

HOOFDARTIKEL

Grensoverschrijdende overgang van onderneming

Een analyse van de bevoegde rechter en het toepasselijke recht*

F.G. Laagland

1 Inleiding

Het doel van Richtlijn 2001/23 EG (hierna: de Richtlijn)¹ is het beschermen van werknemers bij een overgang van onderneming. Bij een overgang van onderneming gaan de werknemers in de regel van rechtswege mee over op de verkrijger met behoud van alle rechten en plichten die uit de (collectieve) arbeidsovereenkomst met de vervreemder voortvloeien. Verder kent de Richtlijn bepalingen over informatie en raadpleging, ontslagbescherming, de verbreking van de arbeidsovereenkomst vanwege een aanmerkelijke wijziging en het behoud van medezeggenschap. Deze bepalingen zijn door de lidstaten geïmplementeerd in het nationale recht. In Nederland is dit gebeurd met, in het bijzonder, de artikelen 7:662-666 Burgerlijk Wetboek (BW). De formulering van deze artikelen brengt mee dat zowel de vervreemder als de verkrijger zich binnen de Nederlandse rechtssfeer bevindt. Ondernemers laten zich echter niet leiden door landsgrenzen en besteden ondernemingsactiviteiten steeds vaker uit aan ondernemers in andere lidstaten. Daarbij kunnen Nederlandse kapitaalvennootschappen sinds juli 2008 juridisch fuseren met vennootschappen uit andere lidstaten. Dergelijke grensoverschrijdende besluiten kunnen verstrekken gevolgen hebben voor de Nederlandse werknemers. Zij krijgen niet alleen te maken met een buitenlandse werkgever, maar wellicht ook met een verplaatsing van de ondernemingsactiviteiten naar het buitenland. Hierdoor rijst de vraag of de Richtlijn eveneens de positie van deze werknemers beschermt. De Richtlijn geeft hier geen expliciet antwoord op. Op grond van artikel 1 lid 2 is de Richtlijn van toepassing indien en voor zover de ondernemingen die overgaan zich binnen de territoriale werkingssfeer van het verdrag bevinden. De tekst maakt geen onderscheid tussen interne en grensoverschrijdende overnames. Dit doet vermoeden dat een grensoverschrij-

* Met dank aan prof. W.H.C.A.M. Bouwens voor zijn waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.

1 Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten betreffende de inhoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PbEG 2001, L 82/16). Deze richtlijn heeft twee eerdere richtlijnen vervangen. Het betreft Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 (PbEG 1977, L 61/26) en Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 (PbEG 1998, L 210/88).

dende situatie onder het toepassingsbereik valt. Nationale rechters in Nederland, België en Duitsland gaan hier ook van uit.² Hiermee is nog niet duidelijk hoe de Richtlijn moet worden toegepast. Zo blijkt bijvoorbeeld niet welk nationaal implementatierecht op een grensoverschrijdende overgang van toepassing is. Is dit het recht van de lidstaat waarbinnen de vervreemder of die waarbinnen de verkrijger zijn onderneming heeft? Of wordt wellicht aangesloten bij het recht dat de arbeidsovereenkomst van de overgenomen werknemers beheerst? Dit aspect is relevant omdat het lidstaten vrijstaat de Richtlijn op eigen wijze te implementeren, mits het doel van de Richtlijn wordt behaald. Als een gevolg kan het implementatierecht van de lidstaten aanzienlijk verschillen. Dit geldt temeer nu de Richtlijn een minimumrichtlijn betreft en lidstaten bevoegd zijn voor de werknemers gunstiger regels vast te stellen.³

Dat deze problematiek actueel is, blijkt uit het feit dat de Europese Commissie in juni 2007 met de sociale partners in overleg is getreden over de toepassing van de Richtlijn in grensoverschrijdende situaties.⁴ De belangrijkste vraag aan de sociale partners was of de Richtlijn op dit punt aanpassing behoeft. De sociale partners hebben zich hierover nog niet uitgelaten. In deze bijdrage geeft de auteur antwoord op deze vraag. De bijdrage is als volgt opgebouwd. Eerst wordt uiteengezet welke grensoverschrijdende verschijningsvormen onder het bereik van de Richtlijn vallen (paragraaf 2). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de rechtsmacht (paragraaf 3). Welk nationaal implementatierecht op een grensoverschrijdende overgang van toepassing is en hoe dit uitpakt ten aanzien van de specifieke bepalingen uit de Richtlijn, staat centraal in respectievelijk paragraaf 4 en paragraaf 5. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de situatie dat de activiteiten in Nederland blijven of naar het buitenland worden verplaatst. De bijdrage sluit af met een conclusie (paragraaf 6). Hierin wordt antwoord gegeven op de vraag of een grensoverschrijdende overgang van onderneming voor de rechtsmacht en het toepasselijke recht een eigen verwijzingsregel vereist of dat we uit de voeten kunnen met het bestaande recht. Het artikel richt zich op grensoverschrijdende situaties die zich binnen de Europese Unie voordoen en is geschreven vanuit het perspectief dat een in Nederland gevestigde onderneming overgaat. Situaties met niet-lidstaten blijven buiten beschouwing. Voorts beperkt het artikel zich tot een overgang van onderneming binnen de private sector.

2 Zie voor de Nederlandse rechtspraak: Ktr. Zaandam 26 september 2007, JAR 2008/67; Ktr. Eindhoven 9 september 2008, JAR 2008/271. Ook de Belgische rechter is deze mening toegedaan, zie: CT Liège 10 juni 1993, (1993) JTT, 371. Dit geldt evenzo voor de Duitse rechter, zie: BAG 16 mei 2002, NZA 2003, 93; BAG 22 april 1989, NZA 1990, 32.

3 Artikel 8 Richtlijn.

4 First phase consultation of social partners under Article 138(2) of the EC Treaty concerning cross-border transfers of undertakings, businesses of parts of undertakings or businesses. Dit document is te raadplegen op: <<http://ec.europa.eu/socila/main.jsp?catId=707&langIS=en&intPageId=208>> (hierna te noemen: Commission consultation document juni 2007).

2 Grensoverschrijdende verschijningsvormen

Een grensoverschrijdende overname kan verschillende verschijningsvormen aannemen.⁵ Belangrijk is de verkoop van het gehele of een gedeelte van een bedrijf aan een buitenlandse partij. Ik doel hiermee op een activa/passivatransactie (bedrijfsfusie). De verkoop leidt tot een overgang indien een onderneming onderwerp van de transactie is en het niet slechts gaat om losse activa en passiva. Een ander voorbeeld is de grensoverschrijdende in- of outsourcing van een dienst. Gedacht kan worden aan een Nederlands bedrijf dat het onderhoud van zijn IT-netwerk niet langer intern wenst uit te voeren en uitbesteedt aan een Duitse partij. Ook is denkbaar dat een Nederlandse dienstverlener een contract aan een Duitse dienstverlener verliest. Dit wordt wel 'tweede generatie' outsourcing genoemd. Reeds in 1992 heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat bij een uitbesteding van activiteiten sprake kan zijn van een overgang van onderneming.⁶ Dit is recentelijk (her)bevestigd voor insourcing.⁷ Een andere verschijningsvorm is de grensoverschrijdende juridische fusie van kapitaalvennootschappen. Hieraan ligt de Tiende Richtlijn ten grondslag.⁸ Een kenmerk van de juridische fusie is een overgang van het vermogen onder algemene titel.⁹ Ook arbeidsovereenkomsten vallen onder dit vermogen. Hierdoor kan de vraag worden gesteld of aan de Richtlijn wel wordt toegekomen. Die vraag moet bevestigend worden beantwoord. De Europese wetgever verwijst in de Tiende Richtlijn voor de rechten van werknemers (anders dan de vennootschappelijke medezeggenschapsrechten) expliciet naar de Richtlijn overgang van onderneming. In het geval van samenloop met de gewone fusieregels maakt deze ondubbelzinnige verwijzing duidelijk dat voorrang toekomt aan de Richtlijnbevestigingen.

Deze verschijningsvormen kunnen een overgang van onderneming zijn voor zover is voldaan aan de in de Richtlijn genoemde criteria. Hoewel ook deze vraag strikt genomen wordt beantwoord aan de hand van het nationale (implementatie)recht, is het mogelijk reeds nu hierop in te gaan gezien de specifieke c.q. concrete invulling die het Hof van Justitie aan de criteria voor een overgang van onderneming heeft toegekend.¹⁰

2.1 Wanneer is sprake van een overgang van onderneming?

Kenmerkend aan een grensoverschrijdende overgang is dat de verkrijger een buitenlandse partij betreft. Dit gegeven is irrelevant voor de beoordeling of sprake is

5 Deze verschijningsvormen kunnen zich binnen en buiten concernverband voordoen.

6 HvJ EG 12 november 1992, zaak C-209/91, JAR 1993/15 (Watson Ras/Kantine Service).

7 HvJ EU 29 juli 2010, C-151/09 (UGT-FSP).

8 Richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen (PbEU 2005, L 310/1).

9 Bij een grensoverschrijdende juridische fusie geschiedt de concentratie ofwel door het opslokken van een vennootschap uit een bepaalde lidstaat door een vennootschap uit een andere lidstaat, ofwel door het oprichten van een nieuwe vennootschap door vennootschappen uit verschillende lidstaten.

10 In paragraaf 5 wordt duidelijk dat bij de overgang van een Nederlandse onderneming deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van het Nederlandse implementatierecht.

van een overgang. Voor een overgang van onderneming is vereist dat de overgang het oog heeft op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan (artikel 1 (b) Richtlijn). Indien de ondernemingsactiviteit niet wordt verplaatst – en dus in Nederland gelegen blijft – verschilt de beoordeling niet van een interne situatie. Maar wat geldt indien de ondernemingsactiviteit naar het buitenland wordt overgebracht? Vooropgesteld moet worden dat de verplaatsing van de ondernemingsactiviteit een zelfstandig besluit betreft ten opzichte van het besluit tot de verkoop, de in- c.q. outsourcing van een dienst of de juridische fusie. Onder bepaalde omstandigheden kunnen beide besluiten echter niet van elkaar worden losgekoppeld. Dit is het geval wanneer de overplaatsing gelijktijdig met of binnen een paar weken na de verkoop, in- c.q. outsourcing van een dienst of de juridische fusie geschiedt en één van de drijfveren voor dit laatste besluit betreft. In een dergelijke situatie bestaat een dusdanig sterke connectie tussen beide besluiten dat zij in het kader van de Richtlijn als een en dezelfde aangelegenheid worden beschouwd.¹¹ Hoe meer tijd tussen beide besluiten zit, hoe moeilijker de verplaatsing zal zijn terug te voeren tot het eerste besluit.¹² Waar die grens ligt, is lastig op voorhand aan te geven en is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval. Indien beide besluiten dezelfde aangelegenheid betreffen, komt aan het besluit tot overplaatsing relevantie toe in het kader van de beoordeling of van een overgang van onderneming sprake is¹³ en kunnen werknemers ook ten aanzien van de overplaatsing rechten aan de Richtlijn ontleen. Dit brengt mij tot de vraag of bij een overplaatsing van de ondernemingsactiviteit naar het buitenland nog wel kan worden gesteld dat de economische activiteit haar identiteit behouden heeft. Of van identiteitsbehoud sprake is, moet worden beoordeeld aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval. Het Hof van Justitie hecht belang aan de omstandigheden die kenmerkend zijn voor de overgang, zoals: de aard van de betrokken onderneming, de overname van materiële activa, de waarde van de overgenomen immateriële activa, overname van de klantenkring en overname van het personeel. Aan het aspect dat de activiteit na de overname naar het buitenland wordt verplaatst, komt mijns inziens *geen* zelfstandige betekenis toe.¹⁴

- 11 Voor de toepassing van de WOR gaat het om twee verschillende besluiten. In de praktijk worden beide besluiten vaak na elkaar genomen om te voorkomen dat de overplaatsing tot een negatief oordeel van de ondernemingsraad leidt ten aanzien van de verkoop, in- c.q. uitbesteding of de juridische fusie. Deze problematiek blijft in dit artikel verder buiten beschouwing.
- 12 Indien de Richtlijn niet op het besluit tot het overplaatsen van de ondernemingsactiviteit van toepassing is, kan de verkrijger na de overplaatsing eerder komen tot een harmonisatie van de arbeidsvoorwaarden en behouden de werknemers hun rechten inzake medezeggenschap niet. Zie hierover meer uitgebreid: L.G. Verburg, Cao-recht: enige beschouwingen over het Nederlandse cao-recht en de richtlijn overgang van onderneming, TAP 2010, p. 116.
- 13 Dit geldt niet voor de grensoverschrijdende juridische fusie (zie hierna).
- 14 In gelijke zin: H. Reichold, Nues zum grenzüberschreitenden betriebsübergang, in: Festschrift für Rol Birk zum 65. Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, p. 694; B.W. Feudner, Grenzüberschreitende Anwendung des § 613 BGB?, NZA 1999, p. 1184. Ook de Europese Commissie is deze mening toegedaan in het hiervoor aangehaalde Commission consultation document, punt 7.1.2.

