

ANNOTATIE

# Ex nihilo nihil fit

**R.M. Beltzer**

## 1. Inleiding

In deze zaak is het ondernemingsbegrip uit Richtlijn 2001/23 (overgang van onderneming, verder: de richtlijn) weer eens aan de orde. De in de richtlijn (in art. 1 lid 1 onder b) gekozen tekst om dat begrip te definiëren – een ‘al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan’ – blinkt niet uit in het verschaffen van zekerheid. Hoewel het onderwerp om die reden relatief vaak is voorbijgekomen bij het Hof van Justitie, is de rechtsvraag in de nu te behandelen zaak nieuw: de vraag of iets dat geen onderneming was dat door en na de overgang wel kan worden, is bij mijn weten niet eerder aan het Hof voorgelegd. Het ging in feite in zaken als Oy Liikenne, Sodexho, Temco en Klarenberg (resp. HvJ EG 25 januari 2001, *JAR* 2001/68; HvJ EG 20 november 2003, *JAR* 2003/298; HvJ EG 24 januari 2002, *JAR* 2002/47; en HvJ EG 12 februari 2009, *JAR* 2009/92) steeds om de omgekeerde vraag: iets wás een onderneming in de zin van de richtlijn, maar de vraag was of die onderneming na overgang nog wel dusdanig als zodanig bestond, dat men kon stellen dat deze onderneming haar identiteit had behouden – met als rechtsgevolg, zoals ik bekend veronderstel: de overgang van alle werknemers met behoud van al hun rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst (zie in het bijzonder art. 7:662 e.v. BW).

## 2. De casus en het geschil

De casus betrof een reorganisatie en herschikking van activiteiten in 2010 binnen het Telecom Italia-concern. Relevant voor dit commentaar is het volgende. Telecom Italia had een divisie Technology and Information, waartoe de afdeling Information Technology behoorde. Die laatste afdeling omvatte een aantal operationele informatica-activiteiten, zoals innovatie, ontwerp, uitvoering en applicatiebeheer. Deze afdeling werd door Telecom Italia in tien onderafdelingen opgesplitst. Een van die onderafdelingen was IT Operations. Deze onderafdeling bleef samenwerken met andere (onder)afdelingen, net zoals voor de

reorganisatie het geval was geweest. Men zou, conform het arrest Klarenberg, kunnen stellen dat tussen deze afdelingen een zekere functionele band behouden was gebleven, al ging het geschil niet om de vraag of deze splitsing een overgang van onderneming had bewerkstelligd – logisch, want de werkgever bleef dezelfde. Dat werd anders toen de afdeling IT Operations in april 2010 naar een dochteronderneming werd overgebracht, te weten Telecom Italia Information Technology Srl (verder: TIIT). De werknemer Amatori en (minimaal) 74 van zijn collega's (eisers in de zaak) zetten hun 'arbeidsverhouding' (zie r.o. 17 van het arrest) voort met TIIT. Omdat dit zonder hun toestemming was geschied en zij meenden dat geen sprake was geweest van een overgang van onderneming van Telecom Italia naar TIIT, vorderden zij een verklaring voor recht dat hun arbeidsovereenkomst met Telecom Italia was blijven bestaan. Daartoe stelden zij dat deze afdeling vóór de inbreng van de afdeling IT Operations in het kapitaal van TIIT, geen functioneel autonome eenheid was in de structuur van Telecom Italia. Bovendien bestond die afdeling niet voordat de overgang plaatsvond. Daarenboven verzet het feit dat de vervreemder een sterke overheersing uitoefent ten aanzien van de verkrijger, zich ertegen dat die inbreng als een overgang van een onderneming wordt aangemerkt, aldus eisers. Daar kwam bij dat TIIT na de inbreng van de afdeling IT Operations overwegend voor Telecom Italia was blijven werken. De Tribunale di Trento schorste de behandeling van de zaak en verzocht het Hof om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

'1) Verzet de regeling van de Europese Unie inzake "overgang van een onderdeel van een onderneming", met name artikel 1, lid 1, sub a en b, [van Richtlijn 2001/23], gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, van [die] richtlijn zich tegen een nationale regeling, zoals die van artikel 2112, lid 5, van [het burgerlijk wetboek], op grond waarvan de verkrijger de vervreemder kan opvolgen in de arbeidsbetrekkingen zonder dat de instemming van de overgedragen werknemers is vereist, zelfs wanneer het deel van de onderneming waarop de overgang betrekking heeft, geen functioneel autonome economische eenheid is die reeds bestond op het ogenblik van de overgang en bij de overgang door de vervreemder en de verkrijger als dusdanig kan worden geïdentificeerd?

