

Het werkgeverbegrip bij overgang van onderneming

Introductie

Ter uitvoering van de Europese richtlijn inzake het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (hierna: de Richtlijn)¹ regelen de artikelen 7:662 e.v. BW de positie van werknemers in geval van een overgang van onderneming. De bij een dergelijke transactie betrokken werknemers worden beschermd: zij treden van rechtswege, met behoud van arbeidsvoorwaarden, in dienst bij de verkrijger van de onderneming.

Indien er sprake is van een overgang van onderneming, rijst de vraag welke werknemers nu precies van rechtswege overgaan naar de verkrijger. Foutieve beantwoording van die vraag kan verstrekkende consequenties hebben. Er kunnen dan werknemers bij de vervreemder achterblijven, terwijl partijen ervan uitgingen dat deze bij de verkrijger in dienst waren getreden. Of andersom, de verkrijger kan worden geconfronteerd met werknemers op wie niet is gerekend. In het algemeen wordt aangenomen dat een bij de onderneming werkzame persoon slechts van rechtswege meegaat naar de verkrijger, indien hij in dienst is van de vervreemder én in organisatorisch opzicht bij de onderneming behoort. Daarbij speelt dat het in concernverband vaak voorkomt dat alle werknemers in dienst zijn bij één en dezelfde vennootschap. Deze zogenoemde ‘personeelsvennootschap’ detacheert de werknemers aan de overige ondernemingen van het concern. Wat gebeurt er met gedetacheerde werknemers indien de onderneming waar zij feitelijk werkzaamheden verrichten, wordt overgedragen? Omdat deze werknemers niet in dienst zijn bij de vervreemder, ging men er tot nog toe van uit dat zij niet van rechtswege meegaan naar de verkrijger. Naar aanleiding van een thans lopende zaak over de uitbesteding van de catering van het Heineken-concern is over dit punt echter discussie ontstaan. Vooral nadat de kantonrechter te Utrecht, naar mijn mening terecht, de artikelen 7:662 e.v. BW ook had toegepast op werknemers die in dienst waren van een personeelsvennootschap. Inmiddels loopt tegen deze uitspraak een hoger beroep bij het gerechtshof te Amsterdam.

Wie gaat er mee over?

De overgang van rechtswege van de bij een overgang van onderneming betrokken werknemers is als volgt vastgelegd in artikel 7:663 BW:

‘Door de overgang van de onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werk-

gever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger.’

Deze bepaling is gebaseerd op de eerste zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn. De tekst daarvan 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.’

De Nederlandse wetgever wijkt dus op het punt van de definitie van de werkgever af van de Richtlijn. Artikel 7:663 spreekt van ‘de werkgever in die onderneming’, terwijl de Richtlijn het begrip ‘vervreemder’ gebruikt. Bovendien beperkt artikel 7:663 BW zich tot rechten en verplichtingen uit hoofde van een arbeidsovereenkomst. Het begrip ‘arbeidsbetrekking’ is niet overgenomen omdat er in Nederland een duidelijk, gesloten systeem bestaat ter zake van overeenkomsten tot het verrichten van arbeid. Wat betreft de definitie van het begrip werkgever lijkt er echter geen sprake van een welbewuste keuze door de Nederlandse wetgever. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat in ieder geval niet.²

Kort na de invoering van (de voorloper van) artikel 7:663 BW werd door de Rechtbank Arnhem in een procedure over het Heidemij-concern, in kort geding, geoordeeld dat dit artikel slechts ziet op werknemers van de vervreemder.³ Mede op grond van deze uitspraak ging men er tot nog toe in brede kring van uit dat een bij de onderneming werkzame persoon slechts van rechtswege overgaat indien hij in dienst is van de vervreemder.⁴ Behoudens andersluidende afspraken worden bij de onderneming werkzame uitzendkrachten en gedetacheerden dan ook (meestal) uitgesloten van de overgang naar de verkrijger. Zo ook door de kantonrechter Rotterdam in een zaak uit 2001 over een bij het Shell-concern werkzame directeur.⁵ De directeur was in dienst bij de moederonderneming, maar gedetacheerd bij een dochtermaatschappij. Na overdracht van de activiteiten van de dochteronderneming rees de vraag of de directeur van rechtswege was overgegaan naar de verkrijger. De kantonrechter overwoog dat de regelgeving over overgang

2. Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nr. 3-4 en Kamerstukken II 2000/01, 27 469, nr. 3.

3. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, NJ 1982, 619.

