
*De arbeidsovereenkomst in het
concern*

*Preadvies ten behoeve van het
Levenbach Instituut en de
Vereniging voor Arbeidsrecht*

Inhoud

Proloog.....	2
1. De arbeidsovereenkomst binnen het concern.....	3
1.1 Veranderingen in de persoon van de werkgever	3
1.2 Het concern als economische en juridische verschijningsvorm	8
1.3 Het perspectief van de concernwerknemer	12
1.4 Totaaloplossing of <i>piecemeal engineering</i> ?.....	15
1.5 Een kleine typologie	17
1.6 Een speciale arbeidsrechtelijke benadering van het concern.....	21
1.7 Enkele ontwikkelingen in andere rechtsgebieden	25
1.8 Opzet van dit preadvies.....	26

Proloog

“Deze weg zal moeilijk zijn. De traditioneele rechtsopvatting, die slechts betrekkingen kent tusschen rechtssubjecten en rechtsobjecten en van rechtssubjecten onderling, moet tegenover de denkbeelden, die hier ten aanzien van de onderneming zijn ontwikkeld, uitermate sceptisch staan. Niet ten onrechte zegt Hauriou, dat er een enorme inspanning van het denken noodig is, om de gedachte, dat er figuren in het rechtsleven zijn, die noch subject, noch object zijn, niet terstond voor absurd te verklaren. Wil de wetenschap van het arbeidsrecht echter een wetenschap zijn, die gebaseerd is op de werkelijkheid van het maatschappelijk leven, dan zal zij ten opzichte van de onderneming in technisch-organisatorischen zin deze gedachte moeten aanvaarden.”¹

Dit citaat van De Gaay Fortman (uit 1936) is een oproep ten aanzien van de arbeidsovereenkomst binnen de onderneming de klassieke juridische dogma's over rechtssubjectiviteit te laten varen ten gunste van een, in modernere termen sprekend: materiële, institutionele benadering van de onderneming. Het citaat, hoewel geschreven ten aanzien van de enkelvoudige onderneming – het moderne concern met zijn vele vertakkingen c.q. dochtermaatschappijen bestond in die vorm niet in zijn tijd - is evenzeer toepasbaar op het concern.

De in het citaat opgenomen gedachtegang is de rode draad van dit preadvies waaraan de volgende principiële vraag kan worden gekoppeld: voldoet de huidige juridische vormgeving van de arbeidsovereenkomst binnen het concern aan de eisen van de tijd? Slaat zij de juiste balans tussen de belangen van de ondernemer die het concern in stand houdt enerzijds en de belangen van de binnen het concern werkzame werknemers anderzijds? Indien deze vraag ontkennend moet worden beantwoord: welke middelen dienen te (kunnen) worden ingezet om hierin verandering aan te brengen? In dit preadvies zullen wij deze vraag aan de hand van een aantal thema's behandelen. Achtereenvolgens komen aan de orde: een inleiding over de arbeidsovereenkomst binnen het concern, intraconcerndetachering, opvolgend werkgeverschap, doorbraak van aansprakelijkheid en socialezekerheidsrechtelijke en fiscaalrechtelijke aspecten. De focus ligt daarbij steeds op de individuele arbeidsovereenkomst: cao-recht en medezeggenschapsrecht komen slechts zijdelings aan de orde.

¹ W.F. de Gaay Fortman, *De onderneming in het arbeidsrecht* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: H.J. Paris 1936, p. 68.

1. De arbeidsovereenkomst binnen het concern

1.1 Veranderingen in de persoon van de werkgever

De vraag wie de werkgever is, werd in het verleden in het arbeidsrechtelijke discours zelden gesteld. Ook in de huidige maatschappelijke discussie ligt de nadruk op de vraag wie als werknemer kan worden beschouwd, althans: welke groep werkenden aanspraak zou moeten kunnen maken op een bepaalde vorm van arbeidsrechtelijke bescherming. De discussie omtrent de bescherming van zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) is illustratief¹, net als de discussie omtrent de vraag of zelfstandigen onder een cao mogen vallen² en hoe ver de flexibilisering van de arbeid zou moeten reiken, waarvan de keerzijde steeds is dat arbeidsrechtelijke bescherming afneemt.³ Het creëren van zowel ondernemersflexibiliteit als werkzekerheid is nu eenmaal contradictoir.

De reden voor dit verschil in aandacht voor de twee contractspartijen is dat de vraag wie werkgever is, in de meeste gevallen relatief eenvoudig te beantwoorden is. 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 het fysieke 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. Daar liggen verschillende ontwikkelingen aan ten grondslag. De werkgever is steeds minder een statische entiteit, maar kan van gedaante veranderen door fusies, overnames, in- en outsourcing, waar nog bijkomt dat bedrijven steeds vaker een transnationaal karakter hebben gekregen.

¹ Zo hadden dit decennium twee arbeidsrechtelijke oraties de zzp'er als thema: M. Westerveld, *Het stiefkind van het arbeidsrecht. De complexe relatie van zelfstandige arbeid en sociale verzekering* (2011, UvA) en G.C. Boot, *Zzp-ers: flexibiliteit, bescherming en zekerheid* (2012, UL).

² In het bijzonder naar aanleiding van HvJEU 4 december 2014, C 413/13, ECLI:EU:C:2014:2011 (*FNV Kunsten Informatie en Media*). Zie over deze zaak o.a. E.F. Grosheide, "Europa's spagaat: vrije mededinging versus werknemersbescherming", *TAO* 2014, nr. 4, p. 143-146.

³ De Wet werk en zekerheid is in feite een reactie op deze trend.

In feite is concentratie van ondernemingen binnen een groter geheel al sinds de Tweede Wereldoorlog sterk toegenomen. In de jaren zestig en zeventig nam het aantal en de omvang van concerns enorm toe.⁴ De opkomst van de besloten vennootschap heeft deze ontwikkeling versterkt. Het werd, door de relatieve laagdrempeligheid van deze rechtsvorm ten opzichte van de naamloze vennootschap, voor ondernemers eenvoudiger risico's te beheersen. Het relatieve gemak waarmee persoonlijke aansprakelijkheid kon worden voorkomen leidde tot uitwassen, in het bijzonder: misbruik van besloten vennootschappen. Deze uitwassen hebben geleid tot enkele zogenoemde antimisbruikwetten.⁵ De rechtsvorm van de besloten vennootschap, inmiddels met afstand de meeste voorkomende rechtspersoon, is ook zeer geschikt gebleken voor concernvorming – een verschijningsvorm die ertoe heeft bijgedragen dat de klassieke enkelvoudige verhouding tussen werkgever en werknemer is geërodeerd.

In de jaren '70 hebben deze ontwikkelingen aan de wieg gestaan van enkele, specifiek ter bescherming van de werknemer opgestelde, richtlijnen op het terrein van collectief ontslag, overgang van onderneming en bescherming bij insolventie.⁶ De ontwikkelingen hebben sindsdien niet stilgestaan: vanaf de jaren '90 is de globalisering gestaag toegenomen en onder invloed van IT-ontwikkelingen zijn ondernemingen – werkgevers – voortdurend van gedaante en karakter veranderd. Een belangrijk gevolg hiervan is dat de economische en de juridische realiteit van de onderneming minder vaak parallel lopen dan voorheen. Het is om die reden dat de vraag wie de werkgever is aan belang heeft gewonnen. De Italiaanse hoogleraren Corazza en Razzolini zeggen het in hun uit 2014 daterende paper “Who is an Employer?” als volgt:

“In the face of multi-polar and multi-segmented economic organizations, it has become more and more clear that the boundaries of the economic activity and entrepreneurial powers no longer coincide with the boundaries of the firm. In this context (...), Douglas Baird has warned us about the need to resist the

⁴ Zie C.M.E.P. van Lent, *Internationale intra-concerndetachering* (diss. Tilburg KUN), Deventer: Kluwer 2001, p. 294 e.v., alsmede de daar genoemde bronnen.

⁵ Wetten van 4 juni 1981, Stb. 1981, 370, 21 mei 1986, Stb. 1986, 276 en 16 mei 1986, Stb. 1986, 275. Zij betreffen onder andere de persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders voor het betalen van premies en belastingen en aansprakelijkstelling door de curator in faillissement.

⁶ Richtlijn 75/129/EEG van de Raad, 17 februari 1975, betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake collectief ontslag (PbEG 1975, L 48/29), Richtlijn 77/187/EEG van de Raad, 14 februari 1977, inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PbEG 1977, L 61/26) en Richtlijn 80/987/EEG van de Raad, 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (PbEG 1980, L 283/23).

general idea that “the locus of economic activity rests with a discrete legal entity (...) In a world in which the boundaries of the firm become less clear and the identity of those who control the firm becomes more fluid, regulations that focus on the conduct of specific firms is at best incomplete and often misguided”. In this respect, legal rules should be focused in the future on regulating economic activity, “rather than on regulating discrete legal entities”.⁷

Ook Corazza en Razzolini stellen derhalve vast dat het enkelvoudige werkgeversbegrip onder druk is komen te staan: regelgeving zou zich meer rekenschap moeten geven van de economische realiteit. Na een aantal economische en juridische ontwikkelingen te hebben geanalyseerd (grotendeels dezelfde als die hierboven zijn beschreven) komen zij tot de conclusie dat het meervoudige werkgeverschap – er zijn meer werkgevers tegelijkertijd - aan terrein wint, niet alleen in *common law*-jurisdicties, waar dit fenomeen al langer werd geaccepteerd, maar ook in landen met een continentaal rechtsstelsel waar men van oudsher sceptischer staat tegenover deze vorm van pluraliteit van werkgevers.⁸ Zo is in de Franse rechtspraak voor concerns het leerstuk van *co-employeurs* ontwikkeld, waar verschillende werkgevers tegelijkertijd aansprakelijk zijn voor de nakoming van de arbeidsovereenkomst, in het bijzonder ten aanzien van de plicht tot herplaatsing.⁹ Dit is overigens een andere vraag dan die wie de *enige* werkgever is in het geval men daarover kan twijfelen. Het gaat in dat geval niet om gelijktijdige pluraliteit maar om de vraag wie in een gegeven situatie van verschillende kandidaten de ‘werkelijke’ werkgever is. Voor het Nederlandse academische discours is interessant hetgeen zij hierover schrijven:

“Particularly in the Continental European legal systems the following general principle obtains: if the legal entity that exercises the entrepreneurial power of control and direction over the working activity is different from the legal entity that is formally part of the employment contract, then it is the former and not the latter that must be regarded as the employer for the scope of the employment protection. On the one hand, this principle is rooted in the rules governing contract interpretation based on the idea that substance prevails over the form, whereas in common law countries form usually prevails over substance. On the other hand, in Continental European legal systems the prohibition of separation between the formal employer, who bears the employment risks and liabilities, and the employer who effectively owns the firm and exercises control and direction over the working activities, derives from the traditional

⁷ Luisa Corazza & Orsola Razzolini, “Who is an Employer?”, via: <http://www.labourlawresearch.net/papers/who-employer>.

⁸ Corazza & Razzolini, par. 4.

⁹ Corazza & Razzolini, p. 20.

hostility toward any form of labor intermediation (merchandeur, Meister, caporale) whereas a general acceptance of this phenomenon took place in the United Kingdom.”¹⁰

Deze vaststelling is interessant, omdat zij niet in lijn lijkt met de Nederlandse ervaringen. Dat “wezen voor schijn gaat”, is een principe dat hier te lande reeds lange tijd opgeld doet, in het bijzonder bij de vraag naar wie als werknemer kan worden beschouwd c.q. een arbeidsovereenkomst heeft gesloten.¹¹ Moet echter de vraag worden beantwoord wie de werkgever is binnen een concern, dan lijkt eerder te worden aangesloten bij de formele wederpartij dan bij degene voor wie de werknemer feitelijk zijn werkzaamheden verricht.¹²

In een enkel geval heeft de Nederlandse wetgever in geval van pluraliteit een duidelijke keuze gemaakt: de uitzendrelatie zoals gedefinieerd in art. 7:690 BW kent evenzeer bovenvermelde diffusie tussen juridische en economische realiteit: het gaat immers om een driehoeksrelatie waarbij de werknemer een arbeidsovereenkomst (juridische realiteit) heeft met de uitzendorganisatie, maar zijn werkzaamheden feitelijk verricht ten behoeve van een inlener (economische realiteit¹³) die een opdrachtovereenkomst met het uitzendbureau heeft gesloten. Tot de inwerkingtreding van de Wet flexibiliteit en zekerheid op 1 januari 1999 was onduidelijk wie de wederpartij van de uitzendkracht was.¹⁴ Nu is gekozen voor een werkgeverschap van het uitzendbureau, waarmee mijns inziens buiten kijf lijkt te staan dat de inlener/wederpartij van de uitzendorganisatie niet als wederpartij van de uitzendkracht kan gelden. Het leerstuk van co-employeurschap heeft in Nederland (vooralsnog) geen voet aan de grond gekregen.¹⁵

Niet juridisch gereguleerd zijn (onder)aannemingsverhoudingen – ook wel “(sub)contracting” genaamd¹⁶ - waarbij onderdelen van het productieproces worden

¹⁰ Corazza & Razzolini, p. 5.

¹¹ Te wijzen is op HR 8 april 1994, *JAR* 1994/94 (Agfa/Schoolderman) en HR 10 oktober 2003, *JAR* 2003/263 (Van der Male/Den Hoedt).

¹² Hierover gaat het volgende hoofdstuk.

¹³ Met wat goede wil kan men volhouden dat de uitzendkracht tevens deel uitmaakt van de organisatie van het uitzendbureau. Deze connectie valt echter in het niet bij het feit dat de uitzendkracht feitelijk al zijn arbeidsuren besteedt bij de inlener en daarmee (veel meer) verbonden is aan diens organisatie.

¹⁴ Zie voor een overzicht van deze geschiedenis J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2012, par. 4.2.

¹⁵ Enige vorm van pluraliteit is het Nederlandse systeem niet vreemd, zie bijvoorbeeld art. 7:658 lid 4 BW.

¹⁶ Zie voor een voorbeeld J.P.H. Zwemmer, “Contracting: over afbakeningsproblemen met uitzending, schijnconstructies en juridisch houdbare varianten”, *AR Updates* 2014-1017, via: http://www.ar-updates.nl/commentaar/AR_2014_1017.

uitbesteed aan derden die op het terrein van de opdrachtgever hun werkzaamheden verrichten – soms met en naast de werknemers van deze opdrachtgever die zo een “netwerkderneming” vormt. Deze vorm van uitbesteding is ook wel “toyotisme” genoemd.¹⁷ Zij moet goed worden onderscheiden van compartimenteren van werkzaamheden binnen een concern, waar evenzeer sprake is van een netwerk van organisaties, maar daarenboven van een organisatorische eenheid tussen deze organisaties met een gecentraliseerde zeggenschap (zie de paragrafen hierna).

Een andere, recente vorm is het zogenoemde *payrollen*, waarbij de werknemer een arbeidsovereenkomst sluit met een payrollorganisatie, maar zijn werkzaamheden feitelijk verricht onder leiding en toezicht van de inlener die, anders dan bij de uitzendrelatie, tevens de werving en selectie doet. De vraag wie in een payrollsituatie als de werkgever kan worden beschouwd, is nog niet uitgekristalliseerd.¹⁸ Past men louter de wezen-voor-schijntheorie toe, dan lijkt de inlener de enige werkgever te zijn. Het feit dat die opvatting geen gemeengoed is in de gepubliceerde rechtspraak, biedt voeding aan de gedachte dat een formeel-juridische zienswijze ten aanzien van het bepalen wie de werkgever is een grote rol speelt.¹⁹

Het laatste hier te noemen voorbeeld – mede onderwerp van dit preadvies – is de intraconcerndetachering. Werknemers binnen een concern hebben niet alleen te maken met degene met wie zij de arbeidsovereenkomst sloten, maar zien zich tevens geconfronteerd met allerhande ‘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 moedervenootschap al haar leningen aan de dochtermaatschappijen heeft opgeëist. Een ander concernonderdeel kan zelfs in het geheel niet als ‘derde’ worden ervaren, maar veeleer als de werkelijke werkgever, 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. Dit verschil tussen

¹⁷ Naar de autofabrikant Toyota. Deze vorm contrasteert met het klassieke, verticale, geïntegreerde model zoals dat bij Ford werd gehanteerd, het “fordisme”. Zie Jan Buelens, *Collectief overleg in (onder)jaannemingsverhoudingen*, Brugge: die Keure 2012.

¹⁸ L.G. Verburg, “Payrolling: over duiding en verbinding”, *Ars Æqui* 2013, p. 907-914. Zie voor een helder overzicht waarin ook andere vormen dan payrolling worden besproken: W.L. Roozendaal, “Alfahulp in dienst bij thuiszorg; wie volgt?”, *AR Updates* 2013-0893, via: http://www.ar-updates.nl/commentaar/AR_2013_0893.

¹⁹ Alsmede de (vermeende) partijbedoeling. Op dit element kom ik in het volgende hoofdstuk terug, bij de bespreking van de intraconcerndetachering.

juridische en ervaren (veelal: economische) realiteit is onderwerp van de volgende paragraaf.

1.2 Het concern als economische en juridische verschijningsvorm

De in het spraakgebruik ingeburgerde term “concern” verwijst in de praktijk meestal naar het begrip “groep” als bedoeld in art. 2:24b BW:

Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.

