

ARTIKELEN

WETENSCHAP

Albron/Roest – *All's well that ends well*

R.M. Beltzer & J.P.H. Zwemmer

1 Inleiding

Risicokanaliserende binnen concerns heeft geleid tot het succes van het concern als juridisch vehikel. Ondanks invloeden van het mededingingsrecht¹ en het financiële recht² zijn inbreuken op de interne ondernemingsvrijheid en doorbraak van aansprakelijkheid schaars: het is algemeen aanvaard dat de ondernemer de vrijheid moet hebben zijn onderneming zo in te richten als hem goedgevult.³ De vraag is steeds hoever die vrijheid reikt. Zo is een relevante vraag of het de ondernemer is toegestaan arbeidsovereenkomsten ergens anders binnen het concern onder te brengen dan waar de werknemers feitelijk werken.⁴ Een aanzet tot de gedachte dat ondernemersvrijheid haar begrenzing vindt waar arbeidsrechtelijke bescherming in het geding is, levert het arrest Albron/FNV Bondgenoten & Roest. De geschiedenis van de zaak is een lange: vijfmaal heeft een gerechtelijke instantie zich over de zaak gebogen. De Hoge Raad heeft op 5 april 2013⁵ het laatste woord gesproken in deze zaak, maar of daarmee alle vragen zijn beantwoord, valt te betwijfelen.

2 Casus

Binnen het Heinekenconcern fungeert Heineken Nederlands Beheer BV (hierna: HNB) als centrale werkgever en zij detacheert de werknemers naar de andere tot het concern behorende groepsmaatschappijen. Roest was vanaf 1985 in dienst

1 HvJ EG 10 september 2009, C-97/08P (Akzo Nobel e.a./Commissie).

2 Denk, onder andere, aan de discussies omtrent *firewalls* en *ringfencing* binnen financiële conglomeraten om zo verschillende activiteiten feitelijk en juridisch van elkaar te scheiden. Zie hierover D.A.M.H.W. Strik, De zelfstandigheid van de rechtspersoon in concernverhoudingen, in: G. van Solinge e.a., Relativering van rechtspersoonlijkheid (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 114), Deventer: Kluwer 2012, p. 43-66.

3 Wij zien in dat de vraag naar de vrijheid ten aanzien van de ondernemingsstructuur een andere is dan de vraag naar doorbraak van aansprakelijkheid. De twee komen in de discussie omtrent concernaansprakelijkheid echter vaak samen. Zie in het algemeen M.L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999.

4 A.T.J.M. Jacobs, De arbeidsovereenkomst in het NBW, NJB 2 september 1994, nr. 30, gooide de knuppel in het hoenderhok door voor te stellen in bepaalde omstandigheden het concern als werkgever te beschouwen.

5 HR 5 april 2013, LJN BZ1780.

van HNB als cateringmedewerker en werd intra-concern gedetacheerd bij Heineken Nederland BV (hierna: HN). HN besloot op enig moment haar cateringactiviteiten uit te besteden aan Albron Catering BV (hierna: Albron). In dat kader bood Albron Roest een arbeidsovereenkomst aan en ontving hij van Heineken een vertrekpremie. Roest stelde zich echter op het standpunt dat zijn arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:663 Burgerlijk Wetboek (BW) van rechtswege was overgegaan naar Albron en daarom zijn oude, betere Heinekenarbeidsvoorwaarden waren blijven gelden. Op grond van art. 7:663 BW gaan bij een 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 op de nieuwe exploitant. Probleem voor Roest was dat tussen hem en HN geen arbeidsovereenkomst bestond en dan niet zou zijn voldaan aan de vereisten van art. 7:663 BW. Sinds de Heidemij-zaak⁶ uit 1982 werd art. 7:663 BW zo uitgelegd dat de werknemer een arbeidsovereenkomst diende te hebben met de vervreemder – dat wil zeggen met de feitelijke exploitant – van de overgaande onderneming. Dat betekende dat werknemers die werkzaam waren bij een tot een concern behorende in een rechtspersoon ingebrachte onderneming, maar een arbeidsovereenkomst sloten met een andere centrale werkgever binnen het concern, niet overgingen bij de verkoop of uitbesteding van die onderneming. Op grond van deze ‘formele’ uitleg⁷ van art. 7:663 BW (zie figuur 1) zou Roest dus niet mee overgaan, maar in dienst blijven bij HNB.

Art. 7:663 BW vindt zijn grondslag in Richtlijn 2001/23 (hierna: de Richtlijn).⁸ Het doel van de Richtlijn is aan werknemers bescherming te bieden tegen ontslag en tegen een verandering of achteruitgang in hun positie die het gevolg is van de structuur- of bestuurdersverandering in de onderneming waarin zij werkzaam zijn. Op grond van art. 3 lid 1 van de Richtlijn gaan bij overgang van onderneming de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking door deze overgang over op de verkrijger. Deze bepaling is geïmplementeerd in art. 7:663 BW. In art. 7:663 BW wordt niet over ‘vervreemder’, maar over ‘werkgever in die onderneming’ gesproken en ontbreekt het begrip arbeidsbetrekking.⁹ In de Albron-zaak staat de vraag centraal hoe art. 7:663 BW moet worden gelezen

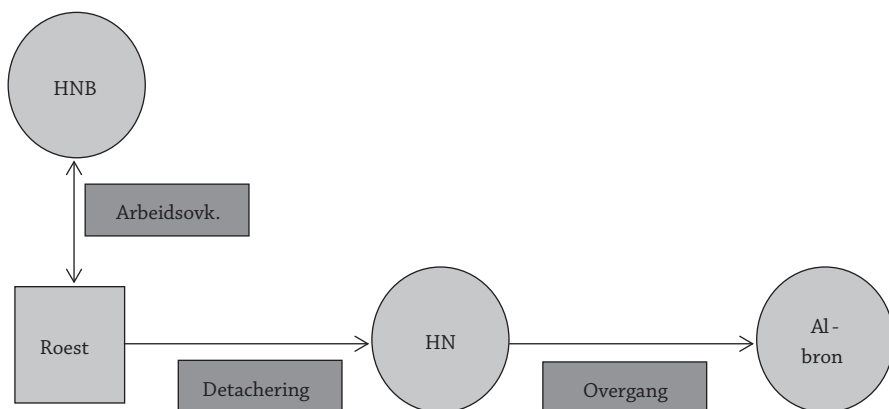
6 Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, NJ 1982, 619.

