

## Hoofdstuk 4: Onvrijwillige concernaansprakelijkheid

---

F.G. Laagland<sup>1</sup>

1. Probleemstelling en afbakening.....	2
2. Technieken voor doorbraak van aansprakelijkheid .....	2
3. Onrechtmatig handelen jegens schuldeisers in het algemeen .....	4
3.1. Van misbruik en het hebben van een zorgplicht.....	4
3.2. Een hechte concernstructuur.....	6
3.3. Het schenden van de zorgplicht .....	7
4. Werknemers als bijzondere categorie schuldeisers.....	10
4.1. Toepassing en invulling van de zorgplicht in het arbeidsrecht.....	10
4.2. De zorgplicht bij een contractswissel met behoud van werkzaamheden .....	10
4.3. De zorgplicht bij een contractswissel met wijziging van werkzaamheden.....	12
4.4. De zorgplicht in de vorm van een waarschuwingsplicht tijdens de arbeidsovereenkomst ...	14
4.5. De zorgplicht in de vorm van een garantstelling tijdens de arbeidsovereenkomst .....	15
4.6. Het gewekte vertrouwen als bijzondere categorie .....	16
5. Enkele slotopmerkingen en aanbevelingen .....	18
6. Stellingen.....	19

---

<sup>1</sup> Mevr. mr. F.G. Laagland is als universitair hoofddocent werkzaam bij de vaksectie Sociaal Recht (Onderzoekcentrum Onderneming & Recht) aan de Radboud Universiteit te Nijmegen.

## **1. Probleemstelling en afbakening<sup>2</sup>**

Een belangrijk motief voor concernvorming is een spreiding van aansprakelijkheid. De regel dat ieder rechtssubject aansprakelijk is voor zijn eigen schulden ligt stevig in de wet verankerd (art. 3:276 BW). Hiermee hangt samen dat de aandeelhouder - dus ook de moeder als meerderheidsaandeelhouder - niet aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap (art. 2:64/175 lid 1 BW). Dit wordt ook wel het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid genoemd. Het ingebrachte kapitaal door de aandeelhouders behoort toe aan de vennootschap (art. 2:10 BW). Op dit kapitaal kunnen de schuldeisers van de vennootschap zich onder andere verhalen. De aandeelhouders zijn niet gehouden boven het bedrag dat op hun aandelen behoort te worden gestort, in de verliezen van de vennootschap bij te dragen. Werknemers kunnen in beginsel dus slechts de vennootschap waarmee is gecontracteerd aanspreken op financiële verplichtingen uit hun arbeidsovereenkomst.

Bovenstaande juridische benadering kan in de praktijk aanleiding geven tot fricties. Gedragingen van andere concernonderdelen kunnen van (ingrijpende) invloed zijn op de arbeidsrelatie van de werknemer en met name op zijn mogelijkheden tot verhaal. Denk aan de situatie dat de moeder forse dividenduitkeringen krijgt uitgekeerd met als gevolg dat de dochter niet meer aan haar loonverplichtingen kan voldoen. Een ander voorbeeld ligt in het verlengde van de in het vorige hoofdstuk besproken contractswissel en doet zich voor als de werknemer op initiatief van het concern een arbeidscontract met een ander concernonderdeel aangaat dat binnen korte tijd failliet gaat. De vraag die opkomt, is onder welke omstandigheden de werknemer een ander concernonderdeel aansprakelijk kan stellen voor aanspraken op de vennootschap waarmee is gecontracteerd en welk belang daarbij toekomt aan de bijzondere positie van de werknemer als schuldeiser. Dit is de hoofdvraag die ik zal beantwoorden in dit deel van het preadvies.

Het arbeidsrecht kent geen wettelijke bepalingen die een onvrijwillige doorbraak van aansprakelijkheid faciliteren. De rechtspraak maakt gebruik van de in het algemene verbintenissenrecht ontwikkelde technieken. De voornaamste zijn vereenzelviging en onrechtmatig handelen. Nadat de technieken voor een doorbraak van aansprakelijkheid tegen elkaar zijn afgezet (par. 2), wordt de rechtspraak geanalyseerd. Eerst wordt uiteengezet op welke wijze een onvrijwillige concernaansprakelijkheid in het algemene verbintenissenrecht invulling krijgt (par. 3.). Daarna gaat de aandacht uit naar het arbeidsrecht en wordt nagegaan welk belang toekomt aan de werknemers als bijzondere categorie schuldeisers (par. 4.). Ik eindig het preadvies met enkele slotopmerkingen en mogelijke verbeterpunten (par. 5). De focus ligt op de externe aansprakelijkheid van de moeder als meerderheidsaandeelhouder. Buiten beschouwing blijven de externe aansprakelijkheid van de moeder als (feitelijk) bestuurder, alsmede de vrijwillige aansprakelijkheid op basis van een 403-verklaring.

## **2. Technieken voor doorbraak van aansprakelijkheid**

Het staat de moeder als (meerderheids)aandeelhouder net als andere aandeelhouders vrij te handelen naar haar eigen belang. Het aan de aandeelhouder toekomende stemrecht in de algemene vergadering van aandeelhouders is een recht om zijn belang in de vennootschap te dienen. Aan de aandeelhouder is geen recht in het belang van anderen toevertrouwd.

Deze hoofdregel kent haar grenzen. Een van die grenzen is gelegen in de onrechtmatige daad van art. 6:162 BW. De moeder kan als (meerderheids)aandeelhouder jegens de schuldeisers - en dus

---

<sup>2</sup> Aspecten van dit deel van het preadvies zijn door de auteur eerder gepubliceerd in het tijdschrift *Arbeidsrecht* 2014/40.

ook de werknemers - van haar dochter onrechtmatig handelen met betrekking tot de niet-nakoming van de verplichtingen door de dochter. De concernconstructie zelf blijft in stand, net als het basisprincipe dat de moeder als (meerderheids)aandeelhouder niet aansprakelijk is voor de schulden van de dochter. De aansprakelijkheid jegens de werknemer is gebaseerd op het eigen onrechtmatige handelen van de moeder. De schade hoeft daarom ook niet gelijk te zijn aan de vordering die de werknemer op de dochter heeft. De werknemer heeft 'slechts' recht op de schade die is veroorzaakt door het onrechtmatige handelen van de moeder. Verkeert de werkgever in een faillissementsituatie, dan is ook de curator bevoegd een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad geldend te maken tegen het andere concernonderdeel dat bij benadeling van de werknemers als schuldeisers door de gefailleerde is betrokken.<sup>3</sup> Deze bevoegdheid is niet exclusief. De werknemers kunnen de aan hen toekomende vordering nog steeds zelf in rechte geldend maken, ongeacht of de curator van zijn bevoegdheid gebruik maakt.<sup>4</sup>

Een vordering tot onrechtmatig handelen kent met art. 6:162 BW een basis in de wet. Dat geldt niet voor de techniek vereenzelviging. Ook vereenzelviging kan leiden tot een doorbraak van aansprakelijkheid in concernverhoudingen. Men spreekt bij vereenzelviging van een directe doorbraak. Het schild van de rechtspersoonlijkheid wordt genegeerd en de gedragingen van de ene vennootschap worden aan de andere vennootschap toegerekend. Met andere woorden: de aanspraak van de werknemer op de eigen werkgever (de dochter) is ook een aanspraak van de werknemer op de moeder. Anders dan bij aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig handelen breekt vereenzelviging met het basisprincipe dat de moeder als aandeelhouder niet aansprakelijk is voor de schulden van de dochter. Een voordeel van vereenzelviging is dat bij een succesvol beroep de schadeomvang gelijk is aan de vordering die de werknemer op zijn werkgever heeft. De moeder is hoofdelijk aansprakelijk.

De Hoge Raad overwoog in het befaamde arrest *Rainbow/Ontvanger* uit 2000 dat de omstandigheden van het geval zo uitzonderlijk van aard kunnen zijn dat vereenzelviging van de betrokken rechtspersonen, het volledig wegdenken van het identiteitsverschil, de meest aangewezen vorm van redres is.<sup>5</sup> De Hoge Raad gaf evenwel uitdrukkelijk de voorkeur aan een doorbraak van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. Vereenzelviging als techniek zou slechts mogelijk zijn in uitzonderlijke omstandigheden. Deze benadering hanteert de Hoge Raad ook in het arbeidsrecht.<sup>6</sup> Bij uitzonderlijke omstandigheden moet worden gedacht aan misbruiksituaties waar de rechtspersoonlijkheid is gebruikt voor het frustreren van arbeidsrechtelijke rechtsregels zonder dat dit kan worden 'goedgemaakt' in geld.<sup>7</sup> In aansprakelijkheidsprocedures gaat het vrijwel steeds

---

<sup>3</sup> Vgl. HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/597 (*Peeters q.q./Gatzen*). De curator kan de moeder onder bepaalde omstandigheden (ook) als feitelijk bestuurder van de failliete dochter aansprakelijk stellen op grond van art. 2:138/248 lid 7 BW. De aansprakelijkheid is dan echter niet gestoeld op een doorbraak van aansprakelijkheid maar op onbehoorlijk bestuur.

<sup>4</sup> HR 21 december 2001, *JOR* 2002/37 (*Lunderstädt/De Kok*); HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 m.nt Faber & Bartman (*Sobi/Hurks II*). Ten aanzien van samenlopende vorderingen overwoog de Hoge Raad dat het belang van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement mee kan brengen dat eerst op de vordering van de curator en vervolgens op die van de individuele schuldeisers wordt beslist.

<sup>5</sup> HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000/698 m.nt. Ma, *JOR* 2000/238 m.nt. De Wit Wijnen (*Rainbow/Ontvanger*). De Hoge Raad verwees in *Rainbow/Ontvanger* naar HR 9 juni 1995, *NJ* 1996/213 (*Krijger/Cito*) waarin vereenzelviging wel werd aangenomen.

