendaal/Van Vuuren B.V.).

van artikel 7:663 BW.⁵⁵ Deze informatieverplichting geldt eveneens in situaties waarin bij overgang van onderneming gewijzigde arbeidsvoorwaarden worden overeengekomen met de werknemer en waarin de vervreemder de werknemer aanbiedt na de overgang bij hem in dienst te blijven. In het arrest Bos/Pax van 26 juni 2009⁵⁶ heeft de Hoge Raad de aard en omvang van die informatieverplichting uitgewerkt. In dit arrest besteedde Sara Lee/DE International haar logistieke werkzaamheden uit aan Pax Integrated Logistics B.V. Daarbij kwamen partijen overeen dat de logistiek medewerkers van Sara Lee de logistieke werkzaamheden zouden blijven verrichten bij Sara Lee zonder in dienst te treden bij Pax. In plaats daarvan zouden zij in dienst treden bij een dochtermaatschappij van Sara Lee, Detrex B.V. Detrex zou hen op haar beurt ter beschikking stellen aan Pax en uiteindelijk zou Pax hen weer detacheren bij Sara Lee. Sara Lee bracht haar logistiek medewerkers in een brief op de hoogte van de uitbesteding van de logistieke werkzaamheden, deelde hun mee dat zij in dat kader in dienst zouden treden bij Detrex en vroeg hun de brief voor akkoord te retourneren. Aldus geschiedde. Hoewel de werknemers akkoord gingen met hun indiensttreding bij Detrex en zij daardoor niet op grond van artikel 7:663 BW overgingen naar Pax, oordeelde de Hoge Raad dat de hele gang van zaken rond de uitbesteding van de logistieke werkzaamheden in feite wel strekte tot overgang van de arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 7:663 BW. Daarbij achtte de Hoge Raad essentieel dat de werknemers op initiatief van Sara Lee akkoord gingen met hun indiensttreding bij Detrex. Naar het oordeel van de Hoge Raad deed het door de werknemers akkoord gaan met hun uitdiensttreding bij Sara Lee en hun gelijktijdige indiensttreding bij Detrex niet af aan hun indiensttreding van rechtswege bij Pax op grond van artikel 7:663 BW, omdat deze akkoordverklaring niet als een ondubbelzinnig afstand doen van de bescherming van artikel 7:663 BW kon worden beschouwd. Mede gelet op de eisen van goed werkgeverschap had Sara Lee de werknemers naar het oordeel van de Hoge Raad “voldoende opening van zaken en duidelijkheid over de te maken keuzes (moeten) verschaffen, en volledige voorlichting (moeten) geven omtrent hun rechtspositie, om te waarborgen dat werknemers (...), die werden geconfronteerd met overgang van de onderneming waarbij zij werkzaam zijn, hun eventuele beslissing om afstand te doen van de hun door art. 7:663 geboden bescherming, volledig geïnformeerd konden nemen.”

5.5.3 Het werknemersbegrip bij de overgang van een onderdeel van de onderneming

Ingeval niet de gehele onderneming, maar slechts een deel van de onderneming, of één van de ondernemingen van de vervreemder overgaat, gaan de werknemers over die werkzaam zijn bij (dat deel van) die onderneming. Daarbij is niet van belang dat de werknemer tevens organisatorisch is ingedeeld bij dat deel van de onderneming. Of de werknemer overgaat, hangt in deze situatie af van het antwoord op de vraag of de werknemer feitelijk en blijvend is tewerkgesteld bij het overgaande deel van de

⁵⁵ HR 26 oktober 2007, JAR 2007/285 (Rabobank/Allard).

⁵⁶ HR 26 juni 2009, NJ 2011, 154 m.nt. Verhulp, JAR 2009/183 en JIN 2009/571 m.nt. Zwemmer (Bos/Pax Integrated Logistics B.V.).

onderneming. In het arrest Botzen van 7 februari 1985⁵⁷ sprak het Hof van Justitie zich uit over de wijze waarop de Richtlijn moet worden toegepast in de situatie dat de vervreemder niet zijn gehele, maar een (onder)deel van zijn onderneming overdraagt. In de zaak die de aanleiding vormde voor dit arrest, waren de ondernemingsactiviteiten van de Rotterdamsche Droogdok Maatschappij Heijplaat B.V. (hierna: RDM-oud) ondergebracht in vijf afdelingen.⁵⁸ De overheaddiensten ten behoeve van deze afdelingen waren ondergebracht in algemene stafafdelingen. Op 7 april 1983 nam RDM-nieuw drieëneenhalve afdeling alsmede ongeveer de helft van de bij de stafafdelingen werkzame werknemers over.⁵⁹ Botzen c.s. waren niet uitsluitend werkzaam bij de aan RDM-nieuw overgedragen afdelingen, maar waren ingedeeld bij de algemene afdelingen van waaruit zij tevens werkzaamheden verrichtten ten behoeve van de bij RDM-oud achtergebleven afdelingen. Botzen c.s. stelden zich op het standpunt dat hun arbeidsovereenkomsten van rechtswege per 7 april 1983 waren overgegaan naar RDM-nieuw. Tegenover het Hof van Justitie stelde RDM-nieuw dat “de overgang van de arbeidsverhouding enkel betrekking heeft op de werknemers die volledig dan wel nagenoeg volledig werkzaam zijn ten behoeve van het overgedragen onderdeel van de onderneming, en niet op werknemers met deeltaken ten aanzien van verschillende vestigingen of onderdelen, dan wel op werknemers die ten behoeve van meer vestigingen of onderdelen werkzaam zijn, doch tot de achterblijvende stafafdelingen behoren.” Het Hof van Justitie ging daar niet in mee en bevestigde dat voor de overgang van de arbeidsovereenkomst enkel beslissend is of de afdeling waarbij de werknemers waren aangesteld, en die het organisatorisch kader vormde waarbinnen de arbeidsverhouding werd geconcretiseerd, al dan niet wordt overgedragen. Naar het oordeel van het Hof van Justitie wordt de arbeidsovereenkomst in hoofdzaak gekenmerkt door de band tussen de werknemer en het onderdeel van de onderneming of vestiging waarbij hij voor de uitoefening van zijn taak is aangesteld. Om te beoordelen of de arbeidsovereenkomst overgaat bij overgang van onderneming kan dus worden volstaan met vast te stellen bij welk onderdeel van de onderneming of de vestiging de betrokken werknemer was aangesteld. Hiermee bedoelt het Hof van Justitie dat bij de overgang van een onderdeel van de onderneming uitsluitend de werknemers die feitelijk werkzaam zijn bij het betreffende onderdeel, van rechtswege overgaan.⁶⁰ Dat kan tot onduidelijkheid leiden

57 HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 902 m.nt. Stein (Botzen e.a./Rotterdamsche Droogdokmaatschappij).

58 RDM-oud maakte op haar beurt als dochtermaatschappij onderdeel uit van het RSV-concern.

59 RDM-oud was op 6 april 1983 in staat van faillissement verklaard en in het kader van een doorstartoperatie was enkele dagen daarvoor op 30 maart 1983 de Rotterdamsche Droogdok Maatschappij B.V. (RDM-nieuw) opgericht. In deze procedure had de kantonrechter het Hof van Justitie tevens gevraagd of de Richtlijn van toepassing is in de situatie waarin de vervreemder in staat van faillissement is verklaard. Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag ontkennend in zijn eveneens op 7 februari 1985 gewezen arrest, met dien verstande dat de Richtlijn wel van toepassing was in geval van een overgang van een onderneming in het kader van een procedure van het type surseance van betaling. Zie HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900 (Abels/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie).

60 In r.o. 10 van zijn hierna genoemde arrest van 25 juli 1991, NJ 1994, 168 (d'Urso e.a./Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA (onder bijzonder bewind) e.a.) sprak het Hof van Justitie in dit kader over “werknemers die voor het vervullen van hun taak tewerk zijn gesteld bij het overgedragen gedeelte van de onderneming of vestiging.”

wanneer de werknemer gedeeltelijk werkzaam is bij het overgaande onderdeel. In deze situatie acht ik op grond van het doel van de Richtlijn – de werknemer beschermen tegen het verlies van zijn baan als gevolg van overgang van onderneming – verdedigbaar dat de (gehele) arbeidsovereenkomst van de werknemer die voor meer dan 50% van de arbeidsduur werkzaam is bij het overgaande onderdeel, van rechtswege mee overgaat ex artikel 7:663 BW. Wanneer de overgang van de arbeidsovereenkomst in deze situatie niet gekoppeld zou worden aan het merendeel van de feitelijke arbeid van de werknemer, zou hij als gevolg van de overgang van het onderdeel het merendeel van zijn feitelijke arbeid verliezen. Dit zal waarschijnlijk leiden tot de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst door de vervreemder. De problematiek van de gedeeltelijk in het overgaande onderdeel van de onderneming werkzame werknemer vormt naar mijn mening een argument voor het in de artikelen 7:662 e.v. BW opnemen van een Nederlandse variant van het in het Duitsland geldende “Widerspruchsrecht” van de werknemer bij overgang van onderneming.⁶¹ De werknemer zou dan in een situatie als deze de keuze hebben tussen in dienst blijven bij de vervreemder en overgaan naar de verkrijger.

Bestaat de overgaande onderneming uit een (niet eenmalige) opdracht die voortaan door een andere opdrachtnemer wordt uitgevoerd, dan gaan – wanneer sprake is van overgang van onderneming – uitsluitend de door de voormalige opdrachtnemer op die opdracht aangestelde werknemers over ex artikel 7:663 BW. Werknemers die door de oude opdrachtnemer om niet met de overgang van de opdracht verband houdende redenen zijn geschorst – en daarmee van de opdracht zijn gehaald – zonder dat uitzicht op terugkeer bestaat, gaan niet over, zo oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 11 februari 2005.⁶² De Hoge Raad overwoog dat de werknemer die zonder enig vooruitzicht op terugkeer in zijn oude functie was geschorst “daardoor niet langer deel uit(maakt) van de als economische eenheid te beschouwen groep van werknemers, die, speciaal daartoe ingezet door de oude ondernemer, duurzaam, dat wil zeggen: met een zekere continuïteit, een gemeenschappelijke activiteit verrichtten.” Dit betekent niet dat uitsluitend de werknemers overgaan die ten tijde van de overgang feitelijk werkzaam zijn bij de overgegane onderneming. De werknemer die ten tijde van de overgang ziek is (of tijdelijk op non-actief is gesteld), gaat gewoon over op grond van artikel 7:663 BW. Het stellen van de eis dat de werknemer ten tijde van de overgang tevens feitelijk in de onderneming werkzaam moet zijn, zou de door de Richtlijn beoogde bescherming te zeer inperken, zo overwoog het Hof te Amsterdam in zijn arrest van 22 februari 2007.⁶³

61 Onder andere Beltzer heeft eerder gepleit voor een Nederlandse variant van het Duitse Widerspruchsrecht. Hij acht het meer in lijn met bepalingen in internationale verdragen en artikel 19 lid 3 van de Grondwet waarin het recht op vrije arbeidskeuze van de werknemer is neergelegd, dat de werknemer die niet mee over wil gaan omdat de overgang zou leiden tot een wijziging van omstandigheden in zijn nadeel, na de overgang in dienst blijft van de vervreemder. De vervreemder moet dan in overleg met de werknemer tot een oplossing komen. R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 82-85.

62 HR 11 februari 2005, JAR 2005/67. (Memedovic/Asito Rotterdam Rijnmond B.V.).

63 Hof Amsterdam 22 februari 2007, JAR 2007/105. Zie ook Hof 's-Gravenhage 16 juni 2009, LJN: BJ3497.

Gaat de gehele onderneming van de vervreemder over naar de verkrijger (en blijven geen ondernemingsactiviteiten achter bij de vervreemder), dan gaan alle werknemers van rechtswege over naar de verkrijger. Het Hof van Justitie bevestigde dit in zijn arrest d'Urso van 25 juli 1991.⁶⁴ In de zaak die de aanleiding vormde van dit arrest droeg een onder bewind staande Italiaanse rechtspersoon de gehele onderneming over aan een andere, in dat kader opgerichte, rechtspersoon. Die nieuwe (verkrijgende) rechtspersoon nam echter slechts 940 van de 1458 werknemers over. Het Hof van Justitie werd onder meer gevraagd of de Richtlijn zo dient te worden uitgelegd dat alle arbeidsovereenkomsten (of -verhoudingen) die op het tijdstip van de overgang bestaan tussen de vervreemder en de werknemers van die onderneming, door het enkele feit van de overgang van rechtswege worden overgedragen op de verkrijger. Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag bevestigend en oordeelde dat artikel 3 lid 1 van de Richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat alle arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen die op het tijdstip van overgang van een onderneming tussen de vervreemder en de werknemers van de overgedragen onderneming bestaan, door het enkele feit van de overgang van rechtswege worden overgedragen op de verkrijger. In geval van de overgang van een onderdeel van een onderneming gaan, zo overwoog het Hof van Justitie onder verwijzing naar het arrest Botzen, uitsluitend de arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen over van de werknemers "die voor het vervullen van hun taak tewerk zijn gesteld bij het overgedragen gedeelte van de onderneming of vestiging." Dat met deze overgang van rechtswege inbreuk wordt gemaakt op de ondernemingsvrijheid is naar het oordeel van het Hof van Justitie inherent aan de Richtlijn. "Deze beoogt immers de uit arbeidsovereenkomsten of -verhoudingen voortvloeiende verplichtingen in het belang van de werknemers op de verkrijger over te dragen."

5.6 Uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen

De rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen gaan van rechtswege over op de verkrijger, zo is bepaald in artikel 3 lid 1 van de Richtlijn. Zowel in de Richtlijn als in artikel 7:663 BW wordt gesproken over uit de arbeidsovereenkomst (of arbeidsbetrekking) voortvloeiende rechten en verplichtingen en niet van de overgang van de arbeidsovereenkomst. Een onderscheid tussen al dan niet als arbeidsvoorwaarden aan te duiden wezenlijke en minder wezenlijke aspecten van de arbeidsovereenkomst wordt noch in de Richtlijn, noch in artikel 7:663 BW gemaakt. Daardoor is sprake van een alomvattende overgang van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen. De verkrijger treedt op het moment van overgang in alle schriftelijke en mondelinge overeengekomen, uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, ongeacht of deze rechten voor of na de overgang (zijn) ontstaan of opeisbaar (zijn) (ge)worden.⁶⁵

64 HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994, 168 (d'Urso e.a./Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA (onder bijzonder bewind) e.a.).

65 Zie HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900 (Abels/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie).

Hij wordt bijvoorbeeld aansprakelijk voor (niet door de vervreemder betaald) achterstallig loon en (mondelinge) door de vervreemder toegekende vakantie/verlofperioden of salarisverhogingen.⁶⁶ De door de overgaande werknemer met de vervreemder gesloten arbeidsovereenkomst(en) voor bepaalde tijd gelden na de overgang als gesloten met de verkrijger bij de toepassing van de ketenregeling van artikel 7:668a lid 1 BW.⁶⁷ Wanneer de werknemer als gevolg van zijn werkzaamheden bij de vervreemdende werkgever ziek wordt, is de verkrijgende werkgever aansprakelijk. Anderzijds gaan eveneens alle verplichtingen van de werknemer mee over. Hierbij kan met name gedacht worden aan door de vervreemder met de werknemer overeengekomen bijzondere bedingen waarvan het concurrentiebeding het belangrijkste is.⁶⁸ Artikel 7:663 BW geldt alleen voor rechten en verplichtingen die op het tijdstip van de overgang van de onderneming voortvloeien uit dan nog niet geëindigde arbeidsovereenkomsten.⁶⁹ De rechten uit bijvoorbeeld een concurrentiebeding in een reeds voor de overgang van de onderneming geëindigde arbeidsovereenkomst gaan dus niet over op de verkrijger.⁷⁰

Artikel 7:663 BW beoogt geen inbreuk te maken op de onderlinge verhouding tussen de vervreemder en de verkrijger ten aanzien van de aansprakelijkheid voor uit de arbeidsovereenkomst van de overgegangene werknemer voortvloeiende verplichtingen. Dat betekent dat de verkrijger regres kan nemen op de vervreemder indien hij aan de werknemer een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting nakwam waarvoor de vervreemder vóór de overgang jegens de werknemer aansprakelijk en draagplichtig was.⁷¹

In artikel 3 lid 3 van de Richtlijn zijn speciale regels opgenomen met betrekking tot de overgang van in collectieve (arbeids)overeenkomsten vastgelegde arbeidsvoorwaarden en van pensioenregelingen. Deze regels bespreek ik in de hiernavolgende paragrafen nadat ik eerst stil heb gestaan bij het al dan niet overgaan van de door

66 M.J. van Vliet, *Overgang van een onderneming*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 103.

67 De verkrijger geldt dus niet als opvolgende werkgever ex artikel 7:668 lid 2 BW. Vgl. Ktr. Leeuwarden 10 februari 2009, LJN: BI9318. Zie ook W.H.A.C.M. Bouwens, *Kettingrelaties*, SMA 1999/1, p. 12.

68 In zijn arrest van 23 oktober 1987, NJ 1988, 235 (Ibes/Atmos B.V.) bevestigde de Hoge Raad dat het met de vervreemder overeengekomen concurrentiebeding op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege overgaat op de verkrijger. Zie hierover meer: P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 141-144 en R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 109-116. Van Straalen en Beltzer wijzen er onder verwijzing naar de arresten van de Hoge Raad van 9 maart 1979, NJ 1979, 467 (Makelaarskantoor Brabant B.V./Van Uffelen) (en van 5 januari 2007, JAR 2007/37 en 38) op dat het concurrentiebeding, hoewel dit van rechtswege overgaat op grond van artikel 7:663 BW, toch als gevolg van de overgang kan komen te vervallen wanneer het, vanwege de ingrijpende wijziging die de overgang voor de arbeidsovereenkomst meebrengt aanzienlijk zwaarder op de werknemer gaat drukken.

69 Zie artikel 3 lid 1 van de Richtlijn en HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 901 (Wendelboe e.a./faillissementsboedel van L.J. Music ApS) en HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994, 168 (d'Urso e.a./Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA (onder bijzonder bewind) e.a.).

70 Zie HR 20 april 1990, NJ 1990, 729.

71 Vgl. Rb. Zwolle 19 oktober 2011, LJN: BU5790.

de werknemer met zijn arbeidsverleden bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit, de overgang van (specifiek aan de aard van het bedrijf van de vervreemder gebonden) collectieve (arbeidsvoorwaarden)regelingen en de aanspraken van derden op grond van de arbeidsovereenkomst (UWV en Belastingdienst).

5.6.1 Anciënniteit

De duur van de arbeidsovereenkomst is van belang bij de opbouw van ontslagbescherming door de werknemer, de hoogte van de ontslagvergoeding en bij het in aanmerking komen voor een salaristrap of salarisschaal in een cao. Vormt deze anciënniteit een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiend recht in de zin van artikel 7:663 BW dat van rechtswege mee overgaat naar de verkrijger bij overgang van onderneming? Bij gebreke aan een op iets anders duidende bepaling in de Richtlijn en in de artikelen 7:662 e.v. BW, werd sinds de implementatie van de Richtlijn in het BW algemeen aangenomen dat ook de rechten verbonden aan de door de werknemer bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit mee overgingen naar de verkrijger.⁷² In het arrest Collino en Chiappero⁷³ heeft het Hof van Justitie hierin echter enige nuances aangebracht. In dit arrest legde de Italiaanse rechter prejudiciële vragen voor aan het Hof van Justitie naar aanleiding van de privatisering van een overheidsdienst die belast was met het beheer van telecommunicatievoorzieningen. Het Hof van Justitie werd gevraagd of artikel 3 lid 1 van de Richtlijn zo moest worden uitgelegd “dat de verkrijger bij de berekening van de financiële rechten die bij hem aan de anciënniteit van de werknemer worden verbonden, zoals een vergoeding bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst of salarisverhogingen, alle jaren moet meetellen die het overgedragen personeel, zowel in dienst bij hemzelf als bij de vervreemder, heeft vervuld.” Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag bevestigend, maar overwoog daarbij dat de anciënniteit die de overgegangene werknemers bij hun oude werkgever hebben opgebouwd, op zich geen recht is dat overgaat en bij de verkrijger geldend kan worden gemaakt. Nu echter de anciënniteit medebepalend is voor bepaalde financiële rechten van de werknemers en, zo overwoog het Hof van Justitie, deze financiële rechten krachtens artikel 3 van de Richtlijn overgaan, dient de verkrijger deze financiële rechten “al naar het geval” op dezelfde voet als de vervreemder te handhaven. Dat betekende in dit arrest dat de verkrijger bij de berekening van de rechten van financiële aard, zoals een ontslagvergoeding, of aan het aantal dienstjaren gekoppelde salarisverhogingen, gehouden was de dienstjaren die de overgegangene werknemers bij de vervreemder hadden vervuld, mee te tellen. Het Hof van Justitie benadrukte dat deze dienstjaren alleen hoeven te worden meegeteld door de verkrijger indien deze dienstjaren (in het geval de werknemer nog steeds in dienst zou zijn geweest van de vervreemder) ook door de vervreemder in aanmerking hadden moeten

72 W.J.P.M. Fase, De wet overgang van ondernemingen en de rechtspositie van de betrokken werknemers, SMA 1983/6, p. 355, H. Pasma, Rechtspositie werknemers bij overgang van een onderneming, in: H. Pasma, G.M.F. Sniijders, W.J.M. Van Andel (red.), Overnemen, een hele onderneming, Deventer: Kluwer 1998, p. 29 en R.M. Beltzer, Overgang van onderneming in de private en publieke sector (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2000, p. 67-69.

73 HvJ EG 14 september 2000, JAR 2000/225 (Collino en Chiappero/Telecom Italia SpA).

worden genomen op grond van de arbeidsovereenkomst met de werknemer en overeenkomstig de in dat kader overeengekomen voorwaarden.

Het Hof van Justitie herhaalde zijn overwegingen uit het arrest Collino en Chiappero in het Scattolon-arrest⁷⁴ van 6 september 2011. In dit arrest was de cao van de verkrijger na de overgang onmiddellijk van toepassing geworden op de overgegangene werknemers. In deze cao was anders dan in de cao van de vervreemder, de bezoldiging van de werknemers voornamelijk gebaseerd op de anciënniteit van de werknemer. Het Hof van Justitie achtte het door de verkrijger niet erkennen van de door de overgegangene werknemers bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit bij het toepassen van de cao in strijd met artikel 3 van de Richtlijn. Naar het oordeel van het Hof van Justitie moet de verkrijger bij de toepassing van een bij hem geldende cao de door de werknemer bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit in acht nemen wanneer (i) in de cao van de verkrijger de voorwaarden voor de beloning van een werknemer in een vergelijkbare functie voornamelijk zijn gekoppeld aan de anciënniteit en (ii) de overgaande werknemer in vergelijking met zijn salaris onmiddellijk voorafgaande aan de overgang een wezenlijk salarisverlies zou lijden wanneer bij de bepaling van zijn aanvankelijke salaristrap bij de verkrijger geen rekening zou worden gehouden met de bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit.