7 Zie hierover o.a. M. Holtzer, *De toepassing van de Wet overgang van ondernemingen in concernverband*, *Ondernemingsrecht* 2007, p. 272-277. De formele leer was tot de Albron-zaak nimmer in een appèlinstantie expliciet bevestigd of ontkend.

8 Richtlijn 2001/23 van 12 maart 2001 (PbEG 22 maart 2001, L 82/16) 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 van ondernemingen van vestigingen. Deze richtlijn is voorafgegaan door Richtlijn 1998/50 van 29 juni 1998 (PbEG 17 juli 1998, L 201/88), die op haar beurt is voorafgegaan door Richtlijn 77/189/EEG (PbEG 5 maart 1977, L 61/26). Zie voor de implementatie van deze richtlijn in Nederland: art. 7:662 e.v. en 7:670 lid 8 BW, art. 14a Wet CAO, art. 2a Wet AVV, alsmede enkele bepalingen in de Faillissementswet.

9 Art. 2 lid 1 van de Richtlijn.

Figuur 1 *De formele leer. De arbeidsovereenkomst blijft bij HNB. De arbeidsovereenkomst van Roest gaat niet mee over naar Albron.*



en of dit artikel richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd in de situatie van intra-concern detachering, waarbij werknemers door een personeelsvennootschap, hun formele werkgever, ter beschikking worden gesteld aan een andere groepsmaatschappij, hun materiële werkgever.

3 Procedure tot de Hoge Raad

3.1 Ktr. Utrecht 15 maart 2006¹⁰

De kantonrechter oordeelde dat Roest van rechtswege in dienst was getreden bij Albron op het moment dat HN haar cateringactiviteiten had uitbesteed aan Albron. Hij stelde daarbij voorop dat binnen de arbeidsovereenkomst van Roest geen sprake was van een specifiek beoogde en gewenste flexibiliteit in de zin van herhaaldelijke kortstondige detacheringen of uitzendingen zoals bij een typische uitzendwerkgever. Naar het oordeel van de kantonrechter moest een werknemer die, zoals in deze procedure, op grond van een arbeidsovereenkomst met een “formele en verder activiteitenloze werkgever” geruime tijd werkzaam was bij een “materiële werkgever” die deel uitmaakte van hetzelfde concern, zich kunnen beroepen op de overgang van zijn arbeidsovereenkomst krachtens de Richtlijn. Dat Roest niet op grond van een arbeidsovereenkomst in dienst was van de vreemder, HN, stond naar het oordeel van de kantonrechter niet in de weg aan het van rechtswege overgaan van zijn arbeidsovereenkomst naar Albron op grond van art. 7:663 BW. De kantonrechter vergeleek de Albron-situatie met de casus die de aanleiding vormde voor het arrest van het Hof van Justitie in de zaak Bot-

10 Ktr. Utrecht 15 maart 2006, JAR 2006/80. Zie over deze zaak o.a. R.M. Beltzer & E.T. Visser, Wie beschikt over de arbeidsovereenkomst?, *Praktisch Procederen* 2006, p. 94-95 en A.A. de Jong, De positie van gedetacheerde werknemers bij een overgang van onderneming, *ArbeidsRecht* 2007-3.

zen.¹¹ Hoewel de kantonrechter constateerde dat het in dit arrest ging om het toerekenen van de werknemer aan een overgaand onderdeel van de onderneming en hier geen sprake was geweest van een scheiding tussen de formele en de materiële werkgever, gaf dit arrest naar zijn oordeel wel een aanwijzing hoe het Hof van Justitie tegen de Albron-situatie zou aankijken. In het Botzen-arrest oordeelde het Hof van Justitie dat een 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 kantonrechter achtte denkbaar dat ditzelfde ook zou kunnen gelden voor de band tussen de werknemer en de materiële werkgever bij intra-concern detachering als aan de orde in de Albron-situatie. Naast de omstandigheid dat HN fungeerde als de materiële werkgever, speelden nog vier andere omstandigheden een rol bij de totstandkoming van het oordeel van de kantonrechter. Alle in Nederland werkzame werknemers binnen het Heinekenconcern waren in dienst van HNB. HNB behoorde tot hetzelfde concern als HN; de werknemer had zijn werkzaamheden gedurende geruime tijd bij de in HN ondergebrachte cateringactiviteiten verricht en door HNB werden verder geen activiteiten verricht.

3.2 Hof Amsterdam 29 mei 2008 en 30 juni 2009¹²

Het Hof Amsterdam schorste de behandeling van de zaak en stelde het Hof van Justitie eerst in 2008, later opnieuw in 2009, door middel van een verbeterde versie, de volgende prejudiciële vragen:

‘1. Moet Richtlijn 2001/23 (...) 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?’¹³

11 HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 902.

12 Hof Amsterdam 29 mei 2008, JAR 2008/218 en Hof Amsterdam 30 juni 2009, JAR 2009/195.

13 Deze vragen vormden een aanscherping van eerdere prejudiciële vragen. Zie over deze eerdere vragen E. Knipschild, *Permanente detachering in concernverband en overgang van onderneming*, *ArbeidsRecht* 2008-12, p. 37-42.