Wel kan de verplaatsing van indirecte invloed zijn op de beoordeling. De mate waarin, is afhankelijk van de sector waarbinnen de overgang plaatsvindt. Zo zal een verplaatsing van de ondernemingsactiviteit in een arbeidsintensieve sector veelal geen overgang van onderneming bewerkstelligen voor zover – bijvoorbeeld vanwege de afstand – geen wezenlijk deel van het personeel mee overgaat. Dit speelt minder snel bij de overname van een IT-activiteit. In deze sector komt aan werknemers over het algemeen minder gewicht toe en kan juist een bepaald computerprogramma dat eenvoudig naar het buitenland wordt verplaatst, kenmerkend voor de onderneming zijn.¹⁵ Wel kan het bij een grensoverschrijdende overplaatsing (sneller) voorkomen dat de overgenomen activiteit na de overgang niet in een vergelijkbare organisatorische structuur wordt ondergebracht of dat slechts een onderdeel van de overgenomen onderneming naar het buitenland wordt verplaatst. Het Hof van Justitie heeft in het arrest Klarenberg/Ferrotron evenwel geoordeeld dat voor het behoud van identiteit relevant is dat de functionele band die de onderlinge samenhangende, elkaar aanvullende factoren verenigt, behouden blijft.¹⁶ Dit criterium is niet anders ten aanzien van een grensoverschrijdende transactie. Dat de werknemers er belang bij hebben dat de transactie geen overgang van onderneming betreft (omdat zij niet in het buitenland willen werken),¹⁷ acht ik enkel relevant indien zij kunnen aantonen dat de verkopende partij misbruik maakt van de bevoegdheden die de Richtlijn biedt. Hierbij kan worden gedacht aan een grensoverschrijdende uitbesteding van een dienst met het enkele doel eenvoudig van de werknemers af te komen.¹⁸ Een dergelijk bezwaar zal niet snel slagen; het zal maar weinig voorkomen dat de werknemers kunnen aantonen dat het doel van hun werkgever het maken van misbruik is. Dit vindt bevestiging in de uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam uit 1995.¹⁹ Ook de Kantonrechter Zaandam wees een dergelijk beroep van de werknemers af.²⁰ Gewicht kwam toe aan het feit dat de Richtlijn andere ‘veiligheidskleppen’ biedt voor werknemers die niet mee over willen.²¹

- 15 Ook de Kantonrechter Zaandam achtte de verplaatsing van het sluiten en uitvoeren van onderhoudscontracten van Nederland naar Frankrijk geen beletsel om uit te gaan van een overgang van onderneming. Zie: Ktr. Zaandam 26 september 2007, JAR 2008/67.
- 16 HvJ EG 12 februari 2009, JAR 2009/92 (Klarenberg/Ferrotron). Zie in dit tijdschrift de annotatie bij dit arrest van R.M. Beltzer, Verlies van eenheid en overgang van onderneming, ArA 2009/2, p. 50-62.
- 17 Dit zal met name spelen indien hun oorspronkelijke werkgever blijft bestaan en de verplaatsing van de activiteit naar het buitenland voor de werknemers een onoverbrugbare reisafstand oplevert.
- 18 Bijvoorbeeld vanwege een soepeler buitenlands ontslagrecht. Uit het navolgende zal blijken dat het ontslagrecht dat op de werknemers van toepassing is, niet van rechtswege mee overgaat als een gevolg van de overgang van onderneming (zie paragraaf 5.3).
- 19 Ktr. Amsterdam 8 augustus 1995, KG 1995, 339.
- 20 Ktr. Eindhoven 9 september 2008, JAR 2008/271. De werknemer had betoogd dat de overgang van onderneming onaanvaardbaar was vanwege de verregaande sociale gevolgen die het voor hem had.
- 21 Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat de vervreemder in beide uitspraken na de overgang ophield te bestaan. In hoeverre dat aspect relevant was voor de beslissing van de kantonrechters valt uit de uitspraken niet op te maken.

Speciale aandacht komt toe aan de grensoverschrijdende juridische fusie. Relevant is dat de juridische fusie op zichzelf reeds leidt tot een overgang van onderneming. Een daarnaast genomen besluit tot overplaatsing van de activiteit – hetgeen feitelijk vaak neerkomt op de sluiting van een filiaal – heeft derhalve geen invloed op de beoordeling of de identiteit behouden blijft. Betekent dit dat de overplaatsing van de activiteit niet onder het toepassingsbereik van de Richtlijn valt? Niet zonder meer. Indien tussen het besluit tot juridisch fuseren en het besluit tot overplaatsing een zodanig verband bestaat (zie hiervoor), kunnen werknemers ook ten aanzien van het besluit tot verplaatsing van de activiteit rechten aan de Richtlijn ontnemen. Zou het anders zijn, dan zou de verkrijger op een eenvoudige wijze het behoud van arbeidsvoorwaarden en de instandhouding van medezeggenschap kunnen ontwijken door middel van een overplaatsing van de activiteit naar elders. Een dergelijke uitkomst is in strijd met de beschermingsgedachte die aan de Richtlijn ten grondslag ligt.

Het vervolg van dit artikel gaat ervan uit dat is voldaan aan de vereisten voor een overgang van onderneming. Bij een verplaatsing van de ondernemingsactiviteit naar het buitenland geldt als uitgangspunt dat een zodanig verband met de verkoop, in- c.q. uitbesteding of de juridische fusie bestaat dat het besluit tot overplaatsing eveneens onder het toepassingsbereik van de Richtlijn valt.

3 Rechtsmacht

Dat eerst wordt bekeken welke rechter rechtsmacht heeft inzake een geschil over de toepassing van de Richtlijn, is niet toevallig. Eerst moet immers worden bepaald welke rechter rechtsmacht heeft, om vervolgens vanuit zijn positie te onderzoeken welk recht op het geschil van toepassing is. Met betrekking tot de rechtsmacht in internationale arbeidszaken bestaat een veelheid aan nationale, Europese en internationale regelingen. Binnen de Europese Unie is de belangrijkste daarvan de Verordening 44/2001,²² hierna ook wel Brussel I-Verordening genoemd. Deze verordening heeft betrekking op burgerlijke en handelszaken en is van toepassing voor zover de verweerder woonplaats heeft binnen de Europese Unie.²³

De hoofdregel van de Brussel I-Verordening is dat zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat – ongeacht hun nationaliteit – worden opgeroepen voor de gerechten van die lidstaat. Op dit woonplaatsbeginsel bestaat een aantal uitzonderingen. Afdeling 5 bevat met de artikelen 18 t/m 21 een voor arbeidsovereenkomsten exclusieve bevoegdheidsgrondslag. Deze regels zijn van

22 Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PbEG 2001, L 12/1).

23 Hieronder vallen alle lidstaten van de Europese Unie, met uitzondering van Denemarken. Tussen de EU en Denemarken geldt een afzonderlijk verdrag op grond waarvan de Brussel I-Verordening in de onderlinge verhoudingen van overeenkomstige toepassing is verklaard. Noorwegen, Zwitserland en IJsland vallen evenmin onder het toepassingsbereik van de Brussel I-Verordening. Op de verhouding met deze landen is het Verdrag van Lugano van toepassing.

toepassing bij individuele verbintenissen uit arbeidsovereenkomsten. Ten aanzien van de Richtlijn meen ik dat aan afdeling 5 werking toekomt voor zover het gaat om de rechten en verplichtingen die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien, alsmede de ontslagbescherming en de mogelijkheid om niet mee over te gaan. Hoewel de Richtlijn strikt genomen aanknoopt bij de onderneming en niet bij de individuele arbeidsovereenkomst (zie hierover uitgebreid paragraaf 4.4.), is het de werknemer die met een beroep op zijn arbeidsovereenkomst toepassing afdwingt. Dit laatste acht ik in het kader van de Brussel I-Verordening doorslaggevend. Ook in de buitenlandse literatuur wordt hiervan uitgegaan.²⁴

Kort gezegd, betekent dit dat een werknemer toepassing van de Richtlijn kan afdwingen (1) voor het gerecht van de woonplaats van de werkgever,²⁵ (2) voor het gerecht van de plaats waar de werknemer gewoonlijk werkt of heeft gewerkt, of (3) wanneer dit laatste niet is vast te stellen, de plaats waar zich de vestiging bevindt of bevond die de werknemer in dienst heeft genomen. Dit volgt uit artikel 19 Brussel I-Verordening. Daarnaast bepaalt artikel 5 lid 5 Brussel I-Verordening dat een rechtspersoon gedaagd kan worden ter plaatse van de ligging van een filiaal, agentschap of andersoortige vestiging voor zover het geschil ziet op de exploitatie van dat filiaal, dat agentschap of die vestiging. Deze bevoegdheidsgrondslag kan relevant zijn voor wie werkzaam is in een Nederlands filiaal van een elders in de EU gevestigde rechtspersoon. Meestal zal deze bevoegdheid echter samenvallen met een van de bevoegdheidsgrondslagen ingevolge artikel 19. Tot slot staat artikel 21 Brussel I-Verordening onder bepaalde voorwaarden een forumkeuze toe.

Wat betekent dit concreet voor de rechtsmacht inzake een geschil over de toepassing van de Richtlijn in een grensoverschrijdende situatie? Met andere woorden: bij welke rechter kan de Nederlandse werknemer met zijn vordering(en) inzake de toepassing van de Richtlijn terecht? Bedacht moet worden dat de vordering(en) kan (kunnen) zijn gericht jegens de vervreemder en/of de verkrijger. Ten aanzien van de vervreemder voorzie ik weinig complicaties. Over het algemeen zal de Nederlandse rechter bevoegd zijn van het geschil kennis te nemen. Als de vervreemder al geen woonplaats in Nederland heeft, zal de werknemer in zijn relatie tot de vervreemder in voorkomende gevallen gewoonlijk zijn arbeid in Nederland verrichten of hebben verricht. Dit is niet anders indien de vordering jegens de vervreemder na de overgang wordt ingesteld.

- 24 J. Malmberg, *The legal position of employees in cross-border transfers of Undertaking in the EU: a question of Jurisdiction and choice of law*, *International Journal of Comparative Law and Industrial Relations* 2006, 22/3, p. 392-393. Dit wordt eveneens aangenomen in een onderzoek uitgevoerd in opdracht van de Europese Commissie, zie: *Study on the application of Directive 2001/23/EC to cross border transfers of undertakings*, uitgevoerd door CMS Employment Practice Area Group, final report september 2006, p. 59-60.
- 25 Rechtspersonen hebben in beginsel woonplaats ter plaatse van hun statutaire zetel, hoofdbestuur of hoofdvestiging (artikel 60 Brussel I-Verordening). Indien de werkgever geen woonplaats heeft binnen de Europese Unie maar een vestiging, dan geldt die vestiging als woonplaats (artikel 18 Brussel I-Verordening).