De door de werknemer bij de vervreemder opgebouwde anciënniteit kan dus niet onverkort geldend worden gemaakt tegenover de verkrijger op grond van artikel 7:663 BW. Ik kan de door het Hof van Justitie gestelde beperkingen aan de overgang van de anciënniteit van de werknemer moeilijk rijmen met het doel van de in de Richtlijn beoogde bescherming. Het doel van de Richtlijn is te bewerkstelligen dat een verandering van de ondernemer of exploitant van de onderneming geen nadelige gevolgen heeft voor de positie van de bij de onderneming werkzame (overgaande) werknemer. Van dergelijke nadelige gevolgen is sprake wanneer de werknemer door de overgang sneller in aanmerking komt voor ontslag omdat bij de berekening van de ontslagvolgorde in zijn geval wordt aangeknoopt bij het tijdstip van de overgang van zijn arbeidsovereenkomst in plaats van bij de datum waarop hij destijds bij de vervreemder in dienst trad.⁷⁵ Werknemers die reeds voor de overgang in dienst waren bij de verkrijger verkeren daarmee dus in een gunstigere positie dan de overgegangene werknemers.⁷⁶ Als het 'ontzien' van de werknemers die voor de overgang reeds in dienst waren bij de verkrijger al een rechtvaardiging zou zijn voor het niet mee overgaan van de anciënniteit als zodanig, maar slechts in financiële zin, dan ontbreekt daarvoor elk aanknopingspunt in de Richtlijn. Bovendien werd in het uit het voorstel voor de Derde EEG-richtlijn⁷⁷ gelichte artikel 30, dat de basis vormde van de latere Richtlijn, bepaald dat de werknemer na de overgang de door hem opgebouwde anciënniteit behield en de rechtsgevolgen van deze anciënniteit

74 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).

75 Zie bijvoorbeeld Ktr. Groningen 17 februari 2004, LJN: AO6504.

76 Zij het dat zij niet beschermd worden tegen ontslag wegens overgang van onderneming (artikel 7:670 lid 8 BW).

77 Zie paragraaf 5.2.

werden bepaald door de arbeidsovereenkomst en de daarop van toepassing zijnde wet- en regelgeving.⁷⁸ Een onderscheid tussen de opgebouwde anciënniteit en de daarop gebaseerde financiële rechten werd destijds dus niet gemaakt. Ik acht aanemelijk dat deze bepaling niet werd overgenomen in de Richtlijn van 14 februari 1977 omdat daarin, anders dan in de Derde EEG-richtlijn, het (lidstaat)grensoverschrijdende aspect niet specifiek aan de orde was. Met het oog op de situatie dat de werknemer na de juridische fusie in een ander land zou gaan werken dan waar hij voor de fusie werkzaam was en waar andere regels zouden gelden wat de opbouw van de anciënniteit betreft, werd in dit artikel 30 uit het voorstel voor de Derde EEG-richtlijn benadrukt dat dit geen gevolgen zou hebben voor de door de werknemer opgebouwde anciënniteit.⁷⁹

Het oordeel van het Hof, dat uitsluitend de aan de door de werknemer opgebouwde anciënniteit verbonden financiële rechten overgaan, kan tot nadelige gevolgen leiden voor zowel de overgegangene werknemers als voor de werknemers die voor de overgang reeds in dienst waren van de verkrijger. Waren de overgegangene werknemers veel langer in dienst van de vervreemder dan de werknemers van de verkrijger in dienst zijn van de verkrijger, dan komen de overgegangene werknemers bij een collectief ontslag weliswaar sneller in aanmerking voor ontslag, maar zou de verkrijger bij de berekening van de ontslagvergoedingen van deze werknemers wel rekening moeten houden met de dienstjaren bij de vervreemder. De verplichting tot het betalen van de hieraan verbonden hogere ontslagvergoedingen zou de verkrijger dan van reorganisatie van de onderneming kunnen weerhouden, hetgeen een bedreiging zou kunnen vormen voor het voortbestaan van de onderneming als zodanig.⁸⁰ Wellicht heeft het UWV WERKbedrijf op deze grond ervoor gekozen bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel uit artikel 4:2 Ontslagbesluit de door de werknemer opgebouwde dienstjaren bij de vervreemder wel mee te tellen bij de bepaling van de duur van het dienstverband bij de verkrijger.⁸¹

Naar aanleiding van de arresten Collino en Chiappero en Scattolon vraag ik mij voorts af welke consequenties de overgang van de arbeidsovereenkomst heeft voor de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn indien bij de vervreemder de wettelijke opzegtermijn van artikel 7:672 lid 2 BW gold. Wordt deze vanaf het moment van overgang weer één maand voor beide partijen en ontvangt de werknemer dan bij opzegging door de verkrijger het loon over het verschil tussen de vóór de overgang en de ná de overgang voor de werkgever geldende opzegtermijn? Ik meen van niet. Ik beantwoord het tweede deel van deze vraag ontkennend omdat de opzegtermijn niet

78 Artikel 30 lid 1 van het voorstel voor de Derde EEG-richtlijn bepaalde hierover het volgende: "De werknemer behoudt ten opzichte van de overnemende vennootschap de in dienst van de overgenomen vennootschap verworven anciënniteit; de rechtsgevolgen van deze anciënniteit worden bepaald door de arbeidsovereenkomst en de op deze overeenkomst toepasselijke wet."

79 Ik leid dit af uit lid 2 en lid 3 van dit artikel 30, waarin bepalingen waren opgenomen die zagen op de situatie dat de fusie als gevolg had dat de werkzaamheden van de werknemer zich naar het buitenland verplaatsten.

80 R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 101.

81 Zie Beleidsregels ontslagtaak UWV, hoofdstuk 24-8, versie september 2012.

kan worden aangemerkt als een aan de anciënniteit verbonden financieel recht. Tegenover het recht op loon gedurende de opzegtermijn staat immers de verplichting van de werknemer om de (bedongen) werkzaamheden te verrichten. Het eerste deel van de vraag beantwoord ik eveneens ontkennend. Hoewel de duur van deze opzegtermijn voortvloeit uit de wet, is deze opzegtermijn op het tijdstip van de overgang – anders dan de anciënniteit in het kader van de ontslagvolgorde – een bestaande uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting. Daarom gaat mijns inziens de opzegtermijn die de vervreemder vóór de overgang jegens de werknemer in acht had moeten nemen op basis van de duur van het dienstverband met de werknemer, volledig over op grond van artikel 7:663 BW.

5.6.2 *Collectieve regelingen en bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden*

De uit de arbeidsovereenkomst van de werknemer met de vervreemder voortvloeiende rechten en verplichtingen gaan over naar de verkrijger. Gevolg hiervan is dat niet alleen de door de vervreemder met de individuele werknemer overeengekomen arbeidsvoorwaarden overgaan, maar ook de arbeidsvoorwaarden waarop de werknemer op grond van bij de vervreemder geldende collectieve (arbeidsvoorwaarden) regelingen aanspraak op maakte. De verkrijger moet dus na de overgang verschillende arbeidsvoorwaarden toepassen op de overgegangene werknemers en op de werknemers die voor de overgang reeds bij hem in dienst waren. De verkrijger zal om verschillende redenen na de overgang zo snel mogelijk de arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers en de werknemers die reeds bij hem in dienst waren gelijk willen trekken. Het toepassen van verschillende arbeidsvoorwaarden leidt tot hogere administratieve kosten en kan, zeker wanneer de functies van overgegangene werknemers en voor de overgang reeds in dienst van de verkrijger zijnde werknemers onderling uitwisselbaar zijn, tot scheve gezichten of erger leiden. De Richtlijn, noch artikel 7:663 BW bieden de verkrijger echter de ruimte om na de overgang de arbeidsvoorwaarden van de overgegangene werknemers en die van de op dat moment reeds in dienst zijnde werknemers te harmoniseren. Integendeel, in het arrest *Daddy's Dance Hall* van 10 februari 1988⁸² overwoog het Hof van Justitie dat de arbeidsvoorwaarden van de werknemer niet gewijzigd mogen worden wegens de overgang van de arbeidsovereenkomst, ook niet wanneer de werknemer zelf daarmee instemt en wanneer de werknemer voor de nadelen van deze wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden wordt gecompenseerd. Dergelijke afspraken zijn dus nietig. Het Hof van Justitie aanvaardde echter wel dat de werknemer en de verkrijger na de overgang binnen dezelfde grenzen als waarbinnen de werknemer dat vóór de overgang met de vervreemder had gekund, een wijziging van de arbeidsvoorwaarden overeen kunnen komen, zij het dat de overgang van de onderneming daarvoor nooit een grond kan zijn. Deze strikte uitleg van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn rekte het Hof van Justitie enigszins op in het arrest *Martin/SBU* van 6 november 2003.⁸³ In de zaak die ten grondslag lag aan de in dit arrest aan het Hof van Justitie voorgelegde prejudiciële

82 HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990, 423 (*Foreningen af Arbejdsledere I Danmark/Daddy's Dance Hall A/S*).

83 HvJ EG 6 november 2003, JAR 2003/297 (*Martin, Daby, Willis/South Bank University*).

vragen sloten twee overgegangene werknemers zich na de overgang aan bij de pensioenregeling van de verkrijger. Daarna echter vorderden deze werknemers in rechte hun oude pensioenvoorwaarden omdat het vervroegd pensioen, dat deel uitmaakte van de pensioenregeling van de verkrijger, voor hen minder gunstig was dan het vervroegd pensioen uit de pensioenregeling van de vervreemder. Het Hof van Justitie oordeelde dat wanneer de verkrijger in strijd met artikel 3 van de Richtlijn minder gunstige pensioenvoorwaarden heeft aangeboden en de overgegangene werknemers deze hebben geaccepteerd, het aan de verkrijger is het dientengevolge door deze werknemers geleden nadeel te compenseren.⁸⁴ Stemt de werknemer in met de wijziging én wordt hij volledig gecompenseerd, dan zijn de wijzigingsaanspraken dus niet nietig.

Bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden

Met bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden van de werknemer bedoel ik niet de reistijd of de promotiekansen bij de vervreemder, maar de deel van de secundaire of tertiaire arbeidsvoorwaarden uitmakende bedrijfsregelingen op grond waarvan de werknemer bijvoorbeeld (korting op) producten van de vervreemder ontving of op grond waarvan de werknemer (voor minder dan de marktprijs) recht had op (opties op) aandelen bij de vervreemder. In beginsel gaan ook deze bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden over op grond van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn. Dat kan tot problemen leiden wanneer de verkrijger, gelet op de aard van zijn onderneming, niet in staat is de bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden van de vervreemder na te komen tegenover de overgegangene werknemer. De verkrijger zal dan ofwel afspraken met de vervreemder moeten maken over het na de overgang laten doorlopen van deze arbeidsvoorwaarden, ofwel met de overgegangene werknemer moeten overeenkomen dat de betrokken bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarde komt te vervallen (en door de verkrijger wordt gecompenseerd).

Wanneer de overgegangene werknemer niet instemt met het (tegen een redelijke compensatie) komen te vervallen van een aan het bedrijf van de vervreemder gebonden arbeidsvoorwaarde moet de verkrijger deze na de overgang blijven toepassen, ook als dit niet mogelijk zou zijn. Het Hof van Justitie heeft zich nog niet uitgelaten over de toepassing van artikel 3 van de Richtlijn in een dergelijke situatie. Van Slooten⁸⁵ betoogt dat de verkrijger op de voet van artikel 4 van de Richtlijn eveneens de arbeidsvoorwaarden van de overgegangene werknemers eenzijdig zou moeten kunnen wijzigen om economische, technische of organisatorische redenen. In dat geval zou deze wijziging dan echter, evenals het op grond van artikel 4 van de Richtlijn mogelijke ontslag van de overgegangene werknemer om economische technische of organisatorische redenen, niet uitsluitend zijn grond mogen vinden in de

84 Artikel 3 lid 3 van de Richtlijn – zie paragraaf 5.6.5 – bepaalt dat pensioenregelingen niet van rechtswege overgaan ex artikel 3 lid 1 van de Richtlijn, behalve wanneer anders is bepaald in de wetgeving van de Lidstaat. Hoewel het in dit arrest ging om wegens de overgang gewijzigde pensioenvoorwaarden en niet om uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen in de zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn zoals het geval was in het arrest *Daddy's Dance Hall*, speelde deze omstandigheid geen rol in de overwegingen van het Hof van Justitie.

85 J.M. van Slooten, *Overgang van onderneming en bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden*, *Arbeids-Recht* 2000/5, p. 13-17. Zie ook R.M. Beltzer, *Harmonisatie is geen (ETO-)reden*, *ArbeidsRecht* 2004/3, p. 15-21.

overgang. Van dat laatste zal altijd sprake zijn omdat de wijziging van de arbeidsvoorwaarden in verband met het feit dat de verkrijger deze niet kan toepassen altijd het gevolg zal zijn van de overgang van de onderneming.⁸⁶ Ik meen daarom dat de oplossing ligt in een nadere uitleg door het Hof van Justitie van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn. Deze zou er mijns inziens op moeten neerkomen dat de verkrijger niet verplicht is de aan het bedrijf van de vervreemder gebonden arbeidsvoorwaarden toe te passen op de overgegangene werknemer wanneer hij daar, gelet op de aard van zijn bedrijf, niet toe in staat is en hij de overgegangene werknemers een redelijke compensatie biedt voor het verlies van deze arbeidsvoorwaarden. Deze compensatie zou kunnen bestaan uit een vergoeding in geld of uit het door de verkrijger op de overgegangene werknemers toepassen van de aan zijn eigen bedrijf gebonden secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden. In dat laatste geval zal het telkens van de aard en de omvang van de onderneming van de verkrijger afhangen of de specifiek aan zijn bedrijf gekoppelde arbeidsvoorwaarden compatibel zijn met die van de vervreemder. Is dat niet het geval dan zouden de overgegangene werknemers met een aanvullend geldbedrag ineens, of door een loonsverhoging gecompenseerd kunnen worden voor het verlies van deze arbeidsvoorwaarden. In de (lagere) rechtspraak werd in een procedure waarin de overgegangene werknemers zich tegenover de verkrijger beriepen op een aan het bedrijf van de vervreemder gebonden arbeidsvoorwaarde geoordeeld dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar was van de verkrijger te verlangen dat hij deze arbeidsvoorwaarde na de overgang zou handhaven.⁸⁷ Op die grond en omdat de overgegangene werknemers naar het oordeel van de rechter voldoende gecompenseerd waren voor het verlies van de aan het bedrijf van de vervreemder gebonden arbeidsvoorwaarde, oordeelde de rechter dat de verkrijger deze arbeidsvoorwaarde niet hoefde toe te passen op de overgegangene werknemers.

5.6.3 Overgang van uit cao's voortvloeiende rechten en verplichtingen

Artikel 3 lid 3 van de Richtlijn bepaalt dat de verkrijger na de overgang de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden handhaaft "in dezelfde mate als in deze overeenkomst vastgesteld voor de vervreemder." Daarmee wordt gewaarborgd dat ondanks de overgang van de arbeidsovereenkomst op de verkrijger alle arbeidsvoorwaarden uit de bij de vervreemder op de arbeidsovereenkomst van

86 In de lagere jurisprudentie is een enkel voorbeeld te vinden van een beroep door de verkrijger op artikel 4 van de Richtlijn bij de eenzijdige wijziging van arbeidsvoorwaarden van de overgegangene werknemer. In de zaak waarin de kantonrechter te Deventer op 16 maart 2009 (LJN: BH8942) vonnis wees, betoogde de verkrijger dat een ontslag op grond van ETO-redenen bij overgang van onderneming stand houdt mits dit niet een direct gevolg is van de overgang en analoog hieraan kon worden geredeneerd dat een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden op grond van ETO-redenen onder diezelfde voorwaarden ook gerechtvaardigd zou moeten zijn. De kantonrechter ging hier niet in mee en overwoog dat uit de tweede zin van artikel 4 van de Richtlijn voor de verkrijger niet het recht voortvloeit het rooster van de werknemer – daar ging het om in deze zaak – aan te passen. Zou deze redenering wel worden gevolgd dan zou dit immers betekenen dat de verkrijger alle, hem (om economische, technische of organisatorische redenen) onwettige arbeidsvoorwaarden, eenzijdig zou kunnen wijzigen.

87 Zie Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 5 maart 2007, JAR 2007/83, in hoger beroep Hof 's-Hertogenbosch 17 juli 2007, JAR 2007/211 en in de bodemprocedure Ktr. Amsterdam 10 november 2008, JAR 2008/302 (ING/Astron (Donnelley)). Zie anders Ktr. Amsterdam (11 maart 1999 en) 2 november 1999, JAR 2000/1.

toepassing zijnde cao worden gehandhaafd in overeenstemming met de wil van de partijen bij die cao.⁸⁸ Deze handhavingsverplichting van de verkrijger bestaat op grond van de Richtlijn tot op het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast. Verder geeft artikel 3 lid 3 van de Richtlijn de lidstaten de mogelijkheid het tijdvak, waarin de vervreemder de arbeidsvoorwaarden uit een collectieve overeenkomst dient te handhaven, tot ten minste een jaar te verkorten.

Om te bewerkstelligen dat alle in de artikelen 9 en 12 tot en met 14 van de Wet CAO en artikel 3 Wet AVV gegeven middelen tot handhaving van de cao ook tegenover de verkrijger kunnen worden ingesteld, werden ter implementatie⁸⁹ van artikel 3 lid 3 van de Richtlijn specifieke bepalingen met betrekking tot de overgang van cao's opgenomen in de artikelen 14a en 2a van respectievelijk de Wet CAO en de Wet AVV.⁹⁰ Artikel 14a Wet CAO creëert een nieuwe vorm van gebondenheid aan de cao naast de gebondenheid aan de cao op grond van artikel 9 Wet CAO en artikel 2 Wet AVV. Deze komt erop neer dat de verkrijger de cao waaraan de vervreemder was gebonden, moet blijven naleven tegenover de overgegangene gebonden en ongebonden werknemers als ware hij zelf aan deze cao gebonden op grond van artikel 9 Wet CAO of artikel 2 Wet AVV. Dat laatste is niet aan de orde wanneer de cao enkel als gevolg van een incorporatiebeding van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. In dat geval gaan de in de arbeidsovereenkomst van de werknemer geïncorporeerde arbeidsvoorwaarden uit de cao over op grond van artikel 7:663 BW. Is de cao op basis van een zogenoemd dynamisch incorporatiebeding geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst van de werknemer, dan verliest dit incorporatiebeding als gevolg van de overgang zijn dynamische karakter.⁹¹ Daardoor wordt na de overgang niet meer telkens de laatst geldende versie van de cao geïncorporeerd in de arbeidsovereenkomst.

Op grond van artikel 14a lid 2 Wet CAO eindigt de verplichting van de verkrijger om de cao van de vervreemder op de overgegangene werknemer(s) toe te passen op (i) het

88 HvJ EG 27 november 2008, JAR 2009/20 (Juuri/Amica Oy).

89 Van Straalen en Beltzer wijzen er in hun dissertaties op dat artikel 3 lid 3 van de Richtlijn spreekt over collectieve overeenkomsten en de in deze bepaling neergelegde bescherming in de Nederlandse wetgeving uitsluitend van toepassing is op collectieve arbeidsovereenkomsten. Naar hun mening levert de beperking tot collectieve arbeidsovereenkomsten door de Nederlandse wetgever echter geen problemen op, nu de op basis van andere collectieve overeenkomsten, zoals een sociaal plan, uit de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemer voortvloeiende rechten en verplichtingen al overgaan op grond van artikel 7:663 BW. P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 165-167 en R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 118. Zie ook J. van der Hulst, *Het sociaal plan* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 109. Een aangemeld sociaal plan gaat – als cao – wel over op grond van artikel 14a Wet CAO; zie Ktr. Alkmaar 5 november 2011, LJN: BU6807 en AR 2011/1011 en Ktr. Alkmaar 16 november 2011, AR 2011/1012.

90 Zie Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nrs. 3-4, p. 12. De regering deelde mee dat het aangewezen leek de speciale overgangsbepalingen ten aanzien van (algemeen verbindend verklaarde) cao's "niet in het BW, doch in die beide deze speciale materie regelende wetten te regelen, zulks in verband met de systematiek en het geheel van acties en rechtsgevolgen dat aan de collectieve arbeidsovereenkomst c.q. de algemeen verbindendverklaring gebonden is."

91 HvJ EG 9 maart 2006, NJ 2006, 439, JAR 2006/83 en RAR 2006, 61 (Werhof/Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG).

moment dat hij gebonden wordt aan een na de overgang tot stand gekomen cao, of (ii) op het moment dat hij op grond van een besluit tot algemeen verbindendverklaring ex artikel 2 Wet AVV na de overgang verplicht wordt de bepalingen van een andere cao op deze werknemers toe te passen. De verplichting van de verkrijger tot toepassing van de cao van de vervreemder eindigt ook op het moment dat de geldingsduur van die cao verstrijkt. Indien de vervreemder verplicht was een op grond van artikel 2 Wet AVV algemeen verbindend verklaarde cao toe te passen, bepaalt artikel 2a Wet AVV lid 2 net als artikel 14a Wet CAO dat deze verplichting eindigt op het moment dat de verkrijger gebonden wordt aan een na de overgang tot stand gekomen cao, of wanneer de verkrijger op grond van een besluit tot algemeen verbindendverklaring ex artikel 2 Wet AVV na de overgang verplicht wordt de bepalingen van een andere cao op deze werknemers toe te passen. Van de in artikel 3 lid 3 van de Richtlijn aan de lidstaten gegeven mogelijkheid het tijdvak waarin de verkrijger de cao moet handhaven te verkorten tot minimaal één jaar, heeft de Nederlandse wetgever geen gebruik gemaakt omdat de looptijd van cao's in Nederland doorgaans niet langer dan één of twee jaar is. Een volledige vervanging van de cao van de vervreemder door een cao van de verkrijger, zoals mogelijk op grond van artikel 3 lid 3 van de Richtlijn, is op grond van het Nederlands cao-recht praktisch niet realiseerbaar omdat de cao nawerking heeft en de arbeidsvoorwaarden uit de cao, al dan niet door middel van een incorporatiebeding, deel uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst van de werknemer.⁹² Aan de verplichting van de verkrijger meerdere cao's toe te passen op zijn werknemers komt, afhankelijk van de gebondenheid van de overgegangene werknemers en de status van de cao, slechts een einde wanneer zij (i) instemmen met nieuwe arbeidsvoorwaarden, (ii) gebonden zijn aan een na de overgang op de verkrijger van toepassing zijnde standaard-cao, of (iii) – tijdelijk – wanneer de verkrijger na de overgang op grond van artikel 2 Wet AVV verplicht wordt een standaard-cao op hen toe te passen.⁹³

92 Als gevolg van de wijze waarop artikel 3 lid 3 van de Richtlijn in Nederland is geïmplementeerd, is een harmonisatie van arbeidsvoorwaarden, in die zin dat vanaf het tijdstip van overgang uitsluitend de (op dat moment reeds geldende) cao van de verkrijger van toepassing is op de overgaande werknemers, niet mogelijk. In andere lidstaten is dit wel mogelijk. Zie bijvoorbeeld 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). In dit arrest overwoog het Hof van Justitie echter dat gebruikmaking van deze mogelijkheid niet als doelstelling of gevolg mag hebben dat aan de overgegangene werknemers arbeidsvoorwaarden worden opgelegd "die globaal minder gunstig zijn dan de voorwaarden die vóór de overgang van toepassing waren."