3.3 HvJ EU 21 oktober 2010¹⁴

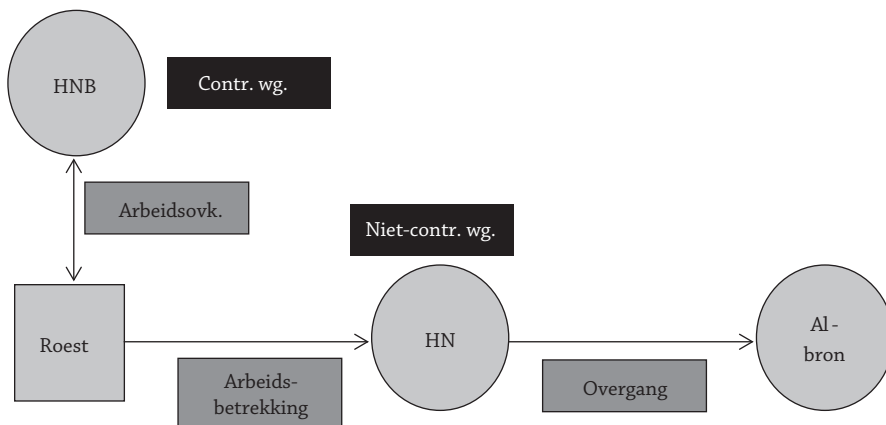
Het Hof van Justitie oordeelde dat uit de bewoordingen van art. 2 lid 1 sub a van de Richtlijn volgt dat de in dit lid gedefinieerde vervreemder degene is die door een overgang in de zin van art. 1 lid 1 van de Richtlijn de hoedanigheid van werkgever – ondernemer – verliest. Naar het oordeel van het Hof van Justitie verloor de groepsmaatschappij waarbij de werknemer was gedetacheerd haar hoedanigheid van ‘niet-contractuele werkgever’ van de cateringwerknemers door de uitbesteding van de cateringactiviteiten aan Albron, waardoor niet kon worden uitgesloten dat zij als vervreemder in de zin van de Richtlijn kon worden beschouwd. Het Hof van Justitie overwoog dat op grond van art. 3 lid 1 van de Richtlijn de door de Richtlijn geboden bescherming bij verandering van ondernemer betrekking heeft op de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit op dat moment bestaande verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen. Het Hof van Justitie legde art. 3 lid 1 van de Richtlijn 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’ moet bestaan met de in de onderneming werkzame werknemer. Van een dergelijke arbeidsbetrekking is naar het oordeel van het Hof van Justitie sprake wanneer de werknemer permanent werkzaam is bij een niet-contractuele werkgever en deze – en niet de contractuele werkgever – verantwoordelijk is voor de economische activiteit van de overgedragen eenheid (dat wil zeggen, die de exploitant is van de onderneming).¹⁵ In een situatie als aan de orde in de Albron-zaak diende niet stelselmatig meer gewicht te worden toegekend aan de band met de contractuele werkgever met wie de arbeidsovereenkomst werd gesloten. Naar het oordeel van het Hof van Justitie kon ook de groepsmaatschappij waarbij de werknemer gedetacheerd was als een vervreemder in de zin van de Richtlijn worden beschouwd. Deze uitleg vond, zo overwoog het Hof van Justitie, steun in de considerans van de Richtlijn, waarin de noodzaak wordt onderstreept werknemers bij verandering van ‘ondernemer’ te beschermen. Dit begrip ondernemer kon ook betrekking hebben op de niet-contractuele werkgever die verantwoordelijk was voor de leiding van de overgedragen activiteiten waarbij de werknemer permanent was tewerkgesteld. Het Hof van Justitie overwoog:¹⁶

‘In deze omstandigheden kan, indien binnen een concern twee werkgevers naast elkaar bestaan, waarvan de één contractuele betrekkingen en de ander niet-contractuele betrekkingen heeft met de werknemers van dat concern, als een “vervreemder” in de zin van richtlijn 2001/23 ook worden beschouwd de werkgever die verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de overgedragen eenheid die uit dien hoofde arbeidsbetrekkingen heeft met de werknemers van die eenheid, eventueel niettegenstaande het ontbreken van contractuele relaties met die werknemers.’

14 HvJ EU 21 oktober 2010, NJ 2010, 576 (m.nt. Mok) en JAR 2010/298.

15 J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, p. 202.

Figuur 2 *Het Hof van Justitie. De arbeidsbetrekking van Roest met zijn niet-contractuele werkgever HN gaat mee over naar Albron.*



3.4 Hof Amsterdam 25 oktober 2011¹⁷

Terug bij het Hof Amsterdam stelde Albron zich op het standpunt dat de redactie en de wetsgeschiedenis van art. 7:663 BW en ook de wetssystematiek van titel 10 Boek 7 BW in de weg staan aan de wijze waarop het Hof van Justitie art. 3 van de Richtlijn uitlegde. Een richtlijnconforme interpretatie van art. 7:663 BW op de voet van de overwegingen van het Hof van Justitie zou volgens Albron tot een uitspraak *contra legem* leiden. Daarnaast zou volgens Albron het beginsel van rechtszekerheid in de weg staan aan een dergelijke richtlijnconforme interpretatie. Het Hof Amsterdam oordeelde dat 'de uitbesteding waarom het in dit geding gaat moet worden aangemerkt als een overgang in de zin van art. 7:663 BW' en bekrachtigde het vonnis van de kantonrechter te Utrecht. Daartoe overwoog het hof dat de bewoordingen van art. 7:663 BW geen rechtstreeks uitsluitel gaven over de vraag hoe het in dit artikel gehanteerde begrip werkgever moest worden geduid in geval van intra-concern detachering als aan de orde binnen het Heinekenconcern. Naar het oordeel van het hof boden de bewoordingen van art. 7:663 BW voldoende ruimte om bij intra-concern detachering op grond van de overwegingen van het Hof van Justitie onder werkgever zowel de contractuele als de niet-contractuele werkgever te verstaan. Het hof leidde uit de wetsgeschiedenis af dat met art. 7:663 BW was bedoeld ten volle uitvoering te geven aan de uit de Richtlijn voortvloeiende verplichtingen. De woorden 'tussen hem' in dit artikel vormden naar het oordeel van het hof onvoldoende grond voor de veronderstelling dat hiermee zou zijn beoogd de Richtlijn niet ten volle te implementeren. Ook de wetssystematiek van titel 10 Boek 7 BW stond naar het oordeel van het hof niet in de weg aan een richtlijnconforme interpretatie van art. 7:663 BW omdat deze ruimere uitleg van het begrip werkgever slechts zou gelden bij de toe-

¹⁶ R.o. 31.

