

ANNOTATIE

# Albron/Roest: nu eindelijk rust aan het front?

*mr. dr. J.H. Even*

Sommige uitspraken roepen meer vragen op dan zij beantwoorden. Dat gevoel bekwam mij na het lezen van het arrest van het HvJ EU in deze zaak (21 oktober 2010, nr. C-242/09, AR-updates 2010-0835, met commentaar van J.P.H. Zwemmer). In dit commentaar staat het verwijzingsarrest Albron/Roest centraal. Maar wat besliste het HvJ EU in zijn arrest van 21 oktober 2010 ook al weer? En in hoeverre is het verwijzingsarrest van het Hof Amsterdam juist te oordelen? Op beide vragen wordt hierna antwoord gegeven.

## 1. Het HvJ EU

In het geval van permanente intra-concern detachering zijn er volgens het HvJ EU twee werkgevers, de contractuele en de niet-contractuele werkgever. De contractuele werkgever is in deze kwestie Heineken Nederlands Beheer B.V. Dat is de rechtspersoon met wie de betrokken werknemers een arbeidsovereenkomst hebben gesloten. Met de niet-contractuele werkgever, in deze zaak Heineken Nederland B.V., hebben voornoemde personen geen arbeidsovereenkomst. Het HvJ EU onderzoekt of deze niet-contractuele werkgever (niettemin) vervreemder kan zijn in de zin van art. 2 lid 1 sub a van Richtlijn 2001/23 ('de richtlijn'). In dat verband oordeelt het HvJ EU dat de vervreemder degene is die door de overgang de hoedanigheid van werkgever verliest. Uit de feiten blijkt dat Heineken Nederland B.V. na de overdracht van de cateringactiviteiten aan Albron haar hoedanigheid van niet-contractuele werkgever heeft verloren. Heineken Nederland B.V. zou dus vervreemder kunnen zijn.

Art. 3 lid 1 van de richtlijn biedt bescherming aan werknemers bij verandering van onderneming ten aanzien van rechten en plichten voortvloeiende uit een arbeidsovereenkomst of een arbeidsbetrekking. Arbeidsovereenkomst en arbeidsbetrekking zijn gelijkwaardige alternatieven. Daaruit trekt het HvJ EU de conclusie dat de Uniewetgever niet in alle gevallen

een contractuele band met de vervreemder vereist. Evenmin blijkt uit de richtlijn dat, als er meerdere werkgevers zijn, de contractuele werkgever systematisch behoort te prevaleren. Hierdoor staat er in deze zaak niets aan in de weg dat de niet-contractuele werkgever waarbij de werknemers permanent zijn tewerkgesteld ook kan worden beschouwd als een ‘vervreemder’. De richtlijn veronderstelt voor de overgang van onderneming met name een wijziging van de persoon die verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de overgedragen eenheid. Die persoon heeft uit dien hoofde als werkgever van de werknemers arbeidsbetrekkingen met hen, ook al heeft hij geen contractuele relatie met die werknemers. Deze analyse vindt steun in het beoogde doel van de richtlijn: de bescherming van de werknemers. Dat noopt het HvJ EU tot de conclusie dat ‘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 [kan] 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’.

## **2. Impact arrest van HvJ EU in Nederland**

Deze redenering van het HvJ EU kwam in elk geval voor Nederland onverwacht. De term niet-contractuele werkgever werd geïntroduceerd, evenals de omstandigheid dat deze arbeidsbetrekkingen kon hebben met permanent gedetacheerd personeel. Over de mogelijkheid van het bestaan van een niet-contractuele werkgever had de Nederlandse wetgever nog niet nagedacht. Over de term ‘arbeidsbetrekking’ (destijds nog arbeidsverhouding genoemd) had de wetgever daarentegen wel nagedacht en had bij implementatie van de richtlijn geoordeeld deze term niet nodig te hebben (Kamerstukken II 1979/80, 15 940, nrs. 3-4, p. 6): ‘De richtlijn spreekt van “arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding” om aan te kunnen sluiten bij de verschillende wettelijke stelsels in de lidstaten. Inhoudelijk wordt slechts één zaak beoogd. Voor het Nederlandse recht is het gebruik van de term “arbeidsverhouding” naast “arbeidsovereenkomst” niet nodig. Uit de bewoording van de richtlijn dient ook niet te worden afgeleid dat er een verplichting zou zijn om naast de maatregelen ten aanzien van de arbeidsovereenkomst nog andere regelingen te treffen.’