4. Zie o.a. P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999; R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de publieke en private sector* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2000; R.M. Beltzer, lezing tijdens het congres ‘De werknemer in het Ondernemingsrecht’ op 7 november 2003; R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming: wie gaat mee, wie blijft achter, wie valt tussen wal en schip?*, *Arbeidsrecht* 2005/6, p. 3 e.v. Anders: W. Kroft, *Overgang van onderneming: een reactie*, *Arbeidsrecht* 2006/3, p. 7 e.v.

5. Ktr. Rotterdam 9 februari 2000, JAR 2000/143.

1. Richtlijn nr. 77/187 van 14 februari 1977 (PbEG 1977, L 61/26), vervangen door Richtlijn nr. 98/50 van 29 juni 1998 (PbEG 1998, L 201/88), vervangen door Richtlijn nr. 2001/23 van 12 maart 2001 (PbEG 2001, L 82/16).

Vennootschap & Onderneming

van onderneming (slechts) de belangen beschermt van de werknemers die bij de vervreemder van de onderneming in dienst zijn. Naar zijn oordeel was de directeur dan ook bij de moederonderneming in dienst gebleven. Overigens wordt een overgang van rechtswege van gedetacheerde werknemers wel eens, op andere gronden, geconstrueerd. Zo komt het voor dat ook de formele werkgever als partij bij de aan de overgang ten grondslag liggende overeenkomst wordt opgevoerd. Deze draagt dan de detacheringsactiviteiten als zodanig over. Bij deze opzet, waarover geen jurisprudentie bekend is, worden echter vraagtekens geplaatst.⁶ Verder is er het arrest van het Hof Amsterdam van 20 maart 2003, waarin op grond van een ruime interpretatie van het begrip 'onderneming' tot de overgang van een gedetacheerde werknemer werd geconcludeerd.⁷

Ook het vereiste dat de werknemer in organisatorisch opzicht bij de overgedragen onderneming behoort, kan tot discussie leiden, met name in het geval dat een onderdeel van een onderneming wordt overgedragen. Er ontstaan dan soms vragen over de positie van werknemers die voor meerdere onderdelen van de onderneming werken, zoals staffunctionarissen. Wat dat betreft, biedt het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Botzen/RDM* enig houvast.⁸ In die zaak kwam aan de orde of werknemers van andere onderdelen die werkzaam zijn ten behoeve van het overgedragen onderdeel, mee overgaan naar de verkrijger. Het Hof van Justitie overwoog dat een arbeidsverhouding hoofdzakelijk 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. Om die reden, aldus het Hof van Justitie, treden werknemers die niet bij het overgedragen onderdeel zijn aangesteld, niet van rechtswege bij de verkrijger in dienst. Nederlandse rechters redeneren langs dezelfde lijn.⁹ Zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest van 11 februari 2005 dat artikel 7:633 BW niet van toepassing was op een geschorste werkneemster, omdat vaststond dat zij, vanwege haar schorsing, niet meer zou terugkeren op het overgedragen (schoonmaak)project.

Vorenstaande rechtsregels worden samengevat als het vereiste van de dubbele binding: de werknemer dient zowel in dienst te zijn van de vervreemder als bij de overgedragen onderneming te behoren.

Heineken

Alle werknemers van het Heineken-concern die in Nederland werkzaam zijn bij onderdelen daarvan, zijn in dienst bij Heineken Nederlands Beheer B.V. (hierna: HNB). Deze werknemers worden door HNB, een personeels-

vennootschap, gedetacheerd bij de werkmaatschappijen. Eind 2003 is Heineken met de vakbonden een Sociale Begeleidingsregeling overeengekomen. Uitgangspunt van deze regeling is dat er in het geval van uitbesteding van werkzaamheden geen sprake zal zijn van overgang van onderneming en er dus geen werknemers van rechtswege overgaan naar de verkrijger. Wel voorziet de Sociale Begeleidingsregeling in een overgang van werknemers op een vrijwillige basis. Omdat in dat geval de arbeidsvoorwaarden van Heineken niet langer van toepassing zijn, geldt een suppletiereregeling. Op enig moment besluit Heineken haar cateringwerkzaamheden, tot op dat moment ondergebracht bij Heineken Nederland B.V. (hierna: HN), met ingang van 1 maart 2005 uit te besteden aan Albron Catering B.V. (hierna: Albron).