¹⁷ Hof Amsterdam 25 oktober 2011, JAR 2011/292.

passing van dit artikel in geval van een situatie als aan de orde in deze zaak. Het hof achtte een richtlijnconforme interpretatie evenmin in strijd met de rechtszekerheid. Dat sinds de Heidemij-uitspraak in de (lagere) rechtspraak werd aangenomen dat de werknemer die werkzaam was in de overgaande onderneming een arbeidsovereenkomst moest hebben met de vervreemder van de onderneming, impliceerde naar het oordeel van het hof niet dat Albron erop mocht vertrouwen dat art. 7:663 BW ook in deze zaak zo zou worden uitgelegd.

4 De Hoge Raad oordeelt¹⁸

De Hoge Raad laat het arrest van het Hof Amsterdam in stand en oordeelt:

‘In een geval als het onderhavige – waarin een werknemer in dienst is van een tot een concern behorende personeelsvereniging, maar is tewerkgesteld bij een andere vereniging binnen dat concern, en de onderneming van laatstgenoemde vereniging in de zin van art. 7:663 BW overgaat naar een verkrijger buiten dat concern – moet art. 7:663 BW worden verstaan op de (...) wijze waarop het HvJEU richtlijn 2001/23/EG heeft uitgelegd. Dit betekent dat de omstandigheid dat [Roest] ten tijde van de overgang van de onderneming waarvoor hij feitelijk werkzaam was (Heineken Nederland), niet bij die onderneming in dienst was, maar bij haar zustermaatschappij HNB, niet aan toepasselijkheid van art. 7:663 in de weg staat, en dat die toepasselijkheid meebrengt dat de rechten en verplichtingen uit de tussen HNB en [Roest] gesloten arbeidsovereenkomst zijn overgegaan op Albron als verkrijger.’

De Hoge Raad overweegt dat het hof zich terecht niet heeft laten weerhouden van een richtlijnconforme uitleg van art. 7:663 BW door de bewoordingen waarin dit artikel is geformuleerd, en evenmin door het rechtszekerheidsbeginsel of het verbod van uitlegging van het nationale recht *contra legem*. Daarbij wijst de Hoge Raad er allereerst onder verwijzing naar de arresten Pfeiffer¹⁹ en Küçükdeveci²⁰ van het Hof van Justitie op dat het de taak is van de nationale rechterlijke instanties de rechtsbescherming die voor de justitiabelen uit het Unierecht voortvloeit, te verzekeren en de volle werking daarvan te waarborgen. Ook als de Richtlijn onjuist of onvolledig in de nationale wetgeving blijkt te zijn omgezet, is de nationale rechter gehouden het nationale recht zo veel mogelijk in overeenstemming met de Richtlijn uit te leggen. In het arrest Adeneler²¹ oordeelde het Hof van Justitie dat de nationale rechter binnen zijn bevoegdheden al het mogelijke dient te doen om, het gehele nationale recht in beschouwing nemend en onder toepassing van de daarin erkende uitlegmethoden, de volle werking van de betrokken richtlijn te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met

18 HR 5 april 2013, LJN BZ1780.

19 HvJ EG 5 oktober 2004, NJ 2005, 333.

20 HvJ EU 19 januari 2010, NJ 2010, 256.

21 HvJ EG 4 juli 2006, JAR 2006/175.

de daarmee nagestreefde doelstelling. Weliswaar werd in het arrest Adeneler – en ook in het recentere arrest Domingues²² – die verplichting begrensd door de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, zodat deze niet kan dienen als grondslag voor een uitleg *contra legem* van het nationale recht, maar van een dergelijke begrenzing is naar het oordeel van de Hoge Raad in casu geen sprake. Daarbij speelt voor de Hoge Raad een rol dat art. 7:663 BW deel uitmaakt van bepalingen die speciaal zijn ingevoerd ter uitvoering van een richtlijn die tot doel heeft rechten te verlenen aan particulieren. De nationale rechter moet er in dat geval van uitgaan dat de lidstaat de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen en de specifiek ter uitvoering van de richtlijn vastgestelde nationale wetgeving zo veel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn teneinde het hiermee beoogd resultaat te bereiken.

Na deze bespreking van de strekking en reikwijdte van de verplichting tot richtlijnconforme uitleg van de nationale wetgeving, gaat de Hoge Raad in op de omstandigheid dat art. 7:663 BW werkt met het begrip werkgever en niet, zoals art. 3 lid 1 van de Richtlijn, met het begrip vervreemder, en voorts dat in art. 7:663 BW uitsluitend wordt gesproken over arbeidsovereenkomst en niet, zoals in de Richtlijn, over arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. De Hoge Raad stelt vast dat deze discrepantie in de wetsgeschiedenis niet is toegelicht en schrijft deze toe aan het feit dat art. 7:663 BW werd geïmplementeerd in een titel van het BW waarin steeds van ‘werkgever’ wordt gesproken. Nu ervan uit moet worden gegaan dat met art. 7:663 BW werd beoogd ten volle uitvoering te geven aan de uit de Richtlijn voortvloeiende verplichtingen, moet naar het oordeel van de Hoge Raad worden aangenomen dat de wetgever met het begrip ‘werkgever’ hetzelfde heeft bedoeld als is bedoeld met het begrip ‘vervreemder’ in de Richtlijn.

