

Preadvies Levenbach/VvA

Concernwerkgeverschap

Voorwoord

In het Levenbachinstituut, opgericht op 25 september 2008, werken de Vakgroepen Arbeidsrecht en Socialezekerheidsrecht van de Nederlandse Universiteiten samen. De doelstelling van het instituut is onderwijs en onderzoek op het terrein van het arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht te bevorderen, alsmede het wetenschappelijke en publieke debat hierover. Daartoe organiseert het instituut onder meer bijeenkomsten, cursussen en opleidingen, looft het publicatieprijzen uit en creëert het instituut samenwerkingsverbanden tussen beoefenaren van het genoemde rechtsgebied in binnen- en buitenland. Het Levenbachinstituut kent een adviesraad bestaande uit de leerstoelhouders sociaal recht, arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht aan de Nederlandse universiteiten. Aan het Levenbachinstituut verbonden zijn voorts alle docenten en onderzoekers werkzaam bij de aangesloten vakgroepen.

De Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA), opgericht op 25 mei 1946, vormt een ontmoetingspunt voor hen die in verschillende functies met de theorie en praktijk van het arbeidsrecht in ruime zin - arbeidsovereenkomstenrecht, socialezekerheidsrecht, ambtenarenrecht, medezeggenschapsrecht - te maken hebben. Het doel van de VvA is het bevorderen van de kennis en de ontwikkeling van het Nederlandse arbeidsrecht; eenieder die dit doel onderschrijft kan lid worden. De VvA verzorgt een aantal discussiebijeenkomsten per jaar. Vaak worden de inleidingen gepubliceerd in een artikel of in de vorm van een uitgave in de reeks van de VvA.

In 2014 namen bestuursleden van het Levenbachinstituut en de VvA het initiatief een gezamenlijk Preadvies te organiseren, dat om het jaar zal verschijnen. Het Preadvies Levenbach/VvA wordt geschreven door gepromoveerde juristen die zich in een door de VvA uitgegeven rapport buigen over verschillende facetten van een actueel juridisch en maatschappelijk vraagstuk op het terrein van het arbeidsrecht in ruime zin. Het onderwerp van het preadvies wordt vastgesteld door het bestuur van het Levenbachinstituut, na raadpleging van de adviesraad en het bestuur van de VvA. De preadviseurs worden uitgenodigd door het bestuur van het Levenbachinstituut. De preadviseurs doen door middel van stellingen aanbevelingen voor een benadering van het gekozen vraagstuk, en verdedigen deze stellingen in een bijeenkomst waarvoor zowel VvA-leden als de aan het Levenbachinstituut verbonden wetenschappers worden uitgenodigd, en waarin referenten de voorzet geven voor een discussie.

Het eerste preadvies ligt voor u en heeft als onderwerp Concernwerkgeverschap. De preadviseurs zijn prof. dr. R.M. Beltzer (Universiteit van Amsterdam); dr. L. v.d. Berg (Vrije Universiteit) en dr. F.G. Laagland (Radboud Universiteit Nijmegen). Het bestuur van het Levenbachinstituut en het bestuur van de VvA zijn hen zeer erkentelijk voor het aanvaarden van de preadviesaanvraag, en voor de toewijding waarmee zij zich van hun taak hebben gekweten bij het schrijven van het preadvies. Wij zijn ervan overtuigd dat dit het begin zal zijn van een waardevolle traditie die het nationale debat over het arbeidsrecht in ruime zin zal verrijken.

Namens het Levenbachinstituut,
Prof. dr. W.L. Roozendaal

Namens de Vereniging voor Arbeidsrecht,
Prof. dr. A.R. Houweling

Preadviesaanvraag

Ten behoeve van het preadvies: concernwerkgeverschap

Preadviseurs:

Prof. dr. R.M. Beltzer

Dr. L. v.d. Berg

Dr. F.G. Laagland

Inleiding

Het arbeidsovereenkomstenrecht gaat in het overgrote deel van zijn regelgeving uit van een enkelvoudige verhouding tussen een werkgever en een werknemer: de werknemer verricht zijn arbeid onder de fysieke leiding en toezicht van zijn werkgever met wie hij, ten behoeve van het werk aldaar, de arbeidsovereenkomst sloot. In 1909, bij de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst, sloot deze juridische vormgeving aan bij de wijze waarop de arbeid werd verricht. De realiteit heeft een dergelijke enkelvoudige relatie inmiddels in veel gevallen achterhaald. Een goed voorbeeld hiervan – naast andere, zoals de uitzendrelatie – biedt de positie van werknemers die opereren binnen concernstructuren: zij hebben niet alleen te maken met degene met wie zij de arbeidsovereenkomst ondertekenden, maar zien zich tevens geconfronteerd met allerlei ‘derden’ die direct of indirect hun invloed, soms diepgaand, uitoefenen op de (nakoming van de) arbeidsovereenkomst. Denk aan de situatie dat de werkgever niet meer in staat is het loon te betalen omdat de moeder vennootschap al haar leningen heeft opgeëist. Een ander concernonderdeel kan zelfs in het geheel niet als ‘derde’ worden ervaren, bijvoorbeeld in de veel voorkomende situatie dat de werknemer binnen een concern feitelijk permanent werkt binnen een andere vennootschap dan die, waarmee hij de arbeidsovereenkomst sloot. Een andere, voor dit preadvies van belang zijnde factor is de positie van de derde buiten het concern in relatie tot de arbeidsovereenkomst, waarbij gedacht moet worden aan de uitvoerders van de sociale zekerheid, pensioen- en andere fondsen. Ook voor hen roept het concernverband specifieke vragen op. De overkoepelende vraag is of het recht voldoende rekening houdt met de arbeidsovereenkomst binnen het concern.

Bij het formuleren van een antwoord op deze vraag, dient men van zekere kaders uit te gaan. “Voldoende rekening houden met” is immers geen term die met precisie kan worden gedefinieerd. Bij het antwoord wordt altijd uitgegaan van zekere verwachtingen ten aanzien van wat in het algemeen “redelijk en billijk” is en wat van “goede werkgevers, werknemers en andere betrokkenen” mag worden verwacht. Daarbij zullen wij teruggrijpen op het doel van het arbeidsrecht en dat van eventuele andere, voor de specifieke casus relevante rechtsterreinen, waarbij in het bijzonder aan het ondernemingsrecht (met als specialis: het concernrecht) moet worden gedacht. Opvattingen van de wetgever, beleidsmakers en de rechter zullen worden geanalyseerd. Een eenduidig antwoord zal lastig te geven zijn; hierbij is een belangrijke factor dat “concernwerkgeverschap” niet eenduidig is in haar verschijningsvormen. Verschillende situaties vragen om verschillende benaderingen. Zo kan het, bijvoorbeeld, voor het antwoord op de vraag wie de werknemer tot nakoming van zijn arbeidsovereenkomst kan aanspreken of welke vennootschap kan worden aangesproken tot voldoening van socialezekerheidspremies, uitmaken of de werknemer werkzaam is binnen een concern dat in feite een juridische herstructurering c.q. risicokanaliserende vormt van een onderneming die voorheen als (enkelvoudige) rechtspersoon opereerde, of dat hij werkt binnen een gediversificeerd, internationaal opererend en door middel van overnames tot stand gekomen concern. In dat laatste geval is er, althans op het eerste gezicht, minder dan in het eerste geval, reden een ander dan de werkgever (mede-)aansprakelijk te houden voor uit de arbeidsovereenkomst of het socialezekerheidsrecht voortvloeiende verplichtingen.

In feite speelt bij de behandeling van de arbeidsovereenkomst binnen het concern voor een belangrijk deel de vraag hoe de factoren kapitaal en arbeid zich in de juridische regelgeving tot elkaar verhouden.