De uitspraak van het HvJ EU paste dan ook niet meteen in het Nederlandse systeem en gaf aanleiding tot meerdere vragen. Ik noem er drie:

1. Kan naar Nederlands recht een ‘arbeidsbetrekking’ met de ‘niet-contractuele werkgever’ overgaan op de verkrijger?
2. Welke rechten en verplichtingen gaan dan over/wat gebeurt er met de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever?
3. Hoe ver reikt de uitspraak van

het HvJ EU?

De derde vraag kan worden opgesplitst in vele deelvragen, zoals: Ziet het arrest alleen op intra-concerndetachering met een permanent karakter? Of zou bijvoorbeeld ook een gepayrollde werknemer overgaan indien de onderneming van de inlener overgaat (zie hierover J.P.H. Zwemmer, 'Het Albron-arrest, de contractuele werkgever versus de niet-contractuele werkgever en de mogelijke gevolgen voor andere uitzendvarianten', TRA 2011, 4)? Wat is permanente detachering eigenlijk? Gaat een uitzendkracht ook mee over met de onderneming waar hij werkt? Is een arbeidsovereenkomst vereist of zou de permanent gedetacheerde niet-werknemer ook mee overgaan op basis van dit arrest? Wie is tot een jaar na overgang aansprakelijk, de contractuele of de niet-contractuele werkgever? Kan de niet-contractuele werkgever de arbeidsbetrekking beëindigen? Geldt art. 7:670 lid 8 (opzegverbod) dan ook? En art. 7:665 BW (ontbinding)? Deze en andere vragen zijn besproken tijdens de tweede bijeenkomst van Arbeid, Onderneming en Medezeggenschap (AOM) op 11 november 2011. Sommige vragen bleken eenvoudiger te beantwoorden dan andere. Het Hof Amsterdam hoefde niet op deze vragen in te gaan, maar diende 'slechts' de eerste twee in de vorige alinea genoemde vragen te beantwoorden.

### **3. De beurt aan het Hof Amsterdam**

De eerste vraag aan het Amsterdamse hof ziet met name op de (on)mogelijkheid de Nederlandse wetgeving richtlijnconform uit te leggen. Kan art. 7:663 BW ('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') zo worden uitgelegd dat deze voldoet aan de beslissing van het HvJ EU? Anders gezegd, is richtlijnconforme uitleg van art. 7:663 BW mogelijk? Vraag 2 ziet op de rechtsgevolgen daarvan, als een dergelijke uitleg mogelijk is.

Albron bepleit dat een richtlijnconforme uitleg van art. 7:663 BW niet kan, want dat zou leiden tot een verboden contra legem-uitleg. Bovendien zou door een dergelijke uitleg de rechtszekerheid in het gedrang komen. Ik beperk me in het onderstaande tot het eerste verweer (richtlijnconforme uitleg mogelijk of niet).

Het hof begint in onderdeel 2.5 van zijn arrest met enkele algemeenheden. Zo herinnert het hof de partijen eraan dat het nationale recht zo veel mogelijk moet worden uitgelegd in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn om het hiermee beoogde resultaat te bereiken. Dat geldt in het bijzonder voor de implementatiewet. Het hof dient ervan uit te gaan dat de wetgever met een zodanige nationale uitvoeringsregeling de bedoeling heeft

gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen. Hierbij moet het hof gebruik maken van alle uitlegmethoden die hem naar nationaal recht ter beschikking staan. Na deze inleiding volgt de inhoudelijke bespreking van de zaak. Ik onderscheid in het kader van dit commentaar drie stappen die het hof neemt.

De eerste stap ziet op de (on)mogelijkheid de ‘niet-contractuele werkgever’ toe te voegen aan het begrippenkader van art. 7:663 BW. Het hof oordeelt dat art. 7:663 BW geen uitsluitel geeft over het antwoord op de vraag hoe ‘werkgever’ moet worden geduid. De bewoordingen van dit artikel geven volgens het hof ruimte voor een meervoudig werkgeversbegrip (contractueel en niet-contractueel). Daaraan doet volgens het hof niet af dat art. 7:663 BW spreekt over ‘de overgang van rechten en verplichtingen die (...) voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer’. Hierbij is voor het hof relevant dat de wetgever geacht wordt de richtlijn ten volle te implementeren. De wetsgeschiedenis duidt niet op het tegendeel. Kortom, art. 7:663 BW laat ruimte om onder de term ‘werkgever’ ook te scharen de ‘niet-contractuele werkgever’.

