



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

HvJ EU (conclusie A-G) (EUR C-242/09: Albron Catering BV/FNV en Roest: einde heersende Heidemij-leer?)

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2010

Document Version

Final published version

Published in

AR Updates Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2010). HvJ EU (conclusie A-G) (EUR C-242/09: Albron Catering BV/FNV en Roest: einde heersende Heidemij-leer?). 12. Case note on: HvJ EU, 3/06/10 *AR Updates Arbeidsrecht*, 2010(15/06).

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.

commentaar op	Hof van Justitie EU (Conclusie A-G) 3-6-2010, EUR C-242/09, (Albron Catering BV/FNV en Roest)
datum	15-06-2010
auteur	J.P.H. Zwemmer

Einde heersende Heidemij-leer?

1. In zijn veelbesproken vonnis van 15 maart 2006, *JAR* 2006/80 oordeelde de kantonrechter te Utrecht dat bij de overgang van de onderneming van een tot een concern behorende vennootschap de daarbij duurzaam tewerkgestelde, maar formeel in dienst van een andere concernmaatschappij zijnde werknemers, van rechtswege overgingen naar de verkrijger van die onderneming. Met dit oordeel week de kantonrechter af van wat op dat moment al ruim 23 jaar de heersende leer was in de (lagere) rechtspraak in Nederland. In zijn vonnis overwoog de kantonrechter dat, mede gelet op het feit dat binnen het Heineken-concern in Nederland al het personeel in dienst is van één concernmaatschappij, Heineken Nederlands Beheer B.V., en dit personeel wordt gedetacheerd bij de afzonderlijke werkmaatschappijen van het Heineken-concern in Nederland 'en zonder dat zich voordoet het element van specifiek beoogde en gewenste flexibiliteit in de zin van herhaaldelijk kortstondige detacheringen of uitzendingen, zoals bij een typische uitzendwerkgever', deze werknemers dienen te worden beschermd door Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van onderneming (de Richtlijn) wanneer de onderneming van de werkmaatschappij (in casu Heineken Nederland B.V.) overgaat naar een derde. De werknemer die op grond van zijn arbeidsovereenkomst met de formele 'en verder activiteitenloze' werkgever 'geruime tijd' werkzaamheden bij een tot hetzelfde concern behorende werkgever verricht kan zich naar het oordeel van de kantonrechter beroepen op art. 3 van de Richtlijn.

2. De kantonrechter motiveerde zijn oordeel met een verwijzing naar het arrest Botzen (HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 902). Hoewel de kantonrechter constateerde dat in het arrest Botzen geen sprake was van een onderscheid tussen de formele en de materiële werkgever, gaf dit arrest volgens de kantonrechter wel een aanwijzing hoe het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof) tegen deze kwestie aan zou kijken. De kantonrechter overwoog dat denkbaar zou kunnen zijn dat het Hof, ook indien sprake zou zijn van een onderscheid tussen de formele en de materiële werkgever, zou oordelen dat bij overgang van onderneming de arbeidsverhouding overgaat, 'die in hoofdzaak wordt gekenmerkt door de band tussen de werknemer en het onderdeel van de onderneming waar hij, voor de uitoefening van zijn taak, is aangesteld'. Daardoor zou de rol van de formele werkgever, die deze band niet kent, van ondergeschikt belang zijn in het kader van de overgang van de arbeidsovereenkomst van de werknemer. Op basis van de door het Hof in het arrest Botzen (en ook in dat van 25 juli 1991, *NJ* 1994, 168 (d'Urso e.a.)) gegeven antwoorden op de aan hem gestelde prejudiciële vragen was volgens de kantonrechter sprake van een *acte éclairée*. Niet alleen het feit dat de werknemers feitelijk werkzaam waren bij de overgaande onderneming leidde tot het oordeel van de kantonrechter dat zij van rechtswege overgingen krachtens de Richtlijn. Uit het vonnis van de kantonrechter blijkt dat nog vier feitelijke omstandigheden een rol speelden bij de totstandkoming van dit oordeel. Alle werknemers van het Heineken-concern in Nederland waren in dienst bij Heineken Nederlands Beheer B.V.; deze vennootschap behoorde tot hetzelfde concern als de materiële werkgever, Heineken Nederland B.V.; de werknemer had zijn werkzaamheden gedurende geruime tijd (15 jaar) bij de in Heineken Nederland B.V. ondergebrachte cateringactiviteiten verricht en door Heineken Nederlands Beheer B.V. werden verder geen (ondernemings)activiteiten verricht.

