

ANNOTATIE

Richtlijnconform: that's the answer

mr. dr. J.H. Even

De sage tussen Albron enerzijds en FNV en werknemer Roest anderzijds is voorbij. De Hoge Raad heeft het verlossende woord gesproken: artikel 7:663 BW kan en moet daarom richtlijnconform worden geïnterpreteerd. Daarmee staat vast dat op grond van artikel 7:663 BW bij permanente intra-concerndetachering de inlener vervreemder kan zijn, waardoor de arbeidsovereenkomsten van de ingeleende werknemers (afgesloten met de uitlener) van rechtswege overgaan op de verkrijger. Deze uitkomst was bepaald niet vanzelfsprekend en kende een lange voorgeschiedenis. In het onderstaande volgt eerst een blik terug, waarna de conclusie van A-G Wissink en het arrest van de Hoge Raad worden besproken en geanalyseerd. Tot slot komt een korte blik vooruit aan de orde.

1. Achtergrond

Alle werknemers werkzaam binnen het Heineken-concern zijn in dienst van Heineken Nederlands Beheer B.V. (HNB). Vanuit HNB worden zij gedetacheerd bij verschillende werkmaatschappijen. De cateringactiviteiten zijn ondergebracht bij Heineken Nederland B.V. (HN). Vanuit HNB worden circa 70 werknemers uitgeleend aan HN voor het verrichten van de cateringwerkzaamheden. Deze activiteiten zijn met ingang van 1 maart 2005 uitbesteed aan Albron. De vraag die de partijen verdeeld heeft gehouden is of deze transactie tot een overgang van onderneming heeft geleid. Het probleem is dat de vervreemder van de activiteiten (HN) niet ook de formele werkgever is van de betrokken werknemers (dat is HNB). Volgens Albron brengt dit mee dat geen overgang van onderneming heeft kunnen plaatsvinden: er is geen arbeidsovereenkomst tussen de vervreemder en de aldaar ingeleende werknemers, waar die wel nodig is om van een overgang van onderneming te kunnen spreken. Roest en FNV vinden dat wel degelijk sprake is van een overgang van onderneming. Er dient in dit geval niet van een formeel, maar van een materieel werkgeverschap te worden uitgegaan. De materiële werkgever HN is vervreemder, waardoor de arbeidsovereenkomsten van het betrokken personeel van rechtswege zijn overgaan.

Voor beide standpunten zijn in de literatuur en jurisprudentie medestanders te vinden, waarbij het standpunt heersend is dat een formele arbeidsovereenkomst nodig is bij de vervreemder van de activiteiten wil er sprake kunnen zijn van een overgang van onderneming (ook wel de Heidemij-leer genoemd, naar de uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 29 oktober 1982, *NJ* 1982, 619. Zie voor een overzicht van standpunten: E. Knipschild,

‘Permanente detachering in concernverband en overgang van onderneming’, *Arbeidsrecht* 2008/12, p. 39). Dat is ook het oordeel geweest van de Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag, waar de procedure tussen Albron, Roest en FNV begon (22 februari 2005, *JAR* 2005/63). Deze wijst de vorderingen van (onder andere) FNV en Roest af. De Kantonrechter Utrecht wijst in de bodemprocedure de vorderingen echter toe (15 maart 2006, *JAR* 2006/80). Het Hof Amsterdam stelt in appel prejudiciële vragen (30 juni 2009, *JAR* 2009/195). Het Hof van Justitie oordeelt dat in het geval van permanente intra-concerndetachering er twee werkgevers zijn, de contractuele en de niet-contractuele (HvJ EU 21 oktober 2010, C-242/09, *JAR* 2010/298). De contractuele werkgever, met wie de betrokken werknemers een arbeidsovereenkomst hebben gesloten, is HNB. Met de niet-contractuele werkgever, HN, hebben zij geen arbeidsovereenkomst. Het Hof onderzoekt of deze niet-contractuele werkgever (niettemin) vervreemder kan zijn. In dat verband oordeelt het Hof dat de vervreemder degene is die door de overgang de hoedanigheid van werkgever verliest. Uit de feiten blijkt dat HN na de overdracht van de cateringactiviteiten aan Albron haar hoedanigheid van niet-contractuele werkgever is verloren. HN kan dus vervreemder zijn. Artikel 3 lid 1 van Richtlijn 2001/23 biedt volgens het Hof 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 Hof de conclusie dat de Uniewetgever niet in alle gevallen een contractuele band met de vervreemder vereist. Evenmin blijkt uit Richtlijn 2001/23 dat, als er verschillende 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’. Richtlijn 2001/23 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 volgens het Hof steun in het beoogde doel van Richtlijn 2001/23: de bescherming van de werknemers. Dat brengt het Hof 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 [wordt] 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’. Dat het begrip ‘arbeidsbetrekking’ in de richtlijn zou blijken te zien op de verhouding tussen de werknemer en de niet-contractuele werkgever is in de woorden van Duk een ‘rechterlijke vondst’ (R.A.A. Duk, *SEW* 2011, p. 409).