<sup>6</sup> Zie HR 21 mei 2010, *JAR* 2010/164 (*Volker Wessels*); HR 1 december 2000, *JAR* 2001/12 (*Fugro*).

<sup>7</sup> In gelijke zin J.P.H. Zwemmer, 'Intensieve bemoeienis moedermaatschappij met bedrijfsvoering groepsmaatschappij brengt verantwoordelijkheid mee jegens werknemers groepsmaatschappij', *TAO* 2012/1, p. 8.

om geld,<sup>8</sup> zodat de onrechtmatige daad de werknemer voldoende handvatten biedt. Deze zienswijze vindt bevestiging in de rechtspraak. Een beroep op vereenzelviging was in het arbeidsrecht (voor zover mij bekend) de laatste jaren nooit succesvol als grond voor doorbraak van aansprakelijkheid.<sup>9</sup>

Van de techniek vereenzelviging moet worden onderscheiden de situatie waarin verwarring bestaat over de identiteit van de werkgever en aldus niet duidelijk is bij welke concernvennootschap het werkgeverschap rust. In dat geval gaat het om de vraag met wie is gecontracteerd. Ook deze route kan worden beproefd om verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst zeker te stellen.<sup>10</sup> Van een doorbraak van aansprakelijkheid is evenwel geen sprake. Bij een doorbraak van aansprakelijkheid is duidelijk welke vennootschap als werkgever optreedt en spreekt de werknemer ten aanzien van verplichtingen uit zijn arbeidsovereenkomst een concernonderdeel aan waarmee niet is gecontracteerd. Bovendien heeft vereenzelviging niet tot gevolg dat het gehele werkgeverschap bij de andere concernvennootschap komt te liggen. Het gaat bij vereenzelviging om het incidenteel terzijde schuiven van de rechtspersoonlijkheid met betrekking tot bepaalde arbeidsrechtelijke normen en/of verplichtingen.

### 3. Onrechtmatig handelen jegens schuldeisers in het algemeen

#### 3.1. Van misbruik en het hebben van een zorgplicht

Zoals opgemerkt, vindt een doorbraak van aansprakelijkheid doorgaans plaats op basis van de onrechtmatige daad. Oorspronkelijk gold misbruik van recht – ook wel misbruik van het identiteitsverschil van rechtspersonen genoemd – als de klassieke grondslag voor onrechtmatig handelen. Hieronder vallen situaties zoals onderkapitalisatie, overheveling van vermogens en het opdringen van onjuist beleid.<sup>11</sup> Misbruik van recht is vaak lastig aan te tonen. Op de werknemer rust de bewijslast ter zake van de wetenschap van de benadeling bij de moedervenootschap en het causaal verband. Met andere woorden: de werknemer moet stellen en bewijzen (i) dat het handelen van de andere vennootschap ertoe heeft geleid dat de werkgever zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst niet kan nakomen en (ii) dat de andere vennootschap wist dat haar handelen dit effect zou ressorteren.

Vanaf de jaren tachtig heeft het klassieke misbruikkader aan belang ingeboet. De Hoge Raad introduceerde in het arrest *Albada Jelgersma II* uit 1988 de gedachte dat een hechte concernstructuur die voortvloeit uit een intensieve bemoeienis van de moeder bij het beleid van de dochter leidt tot een zorgplicht voor de moeder jegens de schuldeisers van de dochter.<sup>12</sup> De achterliggende gedachte is dat zeggenschap over de interne concernverhouding een vermoeden genereert van inzicht in de externe verhouding tussen dochter en schuldeisers. Bartman en Dorresteyn beschouwen het arrest *Albada Jelgersma II* als een cesuur in de rechtsontwikkeling. Zij

---

<sup>8</sup> Een vordering tot dooronderhandelen kan in de rede liggen, maar ook dan biedt de onrechtmatige daad uitkomst. Zie Rb. Middelburg 18 augustus 2011, *JAR* 2011/237, *JOR* 2011/325 m.nt. Holtzer (*Delta Biovalue*).

<sup>9</sup> Het beroep op vereenzelviging werd de afgelopen jaren verworpen in o.a. Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao en Sint Maarten en BES-eilanden 31 augustus 2012, *JAR* 2012/256 (*SBRMC/WIFOL*); Hof 's-Hertogenbosch, *RAR* 2012/148; Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW1013; Rb. Utrecht 15 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV7955; Ktr. Terborg 8 maart 2011, *JAR* 2011/63.

<sup>10</sup> Deze tactiek had succes in Ktr. Amsterdam 4 november 1999, *JAR* 2000/32 (*Koeman/Transfiori Nederland BV*). De werknemer slaagde niet in Gerechthof Amsterdam 10 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2215.

<sup>11</sup> Vgl. H.J.L. Roelvink, 'Door rechtspersonen heen kijken', in: *Handelingen 1977 der Nederlandse Juristen-Vereeniging deel1, eerste stuk* (preadvies), Zwolle: Tjeenk Willink 1977, p. 151-157.

<sup>12</sup> HR 19 februari 1988, *NJ* 1988/487 m.nt. G (*Albada Jelgersma II*).

wijzen erop dat het accent voor een doorbraak van aansprakelijkheid is komen te liggen op het willens en wetens toelaten dat de financieel zwakke dochter verbintenissen aangaat in combinatie met een intensieve – doch op zichzelf niet onzorgvuldige – bemoeienis vanuit de holding.<sup>13</sup>

In het arrest *Albada Jelgersma II* was naast de hechte concernstructuur relevant dat de holding ruchtbaarheid had gegeven aan de overname en via die weg had doen voorkomen dat de overgenomen vennootschap financieel gezond was.<sup>14</sup> De moeder had voor betaling van de crediteuren van de dochter moeten instaan of hen moeten waarschuwen toen duidelijk werd dat de dochter zich in een deplorabele toestand bevond. Het actief wekken van de schijn van kredietwaardigheid door de moeder is niet vereist voor het bestaan van een zorgplicht. In het arrest *Sobi/Hurks II* uit 2001 werd een doorbraak van aansprakelijkheid aangenomen vanwege de geobjectiveerde wetenschap van de moeder dat de dochter verplichtingen aanging die zij niet kon nakomen.<sup>15</sup> De ingrijpende inmenging in het beleid van de dochter en de wetenschap over de desastreuze financiële positie waarin de dochter verkeerde, maakten dat de moeder proactief had moeten optreden. De zorgplicht vloeit dus reeds voort uit de hechte concernstructuur als zodanig. Enig actief handelen ten opzichte van de schuldeisers van de dochter is niet vereist.

In *Sobi/Hurks II* leverde het niet waarschuwen van nieuwe crediteuren een onrechtmatige daad van de moeder op. De zorgplicht richt zich daarnaast ook tot bestaande crediteuren.<sup>16</sup> Als de schuldeiser zijn verplichtingen uit de overeenkomst reeds is nagekomen, heeft waarschuwen echter weinig nut en ontbreekt enig causaal verband. De zorgplicht speelt ten aanzien van bestaande crediteuren met name een rol bij het overhevelen van kapitaal.<sup>17</sup> Hiervan is sprake indien de dochter uitkeringen aan de moeder doet (bijvoorbeeld in de vorm van terugbetaling van een schuld) of als de moeder als aandeelhouder een dividendbesluit neemt, terwijl duidelijk is dat de dochter daardoor niet langer aan haar financiële verplichtingen jegens externe reeds bestaande schuldeisers kan voldoen.

De nadruk die in de doorbraakjurisprudentie is komen te liggen op de zorgplicht van de moeder past in het denken over concernstructuren. De gedachte achter een onvrijwillige doorbraak van aansprakelijkheid is dat de rechtspersoonlijkheid een constructie is van het recht die haar grenzen vindt daar waar erkenning tot maatschappelijk onaanvaardbare gevolgen leidt. Daarvan is niet alleen sprake bij klassieke misbruiksituaties, maar ook bij intensieve beleidsbemoeienis terwijl de zorgplicht niet in acht is genomen. De zorgplicht leidt tot een concrete norm die door de moedervenootschap (maar soms ook een zustervenootschap) in acht moet worden genomen.

De ontwikkeling in de richting van de zorgplicht brengt een verlichting in de bewijslast mee. De zorgplicht verschuift het accent in de richting van de intensieve beleidsbemoeienis. Staat de hechte concernstructuur vast, dan wordt de wetenschap van benadeling bij de dochter toegerekend aan de moeder. Het verweer van het andere concernonderdeel dat hij onwetend was ten aanzien van de

---

<sup>13</sup> S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Kluwer: Deventer 2013, p. 309-310.

<sup>14</sup> Bartman & Dorresteyn (2013) t.a.p., p. 309 merken op dat ook reeds in het arrest *Albada Jelgersma II* het wekken van kredietwaardigheid geen dragende overweging lijkt te zijn voor het onrechtmatig handelen van de moeder.

<sup>15</sup> HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 m.nt. Faber & Bartman (*Sobi/Hurks II*).

<sup>16</sup> De Hoge Raad spreekt in het arrest *Albada Jelgersma II* r.o. 3.3. van leveranciers in het algemeen en niet van nieuwe leveranciers. Hieruit blijkt dat ook bestaande schuldeisers zich kunnen beroepen op de zorgplicht. Vgl. Bartman & Dorresteyn (2013) t.a.p., p. 308-309.

<sup>17</sup> Vgl. L. Timmerman, 'De aansprakelijkheid van de moeder voor schulden van de dochter', *De NV* 1990/1, p. 17.

gang van zaken bij de betreffende vennootschap waar de werknemer in dienst is, snijdt in zijn algemeenheid geen hout meer. De Weijs spreekt van een zekere relativering van de vereiste wetenschap van benadeling aan de kant van de moeder.<sup>18</sup> Door deze accentverschuiving heeft misbruik van recht als zelfstandige categorie aan belang ingeboet. Misbruik van recht speelt nog slechts een rol bij het ontbreken van een hechte concernstructuur.

