Nawoord

Alvorens inhoudelijk in te gaan op Krofts reactie, wil ik hem bedanken voor het feit dat hij in de pen is geklommen. Naar mijn smaak is het schriftelijke academische debat in de arbeidsrechtelijke literatuur ten onrechte vrijwel non-existent, reden te meer waarom ik het op prijs stelt dat hij reageert.

Begrijp ik Kroft goed, dan stelt hij het volgende:

1. Uit de tekst van Richtlijn 2001/23 EG lijkt het vereiste te kunnen worden afgeleid dat sprake is van een arbeidsovereenkomst (arbeidsverhouding) tussen de vervreemder en de daar werkzame werknemer, wil sprake zijn van toepasselijkheid van de richtlijn.
2. Art. 7:663 BW stelt die eis niet en gaat daarmee – in lijn met art. 8 van deze richtlijn – verder in de bescherming van de werknemer.
3. Om die reden dient art. 7:663 BW zo te worden uitgelegd, dat een scheiding tussen vervreemder en werkgever kan worden aangebracht, welke scheiding binnen groepsstructuren meebrengt dat in geval van overgang van een dochtermaatschappij waarin geen der werknemers in dienst is van die maatschappij (maar in dienst is van bijvoorbeeld de holding) niettemin tot toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW kan worden geconcludeerd: de onderhandelende moedermaatschappij is in die lezing de werkgever van art. 7:663 BW, terwijl de dochtermaatschappij de vervreemder is, de "ondernemer" waarin de werknemers feitelijk werkzaam zijn.

Tegen deze conclusie heb ik, overigens met name op basis van het ius constitutum, de volgende bezwaren. Allereerst heb ik bezwaar tegen Krofts lezing van art. 7:663 BW, zijn tweede stelling. Ik lees daarin wel degelijk de eis dat de werkgever tevens de vervreemder – en vice versa - dient te zijn en dat deze persoon de voor overdracht vatbare arbeidsovereenkomsten moet hebben gesloten. Met art. 7:663 BW is bedoeld aan te sluiten bij de tekst van de richtlijn. Kroft geeft dit impliciet toe door te stellen dat de regering er niet over heeft nagedacht. Waarom er dan meer in lezen dan in de richtlijn staat? Omdat het soms onbillijk uitwerkt? Dat moge zo zijn; voor mij is dat op zichzelf beschouwd onvoldoende reden art. 7:663 BW ook zo gedifferentieerd te lezen. Ten tweede: de term "daar werkzame werknemer" uit art. 7:663 BW is in mijn optiek zo geformuleerd om de overgang van een onderdeel van de onderneming te accommoderen: iemand moet daadwerkelijk daar werkzaam zijn om over te gaan; werkt hij bij een ander onderdeel, dan gaat hij niet mee. De bepaling lijkt mij niet geschreven om personen zonder arbeidsovereenkomst met de vervreemder – zoals gedetacheerden - eronder te brengen. Dat is ook logisch gezien de plaatsing in titel 10, welke titel niet uitgaat van een meervoudige arbeidsrelatie. Ten derde zijn ook principiëlere bezwaren aan te brengen tegen de scheiding. Een ontkoppeling tussen werkgever en vervreemder in art. 7:663 BW verhoudt zich zeer matig tot andere onderdelen van het arbeidsrecht. Ik verwijs naar de uitzendconstructie waar de wetgever een duidelijke keuze heeft gemaakt voor werkgeverschap van het uitzendbureau, ook al heeft deze werkgever feitelijk weinig te zeggen over wat zijn uitgezonden werknemers doen – daarvoor staat hij te veel op afstand. Kroft houdt de uitzendrelatie buiten zijn ontkoppeling in art. 7:663 BW door te wijzen op het feit dat, in tegenstelling tot bij de moeder/dochterrelatie zoals in de zaak Heineken, geen exclusieve relatie bestaat tussen uitzendbureau en inlener: daar dienen vervreemder en werkgever dus wel te worden gekoppeld, met als gevolg dat indien de onderneming van de inlener annex vervreemder overgaat, de uitzendkrachten niet

mee overgaan, maar terugvloeien naar hun werkgever, het uitzendbureau. Dit element van exclusiviteit moet dus blijkbaar ook in Krofts lezing van art. 7:663 BW worden gelezen. Hoe stellen we die exclusiviteit vast? Ik merk hierbij op dat ook bij permanente detachering de rechtspraak weigert aan te nemen dat door tijdsverloop een voor het arbeidsrecht relevante relatie met de inlener ontstaat (afgezien van enkele uitzonderingen als art. 7:658 lid 4 BW). Zou deze inlener dan wel de niet met hem gesloten arbeidsovereenkomst kunnen overdragen? Ik verwijs naar de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep uit 2001 en 2002, waarin is bepaald dat de permanent gedetacheerde ambtenaar niet zijn ambtenarenstatus verliest.[1] Voor de Hoge Raad verwijs ik naar de zaak ABN Amro/Mahli,[2] waarin is bevestigd dat de eigen werkgever uiteindelijk degene is die beschikt over de arbeidsrelatie. De inlener vermag dat niet. Deze opvatting, die erop neerkomt dat de werkgever degene is die beschikt en die aansprakelijk is, verhoudt zich lastig met de gedachte dat binnen concerns de dochtermaatschappij niet met haar gesloten arbeidsovereenkomsten zou mogen overdragen door wat ik zie als een oprekking van art. 7:663 BW. Ten slotte: stel dat de werknemer weigert mee over te gaan, is hij dan ook, zoals vaste rechtspraak is, van rechtswege zijn baan kwijt?[3] Men bedenke dat hij bij de moeder in dienst is en niet bij de overgedragen onderneming.

Bovenstaande argumenten zeggen overigens niets over het ius constituendum: gewenst recht. In het arbeidsrecht zijn voorbeelden te vinden van situaties waarin een zekere pluraliteit wordt geïntroduceerd ten gunste van de werknemers. Men denke aan het leerstuk van opvolgend werkgeverschap bij de proeftijd en bij bepaalde-tijdcontracten. Dat leerstuk geldt echter steeds in situaties dat twee werkgevers elkaar in tijd opvolgen, niet op situaties, zoals in de Heineken-zaak, waarin twee rechtspersonen gelijktijdig optreden. Vereenzelviging, mede-ondernemerschap en toerekening zijn leerstukken die wel van een dergelijke gelijktijdigheid uitgaan, maar die leerstukken worden zelden gebruikt buiten het terrein van de medezeggenschap of aperte misbruiksituaties. Op zichzelf behoeft dat geen belemmering te zijn Krofts lezing een duidelijke, wettelijke basis te geven – een gedifferentieerde lezing afhankelijk van de situatie gaat mij in ieder geval te ver. Maar alvorens het tot wetgeving mag komen, dient eerst te worden onderzocht welke gevolgen te verwachten zijn van wat in feite een inbreuk is op het aansprakelijkheidsregime binnen groepsstructuren in de nationale en internationale praktijk.

---

[1] CRvB 22 februari 2001, *TAR* 2002, 77 en CRvB 31 januari 2002, *TAR* 2002, 89
[2] HR 5 april 2002, *JAR* 2002/100.
[3] HR 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 240 en HR 26 mei 2000, *JAR* 2000/152.