93 Voor analyses van de problemen die op grond van het Nederlandse cao-recht (kunnen) ontstaan bij de overgang van de uit de cao voortvloeiende rechten en verplichtingen verwijs ik naar W.J.P.M. Fase, *De Wet overgang van ondernemingen en de rechtspositie van de betrokken werknemers*, SMA 1983/6, p. 346-370, M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst*, Deventer: Kluwer (losbl.), Wet CAO, artikel 14a, aantekening 3 tot en met 6, M.J. van Vliet, *Overgang van een onderneming*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 104-106, H. Pasman, *Rechtspositie werknemers bij overgang van een onderneming*, in: H. Pasman, G.M.F. Snijders, W.J.M. Van Andel (red.), *Overnemen, een hele onderneming*, Deventer: Kluwer 1998, p. 36/37, P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p.172-174, A.Ph.C.M. Jaspers, *De Gordiaanse knoop van samenlopende CAO's*, SR 2005/11, p. 362-375, J.H. Even, *Toepasselijke cao bij overgang van onderneming – 10 scenario's*, TAP Special 2009/2, L.G. Verburg, *Cao-recht: enige beschouwingen over het Nederlandse cao-recht en de richtlijn overgang van ondernemingen*, TAP 2010/3 en R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming en cao*, ARBAC/Academie voor Arbeidsrecht, juli-september 2011.

De verplichting van de verkrijger de cao van de vervreemder toe te passen, kan tot onduidelijkheid leiden over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden wanneer de verkrijger op het moment van de overgang reeds gebonden is aan een andere (ondernemings- of bedrijfstak-)cao. In deze situatie kan sprake zijn van botsende cao-bepalingen.⁹⁴ Als gevolg van de speciale overgangsbepalingen in artikel 14a Wet CAO en artikel 2a Wet AVV in combinatie met artikel 14 Wet CAO kan de verkrijger verplicht zijn meerdere cao's toe te passen op zijn werknemers. Ik doel hier op de situatie waarin de vervreemder gebonden is aan cao I en de verkrijger aan cao II en de vraag of de overgegangene werknemer, terwijl de verkrijger op grond van artikel 14a Wet CAO cao I op hen toepast, een beroep kan doen op gunstigere bepalingen uit de bij de verkrijger geldende cao II. In het hiervoor reeds aangehaalde Scattolon-arrest⁹⁵ overwoog het Hof van Justitie dat de Richtlijn "niet met succes (kan) worden ingeroepen met het oog op een verbetering van de bezoldigingsvoorwaarden of van andere arbeidsvoorwaarden naar aanleiding van de overgang van een onderneming" maar dat "deze richtlijn (er) echter uitsluitend op (ziet) te vermijden dat werknemers uitsluitend op grond van de overgang naar een andere werkgever in een minder gunstige positie dan voorheen terecht komen." Hoewel afwijking ten gunste van de werknemer is toegestaan bij de toepassing van de Richtlijn,⁹⁶ is deze onbedoelde consequentie van de combinatie van het Nederlandse cao-recht met de Richtlijn mijns inziens in strijd met de aan de Richtlijn ten grondslag liggende ratio. De overwegingen van het Hof in het Scattolon-arrest, dat het niet strookt met de door de Richtlijn beoogde bescherming wanneer de werknemer zich als gevolg van de overgang kan beroepen op betere arbeidsvoorwaarden en dat de Richtlijn uitsluitend beoogt te vermijden dat werknemers als gevolg van de overgang naar een andere werkgever in een minder gunstige positie dan voorheen terecht komen, vormen naar mijn mening voldoende aanleiding de Wet CAO bij overgang van onderneming aldus uit te leggen dat een beroep door de overgegangene werknemer op gunstigere arbeidsvoorwaarden uit de cao van de verkrijger niet mogelijk is, wanneer deze op grond van artikel 14a Wet CAO verplicht is de cao van de vervreemder op hem toe te passen.⁹⁷

5.6.4 Ten tijde van de overgang aanhangige procedures

Als ten tijde van de overgang een procedure aanhangig is tussen de werknemer en de vervreemder treedt de verkrijger op grond van artikel 7:663 BW niet van rechtswege in de plaats van de vervreemder in deze procedures. Als gevolg daarvan wordt deze procedure na de overgang van de arbeidsovereenkomst dus voortgezet tussen de vervreemder en diens (inmiddels) ex-werknemer. De vraag is dan of het na de overgang

94 Zie HR 10 januari 2003, NJ 2003, 38 en JAR 2003/38 (Rode Kruis Ziekenhuis/Te Riet en ook Rb. Amsterdam 18 september 1996, JAR 1996/228 en Ktr. Utrecht 23 juli 2008, JAR 2008/215 en RAR 2008, 143.

95 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).

96 Zie artikel 8 van de Richtlijn.

97 Zie hierover meer uitgebreid mijn AR Updates Commentaar 2011/727, Anciënniteit, cao en overgang van onderneming: de overgaande werknemer behoudt zijn anciënniteit als deze van belang is voor zijn bezoldiging op basis van de cao van de verkrijger en hij anders wegens de overgang een wezenlijk salarisverlies zou lijden, www.ar-updates.nl.

gewezen vonnis of de na de overgang uitgesproken beschikking (tevens) tegen de verkrijger ten uitvoer kan worden gelegd.

Verzoekschriftprocedure ex artikel 7:685 BW

Indien de arbeidsovereenkomst van de werknemer na de overgang wordt ontbonden op verzoek van de verkrijger en daarbij een (schade)vergoeding ex artikel 7:685 lid 8 BW wordt toegekend aan de werknemer, is uitsluitend de verkrijger aansprakelijk tot betaling van deze vergoeding aan de werknemer. Ten aanzien van een tijdens de overgang aanhangige verzoekschriftprocedure ex artikel 7:685 BW oordeelde de Hoge Raad dat de rechter de verkrijgende werkgever, in een situatie waarin de arbeidsovereenkomst van de werknemer op grond van artikel 7:662 BW was overgegaan voordat de rechter deze in zijn beschikking ex artikel 7:685 BW had ontbonden, op de voet van artikel 279 lid 1 Rv. respectievelijk artikel 361 lid 1 Rv.⁹⁸ als belanghebbende diende op te roepen.⁹⁹ De rechter had hier het ontbindingsverzoek van de werknemer afgewezen omdat dit (alleen) was gericht tegen de vervreemdende werkgever en niet (ook) tegen de verkrijgende werkgever. De Hoge Raad kiest voor een praktische oplossing die zich mijns inziens verhoudt met de aard en insteek van de verzoekschriftprocedure.¹⁰⁰ In de verzoekschriftprocedure komt de rechter tot een eigen beslissing op het ingediende verzoek waarbij hij alle omstandigheden kan laten meewegen, na zich door belanghebbenden – de wet spreekt hier niet van partijen – te hebben laten informeren. Hoewel de verzoekschriftprocedure ex artikel 7:685 BW een procedure is waarin de werkgever en de werknemer als partijen tegenover elkaar staan in een vermogensrechtelijk geschil, is de rol van de rechter in de verzoekschriftprocedure een andere dan in de dagvaardingsprocedure. De rechter is minder lijdelijk waardoor werkgever en werknemer in mindere mate de mogelijkheid hebben de procedure te sturen.¹⁰¹ De door de kantonrechter opgeroepen verkrijger zal in staat worden gesteld te reageren op het ingediende verzoekschrift.¹⁰² De kantonrechter kan er echter ook voor kiezen de verkrijger na de overgang niet als belanghebbende op te roepen en de vervreemder (of de werknemer) niet ontvankelijk verklaren in zijn verzoek omdat de arbeidsovereenkomst met de vervreemder op de overgangsdatum eindigde en een arbeidsovereenkomst niet met terugwerkende kracht kan worden ontbonden.¹⁰³ In dat geval kan de verkrijger (of de werknemer) opnieuw om ontbinding verzoeken.¹⁰⁴

98 Destijds artikel 429f lid 1 Rv respectievelijk 429q lid 2 Rv.

99 HR 10 september 1993, NJ 1993, 777 m.nt. Stein (Moolenbeek/Alcatel Business Systems B.V.).

100 Al zal het gelet op de stand van de ontbindingsprocedure niet in alle gevallen haalbaar zijn de verkrijger voor het wijzen van de beschikking als belanghebbende op te roepen.

101 Vgl. A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Achttiende druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 5, 39-42 en 289.

102 Deze wordt gehoord (artikel 279 lid 1 jo. lid 3 Rv) en kan een verweerschrift indienen (artikel 282 lid 1 Rv).

103 Zie bijvoorbeeld Ktr. 's-Hertogenbosch 11 december 2008, LJN: BJ4648.

104 Zoals bevestigd in de beschikking in hoger beroep van het Hof Arnhem van 25 maart 2008, JAR 2008/128. Het hof achtte in deze situatie het voor de tweede maal toewijzen van een ontbindingsverzoek niet in strijd met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. Wel nam het hof op in zijn beschikking dat betaling door de vervreemder van de aan de werknemer toegewezen ontbindingsvergoeding de verkrijger bevrijdde van haar verplichting deze te betalen aan de werknemer.

Dagvaardingsprocedure (ex artikel 7:681 BW)

Ten aanzien van een tijdens de overgang aanhangige dagvaardingsprocedure ex artikel 7:681 BW overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 21 april 1995¹⁰⁵ dat onder de overgaande verplichtingen van artikel 7:663 BW tevens een door de werkgever te betalen schadevergoeding ex artikel 7:681 BW wegens kennelijk onredelijk ontslag kan vallen. Deze vordering vloeit voort uit de kennelijk onredelijke opzegging door de vervreemder en wordt opeisbaar op het moment dat de arbeidsovereenkomst eindigt als gevolg van deze kennelijk onredelijke opzegging.¹⁰⁶ In voormeld arrest ging de arbeidsovereenkomst van de werknemer over gedurende de opzegtermijn en vorderde hij na de overgang een vergoeding ex artikel 7:681 BW van de vervreemder. Toen de vervreemder de door de rechter aan de werknemer toegewezen schadevergoeding niet kon betalen, vorderde de werknemer betaling van de verkrijger op grond van artikel 7:663 BW. De Hoge Raad wees de vordering van de werknemer toe, overwegende dat onder de op grond van artikel 7:663 BW op de verkrijger overgaande uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen ook de verplichting tot betaling van een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag valt.

Als de opzegtermijn nog loopt op het tijdstip van de overgang kunnen dus zowel de vervreemder als de verkrijger aansprakelijk worden gesteld tot betaling van een na de overgang door de rechter aan de werknemer ten laste van de vervreemder toegekende vergoeding ex artikel 7:681 BW.¹⁰⁷ Indien de werknemer de vervreemder reeds voor de overgang – gedurende zijn opzegtermijn – dagvaardde, heeft de overgang geen invloed op de samenstelling van de procespartijen en blijven na de overgang in beginsel¹⁰⁸ uitsluitend de vervreemder en de overgegangene werknemer (proces)partij in de dagvaardingsprocedure. Vanaf het tijdstip van de overgang kan deze werknemer zowel de vervreemder¹⁰⁹ als de verkrijger aansprakelijk stellen en (gezamenlijk) dagvaarden.¹¹⁰ In beide situaties zijn de vervreemder en de verkrijger op grond van artikel 7:663 BW jegens de werknemer hoofdelijk aansprakelijk tot betaling van een

105 HR 21 april 1995, NJ 1995, 671 (Kaayk/W.C.C. Technisch Onderhoud B.V. en Woormeijer Car Care (Holding) B.V.), r.o. 3.3.

106 Vgl. HR 14 november 2008, JAR 2008/318.

107 Datzelfde geldt voor een vordering ex artikel 7:658 BW van een overgegangene werknemer. De werknemer kan de vervreemder gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger aanspreken indien de vordering ex artikel 7:658 BW voortvloeit uit een tekortschieten door de vervreemder in de op hem rustende zorgplicht voorafgaand aan het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst van de werknemer overging naar de verkrijger. Zie o.a. Hof Arnhem 5 januari 2010, LJN: BM2462.

108 Mijns inziens zal de overgang doorgaans gronden opleveren (in de zin van artikel 210 lid 1 Rv) om de verkrijger in vrijwaring op te roepen. Ten slotte wijs ik nog op de in artikel 118 Rv gegeven mogelijkheid van oproeping van derden als partij in de dagvaardingsprocedure. Omstreden is in hoeverre de rechter deze oproeping ook kan gelasten in het geval niet uit een wetsbepaling volgt dat een betrokkene in het geding opgeroepen moet worden. Zie A.S. Rueb, Compendium van het burgerlijk procesrecht, Achttiende druk, Deventer: Kluwer 2011, p. 194/195.

109 De vervreemder gedurende een jaar na het tijdstip van de overgang op grond van zijn hoofdelijke aansprakelijkheid ex artikel 7:663 BW.

110 Uiteraard met inachtneming van de verjaringstermijn van zes maanden uit artikel 7:683 BW. Zo ook: W.J.P.M. Fase, De Wet overgang van ondernemingen en de rechtspositie van de betrokken werknemers, SMA 1983, p. 357. Anders: R.M. Beltzer, Overgang van onderneming in de private en publieke sector, Deventer: Kluwer 2008, p. 150/151.

door de rechter aan de werknemer toegewezen vergoeding.¹¹¹ De kantonrechter te Amersfoort ging verder en oordeelde dat de vervreemder en de verkrijger hoofdelijk aansprakelijk waren voor de betaling van een vergoeding ex artikel 7:681 BW terwijl de arbeidsovereenkomst pas na de overgang door de verkrijger was opgezegd.¹¹² Op grond van artikel 7:663 BW is de vervreemder na de overgang uitsluitend nog aansprakelijk voor de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst die zijn ontstaan tot het tijdstip van de overgang.¹¹³ Omdat deze (kennelijk onredelijke) opzegging plaatsvond na het tijdstip van overgang van de arbeidsovereenkomst, was hier dus uitsluitend de verkrijger aansprakelijk ex artikel 7:663 BW.¹¹⁴

5.6.5 Pensioen

Artikel 3 lid 3 van de Richtlijn uit 1977 bepaalde dat op grond van de eerste twee leden van dit artikel niet overgingen “rechten van de werknemers op ouderdomsuitkeringen, invaliditeitsuitkeringen of uitkeringen aan nagelaten betrekkingen uit hoofde van vóór één of meer bedrijfstakken geldende aanvullende stelsels van sociale voorzieningen welke bestaan naast de wettelijke stelsels van sociale zekerheid van de Lid-staten.” In de gewijzigde Richtlijn uit 1998 werd in een nieuw vierde lid van artikel 3 van de Richtlijn opgenomen dat de lidstaten ook anders konden bepalen. De Nederlandse wetgever heeft dat gedaan en sinds de wetwijziging in 2002 is in artikel 7:664 BW een speciale regeling opgenomen ten aanzien van de overgang van pensioenvoorwaarden¹¹⁵ en bedrijfsspaarregelingen bij overgang van onderneming. Artikel 7:664 lid 1 sub a BW bepaalt dat de pensioentoezegging van de vervreemder niet overgaat in de situatie dat de verkrijger aan de overgaande werknemers dezelfde pensioentoezegging doet als die welke hij reeds aan zijn eigen werknemers deed. Deze kan minder gunstig zijn dan de voor de overgang geldende pensioentoezegging van de vervreemder. Volgens artikel 7:664 lid sub b BW gaat de pensioentoezegging ook niet over wanneer de verkrijger wettelijk verplicht is deel te nemen in een bedrijfstakpensioenfonds en de overgaande werknemer deel gaat nemen in dat fonds. De derde uitzondering van artikel 7:664 lid 1 sub c BW op de overgang van pensioentoezeggingen is aan de orde wanneer in een cao (of in een regeling van een ter zake bevoegd bestuursorgaan) beperkingen zijn vastgelegd bij het overgaan van de pensioentoezegging in geval van overgang van onderneming. Voorts bepaalt artikel 9 van de Pensioenwet dat, indien de vervreemder geen pensioenovereenkomst heeft gesloten

111 Ook indien pas na het aflopen van de vervaltermijn van één jaar ex artikel 7:663 BW vonnis gewezen wordt, kan de vervreemder nog worden aangesproken omdat de rechtsvordering gedurende de vervaltermijn van een jaar na de overgang werd ingesteld. Vgl. Ktr. Alkmaar 19 augustus 2009, LJN: BJ7063.

112 Ktr. Amersfoort 14 februari 2007, JAR 2007/114.

113 De hoofdelijke aansprakelijkheid van vervreemder en verkrijger voor de tot het tijdstip van de overgang uit de arbeidsovereenkomst voortgevloeide verplichtingen komt aan de orde in paragraaf 5.7.

114 Zo ook oordeelde het Hof te Amsterdam in hoger beroep. Hof Amsterdam 25 november 2008, JAR 2009/50. In het cassatiearrest in de zaak ging de Hoge Raad hier niet meer op in (HR 21 mei 2010, JAR 2010/164).

115 Hiermee wordt bedoeld op ouderdomspensioen, arbeidsongeschiktheidspensioen of nabestaandenpensioen, zoals tussen werkgever en werknemer overeengekomen (artikel 1 Pensioenwet).

met de overgaande werknemer terwijl voor de werknemers bij de verkrijger voor de overgang al wel een pensioenregeling gold, de verkrijger geacht wordt het aanbod te hebben gedaan tot het sluiten van een zelfde pensioenovereenkomst aan de werknemers van de vervreemder op het moment van de overgang. Ten slotte bepaalt artikel 7:664 lid 3 BW dat wanneer de verkrijger een eigen bedrijfsspaarregeling heeft en hij de overgaande werknemer in die regeling opneemt, de voor deze werknemer bij de vervreemder geldende bedrijfsspaarregeling niet overgaat.

5.6.6 Aanspraken van derden op grond van de arbeidsovereenkomst

Na de implementatie van de Richtlijn in het BW werd in de literatuur de vraag gesteld of de verkrijger, wat de voor het tijdstip van de overgang uit de arbeidsovereenkomst voortgevloeide rechten en verplichtingen betreft, uitsluitend tegenover de werknemer of ook tegenover derden in de plaats treedt van de vervreemder.¹¹⁶ Met deze derden worden dan doorgaans bedoeld het UWV en de Belastingdienst aan wie de werkgever uit hoofde van de arbeidsovereenkomst sociale premies en loonbelasting af moet dragen. De vraag is of dit een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting is in de zin van artikel 7:663 BW. Duk¹¹⁷ veronderstelde in 1982 dat de werknemer een aanspraak tot premieafdracht heeft jegens de werkgever, hetgeen als gevolg heeft dat de verplichting tot afdracht overgaat op de verkrijger. In zijn arrest van 10 september 1993¹¹⁸ overwoog de Hoge Raad dat de aard van de arbeidsovereenkomst meebrengt dat de werknemer er in beginsel op mag vertrouwen dat zijn werkgever zijn wettelijke verplichting tot het afdragen van premies aan een bedrijfstakpensioenfonds nakomt. Uit het arrest kan worden afgeleid dat de Hoge Raad van oordeel is dat deze verplichting in een dusdanig nauw verband staat met de arbeidsovereenkomst dat die hiermee kan worden gelijkgesteld en de werknemer uit dien hoofde nakoming kan vorderen.¹¹⁹ Enkele auteurs namen op grond van dit arrest aan dat ook uit de wet voortvloeiende verplichtingen jegens derden, zoals de afdracht van socialeverzekeringspremies en loonbelasting, op grond van artikel 7:663 BW zouden overgaan op de verkrijger en de verkrijger eveneens zou kunnen worden aangesproken door het UWV en de Belastingdienst voor niet door de vervreemder afgedragen premies en loonbelasting.¹²⁰ Mijns inziens volgt echter uit het arrest van

116 R.A.A. Duk, Artt. 1939aa e.v.: een wonderkind of een total loss?, SMA 1982/10, p.636., H. Pasman, Rechtspositie werknemers bij overgang van een onderneming, in: H. Pasman, G.M.F. Snijders, W.J.M. Van Andel (red.), Overnemen, een hele onderneming, Deventer: Kluwer 1998, p. 33, M.J. van Vliet, Overgang van een onderneming, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 101.

117 R.A.A. Duk, Artt. 1939aa e.v.: een wonderkind of een total loss?, SMA 1982/10, p. 636.

118 HR 10 september 1993, NJ 1993, 736 (Timmermans/Bouwbedrijf Gebr. Van Bergen B.V.).

119 Dit geldt mijns inziens eveneens voor de verplichting tot verlengde loondoorbetaling op grond van een door het UWV aan de vervreemder opgelegde loonsanctie op grond van artikel 7:629 lid 11 BW, ongeacht of deze voorafgaand aan de overgang dan wel gedurende het haar na de overgang wordt opgelegd aan de vervreemder. Zie ook Hof Leeuwarden 28 augustus 2012, LJN: BX6187. Zie anders Ktr. Breda 29 september 2011, JAR 2011/286 m.nt. Haanappel-van der Burg.

120 P.F. van der Heijden in P.F. van der Heijden e.a. (red.), Tekst & Commentaar Arbeidsrecht, Eerste druk, Deventer: Kluwer 1997, artikel 7:663 BW, aantekening 2, H. Pasman, Rechtspositie werknemers bij overgang van een onderneming, in: H. Pasman, G.M.F. Snijders, W.J.M. Van Andel (red.), Overnemen, een hele onderneming, Deventer: Kluwer 1998, p. 33, M.J. van Vliet, Overgang van een onderneming, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 102.

de Hoge Raad van 4 oktober 1996¹²¹ dat de verkrijger niet kan worden aangesproken door het UWV en de Belastingdienst voor deze uit de wet voortvloeiende verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst van de overgegangene werknemer die door de vervreemder niet werden nagekomen. In dit arrest, waarin het ging om de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders ex artikel 2:180 lid 2 BW voor namens de vennootschap aangegane rechtshandelingen, overwoog de Hoge Raad dat de afdracht van socialeverzekeringspremies niet een uit een rechtshandeling (de arbeidsovereenkomst), maar een uit de wet voortvloeiende verplichting is. Daardoor konden de bestuurders naar het oordeel van de Hoge Raad niet worden aangesproken tot betaling van deze premies. Ik meen dat de verkrijger bij overgang van onderneming analoog aan de overwegingen van de Hoge Raad in dit arrest niet op grond van artikel 7:663 BW kan worden aangesproken door het UWV en de Belastingdienst voor niet door de vervreemder afgedragen premies en loonbelasting ten behoeve van de overgegangene werknemers.¹²² Daar komt bij dat met de artikelen 7:662 BW e.v. BW en de daaraan ten grondslag liggende Richtlijn uitsluitend wordt beoogd de werknemer te beschermen tegen een verandering of achteruitgang in zijn positie als gevolg van de overgang van de onderneming.¹²³

5.7 Hoofdelijke aansprakelijkheid vervreemder en verkrijger ex artikel 7:663 BW

In de tweede zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn wordt aan de lidstaten de keuze gelaten te bepalen dat de vervreemder ook na het tijdstip van de overgang naast de verkrijger (hoofdelijk) aansprakelijk is voor de verplichtingen die vóór het tijdstip van de overgang zijn voortgevloeid uit een op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. De Nederlandse wetgever heeft gebruik gemaakt van deze mogelijkheid en in artikel 7:663BW opgenomen dat de voormalige werkgever – de vervreemder – nog gedurende een jaar na het tijdstip van de overgang naast de verkrijger hoofdelijk aansprakelijk is voor verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst die zijn ontstaan voor het tijdstip van de overgang. De overgegangene werknemer kan dus gedurende het jaar na de overgang van zijn arbeidsovereenkomst zowel de vervreemder als de verkrijger aanspreken tot nakoming van tot het tijdstip van de overgang ontstane verplichtingen. De periode van een jaar is een vervaltermijn die van dwingend recht is en dus ambtshalve door de rechter dient te worden

121 HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 187 m.nt. Maeijer (De Vries/Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen, Detam).