Het hof neemt dan stap twee. Hij memoreert dat Albron op de MvT heeft gewezen waaruit blijkt dat de regering het niet nodig heeft gevonden in de wet naast het begrip arbeidsovereenkomst het begrip arbeidsbetrekking op te nemen. Dat kan Albron volgens het hof echter niet baten, omdat het gaat om bescherming van de rechten van werknemers uit hoofde van arbeidsovereenkomsten.

Tot slot merkt het hof op dat de wetssystematiek van titel 7.10 BW en van andere arbeidsrechtelijke wetten in brede zin zich niet verzet tegen richtlijnconforme interpretatie. Dat het begrip niet-contractuele werkgever zich niet verdraagt met het werkgeversbegrip dat elders in de Nederlandse wetgeving wordt gebruikt, zoals Albron betoogt, maakt volgens het hof niet uit. Aan de uitleg van de richtlijn door het HvJ EU mag deze vergaande werking niet worden toegekend. Deze uitleg beperkt zich namelijk tot de uitleg en toepassing van art. 7:663 BW.

Dat brengt het hof tot de conclusie dat de betrokken werknemers met hun arbeidsovereenkomst zijn overgegaan naar Albron. De vraag in dit commentaar is of het arrest van het hof juist en overtuigend is. Ik analyseer in het onderstaande de drie stappen van het hof.

#### **4. Een juist en overtuigend arrest?**

Ten aanzien van de eerste stap het volgende. De eerlijkheid gebiedt mij te zeggen dat ik art. 7:663 BW altijd zo heb geïnterpreteerd dat bij een overgang van onderneming de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen de werkgever – ik voeg

toe: als bedoeld in art. 7:610 BW, dus de contractuele werkgever – in die onderneming en een daar werkzame werknemer van rechtswege overgaan. In deze lezing is er louter sprake van een contractuele werkgever. De lezing waarbij gebruik wordt gemaakt van een werkgeversbegrip als bedoeld in art. 7:610 BW is volgens mij op het eerste gezicht logisch, omdat plaatsing van art. 7:663 BW in titel 10 van Boek 7 een bepaalde consistentie in terminologie lijkt te vereisen, ook ten aanzien van het belangrijke begrip ‘werkgever’. Daar staat tegenover dat ik het met het hof eens kan zijn dat nergens uit de wetsgeschiedenis (met zoveel woorden) blijkt dat onder werkgever als bedoeld in art. 7:663 BW, ‘slechts’ de (ik voeg weer toe: contractuele) werkgever uit art. 7:610 BW wordt bedoeld. Het is in die zin dus mogelijk om onder werkgever de niet-contractuele werkgever te verstaan. Dan komt het aan of Nederlands recht de ruimte biedt om de term ‘werkgever’ zo breed te interpreteren dat hieronder ook valt de niet-contractuele werkgever. Als het Nederlandse recht die ruimte biedt, zal in principe ook richtlijnconform moeten worden geïnterpreteerd. Of het Nederlandse recht die ruimte biedt, is een rechtsvraag die het hof met ‘ja’ beantwoordt. Ik merk op dat ik een ander antwoord zeker niet op voorhand had uitgesloten.

Dan de derde stap. Het argument van Albron dat de wetssystematiek in brede zin zich verzet tegen richtlijnconforme interpretatie, is opvallend. Het HvJ EU schrijft juist voor dat richtlijnconforme interpretatie uitlegging van het nationale recht vereist waarbij ‘de nationale rechter het gehele nationale recht in beschouwing neemt om te beoordelen in hoeverre dit zodanig kan worden toegepast dat het niet tot een resultaat leidt dat in strijd is met het door de richtlijn beoogde resultaat’ (zie HvJ EG, 5 oktober 2004, nr. C-397/01-C-404/01, Pfeiffer e.a., onderdeel 115). Hier wordt door Albron precies het omgekeerde betoogd: de wetssystematiek moet niet worden ingezet als methode om tot richtlijnconforme interpretatie te komen, maar juist om deze te vermijden. Ik begrijp dat verweer van Albron als onderdeel van het bredere verweer dat richtlijnconforme interpretatie zijn grenzen behoort te kennen als de rechtszekerheid in het gedrang komt (en daarmee bijvoorbeeld als onderdeel van het betoog dat onder ‘werkgever’ in de zin van art. 7:663 BW niet kan worden verstaan de ‘niet-contractuele werkgever’), maar als een op zichzelf staand verweer vind ik het gegeven de jurisprudentie van het HvJ EU niet overtuigend. Bij het verwerpen van dit verweer van Albron kan ik het hof begrijpen.