Vervolgens is het Hof Amsterdam weer aan zet. Dat was geen gemakkelijke opgave. Zo volgt uit het arrest van het Hof van Justitie niet duidelijk wat gebeurt met de arbeidsovereenkomst (bij de contractuele werkgever) als de niet-contractuele werkgever als vervreemder wordt aangemerkt. Daarnaast speelt de vraag of dit arrest kan worden toegepast in het Nederlandse

rechtssysteem. Als bekend, heeft een richtlijn geen directe, horizontale werking. Wel is de nationale rechter verplicht, nadat de termijn voor omzetting van een richtlijn is verlopen, het nationale recht zo veel mogelijk in overeenstemming met de bewoordingen en het doel van de richtlijn uit te leggen. Dit betreft een zware inspanningsverplichting. Richtlijnconforme interpretatie kent echter haar grenzen. Deze worden ingegeven door algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het gemeenschapsrecht, en met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht. Richtlijnconforme interpretatie kan bovendien niet leiden tot een uitlegging *contra legem* van het nationale recht. De vraag is dan ook of artikel 7:663 BW zo kan worden uitgelegd dat deze voldoet aan de beslissing van het Hof van Justitie, zonder dat dat tot een *contra legem*-uitleg leidt. Het Hof Amsterdam wordt hierbij niet geholpen door de standpunten in de literatuur, die erg uiteenlopen (voor een overzicht hiervan zie mijn 'Richtlijnconform of contra legem: that's the question', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2012/3, p. 107-110).

Het Hof Amsterdam oordeelt dat artikel 7:663 BW ruimte laat voor een meervoudig werkgeversbegrip (contractueel en niet-contractueel). Hierbij is voor het hof relevant dat de wetgever geacht dient te worden Richtlijn 2001/23 ten volle te implementeren. De wetsgeschiedenis duidt niet op het tegendeel. Het hof acht het verder niet relevant dat de wetgever het niet nodig heeft gevonden in de wet naast het begrip arbeidsovereenkomst het begrip arbeidsbetrekking op te nemen. Het gaat volgens het hof namelijk 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. Richtlijnconforme uitleg is volgens het hof dan ook niet tegenwettelijk. Evenmin is dit volgens het hof in strijd met de rechtszekerheid. Uit de wettekst en de parlementaire geschiedenis kan Albron volgens het hof niet het vertrouwen ontleen dat de door haar voorgestane uitleg dient te worden gevolgd. Dat vertrouwen kan Albron evenmin ontleen aan feit dat de gepubliceerde lagere rechtspraak in Nederland dezelfde kant uitwijst en dat die uitleg over het algemeen wordt gevolgd in de rechtswetenschappelijke literatuur. Het Hof Amsterdam concludeert dat de betrokken werknemers met hun arbeidsovereenkomst zijn overgegaan naar Albron.