In dit preadvies worden beide termen zonder inhoudelijk onderscheid gebruikt; wel wordt steeds gedoeld op de hierboven weergegeven definitie.²⁰

Wat bij lezing van deze, in 1988 geïntroduceerde, bepaling direct opvalt, is dat de term “groep” geen duidelijk afgebakende, juridische definitie kent. De termen “economische eenheid” en “organisatorisch verbonden” vragen immers om een nadere invulling. Hiermee is gekozen voor, aldus de wetgeschiedenis, “een continentale, economische visie op het concern”.²¹ Een dergelijke visie roept de vraag op wat de juridische consequenties zijn van deze keuze, in het bijzonder voor de in dit preadvies te behandelen onderwerpen.²² Wat tevens opvalt, is dat binnen de groep zowel rechtspersonen als andere vennootschappen – denk aan de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap – deel kunnen uitmaken, zolang maar sprake is van een organisatorische verbondenheid. De groep vormt zo meer een economisch-organisatorisch dan een juridisch geheel.

De in de tweede zin van het artikel opgenomen beschrijving van “groepsmaatschappijen” brengt overigens weinig juridische verheldering, daar zij is afgeleid van het groepsbegrip. In vrijwel alle gevallen gaat het echter om een constructie waarin de zeggenschap is geconcentreerd bij een topvennootschap – de

²⁰ In het spraakgebruik is daarvan niet steeds sprake. Men gebruikt daar soms de term concern zonder dat aan de definitie van art. 2:24b BW is voldaan. Die situaties komen in dit preadvies niet aan de orde, daar de verbondenheid en de centrale leiding (zie hierna) essentieel zijn voor deze studie.

²¹ *Kamerstukken II 1986-1987*, 19 813, nr. 3, p. 3. Het artikel is ingevoerd naar aanleiding van de Zevende EG-Richtlijn van 13 juni 1983, betreffende de geconsolideerde jaarrekening (PB L 1983 van 18 juli 1983).

²² Zie hierover de dissertatie van M.P. van Achterberg, *De juridische definitie van het economische verschijnsel concern* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1989.

moedermaatschappij - waaronder meerdere dochtermaatschappijen hangen (waaronder dan weer kleindochters kunnen hangen, et cetera). Centrale leiding is derhalve een essentieel aspect van de groep,²³ al staat dat niet met zoveel woorden in de wettekst.²⁴ Om die reden lijkt de definitie die Bartman en Dorresteyn voor het concern hanteren correcter:

“Een eenheid waarin rechtspersonen en/of personenvennootschappen onder centrale leiding organisatorisch zijn verbonden, gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer.”²⁵

De voor dit onderzoek belangrijke figuur van de dochtervennootschap is juridisch scherper afgebakend, getuige de tekst van art. 2:24a BW:

1. a. een rechtspersoon waarin de rechtspersoon of een of meer van zijn dochtermaatschappijen, al dan niet krachtens overeenkomst met andere stemgerechtigden, alleen of samen meer dan de helft van de stemrechten in de algemene vergadering kunnen uitoefenen;
- b. een rechtspersoon waarvan de rechtspersoon of een of meer van zijn dochtermaatschappijen lid of aandeelhouder zijn en, al dan niet krachtens overeenkomst met andere stemgerechtigden, alleen of samen meer dan de helft van de bestuurders of van de commissarissen kunnen benoemen of ontslaan, ook indien alle stemgerechtigden stemmen.
2. Met een dochtermaatschappij wordt gelijk gesteld een onder eigen naam optredende vennootschap waarin de rechtspersoon of een of meer dochtermaatschappijen als vennoot volledig jegens schuldeisers aansprakelijk is voor de schulden.

In deze definitie komt het element van overheersende zeggenschap duidelijk naar voren.²⁶ In dit preadvies wordt aangesloten bij deze definitie, dus met de toevoeging van centrale leiding. Het is immers dit element binnen de groep dat het denken over de positie van de arbeidsovereenkomst binnen het concern een specifieke dynamiek geeft.

²³ In het geval van joint ventures behoeft van centrale leiding geen sprake te zijn, terwijl wel sprake kan zijn van organisatorische verbondenheid.

²⁴ Wel in andere bepalingen, zoals art. 2:406 BW betreffende de geconsolideerde jaarrekening. Ook de WEOR bevat een definitie (van communautaire groep) waarin het bestaan van een moederonderneming en een of meer daaronder hangende ondernemingen wordt verondersteld.

²⁵ Zie S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013 (achtste druk), p. 1. Zie p. 32 e.v. voor discussie over de vraag of het element van centrale leiding moet in art. 2:24b BW moet worden ingelezen.

²⁶ Het meerderheidsvereiste lijkt logisch om organisatorische eenheid aan te nemen. Wij nemen dit vereiste in dit preadvies als uitgangspunt. In Europees verband bestaan verschillende percentages voor verschillende situaties. Zo is een “small or medium-sized enterprise” in de zin van art. 3 van *Commission Recommendation C (2003)1422* van 6 mei 2003 niet als “autonomous” te beschouwen indien een andere onderneming minimaal 25% van het kapitaal houdt of de stemrechten heeft binnen de betreffende onderneming.

De groepsmaatschappij die binnen het concern als werkgever optreedt, zal in de meeste gevallen, namelijk indien het niet om de topvennootschap/moedervenootschap gaat, niet degene zijn die het laatste woord heeft ten aanzien van de vormgeving van de werkzaamheden van diezelfde groepsmaatschappij. Het beleid wordt immers voor een groot deel bepaald door wat op het hoogste niveau wordt bedacht en geïmplementeerd, en in de meeste gevallen dienen groepsmaatschappijen zich te schikken naar het op een hoger niveau vastgestelde concernbeleid.²⁷ Dit uit zich op het terrein van de factor arbeid in zaken als binnen de gehele groep toegepaste personeelsinstrumenten, een centrale (ondernemings-)cao voor de groep en een personeelsbeleid dat erop is gericht dat de in dienst te nemen personen multi-inzetbaar zijn binnen de groep.²⁸ De centrale macht kan er tevens, voor de factor arbeid, toe leiden dat de werkgever c.q. groepsmaatschappij beslissingen dient te nemen die negatief uitpakken voor deze factor, terwijl een dergelijke beslissing wellicht niet zou zijn genomen indien de werkgever zelf, zonder instructie van de moedermaatschappij, had mogen beslissen. De ondernemer²⁹ binnen de groepsmaatschappij die als werkgever optreedt bevindt zich vaak in een spagaat: de ondernemer dient als uitgangspunt aan de eigen ondernemingsraad advies te vragen omtrent strategische beslissingen, terwijl zijn bewegingsvrijheid sterk is ingeperkt door de concernleiding. Illustratief is de zaak BAT Nederland. Door het besluit van de concernleiding (in Londen) werd de in Amsterdam gevestigde tabaksfabriek BAT Nederland gesloten met het voorziene ontslag van zo'n 225 werknemers als gevolg. Hoewel alternatieven werden voorgedragen en de Amsterdamse vestiging geen verlies leed, haalden de protesten uiteindelijk weinig uit. De OK overwoog uitdrukkelijk dat BAT Nederland zich niet kon onttrekken aan de binnen het concern ontwikkelde strategie – de productie werd verplaatst naar Brussel. Dit zou slechts anders zijn indien duidelijk een onredelijke belangenafweging had plaatsgevonden tussen het concernbelang enerzijds en dat van BAT Nederland

²⁷ Uiteraard heeft elk bestuur de plicht zich naar het belang van de rechtspersoon/vennootschap te richten, maar aanvaard is dat het zogenoemde concernbelang voorrang kan krijgen. In dit preadvies gaan wij niet in op de vraag naar waar de grenzen op dit punt liggen. Zie hierover Bartman & Dorresteyn 2013, in het bijzonder hoofdstuk 4.

²⁸ Dit behoeft niet allemaal zo centraal te zijn geregeld. Waar het echter om gaat, is dat de concernleiding de *mogelijkheid* heeft centraal aan te sturen.

²⁹ De in de WOR gebezigde term ondernemer (art. 1 lid 1 onder d) loopt goeddeels parallel aan de definitie van werkgever. Het gaat volgens de WOR om de natuurlijke persoon of rechtspersoon die een onderneming in stand houdt. "Onderneming" wordt op haar beurt gedefinieerd als: "elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin (...) arbeid wordt verricht". Ook hier is dus, net als bij de definitie van groep, de term niet helder juridisch omljnd, maar geeft een feitelijke weging de doorslag.

anderzijds.³⁰ Deze problematiek deed zich overigens gelden in het medezeggenschapsrecht, waar zij ook veelvuldig onderwerp van procedures is geweest. Het advies van de ondernemingsraad kan binnen concernverband al snel het karakter van een wassen neus krijgen. Het medezeggenschapsrecht heeft overigens eigen instrumenten ontwikkeld om deze spagaat te ontgaan, men denke aan leerstukken als vereenzelviging, mede-ondernemerschap en toerekening. Zoals in de proloog reeds opgemerkt, gaan wij in dit preadvies niet nader op deze specifiek voor het medezeggenschapsrecht geldende leerstukken in. Zij zien immers niet op nakoming van de individuele arbeidsovereenkomst en bescherming van de individuele werknemer.³¹

Voornoemde specifieke feitelijke (en juridische) dynamiek binnen het concern wordt voorts bewerkstelligd door het volgende. Waar de groep volgens de wet een economische eenheid vormt, is zij juridisch een veelheid.³² Dit contrast kan leiden tot botsing tussen de juridische en de economische realiteit. Hoewel deze botsing velerlei verschijningsvormen kent binnen verschillende deelgebieden van het recht,³³ beperken wij ons, begrijpelijkerwijs, tot de arbeidsovereenkomst die wordt vormgegeven binnen het concern, maar ten aanzien waarvan het concern geen speciale regeling kent. De juridische veelheid kan ertoe leiden dat de werknemer zijn vordering niet te gelde kan maken, omdat zijn *juridische* werkgever geen of onvoldoende middelen heeft, terwijl zijn *economische* werkgever aansprakelijkheid afweert met de stelling dat hij niet de wederpartij van de werknemer is. Een dergelijke situatie kan zich voordoen indien de werknemer met een activiteitenloze vennootschap binnen het concern zijn arbeidsovereenkomst sloot, maar vanaf het eerste moment, net als al zijn collega-werknemers – feitelijk bij een of meer van de werkmaatschappijen zijn werkzaamheden verrichtte.³⁴

³⁰ OK 28 november 1992, *NJ* 1992, 201 (BATCO II).

³¹ Los van het feit dat medezeggenschap niet op nakoming van arbeidsovereenkomsten ziet, maar op het vormgeven van werknemersinvloed op de onderneming aangaande beslissingen, dient het medezeggenschapsrecht andere doelen dan (louter) bescherming van de (arbeidsovereenkomst van de) werknemer: het gaat immers tevens om het belang van de onderneming op de lange termijn, welk belang tegengesteld kan zijn aan deze bescherming.

³² In feite brengt concernvorming een dubbele risicokanaliserings mee: niet alleen kan de natuurlijk persoon c.q. gepercipieerde 'werkgever' zich beroepen op het feit dat niet hij, maar de rechtspersoonlijkheid bezittende vennootschap de werkgever is en daarmee zijn persoonlijke risico en aansprakelijkheid afwentelen, ook kan, door segmentering van wat in feite een economische en organisatorische eenheid is, het risico juridisch worden verspreid over even zovele segmenten.

³³ Denk aan het jaarrekeningsrecht, het fiscaal recht en het mededingingsrecht.

³⁴ Opmerkenwaard is dat in Boek 2 BW het concern nogal eens als eenheid wordt beschouwd waar het gaat om kapitaal- en vermogensbescherming. Men denke aan het verbod bij emissie eigen aandelen te nemen, dat ook ten aanzien van dochtermaatschappijen geldt (art. 2:95/205 BW en art. 2:98d lid

Een derde element dat hiermee samenhangt, en dat de studie van de arbeidsovereenkomst binnen het concern een specifieke thematiek geeft, is dat de werknemers zich in een afhankelijke positie bevinden. Zij zijn zich veelal niet bewust van het feit dat zij binnen een juridische veelheid opereren. Uiteraard kunnen handelscrediteuren evenzeer verrast zijn door de gekozen concernstructuur en de verkeerde groepsmaatschappij aanspreken ter voldoening van hun vorderingen, maar hier geldt in ieder geval de fictie van gelijkheid van partijen, alsmede de fictie dat handelscrediteuren het handelsregister van de Kamer van Koophandel raadplegen alvorens contractuele relaties aan te gaan.³⁵ Voorts kunnen crediteuren zekerheden bedingen, zoals banken zeer regelmatig doen. In een dergelijke positie bevinden werknemers zich niet.

1.3 Het perspectief van de concernwerknemer

“Het valt nimmer te ontkennen, dat de arbeid zijn grondslag vindt in de onderneming. Ook voor den arbeider is zij de reële, tastbare grootheid, waarmede hij in aanraking komt. Zij bepaalt zijn dagindeeling, zijn loon en zijn arbeid. Niet aan het bedrijf voelt hij zich allereerst gebonden, maar aan *zijn* onderneming. Dit openbaart zich in velerlei uitingen tot in het oprichten van muziekcorpsen en voetbalclubs van arbeiders in een bepaalde onderneming toe. Hoe de algemeene economische toestand van het bedrijf is, boezemt den arbeider slechts in zooverre belang in, als die toestand van belang is voor den toestand van zijn onderneming. Zoo lang het haar goed gaat, maakt hij zich over het bedrijf geen zorgen. ‘Die wirklich das Materielle des Arbeitsverhältnisses treffenden Probleme haben ihr Sitz im Betrieb als solchen.’”³⁶

Hoewel bovenstaand citaat van (wederom) De Gaay Fortman ziet op het onderscheid tussen economische en juridische realiteit binnen een en dezelfde onderneming, is zij, met inachtneming van de relevante verschillen, ook toepasbaar op de arbeidsovereenkomst binnen het hedendaagse concern. Het citaat is zelfs a fortiori toepasbaar, nu het onderscheid tussen economische en juridische realiteit zich binnen

1/2:207d lid 1 BW). Ook de geschillenregeling kent een vorm van vereenzelviging: een vordering tot uitstoting van een medeaandeelhouder kan niet worden ingesteld door de vennootschap zelf, noch door een dochtermaatschappij (art. 2:336 lid 2 BW).

³⁵ Doen zij dit niet, dan kan hun de werkelijkheid, zoals deze blijkt uit het handelsregister, in het algemeen niettemin worden tegengeworpen. Andersom geldt dan aan crediteuren onjuiste en onvolledige informatie zoals deze uit het Handelsregister blijkt, niet kan worden tegengeworpen.

³⁶ De Gaay Fortman 1936, p. 3. De Duitse tekst aan het einde van het citaat verwijst naar J.W. Hedemann, “Betriebsgemeinschaft als Rechtsproblem”, in H. Potthoff e.a., *Die sozialen Probleme des Betriebes*, Berlijn 1925.

een concern sterker kan doen voelen dan binnen de enkelvoudige rechtspersoon c.q. werkgever.

Weergave van het perspectief van de werknemer binnen een concern kan de zojuist genoemde drie elementen scherpstellen. Het is, op basis van mijn perceptie, zo dat werknemers de indruk hebben dat zij deel uitmaken van de groep, althans: zij identificeren hun werkzaamheden met de naam, het merk, het product of de dienst die het wezen van de onderneming van de groep uitmaken. Een werknemer “zit achter de kassa bij Albert Heijn”, werkt als “grondstewardess bij KLM” of is “account manager bij Océ”. Werknemers staan er zelden tot nooit bij stil dat hun wederpartij in het algemeen slechts een der vennootschappen binnen de groep is. De in art. 7:655 lid 1 onder a BW opgenomen eis dat de werkgever aan de werknemer schriftelijk of elektronisch informatie verstrekt over de naam van partijen bij de arbeidsovereenkomst doet daar weinig aan af, al was het maar omdat dochtermaatschappijen vaak vergelijkbare namen dragen.³⁷ Nog minder realiseren werknemers zich dat de inbedding van hun arbeidsovereenkomst binnen een groepsstructuur juridische implicaties kan hebben die afwijken van de klassieke enkelvoudige relatie tussen werkgever en werknemer binnen één onderneming. Die implicaties doen zich voelen op het moment dat de juridische werkgever niet thuis geeft of in de situatie dat ontslag dreigt. Binnen een concern werkzame personen voelen zich werknemer “van het concern”, van Akzo, van Ahold, van Douwe Egberts, of van Heineken, zoals de cateringmedewerker John Roest het treffend verwoordt in zijn weergave van de zaak Roest/Albron: “ik heb een groen hart”, daarmee doelend op zijn verbondenheid met het merk Heineken.³⁸ De juridische realiteit kan ertoe leiden dat een werknemer in verwarring wordt gebracht over zijn rechten. Waarom zou hij ineens, na bijna twintig jaar dienstverband en zonder dat zijn feitelijke werkzaamheden en zijn arbeidsplaats wijziging ondergaan, genoeg moeten nemen met een nieuw – minder gunstig - arbeidsvoorwaardenpakket? Dit voorbeeld is ontleend aan voornoemde Heineken-zaak, waarin het Hof van Justitie de werknemer te hulp is geschoten door aan te sluiten bij de *economische realiteit* van het concern: de juridische vormgeving van de arbeidsovereenkomst binnen het concern mocht de werknemer niet

³⁷ In hetzelfde artikel onder m staat de eis dat de werkgever meldt of sprake is van een uitzendovereenkomst. Het zou, gezien de aanleiding voor dit preadvies, niet misstaan hieraan toe te voegen dat de werkgever informatie verstrekt over het feit dat de werknemer zich binnen een groepsstructuur bevindt.