122 Zo ook P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 141. Toch wordt dit in het algemeen nog niet als vaststaand aangenomen. Zo brengt A-G Wattel in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 21 maart 2001 (BNB 2001/178 m.nt. Kavelaars) naar voren dat artikel 7:663 BW “tot gevolg (zou) kunnen hebben dat ook een achterstallige afdrachtschuld aan de fiscus van de bedrijfs-overdrager ter zake van achterstallig loon van rechtswege overgaat op de bedrijfsovernemer” maar deelt hij vervolgens mee: “(of dat zo is, laat ik thans maar in het midden).”

123 In zijn noot bij voormeld arrest van 4 oktober 1996 constateert Maeijer dat wanneer in de wet een uitbreiding van aansprakelijkheid is neergelegd de neiging ontstaat deze aansprakelijkheid te laten gelden in zoveel mogelijk gevallen en dat de Hoge Raad aan die neiging een halt heeft toegeroepen in dit arrest.

toegepast.¹²⁴ Omdat vervaltermijnen niet kunnen worden gestuit (behalve wanneer sprake is van een in de wet geregeld uitzonderingsgeval) moet de werknemer zijn rechtsvordering dus voor het aflopen van de termijn van een jaar instellen. De vervreemder is bevrijd van zijn aansprakelijkheid ex artikel 7:663 BW op de dag nadat het een jaar geleden is dat de arbeidsovereenkomst van de werknemer overging. Heeft de overgegane werknemer voor dat moment geen rechtsvordering ingesteld tegen de vervreemder, dan kan hij alleen nog bij de verkrijger terecht.¹²⁵ De werknemer is op grond van (de laatste zin van) artikel 7:663 BW vrij in zijn keuze om hetzij de vervreemder hetzij de verkrijger aan te spreken tot nakoming van vóór de overgang ontstane verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Omdat deze bepaling van dwingende aard is, zijn andersluidende afspraken met de werknemer op basis waarvan hij bijvoorbeeld eerst de verkrijger aan zou moeten spreken nietig omdat daarmee afbreuk zou worden gedaan aan de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemder en de verkrijger ex artikel 7:663 BW. Een dergelijke afspraak zou neerkomen op een beperking van de aansprakelijkheid van de voormalige werkgever of de verkrijger jegens de werknemer op grond van artikel 7:663 BW.¹²⁶

De datum waarop de werknemer overgaat naar de verkrijger en waarop dus de één jaar durende hoofdelijke aansprakelijkheid van vervreemder en verkrijger aanvangt, is het tijdstip van de overgang van de onderneming naar de verkrijger. Van dit tijdstip is geen nadere omschrijving opgenomen in de Richtlijn of in de artikelen 7:662 e.v. BW. Bij de implementatie van de Richtlijn deelde de regering mee dat het tijdstip van overgang aan de hand van de omstandigheden in het individuele geval moest worden bepaald. Dit tijdstip kon bijvoorbeeld uitdrukkelijk zijn vastgelegd in de overeenkomst die de verkoop van een bedrijf regelt.¹²⁷ Ten aanzien van de wijze waarop het tijdstip van overgang wordt bepaald, overwoog het Hof van Justitie in het Celtec-arrest van 26 mei 2005¹²⁸ dat zowel de keuze van het woord tijdstip in de Richtlijn als de rechtszekerheid meebrengen dat aan de hand van een specifiek tijdstip van de overgangsverrichting, en niet op basis van de min of meer lange periode waarover die plaatsvindt, moet worden bepaald welke werknemers overgaan. Dit is, zo overwoog het Hof van Justitie, “het tijdstip waarop de hoedanigheid van ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert, van de vervreemder op de verkrijger overgaat.” Het gaat dus om het tijdstip waarop de nieuwe ondernemer de exploitatie van de betrokken activiteit voortzet of hervat. Dat wil mijns inziens zeggen, wanneer de verkrijger een zodanig georganiseerd geheel van middelen heeft overgenomen dat hij

124 Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nrs. 3-4, p. 7.

125 Zo ook oordeelde het Hof Leeuwarden in zijn arrest van 11 augustus 2004, NJ 2005, 47. In deze zaak liep de termijn van artikel 7:663 BW af op 1 maart 2003. Bij brief van 9 januari 2003 had de (raadsman) van de werknemer de vervreemder in gebreke gesteld en tot betaling gesommeerd. Omdat de werknemer, nadat de vervreemder geen gevolg had gegeven aan de sommatie, de vervreemder pas op 17 april 2003 dagvaardde, werd hij (ook) door het Hof niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering op de vervreemder ex artikel 7:663 BW.

126 Van een afstandsmogelijkheid die de werknemer ook reeds – vóór de overgang – tegenover de vervreemder had, kan geen sprake zijn omdat de (na de overgang aanvangende) hoofdelijke aansprakelijkheid ex artikel 7:663 BW van dwingendrechtelijke aard is. Vgl. HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990, 423 (Foreningen af Arbejdsledere i Danmark/Daddy's Dance Hall A/S).

127 Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nrs. 3-4, p. 7.

128 HvJ EG 26 mei 2005, JAR 2005/205 (Celtec Ltd./Astley e.a.).

in staat kan worden geacht de activiteit van de vervreemder voort te zetten.¹²⁹ In het Celtec-arrest overwoog het Hof van Justitie tevens dat het tijdstip van overgang niet naar goeddunken van de vervreemder of de verkrijger naar een later moment kan worden verschoven. De vervreemder of de verkrijger en de werknemer of werknemersvertegenwoordigers kunnen niet afspreken op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst van de werknemer overgaat.

5.7.1 Ratio hoofdelijke aansprakelijkheid ex artikel 7:663 BW

De overgang van rechtswege van de arbeidsovereenkomst van de werknemer naar de verkrijger bij overgang van onderneming is tamelijk uniek in het Nederlandse (overeenkomsten)recht. Dientengevolge zou de vervreemder, bij gebreke van een bepaling op grond waarvan hij aansprakelijk zou blijven voor de ten tijde van de overgang bestaande verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, vanaf het tijdstip van overgang bevrijd zijn van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.

Bij de implementatie van de Richtlijn werd uitvoerig stilgestaan bij de wijze waarop het van rechtswege overgaan van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 3 van de Richtlijn zich verhiel tot het overeenkomstenrecht in het oude BW dat toen nog van kracht was.¹³⁰ Volgens de regering kon het van rechtswege overgaan van de arbeidsovereenkomst worden beschouwd als schuldvernieuwing. Op grond van deze in de artikelen 1449 tot en met 1460 BW (oud) en niet meer in het nieuwe BW opgenomen rechtsfiguur werd met medewerking van – in ieder geval¹³¹ – de schuldeiser een nieuwe debiteur in de plaats gesteld van de vorige, waarna de schuldeiser zich vervolgens slechts nog kon verhalen op de nieuwe debiteur.¹³² Artikel 1454 BW (oud) bepaalde dat partijen in het kader van de schuldvernieuwing overeen konden komen dat de oude debiteur in geval van faillissement van de nieuwe debiteur wel aangesproken zou kunnen worden door de schuldeiser. In dit artikel was eveneens bepaald dat de schuldeiser de oude debiteur na de schuldvernieuwing aan kon spreken ingeval de nieuwe debiteur ten tijde van de schuldvernieuwing in staat van faillissement verkeerde.¹³³ Zoals ook in de memorie van toelichting werd opgemerkt, zou de vervreemder, indien de overgang als schuldvernieuwing zou worden aangemerkt, na de overgang slechts bevrijd zijn indien de schuldeiser – de werknemer – daarmee had ingestemd. Deze instemming of medewerking is bij de in artikel 3 lid 1 van de Richtlijn opgenomen overgang echter niet vereist. Hier is sprake van een contractsovergang van rechtswege zonder dat daarover overeenstemming

129 Zie P.W. van Straalen, Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 14. Zo ook R.M. Beltzer, Overgang van onderneming in de private en publieke sector, Deventer: Kluwer 2008, p. 152.

130 Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nrs. 3-4, p. 7.

131 Artikel 1452 BW (oud).

132 Was ten tijde van de implementatie van de artikelen 7:662 e.v. BW het nieuwe BW reeds van kracht geweest, dan was hier waarschijnlijk de contractsovername van artikel 6:159 BW aangehaald.

133 Artikel 1454 BW (oud) luidde als volgt: "De schuldeiser, zijnen schuldenaar, door wien de overzetting geschied is, van zijne verplichting ontslagen hebbende, heeft op denzelfden geen verhaal indien de in de plaats gestelde in staat van faillissement is geraakt, ten ware zulks bij de overeenkomst uitdrukkelijk mogt zijn voorbehouden, of de in de plaats gestelde schuldenaar reeds op het oogenblik der overzetting in staat van faillissement mogt zijn geraakt."

hoeft te bestaan met de werknemer. De vervreemder zou dan, zonder dat de werknemer daar ook maar enige invloed op heeft, na de overgang volledig bevrijd zijn van al zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Ook van de verplichtingen die reeds vóór het tijdstip van de overgang uit de arbeidsovereenkomst waren voortgevloeid. Dit was voor de regering een eerste reden voor de implementatie van de optionele hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemder in artikel 3 van de Richtlijn.

De tweede reden voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemder op grond van artikel 7:663 BW vormde de compensatie van de nadelige gevolgen voor de werknemer bij een overgang van zijn arbeidsovereenkomst naar een minder solvente werkgever. Ook zou het ontbreken van deze aansprakelijkheid kunnen leiden tot misbruik doordat werkgevers onder hun verplichtingen jegens de werknemers zouden kunnen uitkomen door de onderneming over te dragen aan een stroman. De werknemer zou dan wel zijn baan en arbeidsvoorwaarden behouden, maar niet meer bij de vervreemder kunnen aankloppen wanneer de (minder solvente) verkrijger zou verzuimen de vóór de overgang uit de arbeidsovereenkomst ontstane verplichtingen na te komen.

Waarom voor een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de periode van een jaar na het tijdstip van de overgang is gekozen, blijkt niet uit de memorie van toelichting. Volstaan wordt met de mededeling dat door de beperking tot een tijdvak van één jaar een zeker evenwicht wordt gebracht in de belangen van de oude werkgever en in die van bescherming van de werknemers tegen het risico van de overgang.¹³⁴ Afgezet tegen de algemene verjaringstermijn van vijf jaar ex artikel 3:307 BW voor uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen is deze periode relatief kort. Daar staat tegenover dat de werknemer de verkrijger na afloop van deze periode, met inachtneming van de verjaringstermijn van artikel 3:307 BW, nog wel kan aanspreken voor de voorafgaand aan het tijdstip van de overgang uit de arbeidsovereenkomst voortgevloeide verplichtingen. Mede gelet op de aanmerkelijk kortere verjaringstermijn van zes maanden voor de in artikel 7:683 BW genoemde uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechtsvorderingen is naar mijn mening de vervaltermijn van een jaar in 7:663 BW niet te kort.

Omdat de vervreemder niet aansprakelijk is voor na het tijdstip van overgang uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen vormt de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 7:663 BW geen bescherming tegen de overgang van de arbeidsovereenkomst naar een minder solvente werkgever of, in de woorden van de regering, een stroman. Gaat de minder solvente verkrijger kort na de overgang failliet dan kan de werknemer de vervreemder bijvoorbeeld niet aanspreken tot betaling van de ontslagvergoeding die deze hem had moeten betalen indien hijzelf tot het ontslag van de werknemer was overgegaan.¹³⁵ De werknemer zou wel beschermd zijn tegen deze nadelige gevolgen van de overgang van rechtswege van

¹³⁴ Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nrs. 3-4, p. 7.

¹³⁵ Dat is slechts anders wanneer de rechter zou oordelen dat sprake is geweest van misbruik en de vervreemder dientengevolge op grond van bijvoorbeeld onrechtmatige daad tegenover de werknemer aansprakelijk is voor de voor hem als gevolg van de overgang ontstane schade.

zijn arbeidsovereenkomst naar een stroman indien hij er ook voor zou kunnen kiezen na de overgang van onderneming in dienst te blijven van de vervreemder. Dit is mijns inziens een tweede reden voor de wetgever na te denken over de introductie van een Nederlandse variant van het in het Duitsland geldende “Widerspruchsrecht” van de werknemer bij overgang van onderneming.¹³⁶

5.7.2 Voor welke verplichtingen blijft de vervreemder aansprakelijk?

De hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemder en de verkrijger ziet vooral¹³⁷ op het door de werknemer voor de overgang verdiende, maar nog niet door de vervreemder uitbetaalde loon en de op dat moment door de werknemer opgebouwde vakantietoeslag.¹³⁸ Het is de vraag of hieronder ook de op het overgangsmoment door de werknemer opgebouwde vakantiedagen vallen. De werknemer kan die na de overgang immers alleen bij de verkrijger opnemen en niet meer bij de vervreemder. Omdat de vakantiedagen reeds waren opgebouwd voor het overgangsmoment is mijns inziens sprake van een voor dat moment ontstane verplichting. Daarom meen ik dat de werknemer ook de vervreemder kan aanspreken voor het loon over die vakantiedagen wanneer de verkrijger gedurende het jaar na de overgang zou verzuimen loon door te betalen gedurende perioden waarin de werknemer de vakantiedagen opneemt. Voorts wijs ik op artikel 7:640 BW. Op grond van deze bepaling kunnen werkgever en werknemer overeenkomen dat de bovenwettelijke vakantiedagen worden afgekocht door de werkgever. Denkbaar is dat wanneer de werknemer en de verkrijger besluiten tot het afkopen van vakantiedagen de vervreemder naast de verkrijger aansprakelijk is tot betaling van dat deel van de afkoopsom dat betrekking heeft op bij de vervreemder opgebouwde (bovenwettelijke) vakantiedagen. Bij het aannemen van deze medeaansprakelijkheid van de vervreemder knelt echter dat deze geen enkele invloed heeft op deze overeenkomst noch op de hoogte van het bedrag waartegen deze vakantiedagen worden afgekocht.¹³⁹ Dit neemt echter niet weg dat dit een afkoopsom is van een voor het overgangsmoment uit de arbeidsovereenkomst voortgevloeide verplichting, hetgeen

136 Zie paragraaf 5.5.3.

137 Indien de arbeidsovereenkomst na een kennelijk onredelijke opzegging door de vervreemder gedurende de opzegtermijn overgaat, zijn de vervreemder en de verkrijger op grond van artikel 7:663 BW eveneens hoofdelijk aansprakelijk voor een na de overgang aan de werknemer toegewezen schadevergoeding ex artikel 7:681 BW (zie paragraaf 5.6.4). Hetzelfde geldt voor een vordering ex artikel 7:658 BW van de overgegane werknemer die haar grond vindt in het voor de overgang tekortschieten door de vervreemder in de op hem rustende zorgplicht.

138 In een geval waarin de verkrijger een klein halfjaar na de overgang werd geconfronteerd met een vordering tot wedertewerkstelling/loonbetaling van een arbeidsgeschikt verklaarde werknemer die voor diens arbeidsongeschiktheid werkzaam was geweest bij de door de vervreemder overgedragen onderneming, wees de kantonrechter te Hilversum het door de werknemer ex artikel 7:663 BW van de verkrijger gevorderde loon en de vakantietoeslag toe. De kantonrechter matigde echter de door de werknemer gevorderde wettelijke verhoging tot nihil, omdat de verkrijger er in deze zaak volgens de kantonrechter van uit had mogen gaan dat de werknemer op het moment van de overgang niet meer in dienst was van de verkrijger. Zie: Ktr. Hilversum 13 juli 1988, Prg. 1989, 2997.

139 De afkoopsom is blijkens artikel 7:640 lid 1 BW een schadevergoeding en hoeft niet gelijk te zijn aan het loon van de werknemer over die vakantiedagen. M.M. Olbers, Arbeidsovereenkomst, Deventer: Kluwer (losbl.), artikel 7:640 BW, aantekening 2.

naar mijn mening meebrengt dat deze afkoopsom onder de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 7:663 BW valt.

De vervreemder kan andersom niet naast de verkrijger gedurende een jaar na de overgang de werknemer aanspreken op verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst die voor de werknemer jegens de vervreemder ontstonden vóór de overgang van de arbeidsovereenkomst. Zo oordeelde de kantonrechter te Delft¹⁴⁰ dat de vervreemder de werknemer na de overgang niet meer aan kon spreken tot terugbetaling van de teveel aan de werknemer betaalde reiskostenvergoeding. Ook kan de vervreemder de werknemer na de overgang niet meer aanspreken tot nakoming van een relatie- of concurrentiebeding. Dat geldt ook voor een studiekostenbeding op grond waarvan het de werknemer, op straffe van terugbetaling van (een deel van) de studiekosten aan de werkgever, gedurende een bepaalde termijn na het door hem op kosten van de werkgever volgen van een opleiding niet is toegestaan uit en/of elders in dienst te treden. In deze situatie zou de werknemer de studiekosten aan de verkrijger moeten vergoeden. Zowel de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten als de verplichtingen gaan immers over op grond van artikel 7:663 BW. Bij door de vervreemder aan de werknemer verstrekte leningen kan dat echter anders liggen. Wanneer de lening geen verband heeft met de arbeidsovereenkomst is geen sprake van een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting die overgaat ex artikel 7:663 BW. Hiervan is sprake wanneer de vervreemder de werknemer een geldbedrag leent om een privéaankoop te doen. Omdat de lening niet overgaat ex artikel 7:663 BW blijft ook na de overgang de werknemer (uitsluitend) jegens vervreemder aansprakelijk tot terugbetaling. Dat zou slechts anders kunnen zijn indien het gaat om (gedeeltelijk) door de vervreemder voorgesloten kosten van een door de werknemer gevolgde werkgerelateerde opleiding. In dat geval zou geoordeeld kunnen worden dat sprake is van een uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting en deze 'lening' overgaat ex artikel 7:663 BW. In deze situatie zou de werknemer de geleende of voorgesloten studiekosten aan de verkrijger moeten terugbetalen terwijl niet de verkrijger, maar de vervreemder deze kosten voorschoot. Als de vervreemder en de verkrijger hierover in het kader van de overgang geen afspraken maakten, zou de vervreemder in deze situatie op grond van artikel 6:212 BW kunnen vorderen dat de verkrijger deze aflossing van de werknemer aan hem uitbetaalt. Hetzelfde geldt mijns inziens voor de hiervoor genoemde door de werknemer aan de verkrijger 'terugbetaalde' studiekosten op grond van een studiekostenbeding.

5.8 Overgang van onderneming en arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen

In het arrest *Wendelboe*¹⁴¹ legde het Hof van Justitie artikel 3 lid 1 van de Richtlijn zo uit dat de Richtlijn "enkel ziet op de rechten en verplichtingen ten aanzien van

140 Ktr. Delft 8 februari 2001, JAR 2001/44.

141 HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 901 (*Wendelboe e.a./faillissementsboedel van L.J. Music ApS*). Zie ook HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994, 168 (*d'Urso e.a./Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA (onder bijzonder bewind) e.a.*).

werknemers wier arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding op het tijdstip van de overgang nog bestaat, en niet op die ten aanzien van werknemers wier dienstbetrekking bij de betrokken onderneming op het tijdstip van de overgang was beëindigd.” Nu het Hof van Justitie spreekt over werknemers met een dienstbetrekking bij de betrokken onderneming, gaat het Hof van Justitie ervan uit dat de Richtlijn betrekking heeft op de werknemer die een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding heeft met degene die de onderneming vóór de overgang exploiteerde. Dat wil zeggen, met de vervreemder in de zin van artikel 2 lid 1 sub a van de Richtlijn. Artikel 7:663 BW bepaalt 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. Voor Nederland was volgens de regering, gelet op het nationale recht, het in de Richtlijn gehanteerde begrip arbeidsverhouding – sinds 1998 arbeidsbetrekking – overbodig.¹⁴² De werkgever in artikel 7:663 BW is in artikel 7:610 lid 1 BW gedefinieerd als de partij waarmee de werknemer zich in een arbeidsovereenkomst heeft verbonden. In de Nederlandse rechtspraak werd er sinds de implementatie van de Richtlijn in het BW van uitgegaan dat de werknemer werkzaam moest zijn in de overgaande onderneming én een arbeidsovereenkomst moest hebben met de vervreemder van de overgaande onderneming. In dit kader werd ook wel gesproken van het vereiste van dubbele binding van de werknemer voor het van rechtswege overgaan bij overgang van onderneming op grond van artikel 7:663 BW. Bij gelegenheid van de wetwijziging in 2002 bevestigde de regering dit vereiste van dubbele binding.¹⁴³ In geval van de in de hoofdstukken 4 en 6 besproken arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen heeft de werknemer geen arbeidsovereenkomst met de vervreemder van de onderneming, dat wil zeggen, met degene die de activiteit of het bedrijf exploiteert waarbij of waarin hij de arbeid verricht.

5.9 Uitzending en overgang van onderneming

Bij uitzending is de uitzendkracht voor de toepassing van de Richtlijn werkzaam in de onderneming van het uitzendbureau en niet in de onderneming van de inlener aan wie hij ter beschikking wordt gesteld. Naar aanleiding van de wetwijziging in 2002 deelde de regering mee dat een uitzendkracht niet mee overgaat als de onderneming waarin hij de feitelijke werkzaamheden verricht, wordt overgedragen. Gaat het uitzendbureau zelf over, dan gaat de uitzendkracht wel mee over, aldus de regering.¹⁴⁴ Dit werd bevestigd in het hiervoor besproken arrest Jouini van 13 september 2007.¹⁴⁵ In dit arrest overwoog het Hof van Justitie dat bij uitzending uitzendkrachten ter beschikking worden gesteld aan inleners voor het verrichten van diverse taken al naar gelang van de behoeften en aanwijzingen van die inleners. De onderneming van het uitzendbureau bestaat naar het oordeel van het Hof van Justitie uit knowhow, een op de organisatie van het uitlenen van werknemers toegesneden administratie en een

142 Zie Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nrs. 3–4, p. 6 en Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 5/6.

143 Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 15.

144 Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 15.