### 3.2. Een hechte concernstructuur

De vraag dient zich aan onder welke omstandigheden de moeder het verwijt kan worden gemaakt dat zij door het onderbrengen van haar ondernemingsactiviteiten in een dochter gevaarzettend optreedt jegens de schuldeisers van de dochter. Voor aansprakelijkheid is een zekere wetenschap van de benadeling vereist. Zoals gezegd, vindt de wetenschap haar basis in de aard en intensiteit van de concernband. Het scharnierpunt voor een doorbraak van aansprakelijkheid is de manier waarop aan het concernverband invulling wordt gegeven. Er moet sprake zijn van een hechte concernstructuur die voortvloeit uit een intensieve beleidsbemoeyenis. Alleen dan rust op de moeder een zorgplicht jegens de schuldeisers van de dochter.

Het enkele feit dat de moeder de (meerderheid van de) aandelen in de dochter houdt, is niet toereikend voor een hechte concernstructuur. Het bestuur van de moeder kan via de algemene vergadering van de dochter weliswaar algemene instructies geven aan het bestuur van de dochter, maar dat geeft haar nog geen intensieve invloed op het beleid. Het bestuur van de dochter heeft een zekere juridische autonomie en moet handelen naar het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming(en).<sup>19</sup> Dat belang is breder dan het belang van de aandeelhouder. Sinds 1 oktober 2012 kan in de statuten van de BV een concrete instructiebevoegdheid voor de algemene vergadering worden verankerd (art. 2:239 lid 4 BW).<sup>20</sup> Dit brengt mij evenwel niet tot een ander oordeel. Voorop blijft staan dat het bestuur van de dochter de instructies niet hoeft op te volgen indien dat in strijd is met het eigen vennootschappelijk belang. Het gaat bovendien om een instructiemacht van de moeder die zij in het belang van de eigen aandeelhouders dient aan te wenden om effectief concernbeleid te kunnen voeren. De mogelijkheden tot concernintern toezicht moeten niet te snel leiden tot het opzij zetten van het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid dat de moeder als aandeelhouder geniet.<sup>21</sup> Hetzelfde lot valt toe aan het feit dat de moeder als (meerderheids)aandeelhouder de macht heeft het bestuur van de dochter te ontslaan en te laten vervangen door een bestuur dat zich wel voegt naar het concernbeleid.

Een hechte concernstructuur is dus niet gelijk aan het hebben van een meerderheid van de aandelen en de (statutaire) mogelijkheid tot het geven van instructies. Het hebben van een positie welke invloed verschaft, is niet voldoende. De positie moet daadwerkelijk zijn ingenomen. Een intensieve beleidsbemoeyenis vereist meer. Dat meerdere vindt doorgaans zijn basis in

---

<sup>18</sup> R.J. de Weijs, 'Pauliana en onrechtmatige daad: Wederzijdse gevangenen?', *WPNR* 2006/6686, p. 761 (noot 32).

<sup>19</sup> HR 11 juli 1984, *NJ* 1985/212 m.nt. Ma (*Howson/Algraphy*).

<sup>20</sup> In het algemeen wordt aangenomen dat deze bevoegdheid ook geldt voor de NV. Zie Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 413.

<sup>21</sup> Dit dilemma tekent zich nog duidelijker af bij beursvennootschappen. Corporate governance bepalingen verplichten een beursvennootschap om zichzelf gedetailleerd inzicht te verschaffen in en effectieve controle uit te oefenen over de risicobeheersings- en controlesystemen binnen haar groep. Deze verplichtingen versterken de doorbraakgevoeligheid in concernverhoudingen. Bartman wijst er in zijn noot in *JOR* 2008/10 op dit gevaar het enthousiasme om serieus werk te maken van corporate governance in de praktijk kan temperen. Zie over het onderwerp ook G.J.H. van der Sangen, 'Concernleiding en aansprakelijkheid: het delicate evenwicht tussen unitaire leiding en juridische zelfstandigheid', *TvOB* 2009/6, p. 146-153.

feitelijke/economische factoren zoals nauwe financiële en organisatorische zeggenschapslijnen tussen moeder- en dochtervennootschap. Steeds zal men de interne verhouding binnen de vennootschap en in het bijzonder de verhouding tussen de algemene vergadering en het bestuur in ogenschouw dienen te nemen. Van een hechte concernstructuur is bijvoorbeeld sprake indien de moeder de door haar gegeven (concrete) instructies afdwingt onder dreiging van schorsing en ontslag van het bestuur van de dochter. In dat geval wordt het bestuur als zelfstandig besluitvormend orgaan terzijde gesteld door de concernleiding. In de praktijk zijn de zeggenschapslijnen tevens nauw verbonden bij de soms aanwezige personele unies, financiële afhankelijkheid en/of een vermenging van de activa.

De zorgplicht is geënt op de gedachte dat zeggenschap over de interne concernverhouding een vermoeden genereert van inzicht in de externe verhouding tussen dochter en schuldeisers. Dat doet vermoeden dat de intensieve bemoeienis van de moeder zich dient te richten op het dagelijkse beleid van de dochter in algemene zin. Dat blijkt niet het geval te zijn. Illustratief is het reeds genoemde arrest *Sobi/Hurks II*. Het gegeven dat de dochter zelfstandig werkte en vrij was in de dagelijkse bedrijfsvoering stond er niet aan in de weg dat de moeder zich had moeten laten informeren over de financiële situatie van de dochter en schuldeisers had moeten waarschuwen over de deplorabele toestand waarin de dochter zich bevond.<sup>22</sup> De hechte concernstructuur kwam voort uit de financiële verstrengeling tussen holding en werkmaatschappij. Voor een succesvolle doorbraak van aansprakelijkheid is aldus geen noodzakelijk vereiste dat de moeder op de stoel van de dochtermaatschappij zit en zich als quasi-bestuurder opstelt. Een intensieve bemoeienis met een specifiek beleidsterrein, zoals het financiële beleid van de dochter, lijkt voldoende om te kunnen spreken van een hechte concernstructuur.<sup>23</sup>

Het ging hiervoor om de moeder – dochter verhouding. De uit de intensieve beleidsbemoeienis voortvloeiende hechte concernstructuur kan ook bestaan in relatie tot een zustervenootschap. Dan moet men denken aan de situaties van een ultieme aandeelhouder die in beide vennootschappen de scepter zwaait, beide vennootschappen een of meer dezelfde bestuurders hebben en/of de (financiële) activiteiten van de vennootschappen niet van elkaar te onderscheiden zijn.

### 3.3. Het schenden van de zorgplicht

Een hechte concernstructuur en het hebben van een zorgplicht betekenen niet dat het andere concernonderdeel zonder meer aansprakelijk is voor de door de andere vennootschap gepleegde wanprestatie. Er bestaat geen risicoaansprakelijkheid. Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige handelen is vereist dat de uit de hechte concernstructuur voortvloeiende zorgplicht is geschonden ten opzichte van de schuldeisers van de dochter dan wel zustervenootschap. Het gaat om een eigen onrechtmatige daad van het andere concernonderdeel.

De aansprakelijkheid van de moeder is kort gezegd in drie typen casusposities te onderscheiden. Het eerste type wordt gevormd door de gevallen waarin de moeder de schijn heeft gewekt dat zij zich de belangen van de crediteuren van de dochter zou aantrekken voor zover dat nodig mocht zijn (zie ook par. 4.5.). De moeder wordt verweten dat zij de vordering van een schuldeiser van de dochter niet voldoet. Voor een schending van de zorgplicht is niet vereist dat de moeder de betalingsonmacht van de dochter had kunnen verwachten. Ook onverwachte ontwikkelingen kunnen

---

<sup>22</sup> HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 m.nt. Faber/Bartman (*Sobi/Hurks II*).

<sup>23</sup> Vgl. M. Olaerts, 'Perikelen in concernverhoudingen', *TvOB* 2011/1, p. 6-13.

leiden tot aansprakelijkheid.<sup>24</sup> Dit geldt niet voor de overige twee typen casusposities. Het gaat om de gevallen waarin de moeder de schuldeisers van de dochter had moeten waarschuwen voor de deplorabele financiële situatie van de dochter en de gevallen waarin sprake is van ongeoorloofde vermogensonttrekkingen.<sup>25</sup> Voor deze laatste twee casusposities geldt dat de zorgplicht wordt geactiveerd op het moment dat de moeder wist – of had moeten inzien – dat de dochter zonder ingrijpende reorganisatie en consolidatie in faillissement zou geraken.<sup>26</sup> Dit wordt ook wel de peildatum genoemd. Vanaf de peildatum is voor de moeder duidelijk dat de dochter niet aan haar financiële verplichtingen kan voldoen en dient zij de belangen van de crediteuren van de dochter bij haar nalaten dan wel handelen in ogenschouw te nemen.

