

Enkele recente ontwikkelingen inzake overgang van een onderneming

K. Wiersma

1 Inleiding

Ingevolge richtlijn 2001/23/EG¹ (hierna: de richtlijn) worden de rechten van werknemers beschermd bij overgang van een onderneming. De richtlijn is in de Nederlandse wet geïmplementeerd in de artikelen 7:662 e.v. BW. Artikel 7:662 lid 2 sub a BW bepaalt dat sprake is van overgang van een onderneming wanneer als gevolg van een overeenkomst, een fusie of splitsing een economische eenheid wordt overgedragen die haar identiteit behoudt. Lid 2 sub b van dat artikel bepaalt dat een economische eenheid een geheel van georganiseerde middelen is, dat bestemd is voor het ten uitvoer leggen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit. Door overgang van een onderneming gaan 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 verkrijger (art. 7:663 BW).

De eis dat een overgang van een onderneming het gevolg dient te zijn van een overeenkomst is inmiddels zo ruim uitgelegd, dat de vraag of er sprake is van een overeenkomst in de praktijk doorgaans zonder nader onderzoek positief wordt beantwoord. Een greep uit de jurisprudentie² leert dat er weinig voor nodig is om een overeenkomst als zodanig te kwalificeren: een directe overeenkomst³ of zelfs contractuele band⁴ tussen vervreemder en verkrijger is niet noodzakelijk; ook het beëindigen van een overeenkomst om vervolgens een nieuwe overeenkomst aan te gaan met een andere contractspartij kan voldoende zijn.⁵ Datzelfde geldt voor de overgang als gevolg van een rechterlijke ontbinding⁶ of als gevolg van het intrekken van een subsidie⁷ of concessie⁸ om deze vervolgens aan een derde te verlenen.

- 1 Oorspronkelijk richtlijn 77/189/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PbEG 5 maart 1977, L 61/26), welke richtlijn is vervangen door richtlijn 98/50 van 29 juni 1998 (PbEG 17 juli 1998, L 201/88), die vervolgens weer is opgevolgd door richtlijn 2001/23 van 12 maart 2001 (PbEG 22 maart 2001, L 82/16).
- 2 Overzicht ontleend aan V.E.J.A. Boots, *Overgang van onderneming*, TOP 2008-1, p. 34 e.v.
- 3 HvJ EG 10 februari 1989, NJ 1990, 423 (Daddy's Dance Hall).
- 4 HvJ EG 24 januari 2002, JAR 2002/47 (Temco).
- 5 HvJ EG 6 november 2003, JAR 2003/298 (Sodexho).
- 6 HvJ EG 5 mei 1988, NJ 1989, 712, (Besi Mill).
- 7 HvJ EG 19 mei 1992, NJ 1992, 476 (Sophie Redmond).
- 8 HvJ EG 7 maart 1996, JAR 1996/169 (Merckx/Ford).

K. Wiersma

Een economische eenheid wordt gevormd door factoren als personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering of de beschikbare productiemiddelen.⁹

Om vast te stellen of aan de voorwaarden voor overgang van een onderneming is voldaan, dient onderzocht te worden of er sprake is van de vervreemding van een lopend bedrijf, wat met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten. Hierbij moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals de aard van de betrokken onderneming, het al dan niet overdragen van materiële activa als gebouwen en roerende zaken, de waarde van immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de vóór en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Deze factoren, in de literatuur vaak aangeduid als Spijkers-factoren naar het arrest Spijkers van het Hof van Justitie van de EG¹⁰, zijn slechts deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek en dienen daarom niet afzonderlijk doch in onderling verband te worden beoordeeld.

De verschillende aspecten rondom de overgang van een onderneming zorgen voor een levendige stroom aan jurisprudentie; reden waarom in deze bijdrage wordt stilgestaan bij een aantal recente ontwikkelingen. Achtereenvolgens bespreek ik (1) naar aanleiding van het arrest Ferrotron/Klarenberg van het Hof van Justitie van de EG de in artikel 7:662 lid 2 sub a BW neergelegde eis dat er sprake moet zijn van 'identiteitsbehoud' van de overgedragen economische eenheid (2) onder verwijzing naar relevante jurisprudentie, de in artikel 7:662 lid 2 sub b BW opgenomen definitie van economische eenheid (3) naar aanleiding van de door het Hof Amsterdam in de Heineken-zaak aan het Hof van Justitie gestelde prejudiciële vragen, de vraag wie ingevolge artikel 7:663 BW mee overgaat naar de verkrijger van de onderneming en (4) naar aanleiding van het arrest Pax/Bos van de Hoge Raad, de vraag of het loont om werknemers in het ongewisse te laten over hun positie in geval van een overgang van een onderneming.

2 Identiteitsbehoud, het arrest Ferrotron/Klarenberg

Voor het antwoord op de vraag of sprake is van overgang van een onderneming is volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG beslissend of de identiteit van de betrokken eenheid bewaard blijft. Dat blijkt met name doordat de exploitatie van de onderneming door de verkrijger daadwerkelijk wordt voortgezet of hervat.¹¹

9 HvJ EG 11 maart 1997, NJ 1998, 377 (Süzen).

10 HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502 (Spijkers).

11 HR 10 december 2004, JAR 2005/14 (Wesselman Bloemenexport).

De eis dat, wil er sprake zijn van overgang van een onderneming, de overgedragen economische eenheid haar identiteit moet behouden, doet vermoeden dat vreemder en verkrijger invloed op het identiteitsbehoud kunnen uitoefenen. Dat wil zeggen dat als de verkrijger er maar voor zorgt dat de economische eenheid op een dusdanige wijze in de eigen organisatie wordt geïntegreerd dat er in feite geen sprake meer is van een eenheid die haar identiteit behoudt, de beschermende regels omtrent de overgang van een onderneming omzeild kunnen worden. De vraag of op deze wijze de richtlijn buitenspel kan worden gezet, kwam aan de orde in de zaak *Ferrotron/Klarenberg*.¹²

2.1 *Ferrotron/Klarenberg*

De onderneming *Ferrotron* – gespecialiseerd in het ontwerpen en de fabricage van producten op het gebied van de meet- en regeltechnieken voor de staalindustrie – heeft van het bedrijf *ET* – dat zich bezighoudt met de ontwikkeling en de fabricage van producten op het gebied van de industriële automatisering en de meet- en regeltechniek voor de staalindustrie – alle rechten op de software, de octrooien, octrooiaanvragen, de uitvindingen met betrekking tot deze producten, de rechten op de productbenamingen, de technische knowhow, de ontwikkelingshardware, inventaris van het productmateriaal en de hiermee verband houdende leveranciers- en klantenlijst overgenomen. Het ging hierbij om de producten van de afdeling *F+E/ET-Systeme/Netzwerk/IBS*.

Naast genoemde activiteiten ontwikkelt *Ferrotron* andere producten op het gebied van de meettechniek voor de staalindustrie. De werknemers van *ET* zijn na de overgang geïntegreerd in verschillende afdelingen van de door *Ferrotron* gecreëerde structuur, waarbij zij tevens werkzaamheden gingen uitoefenen ten aanzien van andere producten dan die welke *Ferrotron* van *ET* heeft overgenomen.

De heer *Klarenberg* was directeur van de afdeling ‘*F+E/ET-Systeme/Netzwerk/IBS*’, welke afdeling zelf was opgesplitst in drie groepen, te weten ‘*F+E/ET-Systeme*’ (onderzoek & ontwikkeling/*ET*-systemen), geleid door de heer *Klarenberg*, ‘*EDV/Netzwerk/Serversysteme/Datensicherung*’ (*DV/Netwerken/Serversystemen/Gegevensopslag*) en ‘*Produktion/Schaltstränke/Platinen*’ (*Productie/Schakelkasten/Printplaten*), beide geleid door *Neumann*, die tevens adjunct-directeur van de hele afdeling *F+E/ET-Systeme/Netzwerk/IBS* was.