3. In hoger beroep constateerde het Hof Amsterdam op 29 mei 2008, *JAR* 2008/218 dat de in dienst van Heineken Nederlands Beheer B.V. zijnde werknemers werden aangenomen en ingezet ten behoeve van één werkmaatschappij wegens hun specifieke kennis en vaardigheden en niet aan de orde was dat zij op enig moment zouden kunnen worden tewerkgesteld bij een andere werkmaatschappij binnen het Heineken-concern. Tevens constateerde het Hof Amsterdam dat de hiervoor beschreven intra-concern detachingsstructuur al ruim twintig 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 art. 7:663 BW zou meebrengen dat de intra-concern detachering binnen het Heineken-concern 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 art. 7:663 BW de eis wordt gesteld dat de vervreemder van de over te dragen onderneming ook de (formele) 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. Het Hof Amsterdam besloot daarom deze kwestie in de vorm van prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof (in zijn arrest van 30 juni 2009, *JAR* 2009/195 herformuleerde het Hof Amsterdam de prejudiciële vraag). De prejudiciële vragen die het Hof Amsterdam voorlegde aan het Hof luiden als volgt:

'1. Moet Richtlijn 2001/23/EG aldus worden uitgelegd dat van de in artikel 3 lid 1 eerste volzin bedoelde overgang van rechten en verplichtingen op de verkrijger uitsluitend sprake is indien de vervreemder van de over te dragen onderneming ook de formele werkgever is van de betrokken werknemers of brengt de door de richtlijn beoogde bescherming van werknemers mee dat bij overgang van een onderneming van de tot een concern behorende werkmaatschappij de rechten en verplichtingen ten opzichte van de ten behoeve van deze onderneming werkzame werknemers op de verkrijger overgaan indien al het binnen het concern werkzame personeel in dienst is van een (eveneens tot dat concern behorende) personeelsvennootschap die fungeert als centrale werkgeefster?

2. Hoe luidt het antwoord op het tweede deel van de eerste vraag indien werknemers als daar bedoeld die ten behoeve van een tot een concern behorende onderneming werkzaam zijn in dienst zijn van een andere, eveneens tot dat concern behorende vennootschap, niet zijnde een

personeelsvennootschap zoals in de eerste vraag omschreven?’

De vragen komen er in wezen op neer of de Richtlijn uitsluitend beoogt te beschermen de werknemer die een arbeidsovereenkomst heeft met de vervreemder of dat in bepaalde omstandigheden – als aan de orde in de Albron-zaak – ook de werknemer die alleen feitelijk werkzaam is in de door de vervreemder overgedragen onderneming wordt beschermd.