145 HvJ EG 13 september 2007, JAR 2007/252 (Jouini e.a./Princess Personal Service GmbH (PPS)). Zie paragraaf 5.4.

bestand aan uitzendkrachten die in de inlenende ondernemingen passen en voor de inleners de gewenste werkzaamheden kunnen verrichten. De arbeidsovereenkomst van deze uitzendkracht gaat van rechtswege over op grond van de Richtlijn wanneer een naar aantal en deskundigheid wezenlijk deel van de met de bedrijfsvoering binnen het uitzendbureau belaste werknemers en uitzendkrachten (op een bepaalde opdracht, of ten behoeve van een bepaalde sector) overgaat naar een ander uitzendbureau.

Uit de wijze waarop het Hof van Justitie de onderneming van het uitzendbureau omschrijft en de context waarbinnen hij dat deed, volgt mijns inziens dat hiermee hetzelfde wordt bedoeld als wat door de Nederlandse regering werd beoogd bij de codificatie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW: een onderneming die zich richt op het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid en die dus een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Omdat de uitzendkracht voor de toepassing van de Richtlijn wordt geacht werkzaam te zijn in de onderneming van het uitzendbureau gaat de arbeidsovereenkomst van deze uitzendkracht over wanneer de onderneming van het uitzendbureau overgaat naar een ander uitzendbureau en niet (ook) wanneer de onderneming van de inlener aan wie hij ter beschikking is gesteld, overgaat. De vraag is echter hoe dit zit bij de in het vorige hoofdstuk besproken arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij de werknemer niet in het kader van een door de werkgever op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie ter beschikking wordt gesteld aan een inlener. In de lagere rechtspraak worden deze werknemers dan veelal eveneens op de voet van arrest Jouini aangemerkt als werkzaam in de onderneming van de uitlener of detacheerder.¹⁴⁶ Dan moeten de ondernemingsactiviteiten van de uitlenende of detacherende werkgever wel kunnen worden aangemerkt als de onderneming waarin de uitgeleende of gedetacheerde werknemer voor de toepassing van Richtlijn kan worden geacht werkzaam te zijn. Hierna komt aan de orde dat dit mijns inziens niet mogelijk is bij intra-concern detachering en bij payrolling omdat de 'personeels-BV' (of andere centrale werkgever binnen de groep) en het payrollbedrijf uitsluitend fungeren als de juridische werkgever van de binnen de groep of bij de opdrachtgever werkzame werknemers. Anders dan de activiteiten van een uitzendbureau met een allocatiefunctie, kunnen dan naar mijn mening de activiteiten van de personeels-BV en het payrollbedrijf niet worden aangemerkt als een onderneming waarin de uitgeleende of gedetacheerde werknemer werkzaam is voor de toepassing van Richtlijn.

5.10 Intra-concern detachering en overgang van onderneming

Op grond van bedrijfseconomische en organisatorische motieven wordt er binnen groepen vaak voor gekozen alle bij de in de verschillende groepsmaatschappijen ondergebrachte ondernemingsactiviteiten werkzame werknemers in dienst te laten zijn van één groepsmaatschappij. Deze groepsmaatschappij is dan de centrale

¹⁴⁶ Zie Ktr. Groningen 23 september 2008, JAR 2009/82, Ktr. Wageningen 26 oktober 2011, LJN: BU7570 en Ktr. Nijmegen 16 december 2011, LJN: BU9045.

werkgever binnen de groep en wordt ook wel personeels-BV genoemd.¹⁴⁷ Naast het fungeren als juridische werkgever van de bij de groepsmaatschappijen werkzame werknemers en het vervullen van de aan arbeidsovereenkomsten verbonden financiële en administratieve verplichtingen, worden door of vanuit deze personeels-BV doorgegaan (ondernemings)activiteiten verricht. Tot 21 oktober 2010 werd in de rechtspraak en in de literatuur aangenomen dat de intra-concern gedetacheerde werknemer niet van rechtswege mee overging bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij hij was tewerkgesteld. In het Albron-arrest van die datum¹⁴⁸ oordeelde het Hof van Justitie echter dat de permanent bij de groepsmaatschappij tewerkgestelde werknemer wel mee overgaat wanneer de onderneming van die groepsmaatschappij overgaat in de zin van de Richtlijn. In de hiernavolgende paragrafen bespreek ik eerst de rechtspraak van voor 21 oktober 2010 en de consequenties die het op basis daarvan aangenomen vereiste van dubbele binding had voor de intra-concern gedetacheerde werknemer bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij hij tewerkgesteld was. Daarna volgt een analyse van het Albron-arrest en bespreek ik de mogelijke consequenties van de overwegingen van het Hof van Justitie voor de overgang van werknemers die op basis van andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen dan intra-concern detachering werkzaam zijn.

5.10.1 Van Heidemij tot Albron

Reeds kort na de implementatie van de Richtlijn in het Nederlandse BW bevestigde de President van de Rechtbank Arnhem¹⁴⁹ dat de werknemer, om in aanmerking te komen voor de bescherming van de artikelen 7:662 e.v. BW, een arbeidsovereenkomst moest hebben met de exploitant van de onderneming én werkzaam moest zijn in die onderneming. In deze zaak had de werknemer – Zeilstra – een arbeidsovereenkomst gesloten met N.V. Heidemaatschappij Beheer (Heidemaatschappij Beheer). Heidemaatschappij Beheer was de moedermaatschappij van zes – in BV's ondergebracht – groepswerkmaatschappijen, waarvan Heidemij Nederland B.V. en Heidemij Pijpleidingen B.V. er twee waren. Alle werknemers binnen de Heidemij-groep hadden een arbeidsovereenkomst gesloten met Heidemaatschappij Beheer en waren intra-concern gedetacheerd bij de werkmaatschappijen. Zeilstra was gedetacheerd bij Heidemij Nederland B.V. Slechte resultaten dwongen de Heidemij-groep in 1982 tot een herstructurering van haar activiteiten in de vorm van een sterfhuis.¹⁵⁰

147 Zie hierover nader paragraaf 6.7.

148 HvJ EU 21 oktober 2010, NJ 2010, 576 (m.nt. Mok) en JAR 2010/298 (Albron Catering B.V./Roest).

149 Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, NJ 1982, 619.

150 Deze sterfhuisconstructie zag er als volgt uit: eerst nam dochtermaatschappij Heidemij Nederland B.V. voor 32 miljoen gulden aan bankschulden over van moedermaatschappij Heidemaatschappij Beheer waardoor zij voor dat bedrag een vordering verkreeg op Heidemaatschappij Beheer. Vervolgens droeg Heidemij Nederland B.V. deze vordering over aan een nieuw opgerichte vennootschap, Heidemij Holding B.V. Hierdoor kreeg Heidemij Nederland B.V. een vordering van 32 miljoen gulden op Heidemij Holding B.V. en kreeg Heidemij Holding B.V. voor datzelfde bedrag een vordering op Heidemaatschappij Beheer. Daarna kocht Heidemij Holding B.V. van Heidemaatschappij Beheer alle aandelen van Heidemij Nederland B.V. (en Heidemij Pijpleidingen B.V.) waarbij zij de koopprijs van deze aandelen verrekende met haar vordering van 32 miljoen gulden op Heidemaatschappij Beheer. Kort daarna werd aan Heidemaatschappij Beheer een voorlopige surseance van betaling verleend.

In dat kader nam het nieuw opgerichte Heidemij Holding B.V. onder meer Heidemij Nederland B.V. over. Nadat aan Heidemaatschappij Beheer een voorlopige surseance van betaling was verleend, zegde zij de arbeidsovereenkomst met de werknemers op. Zeilstra stelde zich op het standpunt dat zijn arbeidsovereenkomst was overgegaan naar Heidemij Holding B.V., althans Heidemij Nederland B.V. De President oordeelde dat de overgang van Heidemij Nederland B.V. naar Heidemij Holding B.V. niet onder het bereik van de artikelen 7:662 e.v. BW viel omdat uitsluitend sprake was van een aandelentransactie. Daarbij overwoog de President ten overvloede dat ook los van de omstandigheid dat de artikelen 7:662 e.v. BW in casu niet van toepassing waren, Zeilstra niet zou zijn overgegaan omdat hij een arbeidsovereenkomst had met Heidemaatschappij Beheer. Artikel 7:663 BW vereiste naar het oordeel van de President dat de overgaande werknemer een arbeidsovereenkomst had met de vervreemder van de onderneming.¹⁵¹ In zijn beschikking van 13 november 1984¹⁵² volgde de kantonrechter te Harderwijk het oordeel van de President en voegde hieraan toe dat de consequentie van het niet van toepassing zijn van de artikelen 7:662 e.v. BW op de intra-concern gedetacheerde werknemer “het gevaar in zich bergt dat een concern de art. 1639aa e.v. BW kan omzeilen door bepaalde ondernemingsactiviteiten op te splitsen onder verschillende dochtervennootschappen en vervolgens de activiteiten van een onderneming over te dragen zonder vrees voor toepassing van deze artikelen.” In een dergelijk geval zou de rechter, zo vervolgde de kantonrechter, door die constructie heen moeten zien en kunnen oordelen dat sprake is van een schijnconstructie. Daarvan zou volgens de kantonrechter echter niet snel sprake zijn, “omdat het in de organisatie van een concern heel wel kan passen verschillende activiteiten bij diverse dochtermaatschappijen onder te brengen.” Zou evenwel kort na het op een dergelijke wijze reorganiseren van een groep de onderneming van een groepsmaatschappij worden overgedragen dan zou dit wel kunnen duiden op een schijnconstructie.

De overweging van de President dat de arbeidsovereenkomst van de intra-concern gedetacheerde werknemer, indien de groepsmaatschappij waarbij de werknemer werkzaam is haar onderneming overdraagt, niet van rechtswege op de verkrijger overgaat op grond van artikel 7:663 BW, omdat de werknemer geen arbeidsovereenkomst heeft met deze groepsmaatschappij, vormde sindsdien de heersende leer. Na de hiervoor besproken uitspraken uit 1982 en 1984 bleef het wat het vereiste van dubbele binding in groepsverhoudingen betreft ruim vijftien jaar stil in de rechtspraak. In uitspraken uit 2000, 2005, 2008 en 2009¹⁵³ waarin de vraag centraal stond of de intra-concern gedetacheerde werknemer mee overging bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij hij feitelijk werkzaam was, werd telkens bevestigd wat toen in de literatuur al de ‘Heidemij-leer’ was gaan heten.

151 W.J. Slagter onderschreef deze overweging in De sterfhuis-constructie in TVVS 1983/2, p. 22-31 en in zijn bespreking van onder meer de Heidemij-zaak in TVVS 1983/5, p. 129-131.

152 Ktr. Harderwijk 13 november 1984, Prg. 1985, 2247.

153 Ktr. Rotterdam 9 februari 2000, JAR 2000/143, Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 22 februari 2005, JAR 2005/63, Hof Amsterdam 29 mei 2008, JAR 2008/218 (in zijn arrest van 30 juni 2009, JAR 2009/195 herformuleerde het Hof Amsterdam de in zijn arrest van 29 mei 2008 geformuleerde prejudiciële vraag) en Ktr. Rotterdam 26 september 2008, JAR 2008/212.

In de zaak waarin het Hof te Amsterdam zich in 2003¹⁵⁴ uitsprak over het van toepassing zijn van de artikelen 7:662 e.v. BW in geval van intra-concern detachering, kwam het Hof op basis van de bijzondere omstandigheden in deze zaak tot een andersluidend oordeel. In deze zaak was de intra-concern gedetacheerde werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst met de moedermaatschappij vijf jaar werkzaam bij de groepsmaatschappij op het moment dat de onderneming van de groepsmaatschappij werd overgedragen aan een derde. De moedermaatschappij sloot als bestuurder van de groepsmaatschappij de overeenkomst met de derde en in een bijlage van die overeenkomst was afgesproken dat de derde de bij de groepsmaatschappij werkzame werknemers – waaronder de werknemer – over zou nemen. Het Hof overwoog dat bij de toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW de grenzen van het begrip onderneming ruim moeten worden getrokken. Naar het oordeel van het Hof waren zowel de moeder- als haar groepsmaatschappij betrokken bij de overgegang onderneming en nauw met elkaar verbonden. Bovendien was de werknemer al vijf jaar feitelijk werkzaam bij de groepsmaatschappij. Op grond van deze omstandigheden beschouwde het Hof, althans zo lees ik zijn overwegingen, zowel de moeder- als haar groepsmaatschappij voor de toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW als vervreemder van de onderneming en ging dientengevolge de arbeidsovereenkomst van de werknemer op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege over. De kantonrechter te Utrecht kwam in zijn uitspraak uit 2009 op basis van een vergelijkbare redenering tot eenzelfde oordeel.¹⁵⁵ In deze uitspraak vereenzelvigde de kantonrechter twee zelfstandige defensielocaties met het Ministerie van Defensie bij de toepassing van de artikelen 7:662 BW. De kantonrechter overwoog dat, gelet op de ruime interpretatie van het ondernemingsbegrip door het Hof van Justitie, de vraag wie de vervreemder is en daarmee al dan niet kan worden vereenzelvigd eveneens ruim uitgelegd dient te worden bij de vraag of sprake is van overgang van onderneming. Overigens overwoog de Hoge Raad reeds in het arrest ISS/Lavos uit 2007¹⁵⁶ dat wanneer met constructies geprobeerd wordt de toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW te omzeilen onder omstandigheden verschillende rechtspersonen met elkaar vereenzelvigd zouden kunnen worden. Wanneer echter geen sprake is van bijzondere omstandigheden of van omzeilingsconstructies, maar van 'gewone' intra-concern detachering als bedoeld in paragraaf 6.7 is dit niet aan de orde.

5.10.2 *Heidemij-leer in strijd met doel Richtlijn*

Het doel van de Richtlijn is de rechten van werknemers veilig te stellen bij overgang van onderneming. In dat kader voorziet de Richtlijn in een overgang van de rechten van de werknemers van de vervreemder op de verkrijger en een beveiliging van de werknemer tegen een ontslag uitsluitend wegens overgang van onderneming. De Richtlijn beoogt daarmee de werknemer te beschermen tegen het verlies van zijn baan. De werknemer zou bij gebreke van de bescherming van de Richtlijn in geval van

154 Hof Amsterdam 20 maart 2003, JAR 2003/103.

155 Ktr. Utrecht 4 maart 2009, JAR 2009/98 en JIN 2009/312 m.nt. Zwemmer.

156 HR 8 juni 2007, JAR 2007/213 (ISS/Lavos). Zie over dit arrest R.M. Beltzer en J.P.H. Zwemmer, De uitleg van artikel 43 van de Schoonmaak cao: geen misbruik, geen overgang van onderneming?, ArA 2008/1.

overgang van onderneming weliswaar in dienst blijven van de vervreemder, maar hij raakt dan wel zijn werkzaamheden kwijt. Indien de vervreemder hem geen andere werkzaamheden kan aanbieden, zou dat leiden tot het verlies van zijn baan als direct gevolg van de overgang van de onderneming. Juist om dit laatste te voorkomen, zag de Richtlijn het licht waarin te dien einde een ontslagverbod wegens overgang van onderneming werd opgenomen, gekoppeld aan het van rechtswege overgaan van de arbeidsovereenkomst naar de nieuwe exploitant van de onderneming. Op basis van de op grond van de Heidemij-leer vereiste dubbele binding werd uitsluitend de in de overgaande onderneming werkzame én in dienst van de vervreemder zijnde werknemer beschermd tegen het verlies van zijn werkzaamheden als gevolg van de overgang van de onderneming. Wanneer wordt aangenomen dat de intra-concern gedetacheerde werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de personeels-BV zou hij daardoor nimmer bescherming ontnemen aan de Richtlijn. Ik licht dit toe aan de hand van twee overgangssituaties die zich voor kunnen doen bij intra-concern detachering.

In de eerste situatie komt een einde aan de intra-concern detachering door de personeels-BV omdat de groepsmaatschappij de werknemers die voorheen intra-concern bij haar waren gedetacheerd, gaat inlenen bij een derde. Deze werknemers blijven dan werkzaam bij de groepsmaatschappij maar dan op basis van een arbeidsovereenkomst met deze derde. Deze derde kan bijvoorbeeld een uitzendbureau of een payrollbedrijf zijn. In deze situatie blijft de groepsmaatschappij dus de onderneming exploiteren, maar zijn de werknemers niet meer in dienst van de personeels-BV. De vraag is dan of die werknemers krachtens artikel 7:663 BW zijn overgegaan naar die derde. Dat zou denkbaar kunnen zijn wanneer sprake zou zijn van een arbeidsintensieve onderneming. De personeels-BV en niet de groepsmaatschappij moet dan wel de vervreemder zijn van deze arbeidsintensieve onderneming. Daarvoor moet de personeels-BV op grond van artikel 2 lid 1 sub a van de Richtlijn kunnen worden beschouwd als de exploitant van die onderneming. Dat zou het geval kunnen zijn indien de intra-concern gedetacheerde werknemers voor de toepassing van de Richtlijn zouden kunnen worden aangemerkt als werkzaam in de onderneming van de personeels-BV. De werknemers zouden dan op de voet van de overwegingen uit het hiervoor besproken arrest Jouini van het Hof van Justitie van 13 september 2007 kunnen overgaan.¹⁵⁷ Hiervoor stelde ik al dat daarvan mijns inziens geen sprake kan zijn bij intra-concern detachering. De activiteiten van de personeels-BV kunnen niet op dezelfde voet als de activiteiten van een uitzendbureau als onderneming in de zin van de Richtlijn worden beschouwd. Zelfs wanneer de personeels-BV de bij de andere groepsmaatschappijen gedetacheerde werknemers werft en selecteert en de p&o-werkzaamheden van de bij de groep werkzame werknemers verricht, is sprake van activiteiten die zij in plaats van, of als verlengstuk van de andere groepsmaatschappijen verricht. Anders dan een personeels-BV werft een uitzendbureau opdrachtgevers om de door hemzelf geworven en geselecteerde uitzendkrachten aan ter beschikking te stellen. Dergelijke ondernemingsactiviteiten ontbreken bij de personeels-BV. Waar uitzendbureaus winst maken door hun opdrachtgevers een zo

¹⁵⁷ HvJ EG 13 september 2007, JAR 2007/252 (Jouini e.a./Princess Personal Service GmbH (PPS)). Zie paragraaf 5.4 en 5.9.

hoog mogelijke prijs te laten betalen voor het tijdelijk gebruik maken van hun werknemers, worden de salarissen en kosten van de in dienst van de personeels-BV zijnde werknemers – inclusief de salarissen en kosten van de bij de personeels-BV werkzame administratieve en p&o-medewerkers – betaald uit de omzet die de groep in haar geheel maakt.

Als de activiteiten van de personeels-BV al als onderneming kunnen worden aangemerkt, zouden deze niet bestaan uit het 'werkgever zijn' van alle bij de groepsmaatschappijen werkzame werknemers, maar uit het verrichten van de administratieve, wervings- en begeleidingstaken ten behoeve van de bij de groepsmaatschappijen gedetacheerde werknemers.¹⁵⁸ Van een overgang van deze onderneming zou sprake zijn wanneer een ander deze administratieve, wervings- en begeleidingstaken zou gaan verrichten. In dat geval zouden mijns inziens echter uitsluitend de werknemers van de personeels-BV die deze administratieve, wervings- en begeleidingstaken verrichten, overgaan. Omdat de activiteiten van de personeels-BV mijns inziens niet kunnen worden beschouwd als een onderneming waarin de intra-concern gedetacheerde werknemers kunnen worden geacht werkzaam te zijn voor de toepassing van de Richtlijn, zouden zij daardoor altijd achter het net vissen bij overgang van onderneming. Alleen wanneer sprake zou zijn van de in de vorige paragraaf besproken bijzondere omstandigheden, of van omzeilingsconstructies zou dit anders kunnen zijn geweest omdat de rechter in die situaties zowel de personeels-BV als de groepsmaatschappij waarbij de werknemer gedetacheerd waren, kan aanmerken als de vervreemder van de overgaande onderneming.

Dat de activiteiten van de personeels-BV niet kunnen worden aangemerkt als een onderneming waarin de werkzaam is voor de toepassing van de Richtlijn wordt duidelijker wanneer de gevolgen voor de werknemer van de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij hij intra-concern gedetacheerd is, worden vergeleken met de gevolgen voor de uitzendkracht van de overgang van de onderneming van de inlener aan wie hij ter beschikking is gesteld. Voor de uitzendkracht zal de overgang van de onderneming van de inlener als consequentie hebben dat deze de opdrachtovereenkomst met het uitzendbureau beëindigt. Het uitzendbureau gaat dan op zoek naar een andere opdrachtgever om de uitzendkracht aan ter beschikking te stellen. Dat laatste behoort tot de gebruikelijke ondernemingsactiviteiten van het uitzendbureau (allocatiefunctie) en dat de uitzendkracht aan verschillende opdrachtgevers ter beschikking kan worden gesteld, maakt ook deel uit van de door hem met het uitzendbureau gemaakte afspraken. Dat de uitzendkracht bij de overgang van de onderneming van de opdrachtgever aan wie hij ter beschikking is gesteld niet mee overgaat, zal dus niet automatisch tot baanverlies leiden omdat hij op korte termijn aan een nieuwe opdrachtgever van het uitzendbureau ter beschikking kan worden gesteld. Dat ligt anders voor de intra-concern gedetacheerde

158 Vgl. R.M. Beltzer, Overgang van onderneming: wie gaat mee, wie blijft achter, wie valt tussen wal en schip?, *ArbeidsRecht* 2005/5, p. 3-8. Zie anders F.B.J. Grapperhaus, Concernproblematiek: gaan de werknemers van de personeels-BV van rechtswege over naar de verkrijger van de door een andere concern-BV vervreemde activiteit waarnaar die werknemers werden gedetacheerd?, *OR* 2006/7, p. 291/292.

werknemer. Slechts een klein deel van de binnen de groep werkzame werknemers zal, al dan niet in het kader van zogenoemde 'management development programs', bij verschillende groepsmaatschappijen werkzaam (kunnen) zijn. De overgrote meerderheid wordt in dienst genomen om in beginsel langdurig werkzaam te zijn in de door één van de groepsmaatschappijen geëxploiteerde onderneming. Wanneer de onderneming van deze groepsmaatschappij overgaat, zal deze intra-concern gedetacheerde werknemer zijn werkzaamheden verliezen en de mogelijkheden tot herplaatsing bij een andere groepsmaatschappij zullen dan beperkt zijn. De personeels-BV zal in deze situatie overgaan tot het ontslag van de werknemer. Hoewel daarbij in de regel een ontslagvergoeding zal worden toegekend aan de werknemer, zou deze uitkomst in strijd zijn met het doel van de Richtlijn omdat de intra-concern gedetacheerde werknemer hier zijn arbeidsovereenkomst en/of arbeidsvoorwaarden verliest als gevolg van de overgang van de onderneming waarin hij werkzaam is.

De tweede overgangssituatie is die welke aan de orde was in de Heidemij-zaak. In deze situatie gaat de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij de werknemers intra-concern gedetacheerd zijn over naar een derde. In deze overgangssituatie zouden de intra-concern gedetacheerde werknemers ook niet mee overgaan wanneer de overgaande onderneming als een arbeidsintensieve onderneming kon worden aangemerkt omdat hun werkgever, de personeels-BV, dan niet de exploitant – en daarmee de vervreemder – is van die onderneming.

