

**Wat zijn de rechten van werknemers bij het outsourcen** van een deel van de onderneming? Volgt de werknemer het werk? Om te beginnen, zegt Anita de Jong, moet men de vraag stellen of er wel sprake is van een 'overgang van onderneming'. Zij belicht een aantal scenario's aan de hand van juridische uitspraken.

door: ANITA DE JONG beeld: MARC KOLLE

Volgt de werknemer het werk bij heruitbesteding van IT-diensten of niet?

# RECHTEN WERKNEMER BIJ OUTSOURCING



**D**e wetgeving over 'overgang van onderneming', die oorspronkelijk is bedoeld voor klassieke overnames, kan ook op outsourcingtransacties van toepassing zijn. In geval van een overgang van (een onderdeel van) een onderneming volgen de werknemers het werk en behouden zij in beginsel aanspraak op hun arbeidsvoorwaarden. Maar vanzelfsprekend is dit allang niet meer. Wanneer een opdrachtgever voor het eerst activiteiten uitbesteedt bestaat er meestal niet zoveel discussie of er sprake is van een overgang van een onderneming. In het programma van eisen wordt veelal ook van de dienstverlener verlangd dat deze de bij de uitbestede activiteiten betrokken werknemers overneemt. Bij tweedegeneratie-outsourcing (en verder) eist de opdrachtgever vaak niet dat de nieuwe dienstverlener zijn voormalige werknemers overneemt. De nieuwe dienstverlener kan ook de voorkeur geven aan het inzetten van eigen

werknemers die de diensten goedkoper en/of kwalitatief beter kunnen leveren. Deze doelstelling kan in het gedrang komen als de nieuwe dienstverlener toch verplicht zou worden het door zijn voorganger ingezette personeel over te nemen.

### Vraag

Om de juridische positie van de betrokkenen te wegen, dient allereerst de vraag beantwoord te worden of er wel sprake is van een 'overgang van onderneming'. En dit aan de hand van het criterium of de ondernemingsactiviteiten na een wijziging van ondernemer 'identiteit'

behouden. Bij het onderzoek hiernaar spelen alle feiten en omstandigheden van het geval een rol. Dat geldt bijvoorbeeld voor de vraag of er sprake is van een voortzetting of hervatting met dezelfde of soortgelijke activiteiten. Maar ook de aard van de onderneming, of (im)materiële activa worden overgedragen, of personeel wordt overgenomen en of een klantenkring wordt overgedragen zijn in dit verband van belang. In 1997 heeft het Europese Hof van Justitie (in het Süzen-arrest) beslist dat er bij een heruitbesteding zeker niet altijd sprake van een overgang van onderneming behoeft te zijn. Het

## MEESTE RECHTERS OORDELEN DAT ICT-DIENSTVERLENING ARBEIDSINTENSIEF IS

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 dus ook uit andere factoren te blijken. Het Hof overwoog verder dat het gewicht van de factoren op basis waarvan wordt bepaald 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 zijn arbeidskrachten de voornaamste productiefactor. Daar zal tot een overgang van onderneming kunnen worden geconcludeerd als de nieuwe dienstverlener niet alleen de activiteiten voortzet, maar ook een wezenlijk deel – wat aantal of deskundigheid betreft – overneemt van het personeel dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet.

In 2011 heeft het Hof van Justitie EU in het CLECE-arrest nog eens bevestigd dat juist in sectoren waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor bij een activiteit zijn, er géén 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 opdrachtgever na beëindiging van een schoonmaakcontract zelf de exploitatie weer ter hand genomen met zelf geworven arbeidskrachten. Omdat er geen sprake was van een overgang van een economische eenheid die haar identiteit had behouden, gingen de zittende werknemers niet over. Zijn de arbeidskrachten daarentegen niet de voornaamste factor – zoals door het Europese Hof van Justitie in 2001 werd geconcludeerd bij busvervoer, omdat dit juist een belangrijke inzet van materiële activa vereist – dan zal zelfs de overname van het merendeel van het betrokken personeel onvoldoende zijn om tot een overgang van onderneming te concluderen. In 2003 heeft het Europese Hof (in het Sodexo-arrest) nog gedetailleerdere regels gegeven en geoordeeld dat cateringactiviteiten, die op de locatie heel wat uitrusting in de keuken vereisen, feitelijk een gemengd karakter dragen, door zowel het arbeids- als het kapitaalintensieve karakter daarvan. Omdat de nieuwe dienstverlener onder meer de keuken-uitrusting op de locatie diende over te nemen en de klantenkring behouden bleef, achtte het Europese Hof van Justitie een overgang van een economische eenheid aanwezig. Alle werknemers gingen alsnog van rechtswege naar de nieuwe dienstverlener over, met in beginsel een behoud van hun arbeidsvoorwaarden.