Een vordering jegens de buitenlandse verkrijger vergt meer navigatie. De verkrijger heeft over het algemeen woonplaats in het buitenland,²⁶ zodat op grond van artikel 19 lid 1 Brussel I-Verordening aan de rechter in die lidstaat bevoegdheid toekomt. Dat is voor een Nederlandse werknemer vaak omslachtig en weinig praktisch vanwege bijvoorbeeld taalbarrières. De werknemer is er dus bij gebaat indien hij ook bij de Nederlandse rechter terecht kan. Dit zal het geval zijn indien de ondernemingsactiviteit na de overgang niet wordt verplaatst. De plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht, wijzigt niet, zodat de Nederlandse rechter in beginsel bevoegd is ingevolge artikel 19 lid 2 (a) Brussel I-Verordening. Het ligt gecompliceerder bij een verplaatsing van de ondernemingsactiviteit naar het buitenland. Indien de werknemer als gevolg hiervan in het buitenland aan de slag gaat, rijst de vraag of de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht, is gewijzigd en zo ja op welk moment. Belangrijk in dat verband is het arrest Rutten/Cross Medical.²⁷ Hierin overwoog het Hof van Justitie dat de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht in het land op het grondgebied waarvan hij volgens de bepalingen van de arbeidsovereenkomst, de instructies van de werkgever, alsook de duur, aard en frequentie van de werkzaamheden het overwegende deel van zijn arbeidsprestatie verricht. In dit licht bezien, kan worden gesteld dat bij een verplaatsing van de ondernemingsactiviteit het zwaartepunt van de arbeid in het buitenland komt te liggen voor zover de werknemer na de overgang in dat land zijn werkzaamheden gaat verrichten. In die situatie betreft de werknemer immers de arbeidsmarkt van zijn nieuwe werkland.

Komt daarbij nog relevantie toe aan het feit dat de werknemer voorafgaand aan de overgang in Nederland werkzaam was en waarschijnlijk het overgrote deel van zijn dienstverband in Nederland werkzaam is geweest? In het arrest Weber/Ogden Services besliste het Hof van Justitie dat wanneer de werknemer zijn werkzaamheden op verschillende locaties heeft verricht, gekeken moet worden waar of van waaruit de werknemer het *belangrijkste* deel van zijn verplichtingen jegens zijn werkgever vervulde.²⁸ Deze regel geniet echter uitzondering bij een permanente verplaatsing van de activiteiten.²⁹ Volgens het Hof weegt in dat geval de bedoeling van partijen zwaarder dan de (langere) duur van arbeid verricht op de vorige standplaats. Een verplaatsing van de ondernemingsactiviteit naar het buitenland zal over het algemeen permanent van aard zijn. Hieruit volgt dat de plaats waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht, wijzigt op het moment dat de werknemer in het buitenland aan de slag gaat. Ook deze bevoegdheidsregel wijst derhalve de buitenlandse rechter als de bevoegde rechter aan.

Dit betekent niet dat de werknemer die na de overgang zijn werkzaamheden in het buitenland verricht onder geen enkel beding bij de Nederlandse rechter terecht kan wat zijn vordering jegens de verkrijger betreft. Allereerst laat het Hof van Justitie de mogelijkheid open dat uit het geheel van omstandigheden blijkt

26 Het is denkbaar dat de verkrijger een Nederlandse werkgever betreft, maar enkel de ondernemingsactiviteit naar het buitenland verplaatst. In dat geval is de Nederlandse rechter uiteraard wel bevoegd.

27 HvJ EG 9 januari 1997, C-383/95 (Rutten/Cross Medical), JAR 1997/107.

28 HvJ EG 27 februari 2002, C-37/00 (Weber/Ogden Services), JAR 2002/208.

29 Zie rechtsoverweging 54.

dat de overeenkomst nauwer met een andere lidstaat is verbonden. Gedacht kan worden aan een loonvordering die ziet op de periode voorafgaand aan de overgang. Daarnaast kan de werknemer met de vervreemder contractueel zijn overeengekomen dat aan de Nederlandse rechter bevoegdheid toekomt. Een dergelijke forumkeuze in de arbeidsovereenkomst gaat als een gevolg van de overgang van onderneming mee over op de verkrijger. Tot slot staat het partijen vrij na het ontstaan van het geschil in onderling overleg de Nederlandse rechter exclusief bevoegd te verklaren. Opvallend is nog dat de bevoegdheid van de Nederlandse rechter niet kan worden gebaseerd op artikel 6 Brussel I-Verordening. Dit artikel kent een regeling inzake het oproepen van meerdere verweerders voor het gerecht van een van hen. Het Hof van Justitie oordeelde in het arrest Glaxosmithkline dat afdeling 5 inzake de bevoegdheid voor verbintenissen uit individuele arbeidsovereenkomst een uitputtende regeling kent die toepassing van artikel 6 uitsluit.³⁰

Tot slot zij opgemerkt dat afdeling 5 mijns inziens toepassing mist ten aanzien van een vordering tot het behoud van medezeggenschap (artikel 6 Richtlijn). De werknemersvertegenwoordigers die hierop een beroep doen, doen dat niet op grond van hun individuele arbeidsovereenkomst, maar vanuit hun functie als vertegenwoordiger. Vorderingen ten aanzien van niet geïncorporeerde cao-bepalingen zijn eveneens van het toepassingsbereik van afdeling 5 uitgesloten, daar de vordering in dat geval is gebaseerd op een collectieve regeling. Deze vorderingen moeten ingevolge de hoofdregel van artikel 4 Brussel I-Verordening worden aangebracht bij het gerecht van de lidstaat waar de werkgever (hier: de verkrijger) woonplaats heeft. Over het algemeen zal dat een buitenlandse rechter zijn. Eventueel kan de bevoegdheid van de Nederlandse rechter worden gebaseerd op artikel 5 lid 5 Brussel I-Verordening. Daarvoor is wel vereist dat de onderneming waarop het geschil betrekking heeft in Nederland is gelegen. Deze oplossing biedt derhalve geen soelaas bij een verplaatsing van de ondernemingsactiviteit naar het buitenland.

4 Toepasselijk recht

4.1 Algemeen

De Richtlijn is – net als andere richtlijnen – door de lidstaten geïmplementeerd in het nationale recht. Lidstaten zijn vrij in hun wijze van implementeren voor zover het doel van de Richtlijn wordt bereikt en het staat hen vrij van de Richtlijn af te wijken ten gunste van de werknemers. Tussen het implementatierecht van de lidstaten kunnen derhalve verschillen bestaan.³¹ Gedacht kan worden aan de consequenties indien een werknemer tegen de overgang verzet aantekent. Ingevolge het Nederlandse recht leidt dit tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst,

30 HvJ EG 22 mei 2008, C-462/06 (Glaxosmithkline en Laboratoires Glaxosmithkline/Jean-Pierre Rooard), NJ 2009, 363 m.nt. Vlas.

31 De verschillen zijn in kaart gebracht in de Study on the application of Directive 2001/23/EC to cross border transfers of undertakings, uitgevoerd door CMS Employment Practice Area Group, final report september 2006, hoofdstuk 1.

terwijl het Duitse recht bepaalt dat de werknemer bij de vervreemder in dienst blijft. Het is dus essentieel na te gaan welk implementatierecht op een grensoverschrijdende overgang van onderneming van toepassing is. De tekst van de Richtlijn geeft hieromtrent geen uitsluitel. Dit was niet altijd zo. Het eerste voorstel voor een richtlijn uit 1974 kende wel een verwijzingsregel.³² Deze verwijzingsregel maakte een onderscheid tussen twee situaties die zich in de ogen van de Europese Commissie (hierna: de Commissie) konden voordoen. De eerste situatie betrof een grensoverschrijdende overgang zonder verplaatsing van de activiteiten naar het buitenland. In dat geval behield het recht waaraan de arbeidsovereenkomst voorafgaand aan de overgang onderworpen was, toepassing. In de tweede situatie werden de activiteiten als een gevolg van de overgang naar het buitenland verplaatst. Dan trad volgens de Commissie wel een verandering in het toepasselijke recht op. Concreet hield dit in dat de toepassing van de Richtlijn voor en na de overgang onderhevig was aan verschillend nationaal implementatierecht. Dit gold overigens ook indien partijen na de overgang in onderling overleg buitenlands recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing verklaarden.³³ De verwijzingsregel is niet in de definitieve versie van de Richtlijn terechtgekomen. Hepple noemt als reden dat de Commissie een algemeen voorstel voor het toepasselijke recht inzake arbeidsovereenkomsten in voorbereiding had.³⁴ Dat betreffende voorstel werd in november 1981 ingetrokken.³⁵ Aan de Richtlijn is bij latere wijzigingen niet alsnog een verwijzingsregel toegevoegd.

Bij het gebrek aan een eigen verwijzingsregel moet het toepasselijke recht thans worden bepaald aan de hand van nationale en Europese instrumenten. Binnen de Europese Unie zijn momenteel twee bronnen die regels op het gebied van het internationaal privaatrecht (IPR) bevatten inzake het recht dat van toepassing is op overeenkomsten: het EVO-Verdrag³⁶ en de Verordening 593/2008 (hierna: Rome I-Verordening).³⁷ De laatste is van toepassing op overeenkomsten die op of na 17 december 2009 zijn gesloten. Zowel het EVO-Verdrag als de Rome I-Verordening gaat uit van het principe dat iedere overeenkomst wordt beheerst door het recht van één of meerdere specifieke landen. Het recht dat van toepassing wordt

32 COM (1974)351 final/2, artikel 10, zoals genoemd in: B. Hepple, *The legal consequences of cross border transfers of undertakings within the European Union. A report for the European Commission DG-V*, mei 1998, p. 7.

33 Daarbij moet worden bedacht dat het EVO-Verdrag toentertijd nog niet het licht had gezien en het toepasselijke recht inzake arbeidsovereenkomsten nog werd bepaald aan de hand van het nationale IPR-recht van de lidstaten.

34 B. Hepple, *The legal consequences of cross border transfers of undertakings within the European Union. A report for the European Commission DG-V*, mei 1998, p. 7.

35 COM (1975)653 final. Dit voorstel bepaalde dat de arbeidsovereenkomst was onderworpen aan het recht van de lidstaat waar de onderneming waarin de werknemer gewoonlijk werkte, gevestigd was. Hierop bestonden drie uitzonderingen: (1) wanneer werknemers naar een andere lidstaat werden uitgezonden, bleef het recht van de eerste lidstaat van toepassing, (2) eenzelfde uitzondering gold voor tijdelijke uitzending naar een andere lidstaat, en (3) partijen konden een rechtskeuze maken indien de werknemer vaak van werkplek wisselde.

36 Verdrag van Rome van 1980 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

37 Verordening (EG) 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), (PbEG 2008, L 177, 1).

verklaard, bepaalt het merendeel van de conflicten die zich kunnen voordoen ten aanzien van de overeenkomst. In de Nederlandse, Engelse en Duitse literatuur wordt aangenomen dat deze instrumenten tevens het toepasselijke implementatierecht bij een grensoverschrijdende overgang van onderneming aanwijzen.³⁸ Ook de Commissie is deze mening toegedaan.³⁹ Ik sluit mij hierbij aan, nu de toepassing van de Richtlijn in beginsel leidt tot een verbintenis die met een beroep op een overeenkomst wordt afgedwongen. Hoe dit uitpakt, staat in deze paragraaf centraal. Daarbij ga ik uit van de bepalingen zoals die in de Rome I-Verordening zijn neergelegd. Over het algemeen komt de tekst overeen met het EVO-Verdrag, zodat hetgeen wordt opgemerkt ook ten aanzien hiervan geldt. Waar dit niet het geval is, wordt dit expliciet aangegeven.