Ferrotron heeft de heer *Neumann* en drie bij de afdeling werkzame ingenieurs in dienst genomen, maar niet de directeur, de heer *Klarenberg*. Op enig moment, nadat *ET* inmiddels in staat van insolventie is geraakt, stelt de heer *Klarenberg* zich op het standpunt dat hij krachtens overgang van onderneming bij *Ferrotron* in dienst is gekomen. *Ferrotron* bestrijdt dat standpunt met, onder meer, de stelling dat de overgedragen afdeling bij haar niet als een organisatorische eenheid is blijven voortbestaan, nu de activiteiten van deze afdeling zijn geïntegreerd in haar bedrijf. De van *ET* overgenomen werknemers zouden zich daarnaast niet alleen met de producten van hun oude afdeling bezighouden, maar ook met producten van *Ferrotron*.

12 HvJ EG 12 februari 2009, JAR 2009/92 (*Klarenberg*).

K. Wiersma

Het *Landesarbeitsgericht* Düsseldorf heeft het Hof van Justitie van de EG verzocht om aan te geven of de richtlijn van toepassing is indien de verkrijger het betrokken onderdeel van de onderneming niet ongewijzigd en met behoud van zijn identiteit in stand houdt. Uit Duitse rechtspraak zou namelijk voortvloeien dat er alleen sprake is van overgang als het onderdeel van de onderneming bij de verkrijger als organisatorische eenheid blijft bestaan en dat dat niet het geval is wanneer het onderdeel volledig wordt opgenomen in de eigen organisatorische structuur van de verkrijger of de arbeid in een duidelijk grotere organisatorische structuur wordt uitgevoerd.

2.2 *Uitspraak Hof van Justitie van de EG*

Het Hof van Justitie van de EG begint met het uitgangspunt dat voor de uitleg van de richtlijn niet alleen moet worden gekeken naar de bewoordingen van de bepalingen, maar ook naar de context en de doelstellingen die de richtlijn nastreeft. Op grond van artikel 1 lid 1 sub a van de richtlijn is de richtlijn van toepassing op elke overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie. Voor toepassing van de richtlijn is tevens vereist dat de overgang voldoet aan de voorwaarden van artikel 1 lid 1 sub b van de richtlijn, welk artikel stelt dat sprake moet zijn van een overgang 'met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan'. Aangezien artikel 1 lid 1 sub b van de richtlijn de reikwijdte van de door de richtlijn geboden bescherming kan beperken, zo stelt het Hof van Justitie van de EG, moet deze bepaling eng worden uitgelegd.

Ferrotron heeft aangegeven dat een 'economische eenheid' slechts haar identiteit behoudt indien de organisatorische band die het geheel van personen en/of elementen bindt, na de overgang wordt gehandhaafd. Dat zou niet het geval zijn nu de verworven activa door Ferrotron in een geheel nieuwe structuur worden geïntegreerd.

Het Hof van Justitie van de EG is het met de stelling van Ferrotron niet eens. Gelet op het door de richtlijn nagestreefde doel om werknemers ten tijde van een overgang te beschermen, zou de opvatting van Ferrotron ertoe leiden dat de richtlijn buitenspel gezet kan worden door het besluit van de verkrijger om het desbetreffende onderdeel te ontbinden en in zijn eigen structuur te integreren. Het Hof van Justitie van de EG geeft tevens aan dat in de definitie van artikel 1 lid 1 sub b van de richtlijn niet alleen de nadruk wordt gelegd op het organisatorische element van de overgegangene eenheid, maar eveneens op de voortzetting van haar economische activiteit. Er moet dus gekeken worden naar beide elementen van de definitie, die in hun geheel deze identiteit vormen.

In de lijn van deze overwegingen en om de nuttige werking van de richtlijn niet gedeeltelijk ongedaan te maken, zo stelt het Hof van Justitie van de EG, dient de voorwaarde dat 'een economische eenheid haar identiteit moet behouden' niet zo te 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. De handhaving van een dergelijke functionele band tussen de verschillende overgegangene factoren biedt de verkrijger immers de mogelijkheid om deze, zelfs na hun integratie, na de overgang, in een nieuwe, verschillende organisatorische structuur, te gebruiken om dezelfde of een soortgelijke economische activiteit voort te zetten. Het is vervolgens aan de verwijzende rechter om, in het kader van een omvattend onderzoek van alle feitelijke omstandigheden, vast te stellen of de identiteit van de economische eenheid is behouden.

2.3 *Gevolg?*

Met deze uitspraak wordt (getracht te) voorkomen dat een verkrijger de werking van de richtlijn kan ontduiken door de onderdelen na de verkrijging te herschikken en met eigen middelen te vermengen. De vraag is echter wat moet worden verstaan onder de functionele band die volgens het Hof van Justitie van de EG na de overgang moet worden behouden. Even¹³ stelt dat wordt bedoeld dat moet worden bekeken of het voor de verkrijger *mogelijk* is om met de overgedragen factoren, zelfs na de integratie ervan in de eigen onderneming, dezelfde of een soortgelijke economische activiteit voort te zetten. Dat wil zeggen dat het dus niet gaat om de uiteindelijke beslissing om met de overgedragen factoren dezelfde of een soortgelijke economische activiteit voort te zetten, maar om de mogelijkheid ten tijde van de overgang om dat te doen.

Ik ben het met Even eens dat gekeken zal moeten worden of het voor de verkrijger mogelijk is om met de overgedragen factoren dezelfde of een soortgelijke economische activiteit voort te zetten en dat het er niet toe doet of dat daadwerkelijk het geval is. Een andere conclusie zou er immers toe leiden dat de subjectieve bedoelingen van partijen tot ontduiking van de richtlijn kunnen leiden, hetgeen, zo geeft het Hof van Justitie van de EG ook aan, niet de bedoeling is.¹⁴

Deze visie is in een recente uitspraak van de kantonrechter te Eindhoven¹⁵ bevestigd. De kantonrechter past het Klarenberg-arrest toe en geeft aan dat als de verkrijger alle productiefactoren van vervreemder kon gaan gebruiken of daadwerkelijk als zodanig heeft gebruikt, een overgang van een onderneming aan de orde is.

Met de Klarenberg-uitspraak lijkt het belang dat de economische eenheid na de overgang haar identiteit dient te behouden sterk gereduceerd. Dat klemt te meer nu de Hoge Raad al heeft aangegeven dat er aan de mate waarin activiteiten voor en na overgang overeenkomen, geen betekenis toekomt als de verkrijger voor de overgang al in hetzelfde marktsegment als vervreemder opereerde.¹⁶ Het gaat er

13 J.H. Even, Van overgang van onderneming en doelredeneringen: twee recente uitspraken van het Hof van Justitie van de EG, TAP 2009-5, p. 174-187.

14 R.M. Beltzer, Over Finse busmaatschappijen: het ondernemingsbegrip revisited, ArA 2002-1, p. 44.

15 Ktr. Eindhoven 25 juni 2009, AR 2009, 07 49.

16 HR 10 december 2004, JAR 2005/14 (Verbeek/Process House).

K. Wiersma

dus om of met de middelen die worden overgedragen een (soort)gelijke economische activiteit kán worden uitgevoerd en niet of dat na de overgang ook daadwerkelijk het geval is. Dit moet voorkomen dat verkrijger en vervreemder de transactie op een dusdanige manier vormgeven dat er geen sprake is van een overgang van een onderneming. Wat partijen voor ogen hebben, mag geen rol spelen, het gaat om de vraag of er, al dan niet gewild, een lopend bedrijf wordt overgedragen.

Artikel 1 lid 1 sub b van de richtlijn stelt weliswaar dat er sprake moet zijn van een overgang 'met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit van een economische eenheid die haar identiteit behoudt', maar het oogmerk om een economische eenheid van A naar B over te dragen, is gezien het doel van de richtlijn weinig relevant. Dat blijkt ook wel uit het feit dat er niet eens een rechtstreekse band tussen vervreemder en verkrijger vereist is en het feit dat in de literatuur¹⁷ en rechtspraak¹⁸ wordt aangenomen dat uit de feitelijke gang van zaken kan worden geconcludeerd dat er wilsovereenstemming bestaat over het overgaan van de onderneming.