Ook de omstandigheid dat de wetgever niet tevens het begrip arbeidsbetrekking opnam in art. 7:663 BW neemt naar het oordeel van de Hoge Raad niet weg dat met art. 7:663 BW werd beoogd ten volle uitvoering te geven aan de uit de Richtlijn voortvloeiende verplichtingen. De Hoge Raad wijst hierbij op de wetsgeschiedenis van art. 7:663 BW, waarin werd aangenomen dat in de Richtlijn wordt gesproken van arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking²³ om aan te kunnen sluiten bij de verschillende wettelijke stelsels in de lidstaten. Daarmee werd tegemoetgekomen aan lidstaten waar bepaalde verhoudingen niet als arbeidsovereenkomst worden beschouwd, maar wel onder het reguliere arbeidsrecht vallen. Omdat volgens de Nederlandse wetgever inhoudelijk slechts één zaak werd beoogd, werd het gebruik van het begrip arbeidsbetrekking naast het begrip

22 HvJ EU 24 januari 2012, NJ 2012, 154.

23 In de wijzigingsrichtlijn 98/50/EG werd het woord arbeidsverhouding, zonder dat daarmee een inhoudelijke wijziging werd beoogd, overal in de richtlijn vervangen door het woord arbeidsbetrekking.

arbeidsovereenkomst niet nodig geacht.²⁴ Aan de omstandigheid dat in art. 7:663 BW uitsluitend het begrip arbeidsovereenkomst wordt gehanteerd, lag, zo overweegt de Hoge Raad, dus niet het oordeel ten grondslag dat een noodzakelijke voorwaarde voor toepasselijkheid van art. 7:663 BW zou zijn dat tussen de in dit artikel genoemde werkgever en de in de onderneming werkzame werknemer die op deze bepaling een beroep doet, een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 lid 1 BW is gesloten.

Nu uit de wetsgeschiedenis van art. 7:663 BW niet blijkt dat de Nederlandse wetgever iets anders voor ogen heeft gestaan dan de wens de Richtlijn getrouw om te zetten in het nationale recht, kan naar het oordeel van de Hoge Raad niet worden gezegd dat de wetsgeschiedenis van art. 7:663 BW geen andere uitleg toelaat dan dat voorwaarde voor toepasselijkheid van deze bepaling is dat de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de onderneming die overgaat in de zin van die bepaling. De omstandigheid dat in de bewoordingen van art. 7:663 BW overgaan ‘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’ doet daar naar het oordeel van de Hoge Raad niet aan af. De formulering van de wet is immers, zo overwoog de Hoge Raad reeds eerder in zijn arrest van 9 december 2011,²⁵ niet steeds beslissend voor de uitleg daarvan, ook niet als de wet van recente datum is. Dit klemmt naar het oordeel van de Hoge Raad in de Albron-zaak temeer omdat het hier gaat om implementatiewetgeving en art. 7:663 BW speciaal is ingevoerd ter uitvoering van een richtlijn die tot doel heeft rechten te verlenen aan particulieren. Aan de bewoordingen van art. 7:663 BW komt, zo vervolgt de Hoge Raad, te minder betekenis toe nu uit de wetsgeschiedenis van dit artikel blijkt dat de Nederlandse wetgever bij zijn keuze voor juist die bewoordingen beoogde de Richtlijn “getrouw” om te zetten in het nationale recht.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof zich bij deze stand van zaken terecht niet van een richtlijnconforme uitleg van art. 7:663 BW heeft laten weerhouden door de bewoordingen waarin dit artikel is geformuleerd, en evenmin door het rechtszekerheidsbeginsel of het verbod van uitlegging van het nationale recht contra legem. Een verbod van terugwerkende kracht kan in casu niet aan de orde zijn omdat van terugwerkende kracht geen sprake is, aldus de Hoge Raad.

24 Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nr. 3-4, p. 5-6 en Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 5-6.

25 HR 9 december 2011, LJN BU7412 (r.o. 3.5). In dit arrest overwoog de Hoge Raad ten aanzien van het schriftelijkheidsvereiste in art. 7:2 lid 1 BW bij de koop van een woning door een particulier dat, hoewel art. 7:2 lid 1 BW ‘naar de letter’ mede het geval bestrijkt dat de verkoper niet wil meewerken aan de schriftelijke vastlegging van de koopovereenkomst, ‘de formulering van de wet (...) echter niet steeds beslissend (is) voor de uitleg daarvan, ook niet als deze wet van recente datum is.’