Op dit arrest is commentaar gekomen. Het Hof Amsterdam lijkt zich makkelijk heen te zetten over het feit dat wel erg veel erop wijst dat met 'werkgever' in artikel 7:663 BW de formele (contractuele) werkgever wordt bedoeld. Ook is opmerkelijk dat het hof de (in de Nederlandse wetgeving niet bestaande en in de wetsgeschiedenis uitdrukkelijk afgewezen) term 'arbeidsbetrekking' zonder probleem lijkt in te wisselen voor de term 'arbeidsovereenkomst'. In onderdeel 1 van het cassatiemiddel stelt Albron zich dan ook op het standpunt dat richtlijnconforme uitleg van artikel 7:663 BW niet mogelijk is (de andere onderdelen zal ik in het onderstaande niet bespreken).

2. Conclusie A-G

In een uitgebreide en fraaie conclusie gaat A-G Wissink onder andere in op de voorgeschiedenis van deze zaak en de mogelijkheden en onmogelijkheden van

richtlijnconforme interpretatie. Hij beoordeelt aan het eind van zijn conclusie of dergelijke interpretatie mogelijk is gezien (1) tekst en systematiek van artikel 7:663, (2) de totstandkomingsgeschiedenis en (3) de rechtszekerheid. Hij betoogt deze zaak op twee manieren te kunnen benaderen (onderdeel 2.39). In de eerste plaats kan de HR proberen het Albron-arrest van het Hof van Justitie zo veel mogelijk te vertalen naar het Nederlandse recht. Een tweede benaderingswijze is te kijken naar het resultaat van dat arrest. Naar dat resultaat moet worden toegewerkt, maar dan met een andere redenering. Deze twee benaderingswijzen werkt hij uit in het kader van de ‘tekst en systematiek’ van artikel 7:663 BW (onderdelen 2.40-2.58).

Ten aanzien van de eerste benaderingswijze bemerkt de A-G dat de literatuur verdeeld is over het antwoord op de vraag of tekst en systematiek van artikel 7:663 BW richtlijnconforme interpretatie toestaan. Hij somt voor- en tegenstanders op en vat als volgt samen:

‘Een interpretatie van art. 7:663 BW zou kunnen zijn, dat onder werkgever ook de niet-contractuele werkgever wordt verstaan. (...). Van de zijde van FNV c.s. wordt als variant voorgesteld (...) dat onder werkgever in art. 7:663 BW mede wordt verstaan de rechtspersoon die redelijkerwijs voor wat betreft de arbeidsverhouding met de werknemer met de formele (contractuele) werkgever gelijk is te stellen. Even heeft in zijn zojuist besproken bijdrage opgemerkt (p. 110, maar niet aanbevolen) dat de Hoge Raad erop zou kunnen wijzen dat in art. 7:663 BW in de term arbeidsovereenkomst ook arbeidsbetrekking kan worden gelezen of dat de woorden “tussen hem” in art. 7:663 BW geen betekenis hebben. Zoals eerder opgemerkt, is introductie van het begrip arbeidsbetrekking m.i. niet noodzakelijk, terwijl bij een medewerkgeverschap ook de woorden “tussen hem” in art. 7:663 BW op een bepaalde, beperkte wijze kunnen worden gelezen. Al met al blijkt uit de literatuur van aanzienlijke twijfel of een dergelijke richtlijnconforme interpretatie van art. 7:663 BW – waarin op de voet van het Albron-arrest van het HvJ wordt uitgegaan van een meervoudig werkgeverbegrip – zich verdraagt met de tekst en de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling en met het stelsel van de wet. Die twijfel is bepaald niet zonder grond.’