4.2 *Internationaal geval*

De Rome I-Verordening bevat regels aan de hand waarvan wordt bepaald welk recht van toepassing is op overeenkomsten, inclusief de arbeidsovereenkomst. De verordening is van toepassing in gevallen waarin uit het recht van verschillende landen moet worden gekozen (artikel 1). De verordening geeft geen nadere indicatie wat als 'internationaal geval' wordt beschouwd. Uit het bij het EVO-Verdrag verschenen toelichtende rapport van Giuliano en Lagarde blijkt dat beslissend is of de overeenkomst feitelijk-geografische aanknopingspunten heeft met meer dan één rechtsstelsel.⁴⁰ Probleem is dat niet duidelijk wordt welke feitelijke aspecten van de overeenkomst als internationaal element kunnen worden aangemerkt. In de literatuur wordt verdedigd dat dit per geval moet worden bepaald.⁴¹ Voorafgaand aan de grensoverschrijdende overgang van onderneming kan men niet spreken van een internationaal geval. Het enkele feit dat de toekomstige verkrijger een buitenlandse partij betreft, is zonder betekenis. In dat geval komt derhalve geen betekenis toe aan het IPR. Dit is anders na de overgang van onderneming. Bij een verplaatsing van de ondernemingsactiviteit naar het buitenland staat buiten twijfel dat aan het internationaliteitsvereiste is voldaan. Die conclusie is minder eenduidig te trekken wanneer de ondernemingsactiviteit in Nederland gelegen blijft. De vreemde nationaliteit van de overnemende partij levert een aanknopingspunt op met buitenlands recht, maar of dit aspect voldoende is om de arbeidsovereenkomst als internationaal aan te merken is onduidelijk. Ik meen van wel. In het hiervoor genoemde rapport van Giuliano en Lagarde wordt het feit dat de contractspartijen in verschillende landen wonen c.q. zijn gevestigd als voorbeeld van een internationale overeenkomst genoemd. Na de overgang is de buitenlandse verkrijger van rechtswege contractspartij bij de overeenkomst. Daar

38 Zie: De Jong 2009; Study on the application of Directive 2001/23/EC to cross border transfers of undertakings, uitgevoerd door CMS Employment Practice Area Group, final report september 2006, p. 61; Reichold 2008.

39 Commission consultation document juni 2007, punt 5.

40 Toelichtend rapport van M. Giuliano en P. Lagarde, PbEG C 282, 31 oktober 1980, p. 10.

41 C.M.E.P. van Lent, Internationale intra-concernmobiliteit (diss Universiteit Tilburg), Deventer: Kluwer 2000, p. 103; A.A.H. van Hoek, Internationale mobiliteit van werknemers (diss UvA), Amsterdam: Sdu Uitgevers 2000, p. 367; L. Strikwerda, Partij-autonomie en het internationale geval, Deventer: Kluwer 1981, p. 12.

komt bij dat zowel de vervreemder als de werknemer een andere nationaliteit heeft dan de verkrijger. Voor het toepasselijke recht zal dit in het algemeen overigens weinig verschil maken, nu de Rome I-Verordening het Nederlandse recht van toepassing verklaart (zie hierna). Wel heeft deze redenering tot gevolg dat het partijen is toegestaan een rechtskeuze te maken, hetgeen in puur interne situaties over het algemeen niet mogelijk wordt geacht.⁴²

4.3 De verwijzingsregels: een overzicht

De Rome I-Verordening heeft als uitgangspunt de keuzevrijheid van partijen. Artikel 3 stelt uitdrukkelijk dat een overeenkomst wordt beheerst door het recht dat partijen hebben gekozen. Wel moet de rechtskeuze uitdrukkelijk zijn gedaan of blijken uit bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. De rechtskeuze hoeft niet bij voorbaat te zijn gedaan; een rechtskeuze is ook mogelijk na totstandkoming van de overeenkomst. Bij het ontbreken van een rechtskeuze bepaalt artikel 4 dat de overeenkomst wordt beheerst door het recht van het land waarmee zij het nauwst verbonden is.

Daarbij kent de Rome I-Verordening met artikel 8 een speciale regeling inzake het op de individuele arbeidsovereenkomst toepasselijke recht.⁴³ Bij afwezigheid van een rechtskeuze wordt de arbeidsovereenkomst beheerst door het recht van het land waar of, bij gebreke daarvan, van waaruit de werknemer ter uitvoering van de overeenkomst gewoonlijk zijn arbeid verricht, zelfs wanneer hij tijdelijk in een ander land is tewerkgesteld (lid 2). Indien de werknemer zijn werk niet gewoonlijk in hetzelfde land verricht, geldt het recht van het land waar zich de vestiging bevindt die de werknemers in dienst heeft genomen (lid 3). Deze regels worden evenwel opzij geschoven indien uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de arbeidsovereenkomst nauwer is verbonden met een ander land. In dat geval is het recht van dat laatste land op de arbeidsovereenkomst van toepassing (lid 4).⁴⁴ Het recht dat aan de hand van artikel 8 lid 2 t/m 4 op de arbeidsovereenkomst van toepassing is, wordt ook wel het *objectief toepasselijke recht* genoemd. Hieraan komt eveneens betekenis toe indien partijen een rechtskeuze hebben gemaakt. De rechtskeuze kan er niet toe leiden dat de werknemer de bescherming verliest die hij geniet op grond van de bepalingen uit het objectief toepasselijke recht waarvan niet kan worden afgeweken (lid 1). In zowel de Nederlandse als de buitenlandse

42 Bij een interne situatie komt aan de Rome I-Verordening mijns inziens geen betekenis toe. Zie hierover uitgebreid: C.B.G. Derks & B.A. Spliet, Het mijnenveld van de internationale arbeidsverhouding II. Welk recht is toepasselijk?, *Arbeidsrecht* 2006/3; L. Strikwerda, De overeenkomst in het IPR, Deventer: Kluwer 2004, p. 79 en 94-96; Van Lent 2000, p. 105.

43 In het EVO-Verdrag is de vergelijkbare bepaling neergelegd in artikel 6.

44 Ten aanzien van hetzelfde begrip in artikel 4 Rome I-Verordening oordeelde het Hof van Justitie dat dit zelfs kan gelden voor een specifiek gedeelte van de overeenkomst. Zie: HvJ EG 6 oktober 2009, C-133/08 (ICF/Balkenende), RAR 2009, 83. Het ligt voor de hand dat eenzelfde uitleg geldt ten aanzien van artikel 8 lid 4 Rome I-Verordening.

literatuur wordt aangenomen dat dit uitzondering geniet indien de bepalingen uit het gekozen recht gunstiger zijn dan het objectief toepasselijke recht.⁴⁵

Maar wat is het *objectief toepasselijke recht* bij een grensoverschrijdende overgang van onderneming? De verwijzingsregel van artikel 8 Rome I-Verordening zal bij een overgang van onderneming waarbij de ondernemingsactiviteit in Nederland gelegen blijft, vrijwel altijd het Nederlandse recht van toepassing verklaren. Ingevolge artikel 8 lid 2 treedt er geen wijziging op in de locatie waar de arbeid gewoonlijk wordt verricht; dat is en blijft Nederland. Wel bestaat de kans dat de werknemer na de overgang (vaker) naar het buitenland moet nu de werkgever daar is gevestigd. Indien het om tijdelijke werkzaamheden gaat, verandert hiermee niet het objectief toepasselijke recht. Considerans 36 van de preambule bij de Rome I-Verordening bepaalt dat het verrichten van arbeid in een ander land als tijdelijk dient te worden aangemerkt 'wanneer van de werknemer wordt verwacht dat hij na de voltooiing van zijn taak in het buitenland opnieuw arbeid in het land van herkomst verricht'.

De situatie is gecompliceerder wanneer de ondernemingsactiviteit als een gevolg van de overgang naar het buitenland wordt verplaatst en de werknemers na de overgang daar hun werkzaamheden uitvoeren.⁴⁶ In dat geval wijzigt de vaste werkplek van de Nederlandse werknemers. Het is de vraag of dit ook leidt tot een wijziging van het toepasselijke recht. De Rome I-Verordening zoekt aansluiting bij 'de plaats waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht'. Dit criterium vertoont grote overeenkomsten met de bevoegdheidsregel voor arbeidsovereenkomsten zoals opgenomen in de hiervoor in paragraaf 3 besproken Brussel I-Verordening. In de literatuur wordt aangenomen dat aan de arresten van het Hof van Justitie inzake de internationale bevoegdheid tevens relevantie toekomt voor de bepaling van het toepasselijke recht.⁴⁷ Het Hof van Justitie bevestigt dit expliciet in het arrest Koelzsch/Luxemburg van 15 maart 2011.⁴⁸

Ook ten aanzien van het toepasselijke recht geldt derhalve dat wanneer de werknemer in het buitenland zijn werkzaamheden verricht in het kader van een definitieve overplaatsing van de ondernemingsactiviteit, die lidstaat de plaats betreft waar de werknemer vanaf dat moment gewoonlijk zijn arbeid verricht. Vanaf dat moment ligt het zwaartepunt van de arbeid in het buitenland en wijzigt het objectief toepasselijke recht dat op de overeenkomst van toepassing is. Uit het reeds genoemde arrest Weber/Ogden blijkt voorts dat bij een definitieve verplaatsing in

45 Zie o.a.: Z. Even & E. van Kampen, De arbeidsovereenkomst in internationaal privaatrechtelijk perspectief. Drie kernvragen voor de Nederlandse jurist, ArA 2004/1, p. 32; Study on the application of Directive 2001/23/EC to cross border transfers of undertakings, uitgevoerd door CMS Employment Practice Area Group, final report september 2006, p. 62; Malmberg 2006, p. 394.

46 Indien de werknemer weigert na de overgang zijn werkzaamheden in het buitenland uit te voeren, treedt geen wijziging op in de plaats waar hij gewoonlijk zijn werkzaamheden verricht. In dat geval zal de weigering naar Nederlands recht leiden tot een beëindiging van het dienstverband.

47 Even & Van Kampen 2004, p. 42-43; A.A.H. van Hoek, Rome I-Verordening, in: P.F. van der Heijden (red.), Tekst en commentaar arbeidsrecht, Deventer: Kluwer 2011, p. 810 (artikel 8); Van Lent 2000, p. 126.

48 HvJ EU 15 maart 2011, C-29/10, RAR 2011, 74 (Koelzsch/Luxemburg), r.o. 33. Strikt genomen ziet deze redenering op de toepassing van het EVO-Verdrag. Gezien de gelijke bewoordingen geldt deze uitleg mijns inziens evenzo voor de toepassing onder de Rome I-Verordening.

beginsel geen betekenis toekomt aan het feit dat de werknemer voor de overgang in Nederland werkzaam was en waarschijnlijk het overgrote deel van zijn dienstverband in Nederland werkzaam is geweest. Hierbij is – net als bij de Brussel I-Verordening – enige nuance vereist. De Rome I-Verordening kent met artikel 8 lid 4 een wettelijke ontsnappingsclausule. Ik sluit niet uit dat uit het geheel der omstandigheden kan blijken dat het recht van het land waar de werknemer voor de overgang zijn werkzaamheden gewoonlijk verrichtte (Nederland), nog steeds nauwer met de arbeidsovereenkomst is verbonden. Gedacht kan worden aan de situatie dat de werknemer na de overgang enkel voor een korte periode in het buitenland werkzaam is geweest.

