

WERKNEMER VOLGT WERK... OF NIET

Tekst: Anita de Jong

De businesscase bij outsourcing wordt mede bepaald door de vraag of de leverancier met het werk ook werknemers moet overnemen. Bij een tweede en volgende generatie outsourcingcontracten kunnen hier – over de hoofden van de werknemers heen – tussen de oude en de nieuwe leverancier lastige discussies over ontstaan. Wanneer volgt de werknemer het werk en vooral... wanneer niet?

Als een opdrachtgever voor het eerst activiteiten uitbestedt, is er meestal geen discussie over de vraag of er sprake is van een overgang van een onderneming, of een onderdeel daarvan. In het programma van eisen wordt veelal van de dienstverlener geëist dat deze de bij de uitbestede activiteiten betrokken werknemers overneemt en hierin wordt vaak ook al verondersteld dat er sprake zal zijn van een overgang van een onderneming. In dat geval gaan de werknemers automatisch over naar de dienstverlener en behouden zij in beginsel aanspraak op een behoud van hun arbeidsvoorwaarden. Bij een volgende generatie outsourcing wordt door de opdrachtgever veelal niet meer geëist dat de nieuwe dienstverlener personeel van zijn voorganger overneemt. Integendeel, door met een nieuwe dienstverlener in zee te gaan beoogt de opdrachtgever vaak een kwaliteitsverbetering en/of een kostenreductie, door een slimmere inzet van vaak minder dan wel minder kostbare arbeidskrachten. Deze doelstellingen zouden in het gedrang kunnen komen indien de nieuwe dienstverlener verplicht zou worden al het personeel van zijn voorganger over te nemen.

WANNEER SPRAKE VAN OVERGANG ONDERNEMING?

De wetgeving over een overgang van onderneming is gebaseerd op de Europese Richtlijn Overgang van onderneming, die overigens bedoeld was voor klassieke (activa)overnames. Het Hof van Justitie EU oordeelt over de vraag hoe bepalingen uit deze Richtlijn, die in nationale wetten van de EU-lidstaten is geïmplementeerd, geïnterpreteerd dienen te worden. Het Europese Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de Richtlijn Overgang van onderneming ook van toepassing kan zijn op outsourcing.

Ook bij outsourcing dient de vraag of er sprake is van een overgang van onderneming volgens het Hof van Justitie EU te worden beantwoord aan de hand van het criterium of de onderneming na een wijziging van ondernemer *identiteit* behoudt. Bij dit onderzoek

spelen alle feiten en omstandigheden van het geval een rol, zoals de aard van de onderneming, of (im)materiële activa worden overgedragen, of vrijwel al het personeel wordt overgenomen, of een klantenkring wordt overgedragen en of sprake is van een voortzetting of hervatting met dezelfde of soortgelijke activiteiten.

ARBEIDSINTENSIEVE ACTIVITEITEN

In het Süzen-arrest heeft het Europese Hof van Justitie in 1997 beslist dat er bij een heruitbesteding zeker niet altijd sprake van een overgang van onderneming zal zijn. Het loutere verlies van een opdracht aan een concurrent die soortgelijke bedrijfsactiviteiten uitoefent, vormt namelijk onvoldoende aanwijzing voor een overgang van onderneming. Het behoud van identiteit dient ook uit andere factoren te blijken.

Verder werd overwogen dat het *gewicht* van de factoren die een rol spelen bij de vraag of er sprake is van behoud van identiteit, verschilt al naar gelang de *aard* van de uitgeoefende activiteiten, de productiewijze en de bedrijfsvoering.

Binnen de dienstverlenende sector, waarin arbeidskrachten de voornaamste productiefactor zijn, zal tot een overgang van onderneming geconcludeerd kunnen worden, indien de nieuwe dienstverlener niet alleen de activiteiten voortzet, maar ook een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet overneemt. Dit kan aan de orde zijn als getalsmatig de meerderheid van de werknemers overgaat, maar ook als een minderheid naar de nieuwe leverancier overgaat, waaronder een aantal werknemers met sleutelposities.

