© AR Updates commentaar 2010-20, PDF gemaakt voor

AR UPDATES arbeidsrecht

commentaar op	Hof van Justitie EU 21-10-2010, EUR C-242/09, (Albron Catering/FNV Bondgenoten en Roest)
datum	26-10-2010
auteur	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

1. In AR Commentaar 2010-12 besprak ik de conclusie van A-G Bot van 3 juni 2010 in de Albron-zaak. In zijn arrest van 21 oktober jl. heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof) de A-G gevolgd in zijn oordeel dat de omstandigheid, dat de arbeidsovereenkomsten van de duurzaam bij de overgedragen onderneming werkzame werknemers met een andere concernmaatschappij zijn gesloten dan de concernmaatschappij die de onderneming exploiteert, niet mag beletten dat de uit die overeenkomsten voortvloeiende rechten en verplichtingen op de verkrijger overgaan krachtens Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van onderneming (de Richtlijn).

2. Aanleiding voor de in dit arrest door het Hof beantwoorde prejudiciële vragen vormde de uitbesteding van de cateringwerkzaamheden door Heineken aan Albron. In het kader van de uitbesteding van de cateringwerkzaamheden had Albron de cateringwerknemers een arbeidsovereenkomst met ongunstigere arbeidsvoorwaarden aangeboden en ontvingen zij van Heineken een vertrekpremie. De cateringwerknemers, vertegenwoordigd door FNV Bondgenoten, stelden zich echter op het standpunt dat hun arbeidsovereenkomsten krachtens overgang van onderneming waren overgegaan naar Albron en daarom hun oude, betere Heineken-arbeidsvoorwaarden waren blijven gelden. Albron stelde zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomsten van de cateringwerknemers niet op grond van art. 7:663 BW waren overgegaan, nu deze werknemers een arbeidsovereenkomst hadden met Heineken Nederlands Beheer B.V. en niet met Heineken Nederland B.V., de concernmaatschappij die voorheen binnen Heineken de cateringwerkzaamheden verrichtte (de werkmaatschappij). Tot 21 oktober jl. leek dit een juist standpunt. Sinds de Heidemij-zaak (Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, *NJ* 1982, 619) was in Nederland de heersende leer dat de werknemer een arbeidsovereenkomst diende te hebben met de vervreemder – dat wil zeggen met de feitelijke exploitant – van de overgaande onderneming. Dat betekende dat werknemers die werkzaam waren bij een tot een concern behorende in een rechtspersoon ingebrachte onderneming, maar een arbeidsovereenkomst sloten met een andere centrale werkgever binnen het concern (hierna personeels-B.V.), niet overgingen bij de verkoop of uitbesteding van die onderneming. Het Hof heeft hier in zijn arrest van 21 oktober jl. een streep door gezet. Het Hof baseert zijn oordeel op een bredere uitleg van het werkgeversbegrip in de Richtlijn. Op basis van deze bredere uitleg van het werkgeversbegrip in de Richtlijn wordt ook in geval van permanente intra-concern detachering voldaan aan het in eerdere rechtspraak van het Hof gestelde vereiste van dubbele binding (zie de arresten Wendelboe 7 februari 1985, *NJ* 1985, 901, Mikkelsen 11 juli 1985, *NJ* 1988, 907, d'Urso 25 juli 1991, *NJ* 1994, 168 in samenhang met het Botzen-arrest van 7 februari 1985, *NJ* 1985, 902) voor het van rechtswege overgaan van de intra-concern gedetacheerde werknemer in geval van overgang van de onderneming van de werkmaatschappij waarbij hij tewerkgesteld is.