³⁸ Zie <https://www.youtube.com/watch?v=Td2BQJ5cgs8>. De zaak betreft de uitspraak van het Hof van Justitie van de EG van 21 oktober 2010, C-242/09.

ten nadele strekken.³⁹ Een ander voorbeeld: Waarom zou de werknemer ineens, na jaren binnen het Sara Lee/DE-concern te hebben gewerkt, moeten solliciteren op zijn eigen functie bij (weer) een andere dochtervennootschap waarbij de enige zekerheid is dat als hij al wordt aangenomen, de arbeidsvoorwaarden beduidend slechter zullen zijn? Deze situatie speelde in de zaak Bos/Pax.⁴⁰ De werknemer werd ditmaal te hulp geschoten door de Hoge Raad, die meende dat de werknemer jaren vóórdát het juridische probleem zich voordeed, onvoldoende was voorgelicht over de gevolgen van de herschikking van de vennootschappen binnen het concern. Ook werknemersvertegenwoordigers lopen tegen een juridische fictie aan die in strijd kan zijn met de gevoelde economische realiteit, getuige de zaken Nacap en Biovalue.⁴¹ Hier werd de oplossing gevonden in de leerstukken van opgewekt en gerechtvaardigd vertrouwen en de onrechtmatige daad. Een ander voorbeeld ter afsluiting van deze paragraaf biedt de recente zaak FNV Bondgenoten/Holding BV, Snacks BV, Grootverbruik BV en Logistiek BV.⁴² Hoewel deze vier vennootschappen als één onderneming werden gezien voor de toepassing van de betreffende cao, overwoog het Bossche Hof:

“Wanneer slechts één vennootschap binnen een onderneming, welke onderneming als zodanig en in haar geheel onder de werkingssfeer van een cao valt, lid is van een vereniging, die de overeenkomst in de vorm van een cao is aangegaan en daarom ingevolge artikel 9 Wet op de CAO rechtstreeks is gebonden, levert een dergelijke omstandigheid in beginsel niet eveneens een soortgelijke binding op voor de overige onderdelen van die onderneming. Het betreft in dat laatste geval immers juridisch zelfstandige entiteiten, die zelf geen lid zijn van die vereniging. Wanneer anders zou worden aangenomen, zou een en ander leiden tot een vervaging van de uitdrukkelijk in artikel 9 Wet op de CAO neergelegde binding. De omstandigheid dat die andere entiteiten voor wat betreft de werkingssfeer van de CAO samen met [Snacks] zijn te beschouwen als één onderneming doet daar niet aan af, ook al leidt dit mogelijk tot een ongelijke behandeling van werknemers binnen die onderneming als geheel. Van bijzondere omstandigheden die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden is niet gebleken.”

³⁹ Deze zaak komt uitgebreid aan de orde in het volgende hoofdstuk.

⁴⁰ HR 26 juni 2009, *JAR* 2009/183 (Bos/Pax).

⁴¹ Rechtbank Groningen (vzr.) 5 augustus 2011, *JAR* 2011/236 en Gerechtshof Leeuwarden 6 december 2011, *JAR* 2012/15 (Nacap) en Rechtbank Middelburg (vzr.) 18 augustus 2011, *JAR* 2011/237 (Biovalue). Zie hoofdstuk XXX.

⁴² Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:294.

Zonder een oordeel over de merites van de uitkomst in deze zaak uit te spreken: veel duidelijker kan de spanning tussen economische en juridische realiteit niet voor het voetlicht worden gebracht.

1.4 Totaaloplossing of *piecemeal engineering*?

Het is voornoemde, feitelijke en economische situatie die de vraag oproept of de huidige juridische vormgeving van de arbeidsovereenkomst binnen het concern het rechtsgevoel bevredigt. Men zou de stelling kunnen innemen dat wettelijk ingrijpen niet nodig is: de gereedschapskist van de rechter is voldoende gevuld om, waar nodig, aan de belangen van werknemers recht te doen: hij kan zich immers bedienen van het leerstuk van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), misbruik van recht (art. 3:13 BW), de aanvullende en derogerende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) en van de specifieke arbeidsrechtelijke bepaling omtrent goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). Verburg heeft er in de bundel *Concernverhoudingen* op gewezen dat de huidige rechtspraktijk laat zien dat bij het beslechten van geschillen met betrekking tot de arbeidsovereenkomst in het concern niet zozeer het concernrecht, al of niet systematisch weergegeven, het primaire geschil is, maar de arbeidsrechtelijke regel die moet worden toegepast. Hij noemt daarbij enkele voorbeelden, zoals de vraag of een dochtervennootschap een nieuwe proeftijd kan aangaan met een werknemer die voordien in een andere groepsvennootschap werkte op een andere functie en de vraag in hoeverre dienstjaren, doorgebracht bij andere groepsmaatschappijen dan de laatste, meetellen voor het berekenen van bepaalde vergoedingen. Naar zijn oordeel heeft het arbeidsrecht geen behoefte aan een systematische weergave van het concernrecht.⁴³ Hij meent dat de rechter voldoende middelen ter beschikking staan om recht te doen aan de specifieke situatie. In de volgende hoofdstukken zullen wij uitgebreid ingaan op de rechtspraak en bezien welke juridische middelen de rechter ten dienste staan om tegemoet te komen aan *Einzelfallgerechtigheit*, of dat het verkieslijk is de gereedschapskist van de werknemer wat aan te vullen.

Timmerman heeft in 2002, in zijn bijdrage aan dezelfde bundel, vastgesteld dat “de tijd van een groot systematisch uitgewerkt concernrecht [voorbij] lijkt [...]”;

⁴³ L.G. Verburg, “Concernwerkgeverschap”, in L. Timmerman, F.J.P. van den Ingh, S.M. Bartman e.a., *Concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 52.

concernrecht zal – zo ziet het er naar uit – bestaan uit een groot aantal deeloplossingen voor een aantal specifieke vragen”⁴⁴ Daarmee heeft volgens Timmerman de Duitse benadering van een integraal *Konzernrecht*⁴⁵ niet de overhand gekregen. Het is veeleer de Engelse benadering die volgens hem opgeld doet: risico’s van het concern zijn niet dermate specifiek dat men speciale juridische voorzieningen dient te treffen. Overigens had Timmerman bij zijn bespreking expliciet oog voor het risico dat de belangen van zowel minderheidsaandeelhouders als crediteuren als werknemers door concernvorming wordt geschaad.⁴⁶ Hierbij merk ik op dat vooral de eerste twee categorieën in EU-verband zijn gereguleerd in vennootschapsrechtelijke richtlijnen;⁴⁷ een specifieke bescherming van werknemers binnen een concern is, anders dan op het terrein van het medezeggenschapsrecht,⁴⁸ niet geregeld. Wel is het Hof van Justitie bereid gebleken soms door het concern heen te kijken om zo aan de belangen van werknemers tegemoet te komen.⁴⁹ In dit verband kan men zich afvragen of werknemers niet in veel gevallen dezelfde bescherming genieten als schuldeisers omdat zij als zodanig kunnen worden beschouwd. Naar Nederlands recht zijn er in mijn optiek weinig belemmeringen werknemers als schuldeisers te beschouwen. Zo zou, bijvoorbeeld, een werknemer evenzeer een beroep kunnen doen op art. 2:334t BW, dat bepaalt dat na een splitsing schuldeisers hun vorderingen die zij vóór de splitsing op de (af)gesplitste rechtspersoon hadden, tevens kunnen verhalen op de door de splitsing ontstane rechtspersonen.⁵⁰ De verwarring kan ontstaan doordat werknemers, buiten

⁴⁴ L. Timmerman, “Hebben wij in Nederland nog behoefte aan concernrecht?” in: L. Timmerman e.a., t.a.p., p. 10. Zie ook zijn bijdrage “Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures”, *Ondernemingsrecht* 2001, p. 294-300.

⁴⁵ Zie over dit Duitse rechtsonderdeel M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, hoofdstuk 2.

⁴⁶ Zie de vorige noot, p. 2.

⁴⁷ Denk aan Richtlijn 2011/35 van 5 april 2011 betreffende fusies van naamloze vennootschappen en Richtlijn 2007/63 van 13 november 2007 betreffende de verplichte opstelling van een verslag van een onafhankelijke deskundige bij fusies of splitsingen van naamloze vennootschappen.

⁴⁸ Lees in Europees verband: informatie/voorlichting en consultatie/raadpleging. Enkele richtlijnen bevatten de specifieke voor groepsstructuren opgenomen bepaling dat de werkgever op wie volgens de betreffende richtlijn de verplichtingen tot informatie en consultatie rusten, zich niet kan verschuilen achter de stelling dat de informatie hem niet is verstrekt door de controlerende vennootschap die in feite de beslissing heeft genomen. Zie bijvoorbeeld art. 2 lid 4 van Richtlijn 98/59 van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag.

⁴⁹ Getuige de reeds genoemde zaak Albron/Roest.

⁵⁰ Zie R.M. Beltzer, “Splitsing, overgang van onderneming en werkgeverschap”, *SMA* 1999, p. 246-253.

arbeidsrechtelijke regelingen, niet steeds als aparte groep worden benoemd. Zo ontbreekt de werknemer als specifiek rechtssubject vrijwel geheel in Boek 2 BW.⁵¹

Wat hier van zij: ook als men de werknemer als schuldeiser zou behandelen, blijft een feit dat het concern als zodanig de hiervoor genoemde, specifieke risico's in zich bergt en men de vraag zal moeten beantwoorden of "de arbeidsovereenkomst binnen het concern" een thema is dat momenteel op bevredigende wijze is geregeld. Alvorens te kiezen voor de ene of de andere benadering – de Duitse, de Engelse, of wellicht een andere – dient men zich rekenschap te geven van het feit dat "het concern" als verschijningsvorm vele gedaanten kent.

1.5 Een kleine typologie

Bij het denken over de juridische vormgeving van de arbeidsovereenkomst binnen concerns hoede men zich voor generalisaties. De wet maakt geen onderscheid naar soort concern, terwijl er vele verschijningsvormen zijn die ieder op zich een eigen benadering kunnen rechtvaardigen.⁵² Er zijn eenpersoonsconcerns ("dwergconcerns"), familieconcerns van geringe en grote omvang en internationaal opererende concerns met vele diensten, merken en producten die in meer of mindere mate met elkaar samenhangen. Er zijn 'organisch gegroeide' concerns waarbij een enkelvoudige onderneming alleen juridisch is gaan diversifiëren - *ex unum pluribus* – en er bestaan concerns die zijn ontstaan door overnames: denk aan overname van Saab door het (veel kleinere) Spyker in 2009 onder de vlag van de moedermaatschappij Swedish Automobile.⁵³ Voorts zijn er concerns waar de moedermaatschappij volledige of vrijwel volledige zeggenschap heeft over alle groepsmaatschappijen versus concerns waar dat niet het geval is en externe aandeelhouders, bijvoorbeeld, in verschillende groepsmaatschappijen tot 49,9% van de aandelen houden.⁵⁴

⁵¹ Zie de bijdrage van F.J.P. van den Ingh, "De bevelsstructuur in de vennootschap" in voornoemde bundel *Concernverhoudingen* (2002), p. 21, die verwijst naar een vergelijkbare opmerking in Asser-Maeijer 2-III, nr. 16 en 17.

⁵² Vgl. Bartman & Dorresteyn 2013, p. 10: "'Het' concern en 'de' moeder-dochterrelatie bestaan niet, het zijn ideaaltypische aanduidingen van in werkelijkheid zeer gevarieerd gestructureerde eenheden in het economisch verkeer."

⁵³ Zowel Saab (2011) als Spyker (2014) zijn inmiddels failliet verklaard.

⁵⁴ Denk aan het als concern gepresenteerde Air France-KLM, waar 50,1% van de aandelen in KLM NV in handen is van de Nederlandse Staat en twee Nederlandse Administratiekantoren. Moedermaatschappij Air France-KLM houdt 49% van de aandelen.

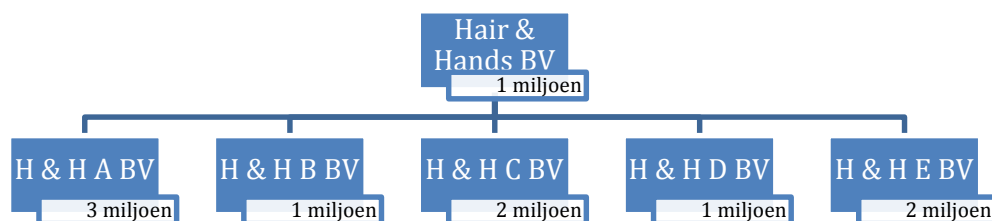
Dat men over bepaalde, in dit preadvies te behandelen, thema's verschillend kan denken naar gelang het type concern, mogen de volgende twee voorbeelden verduidelijken. De vraag die in beide hieronder te schetsen situaties aan de orde is, is die naar de mogelijkheid van doorbraak van aansprakelijkheid, een onderwerp dat separaat zal worden behandeld in hoofdstuk 3.

Situatie 1: De eenpersoonsvennootschap die zich meervoudig splitst

Stellen wij ons een vennootschap voor in mannenverzorgingsproducten, Hair & Hands BV. De BV, opgericht in 2005, doet zeer goede zaken. Eind 2014 wordt besloten de vennootschap te splitsen in vijf dochtervennootschappen, waarin verschillende onderdelen van de Hair & Hands worden ondergebracht. Hair & Hands BV blijft bestaan als moedervernootschap. Zij houdt alle aandelen in de vijf nieuwe dochters die alle de rechtsvorm van de besloten vennootschap aannemen. De namen van de dochtervennootschappen bevatten alle de woorden "Hair & Hands". Hair & Hands B BV treedt op als werkgever binnen het concern. Schematisch en versimpeld ziet de operatie er als volgt uit:



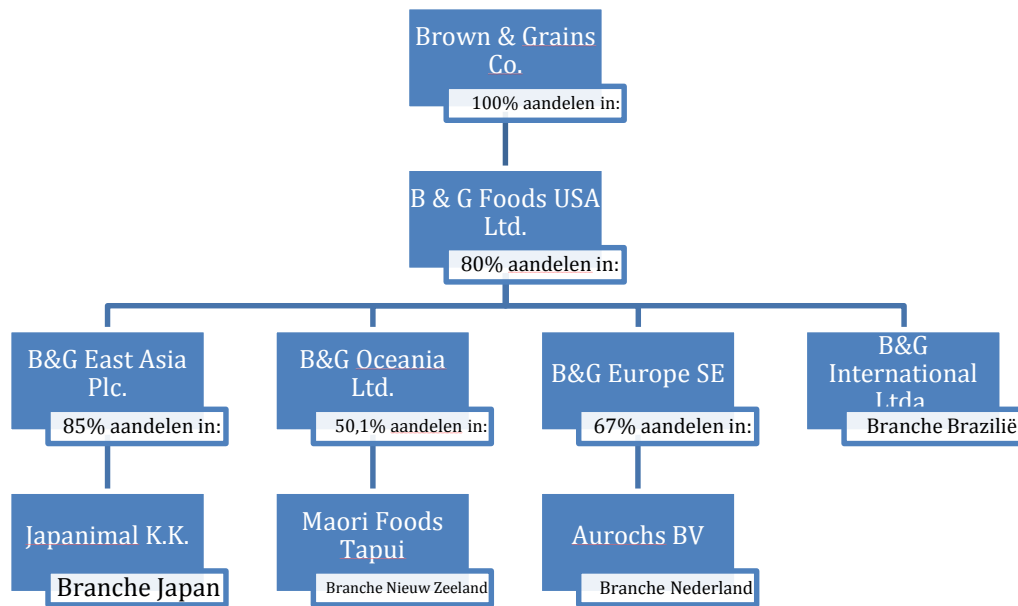
Vóór de concernvorming zat in Hair & Hands BV een eigen vermogen van tien miljoen euro. Na de splitsing is het vermogen als volgt verdeeld:



Op enig moment gaat het het concern niet langer voor de wind: een collectief reorganisatieontslag staat al eind 2016 voor de deur, amper twee jaar na de splitsingsoperatie. Het personeel heeft forse vorderingen op de werkgever, Hair & Hands B BV. Het eigen vermogen van deze vennootschap is echter inmiddels goeddeels verdampt. Naar het oordeel van de werknemers dienen de andere vennootschappen tevens aansprakelijkheid voor hun vorderingen te aanvaarden.

Situatie 2: het concern dat door overname is ontstaan

Diervoederbedrijf Aurochs BV zint al enkele jaren op mogelijkheden de eigen onderneming gezonder en succesvoller te maken. Hoewel de onderneming niet in financiële problemen verkeert, lopen de winsten de laatste jaren terug. Het eigen vermogen bedraagt medio 2015 circa 40 miljoen euro. In 2011 was dat nog 47 miljoen euro. De directie van Aurochs treedt in overleg met de internationale speler Brown & Grains Corp. (eigen vermogen: 5,3 miljard euro) en men komt tot overeenstemming: Brown & Grains zal, via haar dochtermaatschappij B&G Europe SE, 67% van de aandelen in Aurochs verkrijgen. Na de aandelentransactie ziet het concern er als volgt uit:



De concernvorming kan het tij voor Aurochs niet keren: door zelfstandig gemaakte én door van bovenaf opgelegde strategische beslissingen komt de vennootschap in financiële problemen. De concernleiding weigert in te springen. Het personeel van Aurochs dat met ontslag wordt bedreigd meent dat eventuele vorderingen in verband met ontslag op het gehele concern moet kunnen worden verhaald: de concernleiding heeft immers gemeend te kunnen profiteren van de overname/concernvorming en heeft dat wellicht ook gedaan; het gaat dan niet aan in slechtere tijden niet thuis te geven. Concernvorming brengt verantwoordelijkheid met zich, waarbij men dient te bedenken dat de legitimatie van het concern berust op bedrijfseconomische en organisatorische voordelen, maar dat dat niet betekent dat beschermenswaardige belangen daar last van moeten hebben.⁵⁵

In beide situaties is sprake van concernvorming, maar de achtergrond en het karakter ervan zijn verschillend. Het is mijn inschatting dat *in iure* bij de eerste situatie eerder sprake zal zijn van een voor de werknemers gunstige beslissing⁵⁶ dan in de tweede situatie. In de eerste situatie is er immers feitelijk voor de werknemers niets veranderd: het concern is louter ontstaan door de wil van de werkgever die zijn risico's wenste te

⁵⁵ Vgl. Bartman & Dorresteyn 2013, p. 18.

