TRA 2011, 4, Het Albron-arrest, de contractuele werkgever versus de niet-contractuele werkgever en de mogelijke gevolgen voor andere uitzendvarianten

Vindplaats:	TRA 2011, 4	**Bijgewerkt tot:**	24-01-2011
Auteur:	Mr. J.P.H. Zwemmer[1]		

Het Albron-arrest, de contractuele werkgever versus de niet-contractuele werkgever en de mogelijke gevolgen voor andere uitzendvarianten

In het Albron-arrest oordeelt het Hof van Justitie van de Europese Unie dat bij de overgang van een tot een concern behorende onderneming naar een onderneming buiten dat concern, ook de permanent bij die onderneming tewerkgestelde, maar in dienst van een andere concernmaatschappij zijnde werknemer overgaat. In dit artikel worden de overwegingen van het Hof geanalyseerd en de gevolgen van de uitbreiding van het werkgeversbegrip in de zin van Richtlijn 2001/23/EG besproken. Daarna wordt ingegaan op de mogelijke gevolgen van dit arrest voor andere uitzendvarianten, in het bijzonder payrolling, waarbij de werknemer een arbeidsovereenkomst sluit met een andere partij dan die bij wiens onderneming hij permanent wordt tewerkgesteld.

Inleiding

Op 21 oktober 2010 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie arrest gewezen in de Albron-zaak. Het Hof oordeelt dat bij de overgang van een tot een concern behorende onderneming naar een onderneming buiten dat concern, ook de permanent bij die onderneming tewerkgestelde, maar in dienst van een andere concernmaatschappij zijnde werknemer overgaat. Hierna worden de overwegingen van het Hof geanalyseerd en de gevolgen van de uitbreiding van het werkgeversbegrip in de zin van Richtlijn 2001/23/EG besproken. Daarna ga ik in op de mogelijke gevolgen van dit arrest voor andere uitzendvarianten, in het bijzonder payrolling, waarbij de werknemer een arbeidsovereenkomst sluit met een andere partij dan die bij wiens onderneming hij permanent wordt tewerkgesteld.
Op 21 oktober 2010 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie arrest gewezen in de Albron-zaak. Het Hof oordeelt dat bij de overgang van een tot een concern behorende onderneming naar een onderneming buiten dat concern, ook de permanent bij die onderneming tewerkgestelde, maar in dienst van een andere concernmaatschappij zijnde werknemer overgaat. Hierna worden de overwegingen van het Hof geanalyseerd en de gevolgen van de uitbreiding van het werkgeversbegrip in de zin van Richtlijn 2001/23/EG besproken. Daarna ga ik in op de mogelijke gevolgen van dit arrest voor andere uitzendvarianten, in het bijzonder payrolling, waarbij de werknemer een arbeidsovereenkomst sluit met een andere partij dan die bij wiens onderneming hij permanent wordt tewerkgesteld.

Aanleiding voor de in het Albron-arrest[2] 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 arbeidsovereenkomstmet 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 BV en niet met Heineken Nederland BV, de concernmaatschappij die voorheen binnen Heineken de cateringwerkzaamheden verrichtte (de werkmaatschappij). Tot 21 oktober 2010 leek dit een juist standpunt. Sinds de Heidemij- zaak [3]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 in een rechtspersoon ondergebracht concernonderdeel, maar een arbeidsovereenkomst sloten met een andere centrale werkgever binnen het concern (personeels-BV), niet overgingen bij de verkoop of uitbesteding van dit concernonderdeel. Het Hof heeft hier in zijn arrest van 21 oktober 2010 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-concerndetachering voldaan aan het in eerdere rechtspraak van het Hof gestelde vereiste van dubbele binding [4]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. Daardoor gaat nu ook de intra-concern gedetacheerde werknemer, met behoud van de uit zijn arbeidsovereenkomst met de personeels- BV voortvloeiende rechten en verplichtingen, van rechtswege over wanneer het concernonderdeel waarbij hij permanent tewerkgesteld was, overgaat. 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. 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 intraconcern gedetacheerde werknemers aan wie destijds geen arbeidsovereenkomst werd aangeboden nog buiten beschouwing. [5])

De overwegingen van het Hof

In zijn arrest komt het Hof in een tiental overwegingen tot deze bredere uitleg of – naar ik meen – beter gezegd, geheel nieuwe invulling van het

werkgeversbegrip in (art. 3 lid 1 van) de richtlijn. Allereerst overweegt het Hof dat uit de bewoordingen van art. 2 lid 1 sub a Richtlijn 2001/23/EG volgt dat de in dit lid gedefinieerde 'vervreemder' degene is die door een overgang in de zin van art. 1 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG 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. Op grond van art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG 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 voorwaarde dat op grond van art. 2 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG aan de hand van het nationale recht van de lidstaat moet worden uitgemaakt of sprake is van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsbetrekking. Het Hof legt art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG 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 met wie de arbeidsovereenkomst werd gesloten, aldus het Hof. Dit betekent naar het oordeel van het Hof dat in het geval van intra-concerndetachering als aan de orde in de Albron-zaak, de richtlijn er niet aan in de weg staat dat de niet-contractuele werkgever bij wie 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 Richtlijn 2001/23/EG 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-concerndetachering als aan de orde in de Albron-zaak immers ook doelen op de niet-contractuele 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, van wie 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.

Arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking

De hiervoor beschreven kern van de overwegingen van het Hof vormt een nieuwe uitleg van de betekenis van en de verhouding tussen de in art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG gehanteerde termen arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking. Bij de totstandkoming van de richtlijn is geen aandacht besteed aan de vraag wie onder de werkingssfeer van de richtlijn viel. Hoewel onzeker was wat de Europese wetgever had beoogd met het gebruik van de woorden arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking[6] werd aangenomen dat daarmee een zekere harmonisatie werd beoogd zodat eenieder die onder het nationale recht van de lidstaten onder uiteenlopende noemers arbeidsrechtelijke bescherming genoot onder het bereik van de richtlijn zou vallen. Van Straalen [7] dacht hierbij aan (statutair) bestuurders van een vennootschap of aan arbeidsverhoudingen met een bijzonder karakter zoals thuiswerkers en oproepkrachten. Beltzer [8] noemde in dit kader nog de opdrachtnemer die werkzaamheden verricht krachtens een opdrachtovereenkomst, die feitelijk aan de criteria van art. 7:610 lid 1 BW voldoet en de persoon die krachtens een managementovereenkomst werkzaamheden verricht voor de onderneming.
In wat als een mooi staaltje van doelredeneren kan worden omschreven, introduceert het Hof een geheel nieuwe uitleg van de woorden arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking in art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG. In de gedachte van het Hof impliceert het feit dat op grond van art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG op het moment van de overgang sprake dient te zijn van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsbetrekking dat een contractuele band van de werknemer 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 Richtlijn 2001/23/EG. Het Hof overweegt dat in deze situatie enerzijds een arbeidsovereenkomst bestaat 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 Richtlijn 2001/23/EG worden beschouwd, omdat deze als verantwoordelijke voor de economische activiteiten van de overgedragen eenheid 'arbeidsbetrekkingen' heeft met de bij eenheid tewerkgestelde werknemers. Op grond van de arbeidsbetrekking van de werknemer met de concernmaatschappij waarbij hij permanent is tewerkgesteld, gaan de uit zijn arbeidsovereenkomst met de personeels-BV voortvloeiende rechten en verplichtingen van rechtswege over naar de verkrijger van de onderneming van die concernmaatschappij.

Arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking: communautair werkgeversbegrip?

Art. 2 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG bepaalt dat aan de hand van het nationale recht van de lidstaat moet worden uitgemaakt of sprake is van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. 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.[9] Door te overwegen dat een arbeidsbetrekking in de zin van art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG 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. Ik acht deze verbreding van het werkgeversbegrip van art. 3 lid 1 voor de toepassing van de richtlijn echter wel verenigbaar met art. 2 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG. 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.’ Het Hof bevestigde dit laatstelijk nog in zijn arrest van 15 september 2010 (Briot/Randstad Interim).[10]Daardoor gaat mijns inziens 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. Bovendien kan de werknemer mijns inziens voor de toepassing van de richtlijn niet tegelijkertijd werkzaam zijn bij de onderneming van de personeels-BV én bij de onderneming van de concernmaatschappij waarbij hij permanent is tewerkgesteld. Ik meen dat deze werknemer uitsluitend werkzaam is bij de onderneming van die concernmaatschappij omdat de activiteiten van de personeels-BV, bestaande uit het fungeren als administratief werkgever in het concern, niet (eveneens) kunnen worden aangemerkt als een onderneming waarbij hij voor de toepassing van de richtlijn werkzaam is.
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 Richtlijn2001/ 23/EG 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 Richtlijn 2001/23/EG de bij de overgaande onderneming werkzame werknemer die geen contractuele band heeft met de vervreemder aanspraak kan maken op de bescherming van de richtlijn. Deze verstrekkende consequentie van de overgang van de onderneming van de werkmaatschappij voor de arbeidsovereenkomst van de werknemer met wat hij kan voelen als ‘het concern’ zouden mijns inziens voor de Nederlandse wetgever reden moeten zijn na te denken over de introductie van een Nederlandse variant van het in het Duitsland geldende Widerspruchsrecht van de werknemer bij overgang van onderneming.[11]