Concreet komt hierbij de vraag aan de orde hoe Boek 2 en de daarop gebaseerde leerstukken/rechtspraak zich verhouden tot Titel 10 van Boek 7 BW. Het arbeidsrecht heeft immers, net als in 1909, een beschermingsfunctie. Dit uit zich onder meer in een aantal waarborgen voor de werknemer, zoals ten aanzien van de mogelijkheid zijn werkgever aansprakelijk te stellen voor ongevallen, te late loonbetaling et cetera. Weliswaar zijn de oorspronkelijke gedachten achter de regeling van de arbeidsovereenkomst aan erosie onderhevig geweest onder invloed van verschillende maatschappelijke ontwikkelingen (zie het NJV-advies van Van der Heijden en Noordam), maar ongelijkheidscompensatie vormt zonder twijfel nog immer een pilaar van het arbeidsrecht. Dergelijke noties ontbreken in, bijvoorbeeld, het ondernemingsrecht, een rechtsgebied waar het arbeidsrecht leentjebuurt lijkt te spelen op het terrein van doorbraak van aansprakelijkheid binnen concerns, al lijkt er, getuige de (lagere) rechtspraak, wel ruimte op basis van in het bijzonder het leerstuk van goed werkgeverschap de werknemer als een speciale schuldeiser te beschouwen. Een doel van het advies is na te gaan onder welke omstandigheden daarvan in welke mate sprake is. Een vervolgvraag is of een wettelijke regeling aanbevelenswaardig zou zijn (zoals Jacobs ooit voorstelde in het NJB, 1994). Bij de vormgeving van arbeidsrechtelijke verhoudingen binnen een concern zouden wellicht andere rechtsgebieden in aanmerking komen om als voorbeeld te dienen. Men denke aan het mededingingsrecht, dat een lagere drempel lijkt te kennen voor aansprakelijkstelling van een andere dan de handelende vennootschap, of aan de geneeskundige-behandelingsovereenkomst, waar iets vergelijkbaars geldt in de verhouding patiënt-behandelend arts-ziekenhuis. Interessant aan deze rechtsgebieden is dat zij rekening houden met de afhankelijke positie van respectievelijk de consument en de patiënt. Beide rechtsgebieden zijn bovendien van recenter datum dan het ondernemingsrecht ten aanzien waarvan de vormgeving van doorbraak van aansprakelijkheid goeddeels aan de rechter is overgelaten. "Piercing the (corporate) veil" in het ondernemingsrecht wordt onder bepaalde omstandigheden toegestaan indien binnen groepsstructuren rechtspersonen zodanig worden gebruikt dat aan de bescherming van de werknemers tekort wordt gedaan op een wijze die maatschappelijk onaanvaardbaar is. Risicokanaliserende kent immers haar grenzen: de anti-misbruikwetten uit de jaren zeventig van de vorige eeuw zijn illustratief voor een wettelijke toerekening. Het opmerken waard is dat binnen de wat meer perifere onderdelen van het ondernemingsrecht, te weten het enquêterecht en het medezeggenschapsrecht, inmiddels een instrumentarium is ontwikkeld waarmee men ten aanzien van het concern de economische realiteit – het concern als onderneming – kan laten prevaleren boven de juridische realiteit – het concern bestaat uit een verzameling vennootschappen met eigen, afgescheiden rechten en verplichtingen. Een vraag voor de adviseurs is of binnen het arbeidsrecht een dergelijke benadering gewenst is.

In het advies zullen in het bijzonder de onderstaande vragen worden geanalyseerd en uitgewerkt. Aan de hand daarvan zullen de adviseurs concrete maatregelen voorstellen voor de vormgeving van het werkgeverschap binnen concerns.

1. Hoe houdt het wettelijke gereguleerde arbeidsovereenkomstenrecht (en de daaraan verbonden, door derden uitgevoerde regelingen) rekening met de arbeidsovereenkomst binnen het concern?
2. Met gebruikmaking van welke leerstukken is de rechtspraak bereid de partijafspraken tussen werkgever en werknemer geheel of ten dele opzij te zetten ten gunste van een uitkomst die tegemoetkomt aan de belangen die met de arbeidsovereenkomst en de sociale zekerheid worden gediend?
3. In het verlengde van de vorige vraag: welke situaties zijn in de rechtspraak te onderscheiden en in hoeverre bieden deze onderscheidingen grond voor de gedachte dat de wijze waarop en de mate waarin de rechter ingrijpt samenhangt met deze onderscheidingen?¹

Voor de beantwoording van bovenstaande vragen zullen de adviseurs gebruik maken van rechtspraak en literatuur.

¹ De oorspronkelijke adviesaanvraag bevatte nog een vierde vraag gericht op de vergelijking met andere rechtsgebieden en buitenlandse voorbeelden. Dit aspect is in overleg met de adviseurs komen te vervallen.