Tot slot is relevant dat artikel 9 Rome I-Verordening toestaat dat de rechter bepalingen van *bijzonder dwingend recht* (hierna: voorrangsregels) op de arbeidsovereenkomst toepast. Dit zijn bepalingen aan de inachtneming waarvan een land zoveel belang hecht voor de handhaving van zijn openbare belangen, zoals zijn politieke, sociale of economische organisatie, dat zij moeten worden toegepast op elk geval dat onder de werkingsfeer ervan valt. De rechter heeft deze bevoegdheid indien de bepalingen voortvloeien uit zijn eigen recht (lid 2) of uit het recht van een lidstaat waar de overeenkomst moet worden of is nagekomen, met dien verstande dat in dat laatste geval is vereist dat de bepalingen de tenuitvoerlegging van de overeenkomst onwettig maken (lid 3). Deze laatste bepaling is ten opzichte van de vergelijkbare bepaling uit het EVO-Verdrag in reikwijdte ingeperkt⁴⁹ en is in deze bewoordingen door het Europese Parlement aan de Rome I-Verordening toegevoegd.⁵⁰ Uit de documenten valt evenwel niet af te leiden wat is bedoeld met het vereiste dat de bepalingen de tenuitvoerlegging van de overeenkomst *onwettig* maken.

4.4 *Regelend recht, dwingend recht of voorrangsregel*

De systematiek van de Rome I-Verordening, meer specifiek de artikelen 8 en 9, dwingt mij de bepalingen uit de Richtlijn te kwalificeren. Uit de Richtlijn blijkt niet of het gaat om bepalingen van regelend of dwingend recht of dat het wellicht voorrangsregels betreft. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de bepalingen uit de Richtlijn dwingend van aard zijn.⁵¹ Volgens het Hof kan van de bepalingen niet worden afgeweken, zelfs niet met instemming van de werknemer. Dit geldt evenzeer voor het nationale implementatierecht. Hierbij zij opgemerkt dat de arresten van het Hof van Justitie betrekking hebben op de minimumbepalingen uit de Richtlijn. Indien een lidstaat in het voordeel van de werknemers van de Richtlijn afwijkt, kan het wat die aspecten betreft wel om regelend recht gaan.

49 Artikel 7 EVO-Verdrag kent niet het vereiste dat het moet gaan om voorrangsregels die gelden op de plaats van nakoming van de arbeidsovereenkomst en de tenuitvoerlegging van de overeenkomst onwettig maken.

50 Verslag over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomsten (Rome I), d.d. 21 november 2007, C6-0441-2005, COD (2005) 0261, p. 34. Zie eveneens het standpunt van het Europees Parlement in eerste lezing d.d. 29 november 2007, COD (2005) 0261, p. 29.

51 Zie o.a.: HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86 (Daddy's Dance Hall) en HvJ EG 6 november 2003, C-4/01 (Serene Martin).

Hiermee is nog niet duidelijk of het om voorrangsregels gaat. Op nationaal niveau is hierover weinig rechtspraak voorhanden. Uit een vonnis van de Amsterdamse rechtbank uit 1995 valt – tussen de regels door – af te leiden dat de rechtbank meent dat aan het Nederlandse implementatierecht wordt toegekomen indien het Nederlandse recht ingevolge de verwijzingsregel van artikel 6 EVO-Verdrag (thans: artikel 8 Rome I-Verordening) op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. Dit zou betekenen dat het gaat om regelen en dwingend recht en niet om voorrangsregels. Het Duitse BAG heeft deze conclusie expliciet getrokken ten aanzien van de Duitse implementatiebepalingen van de Richtlijn.⁵²

De summier literatuur die over dit onderwerp is verschenen, is niet eensgezind. Malmberg, een Engelse auteur, zoekt in navolging van hiervoor genoemde rechtspraak aansluiting bij het recht dat op de individuele arbeidsovereenkomst van toepassing is met het argument dat de bepalingen met een beroep op de individuele arbeidsovereenkomst worden afgedwongen.⁵³ Franssen daarentegen meent dat moet worden bepaald welk recht op de overgang van toepassing is.⁵⁴ Zij verzuimt echter aan te geven hoe dat dan dient te gebeuren. Van Hoek beschouwt de vestigingsplaats van de onderneming als het aanknopingspunt voor de bepaling van het toepasselijke recht, daar de Richtlijn zich expliciet richt op de onderneming die overgaat.⁵⁵ In haar optiek heeft de Richtlijn een zelfstandig internationaal bereik dat los staat van het toepasselijke recht op de arbeidsverhoudingen van de in de onderneming werkzame personen. In deze zienswijze betreft de Richtlijn dus een voorrangsregel, waardoor aan de verwijzingsregels van artikel 8 Rome I-Verordening geen betekenis toekomt.

Naar mijn mening zijn goede argumenten aan te voeren voor een aanknopung bij zowel de arbeidsovereenkomst als de vestigingsplaats van de onderneming. Niet kan worden ontkend dat de bepalingen uit de Richtlijn met een beroep op de arbeidsovereenkomst worden afgedwongen en in die zin nauw met de arbeidsovereenkomst verbonden zijn. Toch meen ik dat de bepalingen uit de Richtlijn ‘niet meedoen’ met de verwijzing ingevolge artikel 8 Rome I-Verordening. Door-slaggevende betekenis ken ik toe aan artikel 1 Richtlijn. Dat artikel bepaalt dat de Richtlijn van toepassing is op de overgang van ondernemingen, vestigingen of ondernemingen of vestigingen of onderdelen hiervan. Met andere woorden: de Richtlijn richt zich expliciet op de onderneming en dient daarmee een bovenindividueel belang.⁵⁶ Bezie ik de kwestie in dat licht, dan verwacht ik dat het Hof van Justitie bij de bepaling van het toepasselijke recht aansluiting zoekt bij de vestigingsplaats van de onderneming die overgaat en daarmee aan de bepalingen een

52 BAG 29 oktober 1992, NZA 1993, 743.

53 Malmberg 2006, p. 394.

54 E. Franssen, Grensoverschrijdende overgang, Toepasselijk recht beïnvloedbaar, Fusie en Overname 2009, p. 26.

55 Van Hoek 2000, p. 470. Hierbij zij opgemerkt dat Van Hoek haar opmerkingen maakt ten aanzien van het EVO-Verdrag. Het is niet duidelijk of zij deze mening ook is toegegaan ten aanzien van de Rome I-Verordening.

56 Ook in de Duitse literatuur is een dergelijk standpunt ingenomen. Zie: Reichold 2008, p. 697-698.

zelfstandig internationaal bereik toekent. Dat betekent dat de Richtlijn het karakter heeft van een voorrangregel in de zin van artikel 9 Rome I-Verordening. Daarbij heeft deze uitleg een aantal voordelen ten opzichte van de aansluiting bij het op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde recht. Allereerst wordt de toepassing van de Richtlijn voor alle werknemers van een onderneming die overgaat aan de hand van één rechtsstelsel vastgesteld. Dit is niet onder alle omstandigheden het geval indien bij de arbeidsovereenkomst wordt aangeknoopt. Denk aan de situatie dat een werknemer van de onderneming die overgaat gewoonlijk zijn arbeid in de Verenigde Staten verricht. Deze werknemer zou in die uitleg geen rechten aan de Richtlijn kunnen ontleen. Een ander voorbeeld is de situatie dat de rechtskeuze afwijkt van het objectief toepasselijke recht. In beginsel doorkruist het objectief toepasselijke recht het recht dat van toepassing is op basis van de rechtskeuze. Zoals in paragraaf 4.3 opgemerkt, geldt dit echter niet ten aanzien van bepalingen uit het gekozen recht die gunstiger zijn dan het objectief toepasselijke recht. Indien de bepalingen uit de Richtlijn dwingend van aard zouden zijn, betekent dit dat per werknemer moet worden nagegaan of een rechtskeuze is gemaakt en zo ja, of dat recht de bepalingen uit de Richtlijn gunstiger heeft geïmplementeerd. Dit leidt tot een opeenhoping van niet op elkaar afgestemde regelingen ten aanzien van een en dezelfde overgenomen onderneming. Ook staat het *cherry picking* toe, hetgeen inhoudt dat de werknemer enkele regels van het ene en enkele regels van het andere rechtssysteem wenst toe te passen. Gevolgen zijn rechtsonzekerheid en een slechte hanteerbaarheid van de bepalingen. Een dergelijke uitkomst kan mijns inziens in het licht van de Richtlijn niet zijn beoogd. Een ander voordeel van de kwalificatie als voorrangregel is dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen rechten die voortvloeien uit de individuele arbeidsovereenkomst enerzijds en de niet geïncorporeerde cao en het medezeggenschapsrecht anderzijds. Ook deze laatste rechten zijn – voor zover zij gevolgen hebben voor de rechtsverhouding op individueel niveau – om hun collectief overstijgende belang immers te kwalificeren als voorrangregels.⁵⁷

Kortom: de Richtlijn bevat een eigen werkingsfeerbepaling die aansluit bij de vestigingsplaats van de onderneming. De Richtlijn gedraagt zich hierdoor ten opzichte van de individuele arbeidsovereenkomst als voorrangregel in de zin van artikel 9 Rome I-Verordening. Dit geldt ten aanzien van de aspecten waar de Richtlijn direct gevolgen heeft voor de rechtsverhouding op individueel niveau.

5 De specifieke bepalingen uit de Richtlijn

Het implementatierecht van de meeste lidstaten bevat geen specifieke bepalingen ten aanzien van een grensoverschrijdende overgang van onderneming.⁵⁸ Ook het

57 Wat cao-bepalingen betreft die dwingend op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijn, volgt dit uit het hiervoor reeds aangehaalde toelichtende rapport Giuliano/Lagarde, p. 25. Wat de medezeggenschap betreft, is dit in de literatuur aangenomen. Verwezen wordt naar: Van Hoek 2000, p. 464-468. Anders: Reichold 2008, p. 689.

58 Hepple 1998 noemt op p. 5 van zijn rapport voor de Europese Commissie dat enkel Spanje en Portugal hieromtrent een bepaling in hun recht hebben opgenomen.

Nederlandse recht voorziet hier niet in. Hoe moet hiermee worden omgegaan? In horizontale verhoudingen (burger versus burger) komt aan de Richtlijn geen directe werking toe. Dienaangaande oordeelde het Hof van Justitie in het Marshall-arrest dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren oplegt en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet jegens een particulier kan worden ingeroepen.⁵⁹ Op dit verbod heeft het Hof van Justitie in de loop der jaren enkele nuances gemaakt. Ten eerste rust op nationale rechters de verplichting het nationale recht zo veel mogelijk uit te leggen in het licht van de richtlijnen (richtlijnconforme interpretatie).⁶⁰ De plicht hiertoe bestaat vanaf het moment dat de omzettingstermijn van de betreffende richtlijn is verstreken⁶¹ en geldt voor al het nationale recht, hetzij daterend voor, hetzij daterend na de richtlijn.⁶² De richtlijnconforme interpretatie kan echter niet dienen als grondslag voor een uitleg *contra legem*.⁶³ Met andere woorden: de verplichting tot richtlijnconforme uitleg bereikt haar grens indien het formuleren van een conforme oplossing in wezen een daad van wetgeving is.⁶⁴ Nu het Nederlandse recht – net als het Duitse en het Belgische recht – niet uitsluit dat het implementatierecht op een grensoverschrijdende situatie wordt toegepast, kan (moet) het recht worden uitgelegd in het licht van de Richtlijn, met als gevolg dat eveneens grensoverschrijdende situaties door het implementatierecht worden bestreken.