3. Het Hof komt tot deze bredere uitleg van het werkgeversbegrip in r.o. 21 tot en met r.o. 31 van zijn arrest. Allereerst overweegt het Hof dat uit de bewoordingen van art. 2 lid 1 sub a van de Richtlijn volgt dat de vervreemder degene is die door een overgang in de zin van art. 1 lid 1 van de Richtlijn de hoedanigheid van werkgever – ondernemer – verliest. Naar het oordeel van het Hof had in de Albron-zaak de werkmaatschappij sinds de uitbesteding van de cateringactiviteiten haar hoedanigheid van 'niet-contractuele werkgever' van de cateringwerknemers verloren, waardoor niet kon worden uitgesloten dat zij kon worden beschouwd als vervreemder in de zin van voormelde bepaling uit de Richtlijn. Voorts, zo overweegt het Hof, blijkt uit de bewoordingen van art. 3 lid 1 van de Richtlijn dat de door de Richtlijn geboden bescherming bij verandering van ondernemer betrekking heeft op de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit op dat moment bestaande verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen op voorwaarde dat op grond van art. 2 lid 2 van de Richtlijn aan de hand van het nationale recht van de lidstaat moet worden uitgemaakt of sprake is van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. Het Hof legt art. 3 lid 1 van de Richtlijn dan 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' dient te bestaan. Dit leidt het Hof tot de gedachte dat in de opvatting van de Europese wetgever een contractuele band met de vervreemder niet in alle omstandigheden vereist is om werknemers aanspraak te geven op de bescherming van de Richtlijn. Nu anderzijds de Richtlijn geen blijk geeft van een rangorde tussen de arbeidsovereenkomst en de arbeidsbetrekking, dient in een situatie waarin sprake is van meerdere werkgevers niet stelselmatig meer gewicht te worden toegekend aan de werkgever waarmee de arbeidsovereenkomst werd gesloten, aldus het Hof. Dit betekent naar het oordeel van het Hof dat in het geval van intra-concern detachering als aan de orde in de Albron-zaak, de Richtlijn er niet aan in de weg staat dat de niet-contractuele werkgever waarbij de werknemers permanent zijn tewerkgesteld eveneens kan worden beschouwd als een vervreemder in de zin van de Richtlijn. Ten slotte overweegt het Hof dat het overgangsbegrip in art. 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 activiteiten van de overgedragen eenheid en die, uit dien hoofde, als werkgever van de werknemers van die eenheid arbeidsbetrekkingen heeft met die werknemers, eventueel niettegenstaande het ontbreken van contractuele relaties met die werknemers. Daarom prevaleert bij de bepaling van wie de vervreemder van die activiteiten is niet stelselmatig de band van de werknemer met de contractuele werkgever, omdat niet deze maar de niet-contractuele werkgever verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de overgedragen economische eenheid. Deze uitleg vindt naar het oordeel van het Hof steun in punt 3 van de considerans van de Richtlijn, dat de noodzaak onderstreept werknemers bij verandering van 'ondernemer' te beschermen. Volgens het Hof kan dit begrip in het geval van intra-concern detachering als aan de orde in de Albron-zaak immers ook doelen op de

materiële werkgever die verantwoordelijk is voor de leiding van de overgedragen activiteiten. Naar het oordeel van het Hof kan in deze omstandigheden, indien binnen een concern twee werkgevers naast elkaar bestaan, waarvan de één contractuele betrekkingen en de ander niet-contractuele betrekkingen heeft met de werknemers van dat concern, als een vervreemder in de zin van de Richtlijn ook worden beschouwd de niet-contractuele werkgever die verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de overgedragen eenheid en die uit dien hoofde arbeidsbetrekkingen heeft met de werknemers van die eenheid.

4. De kern van de hiervoor uiteengezette overwegingen van het Hof vormt een geheel nieuwe uitleg van de betekenis van en de verhouding tussen de in art. 3 lid 1 van de Richtlijn gehanteerde termen arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking. Naar het oordeel van het Hof is bij intra-concern detachering, zoals in de Albron-zaak, sprake van twee werkgevers in de zin van art. 3 lid 1 van de Richtlijn. Enerzijds bestaat een arbeidsovereenkomst met een contractuele werkgever – de formele werkgever – en anderzijds een arbeidsbetrekking met een niet-contractuele werkgever – de materiële werkgever. Ook deze materiële werkgever kan volgens het Hof als vervreemder in de zin van art. 2 lid 1 sub a van de Richtlijn worden beschouwd omdat deze als verantwoordelijke voor de economische activiteiten van de overgedragen eenheid ‘arbeidsbetrekkingen’ heeft met de bij die eenheid tewerkgestelde werknemers. Als gevolg van dit arrest gaat nu ook de intra-concern gedetacheerde werknemer met behoud van de uit zijn arbeidsovereenkomst met de personeels-B.V. (of andere centrale werkgever binnen het concern) voortvloeiende rechten en verplichtingen van rechtswege over wanneer de ondernemingsactiviteit waarbij hij permanent tewerkgesteld was overgaat. Omdat in Nederland de werknemer niet de keuze heeft achter te blijven bij de vervreemder eindigt dus op het moment van overgang zowel zijn ‘arbeidsbetrekking’ met de werkmaatschappij als zijn arbeidsovereenkomst met de personeels-B.V. (of andere centrale werkgever binnen het concern) van rechtswege. Het Hof heeft, hoewel Albron daar wel om verzocht had, de werking van het arrest niet in tijd beperkt tot de bij hem aanhangige zaken.