4. In zijn conclusie stelt A-G Bot 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. Vervolgens betoogt de A-G dat materieel weinig verschil bestaat tussen de situatie waarin de permanent bij één concernmaatschappij tewerkgestelde werknemer formeel in dienst is bij een andere concernmaatschappij en de situatie waarin deze werknemer wél in dienst is bij de concernmaatschappij waarbij hij werkzaam is. Enerzijds is, zo meent de A-G, een dergelijke werknemer immers geïntegreerd in de structuur van deze vennootschap van tewerkstelling en draagt hij bij tot de uitoefening van de economische activiteit van deze laatste. Anderzijds verleent het permanente karakter van zijn tewerkstelling aan de arbeidsverhouding met bedoelde vennootschap dezelfde duur als die welke voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst met de werkgeversvennootschap. De vennootschap van tewerkstelling kan dus voor onbepaalde tijd beschikken over een werknemer die zij kan opleiden volgens haar behoeften. Zij profiteert ook van de ervaring die deze werknemer heeft opgedaan bij het verrichten van zijn werkzaamheden in haar dienst, in voorkomend geval voor de gehele duur van zijn beroepsleven, zoals zij zou kunnen doen indien zij zijn juridische werkgever was. Deze intra-concern detachering is volgens de A-G niet te vergelijken met uitzending door een uitzendbureau. Een uitzendkracht wordt immers slechts tijdelijk ter beschikking van een inlenende vennootschap gesteld en niet persoonlijk gekozen door de vennootschap van tewerkstelling, maar geselecteerd door het uitzendbureau. De door het Hof in het arrest Jouini e.a. (13 september 2007, *JAR* 2007/252) gemaakte analyse, volgens welke een uitzendkracht, wat de toepassing van de Richtlijn betreft, is verbonden aan het uitzendbureau dat hem tewerkstelt, is volgens de A-G niet aan de orde in geval van intra-concern detachering.

5. De A-G concludeert dan dat, gezien ‘het doel en het stelsel’ van de Richtlijn, de wijze van organisatie van de arbeidsverhoudingen binnen een concern als Heineken in Nederland, zo moet worden begrepen dat de werkgeversvennootschap de arbeidsovereenkomsten van de werknemers van het concern aangaat voor rekening van elk van de werkmaatschappijen waarbij deze werknemers worden tewerkgesteld. De omstandigheid dat de arbeidsovereenkomsten van de bij de overgedragen vennootschap tewerkgestelde werknemers met een andere vennootschap van het concern zijn gesloten mag om die reden naar mening van 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 concerns 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 bij de overgang van de onderneming van de concernmaatschappij waarbij deze tewerk is gesteld is naar mening van de A-G de duurzaamheid van de band tussen de werknemer en deze onderneming. In zijn conclusie kiest de A-G voor een materiële benadering bij de beantwoording van de voorgelegde prejudiciële vragen en maakt hij in enkele overwegingen die betrekking hebben op het doel van de Richtlijn afgezet tegen de praktijk van intra-concern detachering als aan de orde in de Albron-zaak, korte metten met de sinds 1982 in Nederland heersende leer. Voor deze heersende leer bestaan echter goede formele gronden. De vraag die ik mijzelf in dit commentaar stel is of een meer formele (juridisch-systematische) benadering van de voorgelegde prejudiciële vragen tot een andere conclusie dan die van de A-G leidt.

6. In de Richtlijn ontbreekt een definitie van de werknemer, wiens rechten de Richtlijn bij verandering van de ondernemer beoogde veilig te stellen. Art. 3 lid 1 van de Richtlijn bepaalt wel dat ‘de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, (...) door deze overgang op de verkrijger over(gaan)’. Deze bepaling werd geïmplementeerd in art. 7:663 BW, dat 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 over(gaan) op de verkrijger’. In zowel art. 3 van de Richtlijn als in art. 7:663 BW wordt met de overgaande werknemer dus bedoeld de werknemer die een arbeidsovereenkomst heeft met de vervreemder. Dit wordt bevestigd in de rechtspraak van het Hof. In het arrest Wendelboe (7 februari 1985, *NJ* 1985, 901) overwoog het Hof dat de Richtlijn van toepassing is op de persoon die uit hoofde van de wetgeving van de betrokken lidstaat (op enigerlei wijze) als werknemer bescherming geniet. Uit de arresten Mikkelsen (11 juli 1985, *NJ* 1988, 907) en d’Urso (25 juli 1991, *NJ* 1994, 168) volgt dat de werknemer op het tijdstip van de overgang een arbeidsovereenkomst dient te hebben met de vervreemder van de overgaande onderneming. Dat betekent dat de intra-concern gedetacheerde werknemer – wanneer ervan uit wordt gegaan dat de intra-concern gedetacheerde werknemer naar Nederlands arbeidsrecht in dienst is bij de intra-concern detacherende concernmaatschappij – niet van rechtswege overgaat in geval van overgang van de onderneming van de concernmaatschappij waarbij hij gedetacheerd is. De overwegingen van het Hof in het arrest Botzen doen hier in beginsel niet aan af. In de zaak die de grond vormde voor de in dit arrest door het Hof beantwoorde vragen was de werknemer immers in dienst bij de vervreemder en stond centraal de vraag welke werknemers bij de overgang van een deel van de onderneming krachtens art. 3 van de Richtlijn van rechtswege overgingen naar de verkrijger.

