

Hoofdstuk 3: Intra-concernmobiliteit met contractswissel

F.G. Laagland¹

| | | |
|--------|--|----|
| 1. | Inleiding..... | 2 |
| 2. | Mogelijkheden tot een contractswissel in concernverband | 2 |
| 2.1. | Het beëindigen en aaneensluitend aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst | 2 |
| 2.1.1. | Wilsovereenstemming..... | 2 |
| 2.1.2. | De plicht met een nieuwe arbeidsovereenkomst akkoord te gaan | 5 |
| 2.2. | Contractsovername | 6 |
| 2.3. | Instemming bij voorbaat: mobiliteitsclausules | 8 |
| 2.4. | Overgang van onderneming | 10 |
| 2.4.1. | Toepassing van Richtlijn 2001/23/EG in concernverband | 10 |
| 2.4.2. | Doorstart in faillissement: overgang van onderneming?..... | 11 |
| 2.4.3. | Verzet als maatregel ter voorkoming van misbruik in concernverhoudingen | 13 |
| 3. | Juridische consequenties van een contractswissel | 14 |
| 3.1. | Anciënniteit | 14 |
| 3.2. | Behoud van anciënniteit bij een overgang onder algemene titel..... | 15 |
| 3.3. | Behoud van anciënniteit bij nieuwe arbeidsovereenkomst: opvolgend werkgeverschap ... | 17 |
| 3.3.1. | Wettelijke bepalingen..... | 17 |
| 3.3.2. | Wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden | 18 |
| 3.3.3. | Het al dan niet hebben van inzicht | 20 |
| 3.3.4. | Afwijking bij cao: strijd met Europees recht? | 21 |
| 3.4. | Behoud van anciënniteit bij nieuwe arbeidsovereenkomst: beloning | 22 |
| 4. | Ter afsluiting: vereist het concern een wettelijke basis? | 25 |
| 5. | Stellingen..... | 25 |

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

² HR 27 november 1992, NJ 1993/273, JAR 1992/148 (Volvo/Braam).

1. Inleiding

Een werknemer kan in concernverband met opeenvolgende werkgevers te maken krijgen. Aan een contractswissel kunnen verschillende redenen ten grondslag liggen. Een reden is de flexibele inzet van personeel. In dat geval gaat de werknemer bij zijn nieuwe werkgever vaak op permanente basis andere werkzaamheden verrichten en spreekt men van een overplaatsing. Daarnaast is denkbaar dat de concernleiding besluit de arbeidsovereenkomsten onder te brengen in een zogenoemde personeels-BV. Het formeel werkgeverschap wijzigt, maar de werkzaamheden blijven hetzelfde. Het Nederlandse arbeidsrecht kent geen wettelijke regulering van deze vormen van werknemersmobiliteit tussen verschillende onderdelen van het concern. Men dient gebruik te maken van de algemene verbintenisrechtelijke bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek (BW), zoals het beëindigen en aansluitend aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst of een contractovername. De werknemer krijgt tot slot met een nieuwe werkgever te maken in de situatie van een overgang van onderneming.

In dit deel van het preadvies wordt allereerst nagegaan op welke wijze rechters invulling geven aan de wettelijke mogelijkheden tot intra-concern mobiliteit met contractswissel (par. 2). Welk belang komt toe aan de bijzondere positie van het concern en in hoeverre kunnen werknemers gedwongen worden bij een ander concernonderdeel in dienst te treden? Indien een contractswissel tot stand komt, rijzen vragen naar de juridische consequenties ten aanzien van eerdere dienstverbanden. De vennootschappen in het concern hebben eigen rechten en plichten en worden vanuit het vennootschapsrecht beschouwd als zelfstandige entiteiten. Niet het concern, maar de concernvennootschap treedt op als werkgever. Dit zou strikt genomen betekenen dat geen waarde toekomt aan anciënniteit opgebouwd bij een andere vennootschap. Het arbeidsrecht breekt onder bepaalde omstandigheden met de contractuele benadering. Bekeken wordt welke ruimte het recht biedt om bij de toepassing van arbeidsrechtelijke regels eerdere concernrelaties te betrekken en hoe rechters aan deze ruimte invulling geven (par. 3). Voor zover de regelingen gebaseerd zijn op Europees recht, komt ook de Europese dimensie aan de orde. Ik sluit dit deel van het preadvies af met een antwoord op de vraag in hoeverre is vereist dat het concern een wettelijke basis krijgt in het arbeidsrecht (par. 4).

Dit preadvies verschijnt om en nabij het tijdstip dat de Wet werk en zekerheid (Wwz) wat betreft het ontslagrecht en de ketenregeling in werking treedt. Ik heb er voor gekozen de wetsartikelen zoals die gelden na 1 juli 2015 aan te duiden met 'BW' en de wetsartikelen die op dezelfde datum komen te vervallen met 'BW oud'.

2. Mogelijkheden tot een contractswissel in concernverband

2.1. Het beëindigen en aaneensluitend aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst

2.1.1. Wilsovereenstemming

Een contractswissel in concernverband kan allereerst tot stand komen door een beëindiging van de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst en het aansluitend aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst met een ander concernonderdeel. De vraag of partijen zich jegens elkaar hebben verbonden, wordt beantwoord aan de hand van de artt. 3:33 jo. 3:35 en art. 6:213 jo. 6:217 BW en vereist derhalve aanbod en aanvaarding. Beslissend is dat de contractspartijen zich jegens

elkaar hebben verbonden.² Dat hoeft niet uitdrukkelijk te gebeuren. Verklaringen kunnen in iedere vorm plaatsvinden en ook in één of meer gedragingen besloten liggen (art. 3:37 BW). Van een geruisloze overgang van de arbeidsovereenkomst zal niet snel sprake zijn. Dit volgt uit het arrest van de Hoge Raad inzake *ABNAMro/Malhi*.³ De rechtszekerheid vereist een duidelijk moment waarop partijen (hier: de werknemer en het andere concernonderdeel) zich tot elkaar zijn gaan verhouden als werknemer en werkgever in een arbeidsrelatie. De contractswissel kan daarom niet worden aangenomen op basis van het enkele feit dat de werknemer voor het andere concernonderdeel werkzaamheden gaat verrichten. De werknemer kan immers ook tijdelijk vanuit zijn huidige arbeidsovereenkomst bij het ander concernonderdeel tewerk zijn gesteld.⁴

Doet het andere concernonderdeel de werknemer een aanbod tot een nieuwe arbeidsovereenkomst, dan komen de kaarten anders te liggen. Treedt als gevolg van het expliciet aanbod een wijziging van werkzaamheden op, dan kan de aanvaarding van de werknemer wel blijken uit het feit dat hij onder toezicht en gezag van het andere concernonderdeel de gewijzigde werkzaamheden gaat verrichten, het andere concernonderdeel vanaf dat moment alle werkgeversverplichtingen op zich neemt (zoals functioneringsgesprekken, loonbetaling e.d.) en de werknemer daartegen geen bezwaren richt.⁵ Een stilzwijgende aanvaarding is lastiger te onderbouwen indien het aanbod geen wijziging van werkzaamheden inhoudt. Dit speelt als werknemers een aanbod krijgen in dienst te treden van een personeels-BV vanuit waar de werknemers vervolgens op basis van een detacheringsovereenkomst worden tewerkgesteld bij hun oorspronkelijke werkgever. In deze situatie heeft men echter veelal niet van doen met het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst, maar met de juridische figuur van een contractsovername (zie par. 2.2.).

Bij aanbod en aanvaarding komt tussen de werknemer en het andere concernonderdeel een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand. De idee dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst met het andere concernonderdeel wordt voortgezet en slechts een wijziging ondergaat, onderschrijf ik niet. De arbeidsovereenkomst kent een persoonlijk karakter. De persoon van de werkgever als contractspartij is een dusdanig essentieel element van de arbeidsovereenkomst dat bij een wijziging van de contractspartij de identiteit van de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst verloren gaat.⁶ Van een voorgezette arbeidsovereenkomst kan zonder specifiek wettelijke bepaling geen sprake zijn. Ook niet in concernverband. De situatie is een andere als men de gedachte van het concernwerkgeverschap omarmt. De werknemer heeft dan niet met afzonderlijke vennootschappen maar met het concern een dienstverband. Jacobs deed hiertoe in 1994 een suggestie.⁷ Verburg geeft echter terecht aan dat de opvatting van Jacobs zich niet verhoudt tot ons contractenrecht dat

² HR 27 november 1992, *NJ* 1993/273, *JAR* 1992/148 (*Volvo/Braam*).