Als alternatief zouden partijen kunnen besluiten om de activa naar verschillende verkrijgers over te dragen, in welk geval aan de werking van de richtlijn kan worden ontkomen.¹⁹ Indien vervolgens de activa echter alsnog samenkomen, zal de richtlijn alsnog in werking treden; de richtlijn is immers ook van toepassing als de overgang in fases verloopt.²⁰

3 Aard van de onderneming, arbeidsintensief of -extensief?

Voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een economische eenheid die haar identiteit kan behouden, zal bekeken moeten worden of een lopend bedrijf wordt overgedragen. Daarvoor zal, als gezegd, moeten worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval, zoals de aard van de onderneming, de vraag of materiële activa zijn overgedragen (waaronder ook kan worden begrepen het ter beschikking stellen van activa, aldus, onder meer, het Sodexho-arrest²¹), wat de waarde is van de materiële activa, of vrijwel al het personeel door de verkrijger is overgenomen, of de klantenkring is overgedragen, in welke mate de ondernemingsactiviteiten voor en na de overgang met elkaar overeenkomen en of de activiteiten zijn onderbroken en zo ja hoe lang die onderbreking heeft geduurd.²² Als gezegd zijn genoemde Spijkers-factoren die sinds 1986 ongewijzigd zijn toegepast,²³ niet-

17 Onder meer R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2000, p. 21 en P.M. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 1999, p. 69.

18 Hof Den Bosch 10 oktober 1990, NJ 1991, 635 (Steencentrale/Bastings).

19 Ktr. Amsterdam 12 juni 2007, JAR 2007/169.

20 Zie noot 3.

21 Zie noot 5.

22 Zie noot 11.

23 R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming: De weging van de Spijkers-factoren*, ArA 2005-2, p. 50.

limitatief, mogen deze niet op zichzelf worden beschouwd en geldt er geen rangorde tussen de factoren.

Om te bepalen of er sprake is van een lopend bedrijf dat zijn identiteit kan behouden na de overgang wordt van de Spijkers-factoren doorgaans de aard van de betrokken onderneming als het belangrijkste criterium gezien. De aard van de onderneming wordt in de jurisprudentie vaak bepaald door de vraag te beantwoorden of sprake is van een arbeidsintensieve of een arbeidsextensieve sector.²⁴

Is arbeid de belangrijkste factor van de economische eenheid, dan zal van belang zijn of er personeel wordt overgedragen. Is het inzetten van materieel en/of intellectuele eigendomsrechten het belangrijkste, dan zal naar de overgang daarvan worden gekeken.

3.1 *Arbeidsintensief*

Grofweg kan uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG worden opgemaakt dat schoonmaakdiensten, bewakingsdiensten en thuiszorg tot de arbeidsintensieve sector behoren.²⁵ Ook de ICT-branche wordt – door het Hof Leeuwarden – gezien als een arbeidsintensieve sector.²⁶ Indien een sector arbeidsintensief is, zal voor de kwalificatie van een overgang van een onderneming van belang zijn of er sprake is van de overdracht van een qua inhoud en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel. Is dat het geval, dan kan er zelfs sprake zijn van een overgang van een onderneming, terwijl er geen materiële activa worden overgedragen.²⁷

3.2 *Arbeidsextensief*

Wat de arbeidsextensieve sector betreft, is het tot nu toe in de rechtspraak beperkt gebleven tot de, niet alledaagse, sectoren exploitatie van buslijnen²⁸ en parkeerbeheer²⁹ en de vaker voorkomende sector catering.³⁰

Uit zowel het Finse busmaatschappijen-arrest als het Sodexho-arrest wordt duidelijk hoe lastig het te bepalen is of er sprake is van een arbeidsintensieve of een arbeidsextensieve sector.

24 In de literatuur wordt wel de vraag gesteld of er niet te veel de nadruk wordt gelegd op de vraag of een sector arbeidsintensief of arbeidsextensief is, waardoor de andere Spijkers-factoren als 'is de klantenkring overgedragen', 'zijn de activiteiten voor langere tijd onderbroken' minder aan bod komen en, zo wordt gesteld, verkrijger en vervreemder zelf zouden kunnen regisseren of er sprake is van een overgang van een onderneming. Door geen wezenlijk deel van het personeel over te nemen, zal er in een arbeidsintensieve sector immers geen sprake zijn van een overgang van onderneming, onder meer R.M. J.P.H. Zwemmer, *De uitleg van artikel 43 van de schoonmaak-cao: geen misbruik, geen overgang van onderneming*, *ArA* 2008-1, p. 108.

25 HvJ EG 10 december 1998, gevoegde zaken C-247/96 en C-173/96 (resp. Ziemann en Sanchez Hidalgo).

26 Hof Leeuwarden 30 augustus 2006, *JAR* 2006, 242.

27 Zie noot 4.

28 HvJ EG 25 januari 2001, *JAR* 2001, 68 (Liikenne).

29 Hof Arnhem 30 september 2008, *JAR* 2009/107.

30 Zie noot 5.

K. Wiersma

In het Finse busmaatschappijen-arrest gaf het Hof van Justitie van de EG aan dat de exploitatie van buslijnen niet kan worden aangemerkt als een activiteit waarin arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien daarvoor een belangrijke inzet van materieel en middelen vereist is. Zonder bus kan immers geen exploitatie van een buslijn plaatsvinden. Ofschoon een groot aantal buschauffeurs wel mee is overgegaan, is er dus geen sprake van een overgang van onderneming. Het is niet moeilijk om als tegenargument aan te voeren dat een bus een chauffeur nodig heeft om als buslijn geëxploiteerd te worden en het personeel dus van minstens even groot belang is.

Datzelfde dilemma speelt bij cateringactiviteiten. In de Sodexho-zaak kwam de vraag aan de orde of zonder overname van productiemiddelen, personeel, voorraden, documenten betreffende de rekeningen, menu's, diëten, recepten of opgedane ervaringen sprake kan zijn van overgang van een onderneming. Catering kan volgens het Hof niet worden beschouwd als een activiteit waarvoor arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien daarvoor de nodige uitrusting noodzakelijk is, zoals bedrijfsruimten, water, energie en keukenuitrusting. Dat in dit geval de door het ziekenhuis ter beschikking gestelde ruimte en uitrusting overging, hetgeen absoluut noodzakelijk is voor de bereiding en verstrekking van maaltijden, vond het Hof van Justitie van de EG voldoende om te oordelen dat een onderneming was overgegaan. Ook ten aanzien van catering is goed te verdedigen dat deze sector arbeidsintensief en niet arbeidsextensief is, nu het personeel een onmisbare factor is zonder wie geen lopend bedrijf kan worden overgedragen.

Deze uitspraken roepen de vraag op of er met de overgang van alleen materiële activa, en zonder personeel, wel gesproken kan worden van een georganiseerd geheel van elementen waarmee de activiteit duurzaam kan worden uitgeoefend. Zonder personeel kan immers moeilijk worden geconcludeerd dat sprake is van een georganiseerd geheel van elementen waarmee de economische activiteit kan worden uitgeoefend. Om die kloof te dichten, gaat het Hof van Justitie van de EG kennelijk (impliciet) uit van de veronderstelling dat het personeel door toepassing van de richtlijn mee overgaat, waardoor er, tezamen met de overgedragen materiële activa, toch sprake is van een georganiseerd geheel van elementen waarmee de activiteit kan worden uitgeoefend.