7. Gaan intra-concern gedetacheerde werknemers bij deze juridisch-systematische benadering van de Richtlijn dan nimmer van rechtswege over naar de verkrijger bij overgang van (het deel van) de onderneming van de concernmaatschappij waarbij zij (werkzaam en) gedetacheerd zijn?

8. Wanneer binnen de overgaande ondernemingsactiviteit de werknemers de voornaamste factor vormen kan toch sprake zijn van overgang van

onderneming, indien de verkrijger een naar aantal en deskundigheid wezenlijk deel van de bij die activiteit werkzame werknemers in dienst neemt (zie o.a. HvJ EG 11 maart 1997, *JAR* 1997/91 (Süzen) en 24 januari 2002, *JAR* 2002/47 (Temco)). In dat geval is sprake van een zogenoemde arbeidsintensieve onderneming. In zijn noot bij het vonnis van de kantonrechter te Utrecht in *Ondernemingsrecht* 2006/87 betoogt Grapperhaus dat de intra-concern gedetacheerde werknemers in die zaak wel krachtens overgang van onderneming over zouden kunnen gaan indien naast de overgang van de cateringactiviteit sprake was geweest van de overgang van de arbeidsintensieve onderneming van Heineken Nederlands Beheer B.V., bestaande uit de personeelsinzet naar Heineken Nederland B.V. In dat geval zou dan wel een wezenlijk deel van het cateringpersoneel dat voorheen vanuit Heineken Nederlands Beheer B.V. bij Heineken Nederland B.V. werd gedetacheerd in dienst moeten zijn genomen door de derde (Albron). Mijns inziens kan op deze voet geen sprake zijn van het van rechtswege overgaan van de bij Heineken Nederlands Beheer B.V. (ik spreek hierna duidelijkheidshalve van de personeels-B.V.) in dienst zijnde intra-concern gedetacheerde werknemers op grond van de Richtlijn. Ik licht dit toe aan de hand van twee overgangssituaties die zich voor kunnen doen bij intra-concern detachering.

9. In de eerste overgangssituatie wordt de intra-concern detachering van werknemers in dienst bij de personeels-B.V. naar de andere concernmaatschappij gestaakt en gaat deze concernmaatschappij vervolgens werknemers bij een derde inlenen, bijvoorbeeld bij een uitzendbureau of een payrollonderneming. In deze overgangssituatie blijft de ondernemingsactiviteit dus bij de concernmaatschappij en eindigt de intra-concern detachering van werknemers van de personeels-B.V. bij deze concernmaatschappij. Zou in deze situatie sprake kunnen zijn van een overgang op grond van de Richtlijn van de tot dat tijdstip bij deze concernmaatschappij gedetacheerde werknemers naar de derde, indien deze een wezenlijk deel van hen in dienst neemt en zij vervolgens in dienst van die derde dezelfde werkzaamheden gaan verrichten voor de concernmaatschappij? Dat zou het geval zijn indien de personeels-B.V. zou kunnen worden aangemerkt als vervreemder van de onderneming. Om als vervreemder te kunnen worden beschouwd dient de personeels-B.V. echter volgens art. 2 lid 1 sub a van de Richtlijn te gelden als de (feitelijke) exploitant van de overgaande onderneming. Ik meen dat daarvan bij intra-concern detachering geen sprake kan zijn. Dat zou alleen het geval kunnen zijn wanneer de personeels-B.V. zou worden beschouwd als een uitzendbureau. In het arrest Jouini e.a. oordeelde het Hof dat de Richtlijn ook van toepassing kan zijn op de overgang van uitzendactiviteiten. De verkrijger dient dan, kort gezegd, (een deel van) de uitzendkrachten en (een deel van) het bij het uitzendbureau ten behoeve van de uitzendkrachten aangestelde administratie/kantoorpersoneel in dienst dient te nemen dat operationeel is zonder inschakeling van andere belangrijke middelen of onderdelen van de vervreemder.