5 Enkele beschouwingen naar aanleiding van het arrest

5.1 Een nieuw werkgeversbegrip in art. 7:663 BW

De arbeidsovereenkomst van de werknemer die in dienst is van een tot een concern behorende personeelsvennootschap en die permanent is tewerkgesteld bij een andere vennootschap binnen dat concern, gaat dus mee over wanneer de onderneming van die vennootschap overgaat naar een verkrijger buiten dat concern. Naar eigen zeggen sluit de Hoge Raad hiermee aan bij de wijze waarop het Hof van Justitie de Richtlijn heeft uitgelegd. Dat geldt wellicht voor het eindoordeel van de Hoge Raad, maar niet voor de wijze waarop hij tot deze beslissing komt. Wanneer de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met een andere groepsmaatschappij dan die waarbij hij permanent werkzaam is, bestaat naar het oordeel van het Hof van Justitie een arbeidsbetrekking in de zin van art. 3 lid 1 van de Richtlijn tussen de werknemer en deze laatste groepsmaatschappij. Wij begrijpen de overwegingen van het Hof van Justitie zo, dat bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij de werknemer werkzaam is, op grond van zijn arbeidsbetrekking met deze groepsmaatschappij, ook zijn arbeidsovereenkomst met de personeelsvennootschap van rechtswege overgaat naar de verkrijger.²⁶ Dat dit laatste niet uitdrukkelijk volgt uit de overwegingen van het Hof van Justitie kan naar onze mening mede worden toegeschreven aan de wijze waarop de aan het Hof van Justitie voorgelegde prejudiciële vragen waren geformuleerd. Deze vragen kwamen er naar het oordeel van het Hof van Justitie op neer dat de nationale rechter wenste te vernemen of bij overgang van onderneming ook de groepsmaatschappij waarbij de werknemer permanent is tewerkgesteld, terwijl hij in dienst is bij een andere groepsmaatschappij, kan worden beschouwd als een vervreemder in de zin van de Richtlijn. In het verlengde van de bevestigende beantwoording van deze vraag door het Hof van Justitie ligt dan naar onze mening voor de hand dat op grond van de door het Hof van Justitie aangenomen arbeidsbetrekking van de werknemer met de groepsmaatschappij waarbij hij werkzaam is en die de vervreemder is van de onderneming, de arbeidsovereenkomst van de werknemer met de personeelsvennootschap overgaat naar de verkrijger. De groepsmaatschappij kan in onze optiek niet de arbeidsovereenkomst overdragen: dat is immers in strijd met het *nemo plus*-beginsel. De verkrijger neemt dus na de overgang de plaats in van zowel de contractuele als de niet-contractuele werkgever van de werknemer. Dit is tevens de consequentie van het uiteindelijke oordeel van de Hoge Raad en lijkt ons ook de meest werkbare oplossing. Een andere opvatting – de arbeidsovereenkomst blijft achter – leidt tot het probleem dat men zou moeten aannemen dat een soort lege huls zou overblijven.

26 Zo ook J.P.H. Zwemmer, Het Albron-arrest, de contractuele versus de niet-contractuele werkgever en de mogelijke gevolgen voor andere uitzendvarianten, TRA 2011-1, p. 16-20, R.M. Beltzer & I.A. Haanappel, Het Hof van Justitie en zijn benigna interpretatio van werkgever en werknemer, ArA 2011-1, p. 70 en G.J.J. Heerma van Voss & J.M. van Slooten, Kroniek van het sociaal recht, NJB 7 oktober 2011, nr. 34, p. 2304. Zie anders E. Knipschild & E.C. van Fenema, Albron: over de vervreemder, de arbeidsbetrekking en de beschermingsgedachte, ArbeidsRecht 2011-1, p. 5 en W.H.A.C.M. Bouwens & A.P.P. Witteveen, Het Albron-arrest: lees maar, er staat niet wat er staat, TAP 2011-1, p.15.

Net zomin als in de overwegingen van het Hof Amsterdam wordt in de overwegingen van de Hoge Raad duidelijk gemaakt op welke wijze de arbeidsovereenkomst van de werknemer is overgegaan. De Hoge Raad zegt niets over een arbeidsbetrekking met HN, waar Roest was tewerkgesteld. In plaats daarvan lijkt de Hoge Raad op grond van een redelijke wetstoepassing, die iets wegheeft van een onuitsgesproken vereenzelviging van HN met HNB, te komen tot het oordeel dat de arbeidsovereenkomst van Roest met HNB is overgegaan naar Albron.

5.2 *De hoofdelijke aansprakelijkheid van art. 7:663 BW in de Albron-situatie*

In de tweede zin van art. 7:663 BW is bepaald dat de werkgever in de overgaande onderneming nog gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk verbonden is voor de uit de arbeidsovereenkomst van de werknemer voortvloeiende rechten en verplichtingen die zijn ontstaan vóór dat tijdstip. De overgegangene werknemer kan gedurende het jaar na de overgang van zijn arbeidsovereenkomst zowel de vervreemder als de verkrijger aanspreken voor de verplichtingen die tot het tijdstip van de overgang van de onderneming uit zijn arbeidsovereenkomst zijn voortgevloeid.²⁷ Het arrest van de Hoge Raad roept de vraag op welke vennootschap bij een overgang van onderneming als aan de orde in de Albron-zaak naast de verkrijger gedurende het jaar na de overgang van onderneming hoofdelijk aansprakelijk is jegens de werknemer op grond van de tweede zin van art. 7:663 BW. Naar het oordeel van de Hoge Raad moet worden aangenomen dat de wetgever met het begrip werkgever in art. 7:663 BW hetzelfde heeft bedoeld als is bedoeld met het begrip vervreemder in de Richtlijn. Wanneer het begrip werkgever in de tweede zin van art. 7:663 BW eveneens zou worden gelezen als vervreemder, zou, toegepast op de Albron-zaak, niet personeelsvennootschap HNB, maar groepsmaatschappij HN gedurende een jaar na de overgang naast Albron hoofdelijk aansprakelijk zijn. Het is de vraag of een richtlijnconforme uitleg van art. 7:663 BW zich eveneens moet uitstrekken over het begrip werkgever in de tweede zin van art. 7:663 BW. Art. 3 lid 1 van de Richtlijn bepaalt namelijk dat de lidstaten 'kunnen' bepalen dat de vervreemder en de verkrijger na het tijdstip van de overgang hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen die vóór het tijdstip van de overgang voortvloeien uit een op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. Nu deze hoofdelijke aansprakelijkheid optioneel is op grond van de Richtlijn valt er naar onze mening wel wat voor te zeggen de richtlijnconforme interpretatie van art. 7:663 BW door de Hoge Raad te beperken tot de uitleg van het begrip werkgever in de eerste zin van art. 7:663 BW.²⁸ De hoofdelijke aansprakelijkheid gedurende een jaar na het tijdstip van de overgang zou dan gelden voor HNB als werkgever van Roest op grond van haar arbeidsovereenkomst met Roest. Een dergelijke uitleg is meer in lijn met de wetssystematiek van titel 10 Boek 7 BW omdat HNB voorafgaand aan de overgang van de arbeidsovereenkomst als werkgever van Roest ex art. 7:610 lid 1 BW reeds aansprakelijk was voor deze verplichtingen.