Een richtlijnconforme interpretatie biedt niet in alle gevallen uitsluitel. Dit geldt bijvoorbeeld voor het Engelse implementatierecht. Ingevolge artikel 3 van de Transfer of Undertakings (Protection of Employees) Act (TUPE) komt aan de bepalingen inzake een overgang van onderneming enkel betekenis toe voor zover de overgedragen onderneming zich op het Engelse grondgebied bevindt. Een richtlijnconforme interpretatie van het Engelse implementatierecht is derhalve *contra legem* en in dat opzicht niet toegestaan. Zolang het Verenigd Koninkrijk zijn nationale recht niet aanpast, komt aan het Engelse implementatierecht geen betekenis toe indien en voor zover een Nederlandse onderneming overgaat op een Engelse verkrijger.⁶⁵ Een werknemer die hierdoor schade ondervindt, kan in het beste geval van het Verenigd Koninkrijk een schadevergoeding vorderen.⁶⁶

- 59 HvJ EG 26 februari 1986, zaak C-152/84 (Marshall). In het arrest Faccini Dori (HvJ EG 14 juli 1994, zaak C-91/92) laat het Hof wederom blijken dat het horizontale directe werking van richtlijnen onacceptabel acht.
- 60 De richtlijnconforme interpretatie wordt door het Hof van Justitie geïntroduceerd in het Marleasing-arrest van 13 november 1990, zaak C-106/89. In dit arrest betrof het een onjuist omgezette richtlijnbeepaling, maar uit de uitgebreide vervolgiurisprudentie blijkt dat hetzelfde geldt bij te late of niet omgezette richtlijnbeepalingen.
- 61 HvJ EG 4 juli 2006, zaak C-212/04 (Adeneler).
- 62 Zie o.a.: HvJ EG 5 oktober 2004, gevoegde zaken C- 397/01 tot C-402/01 (Pfeiffer).
- 63 HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03 (Pupino) en HvJ EG 23 april 2009, zaak C-378/07 t/m zaak C-280/07 (Angelidaki).
- 64 S.S.M Peters & E.J.A. Franssen, Vakantierechten van zieke werknemers na Schultz-Hoff; wie betaalt de Europese rekening, TRA 2010, p. 22.
- 65 Zie hierover uitgebreid: J. McMullen, International outsourcing and transnational transfers of undertakings – a UK perspective, Company Law 2005, 26 (10), p. 296-303.
- 66 Dit betreft het leerstuk van staatsaansprakelijkheid. Zie: HvJ EG 19 november 1991, samen-gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich) en HvJ EG 5 maart 1996, samengevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pêcheur).

Het Hof van Justitie heeft in de arresten Mangold⁶⁷ en Swedex⁶⁸ geoordeeld dat rechters nationale bepalingen die strijdig zijn met richtlijnbevestigingen die (bepaalde) algemene beginselen van Europees recht preciseren, buiten toepassing moeten laten. Dit biedt echter geen oplossing in het geval van het Verenigd Koninkrijk. In de betreffende arresten ging het om algemene beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie. Deze beginselen liggen niet aan de Richtlijn ten grondslag; die is gestoeld op werknemersbescherming. Het is voorts nog niet duidelijk of de leer tevens andere algemene beginselen omvat,⁶⁹ los van de vraag of werknemersbescherming binnen het Unierecht een algemeen rechtsbeginsel betreft.

Uit het vorenstaande blijkt dat het implementatierecht inzake een overgang van onderneming over het algemeen toepasbaar is op grensoverschrijdende situaties. De uitwerking ten aanzien van de specifieke bepalingen staat in deze vijfde paragraaf centraal. Ik maak hierbij een onderscheid tussen claims die zijn gericht tegen de vervreemder en claims die zijn gericht tegen de verkrijger. Bijzondere aandacht komt toe aan de bepaling inzake het behoud van medezeggenschap. Dat aspect wordt behandeld in een aparte subparagraaf.

5.1 *Claims gericht tegen de vervreemder*

Op de vervreemder rust een informatieverplichting jegens de vertegenwoordigers van zijn eigen werknemers die bij de overgang betrokken zijn. Deze plicht geldt voorafgaand aan de overgang. Over het algemeen zal de werkgever de Nederlandse nationaliteit hebben, zodat bij een geschil aan de Nederlandse rechter bevoegdheid toekomt. Indien de werkgever een buitenlandse rechtspersoon betreft, kan de bevoegdheid worden gebaseerd op artikel 5 lid 5 Brussel I-Verordening. Wat het toepasselijke recht betreft, bleek in paragraaf 4.3 dat voorafgaand aan de overgang geen sprake is van een internationaal geval. Aan de Rome I-Verordening komt derhalve geen betekenis toe. Nu de informatie- en raadplegingsverplichtingen zich richten op de onderneming als geheel, is de toepassing onderworpen aan het recht waarbinnen de onderneming gelegen is. Bij een Nederlandse onderneming die overgaat, is dat het Nederlandse recht zoals neergelegd in de Wet op de ondernemingsraden en artikel 7:665a BW. Daarbij dient de vervreemder zijn werknemers op grond van goed werkgeverschap volledig in te lichten over de rechtsgevolgen van de overgang.⁷⁰

Andere mogelijke claims jegens de vervreemder kunnen betrekking hebben op de vernietigbaarheid van de opzegging wegens strijd met het opzegverbod of een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden. Ook ten aanzien hiervan geldt dat de overeenkomst op dat moment feitelijk nog geen raakpunten heeft met een andere rechtsorde, zodat de Nederlandse rechter bevoegdheid toekomt en het Neder-

67 HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04 (Mangold).

68 HvJ EG 29 januari 2010, zaak C-555/07 (Swedex).

69 Zie hierover uitgebreid: H. de Waele & I. Kieft, De doorwerking van richtlijnen en algemene beginselen van EU-recht. De stand van zaken na het arrest Küçükdeveci, NTER 2010, p. 5.

70 HR 26 juni 2009, JAR 2009/183 (Bos/Pax); HR 26 oktober 2007, JAR 2007/285 (Rabobank/Van Kuijk).

landse recht toepassing heeft. Dit is mijns inziens niet anders indien de claim wordt ingesteld na de grensoverschrijdende overgang (bijvoorbeeld een vordering tot betaling van achterstallig loon), ongeacht een eventuele verplaatsing van de ondernemingsactiviteit. De claim ziet immers op de periode voorafgaand aan de overgang en is gericht jegens de vervreemder die in Nederland gevestigd is.⁷¹

5.2 *Claims gericht tegen de verkrijger*

Claims jegens de buitenlandse verkrijger zullen over het algemeen betrekking hebben op het feit dat de verkrijger stelt dat de werknemer niet bij hem in dienst is getreden (en hij dus betwist dat is voldaan aan de criteria van een overgang van onderneming) of dat de verkrijger de werknemer in dienst heeft genomen tegen slechtere arbeidsvoorwaarden. Daarnaast kan worden gedacht aan een besluit van de werknemer om na de overgang alsnog tot een verbreking van de arbeidsovereenkomst te komen. Deze claims worden anders beoordeeld naargelang de overgang wel of niet leidt tot een verplaatsing van de ondernemingsactiviteit.

- *De ondernemingsactiviteit blijft gelegen in Nederland*

Wat de bevoegde rechter betreft, verwijst de hoofdregel naar de woonplaats van de buitenlandse verkrijger. Indien de ondernemingsactiviteit niet is verplaatst, kan de werknemer in beginsel eveneens terecht bij de Nederlandse rechter, aangezien hij gewoonlijk zijn werkzaamheden in Nederland verricht (artikel 19 Brussel I-Verordening). Op grond van artikel 9 lid 2 Rome I-Verordening wordt de discussie vervolgens beslecht op basis van het Nederlandse recht.

Discussie kan bestaan of aan de Nederlandse rechter op basis van artikel 19 Brussel I-Verordening rechtsmacht toekomt indien het geschil betrekking heeft op de vraag of van een overgang van onderneming sprake is. Indien de buitenlandse partij betwist dat de werknemer van rechtswege bij hem in dienst is getreden, kan moeilijk worden gesteld dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestaat, laat staan dat de werknemer jegens de buitenlandse partij gewoonlijk zijn werkzaamheden in Nederland verricht. In de Duitse literatuur is wel betoogd dat de vraag of van een overgang van onderneming sprake is, geen individueel maar een collectief belang dient.⁷² Dat zou betekenen dat artikel 19 Rome I-Verordening toepassing mist. Daar kan tegenover worden gesteld dat het antwoord op de vraag met een beroep op de arbeidsovereenkomst wordt afgedwongen en daarmee binnen het bereik van artikel 19 valt. Deze laatste wijze van redeneren is terug te vinden in een uitspraak van het Zweedse Arbeidsgerecht uit 1995.⁷³ Ter bepaling van de plaats waar de werknemer gewoonlijk zijn werk verrichtte, zocht het Arbeidsgerecht aansluiting bij het principe dat de arbeidsverhouding jegens de vervreemder automatisch overgaat op de verkrijger. Dat gold evenzeer ten aanzien van de plaats waar de werknemer jegens de vervreemder gewoonlijk zijn

71 Het instellen van een dergelijke claim na de overgang is uiteraard niet mogelijk indien de vervreemder als gevolg van de overgang is opgehouden te bestaan.

72 Feudner 1999, p. 1184.

73 De uitspraak wordt besproken in Malmberg 2006, p. 398. De uitspraak van het Arbeidsgerecht had betrekking op een geschil over de uitleg van het Verdrag van Lugano, maar kan vanwege de identieke bepaling in de Brussel I-Verordening ook dienen voor de uitleg daarvan.

arbeid had verricht. Juridisch is hierop wel wat af te dingen. Het is immers juist de overgang die ter discussie staat. Hierdoor kan strikt genomen (nog) niet worden gesproken van een vervreemder en verkrijger. Dat neemt niet weg dat de uitkomst in lijn is met de beschermingsgedachte van de Richtlijn. Daarmee acht ik in strijd dat de werknemer naar de buitenlandse rechter zou moeten stappen om zijn rechten geldend te maken, hetgeen voor veel werknemers een (te) groot obstakel zal zijn. Dit geldt op gelijke wijze indien de vermeende verkrijger de ondernemingsactiviteit naar het buitenland heeft verplaatst, nu de werknemer daar nog geen werkzaamheden heeft verricht.

Interessant is dat – zoals gezegd – bij vorderingen jegens de verkrijger eveneens rechtsmacht toekomt aan de rechter van de lidstaat waar de buitenlandse verkrijger woonplaats heeft. Indien het geschil bij een buitenlandse rechter wordt aangebracht, verwijst artikel 9 lid 2 Rome I-Verordening naar het buitenlandse implementatierecht. Dat zou betekenen dat het voor de werknemer lucratief kan zijn om naar de buitenlandse rechter te stappen indien het buitenlandse implementatierecht werknemersvriendelijker is in vergelijking tot het Nederlandse recht. De werknemer heeft op deze wijze de mogelijkheid de toepassing van de Richtlijn te manipuleren. Dit is ongewenst. Wellicht dat artikel 9 lid 3 Rome I-Verordening uitkomst biedt. Op grond hiervan kan de rechter toepassing geven aan het buitenlandse recht waar de verbintenissen van de arbeidsovereenkomst moeten worden nagekomen of zijn nagekomen voor zover deze bepalingen de tenuitvoerlegging van de arbeidsovereenkomst onwettig maken. Indien de onderneming niet wordt verplaatst, staat buiten twijfel dat de verbintenis in Nederland moet worden nagekomen. Lastiger is dat de bepaling de tenuitvoerlegging *onwettig* moet maken. Het is niet duidelijk hoe deze eis moet worden uitgelegd en of het overtreden van het implementatierecht van de lidstaat waar de arbeidsovereenkomst wordt uitgevoerd, leidt tot onwettigheid van de tenuitvoerlegging. Dit is in mijn ogen het geval. De buitenlandse rechter kan zijn nationale implementatierecht immers strikt genomen niet op het geschil toepassen, nu de onderneming in Nederland gelegen is. Daarbij is relevant dat het nut van artikel 9 lid 3 volgens de Commissie is gelegen in het feit dat de Brussel I-Verordening alternatieve bevoegdheidsgronden bevat, hetgeen bevestigt dat de werknemer met de keuze voor een bepaalde rechter niet de mogelijkheid moet hebben het toepasselijke recht te beïnvloeden.⁷⁴