Gevolgen voor andere uitzendvarianten

Hoewel het in het Albron-arrest ging om intra-concerndetachering, vormde deze omstandigheid in de overwegingen van het Hof geen zelfstandig vereiste voor het van toepassing zijn van de richtlijn bij de overgang van de onderneming van de materiële werkgever op de daarbij permanent tewerkgestelde werknemers. In r.o. 24 van zijn arrest overweegt het Hof dat uit art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG 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 leidden tot het oordeel van het Hof dat de intra-concern gedetacheerde werknemers op grond van hun arbeidsbetrekkingen met de werkmaatschappij mee overgingen, bestonden hierin dat de werknemers (i) permanent waren tewerkgesteld bij de werkmaatschappij (r.o. 26) en deze (ii) verantwoordelijk was voor de leiding van de economische activiteiten van de overgedragen eenheid (r.o. 28 en r.o. 30). Ook bij andere uitzendvarianten dan intra-concerndetachering door een tot hetzelfde concern als de werkmaatschappij behorende personeels-BV kan sprake zijn van deze omstandigheden. Uitzendkrachten kunnen gedurende lange tijd werkzaam zijn bij één opdrachtgever van het uitzendbureau en bij payrolling wordt de werknemer zelfs permanent en exclusief ter beschikking gesteld aan één opdrachtgever. In deze situaties is deze opdrachtgever, de natuurlijke of rechtspersoon die deze onderneming exploiteert, ook verantwoordelijk voor de leiding van de economische activiteiten van deze onderneming. 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 art. 2 lid 1 sub a Richtlijn 2001/23/EG. Of de werknemer die op basis van de hiervoor genoemde uitzendvarianten permanent tewerkgesteld is bij een onderneming, overgaat bij de overgang van de onderneming van de opdrachtgever, dient mijns inziens afhankelijk te zijn van de vraag of sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van art. 7:690 BW. Dan zou sprake zijn van een op het uitzenden van personeel gerichte

organisatie die zich in die hoedanigheid bezighoudt met het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid.[12] Voor de toepassing van de richtlijn is de werknemer in geval van een dergelijke uitzendovereenkomst werkzaam bij de uitzendactiviteiten – de onderneming – van de uitzendwerkgever die hem in dat kader tewerkstelt bij opdrachtgevers en niet bij de activiteiten van die opdrachtgevers. [13]Afgezet tegen de overwegingen van het Hof in het Albron-arrest betekent dit dat de opdrachtgever van het uitzendbureau in deze situatie niet de hoedanigheid van 'niet-contractuele werkgever' van de uitzendkracht verkrijgt en de opdrachtgever deze hoedanigheid dus ook niet kan verliezen tegenover de uitzendkracht bij de overgang van diens onderneming. Dat is mijns inziens anders wanneer sprake is van een uitzendvariant waarbij, net als bij intraconcerndetachering door een personeels-BV, de in de definitie van art. 7:690 BW beoogde allocatiefunctie ontbreekt.[14] In dat geval is geen sprake van een uitzendwerkgever met een allocatiefunctie, maar van een administratieve werkgever wiens activiteiten, voor de toepassing van de richtlijn, niet kunnen worden aangemerkt als een onderneming waarbij de werknemer werkzaam is.

Payrolling

Een uitzendvariant die mijns inziens niet valt onder de definitie van art. 7:690 BWis payrolling. De payrollwerkgever vervult geen allocatiefunctie als door de wetgever werd beoogd met art. 7:690 BW. 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 administratieve werkgever van de door de opdrachtgever geworven en geselecteerde werknemer en deze werknemer wordt permanent en exclusief aan de 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 in het geheel geen sprake. Dit zou in lijn met de overwegingen van het Hof in het Albron-arrest betekenen dat de opdrachtgever van het payrollbedrijf, net als de concernmaatschappij waarbij de werknemer werkzaam is op basis van een arbeidscontract met een personeels-BV, de hoedanigheid van nietcontractuele werkgever van de payrollwerknemer heeft. Dientengevolge zou dan ook de payrollwerknemer op grond van zijn 'arbeidsbetrekking' met de opdrachtgever van het payrollbedrijf overgaan wanneer de onderneming van die opdrachtgever overgaat. Bij deze redenering ga ik ervan uit dat wel een arbeidsovereenkomst in de zin van titel 10 Boek 7 BWtot stand kwam tussen de werknemer en het payrollbedrijf. Of dat daadwerkelijk het geval is, betwijfel ik.[15] Bij payrolling is het vanaf het eerste contact tussen het payrollbedrijf en de opdrachtgever de bedoeling van partijen dat het payrollbedrijf uitsluitend de administratie en loonbetaling van de door de opdrachtgever geworven en geselecteerde werknemer gaat verrichten en deze permanent en exclusief werkzaam zal zijn bij deze opdrachtgever. Bij payrolling wordt dus een driehoeksverhouding gecreëerd, terwijl zowel de payrollonderneming en de opdrachtgever als de payrollwerknemer een (materiële) arbeidsovereenkomst tussen de payrollwerknemer en de opdrachtgever beogen. [16]Ik meen daarom dat vanaf het begin een arbeidsovereenkomst bestaat tussen de payrollwerknemer en de opdrachtgever van het payrollbedrijf. Indien geoordeeld zou worden dat de payrollwerknemer in dienst is bij de opdrachtgever van het payrollbedrijf zou niet eens worden toegekomen aan de overwegingen van het Hof in het Albron-arrest, omdat de werknemer dan niet op basis van zijn arbeidsbetrekking maar op basis van zijn arbeidsovereenkomst ex art. 7:610 lid 1 BW met de opdrachtgever van het payrollbedrijf zou overgaan bij overgang van onderneming.