27 Zie over de omvang en reikwijdte van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemder en de verkrijger op grond van art. 7:663 BW: Zwemmer 2012, p. 185-190.

28 Zie ook Zwemmer 2012, p. 209.

tingen, terwijl tussen Roest en HN slechts een feitelijke relatie bestond. 'Lelijk' aan deze oplossing is wel dat men in art. 7:663 BW voor werkgever blijkbaar twee soorten werkgever moet lezen, afhankelijk van de voorliggende vraag. Een andere mogelijkheid zou zijn in een situatie als aan de orde in de Albron-zaak zowel HNB als HN gedurende het jaar na de overgang hoofdelijk aansprakelijk te houden op grond van de tweede zin van art. 7:663 BW. De werknemer zou dan als gevolg van de overgang van zijn arbeidsovereenkomst naast de personeelsvennootschap de groepsmaatschappij waarbij hij tot de overgang van haar onderneming was tewerkgesteld, kunnen aanspreken op tot het tijdstip van de overgang uit zijn arbeidsovereenkomst ontstane verplichtingen. Het doel van de Richtlijn is echter te vermijden dat werknemers als gevolg van de overgang van de onderneming waarin zij werkzaam zijn in een minder gunstige positie komen te verkeren.²⁹ Het is daarbij niet de bedoeling dat werknemers er op basis van de Richtlijn op vooruitgaan.³⁰ Gelet hierop menen wij dat een hoofdelijke aansprakelijkheid van zowel de personeelsvennootschap als de groepsmaatschappij waarbij de werknemer tot het tijdstip van overgang was tewerkgesteld niet zou stroken met de door de Richtlijn beoogde bescherming.

5.3 Heeft het Albron-arrest gevolgen voor andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen?

De Hoge Raad zegt in zijn arrest niets over de relatie tussen de intra-concern gedetacheerde werknemer en de groepsmaatschappij waarbij hij is tewerkgesteld, maar oordeelt dat 'in een geval als het onderhavige' art. 7:663 BW moet worden uitgelegd op de wijze waarop het Hof van Justitie de Richtlijn heeft uitgelegd in het Albron-arrest. Door deze overweging heeft de Hoge Raad naar onze mening de toepassing van het Albron-arrest van het Hof van Justitie niet beperkt tot de situatie waarin sprake is van intra-concern detachering.

De omstandigheid dat HNB en HN tot hetzelfde concern behoorden, vormde in de overwegingen van het arrest van het Hof van Justitie geen vereiste voor het bestaan van een arbeidsbetrekking tussen de intra-concern gedetacheerde werknemer en HN. Op grond van de overwegingen van het Hof van Justitie is voor het bestaan van een arbeidsbetrekking in de zin van de Richtlijn van belang dat de werknemer permanent was tewerkgesteld bij HN en dat HN verantwoordelijk was voor de leiding van de economische activiteiten van de overgedragen eenheid. Deze omstandigheden kunnen zich ook voordoen in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij de contractuele en de niet-contractuele werkgever niet tot hetzelfde concern behoren. De werknemer moet dan wel permanent tewerkgesteld zijn bij de niet-contractuele werkgever. Het Hof van Justitie lichtte in zijn arrest niet toe wanneer de tewerkstelling van de werknemer bij de groepsmaatschappij een dusdanig permanent karakter heeft, dat deze tot een arbeidsbetrekking in de zin van de Richtlijn leidt. Wij menen dat daarvoor niet zozeer zou moet

29 Zie o.a. HvJ EG 26 mei 2005, JAR 2005/205 (Celtec) en HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994, 168 (d'Urso).

30 HvJ EU 6 september 2011, C-108/10, JAR 2011/262 (Scattolon).

worden gekeken naar de duur van de tewerkstelling bij de niet-contractuele werkgever, maar vooral naar de werkzaamheden waarvoor de werknemer op basis van zijn kwalificaties werd aangenomen en of de werknemer op basis van de door partijen gemaakte afspraken uitsluitend werkzaam zou zijn bij overgegangene onderneming. De 'high potential' die in het kader van zijn interne opleiding steeds gedurende korte perioden een tocht langs verschillende werkmaatschappijen maakt, gaat dus niet mee over in de situatie dat de onderneming waar hij op dat moment werkzaam is, overgaat naar een derde.

Uitzendkrachten of gedetacheerde werknemers kunnen gedurende lange tijd werkzaam zijn bij een bepaalde opdrachtgever van het uitzend- of detacheerbedrijf. Zij gaan echter niet mee over wanneer de onderneming van de opdrachtgever overgaat naar een derde, omdat zij voor de toepassing van de Richtlijn worden geacht werkzaam te zijn in de onderneming van de uitzender of detacheerder.³¹ In het arrest Jouini³² overwoog het Hof van Justitie dat de onderneming van een uitzendbureau bestaat uit knowhow op het gebied van uitzenden, een op de organisatie van het uitlenen van werknemers toegesneden administratie en een bestand aan uitzendkrachten die in de inlenende ondernemingen passen en voor de opdrachtgevers van het uitzendbureau de gewenste werkzaamheden kunnen verrichten. De uitzendkracht of gedetacheerde werknemer is dan voor de toepassing van de Richtlijn werkzaam in de onderneming van de uitzender of detacheerder en de opdrachtgever kan dan niet worden aangemerkt als de niet-contractuele werkgever van de werknemer op de voet van het Albron-arrest. Dat is echter anders bij driehoeksverhoudingen waarin de partij waarmee de werknemer een arbeidscontract sloot uitsluitend op papier fungeert als werkgever of, zoals de advocaat-generaal van het Hof van Justitie dat uitdrukte in zijn conclusie voor het Albron-arrest, als (contractueel) verlengstuk van de feitelijke werkgever.