Het hanteren van een peildatum in de laatste twee typen casusposities is logisch. Zou op de moeder een zorgplicht rusten om bestaande crediteuren te waarschuwen zodra de financiële bedrijfsvoering bij de dochter maar enigszins gebreken vertoont, dan treffen de crediteuren direct incassomaatregelen en ontstaat een run op het vermogen van de dochter. Een dergelijke mededeling zet de manoeuvreerruimte van de moeder en de dochter dusdanig onder druk dat een faillissement onontkoombaar zal zijn. Ook bij het overhevelen van gelden naar andere groepsmaatschappijen of de holding is het hanteren van een peildatum verklaarbaar. De dochter is in beginsel bevoegd vrijelijk, op de wijze die haar goedgevindt, over haar vermogen te beschikken en bepaalt zelf in welke volgorde de crediteuren worden betaald. Het recht verzet zich er niet tegen dat een schuldenaar schuldeisers ongelijk behandelt. Dit wordt anders in het licht van een dreigend faillissement. Vanaf dat moment handelt de dochter onrechtmatig indien nog enkel intra-groepschulden worden afgelost terwijl externe crediteuren onvoldaan blijven.<sup>27</sup> De moeder die vanaf dat moment het handelen van de dochter toestaat en/of zelf haar openstaande vorderingen op de dochter opeist, is aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad.<sup>28</sup> De verklaring ligt in de kennisvoorsprong van de moeder. De moeder mag de 'inside-information' niet eenzijdig en puur gericht op haar eigenbelang gebruiken. Uiteraard moet steeds sprake zijn van een hechte concernstructuur. Het enkele feit dat de moeder op de hoogte is van financieel onvermogen bij de dochter, maakt haar niet aansprakelijk.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> Vgl. HR 18 november 1995, *NJ 1995/170 (NBM/Securior)*, r.o.3.5. Het gaat om het gewekte niet gehonoreerde vertrouwen dat de moeder voor de schulden van de dochter in zou staan. Hiervan moet worden onderscheiden de situatie dat de moeder het vertrouwen heeft gewekt dat haar dochter financieel in staat was voor betaling in te staan. In dat laatste geval geldt wel een peildatum. Tot de peildatum is de informatie van de moeder immers correct. De moeder moet vanaf de peildatum – mede door de door haar eerder gewekte schijn dat de dochter financieel gezond was – de crediteuren waarschuwen. De zorgplicht heeft dan dus de vorm van een waarschuwingsplicht.

<sup>25</sup> Komt de moeder haar waarschuwingsplicht niet na of onttrekt zij ongeoorloofd gelden aan de dochter, dan kan de moeder alsnog aan haar zorgplicht voldoen door zelf in te staan voor de financiële verplichtingen van de dochter. Echter, de zorgplicht richt zich in deze twee typen gevallen niet primair op een garantstelling zoals dat wel geldt bij het gewekte van vertrouwen dat de moeder voor de schulden zal instaan.

<sup>26</sup> De Hoge Raad hanteerde reeds in het arrest *Albada Jelgersma II* een peildatum voor de waarschuwingsplicht. Dit blijkt uit het feit dat de vordering van schuldeiser Inza slechts wordt toegewezen ter zake van onbetaald gebleven verplichtingen na het moment van de kennisname door Albada Jelgersma van het accountantsrapport waaruit de hopeloze toestand van de dochter bleek.

<sup>27</sup> HR 12 juni 1998, *NJ 1998/727 m.nt. Van Schilfgaarde (Coral/Stalt)*.

<sup>28</sup> Dat het laten uitbetalen van openstaande vorderingen door de moeder voorafgaand aan de peildatum onvoldoende is voor onrechtmatig handelen, blijkt treffend uit HR 9 mei 1986, *NJ 1986/792 (Keulen/BLG)*. De Hoge Raad overwoog dat er meer moet zijn en dat het meerdere gelegen is in de vaststelling dat de beheersende rechtspersoon ten tijde van de betaling ernstig rekening moet houden met de mogelijkheid dat bij liquidatie een tekort aanwezig zal zijn. Dat was in de betreffende zaak niet het geval.

<sup>29</sup> Vgl. Sangen (2009) t.a.p., p. 152.



Bij het voldoen van groepsschulden kan in een faillissementssituatie samenloop ontstaan met de faillissementspauliana. De curator kan op grond van art. 47 Fw de rechtshandeling vernietigen indien de schuldenaar (de dochter) de opeisbare schuld voldoet na aanvraag faillissement en de schuldeiser (de moeder) daarvan op de hoogte is of sprake is van samenspanning.<sup>30</sup> Art. 47 Fw sluit een verregaande aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW niet uit.<sup>31</sup> Is niet voldaan aan de vereisten van art. 47 Fw, dan moet voor een succesvol beroep op de onrechtmatige daad wel sprake zijn van bijzondere omstandigheden.<sup>32</sup> In een concernverhouding zijn bijzondere omstandigheden gelegen in de hechte concernstructuur. De hechte concernstructuur maakt dat de moeder – vanwege haar kennisvoorsprong – al vanaf het moment dat het faillissement van de dochter te verwachten valt (de peildatum) een zorgplicht heeft jegens de schuldeisers van haar dochter.

Soms is ook voor aansprakelijkheid bij de laatste twee typen casusposities geen peildatum vereist. Het vaststellen van een peildatum komt er in feite op neer dat een risicodrempel wordt overschreden. De risicodrempel kan reeds zijn overschreden door de bijzondere inrichting c.q. structuur van het concern. Zo kan de holding de positie van crediteuren zwak maken door de vennootschap die de onderneming drijft met een klein kapitaal uit te rusten en te financieren door het vertrekken van geldleningen tegen door de dochter te stellen zekerheden. Hetzelfde geldt als twee vennootschappen in feite één onderneming drijven, waarbij de kostenkant bij de ene en de inkomstenkant bij de andere vennootschap ligt terwijl de gemaakte kosten niet volledig worden doorbelast.<sup>33</sup> Als gevolg van een dergelijke structuur kan de dochter haar crediteuren slechts voldoen als de holding dan wel de zustervennootschap haar verliezen aanvult door financiering. Dat brengt reeds vanaf aanvang risico's mee voor crediteuren van de dochter. De risicodrempel blijkt dan uit de gevaarzettende bedrijfsvoering en financieringsstructuur van het concern.

Een restrictieve benadering geldt ten opzichte van zustervennootschappen. In zusterverhoudingen stelt de Hoge Raad aan het onrechtmatig handelen hoge eisen. In de zaak die leidde tot het arrest *Comsystems/van den End q.q.* uit 2009 werden beide dochters volledig beheerst en bestuurd door de moeder en bestond tussen beide vennootschappen tevens een nauwe bedrijfsmatige verwevenheid. Er was aldus sprake van een hechte concernstructuur en op de zustervennootschap rustte een zorgplicht. De Hoge Raad overwoog evenwel dat het onrechtmatig handelen van de zustervennootschap (schending van haar zorgplicht) niet kon worden gebaseerd op het verlenen van medewerking aan het concernbeleid.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> De Hoge Raad legt de twee criteria van art. 47 Fw restrictief uit. Voor het eerste criterium sluit de Hoge Raad aan bij de datum dat het faillissement is aangevraagd. Wetenschap dat het faillissement onontkoombaar is, is onvoldoende. Ook het tweede 'overleg'-criterium kent een strikte uitleg. Aan samenspanning is niet voldaan indien beide partijen wetenschap hadden van benadeling van de overige schuldeisers, HR 20 november 1998, *NJ 1999/611 (Verkerk Varkenshandel/Tiethoff q.q.)*. partijen moeten het oogmerk hebben gehad andere schuldeisers achter te stellen. In concernverhoudingen kan aanleiding zijn tot omkering van de bewijslast ten aanzien van het oogmerk tot benadeling van schuldeisers. Dit is het geval als de betaling is verricht tussen vennootschappen waarvan de bedrijfsvoering in dezelfde handen ligt, HR 7 maart 2003, *NJ 2003/429 (Cikam/Siemon q.q.)*.

<sup>31</sup> Vgl. R.J. de Weijts, 'Pauliana en onrechtmatige daad: Wederzijdse gevangenen?', *WPNR 2006/6686*, p. 768.

<sup>32</sup> HR 16 juni 2000, *NJ 2000/578 (Van Dooren q.q./ABNAMro)*.

<sup>33</sup> Een dergelijke structuur stond centraal in HR 11 september 2009, *JOR 2009/309 m.nt. Spinath (Comsystems/Van den End q.q.)*.

<sup>34</sup> HR 11 september 2009, *JOR 2009/309 m.nt. Spinath (Comsystems/Van den End q.q.)*. Bij dit oordeel zijn vraagtekens te plaatsen. De dochter heeft immers een zekere eigen juridische autonomie en dient - ook bij het uitvoeren van concernbeleid - te handelen naar het belang van de eigen vennootschap waarbij zij tevens relevantie kan toekennen aan de op haar rustende zorgplicht ten opzichte van schuldeisers van haar zuster.

#### 4. Werknemers als bijzondere categorie schuldeisers

##### 4.1. Toepassing en invulling van de zorgplicht in het arbeidsrecht

De Hoge Raad heeft zich nog niet expliciet uitgesproken over de (invulling van de) zorgplicht in het arbeidsrecht. Wel heeft de Hoge Raad een tegen de zorgplicht gericht cassatiemiddel eenmaal afgedaan met verwijzing naar art. 81 Wet RO.<sup>35</sup> De lagere rechtspraak past de op het algemene verbintenissenrecht geformuleerde zorgplicht tevens in het arbeidsrecht toe. Dat lijkt mij een juiste benadering. Ook bij vereenzelviging heeft de Hoge Raad geen noodzaak gezien tot bijstelling van het criterium. Ik zie geen reden voor een afwijkende benadering ten aanzien van de zorgplicht die uit een hechte concernstructuur voortvloeit. Dat gezegd hebbende, merk ik op dat er niets aan in de weg staat de feitelijke invulling en motivering van het criterium toe te spitsen op de achterliggende gedachte van een specifiek rechtsgebied. De vraag of dit bij doorbraakgevallen gebeurt dan wel zou moeten gebeuren indien werknemers als schuldeisers optreden, staat in de volgende paragrafen centraal.

Ik verricht mijn onderzoek op basis van de drie wijzen waarop een ander concernonderdeel in het algemene verbintenissenrecht zijn zorgplicht jegens de crediteuren van een zuster- dan wel dochtervennootschap kan schenden. Het gaat om: (i) het niet nakomen van de waarschuwingsplicht, (ii) het niet garant staan voor vorderingen na ongeoorloofde vermogensonttrekkingen en/of (iii) het niet respecteren van gewekt vertrouwen dat zij zelf voor de vorderingen zou instaan.<sup>36</sup> Ik start met de zorgplicht in de bijzondere situatie van een contractswissel (par. 4.2. en 4.3.) en kom daarna toe aan de verschillende varianten van de zorgplicht tijdens de duur van een arbeidsovereenkomst (par. 4.4., 4.5. en 4.6.).