Aan de andere kant moet worden bedacht dat het Hof van Justitie van de EG van oordeel is dat er geen sprake kan zijn van een overgang van een onderneming indien er geen materiële activa van betekenis en geen wezenlijk deel van het personeel is overgenomen.³¹

Het voordeel van deze benadering, althans voor het betrokken personeel, is dat het moeilijk zo niet onmogelijk wordt om in de cateringbranche de werking van de richtlijn te omzeilen.³² Het nadeel van de benadering is dat deze inmiddels zo ver

31 R.M. Beltzer (2005), p. 56.

32 E.N. Franx-Schaap en M.L. Lennarts, *Overgang van onderneming in de cateringbranche. Of hoe een kijkje in de keuken cruciaal wordt*, ArA 2004-1, p. 70.

is opgerecht, dat het praktisch onmogelijk is om van cateraar te wisselen zonder dat deze al het personeel erbij krijgt. Dat geldt helemaal als de Utrechtse kantonrechter³³ wordt gevolgd die voor de overgang van een onderneming voldoende acht dat (1) de klantenkring hetzelfde is gebleven (2) het ziekenhuis nog steeds essentiële activa als ruimte, energie en water ter beschikking stelt en (3) geen relevant verschil maakt dat het restaurant en de winkel geen vaste personeelsbezetting heeft. Kort gezegd, werd dus het ter beschikking stellen van ruimten (in dit geval niet eens dezelfde ruimte, aangezien het ziekenhuis ook nog eens naar een andere locatie verhuisde), gas, licht en water voldoende geacht om aan te nemen dat sprake is van de overgang van een onderneming.³⁴

3.3 Toepassing

In voornoemde zaken was een onderscheid te maken tussen arbeidsintensief en arbeidsextensief. Deze scheiding is vaak echter niet strikt te maken. Zo zal binnen bepaalde schoonmaakbedrijven met geavanceerde machines gewerkt worden, waardoor de activa belangrijker zijn en minder snel geconcludeerd kan worden dat sprake is van een arbeidsintensieve sector.³⁵ In andere sectoren zal deze tweedeling überhaupt moeilijk te maken zijn. Zo stelt A-G Verkade met betrekking tot de activiteiten van een planten- en bloemenexporteur dat deze noch arbeidsintensief, noch arbeidsextensief zijn.³⁶ In dat geval zal naar andere 'Spijkers-factoren' moeten worden gekeken. Dat wil zeggen dat gekeken zal moeten worden of de klantenkring wordt overgedragen, wat de waarde is van de overgedragen immateriële activa en naar de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten.

In de rechtspraak wordt wel aangenomen dat geen sprake hoeft te zijn van overgang van een onderneming als de verkrijger de zaken na de overgang wezenlijk anders aanpakt.³⁷ Zo kan het feit dat een bedrijfsrestaurant met andere producten, een andere bereidingswijze, presentatie en bedrijfsvoering werkt ertoe leiden dat geen sprake is van behoud van identiteit, zodat geen overgang van onderneming plaatsvindt.³⁸ Datzelfde geldt als sprake is van een andere formule van bereiding en inrichting.³⁹

Het lijkt mij dat met toepassing van het arrest Klarenberg⁴⁰ enigszins gekunstelde vragen als met welke recepten de verkrijger de maaltijden bereidt of hoe zijn bedrijfsrestaurant is aangekleed niet langer van belang zullen zijn. Met het arrest Klarenberg wordt duidelijk dat bij de vraag of er sprake is van een economische eenheid die wordt overgedragen, het gaat om de vraag of met de middelen die wor-

33 Ktr. Utrecht 22 oktober 2008, JAR 2008, 287.

34 Zie uitgebreid E.G. van Arkel, *Outsourcing in de cateringbranche: aanvullend criterium voor overgang van onderneming?*, TAP 2009-1, p. 8.

35 R.M. Beltzer (2005), p. 54.

36 R.o. 3.19 van de conclusie bij HR 10 december 2004, JAR 2005/14 (Wesselman Bloemenexport).

37 Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Hoofdstuk 19 §2.

38 Ktr. Amsterdam 1 mei 2006, JAR 2006, 123.

39 Ktr. Amsterdam 20 augustus 2008, JAR 2008, 244.

40 Zie noot 12.

K. Wiersma

den overgedragen een (soort)gelijke economische activiteit kán worden uitgevoerd en niet óf dat na de overgang ook daadwerkelijk het geval is.

4 Wie gaat er mee?

Door de overgang van een onderneming gaan 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 verkrijger (art. 7:663 BW). Indien slechts een deel van de onderneming wordt overgedragen, moet dus worden nagegaan welke werknemers bij dat onderdeel van de onderneming werkzaam zijn. Werknemers die slechts bepaalde werkzaamheden ten behoeve van het overgedragen onderdeel verrichten en formeel zijn aangesteld bij een ander onderdeel, bijvoorbeeld een stafafdeling, worden niet aan het overgedragen onderdeel toegerekend en gaan dus niet mee over.⁴¹ Dat de werknemer én in dienst moet zijn bij de overdragende werkgever én feitelijk werkzaam moet zijn voor het onderdeel dat wordt overgedragen, wordt de eis van de dubbele binding genoemd.⁴²

Op basis van de letterlijke tekst van de wet geldt dus dat alleen diegenen die daadwerkelijk een dienstverband hebben met de werkgever van wie (een deel van) de onderneming wordt overgedragen van rechtswege overgaan op de verkrijger. Het gevolg is dat gedetacheerden en uitzendkrachten achterblijven bij de vervreemder; zij hebben immers een dienstverband met de uitlener. Dat geldt ook in concernverhoudingen.

4.1 *Heidemij en Heineken*

Dat deze situatie tot een onredelijke uitkomst kan leiden, laat de Heidemijuitspraak⁴³ uit 1982 zien. De gezonde dochters van het Heidemij-concern werden uit het concern gehaald en overgedragen aan Heidemij Holding N.V. De dochtermaatschappijen die verlies leden en de werknemers bleven achter in N.V. Heidemaatschappij Beheer, aan welke vennootschap op zeker moment surseance van betaling werd verleend. De eis van een betrokken werknemer dat Heidemij Holding N.V. de verplichtingen van N.V. Heidemaatschappij Beheer zou moeten nakomen, werd door de rechter afgewezen met de stelling dat hij tegen Heidemij Holding N.V. niets kon beginnen, aangezien hij in dienst was bij N.V. Heidemaatschappij Beheer.

Dat de werknemer in dienst moet zijn bij de werkgever die (een deel van) de onderneming overdraagt om rechten te kunnen ontlenen aan de regelgeving omtrent overgang van onderneming, is nadien een aantal keer bevestigd⁴⁴ met de stelling dat de Nederlandse wetgever ervoor heeft gekozen om de richtlijn alleen voor die werknemers te laten gelden die met de vervreemder een arbeidsovereenkomst heb-

41 HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 902 (Botzen).

42 E. Knipschild, *Permanente detachering in concernverband en overgang van onderneming*, *Arbeidsrecht* 2008-12, 63.

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

44 Ktr. Rotterdam 9 februari 2000, JAR 2000, 143 en 26 januari 2008, JAR 2008, 212.

ben gesloten. De woorden 'aldaar werkzame personen' in artikel 7:663 BW dienen gelezen te worden als de 'aldaar op grond van een arbeidsovereenkomst werkzame personen', waardoor alleen de werknemers die formeel bij de vervreemder in dienst zijn, mee overgaan naar de verkrijger.

Tot eenzelfde oordeel kwam de Haagse voorzieningenrechter in de Heinekenzaak.⁴⁵ Alle werknemers van Heineken zijn in dienst bij Heineken Nederlands Beheer B.V. (HNB). Vanuit HNB worden de werknemers vervolgens gedetacheerd bij een van de tot het Heineken concern behorende werkmaatschappijen. Op zeker moment besluit Heineken de cateringwerkzaamheden, die zijn ondergebracht bij de werkmaatschappij Heineken Nederland BV (Heineken Nederland) uit te besteden aan Albron Catering B.V. (Albron). Van de 73 werknemers die op basis van detachering bij Heineken Nederland in de catering werkzaam zijn, komen er 47 in aanmerking voor indiensttreding bij Albron, waaronder de 4 werknemers die samen met FNV Bondgenoten eisers zijn in de voorlopigevoorzieningenprocedure bij de Haagse rechter. Eisers zijn deze procedure gestart, omdat zij worden geconfronteerd met een forse inkomensachteruitgang bij Albron en van mening zijn dat, vanwege het bepaalde in artikel 7:662 e.v. BW, de arbeidsvoorwaarden die zij bij HNB genoten onverkort gehandhaafd moeten blijven. De Haagse voorzieningenrechter wijst de vordering af met de bekende opvatting dat 'voor het toepasbaar achten van de artikelen 7:662 en verder BW vereist is dat er een arbeidsovereenkomst bestaat tussen de overdragende onderneming en een aldaar werkzame werknemer'.