⁵⁶ In die zin, dat door rechtspersoonlijkheid heen wordt gekeken.

kanaliseren. Van de gekozen constructie worden de werknemers niets wijzer,⁵⁷ integendeel zelfs: een groot deel van het eigen vermogen van de eigen werkgever verdwijnt naar andere vennootschappen. Er is dan meer voor te zeggen de ondernemersvrijheid, inhoudende dat een ondernemer zelf mag bepalen hoe hij zijn onderneming juridisch inricht, te laten wijken voor de belangen van de werknemers. Opmerkenswaard is dat in de regeling van de juridische splitsing is voorzien in bescherming van schuldeisers tegen precies deze vorm van verwatering van vermogen van de schuldenaar-vennootschap.⁵⁸

In de tweede situatie is vanuit het oogpunt van verhaalsmogelijkheid van de werknemers van Aurochs sprake van een substantiële positieverbetering. Dit veel grotere eigen vermogen is echter niet mede tot stand gekomen door de inspanningen van de werknemers binnen de Nederlandse onderneming. Het accepteren van een vorm van concernaansprakelijkheid betekent voor deze werknemers een *windfall* waarvoor minder duidelijk dan in de eerste situatie een rechtvaardiging te vinden is.

Met de bovenstaande situatieschetsen wil ik duidelijk maken dat een principiële benadering van de arbeidsovereenkomst binnen het concern risico's in zich bergt: men dient althans te motiveren waarom men voor een bepaalde benadering kiest. Op enkele van die benaderingen ga ik hieronder in.

1.6 Een speciale arbeidsrechtelijke benadering van het concern

De potentiële risico's die concernvorming in zich bergt voor het beschermingsniveau van de werknemer is regelmatig onderwerp van discussie geweest. In de meeste gevallen lag in de discussie de focus op het leerstuk van doorbraak van aansprakelijkheid (zie hoofdstuk 4), maar de discussie is daar uiteraard niet toe beperkt.⁵⁹ Aan de ene kant van het spectrum staat de opvatting waar elke groepsvennootschap als zelfstandig draagster van rechten en plichten opereert. Slechts in geval van onrechtmatig handelen kan sprake zijn van *piercing the corporate veil*. Deze

⁵⁷ Hierin verschilt concernvorming en –detachering van de uitzendrelatie: de laatste figuur dient in het algemeen een allocatief doel. Uitzendorganisatie, inlener én werknemer profiteren daarvan. Bij de recente figuur van *payrolling* ontbreekt voornoemd voordeel voor de werknemer in het algemeen evenzeer.

⁵⁸ Zie art. 2:334t BW.

⁵⁹ Deze nadruk is verklaarbaar. Het aannemen dat een ander dan de eigen werkgever aansprakelijk is voor, bijvoorbeeld, de betaling van een ontslagvergoeding vereist een grotere souplesse van geest dan het aannemen dat een andere vennootschap binnen het concern als opvolgend werkgever in de zin van art. 7:668a BW dient te worden beschouwd.

benadering kent dus aan het arbeidsrecht niet een dermate eigenstandige positie toe, dat een werknemer op basis van een algemene regel een ander dan de eigen werkgever binnen het concern uit zijn arbeidsovereenkomst zou kunnen aanspreken. Deze opvatting sluit aan bij het wezen van rechtspersoonlijkheid en zij is de geldende binnen het ondernemingsrecht. Zij vindt haar echo in Van Lents dissertatie over internationale intra-concerndetachering (p. 282):

“In wezen is het concern slechts een conglomeraat van verschillende in meerdere of mindere mate met elkaar verbonden ondernemingen. Dientengevolge is het concern niets anders dan een verzameling werkgevers die ieder voor zich verantwoordelijk zijn voor de naleving van de verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten die zij met hun werknemers zijn aangegaan.”⁶⁰

Ik merk hierbij reeds nu op dat, hoewel het op zichzelf beschouwd mogelijk is aansluiting te zoeken bij dogma's en leerstukken uit een ander rechtsgebied, daarin het gevaar schuilt dat men minder oog heeft voor de essentiële verschillen, die nu juist de aanleiding zijn de twee rechtsgebieden een verschillende behandeling te geven.⁶¹

Aan de andere kant van het spectrum staat de opvatting dat het concern een economische eenheid vormt en dat de juridische werkelijkheid zich daaraan dient aan te passen in die zin, dat het gehele concern aansprakelijk is voor een correcte nakoming van de arbeidsovereenkomsten, waar deze ook gepositioneerd mogen zijn binnen het concern. Jacobs heeft in 1994⁶² gepleit voor de introductie van een “groepswerkgeverschap”. Hij stelde voor in de wet de volgende bepaling op te nemen:

“Tenzij de overeenkomst anders bepaalt worden onder werkgever mede verstaan alle (rechts)personen waarmee de werkgever verbonden is in een groep in de zin van artikel 2:24b NBW.”

Jacobs wees op het feit dat het klassieke werkgeversbegrip binnen concerns kwestieus is geworden. Hij wees op enkele problemen die inherent zijn aan de spanning die bestaat

⁶⁰ Van Lent 2001. Zie ook p. 340: “Het aanmerken van het concern als een juridische eenheid louter omdat dit in het belang van de individuele werknemer zou zijn, vormt een inbreuk op de soevereiniteit van de onderneming en verstoort het doel van het vennootschapsrecht, namelijk het flexibel en efficiënt kunnen ondernemen.”

⁶¹ Vgl. De Gaay Fortman 1936, p. 10: “Het is niet onmogelijk, dat deze beginselen ook van toepassing zijn op het gebied van het arbeidsrecht, maar dit behoeft volstrekt niet het geval te zijn, juist omdat het arbeidsrecht een eenheid is. De beginselen van het burgerlijk recht en die van het arbeidsrecht b.v. zijn volstrekt niet dezelfde. Dit is zeer verklaarbaar, aangezien het uitgangspunt van beide zeer verschillend is.”

⁶² A.T.J.M. Jacobs, “De arbeidsovereenkomst in het NBW”, *NJB* 1994, p. 1043-1044.

vanwege het feit dat binnen een groep sprake is van werkgeverschap van één rechtspersoon terwijl werknemers in de praktijk niet alleen met deze ene rechtspersoon, maar met de groep als geheel of een deel daarvan van doen hebben. Zijn idee is vaak aangehaald, maar zelden gevolgd. Van Lent formuleerde korte tijd later bezwaren tegen zijn opvatting. Hoewel zij vond dat het hoog tijd zou worden dat de wetgever het begrip “werkgever” eens onder de loep neemt, meende zij dat door het concern als werkgever te beschouwen, een fictie wordt gecreëerd die geen stand kan houden. Het concern wordt nergens ter wereld als juridische eenheid beschouwd. Uitgaande van de juistheid van die vaststelling kan het concern als zodanig onmogelijk zelfstandig drager van rechten en verplichtingen zijn en dus ook niet werkgever zijn. De mate waarin een groep als eenheid kan worden gezien hangt af van factoren als de mate waarin de top van de groep gebruik maakt van de hem toekomende instructiebevoegdheid en de mate van decentralisatie binnen de groep, aldus Van Lent. Zij hanteert daarmee een opvatting die de rechtspersoonlijkheid van alle binnen het concern opererende ondernemingen erkent. Van Lent behandelde naast het door Jacobs genoemde groepswerkgeverschap de – wat minder vergaande - mogelijkheid van hoofdelijke aansprakelijkheid van alle groepsmaatschappijen voor verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten van de binnen de groep werkzame werknemers. Maar ook dat gaat haar te ver: hiermee wordt een risicoaansprakelijkheid gecreëerd die haaks staat op het belangrijkste motief voor groepsvorming, namelijk aansprakelijkheidsbeperking en risicospreiding (zie ook het citaat van Bartman & Dorresteyn hierna). Dat doorkruist het wezen van het vennootschapsrecht waarbij iedere maatschappij slechts voor de eigen verbintenissen instaat.⁶³ Ik zou hieraan willen toevoegen: zij verhoudt zich op het eerste gezicht ook moeizamer tot de hierboven genoemde, tweede situatie van het internationaal opererende, mede door overnames ontstane concern.

Ook wees Van Lent op de verwarring die kan ontstaan omtrent de uitoefening van rechten en verplichtingen aan zowel werkgevers- als werknemerszijde. Zo zal een antwoord moeten worden gegeven op vragen als voor welk groepsonderdeel de bedongen arbeid moet worden verricht en wie de werknemer feitelijk tot nakoming van de arbeidsovereenkomst kan aanspreken.⁶⁴ Ten slotte wees Van Lent op het gegeven dat

⁶³ Dat is mijns inziens op zichzelf juist, maar is nog geen rechtvaardiging per se om geen inbreuk te aanvaarden in de situatie waarin niet zozeer het vrije handelsverkeer, als wel het belang van werknemersbescherming onderwerp van discussie is.

⁶⁴ In deze zin kan werknemer zowel als subject als als direct object worden gelezen.

gedifferentieerd zou moeten worden naar de mate van “interne mobiliteit” van de werknemer. Zou al voor werknemers binnen een groep op enige wijze een extra bescherming worden gegeven, dan zou die bescherming voorbehouden moeten zijn aan die werknemers die daadwerkelijk gedurende hun loopbaan in het belang van de groep voor verschillende dochters werkzaam zijn geweest. Er is geen enkele reden werknemers die slechts bij één dochter werkzaam zijn geweest tot meer gerechtigd te achten dan werknemers bij een enkelvoudige onderneming, louter en alleen vanwege het feit dat hun onderneming deel uitmaakt van een groep.

In zijn reactie op Van Lent bleef Jacobs⁶⁵ erbij dat het een juridische kunstgreep is de economische en sociale eenheid die de groep is in mootjes te hakken en, geparafraseerd, dat daarom gestreefd moest worden naar een manier om die mootjes tot een juridisch geheel te maken. Jacobs staat derhalve, zo lijkt het, een oplossing voor waarbij de juridische realiteit de economische (en sociale) dient te volgen. Noch Jacobs, noch Van Lent lijken zich echter rekenschap te geven van het feit dat concerns wezenlijk van elkaar kunnen verschillen qua geschiedenis, vormgeving en aard.

Ook Bartman en Dorresteyn staan aarzelend tegenover erkenning van rechtspersoonlijkheid van de groep. In hun uitgave *Van het concern* schreven zij het in 1994 als volgt op:

“Omdat – uitzonderingen als het EESV daargelaten – rechtspersoonlijkheid en afgescheiden vermogen nauw met elkaar samenhangen, zal ook aan het concern als rechtspersoon een zeker eigen vermogen moeten worden toebedeeld. Het kan niet anders of dit vermogen wordt geheel of ten dele gevormd door de – tot nu toe strikt van elkaar gescheiden – vermogens der concernmaatschappijen. Evenmin is dan ontkoombaar, tenzij men de erkenning van het concern als rechtspersoon ten koste wil laten gaan van de belangen der crediteuren, dat dit concernvermogen tot op zekere hoogte verhaalsobject wordt voor de schuldeisers van die concernmaatschappijen. Aldus treedt een verwatering op van de verhaalssegmentering binnen het concernverband. De vennootschappelijke schotten worden ten dele weggenomen en in gelijke mate wordt de eigenschap van risicokanaliserende – en daarmee het concern zelf – bedreigd. Anders gezegd, door erkenning van de rechtspersoonlijkheid van het concern, wordt de spanningsverhouding tussen economische eenheid en juridische veelheid opgeheven althans aangepast, hetgeen ons, in het licht van het economische succes van het concern als ondernemingsvorm, niet wenselijk voorkomt. In elk geval niet zolang niet duidelijk is welke praktische voordelen met de erkenning van de rechtspersoonlijkheid worden behaald.”⁶⁶

⁶⁵ C.M.E.P. van Lent, Reactie op: A.T.J.M. Jacobs, “Het concern als werkgever?”, met naschrift A.T.J.M. Jacobs, *NJB* 1994, p. 1424-1426.

⁶⁶ Bartman & Dorresteyn 1994, p. 20.

De erkenning van rechtspersoonlijkheid - hetgeen een juridische zelfstandigheid meebrengt, een subjectiviteit voor het recht - van de moedermaatschappij en de verschillende groepsmaatschappijen is lastig te rijmen met het tegelijkertijd accepteren van rechtspersoonlijkheid - en dus ook: aansprakelijkheid voor verbintenissen, zoals uit arbeidsovereenkomst - van het geheel der entiteiten. Dit is in feite dezelfde verwatering waarover Bartman en Dorresteyn spreken. Indien men al kritisch is over de fictie van onafhankelijkheid van de dochtermaatschappijen, hoe dit ook zij, het is een fictie, of, zo men wil, een “kunstgreep”, die de wetgever mogelijk maakt en die bovendien een van de belangrijkste pijlers van de groepsstructuur vormt: de mogelijkheid risico en aansprakelijkheid te kanaliseren. Een dergelijke kanalisering is denkkelijk een belangrijke aanjager geweest van onze welvaarts-groei: men is nu eenmaal sneller bereid grote werken aan te vangen indien het financiële risico van falen niet de gehele onderneming (in de economische betekenis van het concern) zal treffen.

Opmerkenswaard is dat Bartman in 2000 heeft gepleit voor vereenzelviging van groepsvennootschappen binnen een concern buiten de situatie van misbruik of misleiding, en wel ten behoeve van de schuldeiser die in de omstandigheden van het geval een gerechtvaardigde verwachting had van verhaalsexistentie naar met de schuldenaar groepsverbonden vennootschappen.⁶⁷ Een interessante vraag is of een dergelijke verhaalsuitbreiding passend zou zijn ten aanzien van de concernwerknemer.

1.7 Enkele ontwikkelingen in andere rechtsgebieden

De praktijk heeft genoeg voorbeelden laten zien van omstandigheden waarin het vasthouden aan de juridische zelfstandigheid van groepsmaatschappijen zonder een aansprakelijkheid van de groep als geheel te willen aannemen tot voor de schuldeisers van een of meer groepsvennootschappen ongewenste uitkomsten heeft geleid. Vele voorbeelden hiervan zullen in de komende hoofdstukken de revue passeren. In dit verband is opmerkenswaard dat in hun achtste druk van *Van het concern* (2013) Bartman en Dorresteyn erop wijzen dat in het internationale verkeer inmiddels een toenemende neiging bestaat het concern als juridische realiteit te aanvaarden. Dit

⁶⁷ S.M. Bartman, “Onrechtmatige daad een vereenzelviging; een interactief paar”, *WPNR* 18 november 2000, nr. 6422, p. 796.

geschiedt echter in het algemeen steeds buiten de sfeer van de factor arbeid.⁶⁸ Zo wijzen zij op het feit dat in de Amerikaanse doctrine wordt gepleit voor een “enterprise liability” in die zin dat de moeder aansprakelijk is voor onrechtmatig handelen van de dochter. Zij noemen daarbij het voorbeeld van milieuschade. Voorts wijzen zij op de Sarbanes-Oxley wet uit 2002, waarin op CEO’s en CFO’s de plicht wordt gelegd in te staan voor de navolging van interne controle- en informatieprocedures binnen alle lagen van het concern. Ten slotte noemen zij ontwikkelingen in het mededingingsrecht, waar het Hof van Justitie inbreuken door een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij toerekent en aan de laatste boetes kan opleggen. Dit geschiedt met name in de situatie dat de dochter niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moeder verstrekte instructies uitvoert.⁶⁹

Deze voorbeelden hebben gemeen dat door de juridische structuur heen wordt gekeken om recht te doen aan de economische realiteit. Soms is daarvoor een onrechtmatig handelen nodig, zoals in het mededingingsrecht, soms is een vorm van risicoaansprakelijkheid geïntroduceerd, zoals in de Sarbanes-Oxley Act. De behandeling van de arbeidsovereenkomst binnen het concern laat een diffuus beeld zien, zoals zal blijken uit de volgende hoofdstukken.

1.8 Opzet van dit preadvies

In de volgende hoofdstukken wordt een aantal thema’s behandeld waarin wordt gezien hoe in het bijzonder de rechtspraak omgaat met de arbeidsovereenkomst binnen het concern. Daarbij wordt aangesloten bij de in de preadviesaanvraag gestelde vragen – zie hiervoor Bijlage 1. Achtereenvolgens komen aan de orde: intraconcerndetachering (hoofdstuk 2), opvolgend werkgeverschap (hoofdstuk 3) en doorbraak van aansprakelijkheid (*piercing the corporate veil*, hoofdstuk 4). Hierna volgt, in hoofdstuk 5, een beschouwing over een publiekrechtelijke benadering van de arbeidsovereenkomst binnen het concern, waarbij de focus ligt op het sociaalzekerheidsrecht en het belastingrecht (in het bijzonder: inkomstenbelasting). De hoofdstukken zijn vrucht van

⁶⁸ Al komt zij ook daar voor, zoals zal blijken uit enkele, in de volgende hoofdstukken te behandelen rechterlijke uitspraken.

⁶⁹ Bartman & Dorresteyn 2013, p. 6-9.

persoonlijke arbeid: dit inleidende hoofdstuk en hoofdstuk 2 zijn van de hand van Beltzer, de hoofdstukken 3 en 4 van Laagland en hoofdstuk 5 van Van den Berg.

De stelling die Beltzer naar aanleiding van dit eerste hoofdstuk verdedigt luidt als volgt:
In het huidige stelsel past niet dat de personeels-BV als werkgever wordt beschouwd – noch op grond van art. 7:690 BW, noch op grond van art. 7:610 BW.