³ HR 5 april 2002, *NJ* 2003/124, *JAR* 2002/100 (*ABNAMro/Malhi*).

⁴ Dit was het geval in Gerechtshof Amsterdam 10 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2215. Het beroep van de werknemer op een arbeidsovereenkomst met de vof faalde omdat de werkzaamheden mede ten behoeve van de oorspronkelijke werkgever (de BV) werden verricht.

⁵ Zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht 13 oktober 1998, *JAR* 1998/248 (*Van Oeveren/Albracht*).

⁶ Over de identiteit van de arbeidsovereenkomst meer uitgebreid M. Margadant & P.C. Vas Nunes, 'Ik wou dat ik twee hondjes was', *Arbeidsrecht* 2003/56.

⁷ A.T.M. Jacobs, 'De arbeidsovereenkomst in het NBW' *NJB* 1994, p. 1035-1044, met reacties en naschrift in *NJB* 1994, p. 1424-1426.

beslissend acht dat partijen zich jegens elkaar hebben verbonden.⁸ Uit het enkele feit van groepsgebondenheid valt niet af te leiden dat ook andere vennootschappen in het concern zich jegens de werknemer hebben gebonden.⁹

Men heeft aldus van doen met afzonderlijke arbeidsovereenkomsten. Het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst betekent overigens niet dat oorspronkelijke arbeidsovereenkomst tot een einde komt. Het gaat om twee te onderscheiden processen. Het is denkbaar dat de werknemer in concernverband twee of meer dienstverbanden heeft waaraan invulling wordt gegeven. Ook is mogelijk dat bij het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst tot een lege huls verwordt. In het laatste geval bestaat het risico dat de werknemer op een later moment op basis van zijn oorspronkelijke arbeidsovereenkomst arbeid zal claimen. Om dit risico te voorkomen, dient de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst rechtsgeldig te worden beëindigd. Daartoe kan de werkgever eenzijdig overgaan,¹⁰ maar normaal gesproken geschiedt de beëindiging in overleg met werknemer. De Hoge Raad verlangt voor de instemming van de werknemer een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring.¹¹ Tevens rust op de werkgever een plicht na te gaan of de werknemer daadwerkelijk wil wat hij verklaart en zich bewust is van de juridische consequenties.¹² Uit het aanvaarden van een baan bij een andere werkgever kan geen ondubbelzinnige op het beëindigen van de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst gerichte wilsverklaring worden afgeleid.¹³

Deze rechtspraak geldt ook in concernverhoudingen,¹⁴ maar verdient nuance. De strenge leer van de Hoge Raad vindt haar grondslag in het feit dat de werknemer bij een vrijwillige beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst zijn ontslagbescherming opgeeft. Dat is bij een overplaatsing in concernverband niet steeds het geval. De eis van een ondubbelzinnige verklaring van de werknemer wordt mijns inziens gekleurd door de juridische consequenties van de contractswissel. In het verlengde daarvan strekt de informatieplicht van de oorspronkelijke werkgever verder indien de contractswissel voor de werknemer nadelige juridische consequenties heeft en bijvoorbeeld leidt tot een verlies van anciënniteit (zie hierna par. 3.3. en 3.4.). In het arrest *Kenkhuis/Fugro Engineers* uit 2000 achtte de Hoge Raad voor de beëindiging voldoende dat de nieuwe arbeidsovereenkomst vermeldde dat de werknemer in het vervolg in dienst was bij een ander concernonderdeel waarvoor

⁸ L.G. Verburg, 'Concernwerkgeverschap', in: W. Plessen, H. van Drongelen & F. Hendrickx (red.), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing* (Libor amicorum voor prof. dr. Antoine Jacobs), Zutphen: Paris 2011, p. 248; L.G. Verburg, 'Concernwerkgeverschap', in: L. Timmerman, F.J.P. van den Ingh & S.M. Bartman e.a., *Concernverhoudingen* (Serie vanwege het Van der Heijden instituut), Deventer: Kluwer 2002, p. 53-54.

⁹ G.J.J. Heerma van Voss merkte in zijn oratie 'De ontsluiting van het sociaal recht' uit 1998 terecht op dat het voor de werknemer ook nadelig kon uitpakken dat hij in dienst was van de gehele groep. Zo kan de werknemer eenvoudiger worden tewerkgesteld in andere delen van de groep waartoe hij aanvankelijk meende te behoren. De oratie is opgenomen in C.J. Loonstra & A.R. Houweling, *Het sociaal recht uitgedaagd; een bundel arbeidsrechtelijke oraties 1997-2013*, Den Haag; Boom 2013.

¹⁰ De constatering dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst op het moment een lege huls betreft, is voor een eenzijdige beëindiging niet zonder meer voldoende. Zie Ktr. Hoorn 11 april 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:3042. In deze zaak was de werknemer in het kader van de re-integratie een bepaalde tijdscontract aangegaan met een ander concernonderdeel. De kantonrechter overwoog dat de werknemer belang had bij het voortbestaan van zijn oorspronkelijke arbeidsovereenkomst vanwege de reële kans dat het tijdelijke dienstverband niet zou worden verlengd.

¹¹ HR 25 maart 1994, NJ 1994/390 (*Ritico/Kroes*).

¹² HR 28 mei 1982, NJ 1983/2 (*Coolwijk/Kroes*).

¹³ HR 20 december 2011, RAR 2012/117 (*Van Dorp Installaties Rotterdam BV*) m.nt. Van der Voet in *AR-Updates* 2011-1067.

¹⁴ In gelijke zin Ktr. Utrecht 9 juni 1997, JAR 1997/159 (*Vicorp International Services Nederland BV*).

hij werkzaamheden verrichtte en dat dit dienstverband als een voortzetting van zijn eerdere dienstverband moest worden beschouwd voor zover het de sociale verzekeringen en de pensioenvoorziening betrof.¹⁵

2.1.2. De plicht met een nieuwe arbeidsovereenkomst akkoord te gaan

Vanaf 1 juli 2015 kan de werkgever de arbeidsovereenkomst nog slechts zonder instemming van de werknemer opzeggen indien daarvoor een redelijke grond bestaat en herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn in een passende functie niet te verwachten valt (art. 7:669 lid 1 BW). Dit geldt in situaties dat de werkgever de arbeidsovereenkomst wenst te beëindigen wegens het vervallen van arbeidsplaatsen, het disfunctioneren van de werknemer of langdurige ziekte.¹⁶ De herplaatsingsplicht van art. 7:669 lid 1 BW is naar de letter van de tekst gericht tot de eigen werkgever en de door hem in stand gehouden onderneming(en). Mijns inziens kan niet worden gesteld dat in concernverband altijd moet worden onderzocht of herplaatsing elders in het concern mogelijk is. Dit neemt niet weg dat de werkgever zich onder omstandigheden rekenschap heeft te geven van het feit dat hij onderdeel uitmaakt van een groter geheel.

Ik put hiervoor inspiratie uit de rechtspraak inzake een kennelijk onredelijk ontslag (art. 7:681 BW oud). De rechtspraak biedt een aantal voorbeelden waarin de rechter een ontslag kennelijk onredelijk achtte omdat de werkgever zich niet had ingespannen de werknemer in concernverband te herplaatsen. Dit is het geval bij een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt,¹⁷ maar geldt meer in het algemeen bij een nauwe verwevenheid tussen de verschillende concernonderdelen. In een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden uit 2013 bestond de nauwe verwevenheid uit het feit dat de naam van het concern op het briefpapier stond vermeld, binnen het concern met enige regelmaat bij de uitvoering van opdrachten een uitwisseling van personeel en materiaal plaatsvond en de vennootschappen in financieel opzicht sterk met elkaar waren verbonden.¹⁸ Het Hof 's-Hertogenbosch achtte in een uitspraak uit 2014 doorslaggevend dat de directeur van de werkgever tevens overheersende zeggenschap had in de zustervenootschappen en de zich daarboven bevindende holdingmaatschappij.¹⁹ In beide zaken werd de herplaatsingsplicht van de werkgever uitgebreid tot andere concernonderdelen. Zowel het gevolgencriterium bij kennelijk onredelijk ontslag als de herplaatsingsplicht bij opzegging betreft een nadere invulling van het goedwerkgeverschap ex. art. 7:611 BW. Het ligt daarom voor de hand dat de rechtspraak met betrekking tot het kennelijk onredelijk ontslag relevant blijft met betrekking tot de herplaatsingsplicht van art. 7:669 lid 1 BW.