Behalve aan intra-concern detachering door een personeelsvennootschap kan worden gedacht aan payrollrolling. Bij payrollrolling is het de opdrachtgever die de werknemer werft en selecteert en daar vervolgens een payrollbedrijf bij zoekt om het juridische werkgeverschap op zich te nemen. Dit payrollbedrijf fungeert uitsluitend als de juridische werkgever van de door de opdrachtgever geworven en geselecteerde werknemer en vervult uit dien hoofde de aan de arbeidsovereenkomst verbonden financiële en administratieve verplichtingen. Als zou worden aangenomen dat de payrollwerknemer op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst is van het payrollbedrijf³³, dan kan de payrollwerknemer naar onze mening niet worden aangemerkt als een in de onderneming van het payrollbedrijf werkzame werknemer voor de toepassing van de Richtlijn. Op grond van de overwegingen

31 HvJ EU 15 september 2010, JAR 2011/23 (Briot) en HvJ EG 13 september 2007, JAR 2007/252 (Jouini).

32 HvJ EG 13 september 2007, JAR 2007/252.

33 Hierover wordt verschillend gedacht. Zie hierover Zwemmer, 2012, p. 134-147 en de daar aangehaalde literatuur en J.P.H. Zwemmer, "Payrolling: wie is werkgever en welke verplichtingen hebben het payrollbedrijf en de opdrachtgever jegens de werknemer?", VR 2013/68, waarin de recente rechtspraak over de kwalificatie van de werkgever bij payrollrolling wordt besproken.

van het Hof van Justitie in het Albron-arrest zou dan moeten worden geoordeeld dat de opdrachtgever van het payrollbedrijf moet worden beschouwd als de niet-contractuele werkgever van de payrollwerknemer wanneer de onderneming van de opdrachtgever overgaat naar een derde.

5.4 De toepassing van het Albron-arrest bij een aandelenoverdracht

De vraag is of het Albron-arrest gevolgen heeft in geval van een aandelenoverdracht van de aandelen in de dochter waar de werknemer feitelijk is tewerkgesteld.³⁴ Denkbaar is dat dan geconcludeerd moet worden dat, wanneer deze groepsmaatschappij geen dochtermaatschappij meer is, er niet langer aanleiding is deze groepsmaatschappij nog langer als 'niet-contractuele' werkgever te beschouwen. Let wel: komen uitsluitend de aandelen in de groepsmaatschappij in andere handen, dan is geen sprake van overgang van onderneming. De groepsmaatschappij waarbij de werknemer was tewerkgesteld, verliest in onze optiek zeker de hoedanigheid van 'niet-contractuele' werkgever indien de aandelenoverdracht tevens het einde van zijn detachering bij deze groepsmaatschappij zou impliceren. Wordt de terbeschikkingstelling van de werknemer aan deze groepsmaatschappij in verband met de aandelenoverdracht beëindigd, dan zal dat tevens het einde van zijn arbeidsovereenkomst betekenen als hij niet kan worden overgeplaatst naar een andere groepsmaatschappij.

De conclusie dat de arbeidsovereenkomst van de werknemer zou eindigen wegens de verbreking van de groepsband met de groepsmaatschappij waarbij hij is tewerkgesteld, is op grond van de overwegingen van het Hof van Justitie in het Albron-arrest niet verenigbaar met het doel van de Richtlijn. Dat betekent echter niet dat de werknemer zich nu ook per definitie in deze situatie op de bescherming van de Richtlijn zou kunnen beroepen. De Richtlijn is hier niet van toepassing omdat bij een aandelenfusie niet de onderneming overgaat – daarvoor is een activa-passivatransactie noodzakelijk – maar uitsluitend de aandelen in andere handen overgaan. De voormelde groepsmaatschappij verliest weliswaar haar hoedanigheid van 'niet-contractuele' werkgever van de werknemer als de tewerkstelling van de werknemer bij deze groepsmaatschappij wordt beëindigd in verband met de aandelenoverdracht, maar dit is dan het gevolg van de verbreking van de groepsband en niet van een overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij. De overwegingen van het Hof van Justitie in het Albron-arrest maken dat niet anders. Worden echter na de aandelenoverdracht de activiteiten van de voormalige groepsmaatschappij geïntegreerd in de eigen onderneming van de nieuwe aandeelhouder, dan kan deze integratie een overgang van onderneming impliceren indien, in de woorden van het Hof van Justitie in de Klarenberg-zaak,³⁵ daarbij de functionele band tussen de productiefactoren van de voormalige groepsmaatschappij behouden is gebleven. Wanneer dat het geval is, zouden de werknemers die voorafgaand aan de aandelenfusie waren tewerkgesteld bij die groepsmaatschappij alsnog overgaan naar de onderneming van de

³⁴ Zie hierover ook Zwemmer 2012, p. 212-213.

³⁵ Zie Hof Amsterdam 8 november 2011, JAR 2012/9.

nieuwe aandeelhouder op grond van de Richtlijn. Het is wellicht te vroeg voor het oordeel dat het Hof van Justitie zo zou redeneren: de Klarenberg-zaak ging niet over een concernstructuur, maar over het 'versnipperen' van een onderneming over verschillende afdelingen. Gezien het gemak waarmee het Hof van Justitie en de Hoge Raad echter de concernstructuur opzijzetten c.q. regels herinterpreteren, alles ter bescherming van de werknemer, zou ons een dergelijke uitkomst niet langer verbazen.