##### 4.2. De zorgplicht bij een contractswissel met behoud van werkzaamheden

Bij een contractswissel met behoud van werkzaamheden vormt met name het niet voldoen aan de waarschuwingsplicht een grond voor succesvolle doorbraakgevallen. In een casus die leidde tot het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 25 februari 2014 was de werknemer overgehaald bij een andere vennootschap in dienst te treden en werd de nieuwe werkgever na enige tijd failliet verklaard.<sup>37</sup> Het hof achtte zowel de directeur als de voormalige werkgever<sup>38</sup> schadelijkt op grond van onrechtmatig handelen.<sup>39</sup> Relevant was het feit dat de arbeidsovereenkomst qua inhoud en opmaak identiek was, de werknemer zijn werkzaamheden ongewijzigd had voortgezet, geen detacheringsovereenkomst was overgelegd en zijn voormalige werkgever feitelijk het loon was

---

<sup>35</sup> HR 17 juni 2005, *JAR* 2005/188 (*De Berghorst/Maas*).

<sup>36</sup> Zwemmer hanteert in zijn proefschrift 'Pluraliteit van werkgeverschap', Kluwer: Deventer 2012, p. 254-256 nog een vierde categorie: het wekken van vertrouwen dat de dochter financieel gezond is. Ik beschouw deze situatie evenwel als onderdeel van de waarschuwingsplicht. Het wekken van vertrouwen leidt er mijns inziens toe dat op het betreffende concernonderdeel vanaf de peildatum een waarschuwingsplicht rust. Wordt het vertrouwen gewekt na de peildatum dan gaat het om een schending van de waarschuwingsplicht waaraan de moeder op grond van haar zorgplicht had moeten voldoen.

<sup>37</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 februari 2014, *JAR* 2014/100 (*BNM Bouwmij*).

<sup>38</sup> De uitspraak maakt niet duidelijk of het ging om een andere concernvennootschap, maar de overwegingen doen vermoeden dat de aandeelhouder van beide vennootschappen dezelfde was.

<sup>39</sup> Het lijkt erop alsof het hof de directeur met de voormalige werkgever waarbij hij in dienst is vereenzelvigd. Een relativering van de rechtssubjectiviteit is echter niet nodig. De voormalige werkgever is hoofdelijk aansprakelijk voor het handelen van haar directeur als werknemer (art. 7:661 BW).

blijven betalen en hem zijn ontslag had aangezegd.<sup>40</sup> Een soortgelijk feitencomplex lag ten grondslag aan de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht van 7 maart 2014.<sup>41</sup> Het ging ditmaal om meerdere arbeidsovereenkomsten die op initiatief van het concern waren ondergebracht bij een andere werkmaatschappij. De werkzaamheden bleven ook nu ongewijzigd. De kantonrechter overwoog dat de ex-werkgever (een zustervennootschap) de werknemers had moeten waarschuwen dat hun nieuwe werkgever in moeilijke financiële omstandigheden verkeerde. Dit was de reden waarom het ontbindingsverzoek op grond van bedrijfseconomische redenen werd geweigerd. Hoewel het onrechtmatig handelen van de zustervennootschap in de procedure niet ter discussie stond, ligt een vordering in die richting wel in het verlengde. Indien de werkgever in de toekomst het loon niet meer kan betalen (hetgeen niet onwaarschijnlijk lijkt), hebben de werknemers mijns inziens een kansrijke aansprakelijkheidsvordering op hun oud werkgever.

In beide zaken bleven de werkzaamheden ongewijzigd en trad de oud werkgever na de wisseling op als materieel werkgever. De contractswissel had slechts betrekking op het formeel werkgeverschap. In hoofdstuk twee van dit preadvies betoogt Beltzer dat bij intra-concerndetachering het werkgeverschap altijd (dus niet alleen bij misbruik, zie noot 39) bij de materieel werkgever ligt. Dat zou betekenen dat de werknemer de materieel werkgever als werkgever in de zin van art. 7:610 BW kan aanspreken voor de verplichtingen uit zijn arbeidsovereenkomst. Aan een doorbraak van aansprakelijkheid is dan geen behoefte. Beltzer werpt een interessante gedachte op. Tot dusver vindt zijn benadering echter geen navolging in de rechtspraak. Ook in de twee hiervoor besproken zaken gaan hof en kantonrechter ervan uit dat met de personeels-BV een dienstverband bestaat. Het verschil in rechtsgevolg is groot. Een succesvolle doorbraak van aansprakelijkheid geeft de werknemer recht op schadevergoeding,<sup>42</sup> maar zijn dienstverband is hij kwijt.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> De feiten in deze zaak neigen sterk in de richting van misbruik. Op geen enkele wijze is door de overnemende concernmaatschappij invulling gegeven aan de elementen van de arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW). Alle werkgeversverplichtingen bleven liggen bij de oude (materieel) werkgever. De wijze waarop de intra-concerndetachering in deze zaak was vormgegeven, kent grote overeenkomsten met de casus die leidde tot de uitspraak van de Ktr. Almelo 11 maart 2014, *JAR* 2014/95 m.nt. Zwemmer (*MCMInnovation*). Het ging om een externe payrollconstructie waarbij alle werkgeversverplichtingen voor rekening van de inlener kwamen. De kantonrechter overwoog op basis van deze feiten dat de gekozen constructie geen ander oogmerk leek te hebben dan de ontslagwetgeving te omzeilen (misbruik). Daarom moest door de papieren constructie worden heengekeken en kwam de kantonrechter tot het oordeel dat tussen inlener en werknemer een arbeidsovereenkomst bestond. Deze route had mijns inziens ook gevolgd kunnen worden in de zaak van het hof 's-Hertogenbosch. Men was dan niet toegekomen aan een doorbraak van aansprakelijkheid.

<sup>41</sup> Ktr. Utrecht 7 maart 2014, *JAR* 2014/94 (*Ocstraat BV*).

<sup>42</sup> De vraag rijst naar de schade die de werknemer van het andere concernonderdeel kan vorderen. In het arrest van het hof 's-Hertogenbosch was de schade het achterstallige loon voor reeds gewerkte uren. In deze zaak verkeerde de eigen werkgever in een faillissement. Het is mij niet duidelijk waarom de werknemer geen beroep heeft gedaan op de loongarantieregeling van art. 61 WW (misschien was hij te laat). De loongarantieregeling geeft de werknemer onder meer recht op zijn loon tot dertien weken voorafgaand aan de opzegging door de curator en de opzegtermijn (art. 64 WW). De schade van de werknemer beperkt zich dan tot de buiten dit artikel vallende vorderingen op de failliet. Onduidelijk is of het UWV de mogelijkheid heeft een ander concernonderdeel op grond van onrechtmatig handelen aan te spreken voor de vorderingen die van de werknemers zijn overgenomen. Het UWV treedt in de rechten van de werknemers (art. 66 WW). Hoewel art. 66 WW spreekt over vorderingen op de werkgever sluit ik niet uit dat daaronder ook een derde valt die voor de schade aansprakelijk is op grond van onrechtmatig handelen. Ik ben echter geen zaken tegengekomen waarin het UWV op grond van art. 66 WW een doorbraakprocedure is gestart.

<sup>43</sup> Eventueel kan de werknemer tevens voor het verlies van zijn dienstbetrekking een schadevergoeding vorderen van zijn oud-werkgever.

De rechter gaat in beide zaken na of sprake is van een hechte concernstructuur tussen de oude en nieuwe werkgever. Het onderbrengen van de arbeidsovereenkomsten bij een personeels-BV gebeurt doorgaans op basis van een concernbreed ondernemingsplan. Hoewel de doorbraakjurisprudentie uit het algemene verbintenissenrecht leert dat een zustervenootschap – ondanks een hechte concernstructuur – niet aansprakelijk is indien zij slechts medewerking verleent aan het concernbeleid (zie par. 3.3.), verdient deze rechtspraak hier nuancering. De uitwerking van het ondernemingsplan vergt een verregaande samenwerking tussen de oude en nieuwe werkgever (organisatorische verwevenheid). Bovendien legt het goed werkgeverschap van art. 7:611 BW op de oud werkgever de plicht zijn werknemers adequaat over de juridische consequenties van de contractswissel te informeren. Deze argumenten rechtvaardigen de gedachte dat de hechte concernstructuur blijkt uit het feit dat de werknemer na de contractswissel werkzaam blijft bij zijn oorspronkelijke werkgever.<sup>44</sup> Ik sluit overigens niet uit dat art. 7:611 BW onder deze omstandigheden een zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid van de oud werkgever biedt.<sup>45</sup>

Ik zie daarnaast kansen tot een succesvolle doorbraak naar de moedervenootschap voor het geval de personeels-BV haar financiële verplichtingen jegens de werknemers niet nakomt. Aan het onderbrengen van arbeidsovereenkomsten in een personeels-BV liggen doorgaans concernbrede fiscale en administratieve motieven ten grondslag. Het als concern initiëren van een andere personeelsstructuur wekt bij werknemers het vertrouwen dat hun nieuwe werkgever zijn financiële verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst zal kunnen nakomen. Het wekken van vertrouwen leidt uiteraard nog niet tot een hechte concernstructuur. Wel kan het wekken van vertrouwen in relatie tot een intensieve bemoeienis met een specifiek beleidsterrein de basis zijn voor een bijzondere zorgplicht. In het arrest *Albada Jelgersma II* werd de zorgplicht van de holding gebaseerd op de zeggenschap van de moeder op het terrein van de inkopen, waarbij in aanmerking werd genomen dat de moeder jegens de leveranciers de verwachting had gewekt dat de dochter financieel gezond was. Deze lijn kan men doortrekken naar het onderbrengen van de arbeidsovereenkomsten in een personeels-BV. In dat geval volgt de hechte concernstructuur uit het afgestemde personeelsbeleid waarmee de moeder zich intensief bemoeit én het vertrouwen dat zij met haar gedrag bij de werknemers heeft gewekt. Deze omstandigheden rechtvaardigen een bijzondere zorgplicht van de moeder jegens de werknemers van wie de arbeidsovereenkomsten in de personeels-BV worden ondergebracht. Haar zorgplicht schendt de moeder als zij ten tijde van de contractswissel weet of moet vermoeden dat de nieuwe werkgever niet aan zijn financiële verplichtingen zal kunnen voldoen.