Vanwege de aan de eerste benaderingswijze verbonden moeilijkheden, presenteert de A-G een tweede benaderingswijze (onderdeel 2.52 e.v.). Die houdt in dat artikel 7:663 BW zo wordt geïnterpreteerd dat (1) de woorden ‘werkgever in die onderneming’ worden opgevat als een (normale) verwijzing naar de formele werkgever, óók in een geval waarop het Albron-arrest van het Hof ziet; (2) zonder echter te veronderstellen dat (er ook staat dat) deze werkgever tevens degene moet zijn die de onderneming drijft of vervreemdt. Deze tweede benaderingswijze vermijdt volgens de A-G wrijving met wetssystematische argumenten en is beter inpasbaar in het Nederlandse recht dan de eerste benaderingswijze. De tweede benaderingswijze volgt echter een andere constructie dan die is gegeven door het Hof, omdat geen gebruik wordt gemaakt van de niet-contractuele werkgever. Dat maakt volgens de A-G niet uit, zolang het resultaat dat het Hof voor ogen heeft maar wordt bereikt. Hoewel de A-G enige twijfel heeft bij de mogelijkheden die de eerste benaderingswijze biedt voor richtlijnconforme interpretatie, oordeelt hij niettemin dat de tekst van artikel 7:663 BW (bij toepassing van beide benaderingswijzen) richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd.

De A-G concludeert aan de hand van de totstandkomingsgeschiedenis dat verdedigd kan worden dat de wetgever heeft beoogd de richtlijn getrouw om te zetten (onderdeel 2.66): '[ni]et gesproken kan worden van een ondubbelzinnige uitdrukking van een welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken van hetgeen waartoe de richtlijn zou verplichten of de vrijheid zou laten (...).'

De A-G concludeert tot slot dat de Heidemij-leer heersend is. Deze leer is stevig, maar niet onwrikbaar verankerd. Onder verwijzing naar een recent arrest van de HR (21 september 2012, LJN BW5879) merkt de A-G in onderdeel 2.70 bovendien op dat 'de nationale rechter niet vanwege die totstandkomingsgeschiedenis met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel [kan] afzien van de verplichting tot richtlijnconforme uitleg, indien de wetgever heeft beoogd de richtlijn getrouw om te zetten en de tekst van de wettelijke regeling ook een richtlijnconforme uitleg toelaat'. Omdat aan dat laatste volgens de A-G is voldaan, zal de totstandkomingsgeschiedenis als zodanig (en in dit geval dus ook niet samen met een beroep op de hiervoor genoemde heersende Heidemij-leer) kunnen rechtvaardigen dat met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel wordt afgezien van richtlijnconforme interpretatie.

Alles afwegende komt de A-G tot de conclusie dat richtlijnconforme interpretatie van artikel 7:663 BW niet *contra legem* of in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel is.

3. Arrest Hoge Raad

Bij het antwoord op de vraag of artikel 7:663 BW richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd loopt de HR langs vier onderwerpen: (1) wetsgeschiedenis, (2) wettekst, (3) terugwerkende kracht en (4) rechtszekerheid (waarbij ik de laatste twee onderwerpen in omgekeerde volgorde zal behandelen). Als uitgangspunten stelt de Hoge Raad net zoals het Hof Amsterdam dat (a) de rechter zijn uiterste best moet doen tot richtlijnconforme uitleg te komen waarbij (b) hij ervan moet uitgaan dat de Nederlandse wetgever de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen.