5.10.3 Albron: intra-concern gedetacheerde werknemer gaat wel over

In zijn vonnis van 15 maart 2006¹⁵⁹ oordeelde de kantonrechter te Utrecht dat de Heidemij-leer niet in overeenstemming was met het doel van de Richtlijn. In deze zaak waren alle in Nederland werkzame werknemers binnen de Heineken-groep in dienst van Heineken Nederlands Beheer B.V. (Heineken Beheer). Zij werden door Heineken Beheer gedetacheerd bij andere tot de Heineken-groep behorende groepsmaatschappijen, waaronder Heineken Nederland B.V. (Heineken Nederland), waarin de cateringactiviteiten van Heineken waren ondergebracht. In 2004 besloot Heineken de cateringactiviteiten uit te besteden aan Albron Catering B.V. (Albron). In het kader van de uitbesteding van de cateringwerkzaamheden bood Albron de cateringwerknemers een arbeidsovereenkomst met minder gunstige arbeidsvoorwaarden aan en ontvingen zij van Heineken een vertrekpremie. Eén cateringwerknemer die al sinds 1985 intra-concern gedetacheerd was bij Heineken Nederland stelde zich echter op het standpunt dat zijn arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege was overgegaan naar Albron en daarom zijn oude, betere Heineken-arbidsvoorwaarden waren blijven gelden. Albron stelde zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomsten van de cateringwerknemers niet op grond van artikel 7:663 BW waren overgegaan nu deze werknemers een arbeidsovereenkomst hadden met Heineken Beheer en niet met Heineken Nederland, de vervreemder van de cateringactiviteiten. De kantonrechter verwierp het standpunt van Albron. Hij stelde daarbij

¹⁵⁹ Ktr. Utrecht 15 maart 2006, JAR 2006/80.

voorop dat binnen de arbeidsovereenkomst van de cateringwerknemer geen sprake is van een specifiek beoogde en gewenste flexibiliteit in de zin van herhaaldelijke kortstondige detacheringen of uitzendingen zoals bij een typische uitzendwerkgever. Vervolgens oordeelde de kantonrechter dat een werknemer die, zoals in deze procedure, op grond van een arbeidsovereenkomst met een “formele en verder activiteitenloze werkgever” geruime tijd werkzaam is bij een “materiële werkgever” die deel uitmaakt van dezelfde groep, zich kan beroepen op de overgang van zijn arbeidsovereenkomst krachtens de Richtlijn. Dat de werknemer niet op grond van een arbeidsovereenkomst in dienst was van de vervreemder, Heineken Nederland, stond naar het oordeel van de kantonrechter niet in de weg aan het van rechtswege overgaan van zijn arbeidsovereenkomst naar Albron op grond van artikel 7:663 BW. Hij motiveerde dit door te verwijzen naar het hiervoor besproken arrest Botzen.¹⁶⁰ Hoewel de kantonrechter constateerde dat in dit arrest geen sprake was geweest van een scheiding tussen de formele en de materiële werkgever gaf dit arrest naar zijn oordeel wel een aanwijzing hoe het Hof van Justitie tegen deze kwestie aan zou kijken. De kantonrechter overwoog dat denkbaar zou kunnen zijn dat het Hof van Justitie, ook indien sprake zou zijn van een onderscheid tussen de formele en de materiële werkgever, in lijn met dit arrest zou oordelen dat de cateringwerknemer mee over zou gaan omdat hij bij de materiële werkgever is aangesteld in de zin van het arrest Botzen (of voor het vervullen van zijn taak is tewerkgesteld zoals het Hof van Justitie dit formuleerde in het arrest d’Urso¹⁶¹). De rol van de formele werkgever zou dan van ondergeschikt belang zijn in het kader van de overgang van de arbeidsovereenkomst van de werknemer.

Niet alleen de omstandigheid dat de werknemer feitelijk werkzaam was bij de ondernemingsactiviteiten die door Heineken Nederland werden overgedragen, leidde tot het oordeel van de kantonrechter dat deze in dienst van Heineken Beheer zijnde werknemers van rechtswege overgingen krachtens artikel 7:663 BW. Uit het vonnis van de kantonrechter blijkt dat nog vier feitelijke omstandigheden een rol speelden bij de totstandkoming van zijn oordeel. Alle in Nederland werkzame werknemers binnen de Heineken-groep waren in dienst van Heineken Beheer; Heineken Beheer behoorde tot dezelfde groep als Heineken Nederland; de werknemer had zijn werkzaamheden gedurende geruime tijd (20 jaar) bij de in Heineken Nederland ondergebrachte cateringactiviteiten verricht en door Heineken Beheer werden verder geen (ondernemings-) activiteiten verricht. In hoger beroep constateerde het Hof Amsterdam¹⁶² dat de in dienst van Heineken Beheer zijnde werknemers werden aangenomen en ingezet ten behoeve van één groepsmaatschappij wegens hun specifieke kennis en vaardigheden en niet aan de orde was dat zij op enig moment zouden kunnen worden tewerkgesteld bij een andere groepsmaatschappij. Tevens constateerde het Hof Amsterdam dat deze intra-concern detacheringstructuur al ruim

160 HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 902 (Botzen e.a./Rotterdamsche Droogdokmaatschappij (m.nt. Stein). Zie paragraaf 5.5.3.

161 HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994, 168 (d’Urso e.a./Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA (onder bijzonder bewind) e.a.). Zie paragraaf 5.5.3.

162 Hof Amsterdam 29 mei 2008, JAR 2008/218 (in zijn arrest van 30 juni 2009, JAR 2009/195 herformuleerde het Hof Amsterdam de in zijn arrest van 29 mei 2008 geformuleerde prejudiciële vraag).

20 jaar bestond bij Heineken en deze niet was opgezet om de gevolgen van de Richtlijn te omzeilen. Daartegenover stond dan weer dat het vereiste van dubbele binding voor het van rechtswege overgaan van de werknemer ex artikel 7:663 BW zou meebrengen dat de intra-concern detachering binnen de Heineken-groep naar consequentie een omzeiling van de Richtlijn inhield, hoezeer ook omzeiling van de Richtlijn niet was beoogd. Hoewel het Hof Amsterdam overwoog dat volgens de heersende leer aan de toepasselijkheid van artikel 7:663 BW de eis wordt gesteld dat de vervreemder van de over te dragen onderneming ook de werkgever is van de betrokken werknemers, achtte hij deze uitleg in verband met het doel van de Richtlijn – bescherming van de werknemers bij verandering van ondernemer, in het bijzonder het veilig stellen van het behoud van hun rechten – niet buiten iedere twijfel. Hij besloot daarom deze kwestie voor te leggen aan het Hof van Justitie.

Conclusie A-G Bot

In zijn conclusie¹⁶³ voor het Albron-arrest stelt de A-G voorop dat de Richtlijn van toepassing is op iedere overgang van een economische eenheid en het feit dat de werknemer tot een dergelijke eenheid behoort hem aanspraak geeft op de door de Richtlijn verleende rechten. Wat het tot een economische eenheid behoren van de werknemer betreft, verwijst de A-G naar het arrest Botzen waarin het Hof oordeelde dat bij gedeeltelijke overgang van onderneming voor de overgang van de werknemer enkel beslissend is of de afdeling, waarbij de werknemers waren aangesteld en die het organisatorisch kader vormde waarbinnen de arbeidsverhouding werd geconcretiseerd, al dan niet wordt overgedragen. Daarnaast wijst de A-G op het dwingende karakter van de Richtlijn dat eraan in de weg staat dat de overgang van de arbeidsovereenkomst krachtens de Richtlijn afhankelijk kan zijn van de wil van de vervreemder en de verkrijger. Volgens de A-G bestaat inhoudelijk weinig verschil tussen de situatie waarin de permanent bij één groepsmaatschappij tewerkgestelde werknemer formeel in dienst is van een andere groepsmaatschappij en de situatie waarin deze werknemer wél in dienst is van de groepsmaatschappij waarbij hij werkzaam is. Enerzijds is, zo meent de A-G, een dergelijke werknemer immers geïntegreerd in de structuur van deze, zoals hij dat noemt, “vennootschap van tewerkstelling” en draagt de werknemer bij tot de uitoefening van de economische activiteit van deze laatste. Anderzijds verleent volgens de A-G het permanente karakter van zijn tewerkstelling aan de “arbeidsverhouding” met de vennootschap van tewerkstelling dezelfde duur als die welke zou voortvloeien uit een direct met die vennootschap gesloten arbeidsovereenkomst. De vennootschap van tewerkstelling kan dus, alsof zij de juridische werkgever van de werknemer is, voor onbepaalde tijd beschikken over een werknemer die zij kan opleiden volgens haar behoeften. Daarnaast profiteert zij in gelijke mate van de ervaring die deze werknemer heeft opgedaan bij het verrichten van zijn werkzaamheden in haar onderneming. De A-G benadrukt dat deze intra-concern detachering niet is te vergelijken met uitzending door een uitzendbureau omdat een uitzendkracht slechts tijdelijk ter beschikking wordt gesteld aan een inlener en omdat de werknemer in deze situatie niet

¹⁶³ Conclusie A-G Y. Bot 3 juni 2010, EUR C-242/09. Zie over de conclusie van de A-G ook mijn AR Updates Commentaar 2010/495, Einde heersende Heidemij-leer?, www.ar-updates.nl.

persoonlijk wordt gekozen door de vennootschap van tewerkstelling, maar wordt geselecteerd door het uitzendbureau. Volgens de A-G moet, gezien “het doel en het stelsel” van de Richtlijn, de wijze van organisatie van de arbeidsverhoudingen binnen een groep als Heineken in Nederland, zo worden begrepen dat de werkgevers-vennootschap de arbeidsovereenkomsten van de werknemers van het concern aangaat voor rekening van elk van de groepsmaatschappijen waarbij deze werknemers worden tewerkgesteld. De omstandigheid dat de arbeidsovereenkomsten van de bij de overgedragen vennootschap tewerkgestelde werknemers met een andere groepsmaatschappij zijn gesloten, mag om die reden volgens de A-G niet beletten dat de uit die overeenkomsten voortvloeiende rechten en verplichtingen op de verkrijger overgaan. Indien de Richtlijn in deze situatie niet van toepassing zou zijn, zouden groepen hun arbeidsverhoudingen zo kunnen organiseren dat de toepassing van de Richtlijn wordt vermeden. Het beslissende criterium bij het van toepassing zijn van de Richtlijn op de intra-concern gedetacheerde werknemer bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij hij is tewerkgesteld, is naar mening van de A-G de duurzaamheid van de band tussen de werknemer en deze onderneming.

Hof van Justitie

In zijn arrest van 21 oktober 2010¹⁶⁴ volgt het Hof van Justitie de A-G in zijn conclusie.¹⁶⁵ Anders dan de A-G baseert het Hof van Justitie zijn oordeel dat bij de overgang van de onderneming van een groepsmaatschappij ook de permanent bij die onderneming tewerkgestelde, maar in dienst van een andere groepsmaatschappij zijnde werknemer overgaat op een bredere uitleg van het werkgeversbegrip in de Richtlijn. Op basis van dit bredere werkgeversbegrip voldoet ook de intra-concern gedetacheerde werknemer aan de vereiste dubbele binding voor het van rechtswege overgaan van zijn arbeidsovereenkomst bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij hij feitelijk werkzaam is. In zijn overwegingen stelt het Hof van Justitie vast dat uit de bewoordingen van artikel 2 lid 1 sub a van de Richtlijn volgt dat de in dit lid gedefinieerde vervreemder degene is die door een overgang in de zin van artikel 1 lid 1 van de Richtlijn “de hoedanigheid van werkgever

164 HvJ EU 21 oktober 2010, NJ 2010, 576 (m.nt. Mok), JAR 2010/298 en JIN 2010/858 m.nt. Jellinghaus (Albron Catering B.V./Roest).

165 Zie over dit arrest o.a. J.P.H. Zwemmer, Intra-concern gedetacheerde werknemer gaat van rechtswege mee over indien het concernonderdeel waarbij hij permanent werkzaam, maar niet formeel in dienst is, overgaat in de zin van art. 7:662 BW, AR Updates Commentaar 2010/835, www.ar-updates.nl, J.P.H. Zwemmer, Het Albron-arrest, de contractuele versus de niet-contractuele werkgever en de mogelijke gevolgen voor andere uitzendvarianten, TRA 2011/1, p. 16-20, E. Knipschild en E.C. van Fenema, Albron: over de vervreemder, de arbeidsbetrekking en de beschermingsgedachte, ArbeidsRecht 2011/1, p. 3-9, R.F.N. Henneman, Overgang van onderneming in concernverband: wordt vervolgd, V&O 2011/1, p. 18-20, C.J.M.W. Kote, Permanent gedetacheerde werknemer in concernverhouding niet meer vogelvrij bij overgang van onderneming, NTER 2011/1, p. 20-26, F.B.J. Grapperhaus, Overgang van onderneming en concernproblematiek, OR 2011/1, p. 33-37, W.H.A.C.M. Bouwens en A.P.P. Witteveen, Het Albron-arrest: lees maar, er staat niet wat er staat, TAP 2011/1, p. 10-15, R.M. Beltzer en I.A. Haanappel, Het Hof van Justitie en zijn benigna interpretatio van werkgever en werknemer, ArA 2011/1, p. 57-77, M. Holtzer, Enige praktische consequenties van het Albron-arrest, ArbeidsRecht 2011/4, p. 3-8, P.R.W. Schaink, Het Albron-arrest in faillissementsrechtelijk perspectief, TVI 2011/3, p. 80-84 en R.A.A. Duk, Hof van Justitie – Zaak C-242/09, Albron Catering BV/FNV Bondgenoten en John Roest, SEW 2011/9, p. 408-410.

(“ondernemer”) verliest”. Naar het oordeel van het Hof van Justitie verloor de groepsmaatschappij waarbij de werknemer was gedetacheerd haar hoedanigheid van “niet-contractuele werkgever” van de cateringwerknemers door de uitbesteding van de cateringactiviteiten aan Albron waardoor niet kan worden uitgesloten dat zij kan worden beschouwd als vervreemder in de zin van de Richtlijn. Op grond van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn heeft de door de Richtlijn geboden bescherming bij verandering van ondernemer betrekking op de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit op dat moment bestaande verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen op grond van het nationale recht van de lidstaat. Het Hof van Justitie legt artikel 3 lid 1 van de Richtlijn zo uit dat daaruit volgt dat op grond hiervan op het moment van overgang “hetzij een arbeidsovereenkomst, hetzij, in plaats daarvan en dus als gelijkwaardig alternatief, een arbeidsbetrekking” moet bestaan met de in de onderneming werkzame werknemer. Dit impliceert naar het oordeel van het Hof van Justitie dat een contractuele band met de vervreemder niet in alle omstandigheden vereist is om werknemers aanspraak te geven op de bescherming van de Richtlijn. Onder arbeidsbetrekking in de zin van de Richtlijn verstaat het Hof van Justitie de feitelijke relatie tussen de exploitant van de onderneming en de werknemer die in deze onderneming werkzaam is op basis van een contractuele relatie – een arbeidsovereenkomst – met een ander dan die exploitant. Omdat de Richtlijn geen blijk geeft van een rangorde tussen de in de Richtlijn gehanteerde begrippen arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking, dient in een situatie waarin sprake is van, zoals het Hof van Justitie stelt, “meerdere werkgevers” niet stelselmatig meer gewicht te worden toegekend aan de werkgever waarmee de arbeidsovereenkomst werd gesloten. Ook de groepsmaatschappij waarbij de werknemer gedetacheerd is, kan worden beschouwd als een vervreemder in de zin van de Richtlijn. Omdat het overgangsbegrip in artikel 1 lid 1 sub b van de Richtlijn met name ziet op de wijziging van de rechtspersoon of natuurlijke persoon die verantwoordelijk is voor de economische activiteit van de overgedragen eenheid, prevaleert naar het oordeel van het Hof van Justitie bij de bepaling van wie de vervreemder van die activiteit is, niet stelselmatig de band van de werknemer met de contractuele werkgever wanneer niet deze, maar de niet-contractuele werkgever verantwoordelijk is voor de economische activiteit van de overgedragen economische eenheid. Deze uitleg vindt naar het oordeel van het Hof van Justitie steun in de hiervoor aangehaalde considerans van de Richtlijn waarin de noodzaak wordt onderstreept werknemers bij verandering van “ondernemer” te beschermen. Naar het oordeel van het Hof van Justitie kan dit begrip ondernemer in het geval van intra-concern detachering als aan de orde in de Albron-zaak ook betrekking hebben op de niet-contractuele werkgever die verantwoordelijk is voor de leiding van de overgedragen activiteiten.

Hof Amsterdam

Naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie stelt Albron zich bij het Hof Amsterdam op het standpunt dat de redactie van artikel 7:663 BW, de daaraan ten grondslag liggende parlementaire geschiedenis en de wetssystematiek van Titel 10 Boek 7 BW in de weg staan aan richtlijnconforme interpretatie aangezien deze zou leiden tot een uitspraak contra legem. Bovendien brengt volgens Albron het beginsel van rechtszekerheid mee dat geen richtlijnconforme interpretatie kan plaatsvinden.

In zijn verwijzingsarrest van 25 oktober 2011¹⁶⁶ gaat het hof hier niet in mee en bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter te Utrecht. Naar het oordeel van het hof geven de bewoordingen van artikel 7:663 BW geen rechtstreeks uitsluitel over de vraag hoe het in dit artikel gehanteerde begrip werkgever moet worden geduid in geval van intra-concern detachering als aan de orde in de Heineken-groep. Het hof overweegt dat de tekst van artikel 7:663 BW in elk geval voldoende ruimte biedt om op de voet van de overwegingen van het Hof van Justitie bij intra-concern detachering onder werkgever zowel de contractuele als de niet contractuele werkgever te verstaan. Dat in artikel 7:663 BW wordt gesproken over de overgang van rechten en verplichtingen die op het tijdstip van de overgang voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer doet daar niet aan af. De woorden “tussen hem” in artikel 7:663 BW vormen naar het oordeel van het hof, nu hij er mede op basis van de wetsgeschiedenis van uitgaat dat met dit artikel werd bedoeld ten volle uitvoering te geven aan de uit de Richtlijn voortvloeiende verplichtingen, onvoldoende grond voor de veronderstelling dat hiermee zou zijn beoogd de Richtlijn niet ten volle te implementeren. Ook de wetssystematiek van Titel 10 Boek 7 BW in bredere zin verzet zich volgens het hof niet tegen richtlijnconforme interpretatie omdat het ruimere werkgeversbegrip op grond van de Richtlijn slechts geldt bij de toepassing van artikel 7:663 BW in geval van intra-concern detachering. Datzelfde geldt naar het oordeel van het hof voor het rechtszekerheidsbeginsel. De omstandigheid dat in de gepubliceerde (lagere) rechtspraak in Nederland werd geoordeeld dat op grond van artikel 7:663 BW de eis gold dat tussen de werknemers die werkzaam waren in de onderneming of het onderdeel daarvan dat werd vervreemd en de vervreemder een arbeidsovereenkomst moest bestaan, brengt niet mee dat Albron erop mocht vertrouwen dat artikel 7:663 BW ook in deze zaak zo zou worden uitgelegd. Dat de in de lagere rechtspraak gevolgde opvatting in het algemeen ook in de Nederlandse rechtswetenschappelijke literatuur werd aangehangen, legt evenmin gewicht in de schaal, aldus het hof. Volgens het hof volgt uit het feit dat – zoals ter zitting was gebleken – in het contract betreffende de uitbesteding van de cateringactiviteiten rekening is gehouden met de mogelijkheid dat sprake was van een overgang in de zin van artikel 7:663 BW, dat Albron er niet volledig op had vertrouwd dat de cateringwerknemers niet van rechtswege zouden overgaan.

5.10.4 Overgang arbeidsovereenkomst krachtens “arbeidsbetrekking”

Indien de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met een andere groepsmaatschappij dan die waarbij hij permanent werkzaam is, dan bestaat tussen de werknemer en deze laatste groepsmaatschappij een arbeidsbetrekking in de zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn. Bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij de werknemer werkzaam is, gaat, op grond van zijn arbeidsbetrekking met deze groepsmaatschappij, zijn arbeidsovereenkomst met de intra-concern detachende groepsmaatschappij van rechtswege over naar de verkrijger. Althans, zo begrijp

¹⁶⁶ Hof Amsterdam 25 oktober 2011, JAR 2011/292 m.nt. Witteveen.

ik de overwegingen van het Hof van Justitie in het Albron-arrest.¹⁶⁷ De verkrijger neemt dan na de overgang dus de plaats in van zowel de contractuele als de niet-contractuele werkgever van de werknemer. Bouwens en Witteveen¹⁶⁸ hebben betoogd dat slechts de door het Hof van Justitie aangenomen arbeidsbetrekking tussen de werknemer en de niet-contractuele werkgever zou overgaan naar de verkrijger en de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever zou blijven bestaan. Omdat de door het Hof van Justitie aangenomen arbeidsbetrekking met de niet-contractuele werkgever naar Nederlands recht slechts een feitelijke verhouding is, zou dan bij de overgang van de onderneming van de niet-contractuele werkgever de bij deze onderneming tewerkgestelde werknemer feitelijk mee overgaan, maar contractueel in dienst blijven van dezelfde contractuele werkgever. Deze letterlijke uitleg van de overwegingen van het Hof van Justitie in het Albron-arrest is mijns inziens niet juist omdat de uitkomst hiervan niet verenigbaar is met het doel en het systeem van de Richtlijn. Zoals volgt uit de considerans van de Richtlijn wordt met de Richtlijn het behoud van de rechten van de werknemers bij verandering van ondernemer beoogd. Dit wordt bewerkstelligd met een indiensttreding van rechtswege van de werknemer bij de verkrijger van de onderneming. Dat is niet aan de orde wanneer het Albron-arrest op de door Bouwens en Witteveen voorgestane wijze zou worden uitgelegd omdat de werknemer dan na de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij (contractueel) in dienst blijft van de personeels-BV. Bovendien zou de werknemer dan niet (op grond van artikel 7:670 lid 8 BW) worden beschermd tegen ontslag door de personeels-BV wegens de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij.