2.	Intraconcerndetachering.....	29
2.1.	Inleiding.....	29
2.2	Uitzending en concern.....	30
2.3	De werkgever binnen het concern.....	35
2.4	Intraconcerndetachering en overgang van onderneming.....	44

2. Intraconcerndetachering

2.1. Inleiding

Met intraconcerndetachering doel ik in dit hoofdstuk op de situatie dat een werknemer binnen een en hetzelfde concern minimaal één periode van zijn carrière feitelijk werkzaam is binnen een vennootschap die in diezelfde periode niet zijn wederpartij bij de arbeidsovereenkomst is. Hoewel men bij deze omschrijving verschillende verschijningsvormen kan onderscheiden, ga ik in dit hoofdstuk, tenzij anders vermeld, uit van de situatie waarin de werknemer zijn arbeidsovereenkomst sloot met een zogenoemde personeels-BV, maar feitelijk werkzaam is bij een of meer dochtermaatschappijen waar de werkzaamheden worden verricht die tot de (kern)functie van het concern behoren – de zogenoemde werkmaatschappijen. Met andere woorden: het is mij te doen om de situatie waarin de werknemer zijn arbeidsovereenkomst sloot met wat in feite een beheersvehikel is – dit kan, naast de al genoemde personeels-BV, overigens ook een (tussen)holding zijn – waarin hij zelf geen werkzaamheden verricht. De centrale vraag in dit hoofdstuk is hoe de juridische relatie tussen de werknemer enerzijds en laatstgenoemde vennootschap, alsmede de inlenende dochtermaatschappij anderzijds, dient te worden gedeut. Het onderzoek in dit hoofdstuk betreft de definiëring van het werkgeverschap c.q. de reikwijdte van de artikelen 7:610, 690 en 691 BW. Hoewel de nadruk hierbij ligt op nationaal recht, kan een behandeling van intraconcerndetachering in Europees perspectief niet achterwege blijven, nu (de uitleg van) Richtlijn 2001/23 inzake overgang van ondernemingen een eigen systematiek kent. Deze systematiek heeft gevolgen voor de juridische positie van de intra-concern gedetacheerde werknemer wiens wederpartij wijzigt als gevolg van een overgang van onderneming, zowel naar een andere vennootschap buiten het concern, als naar een dochtermaatschappij van hetzelfde concern.

Intraconcerndetachering kan zich voordoen vanaf het toetreden van de betreffende werknemer tot het concern, maar kan zich ook later manifesteren. Het kan zijn dat de identiteit van de werkgever verandert als gevolg van een verandering van de ondernemingsstructuur, bijvoorbeeld: een enkelvoudige onderneming neemt de concernvorm aan (zie de in paragraaf 1.5 genoemde “situatie 1”). De andere situatie is dat de concernstructuur niet wijzigt, maar dat de werknemer niettemin een andere

werkgever krijgt, bijvoorbeeld omdat zijn functie wijzigt en zijn arbeidsovereenkomst om die reden beter binnen een andere vennootschap kan worden ondergebracht. Deze laatste figuur – in feite: intraconcernoverplaatsing - komt in dit hoofdstuk niet verder aan de orde; de juridische vragen die men bij deze figuur kan stellen hangen meer samen met het feit dat de werknemer andere werkzaamheden gaat verrichten, hetgeen los staat van de vraag hoe de relatie tussen de werknemer en zijn wederpartij moet worden geduid.¹

In de volgende paragrafen ga ik eerst in op het verbod van artikel 7:691 lid 6 BW. In deze paragraaf komt ook de vraag aan de orde of de verhouding tussen de personeels-BV en de intra-concern gedetacheerde werknemer als uitzendovereenkomst kan worden gekwalificeerd. In paragraaf 2.3 behandel ik de vraag waar binnen het concern de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW is gesitueerd. De rol van het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW zal daarbij aandacht krijgen. Ten slotte komt de positie van de intra-concern gedetacheerde werknemer aan de orde in de situatie van overgang van onderneming.

2.2 Uitzending en concern

In de situatie dat een der groepsvennootschappen optreedt als detacheerder van het personeel binnen de groep, kan de vraag rijzen of deze vennootschap valt onder de werkingssfeer van de uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW en of gebruik kan worden gemaakt van het lichtere ontslagregime van artikel 7:691 BW.² Wat de laatste vraag aangaat: het zesde lid van artikel 7:691 lid 6 BW zondert de intraconcerndetachering van het lichtere ontslagregime uit. De reden daarvoor is als volgt in de wetsgeschiedenis verwoord:

“De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst geldt alleen voor die werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen, dus die in het kader van de uitoefening van hun beroep of bedrijf arbeidskrachten ter beschikking stellen aan derden. Het incidenteel in voorkomende gevallen

¹ Uiteraard spelen hier wel interessante juridische vragen, zoals die inzake opvolgend werkgeverschap. Het is in dit hoofdstuk echter niet de plaats deze te behandelen. Zie hoofdstuk 3 van dit preadvies.

² In het kort: de mogelijkheid de ketenregeling van artikel 7:668a BW pas na 26 weken verrichte arbeid te laten ingaan en de mogelijkheid schriftelijk te bedingen dat de uitzendovereenkomst van rechtswege met de uitzender eindigt zodra de inlener de terbeschikkingstelling van de uitgezonden werknemer beëindigt (uitzendbeding).

ter beschikking stellen van arbeidskrachten door werkgevers die in feite geheel andersoortige beroeps- of bedrijfsactiviteiten hebben kan derhalve niet onder het regiem van de uitzendovereenkomst worden gebracht. Door voorts toepassing van de regeling van de uitzendovereenkomst, zoals neergelegd in artikel 691 Boek 7 BW, uit te sluiten voor het ter beschikking stellen van arbeidskrachten tussen werkgevers die onderling in een concernrelatie tot elkaar staan, als bedoeld in de artikelen 24a en 24b van Boek 2 BW, wordt beoogd te voorkomen dat arbeidsorganisaties via een eigen uitzendbureau personeel ter beschikking stellen van de eigen organisatie, maar dan met minder verplichtingen. Van een allocatiefunctie voor de arbeidsmarkt kan in dat geval niet worden gesproken.”³

De wetgever maakt duidelijk dat het ongewenst is dat een groep gebruik zou kunnen maken van de ontslagregels die voor uitzendorganisaties gelden. Het risico van manipulatie ligt inderdaad op de loer, nu het voor een groep tamelijk eenvoudig is het personeel onder te brengen bij een vennootschap die niets anders doet dan het detacheren van personeel. Dat laatste is uiteraard op zichzelf geen slechte zaak, maar rechtvaardigt niet dat de groep gebruik kan maken van het uitzendregime. Uit de eerste zin blijkt dat de wetgever voor ogen heeft gehad de bijzondere regeling van de uitzendrelatie te reserveren voor ondernemingen die een allocatieve functie vervullen – het bij elkaar brengen van vraag naar en aanbod van werk. De regeling is niet bedoeld voor bedrijven “die in feite geheel andersoortige beroeps- of bedrijfsactiviteiten hebben”. Ik vind deze passage, mede in samenhang gezien met de rest van de wetsgeschiedenis,⁴ voor weinig misverstand vatbaar.⁵ De opmerking van Minister Donner uit 2010 in het kader van de vraag naar de kwalificatie van de payrollconstructie, inhoudende dat een allocatieve functie niet is vereist, beschouw ik als onvoldoende op kennis van zaken gebaseerd.⁶

³ *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 263, nr. 3 (memorie van toelichting), p. 10.

⁴ Volgens de A-G wordt de toepasselijkheid van artikel 7:690 BW op intraconcerndetachering gebaseerd op de volgende passage uit de Nota naar aanleiding van het Verslag (*Kamerstukken II 1996-1997*, 25 263, nr. 6, p. 16: “Uit artikel 69 blijkt dat een uitzendovereenkomst een arbeidsovereenkomst is. Op die overeenkomst zijn de bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht van toepassing, tenzij de wet, zoals op onderdelen in artikel 691 is geschied, anders bepaalt.”

⁵ Zie ook p. 33 van de memorie van toelichting: “Dat betekent dat terbeschikkingstelling (een) doelstelling van de bedrijfs- of beroepsactiviteiten van de werkgever moet zijn; de toepasselijkheid van de uitzendovereenkomst is aldus gekoppeld aan de allocatieve functie van de werkgever.”

⁶ Brief van Minister Donner aan de Tweede Kamer van 24 maart 2010 met antwoorden op Kamervragen van het lid Vos (PvdA) over payrollondernemers die geen uitzendwerkgever zijn, nr. AV/AR/2010/4573.

Kortom: de uitzendregeling van artikel 7:690 en 691 BW is niet bedoeld voor intraconcerndetachering. De twijfel die het Hof Leeuwarden hierover had in zijn uitspraak van 24 mei 2011 vind ik om die reden onnodig.⁷

Mijn opvatting, die wordt gesteund door Zwemmer,⁸ vindt in de literatuur geen algemene instemming. Loonstra en Zondag schrijven:

“Intra-concernuitzending is wel mogelijk, echter hiervoor geldt de bijzondere bepaling van artikel 7:691 lid 6 BW (...).”⁹

Jacobs’ opvatting is niet ondubbelzinnig:

“Uitzendovereenkomsten binnen concernverband zijn dus te beschouwen als gewone arbeidsovereenkomsten (...).”¹⁰

Bouwens en Duk menen dat artikel 7:690 BW kan zien op intraconcerndetachering:

“In het bijzonder in concernverhoudingen kan problematisch zijn wie werkgever is (..). Niet zelden is de werknemer in dienst van een andere rechtspersoon dan de rechtspersoon in wiens onderneming hij werkzaam is. De arbeidsovereenkomst houdt uitdrukkelijk of stilzwijgend in, dat de rechtspersoon-werkgever de werknemer in de onderneming van een andere rechtspersoon die tot het concern behoort, kan tewerkstellen en dat deze laatste rechtspersoon instructiebevoegdheid heeft. Zulk een arbeidsovereenkomst wijkt af van het normale type, hetgeen aan de rechtsgeldigheid niet afdoet. Vaak zal in dergelijke gevallen sprake zijn van een uitzendovereenkomst in de zin van art. 690, waarop het bijzondere regiem van art. 7:691 echter niet van toepassing is (zie art. 691 lid 6).”¹¹

De woordkeuze die Verburg (in 2001) hanteert lijkt evenzeer het bestaan van een uitzendrelatie binnen concerns te onderschrijven:

⁷ Zelfs in aanmerking genomen dat het om een kort geding ging. Zie Hof Leeuwarden 24 mei 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ5861.

⁸ J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 2011, p. 271. Hij verklaart expliciete uitsluiting in artikel 7:691 lid 6 BW uit het feit dat een dergelijke uitsluiting reeds gangbare praktijk was vóór de inwerkingtreding van de Wet flexibiliteit en zekerheid.

⁹ C.J. Loonstra en W.A. Zondag (red.), *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Artikel 7:690 BW, C.1.3. (Terbeschikkingstelling aan een derde).

¹⁰ A.T.J.M. Jacobs, Monografieën Nieuw BW B86, *Ontslagrecht en flexibele arbeidsrelaties*, p. 87.

¹¹ Van der Grinten - W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 26-27. In de 23^e druk (2011) wordt dit standpunt echter niet zo duidelijk herhaald (p. 23).

“In sommige concerns zijn de werknemers welbewust in dienst bij één vennootschap, die slechts of met name tot taak heeft de rol van werkgever ten opzichte van de bij het concern werkzame werknemers te vervullen. De werknemers zijn feitelijk werkzaam bij andere concernonderdelen. Die figuur is ook de wetgever niet ontgaan. Art. 7:691 lid 6 BW, in werking getreden op 1 januari 1999, bepaalt dat de bijzondere regels voor de uitzendovereenkomst niet van toepassing zijn op de uitzendovereenkomst waarbij de werkgever en de derde in een groep zijn verbonden als bedoeld in art. 2:24b BW, dan wel de een een dochtermaatschappij is van de ander als bedoeld in art. 2:24a BW.”¹²

In een zaak omtrent de sectorindeling van een personeels-BV die voor de werknemersverzekeringen in de sector Uitzenden was ingedeeld en daartegen opkwam oordeelde de Hoge Raad (Belastingkamer) evenzeer dat binnen concerns uitzendrelaties in de zin van artikel 7:690 BW kunnen bestaan:

“Belanghebbende betoogt dat het ter beschikking stellen van personeel aan onderdelen van het eigen concern niet kan worden aangemerkt als het ter beschikking stellen van personeel aan derden in de zin van artikel 7:690 BW. Dit betoog kan in zijn algemeenheid niet worden aanvaard. Uit het bepaalde in artikel 7:691, lid 6, BW volgt immers dat de wetgever ervan is uitgegaan dat de omstandigheid dat de werkgever en de derde in een groep zijn verbonden, er niet aan in de weg staat dat de arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer wordt aangemerkt als een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.”¹³

Deze uitspraak vind ik onjuist en in strijd met de bedoeling van de wetgever. Het ware aan te bevelen dat de wetgever zich expliciet uitspreekt tegen toepasselijkheid van de uitzendovereenkomst binnen groepsstructuren. A-G Van Ballegooijen had in deze zaak geconcludeerd dat van geval tot geval moet worden gezien of bij intraconcerndetachering sprake is van een allocatieve functie.¹⁴ Mij lijkt die vraag in vrijwel alle gevallen in negatieve zin te kunnen worden beantwoord, omdat het toewijzen van personeel binnen een en dezelfde groepsstructuur niet kan worden gelijkgesteld met de allocatieve functie die de wetgever steeds op het oog heeft gehad bij het opstellen van de regeling van de uitzendovereenkomst: het bijeenbrengen van vraag en aanbod op een grote, niet voor de deelnemers geheel te overziene markt is iets anders dan het verdelen van personeel over de verschillende groepsmaatschappijen. Dat

¹² L.G. Verburg, “Het werkgeversbegrip in concernverband: transparantie gezocht”, *ArbeidsRecht* 2001/1 p. 30.

¹³ HR 17 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6755.

¹⁴ Zie overweging 5.6 van de conclusie.

laatste betreft de interne-structuurhuishouding van de groep en niet de arbeidsmarkt als geheel. Volgens de A-G wordt de toepasselijkheid van artikel 7:690 BW op intraconcerndetachering in de literatuur gebaseerd op de volgende passage uit de Nota naar aanleiding van het Verslag:

“Uit artikel 690 blijkt dat een uitzendovereenkomst een arbeidsovereenkomst is. Op die overeenkomst zijn de bepalingen van het arbeidsovereenkomstenrecht van toepassing, tenzij de wet, zoals op onderdelen in artikel 691 is geschied, anders bepaalt.”¹⁵

Ik meen dat deze passage niet als argument kan dienen voor de stelling dat intraconcerndetachering onder artikel 7:690 BW valt. Er staat niets meer dan dat op de uitzendovereenkomst Titel 10 van Boek 7 BW van toepassing is, tenzij de wet anders bepaalt – en dat is precies wat op punten in artikel 7:691 BW gebeurt, zoals de afwijkende regel ten aanzien van de ketenregeling van artikel 7:668a BW. De passage heeft niets van doen met de vraag of binnen concerns, ondanks de uitsluiting van artikel 7:691 lid 6 BW, sprake kan zijn van een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW.

De vraag is overigens wat het nog uitmaakt dat intraconcerndetachering binnen de definitie van artikel 7:690 BW valt, nu vaststaat dat binnen concerns nimmer gebruik kan worden gemaakt van het lichtere ontslagregime van artikel 7:691 BW. De Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) zal in de praktijk geen rol spelen; er zijn goede argumenten voor de stelling dat deze wet in het geheel niet van toepassing is op intraconcerndetachering.¹⁶ De kwalificatie zou wel een rol kunnen spelen bij de vraag naar de toepasselijke cao. Cao's kennen hun eigen bepalingen met betrekking tot het toepassingsbereik die niet per se parallel lopen aan spraakgebruik of wettelijke definities. Zo speelde in de zaak die leidde tot het arrest van 3 februari 2015 van het Hof Arnhem-Leeuwarden de vraag of een detacherende groepsonderneming – Velocitas Personeelsdiensten – onder de Cao voor uitzendkrachten viel, althans, voor de periode dat bepalingen van deze cao algemeen verbindend waren verklaard (Velocitas was geen (lid van de) cao-sluitende partij). In deze cao is in artikel 1 bepaald dat zij van

¹⁵ *Kamerstukken II 1996-1997*, 25 263, nr. 6, p. 16.

¹⁶ Zoals het feit dat onder de vigeur van de voorganger van de Waadi, de Arbeidsvoorzieningswet, intraconcerndetachering evenmin onder de reikwijdte van de wet viel. Zie *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, aantekening 3 bij artikel 1 Waadi (F.B.J. Grapperhaus), Deventer: Kluwer 2012.

toepassing is op uitzendondernemingen: “de natuurlijke of rechtspersoon die uitzendkrachten ter beschikking stelt (uitzendt naar) opdrachtgevers”. De uitzendkracht is volgens datzelfde artikel degene “die met de uitzendonderneming een uitzendovereenkomst aangaat”. Het hof stelde vast dat hiermee is aangesloten bij de definitie van artikel 7:690 BW en oordeelde (in r.o. 4.16):

“Het hof is met Velocitas van oordeel dat in een geval als het onderhavige de zogenoemde allocatiefunctie voor de toepasselijkheid van de CAO Uitzendkrachten geldt. Deze allocatiefunctie is weliswaar niet in de CAO en evenmin in de wetstekst opgenomen maar het hof is van oordeel dat deze als zodanig noodzakelijk is om te kunnen spreken van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. De bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst geldt immers slechts voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie vervullen, hetgeen betekent dat terbeschikkingstelling van werknemers doelstelling moet zijn van de bedrijfs- of beroepsactiviteit van de werkgever, zoals dit naar het oordeel van het hof volgt uit de parlementaire geschiedenis (MvT, *Kamerstukken II 1996/1997*, 25.263, nr. 3, pagina’s 33-34). De memorie van toelichting op de wet Flexibiliteit en Zekerheid omschrijft de allocatiefunctie van uitzendondernemingen als het door middel van een terbeschikkingstelling bij elkaar brengen van de vraag naar en de aanbod van tijdelijke arbeid. Uitzendondernemingen zorgen ervoor dat knelpunten bij vraag en aanbod op de arbeidsmarkt door middel van een terbeschikkingstelling worden opgelost (MvT, *Kamerstukken II 1996/1997*, 25.263, nr. 3, pagina’s 9-11). Ook uit de wetgeschiedenis van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) blijkt dat de allocatie voorwaarde ziet op de gebruikmaking van het regime van artikel 7:691 BW. In de nota naar aanleiding van het verslag wordt door de minister opgemerkt: “De in wetsvoorstel 25263 geopende mogelijkheid van een regime van verminderde rechtsbescherming dient strikt beperkt te blijven tot die situaties waar dit in verband met de flexibiliteit van de arbeidsmarkt en de allocatieve functie van het uitzendwezen daarin gewenst is.” (*Kamerstukken II 1996/1997*, 25.264, nr. 5).”