Begin februari 2005 wordt het voor de betrokken werknemers duidelijk dat er in geval van een (vrijwillige) overgang naar Albron sprake zal zijn van een forse inkomensachteruitgang. Hierop spannen een viertal werknemers en FNV Bondgenoten een kort geding aan tegen HNB en HN. Zij stellen zich op het standpunt dat er wel degelijk sprake is van overgang van onderneming en de betrokken werknemers dus, met behoud van arbeidsvoorwaarden, van rechtswege bij Albron in dienst zullen treden. Primair voeren eisers aan dat niet dient te worden gekeken naar het formele dienstverband, maar naar de feitelijke aanstelling van de betrokken werknemers. Naar hun oordeel kan het enkele feit dat de werknemers in dienst zijn bij HNB in plaats van bij de werkmaatschappijen waar zij feitelijk werkzaam zijn, niet met zich brengen dat de artikelen 7:662 e.v. BW in geval van een overdracht van de activiteiten van de werkmaatschappij aan een derde buiten toepassing blijven. Daarbij wijzen eisers erop dat er binnen het Heineken-concern sprake is van centraal werkgeverschap, waarbij de werknemers vanwege praktische en personeelsadministratieve redenen in dienst zijn bij HNB. Subsidiair voeren zij aan dat HNB zich niet als goed en zorgvuldig werkgever gedraagt. Dit omdat zij nalaat voorzieningen te treffen waardoor er ofwel geen discussie bestaat over de toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW ofwel er een situatie ontstaat alsof deze regelingen gelden. Daarnaast zou het optreden van HNB ook in strijd zijn met goed werkgeverschap, omdat aan de betrokken werknemers een keuze wordt opgelegd die er feitelijk op neerkomt dat zij bij Albron in dienst treden tegen een aanmerkelijk lager salaris, of door HNB ontslagen zullen worden. HNB en HB voeren daartegen aan dat voor de toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen de vervreemder en de bij de onderneming werkzame werknemer een vereiste is. De voorzieningenrechter stelt voorop dat in de rechtspraak inderdaad wordt aangenomen dat een arbeidsovereenkomst met de vervreemder vereist is voor de toepasselijkheid van de regelgeving op het gebied van overgang van onderneming. Alhoewel het volgens de voorzieningenrechter goed mogelijk is dat in de bodem-

6. Zie Beltzer 2005, p. 5.

7. Hof Amsterdam 20 maart 2003, JAR 2003/103.

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

9. Hof Leeuwarden 6 oktober 1999, JAR 1999/254, Ktr. Den Haag 18 september 2002, JAR 2002/268 en HR 11 februari 2005, JAR 2005/67.

procedure wordt geoordeeld dat er desalniettemin sprake is van overgang van onderneming, wijst deze de vordering van de werknemers daarom af.¹⁰

Vervolgens spannen een betrokken werknemer, de heer Roest, en FNV Bondgenoten een bodemprocedure aan tegen Albron. Er zijn dan inmiddels ongeveer vijftig werknemers, vrijwillig, bij Albron in dienst getreden. De heer Roest en FNV Bondgenoten vorderen dat voor recht wordt verklaard dat de uitbesteding als een overgang van onderneming kwalificeert en dat de arbeidsvoorwaarden zoals die bij HNB golden, met terugwerkende kracht, door Albron worden toegepast. Opnieuw stellen eisers zich op het standpunt dat niet naar de formele werkgever, maar naar de materiële of feitelijke werkgever moet worden gekeken. Daarbij wijzen zij erop dat de ratio en doelstelling van de Richtlijn wordt 'omzeild' indien de conclusie is dat de werknemers niet mee overgaan op grond van overgang van onderneming. Evenals Heineken in het kort geding, voert Albron daartegen aan dat het bestaan van een arbeidsovereenkomst met de vervreemder een vereiste is voor de toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW.