10. Net als de A-G meen ik echter dat de intra-concern detacheringsactiviteit van de personeels-B.V. niet op dezelfde voet als de activiteiten van een uitzendbureau als onderneming in de zin van de Richtlijn kan worden beschouwd. Ook wanneer de personeels-B.V. het bij de andere concernmaatschappijen benodigde personeel werft en selecteert en de P&O-werkzaamheden van al het bij het concern werkzame personeel verricht, is sprake van activiteiten die de personeels-B.V. als verlengstuk – of zoals de A-G betoogt voor rekening – van de andere concernmaatschappijen verricht. Anders dan een personeels-B.V. werft een uitzendbureau opdrachtgevers om de bij haar in dienst zijnde uitzendwerknemers tijdelijk ter beschikking te stellen tegen commerciële tarieven. Deze allocatiefunctie die de onderneming van het uitzendbureau kenmerkt, ontbreekt bij de personeels-B.V. Datzelfde geldt overigens voor het winst oogmerk dat uitzendbureaus hebben. Waar uitzendbureaus winst maken door hun opdrachtgevers een zo hoog mogelijke prijs te laten betalen voor het tijdelijk gebruik maken van hun werknemers, worden de salarissen en kosten van al het bij de personeels-B.V. werkzame personeel – inclusief de salarissen en kosten van de bij de personeels-B.V. in dienst zijnde administratieve en P&O-medewerkers – betaald uit de omzet die de andere concernmaatschappijen maken. De intra-concern detacheringsactiviteiten van de personeels-B.V. kunnen derhalve mijns inziens niet worden beschouwd als een economische eenheid. Ook indien geoordeeld zou worden dat dit wel het geval kan zijn, zou de ‘onderneming’ van deze personeels-B.V.’s bestaan uit het verrichten van deze administratieve, wervings- en begeleidingstaken en niet uit het werkgever zijn van alle werknemers binnen het concern (vgl. Beltzer in *Arbeidsrecht* 2005/5, 27). Dat betekent dat wanneer een derde deze administratieve, wervings- en begeleidingstaken gaat verrichten en dit een overgang van onderneming impliceert, uitsluitend de werknemers van de personeels-B.V. die deze administratieve, wervings- en begeleidingstaken verrichten zouden overgaan. Ook in dit geval blijven de overige bij de personeels-B.V. in dienst zijnde intra-concern gedetacheerde werknemers in dienst van de personeels-B.V.

