

# Hof van Justitie: permanent gedetacheerde werknemers worden beschermd bij overgang van onderneming

53

HvJ EU 21 oktober 2010, C 242/09, NJ 2010/576

## 1. Inleiding

Tot 15 maart 2006 was de Nederlandse rechtspraak eensgezind over de toepasselijkheid van de regels van overgang van onderneming met betrekking tot gedetacheerde werknemers: gedetacheerde werknemers gaan niet van rechtswege mee over bij overgang van de onderneming waar zij gedetacheerd zijn. Deze lijn in de rechtspraak is ook wel bekend als de Heidemij-leer, vernoemd naar een uitspraak in kort geding uit 1982 (Rb. Arnhem (pres.) 29 oktober 1982, NJ 1982/619). De Kantonrechter Utrecht heeft met zijn vonnis van 15 maart 2006 in de *Heineken*-zaak gebroken met deze heersende leer (Ktr. Utrecht 15 maart 2006, JAR 2006/80). Naast het nodige commentaar in de literatuur, heeft het vonnis via het Hof Amsterdam in de vorm van prejudiciële vragen zijn weg gevonden naar het Hof van Justitie EG (hierna: Hof van Justitie) (Hof Amsterdam 29 mei 2008 en 30 juni 2009, JAR 2008/218 en 2009/195). Op 21 oktober 2010 heeft het Hof van Justitie een voor de Nederlandse arbeidsverhoudingen belangrijk arrest gewezen, waarin wordt gebroken met de Heidemij-leer: ook permanent gedetacheerde werknemers gaan van rechtswege mee over bij overgang van onderneming. In dit artikel wordt ingegaan op de ontwikkelingen die zich voorafgaand aan het arrest van het Hof van Justitie hebben voltrokken en op de mogelijke gevolgen die dit arrest heeft.

## 2. Heidemij-leer

Voor de behandeling van de ontwikkelingen met betrekking tot de toepasselijkheid van de regels van overgang van onderneming is allereerst van belang dat art. 7:663 BW, als uitwerking van de Europese Richtlijn 2001/23/EG, luidt:

'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.'

Gelet op deze wettekst lijkt de Heidemij-leer, die in 1982 in een kort geding over de positie van een gedetacheerde werknemer is ontwikkeld dan ook logisch. In de *Heidemij*-zaak oordeelde de President van de Rechtbank Arnhem kort gezegd dat art. 7:663 BW niet van toepassing is wanneer de feitelijke werkgever een ander is dan de vervreemder van de onderneming. Van belang werd geacht dat tussen de vervreemder en de werknemer een arbeidsovereenkomst bestond. In deze zaak had het oordeel van de President tot gevolg dat een werknemer die werkzaam was bij een gezonde groepsmaatschappij, maar in dienst was bij een in surseance van betaling verkerende moeder, geen aanspraak kon maken op de bescherming van de regels van 'overgang van onderneming'. Uiteindelijk waren er bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de werknemer geen middelen meer voor enige vergoeding.

Hoewel de Hoge Raad zich niet specifiek heeft uitgelaten over de toepasselijkheid van de regels van overgang van onderneming op gedetacheerde werknemers, is in de lagere rechtspraak gedurende ruim 23 jaar aansluiting gezocht bij de Heidemij-leer. Zo heeft ook de Kantonrechter Rotterdam ten aanzien van een werknemer die veelvuldig door zijn formele werkgever werd gedetacheerd bij concernvennootschappen, geoordeeld dat het bestaan van een arbeidsovereenkomst, als bedoeld in art. 7:610 BW, doorslaggevend is voor de toepasselijkheid van de regels van 'overgang van onderneming' (Ktr. Rotterdam 9 februari 2000, JAR 2000/143). Ook de Rechtbank Utrecht kwam in 2004 tot een bevestiging van de Heidemij-leer door de beschermingsregels van overgang van onderneming niet van toepassing te verklaren op ingeleend personeel, maar aansluiting te zoeken bij het formele werkgeversbegrip (Rb. Utrecht 30 maart 2004, LjN A06490). Het Hof Amsterdam heeft in 2003 de heersende opvatting trachten te relativieren door aan te nemen dat een gedetacheerde werknemer als gevolg van een overdracht van een concernonderdeel waarvoor hij zijn werkzaamheden verrichtte, maar waarmee hij geen arbeidsovereenkomst had, op grond van 'overgang van onderneming' van rechtswege naar een derde verkrijger is overgegaan (Hof Amsterdam, 30 maart 2003, JAR 2003/103). Het hof zette de omstandigheid dat de werknemer een arbeidsovereenkomst had met een andere concernvennootschap opzij, door aan te nemen dat de concernvennootschappen 'nauw met elkaar verbonden waren'. Op deze motivering valt het nodige af te dingen (zie ook M. Holtzer, 'De toepassing van de Wet overgang ondernemingen in concernverband', *Ondernemingsrecht* 2007/86). Hierbij wijzen wij onder andere op de terughoudendheid waarmee concern-

1. Mr. D.J. Rutgers en mr. T.L.C.W. Noordoven zijn advocaat bij DLA Piper Nederland N.V.

vennootschappen volgens de Hoge Raad met elkaar kunnen worden vereenzelvigd.