Voetnoot

[1] Mr. J.P.H. Zwemmer is advocaat te Amsterdam en promovendus bij het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam.

[2] HvJ EU 21 oktober 2010, JAR 2010/298.

[3] Rb. Arnhem (pres.) 29 oktober 1982, NJ 1982/619. Zie ook Ktr. Rotterdam 9 februari 2000, JAR 2000/143; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 22 februari 2005, JAR 2005/63 en Ktr. Rotterdam 26 september 2008, JAR 2008/212. Anders Hof Arnhem 27 juni 2006, JAR 2006/239 m.nt. Beltzer. Dat in deze laatste uitspraak wel werd geoordeeld dat de werknemer overging, hangt mijns inziens samen met de omstandigheid dat geen sprake was van intra-concerndetachering als aan de orde in de eerdergenoemde rechtspraak, maar van tewerkstelling bij een stichting en werkgeverschap van een andere stichting met het oog op de door die stichting aan de Belastingdienst en het UWV af te dragen loonheffing en sociale premies.

[4] Zie HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985/901 (Wendelboe); HvJ EG 11 juli 1985, NJ 1988/907 (Mikkelsen); HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994/168 (d'Urso) in samenhang met HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985/902 (Botzen).

[5] Zie HR 26 juni 2009, JAR 2009/183 (Bos/Pax).

[6] In de eerste versie van de Richtlijn uit 1977 werd gesproken over 'arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding.' In de tweede versie van de Richtlijn uit 1998 werd het woord arbeidsverhouding vervangen door arbeidsbetrekking.

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

[8] R.M. Beltzer, Overgang van onderneming in de private en publieke sector, Deventer: Kluwer 2008, p. 61-62.

[9] 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.

[10] HvJ EU 15 september 2010, nr. C-386/09.

[11] Onder andere Beltzer pleitte daar al eerder voor. R.M. Beltzer, Overgang van onderneming in de private en publieke sector, Deventer: Kluwer 2008, p. 82-85.

[12] Kamerstukken II 1996/97, 25-263, nr. 3, p. 9, 10 en 33.

[13] Vergelijk HvJ EG 13 september 2007, JAR 2007/252 (Jouini e.a./Princess). In dit arrest oordeelde het Hof dat de richtlijn ook van toepassing kan zijn op de overgang van uitzendactiviteiten. In dit arrest benadrukte het Hof dat voor de activiteit van uitzendbureaus kenmerkend is dat uitzendkrachten ter beschikking worden gesteld aan inleners voor het verrichten van diverse taken, al naar gelang van de behoeften en

aanwijzingen van die inleners en dat het verrichten van een dergelijke activiteit met name knowhow, een op de organisatie van het uitlenen van werknemers toegesneden administratie vereist alsmede een bestand aan uitzendkrachten die in de inlenende ondernemingen passen en voor de inleners de gewenste werkzaamheden kunnen verrichten.

[14] Tijdens de parlementaire behandeling werd meegedeeld dat de bijzondere regels voor de uitzendovereenkomst in artikel 7:691 BW niet golden voor intra-concerndetachering omdat daarmee geen allocatiefunctie op de arbeidsmarkt werd vervuld. Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en 34.

[15] Zie mijn bijdragen in TRA 2009/12 en TAP 2010/1.

[16] HR 13 juli 2007, JAR 2007/231 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/ PGGM).

Copyright © Kluwer 2012 Kluwer Online Research

Dit document is gegenereerd op 11-05-2012

Op dit document zijn de algemene leveringsvoorwaarden van Kluwer van toepassing.