#### 4.3. De zorgplicht bij een contractswissel met wijziging van werkzaamheden

Een contractswissel in concernverband kan ook gepaard gaan met een wijziging van werkzaamheden. Ik ben op dit terrein geen rechtspraak inzake doorbraakgevallen tegengekomen. Het lijkt me echter evident dat de voormalige werkgever dan wel moedervenootschap ook onrechtmatig kan handelen

---

<sup>44</sup> De uitspraak van de Kantonrechter Utrecht is hiermee in lijn. In het Hof 's-Hertogenbosch werd de hechte concernstructuur tevens gemotiveerd met verwijzing naar het feit dat geen detacheringsovereenkomst was overgelegd, de oud-werkgever het loon was blijven betalen en het ontslag had aangezegd. Echter, niet is gezegd dat zonder deze aanvullende elementen niet aan een hechte concernstructuur was voldaan op basis van de wisseling van werkgeverschap met behoud van werkzaamheden.

<sup>45</sup> Ook op andere terreinen van het arbeidsrecht kan het niet voldoen aan de informatieplicht leiden tot onrechtmatige handelen. Zie met betrekking tot overgang van onderneming HR 26 juni 2009, *JAR* 2009/183 (*Bos/Pax*).

indien zij de werknemer beweegt bij een andere vennootschap in dienst te treden zonder hem in te lichten over diens slechte financiële situatie.

De hechte concernstructuur tussen de oude en nieuwe werkgever is bij een wijziging van werkzaamheden wel een stuk lastiger aan te tonen. Een hechte concernstructuur vereist dat de besturen van beide vennootschappen dezelfde zijn en/of de ondernemingen organisatorisch met elkaar zijn verbonden. Ik zie thans geen aanknopingspunten voor een arbeidsrechtelijke nuancering ten opzichte van de doorbraakjurisprudentie uit het algemene verbintenissenrecht. Anders dan bij een wisseling van het werkgeverschap met behoud van werkzaamheden vindt tussen de oude en nieuwe werkgever niet per definitie een verregaande organisatorische samenwerking plaats. Uiteraard is de oud werkgever ook nu bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst gehouden aan de informatieplicht van art. 7:611 BW. Zonder hechte concernstructuur is de wetenschap van de deplorabele toestand van de nieuwe werkgever echter niet aan de oud werkgever toe te rekenen. De informatieplicht van art. 7:611 BW strekt mijns inziens niet zo ver dat de oud werkgever via de moeder de financiële informatie van de nieuwe werkgever moet achterhalen. Wij bevinden ons op een hellend vlak indien onder deze omstandigheden een bijzondere zorgplicht wordt aangenomen. Een dergelijke benadering past niet in de doorbraakjurisprudentie waarin de Hoge Raad benadrukt dat de derde zelf onrechtmatig moet hebben gehandeld wil zij aansprakelijk zijn.

Wat de kansen tot een doorbraak naar de moeder betreft, acht ik relevant de wijze waarop de contractswissel tot stand is gebracht. Een mobiliteitsclausule kleurt dat de feiten. Ik heb net als in hoofdstuk 3 het oog op de mobiliteitsclausule die bepaalt dat de werknemer zich bereid verklaart in de toekomst met een ander concernonderdeel een arbeidsovereenkomst aan te gaan. De mobiliteitsclausule vloeit doorgaans voort uit concernbeleid. De betrokkenheid van de moeder bij het personeelsbeleid is echter niet specifiek gericht op de contractswissel als zodanig. Het concernbeleid leidt tot mobiliteitsclausules op basis waarvan werknemers op verschillende momenten met een ander concernonderdeel een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaan. Hoewel algemeen concernbeleid onvoldoende is voor een hechte concernstructuur tussen moeder en dochter, meen ik dat aan dit criterium bij mobiliteitsclausules niet al te hoge eisen moeten worden gesteld. Doorslaggevend acht ik dat de werknemer slechts bij hoge uitzondering de overplaatsing kan weigeren zonder risico op ontslag (zie hoofdstuk 3 par. 2.3.). Onder dergelijke omstandigheden moet de werknemer erop kunnen vertrouwen dat zijn nieuwe werkgever voor de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst kan instaan. Daarbij past een bijzondere zorgplicht voor de moeder die met haar mobiliteitsbeleid de intra-concernmobiliteit van werknemers stimuleert.

De moeder kan zich niet verweren met het argument dat zij niet op de hoogte was van de deplorabele financiële toestand van de dochter op het moment dat de contractswissel plaatsvindt. De bijzondere zorgplicht houdt in dat de moeder zich moet laten informeren over de financiële situatie van de werkmaatschappij(en) en voor zover nodig de werknemers moet waarschuwen of voor de financiële verplichtingen jegens de overgeplaatste werknemers moet instaan. De zorgplicht geldt uiteraard wel alleen als de nieuwe werkgever zich bij aan het aangaan van de arbeidsovereenkomst in een deplorabele toestand bevindt (de peildatum). Indien de nieuwe werkgever op korte termijn failliet gaat, acht ik verdedigbaar dat de rechter de moedervenootschap de plicht oplegt aannemelijk te maken dat op het moment van overname gold dat de nieuwe werkgever de werknemers naar redelijkheid zou kunnen betalen.

#### 4.4. De zorgplicht in de vorm van een waarschuwingsplicht tijdens de arbeidsovereenkomst

De zorgplicht heeft ook relevantie tijdens de periode dat de werknemer werkzaam is bij één betreffend concernonderdeel. Bijvoorbeeld bij het aangaan van nieuwe verplichtingen, zoals een beëindigingsovereenkomst. Dit deed zich voor in de casus die het tot de Hoge Raad heeft gebracht.<sup>46</sup> De dochter was met een werknemer een beëindigingsvergoeding overeengekomen. Toen de dochter aangaf de vergoeding niet te kunnen betalen, sprak de werknemer onder meer de moedervereniging aan op onrechtmatig handelen. Het Hof stelde vast dat sprake was van een hechte concernstructuur die bleek uit de bestuurlijke verwevenheid: de moeder was enig aandeelhouder en tevens bestuurder van de dochter. De zorgplicht werd geactiveerd toen de bedrijfsactiviteiten van de dochter bij een ander concernonderdeel werden ondergebracht terwijl de dochter voor het overige in stand werd gelaten. Vanaf dat moment genereerde de dochter geen inkomsten meer. Het hof benadrukte in zijn motivering dat de moeder onrechtmatig handelde doordat zij de dochter een verplichting aan liet gaan terwijl zij wist dat de dochter geen verhaal zou bieden. Ook A-G Timmerman hamerde in zijn conclusie op deze verplichting. Dat doet voorkomen dat de zorgplicht de vorm had van een waarschuwingsplicht: de moeder had de werknemer moeten waarschuwen voor de deplorabele toestand van de dochter.

De Hoge Raad doet het tegen de zorgplicht gerichte cassatiemiddel af met verwijzing naar art. 81 Wet RO. Dat valt te begrijpen, de moeder was haar waarschuwingsplicht niet nagekomen en op dit grond reeds aansprakelijk. Tocht wringt er iets. Een waarschuwingsplicht past in de lijn van de doorbraakjurisprudentie uit het algemene verbintenissenrecht, maar heeft bij het aangaan van verplichtingen met betrekking tot het einde van de arbeidsovereenkomst niet hetzelfde effect. Stel dat de moeder haar waarschuwingsplicht was nagekomen. De waarschuwing had bewerkstelligt dat met de werknemer geen overeenstemming wordt bereikt. Dat neemt niet weg dat de werkgever hoe dan ook tot een beëindiging zou zijn overgegaan. In deze zaak zou een inhoudelijk ontbindingsverzoek hoogstwaarschijnlijk zijn toegewezen onder toekenning van een ontbindingsvergoeding. Voor de ontbindingsvergoeding had de dochter evenmin verhaal geboden.<sup>47</sup> Met andere woorden: heeft de zorgplicht de kleur van een waarschuwingsplicht dan kan de moeder voortaan zeer eenvoudig bewerkstelligen dat de werknemer alsnog met lege handen komt te staan.

In mijn visie rustte op de moeder dan ook niet alleen een waarschuwingsplicht, maar had zij tevens de belangen van de werknemer in acht moeten nemen bij het besluit tot verplaatsing van de bedrijfsactiviteiten. Ik vind hiervoor steun in de inhoudelijke overwegingen van de Hoge Raad met betrekking tot een ander cassatiemiddel. De Hoge Raad merkt daar op dat het verwijt jegens de moeder niet slechts blijkt uit het feit dat de moeder haar dochter een financiële verplichting laat aangaan (zoals hof en A-G doen voorkomen), maar ook uit het verplaatsen van de bedrijfsactiviteiten.<sup>48</sup> De zorgplicht houdt in dat geval in dat de moeder voor voldoening moet zorgen voor nadien uit de arbeidsovereenkomst ontstane financiële verplichtingen. Die plicht blijft staan ook als de moeder wel aan haar waarschuwingsplicht zou hebben voldaan.

---

<sup>46</sup> HR 17 juni 2005, JAR 2005/188 (*De Berghorst/Maas*).