### 3. Tweede Heineken-uitspraak

Een meer overtuigende trendbreuk met de Heidemij-leer werd in 2006 geformuleerd door de kantonrechter Utrecht in de zogeheten 'Heineken-uitspraak'. Centraal in deze zaak stond de discussie tussen FNV Bondgenoten en Albron over de vraag hoe de toepasselijkheid van de regels van 'overgang van onderneming' moet worden uitgelegd bij permanente detachering in concernverband. De feiten in deze zaak zijn als volgt. De werknemers die in Nederland werkzaam zijn binnen het Heineken-concern hebben allen een arbeidsovereenkomst met de personeels-B.V. Heineken Nederlands Beheer B.V. (hierna: HNB). Deze personeels-B.V. ontplooit in principe geen andere activiteiten dan het detacheren van de werknemers bij verschillende tot het Heineken-concern behorende werkmaatschappijen. De catering- en hospitalityactiviteiten van Heineken waren ondergebracht in Heineken Nederland B.V. Ten behoeve van deze werkzaamheden heeft HNB ongeveer 70 werknemers gedetacheerd bij Heineken Nederland B.V. Per 1 maart 2005 heeft Heineken Nederland B.V. haar cateringactiviteiten uitbesteed aan Albron Catering B.V. (hierna: Albron). In navolging hierop heeft Albron de betrokken werknemers een arbeidsovereenkomst aangeboden, zij het tegen mindere arbeidsvoorwaarden dan die van HNB. Een aantal werknemers, dat al voor lange tijd was gedetacheerd bij Heineken Nederland B.V., heeft hiertegen bezwaar gemaakt. Deze werknemers stellen dat sprake is van een overgang van onderneming, als gevolg waarvan alle op het moment van overgang op HNB rustende rechten en verplichtingen van rechtswege zijn overgegaan op Albron. Zij stellen dan ook recht te hebben op behoud van de arbeidsvoorwaarden die zij hadden bij HNB. Albron stelt hier, met een beroep op de Heidemij-leer, tegenover dat de regels omtrent 'overgang van onderneming' niet van toepassing zijn, nu de betrokken werknemers geen arbeidsovereenkomst hadden met Heineken Nederland B.V., de concernvennootschap die de activiteiten heeft overgedragen, maar met HNB. De voorzieningenrechter te 's-Gravenhage waartoe de werknemers zich aanvankelijk wendden, heeft Albron in het gelijk gesteld (de zogeheten eerste Heineken-uitspraak) (Ktr. 's-Gravenhage als Voorzieningenrechter 22 februari 2005, JAR 2005/63).

De kantonrechter Utrecht is daarentegen tot het oordeel gekomen dat de regels omtrent 'overgang van onderneming' wel van toepassing zijn in deze situatie. De kantonrechter oordeelt dat een werknemer die op grond van zijn arbeidsovereenkomst met de 'formele en verder activiteitenloze' werkgever 'geruime tijd' werkzaamheden verricht bij een andere (materiële) werkgever die deel uitmaakt van hetzelfde concern als de formele werkgever, een beroep kan doen op de regels omtrent 'overgang van onderneming'. Ter motivering van dit oordeel wijst de

kantonrechter Utrecht naar het *Botzen*-arrest van het Hof van Justitie, waarin eerder een uitlegvraag over overgang van onderneming in concern verband is beantwoord (HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985/902). De kantonrechter onderkent dat het oordeel van het Hof van Justitie niet zonder meer van toepassing is op deze zaak, omdat zich in de *Botzen*-zaak niet een vergelijkbare scheiding tussen de formele en materiële werkgever voordeed. Toch geeft het *Botzen*-arrest volgens de kantonrechter echter wel een belangrijke aanwijzing hoe het Hof van Justitie de vraag zou kunnen beantwoorden. De kantonrechter acht het denkbaar dat het Hof van Justitie 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 de werknemer, voor de uitoefening van zijn taak is aangesteld'. In dit verband vindt de kantonrechter het tevens denkbaar dat dit als gevolg kan hebben dat de rol van de formele werkgever, die deze band met de werknemer niet heeft, gemarginaliseerd kan worden. De kantonrechter stelt dat sprake is van een acte éclairé en komt om die reden langs bovengenoemde lijnen tot het oordeel dat de regels van 'overgang van onderneming' ook van toepassing zijn op de gedetacheerde werknemers.