2) Verzet de regeling van de Europese Unie inzake "overgang van een onderdeel van een onderneming", met name artikel 1, lid 1, sub a en b, [van Richtlijn 2001/23], gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, van [die] richtlijn zich tegen een nationale regeling, zoals die van artikel 2112, lid 5, van [het burgerlijk wetboek], op grond waarvan de verkrijger de vervreemder kan opvolgen in de arbeidsbetrekkingen zonder dat de instemming van de overgedragen werknemers is vereist, zelfs wanneer de vervreemdende onderneming na de overgang een sterke overheersing uitoefent ten aanzien van de verkrijger, die tot uiting komt door een nauwe verbintenis van lastgeving en door een vermenging van het

ondernemersrisico?’

### **3. Het Hof van Justitie**

De zaak is zonder conclusie A-G geweest. Na de bekende opsomming van de relevante teksten van de richtlijn, alsmede van hetgeen het Hof in eerdere arresten ten aanzien van het ondernemingsbegrip heeft overwogen, komt het Hof toe aan een inhoudelijk antwoord op de eerste vraag. Interessant is dat het Hof aansluit bij de door de Italiaanse rechter gebezigde, maar niet in de richtlijn, noch in eerdere rechtspraak voorkomende, terminologie en het vereiste stelt dat een onderneming, om als zodanig te kunnen kwalificeren, een zekere ‘functionele autonomie’ dient te bezitten, ‘aangezien het begrip “autonomie” verwijst naar de bevoegdheid van de verantwoordelijken van de betrokken groep werknemers om op relatief vrije en onafhankelijke manier het werk binnen die groep te organiseren en meer in het bijzonder de bevoegdheid om bevelen te geven en om de taken te verdelen tussen de ondergeschikten binnen die groep, dit alles zonder rechtstreekse tussenkomst van andere organisatiestructuren van de werkgever’. Het Hof verwijst daarbij naar zijn uitspraak in de zaak Scattolon (HvJ EU 6 september 2011, *JAR* 2011/262, AR 2011-0727), waar woorden van gelijke strekking zijn gebezigd. Het Hof vindt voor zijn opvatting steun bij artikel 6 lid 1 eerste en vierde alinea van de richtlijn, betreffende de vertegenwoordiging van de werknemers, volgens welke bepalingen het de bedoeling is dat die richtlijn van toepassing is op elke overgang die voldoet aan de voorwaarden van artikel 1 lid 1 van die richtlijn, ongeacht of de overgegang economische eenheid in de structuur van de verkrijger al dan niet als eenheid blijft bestaan. De daarin opgenomen woorden ‘blijft bestaan’ brengen naar het oordeel van het Hof (r.o. 34) mee dat de autonomie van de overgegangene eenheid in ieder geval reeds moet bestaan op het moment van de overgang. Is daarvan geen sprake, dan is geen sprake van een overgang van onderneming – en dus behoeft de verkrijger, in dit geval TIIT, niet de rechten en verplichtingen van de overgekomen werknemers te respecteren. Het Hof haast zich erna te overwegen dat een en ander niet wegneemt dat het een lidstaat vrijstaat werknemers niettemin te beschermen in een dergelijke situatie: artikel 8 van de richtlijn maakt zulks immers mogelijk. Daarbij herhaalt het Hof dat de richtlijn ‘de betrokken materie slechts gedeeltelijk beoogt te harmoniseren’ (r.o. 41).

Ten aanzien van de tweede vraag komt het Hof veel sneller tot een antwoord. Na te hebben overwogen (r.o. 47) dat nergens in de richtlijn steun is te vinden voor de stelling dat de richtlijn alleen kan worden toegepast indien de verkrijger onafhankelijk is van de vervreemder, verwijst het Hof naar zijn oordeel in de zaak Allen (HvJ EG 2 december 1999, *JAR* 2000/31) alwaar sprake was van een overgang binnen concern, tussen twee dochtermaatschappijen. R.o. 49 is de moeite van het citeren waard: ‘Er is geen reden waarom voor de toepassing van genoemde richtlijn het overeenstemmende marktgedrag van de

moedermaatschappij en haar dochterondernemingen zwaarder zou wegen dan de formele scheiding tussen die vennootschappen, die eigen rechtspersoonlijkheid hebben. Een dergelijke oplossing, die erop neer zou komen dat overgangen tussen vennootschappen van eenzelfde groep buiten het toepassingsgebied van de richtlijn vallen, druist juist in tegen het doel van deze laatste, die beoogt te verzekeren, dat de werknemers bij verandering van ondernemer hun rechten zoveel mogelijk behouden, door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever blijven.' Een andersluidend oordeel zou het gemakkelijk maken het met de richtlijn beoogde doel te omzeilen (r.o. 51). De sterke overheersing van Telecom Italia over TIIT kan dus de werking van de richtlijn niet uitsluiten.