11. De tweede situatie is die welke aan de orde was in de in de Albron-zaak. In deze situatie blijft de ondernemingsactiviteit niet bij de concernmaatschappij maar wordt deze voortgezet door een derde. De intra-concern detachering eindigt hier dus doordat de ondernemingsactiviteit van de concernmaatschappij waarbij werknemers van de personeels-B.V. gedetacheerd zijn zélf overgaat naar een derde. Kunnen in deze situatie de door de personeels-B.V. bij deze concernmaatschappij gedetacheerde werknemers op grond van de Richtlijn overgaan naar de derde indien sprake is van een arbeidsintensieve onderneming en deze derde een wezenlijk deel van de bij de overgegang ondernemingsactiviteit gedetacheerde werknemers in dienst neemt? Ik meen van niet. Doordat in deze situatie de ondernemingsactiviteit van de concernmaatschappij waarbij werknemers van de personeels-B.V. zijn gedetacheerd overgaat naar een derde, eindigt de intra-concern detachering. Omdat deze concernmaatschappij en niet de personeels-B.V. de vervreemder is van de overgaande onderneming heeft dit dan niet de overgang van de in dienst van de personeels-B.V. zijnde werknemers tot gevolg. Hoewel in dit geval juist het door de verkrijger overnemen van een wezenlijk deel van deze werknemers een overgang zou constitueren, maakt dit de personeels-B.V. als werkgever van deze werknemers niet de (feitelijke) exploitant en daarmee op grond van art. 2 lid 1 sub a van de Richtlijn de vervreemder van de overgaande onderneming. Nu voor de concernmaatschappij als vervreemder van de ondernemingsactiviteit geen rechten en verplichtingen voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten met de bij de overgaande onderneming werkzame (intra-concern gedetacheerde) werknemers – deze zijn immers in dienst bij de personeels-B.V. – gaan ook in deze tweede overgangssituatie deze werknemers niet van rechtswege over. Dit is niet anders indien geoordeeld zou worden dat de activiteiten van de personeels-B.V. kunnen worden aangemerkt als een arbeidsintensieve onderneming en de derde een wezenlijk deel van de intra-concern gedetacheerde werknemers in dienst neemt. Omdat de ‘onderneming’ van de personeels-B.V. dan zou bestaan uit het verrichten van administratieve, wervings- en begeleidingstaken (en niet uit het werkgever zijn van alle werknemers binnen het concern) zou dit net als in de voormelde eerste overgangssituatie alleen kunnen leiden tot het van rechtswege overgaan van de werknemers van de personeels-B.V. die deze administratieve, wervings- en begeleidingstaken verrichten.

12. In de juridisch-systematische benadering van de toepassing van de Richtlijn bij intra-concern detachering zouden dus mijns inziens de intra-concern gedetacheerde werknemers altijd in dienst blijven van de personeels-B.V. in geval van de overgang van (het deel van) de onderneming van de concernmaatschappij (waarbij zij gedetacheerd zijn). Daarmee zou de intra-concern gedetacheerde werknemer nog minder bescherming aan de Richtlijn ontnemen dan een uitzendkracht. Anders dan de activiteiten van de personeels-B.V. kunnen de uitzendactiviteiten van een uitzendbureau immers nog als een onderneming in de zin van de Richtlijn worden beschouwd, waardoor de arbeidsovereenkomst van de uitzendkracht van rechtswege over kan gaan in geval van de overgang van (een deel van) de uitzendactiviteiten naar een derde. Daarnaast zijn de consequenties van de overgang van de onderneming van de inlener en van de concernmaatschappij heel verschillend voor de uitzendkracht en de intra-concern gedetacheerde werknemer. Zo zal voor de uitzendkracht de overgang van de onderneming van de inlener het gevolg hebben dat de inlener de opdrachtovereenkomst met zijn uitzendwerkgever beëindigt en het uitzendbureau op zoek gaat naar een andere opdrachtgever om de uitzendkracht aan ter beschikking te stellen. Dat laatste behoort tot de gebruikelijke bedrijfsactiviteiten van een uitzendwerkgever en maakte ook deel uit van de afspraken tussen uitzendwerkgever en uitzendwerknemer bij het aangaan van de uitzendovereenkomst. De uitzendkracht zal dus, gelet op de allocatieve functie die de uitzendwerkgever vervult op de arbeidsmarkt, op korte termijn aan een nieuwe opdrachtgever ter beschikking worden gesteld. Voor de intra-concern gedetacheerde werknemer ligt dit geheel anders. Slechts een klein deel van de binnen het concern werkzame werknemers zal – al dan niet in het kader van zogenoemde ‘management development programs’ – bij verschillende concernmaatschappijen werkzaam kunnen zijn. De meerderheid is in dienst genomen door de personeels-B.V. om bepaalde werkzaamheden permanent en exclusief te verrichten bij één concernmaatschappij. Wanneer de onderneming van deze concernmaatschappij dan overgaat, verliest deze werknemer zijn werk. Omdat de personeels-B.V. geen uitzendbureau is en de werknemer juist op basis van zijn vaardigheden en kwaliteiten in dienst werd genomen om werkzaam te zijn bij de overgegangende onderneming, zal dit veelal tevens het einde van zijn arbeidsovereenkomst impliceren. De intra-concern gedetacheerde werknemer die permanent en exclusief werkzaam is bij een concernmaatschappij verliest dus uiteindelijk zijn baan als gevolg van de overgang en verkeert daarmee in dezelfde positie als die waarin alle werknemers in Nederland verkeerden bij overgang van onderneming voordat de Richtlijn in 1981 werd geïmplementeerd.