In een recent arrest van het Hof van Justitie EU uit 2011 inzake CLECE werd nog eens bevestigd dat juist in sectoren waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor bij een activiteit zijn – in dat geval de schoonmaaksector – geen sprake van een overgang van onderneming zal zijn indien de verkrijger slechts de activiteit voortzet en *geen wezenlijk deel van het personeel van de vorige dienstverlener overneemt*. In dit geval had een weer insourcende opdrachtgever

zelf nieuwe arbeidskrachten aangevraagd, waardoor er volgens het Hof van Justitie EU geen sprake was van een overgang van een economische eenheid, die haar identiteit had behouden.

Kort geding Atos en Ordina

In een recentelijk gepubliceerd kort-gedingvonnis van de voorzieningenrechter te Utrecht stredden Atos en Ordina – als respectievelijk latende en verkrijgende leverancier van ict-dienstverlening aan Equens – een conflict uit over wie de werkgever van een daarbij betrokken werknemer was. Ordina had geen emplooi voor deze werknemer van Atos, terwijl Atos stelde dat hij, mede wegens een maandenlange transitiefase, op grond van een overgang van onderneming naar Ordina was overgegaan. De rechter overwoog dat ict-dienstverlening in het algemeen een arbeidsintensief karakter heeft, maar dat deze ook gemengd (zowel arbeids- als kapitaalintensief) van aard kan zijn. In dit kort geding werd evenwel geoordeeld dat Ordina geen essentiële immateriële of materiële activa, zoals servers die voorheen door Atos werden gebruikt, had overgenomen. Voorts zouden de werkzaamheden na de contractwisseling op andere locaties worden uitgeoefend. Omdat de arbeidskrachten de voornaamste factor van de activiteit waren en Ordina haar eigen werknemers wenste in te zetten, was de identiteit van de onderneming na de overgangsdatum volgens de rechter niet behouden gebleven. Omdat er geen sprake was van een overgang van onderneming bleef de werknemer bij Atos in dienst.

KAPITAALINTENSIEVE ACTIVITEITEN

Als de arbeidskrachten *niet* de voornaamste factor zijn – zoals door het Europese Hof van Justitie werd geconcludeerd bij busvervoer, omdat dit een belangrijke inzet van *materiële activa* vereist – dan zal zelfs de overname van het merendeel van het betrokken personeel onvoldoende zijn

Gedragsregels leveranciers

In een steeds competitievere markt kunnen de relaties tussen leveranciers verharder, terwijl de meeste leveranciers zowel contracten winnen als verliezen. In de praktijk bestaat behoefte aan gedragsregels tussen leveranciers, mede om de werknemers niet tussen wal en schip te laten vallen. De Werkgroep HR van Platform Outsourcing Nederland buigt zich momenteel, in samenwerking met vakorganisaties, over een convenant voor het vrijwillig toepassen van gedragsregels, waarbij ook is gekeken naar de Duitse *Verhaltenskodex zum Mitarbeiterübergang beim '2nd Generation Outsourcing'* d.d. 6 november 2008 van BITCOM. Dergelijke gedragsregels zullen de regels over overgang van onderneming niet opzij kunnen zetten, maar mogelijk tussen leveranciers onderling en voor de betrokken werknemers wel meer duidelijkheid kunnen bieden. Naar verwachting zullen deze gedragsregels nog dit jaar worden gepubliceerd.

om te concluderen dat er sprake is van een overgang van onderneming.

GEMENGDE ACTIVITEITEN

In het Sodexo-arrest uit 2003 werd door het Europese Hof geoordeeld dat cateringactiviteiten, die op de locatie heel wat uitrusting in de keuken vereisten, door zowel het arbeids- als het kapitaalintensieve karakter daarvan feitelijk gemengd van aard zijn. In dat geval diende de nieuwe dienstverlener de keukenuitrusting op de locatie over te nemen en ook de klantenkring bleef behouden, op grond waarvan het Europese Hof van Justitie, onder meer, een overgang van een economische eenheid aanwezig achtte.