De conclusie die het hof trekt is dat het uitzendregime geen rol dient te spelen in intraconcernverhoudingen. Ik onderschrijf die conclusie om de reeds genoemde redenen. Een vraag die dan moet worden beantwoord, is de vraag of sprake is van een ‘gewone’ arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW en in het bijzonder: waar deze arbeidsovereenkomst in het concern is gesitueerd.

2.3 De werkgever binnen het concern

Intraconcerndetachering vindt plaats omdat de concernleiding van mening is dat daarmee bepaalde doelen worden gediend. Hierover is in hoofdstuk 1 gesproken. Dat

brengt mee, dat het in het algemeen de bedoeling zal zijn van de partij die zich bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst als werkgever voordoet, die rol te (blijven) vervullen en derhalve de rechten en verplichtingen die aan het werkgeverschap vastzitten zal uitoefenen. Het bijzondere aan intraconcerndetachering is, dat in veel gevallen deze werkgever feitelijk uit beeld verdwijnt na het tekenen van de arbeidsovereenkomst. Het is immers de bedoeling dat de werknemer in kwestie werkzaamheden zal verrichten bij een of meer van de werkmaatschappijen. De vraag is of men een feitelijk inhoudsloze arbeidsovereenkomst kan sluiten met een personeels-BV. De organisatie van deze ‘werkgever’ houdt in veel situaties niet veel meer in dan een soort uitzendbureau.¹⁷ De gezagsverhouding ligt elders: bij de (leiding van de) dochtermaatschappij waar de werknemer feitelijk zijn werkzaamheden verricht. Ligt het dan niet voor de hand deze dochtermaatschappij als de (enige) werkgever te beschouwen? Aan de elementen van art. 7:610 BW is voldaan bij de dochter, niet bij de vennootschap die op papier als werkgever optreedt. Ook het instructierecht van artikel 7:660 BW zal bij de dochtermaatschappij liggen, hetgeen voor de hand ligt in de situatie dat de werknemer is geïntegreerd in de onderneming van de betreffende dochter. Het loon wordt weliswaar veelal niet direct via de dochtermaatschappij voldaan, maar dat heeft niet zozeer te maken met het feit dat de dochter zulks niet zou kunnen – de dochter heeft immers wel degelijk productieve omzet; er wordt immers werk verricht door de werknemers(s) – maar meer met het feit dat binnen het concern specifieke afspraken bestaan omtrent de geldstromen. Daar komt bij dat de verplichting het loon te betalen aan een derde kan worden overgelaten; de rechtspraak heeft voorbeelden laten zien van situaties waarin een arbeidsovereenkomst werd aangenomen met een partij die niet zelf het loon aan de werknemer betaalde.¹⁸ Kortom: wat is er op tegen aan te nemen dat de arbeidsovereenkomst volgens de wezen-voor-schijnleer bestaat tussen de werknemer en de dochtermaatschappij waar hij is geïntegreerd?¹⁹ Ik laat enkele argumenten de revue passeren.

¹⁷ Zonder onder de regeling ervan te mogen vallen, zie de vorige paragraaf.

¹⁸ Een veel besproken voorbeeld biedt HR 13 juli 2007, *JAR* 2007/231 (STR/PGGM).

¹⁹ Zoals uit paragraaf 2.4 zal blijken, ziet de het Hof van Justitie van de EU er geen bezwaar tegen heeft de werknemer bescherming te bieden ook als daarvoor de gekozen juridische constructie opzij moet worden gezet.

1. *Partijen moeten zich jegens elkaar verbonden hebben*

Een belangrijk argument tegen de stelling dat de intra-concern gedetacheerde werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de dochtermaatschappij waar hij zijn werkzaamheden verricht, is dat deze dochter zich nooit contractueel met de werknemer heeft verbonden. De vraag is of dat argument voldoende gewicht in de schaal zou moeten leggen. Er is een uitgebreid corpus aan rechtspraak voorhanden waaruit blijkt dat partijen zich inderdaad tot elkaar moeten hebben verbonden tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst, maar waaruit tevens blijkt dat die eis niet verabsoluteerd mag worden. Het is hier niet de plaats deze rechtspraak uitgebreid te analyseren. Sowieso is een deel van de rechtspraak van de Hoge Raad niet direct toepasbaar op de intraconcerndetachering, omdat zij de vraag betreft of überhaupt een arbeidsovereenkomst is gesloten en of het niet, als alternatief, om een overeenkomst van opdracht gaat.²⁰ Het is in het licht van dat deel van de rechtspraak inderdaad relevant wat de partijbedoeling is geweest: de overeenkomst moet geduid worden, juist omdat partijen een zekere vrijheid hebben in de keuze van de overeenkomst op basis waarvan zij hun verbintenissen willen vormgeven, aldus de Hoge Raad in het arrest Groen/Schoevers.²¹ Het is overigens mijn opvatting dat de partijbedoeling in deze zaken steeds minder gewicht in de schaal legt, getuige in het bijzonder de Gouden Kooi-uitspraak.²²

Binnen concerns krijgt de partijbedoeling een andere inhoud. Dan staat immers vast dát een arbeidsovereenkomst is gesloten, de vraag is alleen waar deze is gesitueerd: bij de personeels-BV of elders. Er zijn arresten van de Hoge Raad geweest waarin de vraag aan de orde was waar de arbeidsovereenkomst was gesitueerd. Een werknemer die via een uitzendbureau bij een inlener werkt, zal zich niet erop kunnen beroepen dat zijn contractuele relatie geruisloos is overgegaan in een arbeidsovereenkomst met de inlener – dat strijdt met de rechtszekerheid.²³ Anders wordt dit indien weliswaar een arbeidsovereenkomst is gesloten met een ander dan de inlener, maar partijen zich vanaf

²⁰ Ik noem ter illustratie HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263 (Groen/Schoevers), HR 10 oktober 2003, *JAR* 2003/263 (Van der Male/Den Hoedt) en HR 10 december 2004, *JAR* 2005/15 (Diosynth/Groot).

²¹ HR 14 november 1997, *JAR* 1997/263.

²² HR 25 maart 2011, *JAR* 2011/109. Zie voor de duiding van het arrest in het bijzonder de annotaties van C.J. Loonstra (bij *JAR* 2011/109), E. Verhulp (bij *NJ* 2011, 594) en L. van den Berg (bij *RSV* 2011/166).

²³ HR 5 april 2002, *JAR* 2002/100 (ABN Amro/Malhi).

dag één hebben gedragen als ware er een arbeidsovereenkomst tussen hen beiden.²⁴ In dat geval is van een geruisloze overgang geen sprake en lijkt, zo lees ik deze uitspraken in samenhang, wezen voor schijn te moeten gaan. Het doet er dan zelfs niet toe dat geen van beide partijen een arbeidsovereenkomst met de ander wenste aan te gaan.

Indien men mag vaststellen dat de partijbedoeling minder relevant is geworden en men vooral dient te kijken naar de uitvoering, én relevant is hoe partijen zich vanaf het begin jegens elkaar (en daarna, uiteraard) hebben gedragen, dan is het in mijn optiek een kleine stap aan te nemen dat het feit dat de werknemer met een andere concernvennootschap om tafel zat toen hij zijn arbeidsovereenkomst tekende dan met de vennootschap waar hij uiteindelijk zijn werkzaamheden zou gaan verrichten, geen gewicht in de schaal mag leggen voor het antwoord op de vraag waar de arbeidsovereenkomst van de werknemer is gesitueerd. De intra-concern gedetacheerde werknemer vormt immers een wezenlijk onderdeel van de bedrijfsvoering van de dochtermaatschappij. Hij valt in het organisatorische kader van de onderneming van de dochter, niet in die van zijn (vermeende) juridische wederpartij. De *Betriebszugehörigkeit* is gesitueerd bij de eerste.²⁵ Daar komt bij dat deze werknemer, zoals al weergegeven in het eerste hoofdstuk, zich veelal niet bewust is van de juridische implicaties van het feit dat het concern ervoor heeft gekozen de arbeidsovereenkomsten formeel-juridisch ergens anders onder te brengen dan waar hij feitelijk werkt.²⁶ De vergelijking met uitzending gaat mank – daar weet de werknemer beter, voorts is de uitzendconstructie in het leven geroepen om werkzoekende en werkverschaffer tijdelijk bij elkaar te brengen – alle partijen hebben er derhalve voordeel van. Met de gekozen concernconstructie schiet de intra-concern gedetacheerde werknemer niet per se iets op. Zij kan hem in een slechtere positie brengen.

Ten slotte wijs ik in deze paragraaf op het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW. Uit de wetsgeschiedenis komt het beeld naar voren dat deze bepaling vooral in het leven is geroepen om personen met een onduidelijk contractuele relatie een

²⁴ HR 13 juli 2007, *JAR* 2007/231 (STR/PGGM).

²⁵ Vgl. W.F. de Gaay Fortman, *De onderneming in het arbeidsrecht* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: H.J. Paris 1936, p. 74. T. Koopmans wees er in zijn dissertatie (*De begrippen werkmán, arbeider en werknemer* (diss. Amsterdam, UvA), Alphen aan den Rijn: N. Samsom 1962, p. 324) op dat dit leerstuk in Nederland vooral tot uiting komt in de publiekrechtelijke bescherming van de werknemer. Mijns inziens is die vaststelling heden ten dage vol te houden.

²⁶ Daarmee wijkt deze situatie af van, bijvoorbeeld, de zaak ABN Amro/Malhi, omdat werknemer Malhi zeer goed wist dat de bank niet zijn wederpartij was: hij sloot zijn arbeidsovereenkomst immers met het uitzendbureau, een buiten het concern staande entiteit.

bewijsvoordeel te verschaffen: de flexibele arbeidskrachten. De vraag is echter of dit meebrengt dat anderen die aan de materiële vereisten van de bepaling voldoen geen beroep op dit artikel toekomt. Met Loonstra en De Jong meen ik dat daarvan geen sprake is.²⁷ Mij zijn echter geen uitspraken bekend waarin door een intra-concern gedetacheerde werknemer een beroep op het rechtsvermoeden werd gedaan om zo een arbeidsovereenkomst met de dochtermaatschappij waar hij feitelijk werkte te laten vaststellen. Niets staat daaraan echter in de weg. Het tegenbewijs dat met een andere vennootschap een arbeidsovereenkomst is gesloten zal naar mijn mening, zoals reeds naar voren gebracht, niet mogen slagen in de situatie dat die andere partij een personeels-BV waarin de werknemer geen werkzaamheden (heeft) verricht.

2. De arbeidsovereenkomst met de personeels-BV kan niet als inhoudsloos worden beschouwd

Dit argument heeft Zwemmer in zijn dissertatie naar voren gebracht.²⁸ Zwemmer besteedt relatief weinig aandacht aan de vraag hoe het werkgeverschap van een personeels-BV inhoudelijk vorm krijgt. Hij schrijft (p. 276):

“Mijns inziens geeft de economische realiteit van de groep werkelijke betekenis aan het werkgeverschap van de personeels-BV. Dat ondernemers in groepsverband opereren (onder meer) om aansprakelijkheden te beperken en risico's te spreiden, wordt geoorloofd en zelfs wenselijk geacht. Daardoor kunnen ondernemingsactiviteiten worden ontplooid die anders niet mogelijk of haalbaar zouden zijn geweest. De toedeling van het werkgeverschap van de bij de groep werkzame werknemers aan één groepsmaatschappij is hiervan een logische consequentie.”

Het citaat roept bij mij een aantal vragen op. Mij is niet duidelijk waar de “werkelijke betekenis” van het werkgeverschap van de personeels-BV nu precies in zit. Zwemmer geeft een duiding van de groep - een economische realiteit - en verbindt daaraan een aantal positieve connotaties (“die anders niet mogelijk of niet haalbaar zouden zijn geweest”). Het lijkt erop alsof hij het - lege - werkgeverschap sauveert met de stelling dat risicokanaliserings zo succesvol heeft uitgepakt. Als ik dit goed lees, gaat hij aan twee

²⁷ Aantekening C.1 bij artikel 7:610a BW, *Tekst & Commentaar Thematisch Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

²⁸ J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss. Amsterdam, UvA), Deventer: Kluwer 2011.

zaken voorbij die ik relevant vind voor de duiding. Ten eerste lijkt Zwemmer impliciet te accepteren dat een verminderde werknemersbescherming het gevolg kan zijn van de inrichting van de arbeidsovereenkomst binnen de groep. Een dergelijke acceptatie is niet onproblematisch, om de redenen die ik in het eerste hoofdstuk heb vermeld. De werknemer is geen handelscrediteur en hij is veelal niet op de hoogte van de specifieke (juridische) structuur van het concern. Men mag zich afvragen of ondernemersvrijheid – het inrichten van de werkzaamheden in een duidelijk juridisch gecompartmenteerde, maar economisch als eenheid opererende groepsstructuur – niet haar grenzen dient te vinden in werknemersbescherming. Ten tweede verhoudt Zwemmers acceptatie van de personeels-BV als werkgever zich matig tot zijn stelling dat wel steeds aan de elementen van artikel 7:610 BW moet worden voldaan om van een arbeidsovereenkomst tussen de groeps werknemer en de personeels-BV te kunnen spreken. Ik citeer uit p. 30 van zijn proefschrift:

“Denkbaar is dat in situaties van gelijktijdige pluraliteit van werkgeverschap bij de kwalificatie van de werkgever eenzelfde betekenis toekomt aan de bedoelingen van partijen als bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst in situaties waarin in een gezagsverhouding persoonlijk arbeid wordt verricht, maar partijen hun rechtsverhouding (contractueel) niet als arbeidsovereenkomst betitelden. De contractueel werkgever kan dan uitsluitend worden gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW wanneer uit de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering aan de arbeidsovereenkomst hebben gegeven, en aldus inhoud daaraan hebben gegeven, volgt dat werkelijk een arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever werd beoogd. Naar mijn mening betekent dit dat de rol van de contractuele werkgever bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis moet hebben, wil hij kunnen worden gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW. Daarvoor kan bijvoorbeeld worden gekeken naar de ondernemingsactiviteiten van de contractuele werkgever en naar op wiens initiatief de overeenkomst tussen de werknemer en de contractuele werkgever tot stand kwam. *Wanneer uit deze omstandigheden blijkt dat het werkgeverschap van de contractuele werkgever onvoldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft (...), moet naar mijn mening bij de kwalificatie van de werkgever door deze contractuele afspraken heen worden gekeken.*” (MIJN CURS.).

Met deze overwegingen ben ik het eens; ter verdediging van Zwemmer kan worden aangevoerd dat hij nu juist meent dat de personeels-BV wel degelijk genoeg “zelfstandige en inhoudelijke” inhoud geeft aan het werkgeverschap, al motiveert hij dat, zoals hierboven weergegeven, uiterst bescheiden.

De uitzondering: de hoge functionaris en de “high potential”

Een specifiek geval vormt de hoge functionaris die functioneel gezien dienstbaar is aan de groep als geheel (de economisch-organisatorische realiteit), maar gedurende zijn loopbaan juridisch in dienst is bij een (of meer) afzonderlijke dochtervennootschappen. Hoewel deze werknemer achtereenvolgens verschillende vennootschappen als wederpartij bij de arbeidsovereenkomst zal kennen, zal het in het algemeen zo zijn dat hij betrekkingen zal (blijven) onderhouden met andere onderdelen van de groep. Volgt ontslag, dan is de vraag welke vennootschap door deze functionaris in rechte zou kunnen worden aangesproken. Dat dit exclusief de laatste vennootschap zou moeten zijn die als wederpartij van de functionaris heeft te gelden, is niet steeds een bevredigende oplossing.