### 4. Beroep bij het Hof Amsterdam

In het beroep heeft het hof vastgesteld dat volgens de in Nederland heersende leer voor de toepasselijkheid van 'overgang van onderneming' de eis wordt gesteld dat de vervreemder van de onderneming ook de formele werkgever is van de werknemer. De structuur van het Heineken-concern zou met zich brengen dat bij een overgang van een onderneming (van een werkmaatschappij) de werknemer op grond van de heersende leer niet op de verkrijger zou overgaan en geen bescherming op grond van 'overgang van onderneming' zou hebben. Omdat het hof twijfelt of dit een juiste uitleg is, heeft het hof besloten prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Kort gezegd heeft het Hof Amsterdam de vraag opgeworpen of de Richtlijn 2000/23/EG uitsluitend werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben met de vervreemder beoogt te beschermen, of dat binnen concernverhoudingen ook werknemers die feitelijk werkzaam zijn in een door de vervreemder, niet zijnde de formele werkgever, over te dragen onderneming door de richtlijn worden beschermd.

### 5. Arrest van het Hof van Justitie

In zijn conclusie heeft advocaat-generaal Bot zich op het standpunt gesteld dat de richtlijn ook van toepassing is op een situatie als deze. Volgens hem moet de wijze van organisatie van de arbeidsverhoudingen binnen het Heineken-concern worden gezien alsof de personeels-B.V. (HNB) de arbeidsovereenkomsten met de werknemers sluit voor rekening van elk van de werkmaatschappijen

(zoals Heineken Nederland B.V.) waar zij tewerk worden gesteld. Om die reden zijn de beschermingsregels van 'overgang van onderneming' als opgenomen in de richtlijn van toepassing op deze werknemers.

Van belang is op te merken dat waar de richtlijn spreekt over een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, art. 7:663 BW enkel spreekt over een arbeidsovereenkomst. Nu op grond van art. 2 lid 2 van de richtlijn de nationale definitie van arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking van toepassing is, lijkt voor de uitleg van 'overgang van onderneming' van belang dat een arbeidsovereenkomst als bedoeld in art. 7:610 BW bestaat tussen de vervreemder en de werknemer. Dit zou betekenen dat de Heidemij-leer, waarin het formele werkgeverschap centraal staat, het antwoord biedt op de prejudiciële vragen. Het Hof van Justitie is echter tot een ander oordeel gekomen.

Het Hof van Justitie gaat allereerst in op het begrip 'vervreemder' uit de richtlijn. Volgens het Hof van Justitie kan niet worden uitgesloten dat HNB als 'vervreemder' kan worden aangemerkt, nu uit het geding blijkt dat de niet-contractuele werkgever (HNB) sinds de vervreemding van de overgedragen activiteiten (aan Albron) zijn hoedanigheid van niet-contractuele werkgever verliest. Vervolgens stelt het Hof van Justitie dat uit de bewoordingen van art. 3 lid 1 van de richtlijn volgt dat bescherming ziet op de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. Het Hof van Justitie merkt hierbij op dat de vraag of een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking bestaat moet worden beantwoord naar het nationale recht. Het Hof van Justitie is in dat verband van oordeel dat een arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking als gelijkwaardig alternatief moeten worden gezien en dat een contractuele band met de vervreemder dan ook niet in alle gevallen vereist is voor de toepasselijkheid van de regels omtrent 'overgang van onderneming'.

Omdat de verhouding tussen een arbeidsovereenkomst en een arbeidsbetrekking volgens het Hof van Justitie een subsidiariteitsverhouding is, ziet het Hof van Justitie geen aanleiding om aan te nemen dat bij meerdere werkgevers, de contractuele werkgever systematisch moet prevaleren. Het Hof van Justitie komt dan ook tot het oordeel dat ook de niet-contractuele werkgevers waarbij werknemers permanent zijn tewerkgesteld eveneens kunnen worden beschouwd als een 'vervreemder' in de zin van de richtlijn. Dit brengt met zich dat bij een overgang van een concernvennootschap die als door permanente tewerkstelling als materiële werkgever van een werknemer kan worden aangemerkt, de beschermingsregels van 'overgang van onderneming' van toepassing zijn, terwijl de betrokken werknemer een formele arbeidsrelatie heeft met een concernvennootschap die niet bij enige overgang betrokken is.