Eerst gaat de Hoge Raad in op de wetsgeschiedenis van artikel 7:663 BW. De Raad merkt op dat artikel 7:663 BW werkt met het begrip werkgever en niet, zoals de richtlijnen, met het begrip vervreemder, en met het begrip arbeidsovereenkomst en niet, zoals de richtlijnen, mede met het begrip arbeidsverhouding, dan wel arbeidsbetrekking. De reden waarom de Nederlandse wetgever in (de voorgangers van) artikel 7:663 BW heeft gewerkt met het begrip *werkgever*, en niet met het begrip *vervreemder*, is in de wetsgeschiedenis niet toegelicht. In het licht van uitgangspunt (b) en van het feit dat omzetting van de richtlijn plaatsvond in een titel van het BW waarin steeds van 'werkgever' wordt gesproken, moet volgens 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. Waar in artikel 7:663 BW werkgever staat is dus vervreemder bedoeld. Bij de omzetting van de eerste richtlijn heeft de wetgever volgens de Hoge Raad welbewust ervan afgezien om, naast het begrip 'arbeidsovereenkomst', het begrip 'arbeidsverhouding' over te nemen. De wetgever motiveerde deze keuze als volgt: '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’ (*Kamerstukken II 1979/80*, 15 940, nrs. 3-4, p. 5 en 6 (MvT)). Ook bij de implementatie van de tweede versie van de richtlijn ging de wetgever niet over tot het opnemen van het begrip arbeidsverhouding (toen arbeidsbetrekking genoemd): ‘Het woord “arbeidsbetrekking” vervult onder de oude richtlijn een functie voor die lidstaten die niet een gesloten systeem van overeenkomsten tot het verrichten van arbeid hebben. Onder de nieuwe richtlijn vervult het deze functie nog steeds. (...) De toevoeging “of arbeidsbetrekking” is opgenomen teneinde tegemoet te komen aan lidstaten waar bepaalde verhoudingen niet als arbeidsovereenkomst worden beschouwd, maar wel onder het reguliere arbeidsrecht vallen. Men kan hierbij denken aan bepaalde driehoeksverhoudingen, zoals uitzendarbeid. Voor Nederland is de toevoeging overbodig, omdat de uitzendovereenkomst naar ons recht een arbeidsovereenkomst is. De conclusie is dat de ambtenarenstatus niet onder het begrip “arbeidsbetrekking” in de zin van de richtlijn valt’ (*Kamerstukken II 2000/01*, 27 469, nr. 3, p. 5-6 (MvT)). De Hoge Raad concludeert uit deze passages dat de wetgever de term arbeidsverhouding/arbeidsbetrekking niet had geïmplementeerd omdat het gebruik van dat begrip met name ertoe diende om te kunnen aansluiten bij de verschillende wettelijke stelsels in de lidstaten, en dat overname van dat begrip in ons recht niet nodig was aangezien de uitzendovereenkomst naar Nederlands recht een arbeidsovereenkomst is. Daaraan lag volgens de Hoge Raad dus niet het oordeel ten grondslag dat een voorwaarde voor toepasselijkheid van artikel 7:663 zou zijn dat tussen de ‘werkgever’ (in brede zin, dus in de betekenis van vervreemder) en de in de onderneming werkzame werknemer die op deze bepaling een beroep doet, een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW is gesloten. De Hoge Raad concludeert: ‘[u]it de totstandkomingsgeschiedenis blijkt dus niet dat de Nederlandse wetgever iets anders voor ogen heeft gestaan dan de wens de Richtlijnen 77/187/EEG en 98/50/EG getrouw om te zetten in het nationale recht.’

Staat de wettekst van artikel 7:663 BW dan in de weg aan richtlijnconforme interpretatie? Uit de wettekst lijkt te volgen dat de betrokken werknemer uit hoofde van een arbeidsovereenkomst dient te zijn verbonden aan de onderneming van de vervreemder. Hier wil de Hoge Raad echter niet van weten: ‘Voor zover het onderdeel een beroep doet op de bewoordingen van art. 7:663 BW en aanvoert 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, is het ongegrond. De formulering van de wet is immers niet steeds beslissend voor de uitleg daarvan, ook niet als de wet van recente datum is (HR 9 december 2011, LJN BU7412).’ De Hoge Raad voegt daaraan toe dat dit al zeker het geval is gezien de hiervoor geschetste uitgangspunten. De interpretatie van het Hof Amsterdam was daarom niet *contra legem* en evenmin in strijd met de rechtszekerheid.

Ook anderszins kan het beroep op rechtszekerheid niet slagen. Het gewicht dat bij wetsuitleg moet worden gehecht aan de rechtspraak van feitenrechters en aan de Nederlandse

rechtsgeleerde literatuur, is volgens de Hoge Raad van geval tot geval verschillend. Deze twee omstandigheden brengen in elk geval niet mee dat over de uitleg van artikel 7:663 BW anders moet worden geoordeeld dan het Hof Amsterdam heeft gedaan.

Een eventueel beroep op het verbod van terugwerkende kracht is evenzeer zinloos volgens de Hoge Raad ‘omdat in het onderhavige geval van terugwerkende kracht geen sprake is’.