<sup>47</sup> Hetzelfde heeft te gelden voor de vanaf 1 juli 2015 verschuldigde transitievergoeding. Wel zal de werkgever vanaf 1 juli 2015 minder snel eenzijdig een beëindiging kunnen realiseren.

<sup>48</sup> R.o. 3.3.3. De moeder had aangevoerd dat schending van de zorgplicht geen schade had berokkend omdat de werknemer evenmin een ontbindingsvergoeding toegekend door de kantonrechter in een inhoudelijke procedure op de dochter had kunnen verhalen. De moeder zou een punt hebben gehad als haar slechts was verweten dat zij de werknemer niet had gewaarschuwd. De Hoge Raad verwerpt het cassatiemiddel echter met verwijzing naar het feit dat de moeder tevens de verplaatsing van bedrijfsactiviteiten wordt verweten.

Ten aanzien van bestaande verplichtingen komt aan de waarschuwingsplicht evenmin een rol toe. Het Hof 's-Hertogenbosch overwoog in een uitspraak uit 2009 dat niet viel in te zien op welke wijze werknemers baat zouden hebben gehad bij een waarschuwing van de moeder over de slechte financiële positie van de dochtermaatschappij.<sup>49</sup> Ieder causaal verband ontbrak. De uitspraak lijkt in tegenspraak met het arrest *Algeba Jegelsma II*, waarin de Hoge Raad de waarschuwingsplicht tevens van toepassing acht op bestaande (leverings)overeenkomsten. Men kan betogen dat een waarschuwingsplicht ook nut heeft ten aanzien van bestaande arbeidsovereenkomsten; de werknemer kan er immers voor kiezen zijn werkzaamheden niet meer te verrichten. Toch bestaat ook nu een essentieel verschil. De waarschuwingsplicht heeft als doel te voorkomen dat de dochter in het licht van haar faillissement geen verhaal biedt voor geleverde zaken en/of diensten. In vergelijking tot reguliere schuldeisers hebben werknemers minder te vrezen van een negatieve boedel vanwege de loongarantieregeling van art. 61 WW. De loongarantieregeling beschermt de werknemer voor het directe financiële nadeel dat in het verleden verdiend inkomen niet meer aan hen wordt uitbetaald.<sup>50</sup> Het is bovendien voor het mogelijke voortbestaan van de onderneming van belang dat werknemers niet te snel stoppen met hun werk. Daarbij past niet dat de moeder de werknemers moet waarschuwen zodat zij hun werkzaamheden kunnen staken.

#### 4.5. De zorgplicht in de vorm van een garantstelling tijdens de arbeidsovereenkomst

Een hechte financiële verbondenheid tussen de moeder en dochter kan ertoe leiden dat de moeder gehouden is haar dochter bij betalingsonwil tot voldoening van loonaanspraken aan te zetten. Deze situatie deed zich voor in een uitspraak van het Hof Amsterdam van 13 januari 2015.<sup>51</sup> Toen de werknemer zich op een gegeven moment ziek meldde, weigerde zijn werkgever het loon te betalen met als argument dat hij daartoe financieel niet in staat was. De werknemer sprak met succes de moedervenootschap aan op grond van onrechtmatige daad. Ik begrijp de uitspraak zo dat de moeder zich via de interne zeggenschapslijnen had moeten inzetten voor de betaling van het loon. De reikwijdte van de instructieplicht kan per geval verschillen. In voornoemde zaak was de moeder de ultieme aandeelhouder en bestuurder van de dochter. De moeder had het aldus in haar macht de instructie tot betaling uit te (laten) voeren. Dat is niet altijd het geval. De kaarten komen anders te liggen indien de hechte concernstructuur blijkt uit de nauwe financiële verwevenheid tussen beide vennootschappen. Het bestuur van de dochter dient dan een eigen – weliswaar door het door de moeder opgelegde instructie ingekaderde – belangenafweging te maken.<sup>52</sup> Ik sluit niet uit dat de moeder in dat geval zelf voor voldoening moet instaan.

Het Amsterdamse hof baseerde zijn oordeel op de constatering dat de dochter over financiële middelen beschikte om de loonvordering te voldoen, maar dat niet deed. Het ging om betalingsonwil. Interessant is de vraag of de uitkomst anders was geweest als de dochter de financiële middelen niet had gehad. De moeder had zich dan – ondanks de nauwe banden – niet kunnen inzetten om haar dochter tot betaling aan haar werknemers te bewegen. We hebben dan te maken met betalingsonmacht. Ook bij betalingsonmacht kan de moeder onder omstandigheden onrechtmatig handelen. Dat geldt niet voor ieder financieel onvermogen van de dochter. Er bestaat

---

<sup>49</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 maart 2009, *JOR* 2009/157 m.nt. Van Maanen (*Kuenen/TBI*).

<sup>50</sup> *Kamerstukken II* 1967/68, 9515, nr. 3, p. 3.

<sup>51</sup> Gerechtshof Amsterdam 13 januari 2015, *RAR* 2015/53 (*Leendertse/Revest*). De arbeidsovereenkomst van de werknemer was op instigatie van de ultieme aandeelhouder in het concern overgenomen door een ander concernonderdeel. Het hof beschouwt dit element evenwel niet als een dragende overweging.

<sup>52</sup> Ik acht daarom niet juist het vonnis van Ktr. Zutphen 18 juli 1995, *JAR* 1995/245 (*Rouwenhorst/Ten Have BV*).

geen verplichting van de moeder om een onrendabele dochter tot in de lengte van jaren in stand te houden.<sup>53</sup> In lijn met de doorbraakjurisprudentie uit het algemene verbintenissenrecht handelt de moeder onrechtmatig als zij haar vorderingen op de dochter laat uitbetalen terwijl zij weet of behoorde te weten dat de werknemers daardoor niet kunnen worden voldaan. Denk aan het overhevelen van activa of het uitkeren van buitenproportionele dividenduitkeringen aan de moeder met als gevolg dat de dochter genoodzaakt is werknemers te ontslaan zonder toekenning van enige vergoeding. De gedachte is dat de moeder onder deze omstandigheden een eigen verantwoordelijkheid heeft voor de arbeidsrechtelijke consequenties van de besluiten. De zorgplicht houdt in dat de moeder geen vermogensonttrekkingen laat plaatsvinden na de peildatum of zich voor de nadien ontstane financiële verplichtingen van de dochter jegens de werknemers garant stelt.

In de rechtspraak leidt het onttrekken van gelden aan de dochter soms tot afwijzing van een *habe nichts*-verweer van de dochter in een ontbindingsprocedure dan wel procedure inzake kennelijk onredelijk ontslag.<sup>54</sup> Na inwerkingtreding van de Wwz per 1 juli 2015 krijgt de werknemer recht op een transitievergoeding. De werkgever hoeft de transitievergoeding niet te voldoen bij faillissement (art. 7:673c lid 1 NBW). Het is afwachten hoe een rechter met deze uitzondering zal omgaan indien uit de feiten blijkt dat het faillissement te herleiden is tot bevooroordeling van de moeder. Ik sluit niet uit dat de uitzondering buiten toepassing zal worden gesteld met verwijzing naar art. 6:248 lid 2 BW. Of de werknemers daar iets mee opschieten, is een tweede. Net als nu geldt in een ontbindings- dan wel kennelijk onredelijk ontslagprocedure verandert een afwijzing van het *habe nichts*-verweer niets aan het feit dat de eigen werkgever geen verhaal biedt vanwege het faillissement. De werknemer doet er daarom verstandig aan (ook) de moeder in rechte te betrekken op grond van onrechtmatige daad.<sup>55</sup>

#### 4.6. Het wekken vertrouwen als bijzondere categorie

De omstandigheid kan zich voordoen dat de werknemer aan verklaringen en/of gedragingen van de moeder het vertrouwen heeft mogen ontlenen dat de moeder voor bepaalde aanspraken zou instaan indien de dochter geen verhaal biedt. Uit het enkele feit dat de moeder in de financiering van de dochter voorziet, kan niet per definitie een toerekenbare schijn van medegebondenheid van de moeder voor door de dochter aangegane verplichtingen jegens de werknemers worden afgeleid. Illustratief is het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch uit 2009.<sup>56</sup> De grootmoeder had jaren in de financiering van de kleindochter voorzien. Tijdens een reorganisatie van de dochter zegde de moedervenootschap het verstrekte rekening-courant op, staakte de financiering en eiste de tekorten op. De dochter ging vervolgens failliet waardoor de werknemers de aan hen toegekende ontbindingsvergoedingen niet kregen uitgekeerd. Het hof achtte het handelen van de moeder niet onrechtmatig mede omdat niet bleek van een hechte concernstructuur. Met andere woorden: er bestond geen zorgplicht.

---

<sup>53</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1079 (*Thebe Huishoudelijke zorg BV*); Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 maart 2009, *JOR* 2009/157 m.nt. Van Maanen (*Kuenen/TBI*).

<sup>54</sup> Zie o.a. Ktr. Zaandam 14 november 2013, *AR Updates* 2013-0946; Ktr. Zaandam 6 mei 2010, *JAR* 2010/156; Ktr. Haarlem 18 juni 2007, *JAR* 2007/200; Rb. Utrecht 14 februari 2007, *RAR* 2007/96. Kritisch hierover E.S. Bock, 'Habe nichts, habe wenig neues', *Arbeidsrecht* 2009/11.

<sup>55</sup> De vorderingen kunnen niet in dezelfde procedure worden ingesteld. Het vorderen van schadevergoeding op grond van onrechtmatig handelen jegens de moeder geschiedt bij dagvaarding, terwijl het alsnog vorderen van de transitievergoeding jegens de eigen werkgever bij verzoekschrift gebeurt. Het gaat evenmin om nevenvorderingen in de zin van art. 7:686a lid 3 NBW nu de procespartij een andere is.