5. Deze overwegingen roepen nieuwe vragen op, waarvan ik er in dit commentaar enkele bespreek. De eerste vragen hebben betrekking op de wijze waarop het Hof betekenis geeft aan de term arbeidsbetrekking uit art. 3 lid 1 van de Richtlijn, waardoor ook de materiële werkgever vervreemder kan zijn in de zin van de Richtlijn. In de gedachte van het Hof impliceert het feit dat op grond van art. 3 lid 1 van de Richtlijn op het moment van de overgang sprake dient te zijn van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsbetrekking dat een contractuele band met de vervreemder niet in alle omstandigheden vereist is voor de overgang van de werknemer. Naar het oordeel van het Hof kan de relatie van de intra-concern gedetacheerde werknemer met de concernmaatschappij waarbij hij permanent is tewerkgesteld worden gekwalificeerd als een arbeidsbetrekking in de zin van art. 3 lid 1 van de Richtlijn. Dat kan het Hof wel vinden maar, zoals het Hof zelf ook opmerkt, dient op grond van art. 2 lid 2 van de Richtlijn aan de hand van het nationale recht te worden uitgemaakt of al dan niet een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking met de vervreemder van de onderneming bestaat. Daar wringt hier de schoen. Naar Nederlands recht is, althans daar wordt van uitgegaan, de intra-concern gedetacheerde werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst bij de intra-concern detacherende concernmaatschappij. De relatie van deze werknemer met de werkmaatschappij waarbij hij permanent gedetacheerd is, heeft geen aparte status of definitie in de regeling van de arbeidsovereenkomst van titel 10 Boek 7 BW en is een puur feitelijke verhouding. In de arbeidswetgeving wordt wel rekening gehouden met deze verhouding maar dit heeft uitsluitend betrekking op voorschriften inzake de veiligheid en het welzijn van de werknemer en constitueert niet zoiets als een arbeidsbetrekking naar nationaal recht tussen de intra-concern gedetacheerde werknemer en de werkmaatschappij (zo wordt in de Arbeidsomstandighedenwet en in de Arbeidstijdenwet de inlener als werkgever aangemerkt indien de ingeleende werknemer bij de inlener arbeid verricht die deze gewoonlijk doet verrichten en is de inlener op grond van art. 7:658 lid 4 BW aansprakelijk voor een veilige werkplek). Door te overwegen dat een arbeidsbetrekking in de zin van art. 3 lid 1 van de Richtlijn bestaat tussen de intra-concern gedetacheerde werknemer en de werkmaatschappij die de verantwoordelijkheid en leiding heeft over de economische activiteit van de economische eenheid waarbij de werknemer werkzaam is, breidt het Hof het werkgeversbegrip van de Richtlijn dus uit ten opzichte van de nationale wetgeving.