Nu stap twee van het hof. Hierin verwerpt het hof het argument van Albron dat art. 7:663 BW het begrip ‘arbeidsbetrekking’ niet kent. Het sterke van dit betoog is dat Albron onder verwijzing naar de MvT inzichtelijk weet te maken dat de wetgever dit begrip opzettelijk niet heeft willen implementeren. De wetgever is er destijds (naar inmiddels blijkt ten onrechte) van uitgegaan dat de term arbeidsbetrekking voor de Nederlandse situatie niet nodig is. Het ziet er daarmee naar uit dat de wetgever de richtlijn niet juist heeft geïmplementeerd. En als

een lidstaat verkeerd heeft geïmplementeerd, ook al had hij de bedoeling ten volle uitvoering te geven aan de richtlijn, kan deze implementatiewetgeving niet richtlijnconform worden geïnterpreteerd (zie bijv. HvJ EG16 december 1993, nr. C-334/92, onderdeel 22, Wagner Miret). De verwerping van dit verweer door het hof met de opmerking dat de arbeidsbetrekking er niet toe doet, maar dat het gaat om bescherming van de rechten van werknemers uit hoofde van de arbeidsovereenkomst is niet overtuigend, want is naar mijn mening niet te rijmen met het arrest van het HvJ EU. De niet-contractuele werkgever (Heineken Nederland B.V.) is volgens het HvJ EU hier vervreemder, en die niet-contractuele werkgever heeft nu juist volgens datzelfde HvJ EU een arbeidsbetrekking en geen arbeidsovereenkomst met de werknemers. Dit was de crux van het arrest van het HvJ EU. Dit wordt door het hof genegeerd.

Door hier overheen te stappen, en zonder enige vorm van uitleg te oordelen dat een arbeidsovereenkomst in plaats van een arbeidsbetrekking is overgegaan, maakt het hof het zich erg makkelijk. Zo wordt door dit oordeel het antwoord op vraag twee ook een stuk eenvoudiger, het antwoord op de vraag welke rechten en verplichtingen overgaan en wat er gebeurt met de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever. Immers, als de arbeidsovereenkomsten overgaan naar Albron, gaan logischerwijs alle daaruit voortvloeiende rechten en plichten mee over en blijft er niets meer van de arbeidsovereenkomst bij het Heineken-concern achter.

Door hier overheen te stappen, en zonder enige vorm van uitleg te oordelen dat een arbeidsovereenkomst in plaats van een arbeidsbetrekking is overgegaan, maakt het hof het zich erg makkelijk. Zo wordt door dit oordeel het antwoord op vraag twee ook een stuk eenvoudiger, het antwoord op de vraag welke rechten en verplichtingen overgaan en wat er gebeurt met de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever. Immers, als de arbeidsovereenkomsten overgaan naar Albron, gaan logischerwijs alle daaruit voortvloeiende rechten en plichten mee over en blijft er niets meer van de arbeidsovereenkomst bij het Heineken-concern achter.

Maar door zo te oordelen, heeft het hof niet de vraag beantwoord die hij volgens het HvJ EU had moeten beantwoorden. Die vraag is immers of art. 7:663 BW zo kan worden geïnterpreteerd dat hierin kan worden gelezen dat de niet-contractuele werkgever een arbeidsbetrekking overdraagt. Als in 'werkgever' de 'niet-contractuele werkgever' kan worden gelezen, dan komt gezien de tekst van art. 7:663 BW de volgende vraag aan de orde: Kan het zo zijn dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die voor de niet-contractuele werkgever in die onderneming voortvloeiën uit een arbeidsovereenkomst tussen hem (de niet-contractuele werkgever) en een daar werkzame werknemer overgaan op de verkrijger? En hier wringt de schoen. Er is geen arbeidsovereenkomst tussen de niet-contractuele werkgever en de werknemer die overgaat. Tussen hen bestaat nu juist een

arbeidsbetrekking. De hamvraag wordt dan of in de term ‘arbeidsovereenkomst’ naar Nederlands recht ook ‘arbeidsbetrekking’ kan worden gelezen. Dat lijkt mij tegen de achtergrond van de al aangehaalde wetsgeschiedenis moeilijk voorstelbaar.

#### **5. Rust aan het front?**

De analyse van het hof overtuigt mij gegeven het voorgaande dan ook niet. Het is mij niet bekend of cassatie is dan wel wordt ingesteld. Ik spreek uit het oogpunt van zowel de rechtsontwikkeling als de rechtszekerheid de hoop uit dat cassatie wordt ingesteld. Wat mij betreft nog even geen rust aan het Albron/Roest-front.