## 6. Commentaar

De uitkomst van het arrest van het Hof van Justitie is voor de Nederlandse arbeidsverhoudingen spectaculair. Het betekent het einde van de Heidemij-leer, te weten dat voor toepasselijkheid van de regels van 'overgang van onderneming', indien een tot een concern behorende onderneming buiten het concern wordt gebracht, niet vereist is dat de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de onderneming die overgaat. Het arrest biedt een uitbreiding van de arresten *Wendelboe* (HvJ EU 7 februari 1985, *NJ* 1985/901), *Mikkelsen* (HvJ EU 11 juli 1985, *NJ* 1988/907) en *d'Urso* (HvJ EU 25 juli 1991, *NJ* 1994/168) en een breuk in de lijn met eerdergenoemde Nederlandse jurisprudentie.

De eerste vraag die opkomt is of het arrest van het Hof van Justitie alleen iets zegt over overgang van onderneming vanuit een concernverband of dat er meer uit het arrest valt op te maken. Wij menen dat van het laatste geval sprake is. Weliswaar wordt in antwoord op de prejudiciële vragen van het Hof Amsterdam alleen een antwoord gegeven over de gevolgen van het buiten het concern brengen van een onderdeel daarvan; de motivering die tot deze beslissing leidt is bepaald algemener van aard. Zo wordt in de kernoverwegingen van het arrest slechts beperkt over het concern gesproken, daar waar het Hof van Justitie uitlegt dat art. 3 lid 1 richtlijn de rechten van werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking beoogt te beschermen. Ook in de hieruit getrokken conclusie, dat de Europese wetgever niet in alle gevallen vereist dat een contractuele band met de vervreemder bestaat, wordt niet verwezen naar het concern. Ditzelfde geldt voor de algemene conclusie dat de richtlijn er niet aan in de weg staat dat een niet-contractuele werkgever een 'vervreemder' in de zin van de richtlijn kan zijn. In de visie van het Hof van Justitie gaat het derhalve niet enkel over de vraag of er sprake is van een concern. Ook bij detachering buiten concernverhoudingen biedt het arrest derhalve een kader om te beoordelen of het niet bestaan van een directe contractuele band tussen onderneming en werknemer toepasselijkheid van de richtlijn uitsluit. In praktische zin is het natuurlijk wel de vraag of er buiten concernverhoudingen veel werknemers zijn die permanent elders zijn gedetacheerd.

Vervolgens dient de vraag zich aan hetgeen het Hof van Justitie bedoelt met 'permanent zijn tewerkgesteld'. Gezien het feit dat wordt gesproken over 'tewerkstellen' gaan wij ervan uit dat het er niet om gaat op welke wijze de werknemers bij het onderdeel dat wordt overgedragen zijn terechtgekomen. Dit brengt met zich dat er sprake kan zijn van detachering of van uitzending of zelfs zonder duidelijke rechtshandeling verrichten van werkzaamheden voor een niet-contractuele werkgever. Tewerkstellen is immers, ook in Europese verhoudingen, geen juridisch begrip. Het duidt niets anders aan dan dat de contractuele werkgever er de hand in heeft dat de werkzaamheden bij