De nauwe verbondenheid maakt dat de vennootschappen voor de toepassing van de herplaatsingsplicht in feite één onderneming exploiteren. De werkgever zal zonder de instemming van de werknemer niet tot opzegging van de arbeidsovereenkomst kunnen overgaan indien blijkt dat hij niet alle mogelijke middelen heeft ingezet om herplaatsing bij de andere concernvennootschap te

¹⁵ HR 1 december 2000, JAR 2001/12 (*Kenkhuis/Fugro Engineers BV*). In gelijke zin: Ktr. Amsterdam 10 oktober 2002, JAR 2002/266 (*Whick/TIP*).

¹⁶ Een wissel van werkgeverschap speelt niet tijdens de eerste 104 weken ziekte. Gedurende die periode – ook indien de werknemer passende werkzaamheden verricht bij een ander concernonderdeel – treedt in de arbeidsovereenkomst geen wijziging op en blijft de werknemer in dienst bij zijn oorspronkelijke werkgever (art. 7:629 lid 12 BW).

¹⁷ HR 21 mei 2010, JAR 2010/163 (*Hoedjes/Volker Wessels Telecom Installaties BV*); Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH5994 (*Autobedrijf Y BV*).

¹⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 7 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2648 (*A BV*).

¹⁹ Hof 's-Hertogenbosch 11 november 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4662 (*FFK BV*).

realiseren. De uitgebreide herplaatsingsplicht houdt geen resultaatsverbintenis in. Het gaat om een (versterkte) inspanningsverplichting die afhankelijk van de omstandigheden inhoud en invulling krijgt. Immers, de contractspartij is en blijft de eigen werkgever. De andere concernvennootschap kan niet worden gedwongen een contractuele band met de werknemer aan te gaan.²⁰

De uitgebreide herplaatsingsplicht is geen eenrichtingsverkeer en heeft ook consequenties voor de werknemer. Indien de herplaatsing vorm krijgt op basis van een detacheringsovereenkomst verandert er juridisch niet veel. De werknemer blijft bij zijn oorspronkelijke werkgever in dienst en verricht vanuit dat dienstverband werkzaamheden bij het andere concernonderdeel (zie over dit onderwerp hoofdstuk 2 van dit preadvies). Het is echter ook denkbaar dat de werknemer een aanbod krijgt om bij het andere concernonderdeel in dienst te treden. Zonder mobiliteitsclausule (zie par. 2.3.) is de werknemer niet gehouden dit aanbod te aanvaarden. Dat de werknemer in dienst is bij een werkgever die onderdeel uitmaakt van een concern, betekent niet dat de werknemer zich verplicht om – in het kader van de herplaatsingsplicht van zijn eigen werkgever – met een ander concernonderdeel een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Dat komt in strijd zijn met zijn grondrecht op een vrije arbeidskeuze (art. 19 lid 3 Gw). De rechtspraak inzake een wijziging van de arbeidsovereenkomst biedt geen uitkomst, omdat – zoals ik in par. 2.1.1. stelde – sprake is van een nieuwe en niet van een voortgezette arbeidsovereenkomst.

De weigering van het aanbod kan de werknemer wel duur komen te staan. De herplaatsingsplicht staat niet aan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst in weg indien herplaatsing niet in de rede ligt. Aan dit vereiste is mijns inziens voldaan op het moment dat de werknemer een aanbod tot het verrichten van passende arbeid in dienst van een ander concernonderdeel afwijst.²¹ De werkgever kan dan aldus tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst komen, mits uiteraard een redelijke grond bestaat. De Hoge Raad overwoog in 2010 dat het afwijzen van een aanbod voor een functie elders in het concern moet worden meegewogen bij de beoordeling of het ontslag kennelijk onredelijk is.²² Het is de vraag of deze rechtspraak onder de WWZ haar nut behoudt. De werknemer verliest zijn recht op een transitievergoeding slechts bij ernstig verwijtbaar handelen (art. 7:673 lid 7 (c) BW). Ik meen dat het afwijzen van een aanbod tot het verrichten van passende arbeid in dienst van een ander concernonderdeel daar niet onder te scharen valt. Wel brengt de werknemer met de weigering zijn WW-rechten in het gevaar. De werknemer heeft op grond van art. 24 lid 1 (b) sub 2 WW de plicht een aanbod tot passende arbeid te aanvaarden. Schendt hij deze plicht, dan weigert het UWV de WW-uitkering geheel of gedeeltelijk (art. 27 lid 2 WW).

2.2. Contractsovername

Ook een contractsovername op grond van art. 6:159 BW heeft tot gevolg dat de werknemer met een andere werkgever te maken krijgt. Het gaat om een driepartijen overeenkomst tussen overdrager, overnemer en wederpartij. De mogelijkheid tot een contractsovername in het arbeidsrecht is door de Hoge Raad bevestigd in 2012.²³ Een contractsovername komt er in feite op neer dat de werkgever de

²⁰ In gelijke zin Verburg (2011) t.a.p., p. 251.

²¹ Weigert de werknemer bij het andere concernonderdeel in dienst te treden maar is hij wel bereid de werkzaamheden te verrichten op basis van een detacheringsovereenkomst, dan moet de werkgever met goede argumenten komen om het aanbod van de werknemer te kunnen passeren.

²² HR 3 september 2010, JAR 2010/250 (Staned/Hille).

²³ HR 10 februari 2012, JAR 2012/72 (Holland Wapeningsstaal Oost BV). De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.5. dat de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting op de opvolgend werkgever zou zijn overgegaan indien voldaan zou zijn aan de vereisten van de juridische figuur van contractsovername. In de betreffende zaak was gesteld noch gebleken dat een zodanige overneming had plaatsgevonden..

arbeidsovereenkomst via een akte aan een andere concernvennootschap overdraagt. Anders dan bij de hiervoor besproken contractswissel op basis van aanbod en aanvaarding, bepaalt de wet thans expliciet dat het gaat om een voortgezette arbeidsovereenkomst.

De juridische figuur van een contractsovername is in het toepassingsbereik beperkt. Een contractsovername leidt tot een overgang van de overeenkomst onder algemene titel. Met andere woorden: *alle* rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst gaan van rechtswege over op de nieuwe werkgever. Dat geldt ook voor de functie. De overeengekomen functie is een kernelement van de arbeidsovereenkomst. Bij een overplaatsing met wijziging van functie komt men aldus niet toe aan de juridische figuur van contractsovername. Een contractsovername in het arbeidsrecht is slechts mogelijk bij een wijziging van het formeel werkgeverschap omdat in dat geval de werkzaamheden hetzelfde blijven.

De contractsovername vereist een schriftelijk document waarin overdrager (oorspronkelijke werkgever) en overnemer (nieuwe werkgever) de overname van de arbeidsovereenkomst vastleggen. Daarnaast dient de werknemer met de contractsovername in te stemmen. De wet stelt aan zijn medewerking geen nadere voorwaarden. Mijns inziens hoeft een expliciete instemming niet uitdrukkelijk en ondubbelzinnig te zijn. Aansluiting bij de hiervoor in par. 2.1.1. besproken jurisprudentie inzake de vrijwillige beëindiging van de arbeidsovereenkomst ligt niet in de rede.²⁴ De werknemer geeft met zijn instemming geen ontslagbescherming op. De rechten en plichten uit zijn oorspronkelijke arbeidsovereenkomst gaan bij een contractsovername van rechtswege over op de nieuwe werkgever (zie uitgebreid par. 3.2.).

De vraag rijst of de instemming tevens stilzwijgend kan geschieden. In een zaak die leidde tot een uitspraak van de kantonrechter Zaandam van 12 mei 2011 besloot de concernleiding het personeel onder te brengen in twee personeelsvennootschappen.²⁵ De werknemers werden per brief van de wijziging van hun werkgever op de hoogte gebracht. De kantonrechter nam aan dat de werknemer stilzwijgend met de contractsovername had ingestemd nu hij daartegen nooit had geprotesteerd en jarenlang loonstroken en pensioenoverzichten had ontvangen waarop de overnemende partij als werkgever werd genoemd. De kantonrechter hechtte waarde aan het feit dat de contractsovername niet meer dan een formele herlocatie betrof waarbij de materiële band met het concern werd gehandhaafd. Begrijp ik het goed, dan meent de kantonrechter dat voor een stilzwijgende medewerking geen zware eisen gelden omdat 'slechts' het formeel werkgeverschap wijzigt. Ik sta hier kritisch tegenover. Bij een wijziging van het formeel werkgeverschap verandert er voor de werknemers op het eerste gezicht niets. De gevolgen van de contractsovername worden hun pas duidelijk op het moment dat de nieuwe werkgever besluit te reorganiseren of failliet gaat. Op de oorspronkelijke werkgever rust de plicht de werknemer volledige voorlichting te geven over het feit dat zij na de overname nog slechts de nieuwe werkgever kunnen aanspreken op verplichtingen uit hun arbeidsovereenkomst (art. 7:611 BW). In het verlengde daarvan moet niet te snel worden aangenomen dat de werknemer stilzwijgend - door niets te doen - aan de contractsovername zijn medewerking verleent.