ICT-DIENSTVERLENING IS ARBEIDS-INTENSIEF

Tot dusverre is de aard van ict-dienstverlening in de jurisprudentie als arbeidsintensief aangemerkt. Als dus het merendeel van de werknemers naar de nieuwe dienstverlener overgaat, zal daar snel uit afgeleid kun-

nen worden dat de onderneming haar identiteit heeft behouden; in beginsel alle daarbij betrokken werknemers zullen dan met behoud van arbeidsvoorwaarden overgaan naar de leverancier die de activiteiten overneemt. Laat de nieuwe dienstverlener de werkzaamheden echter (grotendeels) door eigen werknemers uitvoeren dan zal bij ict-dienstverlening niet zo snel tot een overgang van een onderneming geconcludeerd kunnen worden, zeker als de nieuwe dienstverlener ook nog een andere werkwijze en organisatie van het werk kent.

In dat laatste geval zal er dus niet snel sprake zijn van een overgang van (een onderdeel van) een onderneming en zullen de werknemers in beginsel niet automatisch het werk volgen, laat staan dat ze een behoud van hun arbeidsvoorwaarden kunnen afdwingen. Overigens betekent dat niet dat de werknemers daardoor niet beschermd zijn, omdat er bij de nieuwe dienstverlener mogelijk ook geen em-plooi voor de werknemers is. Bovenal houdt de werkgever die een contract verliest (in tegenstelling tot de meeste klassieke overnames) meestal nog een onderneming over, waarbinnen mogelijk nog andere passende functies voorhanden zijn of weer nieuwe activiteiten kunnen worden geworven, waarmee de werkgelegenheid van de werknemers kan worden veiliggesteld. In het andere geval zal een werknemer in geval van een beëindiging van zijn dienstverband veelal aanspraak kunnen maken op een vergoeding. Natuurlijk kan de oude leverancier hierdoor wel met niet onaanzienlijke kosten worden geconfronteerd. Reden om in een outsourcingcontract tevens rekening te houden met de financiële gevolgen van dergelijke exit-scenario's.

ICT-DIENSTVERLENING KAN OOK GEMENGD VAN AARD ZIJN

In de literatuur en in de rechtspraak wordt ten slotte nog wel eens een beroep gedaan op het zogenaamde Ferrotron-arrest van het Europese Hof van Justitie uit 2009. Hierin werd in vervolg op het hierboven genoemde Sodexo-arrest overwogen dat er ook

sprake van behoud van identiteit kan zijn, wanneer de functionele band die bij de vorige ondernemer tussen de diverse (productie)factoren bestond na de overgangdatum behouden is gebleven. Hiervoor zullen dan echter wel de nodige feiten en omstandigheden gesteld, en zo nodig bewezen, moeten worden, in het bijzonder dat de nieuwe dienstverlener werknemers en/of *belangrijke materiële ac-*

BELANGRIJK IS HET CRITERIUM OF DE ONDERNEMING NA EEN WIJZIGING VAN ONDERNEMER IDENTITEIT BEHOUDT

tiva van diens voorganger overneemt, de werkzaamheden vanuit dezelfde locatie worden verricht, en/of op basis van een vergelijkbare werkwijze en bedrijfsvoering.

Kortom: bij de beantwoording van de vraag of er bij ict-dienstverlening sprake kan zijn van een overgang van een onderneming is specialistische kennis van zowel Europese als Nederlandse jurisprudentie vereist, omdat anders in dergelijke discussies op het scherpst van de snede de noodzakelijke argumenten worden gemist.

Anita A. de Jong (anita.dejong@hoganlovells.com) is partner en advocaat arbeidsrecht bij Hogan Lovells International LLP te Amsterdam. Zij is tevens lid van de Werkgroep HR van Platform Outsourcing Nederland.