13. De uitkomst van de juridisch-systematische benadering van de toepassing van de Richtlijn bij intra-concern detachering, die erop neerkomt dat deze niet van toepassing is op de intra-concern gedetacheerde werknemer, verdraagt zich mijns inziens niet met het doel van de Richtlijn. Zeker wanneer die intra-concern gedetacheerde werknemer op grond van zijn vaardigheden en kwaliteiten in dienst was genomen om uitsluitend werkzaamheden te verrichten bij één bepaalde ondernemingsactiviteit. 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 werkzaamheden, zoals volgt uit de preambule bij het voorstel van de Richtlijn en uit de opzet van de Richtlijn. Bij gebreke van de bescherming van de Richtlijn zou in geval van overgang van onderneming de werknemer wel in dienst blijven bij de vervreemder maar als gevolg van de overgang van de onderneming wel zijn werk verliezen, hetgeen – indien de vervreemder hem geen andere werkzaamheden aan kan bieden – zou leiden tot zijn ontslag. 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 van de oude exploitant van de onderneming naar de nieuwe exploitant van de onderneming. Als gevolg van de in de Richtlijn en rechtspraak van het Hof vereiste dubbele binding voor het van toepassing zijn van de Richtlijn wordt echter uitsluitend de bij de vervreemder werkzame én in dienst zijnde werknemer beschermd tegen het verlies van zijn werkzaamheden als gevolg van de overgang van de ondernemingsactiviteit waarbij hij werkzaam is, waardoor de intra-concern gedetacheerde werknemer achter het net vist.

14. Hoewel de intra-concern gedetacheerde werknemer bij een juridisch-systematische benadering van de Richtlijn mijns inziens niet van rechtswege overgaat naar de verkrijger in geval van overgang van (het deel van) de onderneming van de concernmaatschappij waarbij hij gedetacheerd is, deel ik op grond van de in de vorige twee alinea's geschetste consequenties van deze benadering de conclusie van de A-G. Met deze figuur van intra-concern detachering is bij de totstandkoming van de Richtlijn geen rekening gehouden. Ik acht denkbaar dat het Hof bij de beantwoording van de door het Hof Amsterdam aan hem voorgelegde prejudiciële vragen tot het oordeel zou kunnen komen dat aan de intra-concern gedetacheerde werknemer de bescherming van de Richtlijn dient toe komen in geval van de overgang van de onderneming van de concernmaatschappij waarbij hij permanent en exclusief of duurzaam werkzaam is. In dat geval zou het Hof kunnen overwegen dat uitsluitend in het kader van de toepassing van art. 3 lid 1 van de Richtlijn de concernmaatschappij waarbij de werknemer werkzaam is als werkgever van de werknemer dient te worden beschouwd. Geen volledige vereenzelviging dus van de intra-concern detacherende concernmaatschappij of personeels-B.V. met de concernmaatschappij waarbij de werknemer werkzaam is, maar uitsluitend toerekening van werkgeverschap in het kader van de toepassing van art. 3 lid 1 van de Richtlijn. Dit leidt dan wel tot nieuwe complicaties. Wat gebeurt er bijvoorbeeld wanneer de intra-concern gedetacheerde werknemer weigert over te gaan? Eindigt zijn arbeidsovereenkomst met de personeels-B.V. dan van rechtswege of heeft hij in deze situatie het recht om in de vorm van een soort ‘Widerspruchsrecht’ zelf te bepalen of hij al dan niet over wil gaan? Naast op de vraag wanneer voldaan is aan het volgens de A-G beslissende criterium van een voldoende duurzame band tussen de intra-concern gedetacheerde werknemer en de overgaande onderneming, zal het Hof ook op deze vraag in dienen te gaan wanneer hij de A-G volgt in diens conclusie.