De informatieplicht geldt ook bij een expliciete instemming. Dit maak ik op uit het arrest *Bos/Pax* van de Hoge Raad uit 2009.²⁶ In deze zaak had de werknemer schriftelijk ingestemd met een contractswissel in concernverband. De Hoge Raad oordeelde dat aan de uitdrukkelijke instemming geen waarde toekwam omdat de werknemer onvoldoende was geïnformeerd over zijn

²⁴ Anders E.M. Hoogeveen, 'De inlener en het werkgeverschap', *ArA* 2007/3, p. 30 (noot 87).

²⁵ Ktr. Zaandam 12 mei 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ4250 (*Pontmeyer NV en BV*).

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

rechtspositie.²⁷ Hoewel de casus een overgang van onderneming betrof en de Hoge Raad zijn oordeel baseerde op de aan Richtlijn 2001/23/EG gelieerde beschermingsgedachte, geldt de beschermingsgedachte als één van de kenmerkende grondslagen van het arbeidsovereenkomstenrecht. Ik acht daarom verdedigbaar dat art. 7:611 BW ook bij een contractsovername buiten een overgang van onderneming op de werkgever de plicht legt de werknemer op de hoogte te stellen van de keuzes die hij heeft en de juridische consequenties van de contractsovername. Verzwijgt de oorspronkelijke werkgever deze informatie, dan loopt hij het risico dat de medewerking van de werknemer niet rechtsgeldig is en/of de oorspronkelijke werkgever aansprakelijk is voor eventueel geleden schade (zie over het laatste hoofdstuk 4 van dit preadvies).

De werknemer komt als contractspartij tevens een beroep toe op dwaling (art. 6:228 BW).²⁸ Interessant is de vraag of de werknemer na 1 juli 2015 met een beroep op de bedenkttermijn van art. 7:671 lid 2 dan wel art. 7:670b lid 2 BW zijn medewerking aan de contractsovername binnen twee (soms drie) weken kan herroepen. Voordeel van de bedenkttermijn ten opzichte van dwaling is dat de werknemer niet hoeft te bewijzen dat hij (i) niet op de hoogte was van de situatie bij de verkrijger en (ii) bij een juiste voorstelling van zaken zijn medewerking niet zou hebben verleend. Een rechtsgeldige herroeping van zijn instemming tijdens de bedenkttermijn behoeft geen reden. Betoogd kan worden dat het verlenen van medewerking aan een contractsovername feitelijk neerkomt op het instemmen met de opzegging van de arbeidsovereenkomst dan wel het instemmen met een beëindigingsovereenkomst. Hoewel tussen de rechtsvormen overeenkomsten bestaan, meen ik dat de vergelijking desondanks niet opgaat. Doorslaggevend acht ik het feit dat de wetgever de bedenkttermijn heeft ingevoerd vanuit de gedachte dat de werknemer met de instemming zijn ontslagbescherming opgeeft.²⁹ Zoals gezegd, komt een contractsovername neer op een voortzetting van de arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarden. Een analoge toepassing van art. 7:671 lid 2 dan wel art. 7:670b lid 2 BW ligt daarom niet voor de hand.

2.3. Instemming bij voorbaat: mobiliteitsclausules

De medewerking aan een contractsovername kan bij voorbaat geschieden (art. 6:156 BW). Kent de arbeidsovereenkomst een clause waarin de werknemer zich akkoord verklaart met een mogelijke contractswissel in de toekomst, dan is een akte tussen de overdragende en overnemende partij voldoende om de contractsovername tot stand te brengen. De huidige werkgever kan in dat geval met een ander concernonderdeel overeenkomen dat de medewerker bij het andere concernonderdeel in dienst zal zijn vanaf een bepaalde datum. Het algemeen verbintenissenrecht acht een contractsovername op basis van een instemming bij voorbaat toegestaan en maakt geen onderscheid naar het soort overeenkomst dat wordt overgedragen. Aan de arbeidsovereenkomst en de beschermingsgedachte die aan het arbeidsrecht ten grondslag ligt, komt aldus geen bijzondere betekenis toe. Althans zo lijkt het.

In het arbeidsrecht is de instemming bij voorbaat doorgaans gegoten in de vorm van een mobiliteitsclausule. Mobiliteitsclausules hebben het oog op een flexibele inzet van (hoger

²⁷ De werknemer was als gevolg van het schenden van de informatieplicht op grond van art. 7:663 BW alsnog van rechtswege in dienst getreden bij de verkrijger.

²⁸ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 308. Voor dwaling moet de werknemer bewijzen dat de werkgever heeft verzuimd informatie te verschaffen die hem ertoe zou hebben gebracht zijn medewerking niet te verlenen. Bij een succesvol beroep op dwaling vernietigt de werknemer zijn instemming en komt de contractsovername met terugwerkende kracht niet tot stand.

²⁹ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 27.

gekwalificeerd) personeel en bestaan in verschillende maten en vormen.³⁰ Voor dit deel van het preadvies is relevant de mobiliteitsclausule die vermeldt dat de werknemer zich bereid verklaart in de toekomst een dienstverband te aanvaarden bij een ander concernonderdeel.³¹ Dan treedt een wisseling van werkgeverschap op. De mobiliteitsclausule heeft doorgaans het oog op een nieuwe functie op een andere locatie. De juridische figuur van de contractsovername is daarom niet bruikbaar. Zoals gezegd, leidt een contractsovername tot een overgang van de arbeidsovereenkomst onder algemene titel. Ook de functie gaat van rechtswege over. Bij een overplaatsing op basis van de hiervoor beschreven mobiliteitsclausule wijzigt de functie en kan van een contractsovername aldus geen sprake kan zijn. De mobiliteitsclausule is evenmin een wijzigingsbeding ex. art. 7:613 BW. Een wijzigingsbeding wijzigt de voorwaarden tussen twee partijen, terwijl de arbeidsovereenkomst tussen deze partijen blijft bestaan. Dat is hier niet het geval. Naast de functie wijzigt ook de werkgever als contractspartij. Men heeft na de overplaatsing te maken met een nieuwe opvolgende arbeidsovereenkomst in concernverband (zie par. 2.1.1.).

Wat is de mobiliteitsclausule dan wel? Het gaat mijns inziens om een inspanningsverplichting van de werknemer om in de toekomst op verzoek van zijn werkgever mee te werken aan een beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst en het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst met een ander concernonderdeel. Deze kwalificatie neemt niet weg dat de werknemer in beginsel gehouden is aan de contractswissel zijn medewerking te verlenen.³² Hem komt geen beroep toe op dwaling. De omstandigheden die de werknemer doen besluiten niet mee te willen werken, doen zich voorop een later tijdstip dan het moment van instemmen en kunnen daarom niet gelden als omstandigheid ten aanzien waarvan de werknemer bij het verlenen van zijn instemming heeft gedwaald. Hetzelfde geldt voor een beroep op de wilsgebreken (art. 3:40 BW).

Wel is de werkgever bij het invoeren van de mobiliteitsclausule verplicht zich als goed werkgever te gedragen. De schriftelijke afspraak tussen partijen is evenwel niet eenvoudig opzij te zetten. Art. 7:611 BW is een nadere concretisering van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW, zodat de tussen partijen geldende mobiliteitsclausule slechts buiten toepassing blijft zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Dat vergt een terughoudende toetsing. Dezelfde toetsingsmaatstaf leest men terug in art. 6:258 BW welke bepaling de rechter de mogelijkheid biedt de mobiliteitsclausule buiten toepassing te stellen wegens onvoorziene omstandigheden.³³ Aan welke omstandigheden kan men denken? Indien de contractswissel de werknemer verplicht op een andere locatie te gaan werken, kunnen bijzondere omstandigheden gelegen zijn in een verandering van de persoonlijke omstandigheden van de

³⁰ De mobiliteitsclausule kan bijvoorbeeld ook inhouden dat de werknemer zich bereid verklaart arbeid te aanvaarden bij een ander concernonderdeel. Aan de mobiliteitsclausule wordt invulling gegeven door de werknemer vanuit zijn huidige dienstverband bij een ander concernonderdeel te werk te stellen (intra-concerndetachering). Er vindt aldus geen wisseling van werkgeverschap plaats. Om die reden blijft dit soort mobiliteitsclausules buiten beschouwing.