In de bodemprocedure die de werknemers en FNV Bondgenoten hebben aangespannen, komt de kantonrechter in Utrecht tot een ander oordeel. Hij beantwoordt de vraag of de betrokken werknemers van rechtswege bij Albron in dienst zijn getreden bevestigend, aangezien hij van oordeel is dat de betrokken werknemers bij het overgedragen concernonderdeel in dienst waren. Daartoe verwijst de kantonrechter naar de arresten Botzen⁴⁶ en d'Urso⁴⁷ van het Hof van Justitie van de EG en geeft hij aan dat de arbeidsverhouding in hoofdzaak wordt gekenmerkt door de band tussen de werknemer en het onderdeel van de onderneming, waarbij hij voor de uitoefening van zijn taak is aangesteld. Voor de vraag of de rechten en verplichtingen uit een arbeidsovereenkomst zijn overgegaan, kan, volgens de kantonrechter, dus worden volstaan met vast te stellen bij welk onderdeel van de onderneming de werknemer is aangesteld. Het is dan ook denkbaar, zo stelt de kantonrechter, dat het Hof van Justitie van de EG het begrip 'materiële' werkgever invult met 'arbeidsverhouding, 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', met als gevolg dat de rol van de 'formele' werkgever kan worden gemarginaliseerd.

De kantonrechter concludeert dat een werknemer die, zoals in dit geval, al geruime tijd (sinds 1985) bepaalde werkzaamheden verricht bij een materiële werkgever, die

45 Vzr. Rb. Den Haag 20 februari 2005, JAR 2005, 63.

46 Zie noot 41.

47 HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-362/89, Jurispr. 1991, I-4105 (d'Urso).

deel uitmaakt van het concernverband waarin zich ook de formele en verder activiteitenloze werkgever ophoudt, zich kan beroepen op de bescherming van de richtlijn.

4.2 Hoger beroep en prejudiciële vragen

Albron stelt tegen de uitspraak hoger beroep in bij Hof Amsterdam. Het hof bepaalt in zijn tussenarrest van mei 2008⁴⁸ dat de juiste uitleg van de richtlijn niet buiten iedere twijfel is en dat derhalve grond bestaat tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de EG. In dat kader heeft het hof partijen in de gelegenheid gesteld om op de door hem geformuleerde prejudiciële vraag te reageren, hetgeen partijen ook hebben gedaan. Vervolgens is het hof in juni 2009⁴⁹ tot de volgende twee prejudiciële vragen gekomen:

1. Moet de richtlijn 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?

In de literatuur wordt over het algemeen betoogd dat de uitspraak van de Utrechtse kantonrechter onjuist is en de betrokken gedetacheerde werknemers dus niet onder de bescherming van artikel 7:662 e.v. BW zouden moeten vallen.⁵⁰ Ik vraag mij af of dat zo is. Gezien het beschermende karakter van de richtlijn kan ik mij voorstellen dat het Hof van Justitie van de EG (op welke manier dan ook) tot het oordeel zal komen dat structureel gedetacheerde werknemers zich kunnen beroepen op de bescherming van de richtlijn. Het hiervoor besproken arrest Klarenberg laat zien dat het doel van de richtlijn, de bescherming van werknemers ten tijde van de overgang van een onderneming, vooropstaat en dat het doel belangrijker is dan de letterlijke tekst van de richtlijn. Daarnaast ben ik van mening dat ook de tekst van de richtlijn tot die gedachte aanleiding kan geven. Ik licht een en ander nader toe.

48 Hof Amsterdam 29 mei 2008, JAR 2008, 218.

49 Hof Amsterdam 30 juni 2009, JAR 2009, 195.

50 Zie onder meer M. Holtzer, De toepassing van de Wet overgang ondernemingen in concernverband, *Ondernemingsrecht* 2007-7, 86 en de noot van F.B.J. Grapperhaus bij de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht in *Ondernemingsrecht* 2006-7, 87.

Doel van de richtlijn

Ofschoon partijen het er in de Heineken-zaak over eens zijn dat de door Heineken bedachte constructie niet was opgezet om de werking van de richtlijn te ontlopen, worden de werknemers hierdoor wel geconfronteerd met slechtere arbeidsvoorwaarden bij Albron. Voor een minder goedwillende ondernemer is het dus mogelijk om de werking van de richtlijn op deze manier te ontlopen, bijvoorbeeld door activa door te sluizen en de werknemers in een sterfhuis achter te laten. Het kan niet de bedoeling zijn dat met een dergelijke simpele omleiding de richtlijn kan worden omzeild en ik ben dan ook van mening dat dergelijk misbruik met een beroep op het doel van de richtlijn moet kunnen worden voorkomen.

Letterlijke tekst

Artikel 3 lid 1 van de richtlijn luidt: 'De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang over op de verkrijger.' Artikel 2 lid 2 van de richtlijn bepaalt dat de richtlijn geen afbreuk doet aan het nationale recht met betrekking tot de definitie van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking.

De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om bij de implementatie van de richtlijn de werkingssfeer te beperken tot de werknemer in de zin van artikel 7:610 BW, dat wil zeggen de werknemer met een arbeidsovereenkomst. Op basis van de wetsgeschiedenis valt niet te achterhalen of de wetgever bewust een andere term heeft gebruikt dan de richtlijn en of de wetgever daarmee bewust een andere invulling heeft willen geven aan de richtlijn.⁵¹ Het is niet ondenkbaar dat de Nederlandse wetgever daarmee blijk heeft gegeven van een te enge definitie van het begrip werknemer; artikel 2 lid 2 van de richtlijn spreekt immers van de arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking zoals deze naar Nederlands recht is gedefinieerd. Met deze arbeidsbetrekking kan zeer wel bedoeld zijn dat ook arbeidsverhoudingen die niet als arbeidsovereenkomst kunnen worden aangemerkt, maar wel onder het reguliere arbeidsrecht vallen, onder de beschermende werking van de richtlijn vallen. Daarbij valt enerzijds te denken aan diegenen die voor het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 als werknemer kwalificeren⁵² (zoals bijvoorbeeld de freelancer), maar anderzijds, naar mijn mening, ook aan werknemers die structureel worden gedetacheerd. Ofschoon het nationale recht bepaalt wat de definitie is van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, kan deze stelling worden ondersteund door het feit dat in ons omringende lidstaten van de Europese Unie (onder meer Engeland, Duitsland en Frankrijk) structurele detachering in concernverband wél kan leiden tot toepassing van de richtlijn.⁵³

51 W. Kroft, *Overgang van onderneming; een reactie*, *Arbeidsrecht* 2006, 13.

52 P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, monografieën sociaal recht, Deventer: Kluwer 1999, p. 18 e.v.

53 E. Knipschild, *Permanente detachering in concernverband en overgang van onderneming*, *Arbeidsrecht* 2008-12, 63.

K. Wiersma

Inhoud boven vorm

De stelling dat structureel gedetacheerde werknemers bescherming aan de richtlijn moeten kunnen ontlenen, kan ook worden ondersteund met verwijzing naar het Botzen-arrest. Dat deed ook de Utrechtse kantonrechter in de Heineken-zaak, met de stelling dat de arbeidsverhouding in hoofdzaak wordt 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. De gedetacheerde is voor de uitoefening van zijn werkzaamheden immers te werk gesteld bij de werkmaatschappij.