de niet-contractuele werkgever worden uitgevoerd. Interessanter is de vraag hetgeen het Hof van Justitie bedoelt met 'permanent'. Wanneer is hier sprake van? Moet dit blijken uit de tijdsduur? Zo ja, wanneer is een werknemer lang genoeg tewerkgesteld om van permanent te mogen spreken. Eén, vijf of tien jaar? Of gaat het niet zo zeer om de duur, maar om de intentie? Indien de intentie is om een werknemer (vanuit een personeels-B.V.) permanent te detacheren bij een onderdeel, kan er dan al na twee dagen sprake zijn van 'permanente' tewerkstelling? Hier wreekt zich dat permanente tewerkstelling geen vast omlijnd en duidelijk begrip is en hiermee komen wij bij een belangrijk kritiekpunt. Het wordt er niet duidelijker op welke werknemers aanspraak kunnen maken op bescherming onder de richtlijn. Dit is niet alleen lastig voor de vervreemder en verkrijger, maar ook voor de werknemer. Zo kan de vervreemder zich op het standpunt stellen dat er sprake is van permanente tewerkstelling van werknemer bij vervreemder en dat de werknemer derhalve van rechtswege overgaat op de verkrijger. Indien de werknemer dit betwist – hij is bijvoorbeeld van oordeel dat van permanente tewerkstelling geen sprake is – loopt hij het risico dat hierdoor zijn arbeidsovereenkomst met de vervreemder op de datum van overgang van rechtswege eindigt en hij ook niet in dienst komt van de verkrijger (jurisprudentie). Bepaald denkbeeldig is dit voorbeeld niet. In de literatuur (zie bijvoorbeeld de noot van M.R. Mok bij dit arrest van NJ 2010/76) wordt nog wel eens verondersteld dat een werknemer het beste af is als hij aanspraak kan maken op het leerstuk overgang van onderneming. Hij behoudt baan en salaris. De praktijk laat geregeld een ander beeld zien. Indien een onderdeel van een concern wordt afgestoten vloeien de bij dit onderdeel werkzame werknemers vaak liever terug naar de personeelsvereniging van het concern om, óf elders in het concern te worden geplaatst óf om, onder de vigeur van een sociaal plan, te worden ontslagen. Overgang vanuit een concern, zoals Heineken, naar een andere, veelal, kleinere werkgever met vaak minder smoel en minder vet op het bot is niet altijd een aantrekkelijke optie. Dit is ook niet altijd het geval indien de werknemer zijn arbeidsvoorwaarden behoudt. Het is immers niet ondenkbaar dat de verkrijger vroeg of laat zijn arbeidsvoorwaarden gaat harmoniseren. Met andere woorden; de bescherming van de werknemer keert zich, in zijn eigen gevoelens, ook nog wel eens tegen hem.

Er zijn nog meer redenen om uit te kijken naar nadere jurisprudentie van het Europese Hof en van andere rechters naar aanleiding van dit arrest. Een van de redenen is dat ook duidelijk dient te worden of een werknemer

ten opzichte van één werkgever aanspraak kan maken op 'overgang van onderneming' of dat in sommige gevallen een permanent gedetacheerde werknemer zowel jegens de verkrijger van zijn contractuele als de niet contractuele werkgever een (potentiële) aanspraak op heeft 'overgang van onderneming'. Uit dit arrest blijkt dit niet duidelijk. Een van de overwegingen geeft zelfs aanleiding om te veronderstellen dat er van dubbele dekking sprake kan zijn. Het Europese Hof stelt immers dat er binnen een concern twee werkgevers naast elkaar kunnen bestaan, en dat de niet contractuele werkgever van de werknemer 'ook' als vervreemder in de zin van de richtlijn kan gelden.

Het is om meerdere redenen interessant om te zien hetgeen Hof Amsterdam nu in de *Heineken*-zaak zal beslissen. Gezien de beantwoording van de prejudiciële vragen ligt het voor de hand dat wordt vastgesteld dat de bij Heineken Nederland B.V. werkzame werknemers op grond van het leerstuk overgang van onderneming bij Albron in dienst zijn getreden en zij derhalve per datum van de overdracht aanspraak kunnen maken op hun HNB-arbeidsvoorwaarden. Wellicht dat er ook nog voormalig Heineken werknemers zijn die maar kort voor de activiteit werkten en voor wie het Hof Amsterdam de vraag dient te beantwoorden of er van permanente tewerkstelling sprake is. Vooralsnog lijkt ons dat een richtlijn conforme uitleg met zich brengt dat het begrip 'arbeidsovereenkomst' in art. 7:663 BW uitgelegd dient te worden als arbeidsovereenkomst of 'arbeidsbetrekking' als genoemd in art. 3 lid 1 richtlijn en dus niet langer alleen in de zin van art. 7:610 BW. Het ligt voor de hand dat op termijn art. 7:663 BW wordt aangepast. Alvorens hiertoe te besluiten lijkt het ons raadzaam dat eerst nog nadere jurisprudentie wordt afgewacht.

Voorts dient natuurlijk de vraag aan welke invloed het *Heineken*-arrest heeft voor concerns die een personeelsvereniging hebben. Wat Mok betreft komt hier een einde aan. Hij vindt deze constructie 'niet fraai' en stelt zelfs dat er sprake zou zijn van een vorm van *fraus legis* ten nadele van de betrokken werknemers (noot bij NJ 2010/576). Wij delen dit inzicht niet. Personeelsverenigingen zijn doorgaans niet opgezet om overgang van onderneming te omzeilen. Ook het Hof Amsterdam komt tot deze conclusie ten aanzien van Heineken. Deze constructies vloeien eerder voort uit redenen van flexibiliteit (werknemers goed kunnen inzetten door het gehele concern) en administratieve eenvoud (een salarisadministratie, enz.). Vanzelfsprekend dienen concerns met personeelsverenigingen zich thans wel te beraden over de gevolgen van het arrest en hoe hiermee in de praktijk om te gaan.