#### **4. Commentaar**

Het arrest is op het eerste onderdeel – het ondernemingsbegrip – vernieuwend, op het andere onderdeel – de toepasselijkheid van de richtlijn binnen groepsstructuren – verhelderend en bevestigend. De reikwijdte van het ondernemingsbegrip uit de richtlijn is wederom verfijnd – meestal leidt dat overigens tot een uitbreiding van het begrip. In die zin is deze zaak afwijkend, nu men kan stellen dat het Hof een beperking heeft aangebracht. Zou men het oordeel van het Hof in deze zaak moeten samenvatten, dan is de uitkomst dat wat vóór de overgang geen (onderdeel van een) onderneming was in de zin van de richtlijn, dat niet na overgang alsnog kan worden, ook al weet de verkrijger het betreffende onderdeel zo vorm te geven dat het binnen zijn eigen organisatie als zodanig zou kwalificeren. IT Operations had wellicht voor de overgang onvoldoende functionele autonomie, nu het een (onder)afdeling was. Het zou zo kunnen zijn geweest dat deze afdeling, bijvoorbeeld, onvoldoende zelf het werk kon organiseren, zonder tussenkomst van andere structuren binnen de onderneming van de werkgever. Het is aan de nationale rechter zulks te wegen, aan de hand van de Spijkers-factoren. Dat dit niet steeds een eenvoudige opgave is, blijkt uit de vele gepubliceerde zaken. De moeilijkheden ontstaan uiteraard alleen indien een onderdeel van een onderneming overgaat. Gaat het hele bedrijf over, dan zal geen discussie ontstaan over toepasselijkheid van (het nationale recht dat de implementatie vormt van) de richtlijn. Verwarrend is dat het begrip 'onderdeel van een onderneming' juridisch geen zelfstandige betekenis heeft: de definitie van onderneming ziet zowel op hele bedrijven als op afdelingen, mits deze als een 'eenheid' kunnen worden gezien, of, in de woorden van het Hof van Justitie in deze zaak: voldoende functionele autonomie bezitten (r.o. 32). Ik merk hierbij op dat niet ondenkbaar is dat groepsstructuren het werk zó organiseren, dat van functionele autonomie van afdelingen geen sprake is. In feite kan zo bij intra-concernbewegingen, tot op zekere hoogte, worden voorkomen dat een overgang van onderneming plaatsheeft. Dat lijkt mij in veel gevallen niet wenselijk – het doel van de richtlijn is immers dat het personeel het werk

volgt en het gaat niet aan concerns hierbij een zeker voordeel te verschaffen.

Het is niet verboden werknemers niettemin de bescherming van de richtlijn te verschaffen indien geen sprake is van een voor de overgang bestaande economische eenheid met functionele autonomie. Dit volgt uit artikel 8 van de richtlijn. Zo lankmoedig is het Hof overigens niet op elk vlak. Men denke aan het vorig jaar gewezen Parkwood-arrest (HvJ EU 18 juli 2013, *JAR* 2013/216, AR 2013-0556), waarin het Hof het verbod overgegangane incorporatiebedingen een ruimer bereik te geven dan een verwijzing naar de op het moment van overgang bestaande cao. Ook lijkt het niet mogelijk te zijn werknemers binnen groepsstructuren permanent te detacheren indien het rechtsgevolg naar nationaal recht daarvan zou zijn dat zij de bescherming van de richtlijn ontberen (HvJ EU 21 oktober 2010, *JAR* 2010/298, AR 2010-0835 (Roest e.a./Albron)). Artikel 8 van de richtlijn heeft dus geen onbegrensd bereik.

Aan extra bescherming zit altijd een andere kant, en die hangt veelal samen met het bij de verkrijger reeds werkzame personeel. Dat dit personeel niet steeds zit te wachten op deze extra bescherming behoeft weinig betoog. Men denke aan een na de overgang noodzakelijk geworden reorganisatieontslag. Naar Nederlands recht nemen de overgekomen werknemers hun anciënniteit mee zodat de uitkomst zeer goed kan zijn dat zittend personeel naar het oordeel van het UWV eerder voor ontslag in aanmerking komt dan het overgekomen personeel. Een recent voorbeeld van Nederlandse bodem biedt de Martinair-zaak: hier kwam het grootste verzet tegen de overgang van het Martinair-personeel niet van verkrijger KLM, maar van (de vertegenwoordigers van) het zittende personeel dat geen heil zag in een parallelle entree van deze nieuwe collega's (Ktr. Amsterdam 17 maart 2014, *JAR* 2014/91, AR 2014-0266).