³¹ Dergelijke bepalingen geven geen uitlegproblemen ten aanzien van de vraag wie de werkgever is. Zie over het thema ook L.G. Verburg, 'Het werkgeverschap in concernverband: transparantie gezocht', *Arbeidsrecht* 2001/5.

³² Weigert de werknemer zijn medewerking zonder gegronde reden, dan valt niet uit te sluiten dat de oorspronkelijke werkgever een beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan realiseren op grond van verwijtbaar handelen (art. 7:669 lid 3 (e) BW). De werknemer komt immers één van zijn verplichtingen uit de tussen partijen geldende arbeidsovereenkomst niet na.

³³ Art. 6:258 BW geldt als een *lex specialis* van art. 6:248 lid 2 BW en de rechter zal bij de toepassing dezelfde terughoudendheid moeten betrachten als uit de bewoordingen van art. 6:248 lid 2 BW (onaanvaardbaarheid) in het algemeen voortvloeit.

werknemer (denk aan medische redenen, schoolgaande kinderen e.d.). Van de werknemer kan evenmin worden verwacht dat hij naar de andere kant van het land of zelfs naar het buitenland verhuist, indien die optie hem bij ondertekening van de arbeidsovereenkomst (en de daarin opgenomen mobiliteitsclausule) nooit is voorgehouden.

2.4. Overgang van onderneming

2.4.1. *Toepassing van Richtlijn 2001/23/EG in concernverband*

Bij een overgang van onderneming in de zin van Richtlijn 2001/23/EG³⁴ treedt een verandering op in de juridische entiteit van de ondernemer die de onderneming in stand houdt. Ook bij een overgang van onderneming krijgt de werknemer aldus te maken met een andere werkgever. Een overgang van onderneming kan in concernverband verschillende verschijningsvormen aannemen. Herstructureringen vinden plaats onder meer via juridische fusies en splitsingen. Ook kan worden gedacht aan het overhevelen van bedrijfsonderdelen (activa-passiva-transacties). De verkoop valt binnen de werkingsfeer van Richtlijn 2001/23/EG indien een onderneming onderwerp is van de transactie en het niet slechts gaat om losse activa en passiva. De in- of outsourcing van diensten kan eveneens leiden tot toepassing van Richtlijn 2001/23/EG. Dat speelt bijvoorbeeld indien de concernleiding besluit het onderhoud van het IT-netwerk of de schoonmaakwerkzaamheden bij een specifieke concernvennootschap onder te brengen. Wel vereist Richtlijn 2001/23/EG dat reeds ten tijde van de overgang een autonome economische eenheid bestaat.³⁵ Aan dit vereiste is niet voldaan indien losse onderdelen uit verschillende concernonderdelen worden ondergebracht in een reeds bestaande of nieuw opgerichte vennootschap of als het over te dragen onderdeel geen functionele autonomie kent omdat het bijvoorbeeld het werk onvoldoende zelf kan organiseren.

Kenmerkend aan een concernverband is dat de concernvennootschappen onder centrale leiding organisatorisch met elkaar zijn verbonden (art. 2:24b BW). De beslissing tot herstructurering wordt feitelijk (voor)genomen op holdingniveau en zowel de vervreemder als de verkrijger maakt onderdeel uit van hetzelfde organisatorische verband en hebben (in)direct dezelfde eigenaar. Deze aspecten staan niet aan een overgang van onderneming in de weg. Uit Richtlijn 2001/23/EG blijkt nergens dat de werkingsfeer is beperkt tot situaties waarin de vervreemder en verkrijger onafhankelijk van elkaar zijn. In tegendeel, Richtlijn 2001/23/EG sluit in artikel 2 aan bij de ondernemer als rechtspersoon die ten opzichte van de werknemer als werkgever optreedt.³⁶ Het concern wordt niet als ondernemer in de zin van Richtlijn 2001/23/EG aangemerkt. Het Hof van Justitie beschouwde in het arrest *Allen* uit 1999 twee dochtervennootschappen van dezelfde groep als twee afzonderlijke juridische entiteiten (ondernemers) die ten opzichte van hun werknemers eigen verplichtingen

³⁴ Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 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 of vestigingen, *PbEG* 2001, L 82/16

³⁵ HvJEU 6 maart 2014, *JAR* 2014/104 m.nt. Beltzer (*Amatori/Telecom Italia*). Het staat lidstaten vrij de werknemers niettemin te beschermen in een situatie dat voor de overgang geen autonome economische eenheid bestaat. Dat volgt uit art. 8 Richtlijn 2001/23/EG. Nederland heeft van deze bevoegdheid geen gebruik gemaakt.

³⁶ Het Hof bezigt de begrippen ondernemer en werkgever door elkaar, zie HvJEU 21 oktober 2010, *JAR* 2010/298 (*Albron/FNV Bondgenoten & Roest*), punt 21.

hadden.³⁷ Het Hof bevestigde dit standpunt in het arrest *Amatori/Telecom Italia* uit 2014 met betrekking tot een overgang tussen een moeder- en dochtervennootschap.³⁸

Voor de beoordeling of sprake is van een overgang van onderneming is het concernverband als zodanig evenmin relevant. Een overgang van onderneming vereist dat de overgang het oog heeft op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit van een economische eenheid die haar identiteit behoudt (artikel 1 (b) Richtlijn). Bepalend is dat de *onderneming* haar identiteit behoudt; dat de eigenaar hetzelfde blijft doet niet ter zake. Het concernverband kan wel indirect op de beoordeling van invloed zijn. Voor het concern is een zekere mate van centrale leiding onontbeerlijk. De centrale leiding kan er bijvoorbeeld toe leiden dat de presentatie van de onderneming hetzelfde blijft, hetgeen een aanwijzing is voor identiteitsbehoud. Ik sluit bovendien niet uit dat de omstandigheid dat zowel de vervreemder als de verkrijger (in)direct dezelfde eigenaar heeft een reden kan zijn eerder een overgang van onderneming aan te nemen. Bij een overgang van moeder naar dochter of tussen twee zustervennootschappen kan de moeder door haar beslissende invloed op het gedrag en beleid van de dochter(s) immers een overgang bewerkstelligen zonder noemenswaardige medewerking van de dochter(s). Het moet worden voorkomen dat de moeder het tot op zekere hoogte in de hand heeft of al dan niet een overgang van onderneming plaatsvindt. Het is niet wenselijk aan concerns hierbij een voordeel te verschaffen.

2.4.2. Doorstart in faillissement: overgang van onderneming?

De herstructurering kan vorm krijgen via een in concernverband gerealiseerde doorstart in faillissement. De constructie komt er in de kern op neer dat de door de faillierde concernvennootschap gedreven onderneming 'going concern' wordt overgenomen door een andere groepsmaatschappij. Het Hof van Justitie heeft in het arrest *Abels* de toepassing van Richtlijn 2001/23/EG uitgesloten voor faillissementsprocedures.³⁹ De overweging uit het arrest is gecodificeerd in art. 5 Richtlijn 2001/23/EG en door Nederland in 2002 geïmplementeerd in art. 7:666 BW. De uitsluiting heeft tot gevolg dat de doorstarter niet verplicht is het aan de onderneming verbonden personeel over te nemen. De doorstarter kan met het personeel dat hij een contract aanbiedt vrijelijk onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden. Deze regel geldt ook bij een doorstart in concernverband.

In de literatuur is discussie ontstaan over het bereik van art. 7:666 BW in het kader van een doorstart in faillissement.⁴⁰ De discussie richt zich op de vraag of het doel van de faillissementsprocedure bij een doorstart nog wel is gericht op liquidatie van het vermogen en op een voortzetting daarvan. De discussie ontstond naar aanleiding van de pre-pack (de doorstart die onder leiding van de beoogd curator voorafgaand aan het faillissement is voorbereid), maar geldt net

³⁷ HvJEG 2 december 1999, NJ 2000/252, JAR 2000/31 (*Allen*).

³⁸ HvJEU 6 maart 2014, JAR 2014/104 m.nt. Beltzer (*Amatori/Telecom Italia*).