6. Ik acht deze verbreding van het werkgeverbegrip van art. 3 lid 1 voor de toepassing van de Richtlijn echter wel verenigbaar met art. 2 lid 2 van de Richtlijn. Ik lees de overwegingen van het Hof zo dat nog steeds sprake dient te zijn van een arbeidsovereenkomst naar nationaal recht, wil de werknemer op grond van een ‘arbeidsbetrekking’ met een andere ‘werkgever’ over kunnen gaan bij de overgang van de onderneming van die andere ‘werkgever’. Dat de Richtlijn geen afbreuk mag doen aan het nationale recht met betrekking tot de definitie van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking en ook art. 288 VWEU (voorheen art. 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, betekent mijns inziens 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 arrest van het Hof wel de wijze waarop art. 3 lid 1 van de Richtlijn is geïmplementeerd in art. 7:663 BW in de weg aan het met de Richtlijn beoogde resultaat. Op grond van het huidige art. 7:663 BW gaan 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’. Nu het Hof in r.o. 24 van zijn arrest overweegt dat in de opvatting van de Europese wetgever een contractuele band met de ‘werkgever in de onderneming’ niet in alle omstandigheden vereist is om de werknemers aanspraak te geven op de bescherming van de Richtlijn, dient art. 7:663 BW aldus te worden gelezen – en mijns inziens vergt dit zelfs ingrijpen door de wetgever – dat door de overgang van een onderneming ‘de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de vervreemder van die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst van een daar werkzame werknemer van rechtswege over(gaan) op de verkrijger’. Een dergelijke wijziging van de redactie van art. 7:663 BW maakt mogelijk dat, mits voldaan is aan de overige door het Hof gestelde criteria in zijn arrest, ook op grond van de nationale pendant van art. 3 lid 1 van de Richtlijn de bij de overgaande onderneming werkzame werknemer die geen contractuele band heeft met de vervreemder aanspraak kan maken op de bescherming van de Richtlijn.

7. Een tweede vraag die bij mij opkwam naar aanleiding van het arrest van het Hof is wat de consequenties van het door het Hof in dit arrest

geïntroduceerde bredere werkgeversbegrip zijn voor andere detacheringsvarianten waarbij de werknemer eveneens permanent tewerkgesteld is bij een materiële werkgever, maar geen arbeidsovereenkomst heeft met een personeels-B.V. maar met een derde, bijvoorbeeld een payrollonderneming. In r.o. 24 overweegt het Hof dat uit art. 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. De omstandigheden in de Albron-zaak die tot het oordeel van het Hof leidden dat de intra-concern gedetacheerde werknemers op grond van hun arbeidsbetrekkingen met de werkmaatschappij mee overgingen, bestonden hierin dat de werknemers (1) permanent waren tewerkgesteld bij de werkmaatschappij (r.o. 26) en deze (2) verantwoordelijk was voor de leiding van de economische activiteiten van de overgedragen eenheid (r.o. 28 en r.o. 30). Ook bij andere detacheringsvarianten dan intra-concern detachering door een tot hetzelfde concern als de werkmaatschappij behorende personeels-B.V. kan sprake zijn van deze omstandigheden. Zo wordt bij payrolling de payrollwerknemer permanent ter beschikking gesteld aan één onderneming en is de natuurlijke of rechtspersoon die deze onderneming exploiteert verantwoordelijk voor de leiding van de economische activiteiten van deze onderneming. Uit de overwegingen van het Hof volgt niet dat de omstandigheid dat, zoals aan de orde was in de Albron-zaak, de materiële en de formele werkgever deel uitmaakten van hetzelfde concern een zelfstandig vereiste vormt voor het van toepassing zijn van de Richtlijn bij de overgang van de onderneming van de materiële werkgever op de daarbij permanent tewerkgestelde werknemers. Ik acht daarom niet uitgesloten dat ook bij andere permanente detacheringsvarianten en in het bijzonder in geval van payrolling op basis van dit arrest geoordeeld zou kunnen worden dat de payrollwerknemer van rechtswege mee overgaat op grond van zijn 'arbeidsbetrekking' met de inlener/materiële werkgever. Een ander argument voor het van toepassing zijn van de Richtlijn in deze situatie is dat naar mijn mening – op dezelfde gronden als waarop ik in mijn vorige commentaar bij de conclusie van de A-G betoogde 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 – de activiteit van de payrollonderneming niet op dezelfde voet als de activiteiten van een uitzendbureau als onderneming in de zin van de Richtlijn kan worden beschouwd (zie hierover tevens mijn bijdragen in *TRA* 2009/2 en *TAP* 2010/1). Daardoor zou de payrollwerknemer – net als de intra-concern gedetacheerde werknemer voor 21 oktober jl. – als gevolg van de overgang van de onderneming van de inlener/materiële werkgever waarbij hij permanent is tewerkgesteld zijn werk en vervolgens waarschijnlijk zijn baan verliezen. Daarvoor steekt het Hof nu juist een stokje in zijn arrest in de Albron-zaak.