Van Maanen schreef (in 1979):

“[Ik heb] bepleit de werknemer in zo’n geval het voordeel van de twijfel te gunnen, in die zin dat elke vennootschap die jegens de werknemer rechten heeft uitgeoefend of verplichtingen is nagekomen die rechtens aan de werkgever toekomen gehouden wordt aan de aldus opgewekte schijn contractspartij van de werknemer te zijn.”²⁹

Van Maanen werkte de gevolgen van zijn standpunt niet uit, maar als ik zijn woorden letterlijk neem, zou de consequentie van zijn redenering zijn dat elke vennootschap die zich als werkgever heeft gedragen aangesproken kan worden tot, bijvoorbeeld, betaling van een ontslagvergoeding. Bij deze extra bescherming past mijns inziens de bedenking dat deze werknemer minder in het duister tast dan zijn minder vaak van werkgever wisselende concerncollega’s. Niet alleen het feit van het hoger opgeleid zijn kan daarbij een rol spelen, maar ook – zelfs: vooral – het feit dat deze werknemer regelmatig is geconfronteerd met een nieuwe realiteit, te weten: een andere werkgever, die voor hem aanleiding moet (kunnen) zijn geweest zich rekenschap te geven van de nieuwe juridische situatie. Dat geldt niet voor de werknemer die van het ene op het andere moment wordt geconfronteerd met een andere werkgever binnen de groep, zeker niet wanneer deze mededeling vergezeld is gegaan van zalvende woorden dat aan de inhoud

²⁹ C.J.J. van Maanen, “Intra-concern overplaatsing van werknemers”, *De N.V.* 57, p. 79-90. Hij verwijst daarbij naar zijn artikel “Concern-verhoudingen en de individuele arbeidsovereenkomst”, *De N.V.* 56, p. 157-164.

van de arbeidsovereenkomst niets zal veranderen.³⁰ Eenzelfde redenering kan men hanteren ten aanzien van de zogenoemde “high potential” waarmee ik doel op de (jonge) werknemer die, als onderdeel van zijn opleiding en inzetbaarheid binnen het concern, om de zoveel tijd zijn werkzaamheden binnen de groep voor een steeds andere vennootschap verricht. Ook voor deze werknemer geldt dat hij in het algemeen goed op de hoogte is van het feit dat hij multi-inzetbaar is en daaruit vloeit in mijn optiek voort dat hij zich redelijkerwijs zou kunnen realiseren dat dit juridische consequenties kan hebben. Om deze reden geldt voor deze (kleine) groep werknemers niet als bezwaar dat hun arbeidsovereenkomst is gesloten met een andere vennootschap dan die waar zij hun werkzaamheden verrichten.

3. *Intraconcerndetachering is algemeen geaccepteerd*

Een autoriteitsargument, maar daarmee niet verwaarloosbaar: in de recente literatuur wordt inderdaad niet expliciet in twijfel getrokken dat de intra-concern gedetacheerde werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de personeels-BV. Zo staat in Van der Grinten beschreven dat een dergelijke arbeidsovereenkomst weliswaar afwijkt van het normale type, maar dit niet afdoet aan de rechtsgeldigheid ervan.³¹ Van Lent schrijft in haar dissertatie dat een arbeidsovereenkomst tussen de personeels-BV en de intra-concern gedetacheerde werknemer bestaat, omdat deze vennootschap het “fundamentele directierecht” behoudt, terwijl de inlenende vennootschap (slechts) het “dagelijkse directierecht” heeft. Daardoor blijft de personeels-BV in haar optiek voor de werknemer de belangrijkste wederpartij.³² Verhulp is in Tekst & Commentaar in mijn optiek niet eenduidig in zijn opvatting, Zwemmer meent dat dit wel zo is.³³ In zijn dissertatie wijst Zwemmer voorts op een discussie tussen Naber en Van der Grinten in

³⁰ Zoals in de zaak Bos/Pax (HR 26 juni 2009, *JAR* 2009/183).

³¹ Van der Grinten - W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 13.

³² C.M.E.P. van Lent, *Internationale intra-concernmobiliteit* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2000, p. 210.

³³ Zwemmer, t.a.p., p. 274, meent dat Verhulp, onder verwijzing naar het arrest Fugro/Kenkhuis (HR 1 december 2000, *JAR* 2001/12), van oordeel is dat de partij met wie de overeenkomst is gesloten de werkgever is en dat dit niet anders is indien de werkgever deel uitmaakt van een groep. Daarmee zegt Verhulp echter niet dat in die verhouding niet aan de elementen van artikel 7:610 BW hoeft te zijn voldaan. Zie aantekening 2 bij art. 7:610 BW, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

de jaren '80. Naber stelde³⁴ dat van werkgeverschap van de personeels-BV geen sprake kon zijn omdat het uitoefenen van gezagsbevoegdheid gekoppeld is aan het verrichten van arbeid en deze bevoegdheid derhalve niet overdraagbaar is.³⁵ Van der Grinten vond dat een te eenvoudige voorstelling van zaken. Het burgerlijk recht moet rekening houden met de economische realiteit van de groep – deze realiteit kan meebrengen dat arbeidsovereenkomsten worden afgesloten die afwijken van het normaaltype. Vervolgens achtte Van der Grinten het aanvaardbaar dat wanneer de werknemer gaat werken bij een bepaalde groepsmaatschappij, de juridische werkgever een andere groepsmaatschappij is en ten behoeve van die feitelijk werkverschaffende groepsmaatschappij arbeidsprestaties worden bedongen.³⁶ Zoals in de vorige paragraaf vermeld, achtte ook Van Maanen een dergelijke constructie denkbaar, maar hij verbond daaraan wel het gevolg dat elke vennootschap die zich als werkgever heeft gedragen, ook als zodanig jegens de werknemer heeft te gelden.³⁷

Van een algemene acceptatie zou ik, na een analyse van de literatuur, niet durven spreken. Er is eerder sprake van een situatie waarin de vraag nauwelijks wordt gesteld dan dat principieel stelling wordt ingenomen. Van Fenema en Knipschild hebben in 2011 een kort onderzoek verricht naar de gevolgen van het Albron-arrest (zie paragraaf 2.4) in enkele ons omringende landen.³⁸ Interessant is hun vaststelling dat in onze directe buurlanden de situatie anders is geregeld. In België komt intraconcerndetachering niet voor, althans: men is in dienst waar men werkt. In Duitsland is het beperkt mogelijk (meestal slechts na vergunning en in bepaalde gevallen binnen concerns). In die landen is er dus meer sprake van, zoals Corazza en Razzolini het zeggen, dat “the boundaries of the legal concept of the employer have been drawn as to coincide with the boundaries of the economic organization within which the

³⁴ H. Naber, “Onduidelijke arbeidsverhoudingen in ondernemingsland”, *De N.V.* 1986/3, p. 95. Hij had dat standpunt al eerder ingenomen in *NJB* 28 januari 1984, nr. 4, p. 106-111 (“Is het gezag van de werkgever overdraagbaar?”).

³⁵ Een interessante gedachte die men heden ten dage op de payrollconstructie zou mogen leggen. De overdraagbaarheid is zelfs in de uitzendrelatie uitgesloten, nu leiding en toezicht bij de inlenende derde liggen.

³⁶ W.C.L. van der Grinten, naschrift bij H. Naber, “Onduidelijke arbeidsverhoudingen in ondernemingsland”, *De N.V.* 1986/3, p. 97-98.

³⁷ C.J.J. van Maanen, “Concern-verhoudingen en de individuele arbeidsovereenkomst”, *De N.V.* 56, p. 157-164.

³⁸ E.C. van Fenema & E. Knipschild, “Albron: over de vervreemder, de arbeidsbetrekking en de beschermingsgedachte”, *ArbeidsRecht* 2011/1, p. 3-9.

work is performed.”³⁹ De laatste wijzen evenzeer op de situatie in enkele Europese landen.⁴⁰ De wetgeving en rechtspraak in, onder andere, Spanje, Italië en Frankrijk accepteren binnen groepsverband het bestaan van een scheiding tussen de formele werkgever en de vennootschap waar de werknemer naar is gedetacheerd, maar komen de werknemer tegemoet door in bepaalde situaties co-werkgeverschap aan te nemen. In Frankrijk kan deze zien op uitlener en inlener, in Spanje ziet die zelfs op alle vennootschappen binnen de groep.⁴¹ Ook in Duitsland, waar men vanouds negatief staat tegenover het uitbreiden van werkgeversverantwoordelijkheden naar anderen, is inmiddels in de rechtspraak sprake van “Verdoppelung auf Arbeitgeberseite”, al wordt dit leerstuk vooral toegepast in de situatie dat een werknemer voor verschillende vennootschappen binnen de groep heeft gewerkt. Kortom: het lijkt mij in strijd met de realiteit te stellen dat in de EU sprake is van een algemene acceptatie van intraconcerndetachering met een personeels-BV als (enige) werkgever.

2.4 Intraconcerndetachering en overgang van onderneming

Het accepteren van de gedachte dat de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft met de personeels-BV die hem heeft gedetacheerd naar een werkmaatschappij van de groep, bergt het risico in zich dat deze werknemer niet de bescherming toekomt die hem binnen een enkelvoudige onderneming zou toekomen in het geval deze werkmaatschappij in andere handen komt en deze gang van zaken gekwalificeerd kan worden als een overgang van onderneming in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW.

De regels met betrekking tot overgang van onderneming zijn van Europese oorsprong; de laatste versie van de Richtlijn overgang van ondernemingen dateert van 2001.⁴² Deze richtlijn heeft als doel de rechten van werknemers veilig te stellen bij een overgang van onderneming door de automatische overgang van werknemers met al hun

³⁹ Luisa Corazza & Orsola Razzolini, “Who is an Employer?”, p. 4, via:

<http://www.labourlawresearch.net/papers/who-employer>.

⁴⁰ Zie paragraaf 4.2 van het paper.

⁴¹ Waarmee deze regel lijkt op het standpunt van Jacobs. Zie paragraaf 1.6.

⁴² Richtlijn 2001/23 van 12 maart 2001 (PbEG 22 maart 2001, L 82/16) inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen van vestigingen. Deze richtlijn is voorafgegaan door de Richtlijn van 29 juni 1998 (PbEG 17 juli 1998, L 201/88), welke op haar beurt is voorafgegaan door Richtlijn 77/189/EEG (PbEG 5 maart 1977, L 61/26).

arbeidsvoorwaarden als uitgangspunt te nemen. De regeling is geïmplementeerd in de artikelen 7:662 e.v. BW, alsmede in enkele andere bepalingen.⁴³ Binnen een concern kan ook sprake zijn van een overgang van onderneming, zoals van de ene naar de andere dochtermaatschappij.⁴⁴

De Nederlandse wettekst hanteert – begrijpelijkerwijs – als relevante termen “werkgever” en “arbeidsovereenkomst”, terwijl de richtlijn de begrippen “vervreemder”, “arbeidsovereenkomst” en “arbeidsbetrekking” kent.⁴⁵ Dit verschil in terminologie zou verklaarbaar kunnen zijn vanwege de vele in de EU gebezigde begrippen om min of meer hetzelfde fenomeen te duiden, maar duidelijk zal worden dat tevens een inhoudelijk verschil bestaat. In het Nederlandse recht werden de termen werkgever en arbeidsovereenkomst als twee-eenheid beschouwd voor de toepasselijkheid van de regels met betrekking tot overgang van onderneming. Dat wil zeggen: alleen dié arbeidsovereenkomsten gaan over die zijn gesloten met de werkgever wiens onderneming overgaat. Deze formele leer⁴⁶ was geruime tijd in de (overigens niet bepaald overvloedige) rechtspraak het uitgangspunt. Zij had als bezwaar dat werknemers die feitelijk werkten in een onderneming waar echter niet hun arbeidsovereenkomst formeel was gesitueerd, niet op grond van de artikelen 7:662 e.v. BW automatisch konden overgaan met die onderneming – zij waren derhalve afhankelijk van de welwillendheid van de verkrijger van de onderneming ten aanzien van het behoud van hun baan én hun arbeidsvoorwaarden. Met andere woorden: de intra-concern gedetacheerde werknemer die zijn arbeidsovereenkomst sloot met een andere vennootschap – zoals een personeels-BV – gaat volgens deze formele leer niet mee over op grond van de artikelen 7:662 e.v. BW. Hij volgt dus niet automatisch zijn werk; zijn arbeidsovereenkomst blijft achter binnen het concern. Is intraconcernoverplaatsing niet mogelijk, dan zal meestal ontslag volgen. De vergelijking met de uitzendkracht - die immers evenmin in dienst is ‘bij’ de onderneming waar hij

⁴³ Artikel 14a Wet Cao, artikel 2a Wet Avv, artikel 7:670 lid 8 BW, alsmede enkele bepalingen in de Faillissementswet.

⁴⁴ HvJEG 2 december 1999, *JAR* 2000/31 (Allen) en HvJEU 6 maart 2014, *JAR* 2014/104 (Amatori)

⁴⁵ Artikel 2 lid 1 van de richtlijn.

⁴⁶ Zie over deze leer o.a. M. Holtzer, “De toepassing van de Wet overgang van ondernemingen in concernverband”, *Ondernemingsrecht* 2007, p. 272-277. De formele leer was tot de Albron-zaak nimmer in een appelinstantie expliciet bevestigd of ontkend. Zie Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, *NJ* 1982, 619. Zie ook Ktg. Rotterdam 9 februari 2000, *JAR* 2000/143 en Vzng. Rb. 's-Gravenhage 22 februari 2005, *JAR* 2005/63.

zijn werkzaamheden verricht - dringt zich op. Niettemin bestaan belangrijke verschillen. Waar de uitzendkracht in het algemeen op de hoogte zal zijn van het aflopende karakter van de terbeschikkingstelling bij deze inlener, gaat de intra-concern gedetacheerde werknemer er meestal van uit dat hij deel uitmaakt van de organisatie waar hij zijn werkzaamheden verricht (zie paragraaf 1.3).

De ommekeer in deze formele gedachtegang vond plaats met de zaak Albron/Roest. Ook hier was sprake van intraconcerndetachering. Binnen het Heineken-concern fungeerde Heineken Nederlands Beheer BV (verder: HNB) als centrale werkgever van al het personeel binnen het Heineken-concern en deze vennootschap detacheerde de werknemers naar de verschillende werkmaatschappijen binnen het concern. John Roest was vanaf 1985 in dienst van HNB als cateringmedewerker, maar werd gedetacheerd naar Heineken Nederland BV (verder: HN). HN besloot op enig moment haar cateringactiviteiten af te stoten naar Albron Catering BV (verder: Albron). Als gevolg hiervan trad Roest op 1 maart 2005 bij Albron in dienst. Albron was niet bereid Roest zijn oude Heineken-arbeidsvoorwaarden te garanderen en betwistte dat artikel 7:663 BW op de overgang van toepassing was. Op grond van dit artikel gaan bij een overgang van een onderneming alle rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever *in die onderneming* voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst *tussen hem en een daar werkzame werknemer* over op de verkrijger. Probleem voor Roest was dat hij formeel geen werknemer was van HN, nu er geen arbeidsovereenkomst tussen hen bestond en dus niet was voldaan aan het formele werknemersbegrip uit artikel 7:663 BW, zoals dat tot dan toe werd uitgelegd. Als gevolg van deze formele leer zou Roest dus niet mee overgaan, maar in dienst blijven bij HNB. Centraal in deze zaak staat de vraag hoe artikel 7:663 BW gelezen moet worden en of dit artikel richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd in geval van intraconcerndetachering waar werknemers feitelijk niet bij hun formele werkgever werken. Kortom: de houdbaarheid van de formele leer stond ter discussie.⁴⁷

De kantonrechter Utrecht oordeelde dat Roest op basis van de artikelen 7:662 e.v. BW was overgegaan en nam daarmee afscheid van de formele leer: de feitelijke

⁴⁷ Ook wel het vereiste van dubbele binding genoemd. Zie o.a. J.P.H. Zwemmer, "Het Albron-arrest, de contractuele werkgever versus de niet-contractuele werkgever en de mogelijke gevolgen voor andere uitzendvarianten", *TRA* 2011, 4. Helemaal juist is die benaming niet, nu dubbele binding niet in alle gevallen vereist is. Gaat, bijvoorbeeld, een uitzendorganisatie over, dan gaan de daar niet werkzame, maar wel in dienst zijnde uitzendkrachten mee over. Zie bijvoorbeeld HvJEG 13 september 2007, *JAR* 2007/252 (Jouini).

situatie zou belangrijker zijn dan de formele positionering van de arbeidsovereenkomst binnen het Heineken-concern.⁴⁸ Het Hof Amsterdam, onzeker over de te volgen redenering, stelde het Hof van Justitie prejudiciële vragen die er, samengevat, op neerkomen dat men wilde vernemen of de formele leer houdbaar was of “dat bij overgang van een onderneming van de tot een concern behorende werkmaatschappij de rechten en verplichtingen ten opzichte van de ten behoeve van deze onderneming werkzame werknemers op de verkrijger overgaan indien al het binnen het concern werkzame personeel in dienst is van een (eveneens tot dat concern behorende) personeelsvennootschap die fungeert als centrale werkgeefster”.⁴⁹

Het Hof van Justitie oordeelde, samengevat, dat in deze situatie sprake is van een contractuele werkgever (HNB) en een niet-contractuele werkgever (HN). De eerste heeft met de permanent gedetacheerde Roest een arbeidsovereenkomst gesloten, de tweede een “arbeidsbetrekking” – waarmee vaststaat dat deze term niet inhoudsloos is naast de term “arbeidsovereenkomst”. We zien hier dus dat het Hof in feite een nieuwe categorie van werkgever introduceert: de niet-contractuele werkgever, in contrast met de contractuele werkgever. Een contractuele band met de vervreemder is niet in alle omstandigheden vereist om de werknemers aanspraak te geven op de bescherming van Richtlijn 2001/23, aldus het Hof. Uit Richtlijn 2001/23 blijkt niet dat de verhouding tussen de arbeidsovereenkomst en de arbeidsbetrekking een subsidiariteitsverhouding is en dat in een situatie waarin sprake is van meerdere werkgevers, de contractuele werkgever systematisch moet prevaleren. In een context zoals aan de orde in het hoofdgeding staat de richtlijn er dus niet aan in de weg dat de niet-contractuele werkgever waarbij de werknemers permanent zijn tewerkgesteld eveneens kan worden beschouwd als een “vervreemder”. Het Hof oordeelt:

“In deze omstandigheden kan, indien binnen een concern twee werkgevers naast elkaar bestaan, waarvan de één contractuele betrekkingen en de ander niet-contractuele betrekkingen heeft met de werknemers van dat concern, als een “vervreemder” in de zin van richtlijn 2001/23 ook worden beschouwd de werkgever die verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de overgedragen eenheid die uit dien hoofde arbeidsbetrekkingen heeft met de werknemers van die eenheid, eventueel niettegenstaande het ontbreken van contractuele relaties met die werknemers.