- *De ondernemingsactiviteit wordt verplaatst naar het buitenland*

Bij een verplaatsing van de ondernemingsactiviteit naar het buitenland kunnen zich verschillende situaties voordoen. Allereerst is het mogelijk dat de ondernemingsactiviteit wordt verplaatst, maar dat de werknemer ten tijde van het indienen van de claim daar (nog) niet werkzaam is. Dit geldt bij de betwisting of van een overgang sprake is. Dit geschil is onderworpen aan Nederlands recht (zie hiervoor). Daarnaast kan worden gedacht aan een claim inzake het feit dat de beëindiging het gevolg is van een aanmerkelijke wijziging die voor toedoen van de werkgever (hier: de verkrijger) komt. Van een aanmerkelijke wijziging zal in de regel

74 COM(2005)650 def., p. 8.

sprake zijn indien bijvoorbeeld de reisafstand naar de nieuwe werkplek – zonder verhuizing – niet is te overbruggen of een onevenredige toename betreft.⁷⁵ Deze laatste bevoegdheid volgt uit artikel 4 lid 2 Richtlijn en is in Nederland zo geïmplementeerd dat de werknemer ook jegens de verkrijger om een ontbinding kan verzoeken. Dit is niet altijd zo. Het Duitse recht gaat bijvoorbeeld uit van een *Widerspruchrecht*.⁷⁶ Op grond hiervan kan de werknemer zich tegen de overgang verzetten, met als gevolg dat hij bij de vervreemder in dienst blijft.⁷⁷ Toepassing van het Duitse implementatierecht zou betekenen dat de Nederlandse werknemer jegens de verkrijger geen ontbinding kan verzoeken indien hij meent dat van een aanmerkelijke wijziging sprake is. Met name wanneer de vervreemder geen verhaal biedt, heeft de werknemer er baat bij dat hij tevens jegens de verkrijger om een ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan verzoeken.

Mijns inziens komt aan de Nederlandse rechter bevoegdheid toe. Hoewel de onderneming na de overgang in het buitenland is gevestigd, heeft de werknemer daar (nog) geen werkzaamheden verricht. In de lijn van de hiervoor besproken uitspraak van het Zweedse Arbeidsgerecht acht ik aannemelijk dat op grond van artikel 19 Brussel I-Verordening de Nederlandse rechter bevoegd is, omdat de werknemer voor de overgang gewoonlijk zijn arbeid in Nederland verrichtte. Dit betekent nog niet dat het Nederlandse recht van toepassing is. Daarover kan men twisten. De onderneming is na de overgang immers in het buitenland gelegen. Het is onduidelijk of kan worden gesteld dat het verzet ziet op de periode voor de overgang indien hierop na de overgang jegens de verkrijger een beroep wordt gedaan. Anders dan bij een loonvordering is de grens niet eenvoudig te trekken. Dat neemt niet weg dat ik de kans groot acht dat de Nederlandse rechter de vordering jegens de verkrijger aan het Nederlandse recht toetst met het argument dat de werknemer niet in het buitenland werkzaam is geweest en het in strijd is met het doel van de Richtlijn wanneer op de vordering (enkel door de verplaatsing van de ondernemingsactiviteit) buitenlands recht van toepassing zou zijn. Het valt evenwel te betwijfelen of dit conform artikel 9 Rome I-Verordening is.

Indien de arbeidsovereenkomst niet wordt beëindigd, zal de werknemer na de overgang over het algemeen zijn werkzaamheden in het buitenland gaan verrichten. Dit neemt niet weg dat de buitenlandse verkrijger ook dan de rechten en plichten uit de (collectieve) arbeidsovereenkomst dient na te komen zoals die

75 Bedacht moet worden dat de vervreemder op grond van artikel 3 Richtlijn gehouden is tot toepassing van de arbeidsvoorwaarden – waaronder veelal ook de arbeidsplaats valt – van de overgenomen werknemers. In zijn conclusie bij het Juuri-arrest (HvJ EG 27 november 2008, JAR 2009/20) merkt de A-G op dat artikel 4 lid 2 Richtlijn het feit compenseert dat deze regel uitzondering kan lijden. Dit geldt mijns inziens voor een wijziging van de arbeidsplaats door een overplaatsing van de ondernemingsactiviteit om een economische, technische of organisatorische reden, terwijl van de werknemer niet kan worden gevergd op de nieuwe locatie zijn werkzaamheden te verrichten.

76 Dit volgt uit § 613a Abs. 6 BGB. De werknemer heeft dit recht tot een maand nadat hij over de overgang van onderneming is geïnformeerd.

77 Dit geniet uitzondering in de situatie van een fusie ten gevolge waarvan de vervreemder ophoudt te bestaan. Zie hierover meer uitgebreid: F. Bayreuther, Kommentar § 613a BGB, in: G. Dornbusch, E. Fischermeier & M. Löwisch (red.), Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, Luchterhand 2010, p. 1010.

golden jegens de vervreemder. In dat opzicht is interessant welke rechten en plichten behouden blijven. Vallen hieronder ook de rechten die voortvloeien uit de wet, zoals bijvoorbeeld het ontslagrecht dat voorafgaand aan de overgang op de arbeidsovereenkomst van toepassing was? De verplaatsing van de ondernemingsactiviteit maakt deze vraag relevant, nu de werknemer na de overgang gewoonlijk in het buitenland zijn arbeid verricht en in die zin onderworpen raakt aan het buitenlandse recht.

Verschuillende interpretaties zijn mogelijk. Gezien de beschermingsgedachte van de Richtlijn kan worden gesteld dat de wettelijke rechten behouden blijven. Deze uitleg gaat uit van een ruime interpretatie van artikel 3 Richtlijn en is in de Duitse literatuur terug te vinden.⁷⁸ Ook kan worden verdedigd dat de tekst van artikel 3 Richtlijn enkel de rechten die voortvloeien uit de (collectieve) arbeidsovereenkomst noemt en niet die uit de wet. Deze meer strikte tekstuele interpretatie heeft mijn voorkeur.⁷⁹ Beslissend acht ik dat het Hof van Justitie in het arrest Collino overwoog dat de Richtlijn niet tot doel heeft de werknemer meer bescherming te bieden dan dat hij zonder overgang had genoten.⁸⁰ Indien de vervreemder de ondernemingsactiviteit zelf naar het buitenland had verplaatst (dus zonder een wijziging in het werkgeverschap en zonder nadere afspraken), zou het toepasselijke recht – met de hieruit voortvloeiende wettelijke rechten – ook zijn gewijzigd.⁸¹ Een bijkomend argument van meer praktische aard is dat een ruime uitleg tot gevolg heeft dat de vervreemder ten aanzien van verschillende werknemers binnen dezelfde onderneming voor altijd ander ontslagrecht moet toepassen. De Richtlijn kent voor wettelijke rechten namelijk niet de mogelijkheid om een einddatum op te nemen, zoals wel voor cao's mogelijk is.

Wettelijke rechten blijven dus niet behouden. Dit is anders voor de rechten die uit de (collectieve) arbeidsovereenkomst voortvloeien. Indien de werknemer na de overgang in het buitenland permanent zijn werkzaamheden verricht, kan de werknemer met een claim tot het behoud hiervan in beginsel niet bij de Nederlandse rechter terecht. Ook wordt een claim in beginsel beoordeeld aan de hand van het buitenlandse implementatierecht. Dat kan voor de werknemer nadelig uitpakken. Denk aan de situatie dat het buitenlandse recht bepaalde arbeidsvoorwaarden niet (er)kent of deze in het buitenland niet uitvoerbaar zijn. Ook kan worden gedacht aan de toepasselijkheid van de cao. Wij kennen in Nederland een ingewikkeld cao-systeem en het zal niet eenvoudig zijn de buitenlandse rechter uit te leggen waarom bepaalde cao-bepalingen op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijn en dus behouden moeten blijven. Dat wordt versterkt door de grote verschillen tussen de lidstaten inzake de wijze waarop de werknemer en de

78 Zie o.a.: Feudner 1999, p. 1184. Het valt op dat Feudner hiervan zonder nadere motivering uitgaat, hetgeen doet vermoeden dat hij zich niet de vraag heeft gesteld of de Richtlijn dit wel zo bedoelt.

79 In gelijke zin: Franssen 2009. Dit geniet mijns inziens uitzondering indien de arbeidsovereenkomst van de werknemer reeds voor de overgang op basis van het Nederlandse recht is opgezegd of ontbonden en pas na de overgang eindigt. In die situatie behoudt het Nederlandse recht zijn werking, nu de beëindiging op basis daarvan is geschied.

80 HvJ EG 14 september 2000, C-343/98 (Collino), r.o. 37.

81 Evenzo: Malmberg 2006, p. 403.

werkgever aan een cao gebonden zijn. Het is derhalve de vraag of met de toepassing van het buitenlandse recht de rechten en verplichtingen van de Nederlandse werknemers afdoende zijn beschermd. Daar kan men twijfels bij hebben. Aan de andere kant is het evenmin een oplossing indien het Nederlandse recht hierop van toepassing is. De Nederlandse implementatiebepalingen zijn geschreven voor de situatie dat de onderneming zich na de overgang in Nederland bevindt. Als tekenend voorbeeld dient de wijze waarop de binding aan een overgenomen cao eindigt (artikel 3 lid 3 Richtlijn). Nederland heeft deze bepaling geïmplementeerd in het licht van het Nederlandse cao-recht, waarbij geen rekening is gehouden met de mogelijkheid dat partijen na de overgang op enige wijze onderworpen raken aan een buitenlandse collectieve regeling. Daar komt bij dat het objectief toepasselijke recht dat de arbeidsovereenkomst beheerst na de overgang tevens het buitenlandse recht betreft. Daarmee is in lijn dat op deze aspecten van de Richtlijn buitenlands recht toepassing heeft.

5.3 Medezeggenschap

Een vreemde eend in de bijt is de bepaling inzake het behoud van medezeggenschap (artikel 6 Richtlijn). Vooropgesteld moet worden dat medezeggenschap niet voortvloeit uit de individuele arbeidsovereenkomst, maar een eigen 'scope rule'-bepaling kent die aansluit bij de vestigingsplaats van de onderneming. Voor zover de medezeggenschap gevolgen heeft voor de rechtsverhouding op individueel niveau, gedragen de bepalingen zich als voorrangsregel in de zin van de Rome I-Verordening.⁸² Dit is het geval wat de medezeggenschapsbepalingen betreft inzake de rechtspositie van de leden van de ondernemingsraad, zoals het recht op scholing, het recht op doorbetaling tijdens een vergadering en de bijzondere ontslagbescherming die deze leden toekomt. Dit geldt niet voor de collectieve bevoegdheden uit het medezeggenschapsrecht. Hieronder vallen de informatie-, raadplegings-, advies- en instemmingsrechten. Deze bepalingen gelden ten aanzien van het medezeggenschapsorgaan als collectief. De Rome I-Verordening is hierop dan ook niet van toepassing, zodat het toepasselijke recht wordt bepaald aan de hand van het IPR van de lidstaten zelf. Nederland sluit – net als Duitsland en België – hiervoor aan bij de vestigingsplaats van de onderneming.