De werknemer heeft naar het oordeel van het Hof van Justitie een arbeidsbetrekking met de niet-contractuele werkgever in de zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn als de niet-contractuele werkgever verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de overgedragen eenheid wat impliceert dat hij als vervreemder van de onderneming moet worden beschouwd en wanneer de werknemer permanent is tewerkgesteld bij deze onderneming. Hiermee heeft het Hof van Justitie in het Albron-arrest een geheel nieuwe uitleg gegeven aan de betekenis van en de verhouding tussen de in artikel 3 lid 1 van de Richtlijn gehanteerde begrippen arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking. Zoals aan de orde kwam in paragraaf 5.5 werd voorafgaande aan het Albron-arrest aangenomen dat de Europese wetgever met het gebruik van de woorden arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking had beoogd eenieder die onder

¹⁶⁷ Ik betoogde dit eerder in mijn AR Updates commentaar van 26 oktober 2010 bij het Albron-arrest: J.P.H. Zwemmer, Intra-concern gedetacheerde werknemer gaat van rechtswege mee over indien het concernonderdeel waarbij hij permanent werkzaam, maar niet formeel in dienst is, overgaat in de zin van art. 7:662 BW, AR Updates Commentaar 2010/835, www.ar-updates.nl en in TRA: J.P.H. Zwemmer, Het Albron-arrest, de contractuele versus de niet-contractuele werkgever en de mogelijke gevolgen voor andere uitzendvarianten, TRA 2011/1, p. 16-20. Zo ook o.a. .M. Beltzer en I.A. Haanappel, Het Hof van Justitie en zijn benigna interpretatio van werkgever en werknemer, ArA 2011/1, p. 70 en G.J.J. Heerma van Voss en J.M. van Slooten, Kroniek van het sociaal recht, NJB 7 oktober 2011, nr. 34, p. 2304. Zie anders o.a. E. Knipschild en E.C. van Fenema, Albron: over de vervreemder, de arbeidsbetrekking en de beschermingsgedachte, ArbeidsRecht 2011/1, p. 5 en W. H.A.C.M. Bouwens en A.P.P. Witteveen, Het Albron-arrest: lees maar, er staat niet wat er staat, TAP 2011/1.

¹⁶⁸ W.H.A.C.M. Bouwens en A.P.P. Witteveen, Het Albron-arrest: lees maar, er staat niet wat er staat, TAP 2011/1.

het nationale recht van de lidstaten onder uiteenlopende noemers arbeidsrechtelijke bescherming genoot onder het bereik van de Richtlijn te brengen. In het Albron-arrest gebruikt het Hof van Justitie dit begrip om de permanent bij de onderneming van een groepsmaatschappij tewerkgestelde werknemer onder de toepassing van de Richtlijn te laten vallen indien die onderneming overgaat. Noch uit de overwegingen van het Hof van Justitie, noch uit de conclusie van de A-G blijkt wanneer de tewerkstelling van de werknemer bij de groepsmaatschappij een dusdanig permanent karakter heeft, dat deze tot een arbeidsbetrekking in de zin van de Richtlijn leidt. Ik meen dat daarvoor niet zozeer naar de duur van de detachering moet worden gekeken, maar ook naar de werkzaamheden waarvoor de werknemer op basis van zijn kwalificaties werd aangenomen en of de werknemer op basis van de door partijen gemaakte afspraken uitsluitend werkzaam zou zijn bij overgegangene onderneming.¹⁶⁹ Vast moet staan dat, zoals de kantonrechter te Utrecht overwoog in zijn vonnis van 15 maart 2006 en eveneens volgt uit de conclusie van de A-G voor het Albron-arrest, binnen de arbeidsovereenkomst van de intra-concern gedetacheerde werknemer geen sprake is van specifiek beoogde en gewenste flexibiliteit in de zin van herhaaldelijke kortstondige detacheringen of uitzendingen zoals bij een typische uitzendwerkgever. Als dat het geval is, gaat de werknemer op grond van zijn arbeidsbetrekking met de groepsmaatschappij waarbij hij werkzaam is van rechtswege mee over bij de overgang van de onderneming van die groepsmaatschappij.

Arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking: communautair werkgeversbegrip?

Artikel 2 lid 2 van de Richtlijn bepaalt dat aan de hand van het nationale recht van de lidstaat moet worden uitgemaakt of sprake is van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking.¹⁷⁰ Naar Nederlands recht is, althans daar wordt van uitgegaan, de intra-concern gedetacheerde werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst in de zin van Titel 10 Boek 7 BW in dienst van de intra-concern detacherende groepsmaatschappij. De relatie van deze werknemer met de groepsmaatschappij waarbij hij gedetacheerd is, heeft geen aparte status of definitie in het Nederlandse arbeidsovereenkomstenrecht en is een puur feitelijke verhouding. In de arbeidswetgeving wordt wel rekening gehouden met deze feitelijke relatie,¹⁷¹ maar dit rekening houden met heeft slechts betrekking op bepaalde aan de arbeidsovereenkomst verbonden verplichtingen. Door te overwegen dat een arbeidsbetrekking in de zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn bestaat tussen de intra-concern gedetacheerde werknemer en de groepsmaatschappij die de verantwoordelijkheid en leiding heeft over de economische activiteit van de economische eenheid waarbij de werknemer werkzaam is, breidt het Hof van Justitie het werkgeversbegrip van de Richtlijn dus uit ten opzichte van de nationale wetgeving. Ik acht deze uitbreiding van het werkgeversbegrip voor de toepassing van de Richtlijn echter wel verenigbaar met artikel 2 lid 2 van de Richtlijn. Mijns inziens moet op basis van de overwegingen van het Hof van Justitie

169 Zo ook Ktr. Amsterdam 29 november 2011, JAR 2012/38.

170 Ook artikel 288 VWEU (voorheen artikel 249 EG-Verdrag) bepaalt dat het aan de lidstaten is de vorm en middelen te kiezen waarin en waarmee de voorschriften uit de Richtlijn in nationale wet- en regelgeving worden omgezet. Zie hierover tevens paragraaf 2.5.1.

171 Zie o.a. artikel 7:658 lid 4 BW en het werkgeversbegrip in de Wet arbeid vreemdelingen en in de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet.

nog steeds sprake zijn van een arbeidsovereenkomst naar nationaal recht voor het van rechtswege overgaan van de werknemer op grond van zijn “arbeidsbetrekking” met de overgaande onderneming. De werknemer die een arbeidsbetrekking heeft met de overgaande onderneming moet deze arbeid dus verrichten in het kader van een arbeidsovereenkomst in de zin van Titel 10 Boek 7 BW.¹⁷² Daardoor gaat bijvoorbeeld de opdrachtnemer die op basis van een zuivere overeenkomst van opdracht langdurig werkzaamheden verricht voor een opdrachtgever nog steeds niet over op grond van zijn “arbeidsbetrekking” met de opdrachtgever omdat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst naar nationaal recht. Dat de Richtlijn geen afbreuk mag doen aan het nationale recht met betrekking tot de definitie van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking betekent niet dat de Europese wetgever geen enkele invloed heeft op wie als werkgever in de zin van de Richtlijn gebonden is aan de voorschriften uit de Richtlijn. De Richtlijn is voor elke lidstaat verbindend ten aanzien van het resultaat dat daarmee wordt beoogd. Staat het nationale werkgeversbegrip in de weg aan het met de Richtlijn beoogde resultaat, dan heeft de lidstaat niet voldaan aan zijn implementatieverplichting. Zover gaat het in dit geval niet, maar mijns inziens staat op grond van het Albron-arrest wel de wijze waarop artikel 3 lid 1 van de Richtlijn is geïmplementeerd in artikel 7:663 BW op gespannen voet met het in de Richtlijn beoogde resultaat.

Artikel 7:663 BW richtlijnconform geïnterpreteerd

Bij de implementatie van de Richtlijn in het BW ging de regering er als gezegd van uit dat binnen het Nederlandse arbeidsrecht onder de in de Richtlijn gehanteerde begrippen arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking hetzelfde kon worden verstaan, namelijk een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW.¹⁷³ Daardoor hoefden volgens de regering naast de maatregelen voor de overgang van de arbeidsovereenkomst geen andere maatregelen te worden getroffen. In een situatie als aan de orde in het Albron-arrest gaan nu dus op grond van de arbeidsbetrekking van de werknemer met de groepsmaatschappij waarbij hij werkzaam is de uit de met de personeels-BV gesloten arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen over. Dat staat op gespannen voet met de bewoordingen van artikel 7:663 BW waarin wordt gesproken over de overgang van de arbeidsovereenkomst “tussen hem” – de vervreemder van de onderneming – en de in deze onderneming werkzame werknemer. In zijn verwijzingsarrest van 25 oktober 2011 zag het Hof Amsterdam hierin echter geen belemmering om artikel 7:663 BW richtlijnconform uit te leggen in lijn met het oordeel van het Hof van Justitie in het Albron-arrest. Naar het oordeel van het hof geven de bewoordingen van artikel 7:663 BW geen rechtstreeks uitsluitsel over hoe het in dit artikel 7:663 BW gehanteerde begrip werkgever moet worden geduid in geval van intra-concern detachering en bieden deze in elk geval voldoende ruimte om bij intra-concern detachering onder werkgever zowel de contractuele als de niet-contractuele werkgever te verstaan. Argumenten voor deze richtlijnconforme uitleg zijn voor het hof dat artikel 7:663 BW het product is van de Richtlijn en de door hem gehanteerde richtlijnconforme ruimere uitleg van het begrip werkgever slechts geldt bij de toepassing van artikel 7:663 BW. Tegen dit oordeel kan

¹⁷² Zie ook HvJ EU 15 september 2010, JAR 2011/23 (Briot/Randstad Interim, NV Sodexho).

¹⁷³ Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nrs. 3-4, p. 6. Zie paragraaf 5.5.

niet veel worden ingebracht wanneer het hof wordt gevolgd in zijn oordeel dat de bewoordingen van dit artikel zo kunnen worden uitgelegd dat bij intra-concern detachering onder werkgever eveneens de niet-contractuele werkgever, dus de groepsmaatschappij waarbij de werknemer is tewerkgesteld, kan worden verstaan.¹⁷⁴ Mijns inziens kunnen de bewoordingen van artikel 7:663 BW echter uitsluitend zo worden gelezen dat de uit een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW tussen de vervreemder van de onderneming en een in die onderneming werkzame werknemer voortvloeiende rechten en verplichtingen overgaan bij de overgang van die onderneming.¹⁷⁵ De vraag is dan of een richtlijnconforme uitleg van dit artikel als gehanteerd door het hof nog steeds mogelijk zou zijn.¹⁷⁶ Wissink betoogt in zijn dissertatie dat de verplichting tot richtlijnconforme uitleg door de nationale rechter wordt begrensd door de mogelijkheid die het nationale recht daarvoor biedt, of door het oordeel van de rechter dat hij gezien zijn verhouding tot de wetgever het formuleren van een richtlijnconforme uitleg aan de wetgever moet laten.¹⁷⁷ Wanneer de nationale rechter een oplossing formuleert die is ontleend aan een richtlijn zal hij volgens Wissink minder snel op de grenzen van zijn rechtsvormende taak stuiten.¹⁷⁸ Dat is anders wanneer de rechter daarmee ingaat tegen de bewoordingen van de nationale wetgeving. In het arrest Adeneler¹⁷⁹ oordeelde het Hof van Justitie dat “de verplichting van de nationale rechter om bij de uitlegging en toepassing van de relevante bepalingen van zijn nationale recht te refereren aan de inhoud van een richtlijn, wordt begrensd door de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, en niet kan dienen (...) als grondslag voor een uitlegging contra legem van het nationale recht”. Een uitleg contra legem van een nationale wetsbepaling is derhalve op grond van het gemeenschapsrecht niet vereist en niet toegestaan als dit in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel. Het hof is echter van oordeel dat hij

174 De nationale wetgeving moet zoveel mogelijk richtlijnconform worden uitgelegd en bij implementatiewetgeving geldt dit des te meer. Vgl. HvJ EG 13 november 1990, NJ 1993, 163 (Marleasing SA/La Comercial Internacional de Alimentacion SA).

175 Ik betoogde dit eerder in mijn AR Updates commentaar van 26 oktober 2010 bij het Albron-arrest: J.P.H. Zwemmer, Intra-concern gedetacheerde werknemer gaat van rechtswege mee over indien het concernonderdeel waarbij hij permanent werkzaam, maar niet formeel in dienst is, overgaat in de zin van art. 7:662 BW, AR Updates Commentaar 2010/835, www.ar-updates.nl en in TRA: J.P.H. Zwemmer, Het Albron-arrest, de contractuele versus de niet-contractuele werkgever en de mogelijke gevolgen voor andere uitzendvarianten, TRA 2011/1, p. 16-20. Zo ook o.a. R.F.N. Henne-man, Overgang van onderneming in concernverband: wordt vervolgd, V&O 2011/1, p. 20, R.M. Beltzer en I.A. Haanappel, Het Hof van Justitie en zijn benigna interpretatio van werkgever en werknemer, ArA 2011/1, p. 77 en P.R.W. Schaink, Het Albron-arrest in faillissementsrechtelijk perspectief, TVI 2011/3, p. 83. Zie anders o.a. Knipschild en E.C. van Fenema, Albron: over de vervreemder, de arbeidsbetrekking en de beschermingsgedachte, ArbeidsRecht 2011/1, p. 8, M. Holtzer, Enige praktische consequenties van het Albron-arrest, ArbeidsRecht 2011/4, p. 5 en J.H. Even, Albron/Roest: nu eindelijk rust aan het front?, AR Updates Commentaar 2011/896, www.ar-updates.nl.

176 Zie over de (on)mogelijkheid van richtlijnconforme uitleg van artikel 7:663 BW naar aanleiding van het Albron-arrest ook J.H. Even, Richtlijnconform of contra legem: that's the question, TAP 2012/3, p. 100-111.

177 M.H. Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001, p. 173/174.

178 M.H. Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001, p. 245.

179 HvJ EG 4 juli 2006, NJ 2006, 593 m.nt. Mok en JAR 2006/175 m.nt. Verhulp punt 110. Zie ook HvJ EG 16 juni 2005, NJ 2006, 500 (Pupino) punt 47.

met zijn richtlijnconforme uitleg de rechtszekerheidsgrens niet overschrijdt. Allereerst omdat naar zijn oordeel de tekst van artikel 7:663 BW een richtlijnconforme uitleg mogelijk maakt en uit de wetsgeschiedenis niet volgt dat in dit artikel uitsluitend de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever werd bedoeld. Voorts acht het hof niet relevant dat artikel 7:663 BW tot het vonnis van de kantonrechter te Utrecht in de (lagere) rechtspraak en in de literatuur op deze wijze werd uitgelegd en wijst hij er in dit verband op dat in de contractuele afspraken tussen partijen rekening is gehouden met een andere uitleg.

Indien geoordeeld wordt dat de richtlijnconforme uitleg door het hof een uitleg contra legem is, dan is mijns inziens de wijze waarop het hof motiveert dat daarbij de rechtszekerheidsgrens niet is overschreden weinig overtuigend.¹⁸⁰ Het hof gaat eraan voorbij dat, zoals hiervoor aan de orde kwam, uit eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie kon worden afgeleid dat de Richtlijn van toepassing is op werknemers die op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst zijn van de vervreemder. Pas met zijn geheel nieuwe invulling van het begrip arbeidsbetrekking in artikel 3 lid 1 van de Richtlijn in zijn arrest van 21 oktober 2010 heeft het Hof van Justitie deze bepaling in de Richtlijn zo uitgelegd dat ook werknemers die permanent tewerkgesteld zijn bij, maar niet in dienst zijn van de vervreemder overgaan. Uiteraard is de grond voor deze nieuwe uitleg dat deze (beter) aansluit bij het doel van de Richtlijn, maar daarmee is mijns inziens niet gegeven dat de rechtszekerheidsgrens niet is overschreden. Bij de implementatie van de Richtlijn werd ten aanzien van het begrip arbeidsbetrekking¹⁸¹ in de Richtlijn meegedeeld dat hiermee inhoudelijk hetzelfde werd bedoeld als met het begrip arbeidsovereenkomst en voor het Nederlandse recht het gebruik van het begrip arbeidsbetrekking naast het begrip arbeidsovereenkomst niet nodig was.¹⁸² De regering herhaalde dit nog eens bij de wetwijziging in 2002.¹⁸³ Bovendien deelde de regering bij die gelegenheid ook nog mee dat de vervreemder van de onderneming de werkgever moest zijn van de werknemer.¹⁸⁴ Anders dan het hof overweegt, impliceert ten slotte de omstandigheid dat de partijen in het Albron-arrest in hun onderlinge contractuele afspraken rekening hielden met een andere uitleg van artikel 7:663 BW mijns inziens niet dat zij daarmee hun beroep op de rechtszekerheid prijsgaven. De vraag of de intra-concern gedetacheerde werknemer onder de toepassing viel van artikel 7:663 BW was, hoewel deze telkens ontkennend werd beantwoord, daarvoor immers verschillende malen aan de orde geweest in de (lagere) rechtspraak.

Overgang krachtens arbeidsbetrekking en de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 7:663 BW

Bij de implementatie van de Richtlijn heeft de Nederlandse wetgever gebruik gemaakt van de in artikel 3 lid 1 van de Richtlijn opgenomen mogelijkheid te bepalen dat “de vervreemder en de verkrijger na het tijdstip van de overgang hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen welke vóór het tijdstip van de overgang voortvloeien uit

180 Zo ook J.H. Even, Richtlijnconform of contra legem: that's the question, TAP 2012/3, p. 111.

181 Toen nog arbeidsverhouding genoemd.

182 Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nrs. 3-4, p. 6.

183 Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 5/6.

184 Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 15.

een op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking.” In dat kader is in de tweede zin van artikel 7:663 BW bepaald dat de werkgever in de overgaande onderneming nog gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk verbonden is voor de uit de arbeidsovereenkomst van de werknemer voortvloeiende rechten en verplichtingen die zijn ontstaan voor het tijdstip van de overgang. Wanneer de arbeidsovereenkomst van de intra-concern gedetacheerde werknemer krachtens zijn arbeidsbetrekking met de groepsmaatschappij waarbij hij is tewerkgesteld overgaat, is die groepsmaatschappij de vreemder in de zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn. Bij een richtlijnconforme uitleg van artikel 7:663 BW zou dan deze groepsmaatschappij, en niet de intra-concern detacherende groepsmaatschappij, gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens de overgegangene werknemer voor de tot het tijdstip van de overgang uit de arbeidsovereenkomst voortgevloeide verplichtingen. Omdat deze hoofdelijke aansprakelijkheid gedurende een jaar na de overgang optioneel is op grond van de Richtlijn acht ik evenwel denkbaar dat de richtlijnconforme interpretatie van artikel 7:663 BW door het Hof Amsterdam beperkt blijft tot de uitleg van de eerste zin van dat artikel. De hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van de tweede zin van artikel 7:663 BW zou dan gelden voor de intra-concern detacherende groepsmaatschappij als werkgever van de werknemer op grond van artikel 7:610 lid 1 BW. Ik meen dat deze uitleg meer in lijn is met de wetssystematiek van Titel 10 Boek 7 BW omdat deze hoofdelijke aansprakelijkheid betrekking heeft op de tot het tijdstip van de overgang uit de arbeidsovereenkomst voortgevloeide verplichtingen van de contractuele werkgever. Voorafgaand aan de overgang van de arbeidsovereenkomst is deze intra-concern detacherende groepsmaatschappij als werkgever van de werknemer ex artikel 7:610 lid 1 BW reeds aansprakelijk voor deze verplichtingen, terwijl tussen de werknemer en de groepsmaatschappij waarbij hij is tewerkgesteld slechts een feitelijke relatie bestaat.

Invoering Nederlandse variant “Widerspruchsrecht”?

Het Albron-arrest heeft verstrekkende consequenties voor de intra-concern gedetacheerde werknemer. De arbeidsovereenkomst van de werknemer met wat hij kan voelen als ‘het concern’ eindigt van rechtswege wanneer de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij hij is gedetacheerd, overgaat. Ik meen dat de werknemer voor de toepassing van de Richtlijn niet tegelijkertijd werkzaam kan zijn in de onderneming van de personeels-BV én in de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij hij permanent is tewerkgesteld. Bovendien kan daarvan naar mijn mening ook geen sprake zijn omdat als hiervoor door mij betoogd de activiteiten van de personeels-BV niet kunnen worden aangemerkt als een onderneming waarbij de intra-concern gedetacheerde werknemer voor de toepassing van de Richtlijn werkzaam is. De werknemer kan er niet voor kiezen om voor de toepassing van de Richtlijn werkzaam te zijn in de onderneming van de personeels-BV in plaats van in de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij hij gedetacheerd is. Met name bij de uitbesteding van ondernemingsactiviteiten door de groep aan gespecialiseerde tegen scherpe prijzen offerende bedrijven zal de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer niet altijd zijn gediend met een overgang van zijn arbeidsovereenkomst naar degene die deze ondernemingsactiviteiten overneemt. Het kan dan in het

belang zijn van de werknemer dat zijn arbeidsovereenkomst niet van rechtswege overgaat bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij. Deze consequenties van het Albron-arrest vormen mijns inziens voor de Nederlandse wetgever een derde reden na te denken over de introductie van een Nederlandse variant van het in het Duitsland geldende “Widerspruchsrecht” van de werknemer bij overgang van onderneming.¹⁸⁵

5.11 Gevolgen Albron-arrest voor andere driehoeksverhoudingen en aandelenfusie

Hoewel het in het Albron-arrest ging om intra-concern detachering vormde deze omstandigheid in de overwegingen van het Hof van Justitie geen zelfstandig vereiste voor het van toepassing zijn van de Richtlijn bij de overgang van de onderneming van een niet-contractuele werkgever op de daarbij permanent tewerkgestelde werknemers. In r.o. 24 van zijn arrest overweegt het Hof dat uit artikel 3 lid 1 van de Richtlijn volgt dat in de opvatting van de Europese wetgever een contractuele band met de vervreemder niet in alle omstandigheden vereist is om de werknemers aanspraak te geven op de bescherming van de Richtlijn. In de Albron-zaak leidden de omstandigheden dat de werknemers permanent waren tewerkgesteld bij de groepsmaatschappij en deze verantwoordelijk was voor de leiding van de economische activiteiten van de overgedragen eenheid tot het oordeel van het Hof van Justitie dat de intra-concern gedetacheerde werknemers op grond van hun arbeidsbetrekkingen met de groepsmaatschappij mee overgingen. Deze omstandigheden kunnen zich ook voordoen bij andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen dan intra-concern detachering. Uitzendkrachten kunnen gedurende lange tijd werkzaam zijn bij één opdrachtgever van het uitzendbureau of van de detacheerder. De vraag is dan of ook deze uitzendkrachten of gedetacheerden krachtens hun arbeidsbetrekking met de inlener mee over zouden kunnen gaan wanneer de inlener als gevolg van de overgang van zijn onderneming zijn hoedanigheid van niet-contractuele werkgever van deze werknemers verliest. Daarvoor moet worden beoordeeld of de uitzendkrachten of gedetacheerden voor de toepassing van de Richtlijn werkzaam zijn in de onderneming van de uitzender of detacheerder, of in de onderneming van de inlener. Als hiervoor door mij betoogd, kan de werknemer voor de toepassing van de Richtlijn niet tegelijkertijd in de onderneming van de contractuele werkgever én in die van de niet-contractuele werkgever werkzaam zijn. De onderneming van een uitzendbureau bestaat uit knowhow op het gebied van uitzenden, een op de organisatie van het uitlenen van werknemers toegesneden administratie en een bestand aan uitzendkrachten die in de inlenende ondernemingen passen en voor de opdrachtgevers van het uitzendbureau de gewenste werkzaamheden kunnen verrichten.¹⁸⁶ Wanneer de onderneming van de uitzender of detacheerder binnen deze omschrijving valt, is de uitzendkracht of gedetacheerde voor de toepassing van de Richtlijn werkzaam in de onderneming van de uitzender of detacheerder, ook al wordt hij langdurig ter

¹⁸⁵ Zie voor de andere twee redenen paragraaf 5.5.3. en paragraaf 5.7.1.