Dit alles brengt volgens de Hoge Raad in r.o. 3.10 mee dat onderdeel 1 van Albron faalt: ‘In een geval als het onderhavige – waarin een werknemer in dienst is van een tot een concern behorende personeelsvennootschap, maar is tewerkgesteld bij een andere vennootschap binnen dat concern, en de onderneming van laatstgenoemde vennootschap in de zin van art. 7:663 BW overgaat naar een verkrijger buiten dat concern – moet art. 7:663 BW worden verstaan op de hiervoor in 3.2.3 [een citaat van overwegingen 20 tot en met 32 van het HvJ] weergegeven wijze waarop het HvJ EU 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.’

4. Analyse

Deze uitspraak onderstreept dat richtlijnconforme uitleg ver gaat. Als de wetsgeschiedenis zich niet duidelijk tegen een bepaalde (richtlijnconforme) interpretatie uitspreekt, kan aan de wettekst worden voorbijgegaan, zelfs als het standpunt in lagere rechtspraak en literatuur heersend is dat die wettekst naar de letter zou behoren te worden gevolgd. Ik voeg toe dat deze conclusie niet anders wordt door het feit dat de Minister van Justitie, mede namens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, zich achter het heersende standpunt heeft geschaard (*Kamerstukken II* 1982/83, hoofdstuk XV/VI, nr. 89, p. 7). Hierover heeft de A-G overigens terecht opgemerkt dat deze mededeling geen deel uitmaakt van de totstandkomingsgeschiedenis van de omzettingwetgeving (onderdeel 2.65), hoewel deze uiteraard wel het verwachtingspatroon van betrokken rechtssubjecten kleurt en daarmee relevant is voor het antwoord op de vraag of de rechtszekerheid in het gedrang komt bij het toepassen van richtlijnconforme uitlegging. De conclusie van de Hoge Raad wordt evenmin anders door de omstandigheid dat richtlijnconforme uitleg niet goed past binnen het stelsel van de wet. Hiermee wil ik zeggen dat de artikel 7:662-7:666 BW door de onderhavige uitleg enigszins worden ontkoppeld van hun ‘titel 7.10’-context (zie hierover R.M. Beltzer en I.A. Haanappel, ‘Het Hof van Justitie en zijn benigma interpretatio van werkgever en werknemer, HvJ EG 21 oktober 2010, C-242/09, *JAR* 2010/298 (Albron Catering BV/FNV Bondgenoten & John Roest)’, *ARA* 2011/1, p. 76-77).

De rechter kent het recht (artikel 25 Rv). De Hoge Raad heeft in zaken als deze de macht het recht in hoogste instantie vast te stellen. De Raad kan daardoor knopen doorhakken: de beslissing is recht omdat de Hoge Raad zegt dat dat zo is. De Raad heeft in deze zaak knopen

doorgehakt, zonder dat hij echt motiveert hoe het resultaat – bij permanente intra-concerndetachering kan de inlener vervreemder zijn, waardoor de arbeidsovereenkomsten van de ingeleende werknemers (afgesloten met de uitlener) van rechtswege overgaan op de verkrijger – is bereikt. De Raad heeft in feite de argumenten tegen richtlijnconforme uitleg van de hand gewezen om daarna te concluderen dat wat het Hof van Justitie heeft gezegd in het Albron-arrest in artikel 7:663 BW staat. De Hoge Raad werkt resultaatgericht en behoudt maximale flexibiliteit om in de toekomst eventuele nuances aan te brengen op deze uitspraak. Daar valt veel voor te zeggen (en is in dit geval zelfs een verstandige aanpak, omdat de kans bestaat dat de inhoud van het Albron-arrest van het Hof verder ontwikkelt), maar het voelt gelijktijdig enigszins onbevredigend.