³⁹ HvJEG 7 februari 1985, NJ 1985/900 m.nt. PAS (*Abels*).

⁴⁰ G.J.J. Heerma van Voss vroeg reeds in zijn oratie uit 1998 aandacht voor het onderwerp (zie noot 9). Recent is de discussie (opnieuw) opgelaaid. Zie R.M. Beltzer, 'Continuïteit van ondernemingen en pre-pack – hoe een idee een Europese richtlijn mist', *O&F* 2015/01; R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen', *FIP* 2014/8 (special), p. 21-25; L.G. Verburg, 'De doorstart in faillissement en het debiet van '662'', *FIP* 2014/8 (special), p. 26-31; P. Hufman & I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', *TAP* 2014/98; F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisaties en pre-pack', in: D. Busch, A.J.A.D. van den Hurk & F.E. Keijzer e.a., *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod* (preadvis van de Vereniging 'Handelsrecht'), Zutphen: Paris 2014, p. 13-65; F.M.J. Verstijlen, 'Pre-packing in the Netherlands, de beoogde "beoogd" curator', *NJB* 2014/803.

zo goed voor een reguliere doorstart. Haast iedere doorstart is voorafgaand aan het faillissement voorbereid en de doorstart vindt altijd plaats na faillietverklaring.⁴¹ De meeste auteurs menen dat art. 7:666 BW geen dode letter mag worden bij de doorstart in faillissement.⁴² Deze benadering onderschrijf ik. Als een onderneming kan worden gered waarbij een deel van de werkgelegenheid behouden blijft, is dat een niet te verwaarlozen maatschappelijk en economisch belang. Het toepassen van Richtlijn 2001/23/EG op een doorstart in faillissement zal potentiële kopers ervan weerhouden de onderneming over te nemen.

Echter, in concernverband zijn de aandeelhouders van de failliete onderneming en de doorstarter vaak dezelfde. Dan is oplettendheid vereist. Er moet voor worden gewaakt dat het concern de doorstart gebruikt ter omzeiling van werknemersbescherming. Ik zie de oplossing evenwel niet in het alsnog van toepassing verklaren van Richtlijn 2001/23/EG. Het Hof van Justitie gaat in het arrest *Abels* uit van een formele benadering en sluit voor de toepassing van art. 7:666 BW aan bij het doel van de procedure.⁴³ Het doel moet gericht zijn op liquidatie. De Nederlandse faillissementsprocedure is gericht op een liquidatie van het vermogen en het met elkaar in evenwicht brengen van de belangen van verschillende categorieën schuldeisers. De curator is door een onafhankelijke gerechtelijke instantie aangesteld en de curator bepaalt hoe de belangen van de gezamenlijke schuldeisers het beste kan dienen. Het realiseren van een doorstart – bijvoorbeeld in concernverband – is een van de middelen die het faillissementsrecht hem biedt (art. 98 Fw). Bovendien geeft Richtlijn 2001/23/EG voor het tegengaan van misbruiksituaties een andere oplossing. De Europese wetgever heeft in art. 5 lid 4 Richtlijn 2001/23/EG de lidstaten opgedragen maatregelen te treffen om misbruik van faillissementsprocedures te voorkomen (zie hierna par. 2.4.3.). Met deze benadering is in strijd bij misbruiksituaties in concernverband Richtlijn 2001/23/EG van toepassing te verklaren.⁴⁴

Van het bovenstaande moet worden onderscheiden de uitspraak van de kantonrechter Leeuwarden uit 2014.⁴⁵ In de casus die aan deze uitspraak ten grondslag ligt, weigerde de curator de werknemers te ontslaan en mee te werken aan een doorstart in concernverband. Dat de onderneming

⁴¹ Een verschil is wel dat men zich bij een pre-pack kan afvragen of de beoogd curator in staat is te beoordelen of een optimale prijs voor de onderneming tot stand is gekomen. Het faillissement is ten tijde van de heimelijke onderhandelingen met de overnemende partij nog niet uitgesproken zodat andere partijen geen kans krijgen tot het doen van een bod. Dit nadeel kan worden ondervangen door in de koopakte op te nemen dat de overeenkomst wordt ontbonden indien de curator binnen een bepaalde – niet te lange – periode na bekendmaking van het faillissement een beter bod voor de onderneming ontvangt.

⁴² R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen', *FIP* 2014/8 (special), p. 21-25; L.G. Verburg, 'De doorstart in faillissement en het debiet van '662'', *FIP* 2014/8 (special), p. 26-31. Beide auteurs waarschuwen voor misbruiksituaties bij een doorstart in faillissement, maar zoeken de oplossing op een ander vlak. Beltzer pleit voor toepassing van art. 7:662 e.v. BW, terwijl Verburg aanknopingspunten vindt in het faillissementsrecht. Zie ook S.S.M. Peters in haar annotatie bij Ktr. Leeuwarden 22 augustus 2014 in *AR-Updates* 2014/822.

⁴³ HvJEG 7 februari 1985, *NJ* 1985/900 (*Abels*). In latere procedures heeft het Hof van Justitie belang toegedicht aan het doel dat met de procedure wordt nagestreefd (de feitelijke situatie), maar dat ging steeds om situaties waar het formele doel van de procedure niet duidelijk was. Zie HvJEG 25 juli 1991, *NJ* 1994/168 (*D'Urso*); HvJEG 7 december 1995, *NJ* 1996/743 (*Spano/Fiat*); HvJEG 12 maart 1998, *JAR* 1998/100 (*Dethier/Dassy*).

⁴⁴ Er lopen op dit moment – voor zover mij bekend – twee gerechtelijke procedures (tegen Smallsteps en Heiploeg) waarin de vraag centraal staat of een pre-pack te beschouwen valt als een overgang van onderneming. Het Scheidsgerecht Gezondheidszorg 25 februari 2015, *AR-Updates* 2015-0274 is van oordeel dat art. 7:666 BW ook geldt bij een pre-pack.

⁴⁵ Ktr. Leeuwarden 22 augustus 2014, *JAR* 2014/234 m.nt. Hufman, *JOR* 2014/315 m.nt. Hummelen, *AR-Updates* 2014/822 m.nt. S.S.M. Peters (*Jan de Roos/Transport Lemmer*).

desondanks werd voortgezet door een ander concernonderdeel doet vermoeden dat de onderneming al voor de faillissementssituatie was overgaan. In faillissement is een verkoop van de onderneming immers niet mogelijk zonder medewerking van de curator; hij beheert het vermogen. De activa kwamen reeds voor het faillissement in handen van de overnemende partij en de onderneming is nooit onderdeel van de boedel geweest. De uitzondering voor faillissementssituaties (art. 7:666 BW) ging aldus niet op en de kantonrechter concludeerde tot een overgang van onderneming. De kantonrechter Delft hanteerde in 2010 een gelijke rededering.⁴⁶

Ook de Hoge Raad volgt deze lijn in een alweer wat ouder arrest uit 1987.⁴⁷ In deze casus had eveneens een overdracht van activa plaatsgevonden voorafgaand aan het faillissement. Anders dan bij de kantonrechter Leeuwarden werd slechts een deel van de onderneming voor het faillissement overgedragen. De Hoge Raad overwoog dat de overname van een deel van de onderneming niet betekent dat het deel dat na het faillissement overgaat, wordt meegezogen in het kader van art. 7:662 BW. Met andere woorden: of sprake was van een overgang van onderneming moest worden beoordeeld op basis van de activa die voorafgaand aan het faillissement waren verkocht. Nu het zwaartepunt van de onderneming in faillissement was verkocht, was ten aanzien van de verkoop vooraf geen sprake van een transactie die viel binnen het bereik van Richtlijn 2001/23/EG.