<sup>56</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 maart 2009, *JOR* 2009/157 m.nt. Van Maanen (*Kuenen/TBI*).



In de rechtspraak plaatst men het gerechtvaardigd vertrouwen doorgaans in de categorie van de zorgplicht. Dat is logisch voor zover het gerechtvaardigd vertrouwen op gedragingen van de moeder is gebaseerd. De hechte concernstructuur en de gedragingen van de moeder hangen doorgaans nauw met elkaar samen. Dit hoeft bij concrete verklaringen niet het geval te zijn. Dan is ook een andere grondslag voor aansprakelijkheid denkbaar. Ik acht verdedigbaar dat het kan gaan om een zelfstandige categorie die veel weg heeft van een vorm van vrijwillige aansprakelijkheid.<sup>57</sup> Ik denk aan het jgens een andere partij vrijwillig aangaan van een juridische verbintenis op basis van de wil-vertrouwensleer (artt. 3:33-3:35 BW) in het licht van het Haviltex-criterium. De toezeggingen van de moeder die leiden tot het gerechtvaardigde vertrouwen worden gekwalificeerd als een aanbod voor betaling in te staan indien de dochter niet aan haar financiële verplichtingen kan voldoen: een borgtocht dus (art. 7:850 BW). Dat de moeder haar verklaringen niet zo heeft bedoeld, heeft een ondergeschikt belang. Werknemers als ondergeschikte partij verdienen bij een onderhandelingen een beschermende rol en moeten er gerechtvaardigd op kunnen vertrouwen dat de moeder bedoelt wat zij verklaart. Het voordeel van deze grondslag voor aansprakelijkheid is dat een hechte concernstructuur niet bepalend is voor succes. De niet-nakoming van de afspraak als zodanig leidt reeds tot aansprakelijkheid. Aan een doorbraak van aansprakelijkheid komt men aldus niet toe.

Ik ben één uitspraak tegengekomen waarin werknemers en vakbonden een beroep deden op de juridische figuur van borgtocht. Het betreft een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden uit 2015.<sup>58</sup> De moeder had zich garant gesteld voor de verplichtingen uit een sociaal plan overeengekomen tussen haar dochter en de vakbonden. Het hof kwalificeerde de garantstelling als een borgtocht. De werknemers schoten hier alleen weinig mee op. De borgtocht had betrekking op het sociaal plan en de betreffende werknemers vielen buiten de werkingssfeer daarvan. In twee uitspraken uit 2011 wezen de feiten eveneens in de richting van een borgtocht. Het ging wederom om de nakoming van een sociaal plan.<sup>59</sup> Hoewel door de (groot)moeder toezeggingen waren gedaan, baseerden de vakbonden respectievelijk de werknemers hun vorderingen op de onrechtmatige daad. Nu leverde dat geen problemen op omdat in beide zaken sprake was van een hechte concernstructuur die bleek uit een intensieve beleidsbemoeyenis. Maar dat hoeft uiteraard niet het geval te zijn. Ontbreekt een hechte concernstructuur, dan biedt de regeling van een borgtocht een mogelijkheid tot aansprakelijkheid waar die anders had ontbroken.

Daarnaast komt voor dat de concrete mededelingen van de moeder maken dat de moeder jgens de werknemers als contractspartij geldt. Anders dan bij de borgtocht zijn de mededelingen thans niet gericht op een garantstelling met betrekking tot bepaalde financiële verplichtingen van de dochter, maar op het aangaan van een zelfstandig contract bijvoorbeeld over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het argument dat de werknemer niet bij de moeder maar bij de dochter in dienst is en daarom tussen de moeder en de werknemer over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst geen contract tot stand kan komen, heeft geen kans van slagen.<sup>60</sup> Ook nu is aan een doorbraak van aansprakelijkheid geen behoefte. De moeder wordt als contractspartij aangesproken op de verplichtingen uit de overeenkomst.

---

<sup>57</sup> Vgl. H.J. de Kluiver, 'Annotatie bij HR 18 november 1995 (NBM/Securior)', *NTBR* 1995/3, p. 80-81. Bartman & Dorresteyn (2013), p. 311 menen daarentegen dat het gerechtvaardigd vertrouwen goed past in de categorie van de zorgplicht.

<sup>58</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1933.

<sup>59</sup> Gerechtshof Leeuwarden 6 december 2011, *JAR* 2012/15, *JOR* 2012/39 m.nt. Holtzer (*Nacap*) en Rb. Middelburg 18 augustus 2011, *JAR* 2011/237, *JOR* 2011/325 m.nt. Holtzer (*Delta Biovalue*).

<sup>60</sup> HR 8 mei 2009, *JAR* 2009/147 (*Summit Motors Nederland BV/Razenberg*).

## 5. Enkele slotopmerkingen en aanbevelingen

De arbeidsrechtelijke bescherming als kenmerk van het arbeidsrecht heeft mijns inziens een positie in het zoeken naar een aanvaardbare afstand tussen feitelijke en juridische werkelijkheid bij de omgang met het concern. Dat dit soms nog een moeizaam zoeken is, blijkt uit de toepassing van de regels inzake de doorbraak van aansprakelijkheid. De lagere rechtspraak heeft bij de feitelijke invulling en motivering van de zorgplicht in het arbeidsrecht nog weinig oog voor de beschermingsgedachte en de bijzondere positie van de werknemer als schuldeiser. Ik ben slechts een uitspraak tegengekomen waarin de werknemers werden gekwalificeerd als een bijzondere categorie schuldeisers.<sup>61</sup> Uit de betreffende uitspraak blijkt evenwel niet welk belang het hof concreet bij de beoordeling van de zorgplicht toekent aan deze bijzondere positie.

Bij de feitelijke invulling van de zorgplicht zou in mijn visie meer gewicht moeten toekomen aan de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht. Dit geldt bijvoorbeeld ten aanzien van de hechte concernstructuur. De rechtspraak van de Hoge Raad biedt daartoe ook mogelijkheden. Een hechte concernstructuur is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en biedt ruimte voor een op de arbeidsovereenkomst toegespitste benadering. Een intensieve en indringende bemoeienis met de inrichting van het personeelsbeleid is mijns inziens voldoende om ten opzichte van werknemers een bijzondere zorgplicht te activeren. Dit geldt bij een wisseling van werkgeverschap ten opzichte van de oude werkgever, maar in het algemeen ook ten opzichte van de moeder. Het is de invloed van de moeder op het personeelsbeleid en de beperkte wilsvrijheid van de overgeplaatste werknemer die de bijzondere zorgplicht tot stand brengen. Daarnaast past bij de concrete invulling van de zorgplicht een op het arbeidsrecht toegespitste benadering. Zo heeft een waarschuwingsplicht ten aanzien van werknemers niet steeds hetzelfde effect als ten aanzien van reguliere schuldeisers en zouden vakbonden en werknemers bij onderhandelingen over bijvoorbeeld een sociaal plan op toezeggingen van de moeder een borgtocht kunnen baseren.

Tot slot rijst de vraag of een moedervernootschap onder het Nederlandse arbeidsrecht in meer gevallen aansprakelijk moet zijn dan uit het bovenstaande onderzoek voortvloeit. Anders geformuleerd: strekt de beschermingsgedachte zo ver dat een moeder altijd garant moet staan voor de arbeidsrechtelijke verplichtingen van haar dochters zodat het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid minder royaal aan haar ter beschikking moet worden gesteld?

Ik meen van niet en verwacht evenmin dat de Hoge Raad in die lijn zal oordelen. Ik put hiervoor inspiratie uit de rechtspraak inzake vereenzelviging. De Hoge Raad heeft vereenzelviging slechts toegestaan in uitzonderlijke situaties en past deze leer eveneens toe in het arbeidsrecht. Bij die benadering past niet dat via het leerstuk van de onrechtmatige daad alsnog tot een soortgelijk resultaat wordt gekomen. Een automatische garantstelling van de moeder voor de verplichtingen van de dochter komt er immers op neer dat de schending van de dochter aan de moeder wordt toegerekend bij de toepassing van art. 6:162 BW. Het schild van de rechtspersoonlijkheid wordt genegeerd. Dat komt feitelijk neer op vereenzelviging. Er is bovendien weinig op tegen dat de concernfiguur wordt gebruikt om risico's te kanaliseren zolang men zich maar aan de spelregels houdt. De onrechtmatige daad en de daarop gebaseerde zorgplicht voorkomen dat de moedervernootschap op een onaanvaardbare wijze gebruik maakt van de machtsmiddelen waarover zij in relatie tot de dochter beschikt. Het gaat om een eigen verplichting van de moeder die

---

<sup>61</sup> Gerechtshof Leeuwarden 6 december 2011, *JAR* 2012/15, *JOR* 2012/39 m.nt. Holtzer (*Nacap*).

voortvloeit uit de bijzondere verhouding waarin deze tot de dochtervennootschap *kan* staan. Via deze weg wordt recht gedaan aan de beschermingsgedachte van het arbeidsrecht zonder dat wordt getornd aan het fundamentele beginsel van het vennootschapsrecht dat iedere vennootschap aansprakelijk is voor zijn eigen gedragingen.

## **6. Stellingen**

1) De beschermingsgedachte van het arbeidsrecht strekt niet zo ver dat de moeder altijd garant dient te staan voor de arbeidsrechtelijke verplichtingen van haar dochter. De doorbraakjurisprudentie uit het reguliere verbintennisrecht is geschikt voor een eigen benadering in het arbeidsrecht. Via deze weg wordt recht gedaan aan de beschermingsgedachte zonder dat wordt getornd aan het voorrecht van beperkte aansprakelijkheid dat de moeder als aandeelhouder geniet.

2) Bij een intensieve bemoeienis van de moeder met de personeelsorganisatie en/of het mobiliteitsbeleid van haar werkmaatschappijen rust op de moeder een bijzondere zorgplicht jegens werknemers die in concernverband een nieuw dienstverband aangaan.