### IT-dienstverlening

Tot op heden hebben de meeste Nederlandse rechters geoordeeld dat ICT-dienstverlening als arbeidsintensief moet worden aangemerkt. Als een nieuwe dienstverlener dus het merendeel van de zittende werknemers (of eventueel een kleiner deel van de werknemers dat een sleutelpositie vervult) overneemt, zal daaruit vrij gemakkelijk kunnen worden afgeleid dat de economische eenheid na die (her)uitbesteding haar identiteit heeft behouden. Indien de nieuwe dienstverlener daarentegen nauwelijks of geen werknemers overneemt, zal gelet op het arbeidsintensieve karakter van de activiteiten, niet snel tot een overgang van onderneming kunnen worden geconcludeerd.

## Kort geding Atos en Ordina

Tijdens een kort geding in 2013 streeden Atos en Ordina – als respectievelijk latende en verkrijgende leverancier van ICT-dienstverlening (aan Equens) – over de vraag wie de werkgever was van een werknemer. Ordina wenste de werknemer niet van Atos over te nemen, terwijl Atos stelde dat hij, mede wegens een maandenlange transitiefase, was overgegaan naar Ordina.

De rechter bevestigde dat ICT-dienstverlening in het algemeen een arbeidsintensief karakter heeft, maar deze soms ook gemengd (arbeids- en kapitaalintensief) van aard kan zijn. In dit geval oordeelde de rechter echter dat Ordina noch werknemers, noch relevante immateriële of materiële activa had overgenomen. Voorts werden de werkzaamheden na de contractwisseling op andere locaties uitgeoefend. Omdat de arbeidskrachten de karakteristieke prestatie leverden in Ordina zijn eigen werknemers wenste in te zetten, was de identiteit van de onderneming na de contractwisseling niet behouden gebleven. Bij gebreke van een overgang van onderneming gingen de medewerkers dus niet naar Ordina over.

## BIJ HERUITBESTEDING KUNNEN WERKNEMERS TUSSEN WAL EN SCHIP TERECHTKOMEN

Teneinde alsnog tot een overgang van onderneming te kunnen concluderen is in de literatuur en de rechtspraak nog wel eens een beroep gedaan op het zogenaamde Ferrotron-arrest van het Hof van Justitie EU uit 2009. Hierin werd overwogen dat er ook sprake van een behoud van identiteit kan zijn, wanneer de functionele band die bij de vorige ondernemer tussen de diverse (productie)factoren bestond na de overgangsdatum behouden is gebleven. Hiervoor zullen echter ook weer de nodige feiten en omstandigheden gesteld, en zo nodig bewezen, moeten worden. Het accent kan dan nog wat anders komen te liggen als de activiteiten feitelijk een gemengd (zowel arbeidsintensief als kapitaalintensief) karakter dragen. In dat laatste geval zal zowel een rol kunnen spelen of de nieuwe dienstverlener (het merendeel van de) werknemers van diens voorganger overneemt, als belangrijke (im)materiële activa, zoals servers en vitale software. Voorts kan bij de vraag of de ondernemingsactiviteiten hun identiteit hebben behouden meespelen, of de werkzaamheden vanuit eenzelfde locatie worden verricht, of juist niet.

Bij de vraag of bij uitbesteding van ICT-dienstverlening sprake is van een overgang van onderneming of niet, kan elk argument er toe doen. Er is specialistische kennis van zowel Europese als Nederlandse jurisprudentie vereist om daarbij zo nodig géén argument te missen.

### Discussie

Zeker niet elke (her)uitbesteding zal te kwalificeren zijn als overgang van onderneming en hierover is zeker bij tweedegeneratiecontracten (en verder) de nodige discussie mogelijk. Als niet duidelijk is wie na een (her)uitbesteding als werkgever moet worden aangemerkt, kunnen de werknemers tussen wal en schip terecht komen. Is er géén sprake van een overgang van de onderneming dan blijven de werknemers in dienst bij de op-

drachtgever of de oude dienstverlener.

Dit betekent overigens niet dat deze werknemers geen bescherming meer genieten. Als de nieuwe dienstverlener geen werk heeft voor de werknemer, of minder financiële middelen om een ontslagvergoeding te betalen, zijn de werknemers verder van huis. Bovenal houdt de leverancier die het contract verliest (in tegenstelling tot bij een deel van de klassieke overnames), meestal nog wel een onderneming over waarin de zittende werknemers mogelijk kunnen worden herplaatst. Verder kan de werkgever ook weer emploti bieden door nieuwe opdrachten te acquireren, mits daarop (dan ook liefst zoveel mogelijk) eigen medewerkers kunnen worden ingezet. Lukt dit niet – en dat is onder de huidige economische omstandigheden ook denkbaar – dan zal de werknemer die niet overgaat veelal nog kunnen terugvallen op financiële voorzieningen die door zijn werkgever bij einde dienstverband worden getroffen.

Uiteraard kan de oude dienstverlener hierdoor wel worden geconfronteerd met aanzienlijke afvloeiingskosten. Dienstverleners zullen er dus op moeten toezien dat in hun outsourcingcontracten al bij voorbaat rekening wordt gehouden met scenario's waarin de werknemers niet meer het werk volgen. <<



Anita de Jong is partner en advocaat arbeidsrecht alsook outsourcingspecialist en hoofd van de sectie Arbeidsrecht van Hogan Lovells International LLP te Amsterdam. Zij is tevens lid van de werkgroep HRM van Platform Outsourcing Nederland.