8. Ten slotte nog een opmerking over de consequenties van dit arrest voor andere uitbestedingen en overgangen van de afgelopen jaren waarbij intra-concern gedetacheerde werknemers niet of tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden in dienst werden genomen door de partijen die deze concernactiviteiten overnamen. Albron had het Hof verzocht de werking van zijn arrest in tijd te beperken tot de bij hem aanhangige zaken indien het Hof zou oordelen zoals het heeft geoordeeld. Ter ondersteuning hiervan had Albron enerzijds aangevoerd dat het aantal vorderingen tegen Heineken en andere ondernemingen die in een gelijksoortige situatie ondernemingsactiviteiten hadden overgedragen aanzienlijk zou zijn en de voormalige bij haar in dienst getreden werknemers van Heineken een vertrekpremie hadden ontvangen. Anderzijds had Albron gesteld dat de marktdeelnemers, gelet op de rechtspraak van het Hof, er gewettigd op hadden kunnen vertrouwen dat de Richtlijn alleen van toepassing was indien er een arbeidsovereenkomst met de vervreemder was gesloten. Het Hof overweegt dat slechts in uitzonderlijke gevallen beperkingen in tijd worden gesteld aan zijn arresten en wijst het verzoek van Albron zonder veel omhaal af. Opmerkelijk is dat Albron haar verzoek onderbouwt door te wijzen op de financiële consequenties die het uiteindelijke oordeel van het Hof voor Heineken en andere ondernemingsactiviteiten uitbestedende concerns zou hebben. Op grond van de Richtlijn en art. 7:662 e.v. BW zijn het immers juist Albron en de andere ondernemingen die in een gelijksoortige situatie ondernemingsactiviteiten overnamen die de financiële consequenties van het oordeel van het Hof voor hun kiezen krijgen indien zij met de voorheen intra-concern gedetacheerde werknemers minder gunstige arbeidsvoorwaarden overeenkwamen. Zij hebben naar nu uit het arrest van het Hof is gebleken in strijd met art. 7:663 BW minder gunstige arbeidsvoorwaarden afgesproken met de overgegane werknemers. Gelet op de verjaringstermijn van vijf jaren voor uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende vorderingen, zouden voormalige intra-concern gedetacheerde werknemers die in de afgelopen vijf jaren op basis van minder gunstige arbeidsvoorwaarden in dienst traden bij Albron en andere ondernemingen die in een gelijksoortige situatie ondernemingsactiviteiten overnamen, het verschil met hun voormalige arbeidsvoorwaarden kunnen vorderen (en dan laat ik de mogelijke vorderingen van intra-concern gedetacheerde werknemers aan wie destijds geen arbeidsovereenkomst werd aangeboden nog buiten beschouwing). Dat Albron het Hof anderzijds verzoekt de werking van zijn arrest in tijd te beperken op grond van het feit dat zij er gewettigd op kon vertrouwen dat de Richtlijn alleen van toepassing was indien er een arbeidsovereenkomst met de vervreemder was gesloten, komt mij daarentegen wel waarschijnlijk voor. Gelet op de – naar nu is gebleken – onjuiste wijze waarop de Nederlandse wetgever art. 3 lid 1 van de Richtlijn implementeerde in art. 7:663 BW kon naar mijn mening van enig 'gewettigd' vertrouwen zeker sprake zijn. In de juridisch-systematische benadering van de Richtlijn in mijn vorige commentaar bij de conclusie van de A-G ging ook mijns inziens de intra-concern gedetacheerde werknemer niet over in geval van de overgang van de werkmaatschappij. Het Hof heeft hierdoor echter met de in zijn arrest van 21 oktober jl. geïntroduceerde bredere uitleg van het werkgeversbegrip in de Richtlijn een streep gezet en daarmee een einde gemaakt aan de sinds 28 jaar heersende Heidemij-leer. Wellicht vormen deze omstandigheden voor de Nederlandse rechter wel een grond voor matiging van vorderingen van voormalig intra-concern gedetacheerde werknemers op grond van dit arrest en dan in ieder geval, net als de kantonrechter te Utrecht deed in zijn vonnis van 15 maart 2006, *JAR* 2006/80 waarmee het allemaal begon, een matiging van de wettelijke verhoging van art. 7:625 BW tot nihil indien aan deze werknemers destijds een vertrekpremie werd betaald.