In deze benadering wordt, vanwege het doel van de richtlijn, uitgegaan van een materieel begrip van het werkgeverschap. Dat wil zeggen dat vanwege de materiële band tussen inlener en gedetacheerde de formele band tussen uitlener en gedetacheerde van mindere betekenis is. Dat betekent niet dat er een geruisloze overgang heeft plaatsgevonden waardoor de gedetacheerde in dienst is getreden van de inlener – dat is gezien het ABN AMRO/Malhi-arrest van de Hoge Raad⁵⁴ ook niet mogelijk – maar betekent dat de inhoud belangrijker wordt gevonden dan de vorm.

In een reactie op een oppositie van zijn dissertatieonderzoek is Oostwouder al in 1997 tot eenzelfde conclusie gekomen.⁵⁵ Hij geeft aan dat bij een overgang van onderneming de constructie met een personeelsvennootschap onder omstandigheden onbillijk kan uitpakken indien puur het formele criterium ‘dienstbetrekking’ in acht wordt genomen en stelt een pragmatischer benadering voor, waarbij er dient te worden gelet op het doel van de richtlijn en de feitelijke tewerkstelling in aanmerking wordt genomen.

Daarnaast geldt dat de gedachte dat structureel gedetacheerde werknemers in concernverband in het kader van de overgang van een onderneming van rechtswege behoren over te gaan niet nieuw is in de rechtspraak. In een eerdere uitspraak in 2003 bevestigde het Hof Amsterdam⁵⁶ dat onder omstandigheden een werknemer die in concernverband gedetacheerd is, mee kan overgaan. Werknemer was in dienst bij moeder Kamerbeek Groep BV, maar werkte feitelijk al vier jaar lang alleen voor Kamerbeek VVE-Diensten BV. De activiteiten van Kamerbeek VVE-Diensten BV worden overgedragen aan VVE Rotterdam BV. Het hof is met de werknemer eens dat hij van rechtswege mee is overgegaan naar VVE Rotterdam, aangezien (1) grenzen van het begrip onderneming ruim moeten worden getrokken, (2) de werknemer feitelijk bij de dochter werkzaam is, (3) de ondernemingen nauw op elkaar betrokken zijn (Kamerbeek VVE-Diensten BV werd bij de transactie vertegenwoordigd door haar directeur Kamerbeek Groep BV), en (4) de werknemer op de lijst van werknemers stond die mee overgingen, zodat beide partijen er kennelijk van uit zijn gegaan dat dit de bedoeling was. De conclusie van het hof dat de Kamerbeekvennootschappen vereenzelvigd moeten worden, is weliswaar vanwege de terughoudende juris-

54 HR 5 april 2002, JAR 2002/100 (ABN AMRO/Malhi).

55 W.J. Oostwouder, *Management Buy-out, Naamloze Vennootschap* 1997-2.

56 Hof Amsterdam 20 maart 2003, JAR 2003, 103.

prudentie van de Hoge Raad op dat punt kritisch ontvangen,⁵⁷ maar zou, gezien het doel van de richtlijn best door het Hof van Justitie van de EG kunnen worden gevolgd.

De gedachte dat naar de inhoud en niet de vorm gekeken moet worden, wordt ook ondersteund door hetgeen de Hoge Raad in het Asito-arrest⁵⁸ aangeeft, maar in een andere context, aangezien de betrokken werknemer daar wel bij de overdragende werkgever in dienst was. Werkneemster is als schoonmaakster in dienst bij Asito. Op zeker moment wordt zij op non-actief gesteld, althans van een schoonmaakproject afgehaald, waarna zij zich ziek meldt. Als vervolgens het schoonmaakproject wordt overgedragen aan een ander schoonmaakbedrijf stelt werkneemster zich op het standpunt dat zij ingevolge de regels omtrent overgang van een onderneming mee is overgegaan naar de verkrijger. De Hoge Raad is van mening dat dit niet het geval is, aangezien werkneemster niet meer zou terugkeren op het schoonmaakproject en zij dus – in de terminologie van artikel 7:663 BW – niet langer als ‘bij het desbetreffende bedrijfsonderdeel werkzaam’ heeft te gelden. De Hoge Raad kent dus aan de feitelijke status van de betrokken werknemer meer gewicht toe dan aan haar formele status.⁵⁹

In een recent arrest van het Hof Den Haag⁶⁰, waarbij de betrokken werknemer eveneens bij de overdragende werkgever in dienst was, wordt nog eens bevestigd dat aan de feitelijke status van de werknemer meer gewicht toekomt dan aan de formele status. Het hof geeft aan dat voor de toerekening van een werknemer aan het over te dragen onderdeel van de onderneming, de band tussen de betrokken werknemer en het over te dragen onderdeel van de onderneming beslissend is. Die toerekening kan, ondanks een eerdere aanstelling elders, echter toch gerechtvaardigd zijn, als die band alsnog is ontstaan en de betrokken werknemer als bij het desbetreffende bedrijfsonderdeel werkzaam heeft te gelden. Hierbij tekent het hof nog aan dat in een dergelijk geval aan de feitelijke status van de betrokken werknemer meer gewicht toekomt dan aan diens formele status (waarbij het Hof Den Haag verwijst naar het in de vorige alinea besproken arrest Asito van de Hoge Raad). Met andere woorden, zo stelt het hof, indien de gewijzigde feitelijke status een (voldoende) definitief karakter draagt, zal daarvan, en niet van de - achterhaalde - formele status, worden uitgegaan bij de toerekening van een werknemer aan het over te dragen onderdeel van de onderneming.

Deze redenering is naar mijn mening ook los te laten op de situatie van de structureel gedetacheerde werknemer; hij is formeel in dienst bij A, maar feitelijk werkzaam bij B. Nu de gewijzigde feitelijke status een (voldoende) definitief karakter heeft, zal van de feitelijke status en niet van de achterhaalde formele status, moeten worden

57 Onder meer in M. Holtzer, De Toepassing van de Wet overgang ondernemingen in concernverband, Ondernemingsrecht 2007, 86.

58 HR 11 februari 2005, JAR 2005/67 (Asito/Memedovic).

59 HR 11 februari 2005, C03/248HR, m.nt. A.Ph.C.M. Jaspers (Asito/Memedovic), SR 2005, 37.

60 Hof Den Haag 16 juni 2009, JAR 2009, 219.

K. Wiersma

uitgegaan bij de toerekening van een werknemer aan het over te dragen onderdeel van de onderneming.

Payroll-onderneming

De door mij voorgestane benadering betekent niet (of heeft althans niet de bedoeling) dat daarmee de poort wordt opengezet voor uitzendkrachten. Er moet naar mijn mening een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de werknemer die in concernverband structureel bij een derde te werk wordt gesteld en anderzijds de werknemer die bij een uitzendbureau aan de slag gaat om vervolgens bij een derde te worden geplaatst. De werknemer die binnen een concern in dienst treedt, gaat deze verbintenis aan in de gedachte dat hij werknemer wordt van het concern. Dat hij om administratieve, of andere, redenen in dienst treedt van een personeelsvennootschap, doet daar niet aan af. De meeste werknemers zullen zich dat immers niet eens realiseren.

Voor de werknemer die via een zogenoemde payroll-ondernemer in dienst treedt bij een werkgever geldt hetzelfde. De payroll-constructie wordt doorgaans gebruikt om de werknemer structureel werkzaamheden te laten verrichten bij de opdrachtgever zonder dat de werknemer bij de opdrachtgever in dienst treedt. De werknemer zal in deze constructie doorgaans niet de bedoeling hebben om bij de payroll-onderneming in dienst te treden, maar de bedoeling hebben om bij de opdrachtgever aan de slag te gaan en – althans materieel – vanaf het begin een arbeidsovereenkomst met de opdrachtgever en niet met de payroll-onderneming aan te gaan.⁶¹ De uitzendovereenkomst is een ander verhaal. De werknemer die een arbeidsovereenkomst aangaat met een uitzendwerkgever weet immers bij het aangaan van de overeenkomst dat het doel van de overeenkomst is dat hij bij derden zal worden ingezet en dat hij in principe geen bestendige arbeidsrelatie met de inlener zal opbouwen.