Duidelijk is in elk geval het resultaat in deze zaak: Roest treedt bij wijze van een overgang van onderneming in dienst bij Albron waarbij de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit zijn arbeidsovereenkomst met HNB meegaan. Duidelijk is eveneens dat naar Nederlands recht de term werkgever uit artikel 7:663 BW verwijst naar vervreemder. Het begrip vervreemder omvat gezien het arrest van het Hof tevens de niet-contractuele werkgever. Verder is de Hoge Raad duidelijk in zijn oordeel dat de wetgever, in situaties als de onderhavige, niet heeft geëist dat er een arbeidsovereenkomst moet bestaan tussen de vervreemder en de werknemer die beschermd wil worden onder artikel 7:663 BW. De rol van de arbeidsbetrekking naar Nederlands recht in deze zaak is mij echter niet geheel helder: gaat de Hoge Raad er nu vanuit dat deze bij HN ook naar Nederlands recht bestaat, is overgedragen op Albron, waardoor ook de arbeidsovereenkomst is overgegaan, of meent de Raad dat zo'n arbeidsbetrekking eigenlijk niet nodig is om het door het Hof voorgeschreven resultaat te bereiken?

Voordat ik poog voornoemde vraag te beantwoorden het volgende. Het lijkt er in elk geval op dat de Hoge Raad de voorgestelde tweede benaderingswijze van de A-G (zie onder 2 hierboven) niet volgt. Bij toepassing van de tweede benaderingswijze is het begrip niet-contractuele werkgever niet nodig. Toch legt de Hoge Raad uit dat onder werkgever in artikel 7:663 BW vervreemder (inclusief de niet-contractuele werkgever) moet worden verstaan. Die uitleg zou niet nodig zijn geweest zou de tweede benaderingswijze zijn gevolgd. Bovendien wijst de Hoge Raad in zijn conclusie (r.o. 3.10) met zoveel woorden naar het arrest van het Hof: op de wijze zoals het Hof heeft geoordeeld, moet artikel 7:663 BW worden uitgelegd. Het ligt dan voor de hand dat mede de redeneertrant van het Hof wordt overgenomen door de Hoge Raad. Dat betekent naar mijn mening (nog steeds: zie het reeds aangehaalde 'Richtlijnconform of contra legem: that's the question') dat het begrip arbeidsbetrekking nodig is om te komen tot een richtlijnconforme uitleg. De niet-contractuele werkgever (HN) is volgens het Hof vervreemder, en die niet-contractuele werkgever heeft volgens datzelfde Hof een *arbeidsbetrekking* en geen *arbeidsovereenkomst* met de werknemers. Er moet naar mijn mening dan ook een arbeidsbetrekking bestaan die vervolgens door HN kan worden overgedragen. Met het Hof Amsterdam ziet de A-G dat expliciet anders (terwijl de Hoge Raad hierop niet expliciet ingaat). De A-G stelt dat met de term arbeidsbetrekking weliswaar de juridische relatie tussen de werknemer en de niet-contractuele werkgever wordt benoemd,

maar dat die relatie niet de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever betreft die juist zouden moeten overgaan. Dit is volgens de A-G ook een punt van kritiek op het Albron-arrest van het Hof, omdat daarin niet is gespecificeerd dat, wanneer de niet-contractuele werkgever als vervreemder wordt aangemerkt, ook de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever overgaan. Naar de mening van de A-G volgt uit de strekking van het Albron-arrest van het Hof echter dat ook wanneer de niet-contractuele werkgever als vervreemder wordt aangemerkt, de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst op de verkrijger overgaan. Dat laatste wil ik wel met de A-G eens zijn – het is ook naar mijn mening zo dat het de bedoeling van het Hof in deze zaak is dat de rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst mee overgaan – maar dat resultaat is volgens de redenering van het Hof naar mijn mening alleen maar te bereiken als de niet-contractuele werkgever een arbeidsbetrekking overdraagt. Het Hof oordeelt in paragraaf 24 immers (cursief toegevoegd): '[h]et vereiste, ingevolge artikel 3, lid 1, van Richtlijn 2001/23, dat op het moment van de overgang sprake moet zijn van hetzij een arbeidsovereenkomst, hetzij, *in plaats daarvan en dus als gelijkwaardig alternatief*, een arbeidsbetrekking, leidt tot de gedachte dat in de opvatting van de Uniewetgever een contractuele band met de vervreemder niet in alle omstandigheden vereist is om de werknemers aanspraak te geven op de bescherming van Richtlijn 2001/23.' Verdedigbaar is dat de overgang van die arbeidsbetrekking resulteert in (ook) een volledige overgang van de arbeidsovereenkomst, zodat bij de contractuele werkgever niets achterblijft (zie in die zin Beltzer en Haanappel, 'Het Hof van Justitie en zijn benigma interpretatio', p. 70). Voor de goede orde: het ligt niet voor de hand dat het Hof in voornoemd citaat heeft bedoeld dat door het enkele feit dat de ingeleende werknemers op een 'ander niveau' arbeidsovereenkomsten hebben (namelijk op het niveau van de moeder, met HNB), er op het moment van overgang van onderneming bij de vervreemder/niet-contractuele werkgever (HN) dus arbeidsovereenkomsten aanwezig zijn, welke arbeidsovereenkomsten overgaan (zodat er geen noodzaak zou zijn voor het bestaan van arbeidsbetrekkingen). Zou het Hof dat hebben bedoeld, dan zou het onverwachte uitstapje naar de 'arbeidsbetrekking' niet nodig zijn geweest. Het Hof had dan kunnen volstaan met het vaststellen dat (ook) de niet-contractuele werkgever vervreemder kan zijn, en dat die vervreemder de arbeidsovereenkomsten van het ingeleende personeel overdraagt.