2.4.3. Verzet als maatregel ter voorkoming van misbruik in concernverhoudingen

De vorige paragraaf maakt duidelijk dat een doorstart in faillissement geen overgang van onderneming bewerkstelligt, ook niet in concernverband. De werknemers (maar ook vakbonden en ondernemingsraden) hebben wel de mogelijkheid tegen het faillissement in verzet te komen. Bij misbruik van bevoegdheid vernietigt de rechter het faillissement op grond van art. 13a Fw en kunnen de werknemers de vernietiging van de opzegging invoeren. Bij een doorstart treden de regels van art. 7:662 e.v. dan alsnog in werking en zijn de werknemers van rechtswege bij de doorstarter in dienst getreden. Aan de vereisten van art. 7:666 BW is immers niet voldaan en de verkoop van de onderneming door de curator blijft uit hoofde van art. 13 Fw in stand.⁴⁸

Interessant is de vraag of de procedure van verzet aan werknemers een afdoende maatregel biedt op te komen tegen een concern dat de faillissementsprocedure gebruikt om onder de toepassing van Richtlijn 2001/23/EG uit te komen. Het is de werknemer die moet bewijzen dat het faillissement hoofdzakelijk is gebruikt teneinde werknemersbescherming te omzeilen.⁴⁹ Aan het bewijs worden hoge eisen gesteld. Het aanvragen van het eigen faillissement terwijl tussen de aandeelhouders en/of bestuurders van de failliete onderneming en de overnemende partij nauwe banden bestaan, is onvoldoende voor misbruik van bevoegdheid.⁵⁰ Bijkomende omstandigheden zijn vereist, zoals het feit dat eerder tevergeefs is getracht werknemers te ontslaan.⁵¹ Het is daarnaast onduidelijk of misbruik van bevoegdheid vanwege het omzeilen van de werknemersbescherming

⁴⁶ Ktr. Delft 19 augustus 2010, *JAR* 2010/239 (*Quality Trans B.V.*).

⁴⁷ HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988/191 m.nt. PAS (*Happe/Scheepstra*).

⁴⁸ Ook de wetgever gaat hiervan uit. *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 17 en *Kamerstukken I* 2001/02, 27 469, nr. 163, p. 9. Kritisch hierover E. Loesberg, 'Faillissementstrends (2); een reactie', *Arbeidsrecht* 2002/56.

⁴⁹ Zie over misbruik van faillissementsrecht vanuit een arbeidsrechtelijk perspectief: J. van der Pijl, 'Misbruik van faillissementsrecht – over gedupeerde werknemers en glad ijs', *FIP* 2014/8 (special), p. 41-45; P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 137-174; H. Biesheuvel, 'Misbruik van faillissementsrecht vanuit een arbeidsrechtelijk perspectief', *FIP* 2010/4, p. 114-119; G.W. van der Voet, *Misbruik van faillissementsrecht bij overgang van onderneming*, Rotterdam: Erasmus Centre for Labour law and Industrial Relations, 2000/6.

⁵⁰ Hof Amsterdam 11 september 2007, *JOR* 2007/315 (*Ballast Nedam Bouw*).

⁵¹ HR 28 mei 2004, *JAR* 2004/166 (*Digicolor*).

mogelijk is indien de vennootschap in een financiële toestand verkeert die een faillissement rechtvaardigt (dus een reële en geen geregisseerde betalingsonmacht). De rechtspraak is wisselend.⁵² Ik zou menen dat zeker in concernverhoudingen ook bij een reële betalingsonmacht misbruik van bevoegdheid mogelijk moet zijn. Zou het anders zijn, dan kan de moeder aan de dochter vermogen onttrekken en via die weg eenvoudig construeren dat men niet toekomt aan misbruik van bevoegdheid.⁵³ Een dergelijke uitleg berooft art. 13a Fw van zijn effectieve werking en komt in strijd met art. 5 lid 4 Richtlijn 2001/23/EG.⁵⁴

De bewijslast die op de werknemers rust is hoog. Zij zien zich voor een lastige taak gesteld om te bewijzen dat het faillissement feitelijk is gebruikt om de onderneming te reorganiseren. Werknemers worden in de rechtspraak behandeld als reguliere schuldeisers. Dat verbaast. Naar mijn mening dient bij toepassing van art. 13a Fw aandacht toe te komen aan de bijzondere aspecten van de arbeidsrelatie en de ondergeschiktheidspositie die werknemers ten opzichte van hun werkgever (en nog sterker ten opzichte van het concern) innemen. Een oplossing is dat rechters een weerlegbaar bewijsvermoeden creëren op het moment dat een doorstart in concernverband plaatsvindt en de onderneming aldus direct dan wel indirect wordt voortgezet door dezelfde eigenaren. Mijns inziens kan worden gesteld dat onder dergelijke omstandigheden de schijn bestaat dat de faillissementsprocedure wordt gebruikt als reorganisatiemiddel en het doel aldus is gelegen in een omzeiling van werknemersbescherming. De failliet zal het tegendeel moeten bewijzen.

3. Juridische consequenties van een contractswissel

3.1. Anciënniteit

Anciënniteit speelt in het arbeidsrecht een belangrijke rol. De ratio van anciënniteitsregelingen is gestoeld op de gedachte dat de omvang van de zorgplicht van de werkgever jegens de werknemer toeneemt naarmate de werknemer langer in dienst is.⁵⁵ Anciënniteit is bijvoorbeeld van belang voor de duur van de opzegtermijn en de hoogte van de transitievergoeding. Bovendien is anciënniteit een

⁵² De Hoge Raad lijkt van de ruime leer uit te gaan, zie HR 28 mei 2004, *JAR* 2004/166 (*Dicolor*). De ruime leer werd in de lagere rechtspraak bijvoorbeeld gevolgd in Hof 's-Gravenhage 29 november 2011, *JOR* 2012/298 m.nt. Loesberg (*Luba*); Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, *JOR* 1996/16 m.nt. Kortmann (*Ammerlaan*). Voorbeelden van de beperkte leer bieden Rb. Utrecht 9 december 1992, *JAR* 1993/57 (*Administratiekantoor K2*); Hof 26 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1079 (*Thebe Huishoudelijke Zorg BV*) en van Rb. 's-Gravenhage 15 oktober 2014, *JAR* 2015/4 (*Van Leeuwen Groep BV*).

⁵³ Het feit dat de betalingsonmacht van de ondernemer het directe gevolg is van het handelen van de moeder betekent niet automatisch dat sprake is van misbruik van recht. Zie Hof 's-Gravenhage 9 juli 2002, *JAR* 2002/204, *JOR* 2002/171 (*Plaid Nederland*). In deze zaak had de moedervernootschap gerechtvaardigde redenen leveranties en voorschotten aan haar dochteronderneming te staken. Het Hof kende bij de beoordeling tevens belang toe aan het feit dat de onderneming niet werd voortgezet. Hieruit maak ik op dat het handelen van de moedervernootschap anders (kritischer) zou zijn beoordeeld indien de onderneming in concernverband zou zijn doorgestart.

⁵⁴ Ik realiseer me dat de werknemers slechts een pyrrusoverwinning behalen als geen doorstart van de onderneming heeft plaatsgevonden. De vennootschap beschikt dan immers niet over financiële middelen om de lonen bij een vernietiging van het faillissement of een schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad te betalen. Vgl. F.M.J. Verstijlen, *Van misbruik van faillissement- en rechtspersonenrecht*, *Tvl* 2002/2. De werknemer kan in een dergelijke situatie onder omstandigheden de moedervernootschap wegens ongeoorloofde vermogensonttrekkingen aanspreken op grond van onrechtmatige daad (zie hoofdstuk 4 van dit preadvies).

⁵⁵ HR 28 maart 1997, *JAR* 1997/90 (*El Azzouti/Cemsto BV*).

veel gehanteerde factor in beloningssystemen.⁵⁶ In voornoemde gevallen is de anciënniteit bepalend voor financiële rechten. Dat hoeft niet het geval te zijn. Anciënniteit speelt ook een rol bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel bij reorganisaties, de ketenregeling en in zekere mate bij het al dan niet kunnen aangaan van een proeftijd. De vraag of de overnemende werkgever de dienstjaren van de werknemer bij een andere werkgever in het concern moet erkennen, is dan ook van groot belang. Het antwoord is afhankelijk van de wijze waarop de contractswissel tot stand komt. Ik maak een onderscheid tussen een contractswissel waarbij de arbeidsovereenkomst onder algemene titel overgaat (par. 3.2.) en een contractswissel waarbij een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand komt (par. 3.3 en 3.4.).

3.2. Behoud van anciënniteit bij een overgang onder algemene titel

Bij een contractsovername en een overgang van onderneming geschiedt de overname van de arbeidsovereenkomst onder algemene titel. De overnemer wordt als werkgever contractspartij bij de arbeidsovereenkomst zonder dat hij zelf een overeenkomst heeft gesloten met de desbetreffende werknemer. Het gevolg is dat alle rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst mee overgaan naar de overnemer. Geldt dit nu ook voor de anciënniteit opgebouwd bij de overdragende werkgever? Dat blijkt niet per definitie het geval te zijn. Bij zowel een contractsovername als een overgang van onderneming spreekt de wet van de overgang van *rechten* die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Anciënniteit is geen recht (het is een feitelijke omstandigheid) en kan als zodanig niet overgaan op de verkrijger. Dit was ook het oordeel van het Hof van Justitie in de arresten *Collino & Chiappero* uit 2000⁵⁷ en *Scattolon* uit 2011.⁵⁸ De arresten hebben betrekking op een overgang van onderneming, maar de overweging valt door te trekken naar een contractsovername nu ook art. 6:159 BW van een overgang van rechten spreekt.