Een stap verder nog gaat Zwemmer⁶² met de stelling dat de relatie van de payroll-werknemer met de opdrachtgever zou kunnen voldoen aan de formele eisen die artikel 7:610 BW aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst stelt; de gedetacheerde is in die visie dus niet alleen materieel, maar ook formeel in dienst bij de opdrachtgever.

Artikel 7:610 BW stelt als eisen aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst dat sprake is van een gezagsverhouding, (persoonlijke) arbeid en van betaling van loon. Het gezag wordt in de hier besproken situatie gevoerd door de opdrachtgever en de werknemer moet de arbeid persoonlijk uitvoeren. Het loon wordt echter aan hem betaald door de payroll-onderneming. Dat de werkgever het loon feitelijk aan de werknemer dient uit te betalen, volgt echter niet uit artikel 7:610 lid 1 BW; bij payrollong, en naar mijn mening ook in het geval dat een werknemer in concernverband vanuit een personeelsvennootschap structureel te werk wordt gesteld bij

61 Zie voor een uitgebreide beschrijving van het fenomeen payroll-ondernemer, J.P.H. Zwemmer, *Waarom de payrollonderneming geen (uitzend)werkgever is*, TRA 2009, 1.

62 Zie noot 58.

een werkmaatschappij, heeft de opdrachtgever de betaling van het door hem aan de werknemer verschuldigde loon uitbesteed aan de payroll-onderneming/personeelsvennootschap. Dat betekent niet dat de opdrachtgever geen loon verschuldigd is aan de betrokken werknemer voor de door hem verrichte werkzaamheden. Ik acht deze visie goed toepasbaar op de vraag of een binnen een concern structureel gedetacheerde werknemer mee overgaat naar de verkrijger.

Het voorgaande kan voorts worden beargumenteerd met een verwijzing naar het Groen/Schoevers-arrest,⁶³ waarin de Hoge Raad bepaalde dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, naast de aanwezigheid van de elementen gezag, arbeid en loon, de (materiële) bedoelingen van partijen bij het aangaan van de overeenkomst een rol spelen.

Ook in een driehoekssituatie waarin een werknemer door een derde aan de werkgever ter beschikking wordt gesteld, kan er sprake zijn van een arbeidsovereenkomst tussen de opdrachtgever en de ter beschikking gestelde werknemer, zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM.⁶⁴ A-G Timmerman merkt in dat kader het volgende op:

‘De betrokken partijen kunnen een constructie met tussenschakeling van een andere partij op papier hebben gezet die – alle omstandigheden in aanmerking nemend – niet in overeenstemming is met hetgeen zij werkelijk bedoelden af te spreken. In zo’n geval is niet de schriftelijke tekst waarin de betrokken rechtsverhoudingen zijn weergegeven, maar de bedoeling van partijen doorslaggevend.’

Literatuur

Als gezegd, is het leeuwendeel van de schrijvers het niet eens met de gedachte dat een gedetacheerde werknemer bescherming moet kunnen ontleen aan de richtlijn. Ik noem er een paar. Knipschild⁶⁵ stelt in het tijdschrift Arbeidsrecht dat er geen reden is om de gedetacheerde werknemer in het kader van een overgang van onderneming te beschermen, aangezien de gedetacheerde werknemer na de overgang recht blijft behouden op zowel de bedongen arbeidsvoorwaarden als de ontslagbescherming. De werknemer valt na de overgang dus terug op de personeelsvennootschap waar hij de arbeidsovereenkomst mee is aangegaan. Naar mijn mening ziet Knipschild hierbij over het hoofd dat de betrokken werknemers veelal zullen zijn aangenomen vanwege hun specifieke kennis en zij op basis van die kennis worden ingezet bij een bepaalde werkmaatschappij (dat was ook het geval in de Heinekenzaak). Na overdracht van de activiteiten van die werkmaatschappij zal er veelal geen werk meer zijn binnen het concern en zal de betrokken werknemer dus niet lang meer van de bedongen arbeidsvoorwaarden kunnen genieten, nu zijn ontslag op korte termijn onvermijdelijk zal zijn.

63 14 november 1997, AJR 1997, 263 (Groen/Schoevers).

64 HR 13 juli 2007, NJ 2007, 449 (Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM).

65 E. Knipschild, Permanente detachering in concernverband en overgang van onderneming, *Arbeidsrecht* 2008-12, 63.

K. Wiersma

Ook Grapperhaus⁶⁶ is van mening dat de gedetacheerde werknemer in concernverband niet mee over behoort te gaan, omdat er toch in ieder geval een arbeidsovereenkomst moet bestaan tussen vervreemder en werknemer. In dat kader werpt hij op dat, zelfs al zou de werknemer zijn werk als gedetacheerde kwijtraken, hij in dat geval aanspraak maakt op een meer dan adequate ontslagvergoeding. Of deze vergoeding in het huidige economische tij en met de vermagering van de ontslagvergoeding nog wel (meer dan) adequaat is, is echter maar de vraag. Grapperhaus wijst er in dezelfde bijdrage op dat een concern veelal een valide reden heeft om de systematiek van een personeelsvennootschap te hanteren, bijvoorbeeld om te voorkomen dat de over diverse activiteiten verspreide werknemers onder verschillende bedrijfstak-cao's komen te vallen. Dat belang is zeker verdedigbaar, maar betekent niet dat de werknemer die structureel binnen het concern bij een andere onderneming wordt gedetacheerd, de bescherming van de 'richtlijn moet ontberen.

Daarbij benadruk ik wel, nogmaals, dat het mij gaat om structureel gedetacheerde werknemers die op de Heineken-methode worden gedetacheerd binnen een concern. Hiermee wordt enerzijds voorkomen dat een werknemer die slechts tijdelijk is gedetacheerd mee overgaat naar de verkrijger en wordt anderzijds voorkomen dat de werkgever misbruik maakt van deze verruiming door in het licht van de overgang snel een aantal werknemers die hem niet bevallen bij de desbetreffende werkmaatschappij te detacheren.

4.3 *Conclusie*

Het doel van de richtlijn is helder. Uit de considerans van de richtlijn blijkt dat de richtlijn is aangenomen om werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om hun rechten veilig te stellen. Dat doel wordt ook benadrukt in het arrest Klarenberg, dat hiervoor uitgebreid aan de orde is gekomen. Daarbij is aangegeven dat voor de uitleg van de richtlijn niet alleen moet worden gekeken naar de bewoordingen van de bepalingen, maar ook naar de context en de doelstellingen die de richtlijn nastreeft. Dat betekent mijns inziens dat in antwoord op de door het Hof Amsterdam gestelde prejudiciële vragen (1) 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 als al het binnen het concern werkzame personeel in dienst is van een eveneens tot dat concern behorende personeelsvennootschap die fungeert als centrale werkgeefster en deze werknemers gedurende langere tijd bij deze werkgever te werk zijn gesteld en (2) datzelfde geldt indien deze werknemers worden gedetacheerd door een andere, eveneens tot dat concern behorende vennootschap, niet zijnde een personeelsvennootschap.

Met zekerheid kan pas gezegd worden welke opvatting de juiste is, als het Hof van Justitie van de EG zich heeft uitgesproken; naar verwachting is dat antwoord op zijn vroegst eind 2010 te verwachten.

66 Annotatie Grapperhaus bij de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht, *Ondernemingsrecht* 2006-7, 87.

Overigens is naar mijn mening de kans echter niet ondenkbaar dat het Hof van Justitie van de EG uiteindelijk niet de duidelijkheid biedt waar de praktijk naar verlangt. Vanwege het feit dat ingevolge artikel 2 lid 2 van de richtlijn het nationale recht de definitie van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking bepaalt, zou het naar mijn idee best zo kunnen zijn dat het Hof van Justitie van de EG het antwoord op de vraag of de betrokken werknemers, werknemers zijn in de zin van de richtlijn, overlaat aan Nederlandse wetgever. De Nederlandse wetgever heeft in artikel 7:663 BW al een keuze gemaakt, dus dan zou het aan de Hoge Raad zijn om aan te geven of deze definitie letterlijk moet worden genomen of dat in een geval als de Heineken-zaak de feitelijke situatie voorrang zou moeten hebben boven de formele situatie.