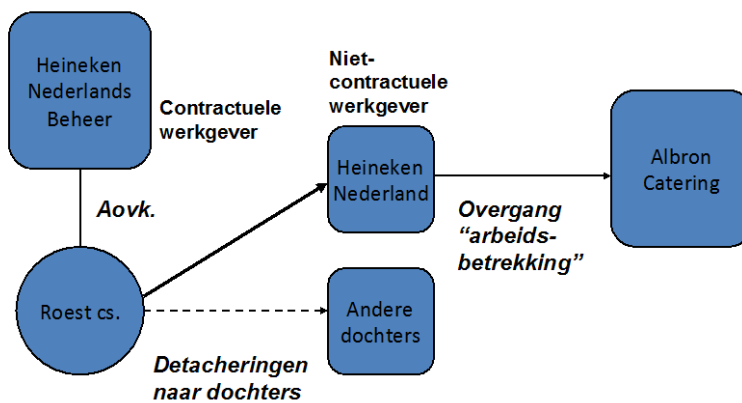
⁴⁸ Ktr. Utrecht 15 maart 2006, *JAR* 2006/80.

⁴⁹ Hof Amsterdam, 29 mei 2008, *JAR* 2008/218 en Hof Amsterdam, 30 juni 2009, *JAR* 2009/195. Zie hierover o.a. E. Knipschild, “Permanente detachering in concernverband en overgang van onderneming”, *ArbeidsRecht* 2008/ 63.

Mitsdien moet op de vragen worden geantwoord dat bij de overgang in de zin van richtlijn 2001/23 van een tot een concern behorende onderneming naar een onderneming buiten dat concern, ook de tot het concern behorende onderneming waarbij de werknemers permanent zijn tewerkgesteld, zonder evenwel door een arbeidsovereenkomst aan die onderneming te zijn gebonden, als een “vervreemder” in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, van die richtlijn kan worden beschouwd, hoewel er binnen dat concern een onderneming bestaat waaraan de betrokken werknemers wel door een dergelijke arbeidsovereenkomst zijn gebonden.”

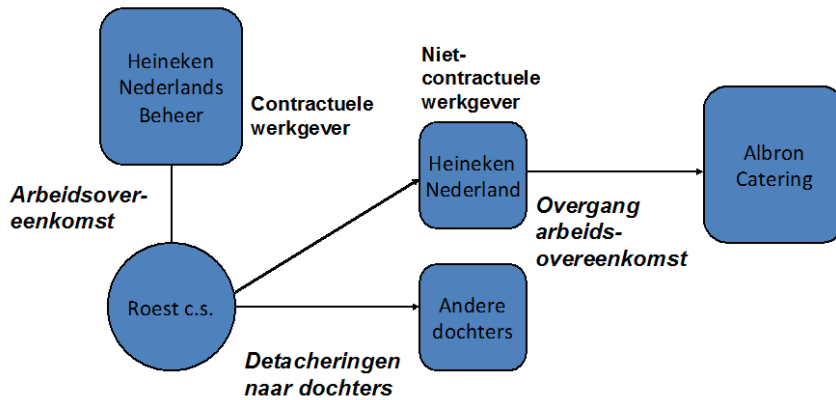
Grafisch weergegeven heeft het Hof van Justitie als volgt geoordeeld:

Hof van Justitie van de EU 21 oktober 2010



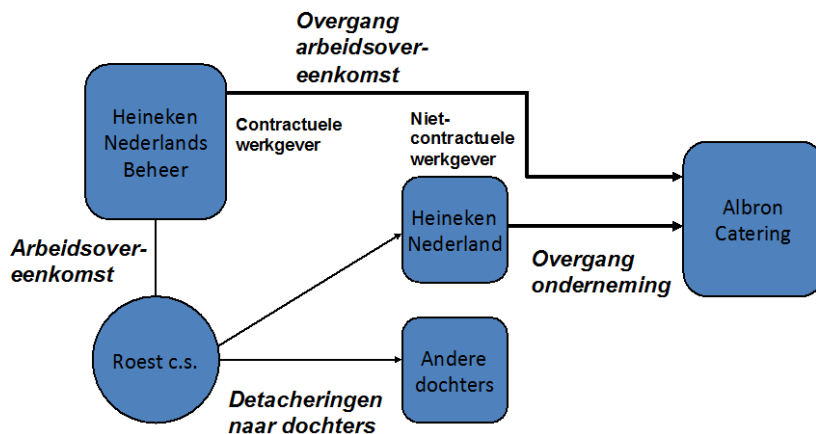
Na het oordeel van het Hof van Justitie op de prejudiciële vragen oordeelde het Hof Amsterdam dat Roest op basis van de artikelen 7:662 e.v. BW was overgegaan naar Albron, al hanteerde het hof dat via een andere constructie. Het hof oordeelde immers dat HN – de niet-contractuele werkgever – de *arbeidsovereenkomst* van Roest had overgedragen, wat strikt genomen niet mogelijk is, omdat de arbeidsovereenkomst was gesitueerd bij HNB:

Hof Amsterdam 25 oktober 2011



In cassatie gebruikte de Hoge Raad wederom een iets andere constructie:

Hoge Raad 5 april 2013



De Hoge Raad liet ook de *arbeidsovereenkomst* overgaan, maar plaatste deze, juist, bij HNB. Opmerkelijk is dat noch het Hof Amsterdam, noch de Hoge Raad de term “arbeidsbetrekking” hanteert. Toegegeven moet worden dat deze term niet voorkomt in het BW, maar dogmatisch ontstaan als gevolg van deze verschillende constructies problemen. Zo hebben Bouwens en Witteveen erop gewezen dat op grond van het arrest van het Hof van Justitie wellicht nog een arbeidsovereenkomst als “lege huls” zou zijn

achtergebleven bij HNB – de contractuele werkgever.⁵⁰ Beltzer en Haanappel hebben erop gewezen dat onduidelijk is op wie restaansprakelijkheid van de laatste zin van art. 7:663 BW rust. Bij het Hof Amsterdam zou dat HN zijn, volgens de Hoge Raad echter HNB.⁵¹

Wat hier van zij: duidelijk is dat de intra-concern gedetacheerde werknemer door het Hof van Justitie als werknemer wordt beschouwd die zich kan beroepen op de bescherming in geval van overgang van onderneming. Daarmee wordt in feite voorbij gegaan aan de constructie waarin werknemers een arbeidsovereenkomst hebben met de personeels-BV en de werkmaatschappij als inlener. Een vereiste lijkt wel te zijn dat de detachering een vast karakter kent (de Hoge Raad spreekt over permanente detachering). A-G Bot verwoordt helder waarom hij meent dat de band tussen de intra-concern gedetacheerde werknemer en de inlenende concernvennootschap meer is dan de uitvoering van een afspraak tussen de personeelsvennootschap en deze inlener:

“Om te beginnen heeft een werknemer die, in het kader van betrekkingen tussen vennootschappen die tot hetzelfde concern behoren, een vennootschap van dat concern juridisch als werkgever heeft, en permanent is tewerkgesteld bij een andere vennootschap van bedoeld concern, met deze vennootschap een vaste verhouding die grotendeels vergelijkbaar is met die welke zou bestaan indien hij rechtstreeks door deze laatste zou zijn aangeworven.

Eenzijds is een dergelijke werknemer immers geïntegreerd in de structuur van deze vennootschap van tewerkstelling en draagt hij bij tot de uitoefening van de economische activiteit van deze laatste.

Anderzijds verleent het permanente karakter van zijn tewerkstelling aan de arbeidsverhouding met bedoelde vennootschap dezelfde duur als die welke voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst met de werkgevervennootschap. De vennootschap van tewerkstelling kan dus voor onbepaalde tijd beschikken over een werknemer die zij kan opleiden volgens haar behoeften. Zij profiteert ook van de ervaring die deze werknemer heeft opgedaan bij het verrichten van zijn werkzaamheden in haar dienst, in voorkomend geval voor de gehele duur van zijn beroepsleven, zoals zij zou kunnen doen indien zij zijn juridische werkgever was.”

⁵⁰ W.H.A.C.M. Bouwens en A.P.P. Witteveen, “Het Albron-arrest: lees maar, er staat niet wat er staat”, *TAP* 2012, p. 10-15.

⁵¹ R.M. Beltzer & I.A. Haanappel, “Het Hof van Justitie en zijn benigna interpretatio van werkgever en werknemer”, *ArA* 2011/1, p. 57-77. Zie over de zaak voorts o.a. J.P.H. Zwemmer, “Het Albron-arrest, de contractuele werkgever versus de niet-contractuele werkgever en de mogelijke gevolgen voor andere uitzendvarianten”, *TRA* 2011, 4 alsmede J.P.H. Zwemmer, “Intra-concern gedetacheerde werknemer gaat van rechtswege mee over indien het concernonderdeel waarbij hij permanent werkzaam, maar niet formeel in dienst is, overgaat in de zin van art. 7:662 BW”, *AR Updates* Commentaar 2010, 20, (<www.arupdates.nl), E. Knipschild en E.C. van Fenema, “Albron: over de vervreemder, de arbeidsbetrekking en de beschermingsgedachte”, *ArbeidsRecht* 2011/1 en R.M. Beltzer & C.L. Waterman, “De zaak Albron/Roest – de Hoge Raad poneert een obscuur libel”, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2013/2, p. 43-48.

Deze redenering kan in feite worden omgeslagen naar hetgeen in de vorige paragraaf is behandeld. Indien de realiteit is dat de intra-concern gedetacheerde werknemer en de inlener zich gedragen als ware er een arbeidsovereenkomst, dient het recht deze realiteit te accommoderen: er is dan een arbeidsovereenkomst. Ondernemersvrijheid gaat niet zo ver dat de bescherming van de werknemer er door in het gedrang mag komen.

Een ander goed voorbeeld waarin ondernemersvrijheid ten aanzien van de groepsstructuur het moest afleggen tegen de bescherming van de werknemer in geval van overgang van onderneming, biedt het door de Hoge Raad gewezen arrest Bos/Pax.⁵² De zaak betreft de informatieverplichting die op de werkgever rust in het licht van overgang van onderneming.⁵³ Bos, 1980 in dienst van Douwe Egberts Tabakmaatschappij, rechtsvoorgangster van Sara Lee/DE International B.V. (verder: SL/DE), werkte bij de afdeling Detrex International Forwarding, waar de logistieke activiteiten van SL/DE waren ondergebracht. Ingevolge een op 25 september 2003 tussen SL/DE en Pax Integrated Logistics B.V. (verder: Pax) gesloten “Raamovereenkomst voor het verlenen van Diensten” werden alle werkzaamheden met betrekking tot de im- en exportdocumentatie, -declaraties, palletbeheer, vervoer et cetera van SL/DE met ingang van 28 september 2003 overgedragen aan Pax – een vennootschap die speciaal daartoe was opgericht. De werknemers, onder wie Bos, die deze werkzaamheden voorheen voor SL/DE verrichtten, werden ondergebracht bij Detrex B.V. (verder: Detrex), een dochteronderneming van SL/DE. Op grond van een tussen Detrex en Pax gesloten detacheringsovereenkomst bleven deze werknemers hun werkzaamheden verrichten. Waar voorheen SL/DE zowel de werkzaamheden als het personeel onder eigen dak hield, werden werkzaamheden en personeel door deze overeenkomst gesplitst. Bijna twee jaar later, in juni 2005, maakte Detrex het besluit kenbaar haar werknemers per 1 januari 2006 te ontslaan, waarna zij per die datum in dienst zouden kunnen treden bij Pax – doch niet tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden.

Bos startte een procedure, maar ving in eerste aanleg bot. Het Hof Leeuwarden oordeelde in appel dat Bos in 2003 – toen de activiteiten en het personeel werden gesplitst in Detrex en Pax - uitdrukkelijk akkoord was gegaan met indiensttreding bij

⁵² HR 26 juni 2009, *JAR* 2009/183.

⁵³ Ook het arrest Rabobank/Allard van Kuijk (HR 26 oktober 2007, *JAR* 2007/285, *NJ* 2008, 504) betreft deze informatieverplichting, maar in deze zaak was geen sprake van intraconcerndetachering.

Detrex. Naar het oordeel van het hof was geen sprake van een overgang van onderneming op 1 januari 2006 (het einde van de arbeidsovereenkomst met Detrex en de liquidatie van die onderneming), nu niet was gesteld of gebleken dat de ondernemingsactiviteiten van Detrex per die datum door Pax waren overgenomen (dat was immers al in 2003 gebeurd). De Hoge Raad oordeelde dat Bos ten tijde van de herstructurering in 2003 niet goed was ingelicht. Van een werknemer die niet op de hoogte is van alle rechtsgevolgen, kan niet gezegd worden dat hij in vrijheid zijn keuze maakt niet langer in dienst van zijn werkgever te blijven. Daar kwam in casu bij dat SL/DE ter uitvoering van de uitbesteding van de facilitaire activiteiten voor een constructie had gekozen die afbreuk deed aan de bescherming die de werknemers aan de artikelen 7:662 e.v. BW konden ontleen. De activiteiten gingen naar Pax, terwijl de werknemers eerst bij Detrex werden ondergebracht (en werden gedetacheerd naar Pax), om vervolgens na drie jaren alsnog een aanbod te krijgen bij Pax in dienst te treden:

“Aldus leek naar de vorm geen sprake van overgang van een onderneming in de zin van art. 7:663. Maar de hiervoor beschreven gang van zaken, in onderlinge samenhang gezien, strekte in feite wel degelijk tot overgang van een onderneming in de zin van die bepaling. De door de werknemers, onder wie Bos, op initiatief van SL/DE gedane afstand van hun dienstbetrekking met laatstgenoemde, met gelijktijdige indiensttreding bij Detrex, is daarin een essentiële schakel.”

Het hof had niet aan het feit dat Bos in 2003 uitdrukkelijk akkoord was gegaan met indiensttreding bij Detrex per 28 september 2003 de conclusie mogen verbinden dat hij niet door de werking van art. 7:663 van rechtswege in dienst was getreden bij Pax. Bos kende immers het alternatief – door middel van de werking van de artikelen 7:662 e.v. BW automatische indiensttreding bij Pax – niet. Uit goed werkgeverschap vloeit in de gegeven omstandigheden voort, aldus de Hoge Raad, dat SL/DE haar werknemers voldoende opening van zaken en duidelijkheid verschaft over de te maken keuzes en volledige voorlichting te geven omtrent hun rechtspositie

“om te waarborgen dat werknemers zoals Bos, die werden geconfronteerd met overgang van de onderneming waarbij zij werkzaam zijn, hun eventuele beslissing om afstand te doen van de hun door art. 7:663 geboden bescherming, volledig geïnformeerd konden nemen (vgl. HR 26 oktober 2007, nr. C 06/118, LJN BA4492). Dit geldt in het onderhavige geval met name ook voor de akkoordverklaring van Bos met het verbreken van het dienstverband met SL/DE en zijn indiensttreding bij Detrex na de

uitbesteding van de activiteiten aan Pax. Aan deze akkoordverklaring moet daarom de eis worden gesteld dat Bos, nadat SL/DE hem de keuze had voorgelegd om bij haar in dienst te blijven, met als rechtsgevolg dat hij door overgang van het desbetreffende onderdeel van de onderneming van SL/DE naar Pax, van rechtswege op het moment van die overgang bij Pax in dienst zou treden, dan wel in dienst te treden bij Detrex, al dan niet onder compenserende voorwaarden, uit vrije wil de arbeidsovereenkomst met SL/DE met ingang van de dag van de overgang zou hebben verbroken, en aldus ondubbelzinnig afstand zou hebben gedaan van de hem door art. 7:663 geboden bescherming.”

Het hof had, door niet te onderzoeken in hoeverre de door Bos gegeven akkoordverklaring aan deze voorwaarden voldeed, blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. Het arrest van het Hof Leeuwarden werd vernietigd en het geding werd verwezen naar het Hof Arnhem. Dat hof oordeelde dat Bos al in 2003 was overgegaan naar Pax ingevolge de artikelen 7:662 e.v. BW.⁵⁴

Uit de behandelde arresten vloeit voort dat intraconcerndetachering haar grenzen kent in geval sprake is van overgang van onderneming: werknemersbescherming mag er niet door worden gefrustreerd. Het Hof van Justitie hanteert een feitelijke toets en introduceert een tot dat moment onbekende juridische term (“niet-contractuele werkgever”) en blaast een andere term (“arbeidsbetrekking”) leven in waarvan eerder werd gemeend dat die geen inhoud had naast de term “arbeidsovereenkomst”, om zo te bewerkstelligen dat het principe van Richtlijn 2001/23 “mens volgt werk” recht te doen. Dat daarmee het uitgangspunt van rechtspersoonlijkheid van alle vennootschappen binnen concerns geweld wordt aangedaan, is een gevolg dat blijkbaar te billijken is vanuit de gedachte dat werknemersbescherming de ondernemersvrijheid, in ieder geval waar het gaat om het plaatsen van personeel binnen het concern, kan beperken. De zaak Bos/Pax laat een vergelijkbare uitkomst zien, al wordt geen inbreuk gemaakt op voornoemd uitgangspunt, maar wordt een informatieverplichting op de werkgever gelegd die inhoudt dat de werknemer op de hoogte is van de rechtsgevolgen van een herstructurering die als overgang van onderneming kan worden gekwalificeerd.

⁵⁴ Hof Arnhem 26 april 2011, *JAR* 2011/170.

Stellingen:

1. *In het huidige stelsel past niet dat de personeels-BV als werkgever wordt beschouwd – noch op grond van art. 7:690 BW, noch op grond van art. 7:610 BW.*
2. *Elke groepsmaatschappij die zich feitelijk heeft gedragen als werkgever (vooral: die werkgeversgezag heeft uitgeoefend) dient voor de toepassing van Titel 10 Boek 7 BW als werkgever te worden beschouwd.*