¹⁸⁶ HvJ EG 13 september 2007, JAR 2007/252 (Jouini e.a./Princess Personal Service GmbH (PPS)). Zie paragraaf 5.4.

beschikking gesteld aan één opdrachtgever van het uitzendbureau of de detacheerder. Die opdrachtgever verkrijgt dan niet de hoedanigheid van “niet-contractuele werkgever” van de uitzendkracht of gedetacheerde waardoor geen sprake is van een arbeidsbetrekking tussen de werknemer en die opdrachtgever in de zin van de Richtlijn. Mijns inziens oordeelde het Hof van Justitie in het Albron-arrest dat de werknemer een arbeidsbetrekking had met de groepsmaatschappij waarbij hij gedetacheerd was omdat de personeels-BV slechts fungeerde als administratieve werkgever, of verlengstuk van de groepsmaatschappij, zoals de A-G betoogde in zijn conclusie. Daardoor konden de activiteiten van de personeels-BV voor de toepassing van de Richtlijn niet worden aangemerkt als de onderneming waarin de werknemer werkzaam was.

Mijns inziens kan ook bij andere vormen van uitlening of detachering dan intra-concern detachering sprake zijn van een arbeidsbetrekking in de zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn met degene die de onderneming exploiteert waarbij de werknemer feitelijk werkzaam is. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan payrolling, aangenomen dat hierbij een arbeidsovereenkomst in de zin van Titel 10 Boek 7 BW bestaat tussen de werknemer en het payrollbedrijf.¹⁸⁷ Bij payrolling is het de opdrachtgever die de werknemer werft en selecteert en daar vervolgens een payrollbedrijf bij zoekt om het werkgeverschap op zich te nemen. Dit payrollbedrijf fungeert uitsluitend als de juridische werkgever van de door de opdrachtgever geworven en geselecteerde werknemer en vervult uit dien hoofde de aan de arbeidsovereenkomst verbonden financiële en administratieve verplichtingen. De payrollwerknemer wordt exclusief aan die opdrachtgever ter beschikking gesteld om onder diens gezag persoonlijke arbeid te gaan verrichten. Van een uitzendactiviteit van het payrollbedrijf in het kader waarvan de payrollwerknemer bij een opdrachtgever is tewerkgesteld, is geen sprake. Als de activiteiten van het payrollbedrijf al als onderneming in de zin van de Richtlijn zouden worden aangemerkt, bestaan deze mijns inziens niet uit het ‘werkgever zijn’ van de bij de opdrachtgevers tewerkgestelde payrollwerknemers, maar – evenals de activiteiten van een personeels-BV¹⁸⁸ – uit het verrichten van de administratieve, wervings- en begeleidingstaken ten behoeve van de bij de opdrachtgevers tewerkgestelde werknemers. Van een overgang van deze onderneming zou sprake zijn wanneer een ander payrollbedrijf deze administratieve, wervings- en begeleidingstaken zou gaan verrichten. In dat geval zouden dan uitsluitend de werknemers van het payrollbedrijf die deze administratieve, wervings- en begeleidingstaken verrichten, overgaan.¹⁸⁹

187 Of dat daadwerkelijk het geval is, betwijfel ik. Zie paragraaf 4.12. Wanneer zou worden aangenomen dat de werknemer in dienst is van de opdrachtgever van het payrollbedrijf dan gaat hij in geval van de overgang van de onderneming van die opdrachtgever ‘gewoon’ over krachtens zijn arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW met de opdrachtgever.

188 Zie paragraaf 5.10.2.

189 Zie anders Rb. Zwolle 19 oktober 2011, LJN: BU5790. In deze uitspraak overwoog de Rechtbank Zwolle dat de heraanbesteding van payrolldienstverlening ten behoeve van het Rijk aan een ander payrollbedrijf, waarbij dat andere payrollbedrijf de bij het Rijk tewerkgestelde payrollwerknemers in dienst nam, kwalificeerde als een overgang van onderneming waarbij de payrollwerknemers ex artikel 7:663 BW van rechtswege waren overgegaan van het ene naar het andere payrollbedrijf.

Nu de payrollwerknemer mijns inziens niet kan worden aangemerkt als een in de onderneming van het payrollbedrijf werkzame werknemer zou in lijn met de overwegingen van het Hof van Justitie in het Albron-arrest kunnen worden geoordeeld dat de opdrachtgever van het payrollbedrijf – evenals de groepsmaatschappij waarbij de werknemer permanent tewerkgesteld is op basis van een arbeidsovereenkomst met een personeels-BV – de hoedanigheid heeft van niet-contractuele werkgever van de payrollwerknemer. Dan zou ook de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer met het payrollbedrijf op grond van zijn arbeidsbetrekking met de opdrachtgever van het payrollbedrijf mee overgaan wanneer de onderneming van die opdrachtgever overgaat.

Einde intra-concern detachering wegens aandelenfusie

Wanneer de aandelen in de groepsmaatschappij waarbij de werknemer intra-concern is gedetacheerd worden overgedragen aan een derde heeft dit gevolgen voor de werknemer omdat dan geen groepsband meer bestaat tussen de personeels-BV waarmee de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft en de voormalige groepsmaatschappij waarbij de werknemer gedetacheerd is. De vraag is of deze werknemer werkzaam blijft bij de voormalige groepsmaatschappij nadat deze als gevolg van de aandelenfusie geen deel meer uitmaakt van dezelfde groep als waartoe de personeels-BV behoort. In deze situatie is geen sprake van overgang van onderneming ex artikel 7:662 BW omdat alleen de aandelen in de groepsmaatschappij in andere handen komen. Daar staat echter tegenover dat deze groepsmaatschappij de hoedanigheid van niet-contractuele werkgever van de werknemer zou verliezen indien de aandelenfusie tevens het einde van de intra-concern detachering van de werknemer bij de groepsmaatschappij zou meebrengen. Bijvoorbeeld omdat de intra-concern detachering voorafgaand aan de aandelenfusie wordt beëindigd en de werknemer wordt overgeplaatst naar een andere groepsmaatschappij of wordt ontslagen. Dit zou op de voet van de overwegingen van het Hof van Justitie in het Albron-arrest niet verenigbaar zijn met het doel van de Richtlijn. Dient dan op basis van de overwegingen van het Hof van Justitie in het Albron-arrest eveneens bescherming toe te komen aan de intra-concern gedetacheerde werknemer in de situatie waarin de groepsmaatschappij waarbij hij permanent werkzaam is als gevolg van een aandelenfusie ophoudt deel uit te maken van de groep? Ik beantwoord deze vraag ontkennend. Als hiervoor gesteld, gaan in deze situatie alleen de aandelen in de groepsmaatschappij over en blijft de onderneming onder dezelfde rechtspersoon. In dit geval ontbreekt dus een nieuwe exploitant van de onderneming ofwel een verkrijger. Wordt de intra-concern detachering van de werknemer bij de groepsmaatschappij beëindigd als gevolg van de aandelenfusie, dan verliest de (voormalige) groepsmaatschappij wel haar hoedanigheid van niet-contractuele werkgever van de werknemer. Dit is dan echter het gevolg van de verbreking van de groepsband en niet van een overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij. Wanneer de groepsmaatschappij waarbij de intra-concern gedetacheerde werknemer werkzaam is, als gevolg van een aandelenoverdracht ophoudt deel uit te maken van de groep, valt hij dus ook op grond van het Albron-arrest (nog steeds) niet onder het toepassingsbereik van de artikelen 7:662 e.v. BW. Dat kan anders zijn wanneer na de aandelenoverdracht de activiteiten van de voormalige groepsmaatschappij worden geïntegreerd in de eigen

onderneming van de nieuwe aandeelhouder en deze integratie een overgang van onderneming impliceert, omdat de functionele band tussen de productiefactoren van de voormalige groepsmaatschappij behouden is gebleven.¹⁹⁰ In deze situatie is denkbaar dat als gevolg van de integratie van de onderneming van de voormalige groepsmaatschappij in de onderneming van de nieuwe aandeelhouder, de werknemers die vóór de aandelenoverdracht intra-concern waren gedetacheerd bij die groepsmaatschappij op grond van hun arbeidsbetrekkingen met de groepsmaatschappij alsnog van rechtswege overgaan naar de onderneming van de nieuwe aandeelhouder.

5.12 Conclusie

Bij overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW is op grond van artikel 7:663 BW (en artikel 14a Wet CAO en artikel 2a Wet AVV) sprake van opvolgend werkgeverschap. De arbeidsovereenkomst van de in de overgaande onderneming werkzame werknemer met de exploitant van die onderneming gaat van rechtswege over naar degene die de exploitatie van de onderneming na de overgang voortzet. De nieuwe exploitant van de onderneming neemt zonder dat daarover contractuele afspraken hoeven worden gemaakt als werkgever de plaats in van de voormalige exploitant van de onderneming en de werknemer. Met deze vergaande opvolgende (werkgevers)aansprakelijkheid wordt beoogd de rechten van de werknemer te beschermen in de situatie waarin de onderneming of het onderdeel van de onderneming waarin hij zijn werkzaamheden verricht, wordt voortgezet door een andere exploitant. Dit mag niet leiden tot het ontslag van werknemers of tot een verslechtering van hun arbeidsvoorwaarden. Bovendien is bij overgang van onderneming op grond van artikel 7:663 BW sprake van gelijktijdige pluraliteit van werkgeversaansprakelijkheid omdat de overgegane werknemer zijn voormalige werkgever gedurende een jaar na de overgang van de arbeidsovereenkomst naast de nieuwe werkgever hoofdelijk kan aanspreken voor de tot het tijdstip van de overgang uit zijn arbeidsovereenkomst voortgevloeide verplichtingen.

Van overgang van een onderneming in de zin van artikel 7:662 BW (en van de daaraan ten grondslag liggende Richtlijn) is sprake wanneer een duurzaam georganiseerde activiteit krachtens een overeenkomst, fusie of splitsing wordt voortgezet door een andere exploitant. Dit wordt ruim uitgelegd. Niet de omvang van en de wijze waarop de onderneming is georganiseerd dan wel dat sprake is van een hoofd- of nevenactiviteit, maar de omstandigheid dat de identiteit van de onderneming na de overgang naar de nieuwe exploitant behouden blijft, is doorslaggevend voor het van rechtswege mee overgaan van de arbeidsovereenkomst van de werknemer. Op grond van de bewoordingen van artikel 7:663 BW treedt de werknemer die op het

¹⁹⁰ Dat kan anders zijn wanneer na de aandelenoverdracht de activiteiten van de voormalige groepsmaatschappij worden geïntegreerd in de onderneming van de nieuwe aandeelhouder (Vgl. Hof Amsterdam 8 november 2011, JAR 2012/9). In deze situatie zou sprake zijn van overgang van onderneming op de voet van de overwegingen van het Hof van Justitie in het in paragraaf 5.4 besproken arrest Klarenberg wanneer na die integratie de functionele band tussen de productiefactoren van de voormalige groepsmaatschappij behouden is gebleven.

tijdstip van de overgang op basis van een arbeidsovereenkomst met de exploitant van de onderneming werkzaam is in die onderneming van rechtswege in dienst bij de nieuwe exploitant van de onderneming. Die nieuwe exploitant is, behalve wanneer deze een natuurlijke persoon is, de rechtspersoon waarin de onderneming is ingebracht. Volgens artikel 3 lid 1 van de Richtlijn gaan de rechten en verplichtingen die voor de voormalige exploitant van de onderneming voortvloeien uit de op het tijdstip van overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking over op de nieuwe exploitant van de onderneming. Bij de implementatie van de Richtlijn werd meegedeeld dat in de Nederlandse arbeidswetgeving onder de in de Richtlijn gehanteerde begrippen arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking hetzelfde werd verstaan: een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW. Dientengevolge zou de werknemer die werkzaam is in de overgaande onderneming op basis van een arbeidsovereenkomst met een ander dan de exploitant van die onderneming geen bescherming ontleen aan de artikelen 7:662 e.v. BW. Dat werknemers wegens het ontbreken van een contractuele relatie met de exploitant van de onderneming geen bescherming zouden ontleen aan de Richtlijn kan op gespannen voet staan met het doel van de Richtlijn.

Wanneer de werknemer werkzaam is in de overgaande onderneming krachtens een arbeidsovereenkomst met een uitzendbureau is dat niet het geval. De arbeidsovereenkomst van de uitzendkracht gaat van rechtswege mee over als de onderneming van het uitzendbureau overgaat. De uitzendkracht wordt voor de toepassing van de Richtlijn beschouwd als werkzaam in de onderneming van het uitzendbureau en niet als werkzaam in de onderneming van de inlener. De overgang van de onderneming van de inlener zal er doorgaans toe leiden dat deze de terbeschikkingstelling van de uitzendkracht beëindigt. Omdat het uitzendbureau een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt zal dit echter niet automatisch het ontslag of een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden van de uitzendkracht meebrengen. Het uitzendbureau zal op zoek gaan naar een andere opdrachtgever om de uitzendkracht aan ter beschikking te stellen. Dit behoort tot de activiteiten van een uitzendbureau en dat de uitzendkracht ter beschikking wordt gesteld aan verschillende door het uitzendbureau geworven opdrachtgevers maakt ook deel uit van de door het uitzendbureau met de uitzendkracht gemaakte afspraken (de uitzendkracht zou na de overgang zelfs ter beschikking kunnen worden gesteld aan de verkrijger van de activiteit van de voormalige inlener). Dat ligt anders bij detacheringvarianten waarbij de werkgever geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. In deze situatie is het nog maar de vraag of de in een door een ander dan de werkgever geëxploiteerde onderneming tewerkgestelde werknemer voor de toepassing van de Richtlijn kan worden beschouwd als werkzaam in de onderneming van de werkgever. Die vraag moet naar mijn mening ontkennend worden beantwoord bij intra-concern detachering door een personeels-BV. Het door de personeels-BV fungeren als juridische werkgever van de bij de groepsmaatschappijen werkzame werknemers kan naar mijn mening niet worden gekwalificeerd als de onderneming waarin de intra-concern gedetacheerde werknemer werkzaam is voor de toepassing van artikel 7:663 BW. De activiteit van de personeels-BV bestaat uitsluitend of in hoofdzaak uit het uitvoeren van de aan de arbeidsovereenkomsten van de bij de andere groepsmaatschappijen werkzame werknemers verbonden financiële en administratieve verplichtingen.

Op grond van artikel 7:663 BW zou deze intra-concern gedetacheerde werknemer dan buiten het toepassingsgebied van de artikelen 7:662 e.v. BW vallen. In het Albronn-arrest legt het Hof van Justitie de Richtlijn echter zo uit dat de werknemer die een arbeidsovereenkomst heeft met een ander dan de exploitant van de onderneming waarin hij permanent is tewerkgesteld mee over kan gaan bij de overgang van die onderneming. Naar het oordeel van het Hof van Justitie vormt de naar Nederlands recht feitelijke relatie tussen de intra-concern gedetacheerde werknemer en de groepsmaatschappij waarbij hij permanent is tewerkgesteld een arbeidsbetrekking in de zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn. Gaat de door de groepsmaatschappij geëxploiteerde onderneming over, dan gaat deze werknemer krachtens zijn arbeidsbetrekking met deze groepsmaatschappij, zijn “niet-contractuele” werkgever, van rechtswege mee over. In zijn verwijzingsarrest oordeelde het Hof Amsterdam op grond van een richtlijnconforme uitleg van artikel 7:663 BW dat de arbeidsovereenkomst van de intra-concern gedetacheerde werknemer mee overgaat bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij hij is tewerkgesteld. Ik meen dat een dergelijke richtlijnconforme uitleg van artikel 7:663 BW niet mogelijk is. Als hiervoor gesteld, gaat op grond van de bewoordingen van dit artikel de werknemer die op het tijdstip van de overgang op basis van een arbeidsovereenkomst met de exploitant van de onderneming werkzaam is in die onderneming van rechtswege over naar de nieuwe exploitant van de onderneming. Mijns inziens kan in artikel 7:663 BW niet worden gelezen dat ook de werknemer die op basis van een arbeidsovereenkomst met een ander dan de exploitant van de onderneming werkzaam is in de onderneming overgaat bij de overgang van die onderneming. Anders dan de bewoordingen van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn bieden de bewoordingen van artikel 7:663 BW daarvoor geen ruimte. Om die reden had het Hof Amsterdam er wellicht beter aan gedaan zijn oordeel te baseren op een redelijke wetstoepassing van artikel 7:663 BW. De motivatie voor de uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 7:663 BW op deze grond zou dan zijn dat een letterlijke uitleg van deze bepaling zou leiden tot het in verband met een juiste uitleg van de Richtlijn onaanvaardbare resultaat dat de permanent in een onderneming werkzame, maar niet in dienst van de exploitant van deze onderneming zijnde werknemer nimmer beschermd zou zijn bij overgang van onderneming.

Bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij de intra-concern gedetacheerde werknemer permanent is tewerkgesteld, gaan mijns inziens – en zoals tevens volgt uit het verwijzingsarrest van het Hof Amsterdam – de uit zijn arbeidsovereenkomst met de personeels-BV voortvloeiende rechten en plichten van rechtswege mee over. Dat heeft naar mijn mening dezelfde juridische gevolgen als de overgang van de arbeidsovereenkomst in een ‘gewone’ overgangssituatie. De arbeidsovereenkomst met de personeels-BV eindigt van rechtswege en na de overgang blijft niet zoiets als een ‘lege arbeidsovereenkomst’ bestaan met de personeels-BV. Een andere vraag is welke gevolgen de overgang van de intra-concern gedetacheerde werknemer heeft voor de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemder gedurende een jaar na de overgang op grond van artikel 7:663 BW. Is in deze situatie de groepsmaatschappij waarbij de werknemer tot de overgang was tewerkgesteld naast, of in plaats van de personeels-BV aansprakelijk, of kan de werknemer alleen de

personeels-BV gedurende een jaar na de overgang aanspreken voor de tot de overgang uit de arbeidsovereenkomst voortgevloeide verplichtingen? Het Hof van Justitie gaat hier niet op in. Omdat in de Richtlijn aan de lidstaten de keuze is gelaten deze hoofdelijke aansprakelijkheid al dan niet in hun nationale wetgeving op te nemen, bestaan naar mijn mening in verband met het werkgeverschap van de personeels-BV ex artikel 7:610 lid 1 BW goede gronden de richtlijnconforme interpretatie van artikel 7:663 BW op grond van het Albron-arrest te beperken tot de uitleg van het werkgeversbegrip in het kader van de overgang van de arbeidsovereenkomst. De Nederlandse regering koos voor het opnemen van de hoofdelijke aansprakelijkheid in artikel 7:663 BW omdat zij wilde voorkomen dat de voormalige werkgever als gevolg van het van rechtswege overgaan van de werknemer ook volledig bevrijd zou zijn van de op dat tijdstip reeds uit de arbeidsovereenkomst voortgevloeide verplichtingen. Dan ligt voor de hand dat de werknemer na de overgang, naast de verkrijger, uitsluitend de personeels-BV kan aanspreken op grond van artikel 7:663 BW omdat deze als zijn voormalige werkgever ook voor de overgang aansprakelijk was voor de uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.

Als gevolg van de wijze waarop het Hof van Justitie de Richtlijn uitlegt in het Albron-arrest, is het toepassingsgebied van artikel 7:663 BW uitgebreid. De vervreemder kan nu voor de toepassing van artikel 7:663 BW eveneens als werkgever van de werknemer worden beschouwd wanneer de werknemer anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst met de vervreemder permanent werkzaam is in de overgaande onderneming. In het Albron-arrest licht het Hof van Justitie niet toe wanneer de werknemer naar zijn oordeel permanent is tewerkgesteld bij de groepsmaatschappij. Permanent impliceert naar mijn mening niet dat de werknemer op het tijdstip van de overgang gedurende een bepaalde (minimum)periode tewerkgesteld moet zijn bij de groepsmaatschappij. Ik lees de overwegingen van het Hof van Justitie zo, dat de werknemer op basis van zijn arbeidsovereenkomst met de intra-concern detacherende groepsmaatschappij exclusief moet zijn tewerkgesteld bij een bepaalde groepsmaatschappij. Het Albron-arrest zou dan geen gevolgen hebben in de situatie waarin de werknemer op basis van zijn arbeidsovereenkomst met de personeels-BV telkens voor bepaalde perioden wordt gedetacheerd – én ook daadwerkelijk gedetacheerd is geweest – bij verschillende groepsmaatschappijen. Wanneer in deze situatie de onderneming van een groepsmaatschappij overgaat in de periode dat deze werknemer bij deze groepsmaatschappij is gedetacheerd, gaat deze werknemer mijns inziens niet over omdat dan geen sprake is van permanente tewerkstelling in de zin van het Albron-arrest.

De omstandigheid in het Albron-arrest dat de werknemer een arbeidsovereenkomst had met een contractuele werkgever die deel uitmaakte van dezelfde groep als de niet-contractuele werkgever vormt in de overwegingen van het Hof van Justitie geen zelfstandige voorwaarde voor het bestaan van een arbeidsbetrekking met de niet-contractuele werkgever. Het ruimere werkgeversbegrip dat het Hof van Justitie hanteert bij de uitleg van artikel 3 van de Richtlijn zou daarom eveneens van toepassing kunnen zijn bij andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen dan intra-concern detachering. Dat is niet aan de orde bij uitzending. De uitzendkracht is voor de toepassing van de Richtlijn werkzaam in de onderneming van het

uitzendbureau en niet (eveneens) in de onderneming van de inlener. Dat is mijns inziens niet anders wanneer de uitzendkracht langdurig is tewerkgesteld bij dezelfde inlener. In deze laatste situatie is naar mijn mening echter wel van belang of de uitzendwerkgever op het tijdstip van de overgang (nog steeds) een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. Is dat niet (meer) het geval, dan zou deze 'uitzendkracht' mijns inziens wel op de voet van het Albron-arrest kunnen overgaan bij de overgang van de onderneming van deze inlener. Dat is naar mijn mening eveneens mogelijk bij andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij de werknemer, evenals bij intra-concern detachering, op basis van de activiteiten van die contractuele werkgever niet kan worden aangemerkt als werkzaam in de onderneming van die contractuele werkgever. Daarbij denk ik met name aan payrolling (als zou worden aangenomen dat bij payrolling een arbeidsovereenkomst bestaat tussen de payrollwerknemer en het payrollbedrijf). Bij payrolling fungeert het payrollbedrijf uitsluitend als de juridische werkgever van de door de opdrachtgever geworven en geselecteerde werknemer en vervult hij uit dien hoofde hoofdzakelijk de aan de arbeidsovereenkomst verbonden financiële en administratieve verplichtingen. Evenmin als de activiteiten van de personeels-BV in een groep, kunnen naar mijn mening de activiteiten van het payrollbedrijf worden beschouwd als een onderneming waarin de payrollwerknemer voor de toepassing van de Richtlijn geacht kan worden werkzaam te zijn.