Hoe werkt dit uit? In veel gevallen zal de overgenomen onderneming voorafgaand aan de overgang onderworpen zijn aan de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Artikel 6 Richtlijn moet voorkomen dat de medezeggenschap als een gevolg van de overgang komt te vervallen. Het artikel bepaalt dat de positie en de functie van de vertegenwoordigers of vertegenwoordiging van de bij de overgang betrokken werknemers behouden blijven indien de overgenomen onderneming als eenheid blijft bestaan. In het arrest UGT-FSP heeft het Hof van Justitie beslist dat het begrip 'als eenheid blijven bestaan' geen synoniem is van het begrip 'identiteitsbehoud'.⁸³ Volgens het Hof van Justitie blijft een onderneming als eenheid bestaan indien de verantwoordelijkheden van de overgegangene entiteit na de overgang in beginsel dezelfde organisatorische bevoegdheden hebben binnen de orga-

82 Van Hoek 2000, p. 465-466.

83 HvJ EU 29 juli 2010, C-151/09 (UGT-FSP).

nisatiestructuur van de verkrijger als die welke zij voor de overgang bezaten binnen de organisatiestructuur van de vervreemder.⁸⁴ Is dit niet het geval, dan moet het mandaat van de betrokken werknemersvertegenwoordigers worden beperkt tot de periode die nodig is voor de totstandkoming en samenstelling van een nieuw medezeggenschapsorgaan of de nieuwe aanwijzing van werknemersvertegenwoordigers.

Het arrest UGT-FSP zag op een overgang van onderneming die zich binnen de landsgrenzen van Spanje voordeed. Ook bij een grensoverschrijdende overgang kan zijn voldaan aan een behoud van identiteit indien de ondernemingsactiviteit niet wordt verplaatst en de onderneming dezelfde structuur behoudt.⁸⁵ Het enkele feit dat de verkrijger een buitenlandse rechtspersoon betreft, maakt niet dat de toepassing verschilt van een puur interne situatie. Ingevolge artikel 6 Richtlijn heeft het behoud van eenheid tot gevolg dat de Nederlandse ondernemingsraad mee overgaat op de verkrijger. Dat Nederland heeft verzuimd artikel 6 te implementeren, zal bij een behoud van eenheid in beginsel niet tot problemen leiden nu na de overgang in de meeste gevallen eveneens sprake zal zijn van een aparte onderneming in de zin van de WOR. Dit is anders indien de onderneming weliswaar in Nederland blijft, maar de eenheid niet behouden blijft. Dit geldt in gelijke zin voor puur interne situaties, zodat voor een uiteenzetting van dit aspect wordt volstaan met een verwijzing naar de Nederlandse literatuur die over dit onderwerp is verschenen.⁸⁶

Indien de ondernemingsactiviteit naar het buitenland wordt verplaatst, zal snel worden aangenomen dat de eenheid verloren is gegaan. De verkrijger zal de overgenomen activiteit in voorkomend geval integreren binnen zijn eigen onderneming. Maar ook indien dit niet het geval is, blijft de eenheid hoogstwaarschijnlijk niet bestaan. De advocaat-generaal (A-G) merkt in zijn conclusie bij het UGT-FSP-arrest op dat bij de toetsing rekening moet worden gehouden met de organisatorische realiteit van de betrokken entiteit na de overgang.⁸⁷ Ik leid hieruit af dat de inbedding in een buitenlands rechtstelsel en de toepassing van een buitenlands medezeggenschapssysteem maken dat van een behoud van eenheid geen sprake kan zijn. Dit betekent niet dat aan de functie en de positie van de werknemersvertegenwoordigers geen bescherming toekomt. De Richtlijn verplicht lidstaten in dat geval maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de bij de overgang betrokken werknemers na de overgang op eenzelfde wijze vertegenwoordigd blijven. In het arrest UGT-FSP maakt het Hof van Justitie duidelijk dat hiermee is bedoeld dat hun mandaat blijft gelden totdat een nieuwe werknemersvertegen-

84 Een eventuele herverdeling van organisatorische bevoegdheden binnen de overgegangene entiteit doet in beginsel niet af aan het voortbestaan als eenheid.

85 De overgang van onderneming behelst in dat geval niet meer dan een verandering van het werkgeverschap.

86 Zie over de toepassing van het arrest UGT-FSP binnen de Nederlandse rechtssfeer: I. Zaal, Medezeggenschap na overgang van onderneming: behoud van eenheid is geen synoniem van identiteitsbehoud, *ArA* 2010/3; R.M. Beltzer, Europese Hof van Justitie volgt A-G: identiteit en eenheid zijn inderdaad verschillende zaken, *AR-updates commentaar* 2010, p. 16; R.H. van het Kaar, Voortbestaan medezeggenschap na overgang van onderneming, *TRA* 2010, p. 92.

87 Zie r.o. 96 van de conclusie van de A-G.

woordiging is samengesteld ten aanzien waarvan alle werknemers – ook de overgenomen werknemers – invloed hebben uitgeoefend.

Het Hof van Justitie maakt niet duidelijk wat onder ‘het behoud van mandaat’ moet worden verstaan. In de Nederlandse literatuur is gesteld dat hiermee is bedoeld op het behoud van zowel de individuele als de collectieve bevoegdheden van het medezeggenschapsrecht.⁸⁸ Dit zou bij een verplaatsing van de ondernemingsactiviteit naar het buitenland betekenen dat de verkrijger alsnog aan twee verschillende medezeggenschapssystemen is gebonden. Dat is operationeel onuitvoerbaar. Niet alleen moet de buitenlandse verkrijger zich het Nederlandse medezeggenschapsrecht eigen maken, maar daarnaast is de Ondernemingskamer of de kantonrechter bevoegd bij een eventueel geschil. Een dergelijke uitkomst kan niet zijn beoogd, nu de onderneming zich in het buitenland bevindt. Daarbij heeft de Richtlijn niet tot doel de werknemer meer bescherming te bieden dan dat hij zonder overgang had genoten.⁸⁹ In dit licht bezien, ben ik van oordeel dat onder het ‘behoud van mandaat’ niet de collectieve bevoegdheden worden verstaan. Deze bevoegdheden worden op grond van het territorialiteitsbeginsel vormgegeven door het recht waarbinnen de onderneming ressorteert. Dit is bij een verplaatsing van de ondernemingsactiviteit het buitenlandse medezeggenschapsrecht.⁹⁰ Wel behouden de vertegenwoordigers hun functie en de individuele bevoegdheden uit het medezeggenschapsrecht van de vervreemder. Hoe de verkrijger de werknemersvertegenwoordigers vervolgens in de besluitvorming betreft, laat de Richtlijn open ter bepaling van de lidstaten, onder de voorwaarde dat de werknemers naar behoren vertegenwoordigd blijven. Bij een verplaatsing van de ondernemingsactiviteit wordt dit vormgegeven door het buitenlandse recht. Wordt de ondernemingsactiviteit bijvoorbeeld naar België verplaatst, dan worden de werknemersvertegenwoordigers toegevoegd aan een reeds bestaande ondernemingsraad.⁹¹

6 Conclusie

De Richtlijn overgang van onderneming besteedt geen aandacht aan grensoverschrijdende situaties. Het valt echter te verwachten dat een grensoverschrijdende overgang zich in de toekomst steeds vaker zal voordoen. Dit erkent ook de Commissie in haar adviesaanvraag uit 2007.⁹² Dit brengt mij tot de in de inleiding opgeworpen vraag of de Richtlijn op dit punt aanpassing behoeft. Ik zie hiertoe geen noodzaak voor de rechtsmacht. De Brussel I-Verordening biedt hiertoe een afdoende oplossing. Ingevolge deze verordening kan de Nederlandse werknemer

88 Zaal 2010.

89 HvJ EG 14 september 2000, C-343/98 (Collino), r.o. 37.

90 Indien op de buitenlandse onderneming geen medezeggenschapsregime van toepassing is, geldt op grond van artikel 6 lid 2 Richtlijn dat de beschermende maatregelen van voor de overgang op de vertegenwoordigers van toepassing blijven.

91 Hoewel deze bepaling is geschreven voor een interne overgang van onderneming, noopt een richtlijnconforme interpretatie ertoe deze bepaling tevens toe te passen op een grensoverschrijdende situatie.

92 Commission consultation document, punt 9.

bij een geschil over de toepassing van de Richtlijn over het algemeen bij de voor hem vertrouwde Nederlandse rechter terecht. Dit is slechts anders indien de werknemer zich met de ondernemingsactiviteit naar het buitenland verplaatst en de vordering betrekking heeft op de periode ná de overgang. Deze uitkomst is te rechtvaardigen, nu in die situatie ook het werkland een wijziging ondergaat.

De zoektocht naar het toepasselijke recht is een stuk lastiger. De toetsing aan de Rome I-Verordening leert dat het toepasselijke recht niet eenvoudig is vast te stellen en met de nodige onzekerheden is omgeven. Belangrijkste oorzaak is dat de Richtlijn niet duidelijk maakt hoe de verschillende bepalingen zijn te kwalificeren: gaat het om regelend recht, dwingend recht, zijn het voorrangregels of verschilt dit wellicht per bepaling? Dat de literatuur over deze aspecten verschillende standpunten inneemt, maakt de toepassing er niet eenvoudiger op. Hoewel ik meen dat de bepalingen zich ten opzichte van de individuele arbeidsovereenkomst als voorrangregel gedragen, ben ik mij ervan bewust dat ook deze uitleg niet onder alle omstandigheden de vereiste duidelijkheid biedt. Dit heeft van doen met de afwijkende aard van de bepalingen, waardoor de toepassing van de Richtlijn niet altijd tot de individuele arbeidsovereenkomst te herleiden valt. Daarbij is onzeker hoe rechters zullen omgaan met de toepassing van artikel 9 lid 3 Rome I-Verordening.

De hiervoor genoemde onduidelijkheden leiden tot rechtsonzekerheid, hetgeen de werknemer ervan kan weerhouden een vordering inzake de onjuiste toepassing aanhangig te maken. Een dergelijke uitkomst is in strijd met de beschermingsgedachte die aan de Richtlijn ten grondslag ligt. In dat licht bezien, acht ik het noodzakelijk dat in de Richtlijn een verwijzingsregel inzake het toepasselijke recht wordt opgenomen. Nu de Richtlijn zich expliciet richt op de onderneming, ligt het voor de hand aan te knopen bij de woonplaats van de onderneming. Dit houdt kort gezegd in dat vorderingen die betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de overgang, onderworpen zijn aan het Nederlandse recht. Dit geldt eveneens voor vorderingen na de overgang, voor zover de ondernemingsactiviteit niet wordt verplaatst. Vindt wel een verplaatsing plaats, dan wijzigt het toepasselijke recht wat betreft de vorderingen die betrekking hebben op de periode na de overgang. Eén probleem resteert. Het is mijns inziens niet opportuun bij de gewijzigde woonplaats van de onderneming aan te sluiten indien de werknemer daar (nog) geen werkzaamheden heeft verricht. De verwijzingsregel moet voor die situaties ruimte bieden om het recht van het vertrekland toe te passen.

Het zal zijn opgevallen dat de aanknopng bij de woonplaats van de onderneming over het algemeen leidt tot een ongeveer vergelijkbare uitkomst als de in deze bijdrage geschetste toepassing van de Rome I-Verordening. Desondanks verdient een verwijzingsregel de voorkeur, omdat hiermee een einde komt aan de discussie inzake de kwalificatievraag. Met een eenduidige verwijzingsregel bestaat geen misverstand over het antwoord op de vraag welk recht van toepassing is. Dit leidt tot een goede hanteerbaarheid van de bepalingen en dient daarmee de vereiste rechtszekerheid.

De verwijzingsregel kan als volgt komen te luiden:

‘De toepassing van de Richtlijn wordt beheerst door het recht van de woonplaats van de onderneming, vestiging of onderdeel van de onderneming of vestiging die overgaat. Bij de verplaatsing van de overgenomen economische activiteit naar een andere lidstaat, is na de overgang het recht van de ontvangende lidstaat van toepassing, met dien uitzondering dat uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de toepassing van de Richtlijn een nauwere band heeft met het vertrekland. In dat laatste geval is het recht van het vertrekland van toepassing.’