5 Informatieplicht vervreemder bij overgang van een onderneming, het arrest Pax/Bos

Aangezien een werknemer vaak niet op de hoogte zal zijn van de ingewikkelde materie rondom de overgang van een onderneming, kan de gedachte opkomen om de werknemer maar in het ongewisse te laten omtrent zijn positie in het licht van een overgang van een onderneming.

Dat zwijgen niet altijd goud is, blijkt echter (opnieuw) uit een recent arrest van de Hoge Raad.⁶⁷ De heer Bos was in dienst bij Douwe Egberts. Op enig moment in 2003 zijn de werkzaamheden, die onder meer door de heer Bos werden uitgevoerd, door Douwe Egberts uitbesteed aan een speciaal daartoe door haar opgerichte onderneming, Pax. Daarbij is door Douwe Egberts aangegeven dat de betrokken werknemers in dienst zullen treden van een andere aan Douwe Egberts gelieerde onderneming, Detrex geheten. Detrex sluit vervolgens een detacheringsovereenkomst met Pax op basis waarvan de werknemers hun werkzaamheden voor Pax blijven verrichten. Detrex verricht zelf geen andere activiteiten. De heer Bos heeft de brief waarin werd aangegeven dat hij werknemer van Detrex wordt voor akkoord ondertekend. Vervolgens wordt in 2006 besloten om, naast de activiteiten, ook de werknemers naar Pax over te hevelen en wordt de heer Bos te verstaan gegeven dat hij dus werknemer van Pax wordt. De heer Bos stelt zich echter op het standpunt dat hij niet bij Pax in dienst wenst te treden. Vervolgens wordt de arbeidsovereenkomst van de heer Bos met Detrex ontbonden en wordt tevens de arbeidsovereenkomst tussen de heer Bos en Pax ontbonden, voor zover rechtens vereist (dat wil zeggen voor het geval in rechte zou komen vast te staan dat er überhaupt sprake is geweest van een dienstverband tussen Pax en de heer Bos). De heer Bos vordert vervolgens in kort geding (door)betaling van het salaris van Pax van datum X tot de datum dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd op basis van de stelling dat hij op grond van de regels omtrent overgang van onderneming in dienst is gekomen bij Pax, als niet al de eerste maal in 2003 dan wel in 2006. Het hof laat in het midden of in 2003 sprake was van een overgang van onderneming, aangezien de heer Bos en zijn collega's uitdrukkelijk akkoord waren gegaan met indiensttreding bij Detrex. Het hof is vervolgens van

67 HR 26 juni 2009, JAR 2009, 183 (Pax Integrated Logistics/Bos).

K. Wiersma

mening dat in 2006 geen sprake is geweest van overgang van onderneming, omdat niet is aangetoond dat de ondernemingsactiviteiten van Detrex door Pax zijn overgenomen.

5.1 *Oordeel Hoge Raad*

De Hoge Raad benadrukt allereerst het beschermende karakter van de regelgeving inzake overgang van onderneming en geeft aan dat de door de richtlijn aan de werknemers van de overgedragen onderneming geboden bescherming van openbare orde is en in die zin als dwingend te beschouwen is dat er niet in ongunstige zin van mag worden afgeweken. Daaruit (het arrest *Daddy's Dance Hall*⁶⁸) volgt dat werknemers niet kunnen afzien van de rechten die de richtlijn ze toekent en dat hun rechten niet mogen worden verminderd, ook niet met hun instemming. Dat is niet het geval wanneer debetrokkene na de overgang zelf zijn dienstbetrekking uit eigen beweging met de verkrijger verbreekt.⁶⁹

Het voorgaande betekent, zo stelt de Hoge Raad, dat ook al leek er in 2003 naar de vorm geen sprake van een overgang van onderneming, dat in feite wel degelijk het geval was. In dat kader heeft het hof aan de instemming van de heer Bos met het niet in dienst treden bij Pax niet de conclusie mogen verbinden dat hij toen niet van rechtswege als gevolg van artikel 7:663 BW bij Pax in dienst trad. Mede gelet op de eisen van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), zo stelt de Hoge Raad, had het op de weg van de werkgever gelegen om de werknemers voldoende openheid van zaken en duidelijkheid te verschaffen over de te maken keuzes om zo te waarborgen dat de betrokken werknemers hun eventuele beslissing om afstand te doen van de hun door artikel 7:663 BW geboden bescherming, volledig geïnformeerd konden nemen. In gelijke zin oordeelde de Hoge Raad al in 2007.⁷⁰ In dat licht is er wellicht weinig nieuws onder de zon, maar het is goed om zich als (adviseur van) vervreemder, verkrijger of werknemer te realiseren dat er een actieve rol van de werkgever wordt verwacht. Gebeurt dat niet, dan kan de werknemer de door hem geleden schade verhalen op degene op wiens weg het lag om hem deugdelijk te informeren,⁷¹ bijvoorbeeld door compensatie te claimen voor het feit dat hij in het licht van de overgang instemde met slechtere arbeidsvoorwaarden.

6 Conclusie

Met de uitspraak van het Hof van Justitie van de EG in de zaak Klarenberg wordt voorkomen dat de verkrijger van een onderneming in de zin van de richtlijn op oneigenlijke wijze weet te ontkomen aan de werking van de richtlijn. Ofschoon het niet moeilijk is om een discussie op te tuigen over de vraag hoe precies de functionele band moet worden uitgelegd die na de overgang tussen de verschillende factoren

68 Zie noot 3.

69 HvJ EG 11 juli 1985, NJ 1988, 907 (Mikkelsen).

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

71 Voor de verschillende mogelijkheden die de werknemer heeft, verwijs ik naar M.D. Ruizeveld, *Goed werkgeverschap en informatieplicht: wat iedere werknemer weten moet*, SR 2008, 4.

bewaard moet blijven om te kunnen spreken van identiteitsbehoud, is het te hopen dat de nadruk gelegd zal worden op het door het Hof van Justitie van de EG gestelde uitgangspunt dat het doel van de richtlijn – de bescherming van de betrokken werknemers – vooropstaat en de richtlijn niet eenvoudig buitenspel gezet kan worden door het besluit van de verkrijger om de overgenomen onderneming op een bepaalde manier in de eigen organisatie te integreren. Het gaat erom of op het moment van overgang op basis van de feitelijke omstandigheden geoordeeld kan worden dat de verkrijger met de door hem overgenomen factoren een soortgelijke onderneming kan voortzetten; als dat het geval is, dan hebben de betrokken werknemers recht op bescherming van de richtlijn.

Het zou goed zijn als er tevens duidelijkheid komt over de vraag of werknemers die in concernverband, vanwege administratieve of andere doeleinden, niet in dienst zijn bij de onderneming waar zij feitelijk hun werkzaamheden uitvoeren, onder de bescherming van de richtlijn vallen. Vanwege het feit dat het doel van de richtlijn belangrijker is dan de letterlijke tekst daarvan, ben ik van mening dat dat inderdaad het geval zou moeten zijn. Of het Hof van Justitie van de EG daarover duidelijkheid kan bieden, zal op zijn vroegst eind 2010 duidelijk worden wanneer de uitspraak van het Hof van Justitie van de EG een antwoord geeft op de door het Hof Amsterdam gestelde vragen in het kader van de Heineken-zaak.

Ten slotte is van belang dat een werkgever zich goed realiseert dat hij een zorgplicht heeft ten opzichte van zijn werknemers, hetgeen in geval van een overgang van een onderneming tot uiting komt in de plicht om de betrokken werknemers adequaat te informeren over hun positie. Laat een werkgever dat na, dan zal hij in een later stadium aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de schade die de werknemer lijdt doordat hij op het moment van overgang niet wist dat hij bescherming in het kader van de overgang van een onderneming genoot.