Ik ga er gezien het voorgaande dan ook vanuit dat de Hoge Raad in het onderhavige arrest moet hebben bedoeld dat naar Nederlands recht arbeidsbetrekkingen bestaan tussen HN en de aldaar permanent ingeleende werknemers, die zijn overgedragen aan Albron. Een gevolg hiervan is volgens de Hoge Raad dat de arbeidsovereenkomsten tussen HNB en de betrokken werknemers zijn meegegaan naar Albron. Zo lees ik in elk geval r.o. 3.10, zoals eerder geciteerd. Dat de problematiek rondom 'arbeidsbetrekkingen' niet expliciet wordt uitgewerkt door de Hoge Raad, houdt denk ik verband met de wens van de Raad flexibiliteit in te bouwen: de Raad kan nu nog allerlei kanten uit. De uitspraak is in mijn beleving vooral pragmatisch.

5. En nu?

Wat betekent deze uitspraak voor de praktijk?

Er zal nu naar waarschijnlijkheid worden afgetast wat de grenzen van deze en de onderliggende uitspraak van het Hof zijn. Wat is permanente detachering? Gaat deze regel uitsluitend op voor intra-concern permanente detachering of vallen andere constructies, zoals payrolling, hier mogelijk ook onder (zie hierover bijvoorbeeld J. Zwemmer in zijn annotatie bij het Hof in deze zaak, AR 2010-0835)? Wat zijn de gevolgen van deze uitspraak voor een faillissement van een werkmaatschappij die tevens werknemers permanent inleent van een niet failliete moeder, en de daarop volgende overdracht van activiteiten vanuit die failliete vennootschap op derden (zie hierover P.R.W. Schaink, 'Het Albron-arrest in faillissementsrechtelijk perspectief', *TVI* 2011/16)? Deze en andere onzekerheden zullen waarschijnlijk hun weerslag hebben op de overnamepraktijk: een verdergaand *due diligence* onderzoek naar het permanent inlenen van werknemers bij een eventuele target ligt voor de hand, evenals hierop betrekking hebbende garanties in de koopovereenkomst. Maar ook voor 'duidelijker' gevallen zullen er gevolgen kunnen zijn. Werknemers die in het verleden niet zijn 'overgenomen' door de verkrijger met een beroep op de Heidemij-leer, terwijl er sprake was van permanente intra-concerndetachering, zullen nu onder verwijzing naar deze uitspraak eenvoudig kunnen stellen dat zij wel degelijk in dienst zijn getreden bij deze verkrijger. Nog betere afstemming bij transacties tussen de moeder die als centrale werkgever fungeert en de dochter die inleent en activiteiten overdraagt zijn aan te bevelen. Kortom: het laatste woord over de gevolgen van dit arrest is nog niet gezegd.