Interessant is de vergelijking die het Hof met artikel 6 van de richtlijn maakt (r.o. 33). Die bepaling gaat over het behoud van medezeggenschapsrechten en kent een van de rest van de richtlijn wat afwijkende terminologie. Zo maakt het artikel onderscheid tussen het wel of niet 'als eenheid' blijven bestaan, waarmee wordt aangesloten bij de – ook in Nederland geldende – situatie dat medezeggenschap gekoppeld is aan een onderneming en niet aan een vennootschap. Blijft de onderneming na overgang als eenheid bestaan, dan blijven 'de positie en de functie van de vertegenwoordigers of vertegenwoordiging van de bij overgang betrokken werknemers behouden onder dezelfde voorwaarden als krachtens de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen of een overeenkomst voor het tijdstip van overgang bestonden, mits aan de voorwaarden ter zake van een werknemersvertegenwoordiging is voldaan'. Indien de onderneming niet als eenheid blijft bestaan, nemen de lidstaten de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de bij de overgang betrokken werknemers die voor de overgang vertegenwoordigd waren, ook daarna gedurende (een zekere) periode naar behoren

vertegenwoordigd blijven. Uit de keuze voor de woorden ‘blijft bestaan’ leidt het Hof af dat de autonomie van de onderneming al vóór overgang moet bestaan. Men kan hierin de toepassing van het *nemo plus*-beginsel zien: men kan niet meer overdragen dan men heeft. Toch wringt hier iets: de vraag naar eenheidsbehoud komt pas aan de orde als vaststaat dat de identiteit überhaupt behouden is gebleven. Met andere woorden: er kan sprake zijn van identiteitsbehoud, maar eenheidsverlies. De verwijzing naar artikel 6 van de richtlijn ter ondersteuning van de stelling dat hieruit kan worden afgeleid dat een onderneming vóór overgang een zekere functionele autonomie moet bezitten (omdat anders geen sprake kan zijn van een onderneming die haar identiteit behoudt – zij had er immers nog geen) komt dan wat op losse schroeven te staan: de woorden ‘blijft bestaan’ ziet immers op het behoud van eenheid, niet op het behoud van identiteit – waar de zaak Amatori nu juist wel op ziet (zie voor de definitie van eenheid uit art. 6 – als te onderscheiden van de in dit arrest van belang zijnde termen ‘identiteit’ en ‘functionele autonomie’ – het arrest UGT-FSP van het Hof van 29 juli 2010 (JAR 2010/217, AR 2010-0598)).

Met de tweede vraag wilde de verwijzende rechter weten of het feit dat de vervreemder na de overgang een sterke overheersing bleef uitoefenen op de verkrijger reden was te oordelen dat, kort gezegd, ingevolge de richtlijn (en daarmee: naar nationaal recht) geen overgang van onderneming zou kunnen plaatsvinden. Ook hier pleitten Telecom Italia en TIIT in feite voor een verbod op uitbreiding als bedoeld in artikel 8 (zoals in Parkwood), al kwam men aan een oordeel daarover niet toe, nu geen sprake was van enige uitbreiding, maar van simpelweg toepassing van de hoofdregel. Het antwoord van het Hof laat, zoals ik moge hebben aangetoond, aan duidelijkheid weinig te wensen over (r.o. 49), al is de eerste zin wat mistig waar het Hof spreekt van ‘de formele scheiding van vennootschappen, die eigen rechtspersoonlijkheid hebben’. Mij lijkt de genoemde ‘overeenstemming van marktgedrag’ een reden eerder een overgang van onderneming aan te nemen dan in gevallen waarin daarvan geen sprake is, nu de moeder een beslissende invloed heeft op het gedrag van de dochter, en een overgang van onderneming kan bewerkstelligen zonder noemenswaardige medewerking van die dochter die na overgang als werkgever zal optreden. Wellicht heeft het Hof zulks ook willen impliceren met zijn stelling dat niet-toepasselijkheid in deze situatie juist indruist tegen het doel van de richtlijn. In feite was deze uitkomst al wel bekend na het Allen-arrest (JAR 2000/31) waarin het Hof ook oordeelde dat de richtlijn van toepassing is binnen concernstructuren.