Bij de beoordeling van de vraag of er in dit geval sprake is van een overgang van onderneming, merkt de kantonrechter in de eerste plaats op dat het Hof van Justitie in de zaak Botzen/RDM al eerder is ingegaan op overgang van onderneming in concernverband. Alhoewel de kantonrechter daarbij de kanttekening plaatst dat dit arrest niet zonder meer van toepassing is, acht hij het wel degelijk een aanwijzing voor de manier waarop het Hof de onderhavige kwestie zou kunnen beoordelen. Volgens de kantonrechter is het denkbaar dat het Hof van Justitie het door partijen in de Heineken-zaak gebruikte begrip 'materiële werkgever' invult met 'arbeidsverhouding', die in hoofdzaak wordt gekenmerkt door de band tussen de werknemer en het onderdeel van de ondernemer waar de werknemer is aangesteld. Dit zou, aldus nog steeds de kantonrechter, het gevolg hebben dat de rol van de formele werkgever kan worden gemarginaliseerd. Naar zijn oordeel is er daarom ook sprake van een *acte éclairé*; een vraag waarop al een antwoord bestaat. In aanvulling op deze overweging verwijst de kantonrechter bovendien naar het arrest d'Urso.¹¹ Volgens de kantonrechter volgt uit dit arrest dat artikel 3 lid 1 van de Richtlijn mede betrekking heeft op de rechten en verplichtingen die voor de vervreemde voortvloeiën uit de voor het tijdstip van overgang bestaande arbeidsovereenkomst met de werknemers die voor het vervullen van hun taak tewerk zijn gesteld bij het overgedragen gedeelte van de onderneming. Op grond daarvan oordeelt deze kantonrechter dat een werknemer die geruime tijd werkzaamheden verricht bij een materiële werkgever, die deel uitmaakt van een concernverband waar zich ook de formele en verder activiteitenloze werkgever ophoudt en bij welke materiële werkgever de werknemer is

aangesteld in de zin van het Botzen-arrest of voor het vervullen van zijn taak is tewerkgesteld in de zin van het d'Urso-arrest, zich kan beroepen op de door de Richtlijn beoogde bescherming. De kantonrechter concludeert dan ook dat er sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 3 van de Richtlijn en wijst de primaire vorderingen van de heer Roest en FNV Bondgenoten toe.¹² Inmiddels loopt tegen deze uitspraak een hoger beroep bij het gerechtshof te Amsterdam.

Commentaar

De gang van zaken in de Heineken-zaak staat haaks op de beschermingsgedachte van de Richtlijn. De bij de cateringwerkzaamheden betrokken werknemers is immers inderdaad een keuze opgelegd die er feitelijk op neerkomt dat zij ofwel bij de verkrijger in dienst treden tegen een aanmerkelijk lager salaris ofwel door hun huidige werkgever worden ontslagen. De beslissing van de kantonrechter te Utrecht zet dit recht en heeft wat dat betreft mijn instemming.

Wel valt het nodige aan te merken op de overwegingen van de kantonrechter. Zo moet worden bedacht dat in de zaak Botzen/RDM werkgever en vervreemder dezelfde rechtspersoon waren en er dus was voldaan aan het vereiste van een arbeidsovereenkomst met de vervreemder, zodat het in dat geval (nog slechts) ging om de vraag wanneer een werknemer bij de overgedragen onderneming behoort. Naar mijn mening volgt daaruit dat de kantonrechter in de Heineken-zaak ten onrechte heeft aangenomen dat op de voorliggende rechtsvraag al een antwoord bestaat. Daar komt nog bij dat de kantonrechter in het vervolg van zijn redenering het werkgeverbegrip invult met het begrip 'arbeidsverhouding', terwijl de Nederlandse wetgever zich nu juist heeft beperkt tot rechten en plichten uit hoofde van een arbeidsovereenkomst. Bovendien gaat de kantonrechter voorbij aan het principe van rechtspersoonlijkheid en botst zijn redenering met het oordeel van de Hoge Raad in de zaak ABN AMRO/Malhi, inhoudende dat het de werkgever is die uiteindelijk beschikt over de arbeidsrelatie.¹³

Zoals gezegd komt het vaak voor dat werknemers zijn ondergebracht bij een personeelsvennootschap. Het verloop van de Heineken-zaak wordt dan ook kritisch gevolgd door de rechtspraak.¹⁴ Het zou daarom mooi zijn als het Hof Amsterdam op grond van een betere motivering tot hetzelfde oordeel komt als de kantonrechter te Utrecht.

*Mr. H.T. ten Have
NautaDutilh*

12. Ktr. Utrecht 15 maart 2006, JAR 2006/80.

13. HR 5 april 2002, JAR 2002/100.

14. R.M. Beltzer, Overgang van onderneming, JAR Verklaard 2006/4, p. 3 e.v.; R.M. Beltzer & E.T. Visser, Wie beschikt over de arbeidsovereenkomst', Praktisch Procederen 2006/3, p. 94 e.v.; F.B.J. Grapperhaus, Ondernemingsrecht 2006, p. 290 e.v.; A. Birkhoff & C.V.E. Roeloff, Overgang van Onderneming, Bb 2006/38, p. 134 e.v.

10. Rb. Den Haag 22 februari 2005, JAR 2005/63.

11. HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994, 168.