Dat anciënniteit geen recht is, neemt niet weg dat aan anciënniteit rechten kunnen zijn verbonden. Volgens het Hof van Justitie in de twee voornoemde arresten is de verkrijger gehouden bij de berekening van financiële rechten de anciënniteit opgedaan bij de vervreemder mee te tellen, mits het financiële recht reeds bestond op het moment van overgang. Dat laatste is logisch. Slechts de rechten die uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien ten tijde van de overgang, zijn vatbaar voor overname. Concreet: geldt bij de overnemende partij een lustrumregeling die aan werknemers recht geeft op een financiële vergoeding na tien dienstjaren, dan is de overnemende partij niet gehouden de anciënniteit opgedaan bij de vorige werkgever mee te tellen als een dergelijk recht niet ook bij de vervreemder bestond. Richtlijn 2001/23/EG creëert geen gelijke rechten voor werknemers na een overgang van onderneming, ook niet bij een overgang in concernverband.⁵⁹ De overgenomen werknemers kunnen evenmin met een beroep op het gelijkloonbeginsel (gelijk loon voor gelijke arbeid) betaling van de lustrumregeling afdwingen. Het onderscheid in beloning vindt plaats op basis

⁵⁶ Het hanteren van de factor anciënniteit in beloningssystemen levert geen verboden onderscheid op. De fictie is steeds dat een werknemer met meer dienstjaren meer beroepservaring heeft en daarom beter mag worden beloond. Voor een nadere onderbouwing verwijs ik naar mijn artikel 'Gelijke beloning voor gelijke arbeid: van hard naar zachter', in: C.J.H. Jansen & L.G. Verburg, *Onderneming en beloning*, Deventer: Kluwer 2014, p. 290-291.

⁵⁷ HvJEG 14 september 2000, *JAR* 2000/225 m.nt Van der Heijden, Beltzer en Verhulp (*Collino & Chiappero/Telecom Italia*).

⁵⁸ HvJEU 6 september 2011, *JAR* 2011/262 m.nt. Haanappel-van der Burg (*Scattolon*). Zie over het arrest R.M. Beltzer & F. Koopman, 'Overgang van onderneming een triptiek: economische activiteiten, anciënniteit en cao's', *ArA* 2012/2, p. 36-51.

⁵⁹ Zie conclusie A-G bij het arrest *Scattolon* punt 94 welke overweging door het Hof is overgenomen.

van een onbenoemde grond. Het *Parallel Entry/KLM* arrest van de Hoge Raad leert dat op de werkgever geen plicht rust werkervaring opgedaan bij een andere werkgever in het concern mee te wegen bij de factor anciënniteit in een beloningssysteem.⁶⁰

Het buiten beschouwing laten van eerder verworven anciënniteit leidt niet altijd tot een rechtvaardige uitkomst. Problemen doen zich voor met name in het kader van cao's. In het arrest *Scattolon* werd direct na de overgang op de arbeidsovereenkomst een nieuwe cao van toepassing. In de nieuwe cao werd de beloning bepaald op basis van anciënniteit, terwijl dat voor de overgang gebeurde op basis van functie en toeslagen. In het licht van *Collino & Chiappero* kwam bij het vaststellen van de beloning na de overgang geen belang toe aan het dienstverband bij de vervreemder; de beloning was voorafgaand aan de overgang niet gekoppeld aan anciënniteit en de anciënniteit ging daarom niet mee over. Het Hof bracht in *Scattolon* op deze regel een nuance aan voor het geval de arbeid voor en na de overgang gelijkenissen vertoonde. Onder dergelijke omstandigheden verzette de beschermingsgedachte van Richtlijn 2001/23/EG zich ertegen dat de werknemer bij toepassing van de nieuwe cao een wezenlijk salarisverlies onderging omdat met de anciënniteit opgebouwd bij de vervreemder geen rekening werd gehouden.

In concernverband is goed denkbaar dat concernonderdelen onder de werkingssfeer van verschillende cao's vallen. Hoewel een situatie zoals in *Scattolon* zich onder het Nederlandse recht niet kan voordoen,⁶¹ wordt de cao van de verkrijger na de overgang van toepassing als de overgenomen werknemer lid is van de bij de cao betrokken vakbond, de cao algemeen verbindend is verklaard of de werknemer een aanbod daartoe van zijn nieuwe werkgever accepteert. Ook in deze gevallen rijst de vraag naar het belang van eerdere dienstjaren indien anciënniteit als component aan de beloningssystematiek uit de nieuwe cao ten grondslag ligt. Mijns inziens ligt een analoge toepassing van de in *Scattolon* geformuleerde uitzondering in de rede. In *Scattolon* was de wijziging van de cao conform art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG en aldus rechtmatig tot stand gebracht. De verkrijger mocht de arbeidsvoorwaarden uit de nieuwe cao toepassen, maar moest er desondanks voor zorgen dat de werknemers er financieel niet op achteruit gingen. Het Hof benadrukte dat werknemers uitsluitend als gevolg van de overgang niet in een minder gunstige positie mochten komen te verkeren. Dat principe geldt net zo goed indien de relevantie van anciënniteit zich pas na enig tijdsverloop manifesteert.⁶² De uitzondering uit het arrest *Scattolon* behoudt aldus haar waarde ook indien de nieuwe cao en de daarin vastgelegd beloningssystematiek pas geruime tijd na de overgang op de arbeidsovereenkomst van toepassing wordt.

In de arresten van het Hof van Justitie ging het om individuele arbeidsvoorwaarden (*Collino & Chiappero*) en collectieve arbeidsvoorwaarden (*Scattolon*), beide met een financiële component. Anciënniteit is tevens relevant bij de bepaling van financiële wettelijke rechten. Denk aan de opzegtermijn (art. 7:672 BW) en de transitievergoeding (art. 7:683 BW). Art. 3 Richtlijn 2001/23/EG spreekt over 'rechten en plichten die voortvloeien uit de (collectieve) arbeidsovereenkomst'. Gezien de beschermingsgedachte kan worden aangenomen dat ook financiële wettelijke rechten binnen de werkingssfeer vallen. De wettelijke rechten zijn gekoppeld aan de arbeidsovereenkomst en vloeien daar in zekere zin uit voort. Onduidelijk is of een zelfde redenering geldt bij de vaststelling van niet-

⁶⁰ HR 30 januari 2004, *JAR* 2004/68 (*Parallel Entry/KLM*).

⁶¹ De gebondenheid van de verkrijger aan de cao van de vervreemder vervalt niet op het moment dat de verkrijger na de overgang zijn eigen cao toepast. Zie art. 14a Wet Cao.

⁶² Uiteraard moet wel sprake zijn van een doorlopend dienstverband. Dit was niet het geval in HR 3 september 2010, *JAR* 2010/252 (*London/UWV*).

financiële wettelijke rechten, zoals het geval is in de ketenregeling, de proeftijd en het afspiegelingsbeginsel bij reorganisatie. Het Hof heeft zich over niet-financiële rechten nog niet uitgelaten. Mijns inziens zijn deze rechten net zo goed gekoppeld aan de arbeidsovereenkomst die overgaat. Richtlijn 2001/23/EG kent geen beperking tot financiële rechten.⁶³

Men komt bij de vaststelling van bovengenoemde wettelijke rechten niet toe aan het leerstuk van opvolgend werkgeverschap (zie par. 3.3.2.). De overgang van de arbeidsovereenkomst vindt plaats onder algemene titel en de overnemende werkgever heeft bij toepassing van de wet te gelden als juridisch dezelfde partij als de overdragende werkgever. Het onderscheid is relevant omdat – zoals hierna zal blijken – het opvolgend werkgeverschap vereist dat de werkzaamheden dezelfde blijven en deze eis niet geldt indien het gaat om juridisch dezelfde partij.⁶⁴

3.3. Behoud van anciënniteit bij nieuwe arbeidsovereenkomst: opvolgend werkgeverschap

3.3.1. *Wettelijke bepalingen*

De hiervoor beschreven lijn kan men niet doortrekken naar situaties waarin de werknemer bij een ander concernonderdeel in dienst treedt op basis van een nieuwe arbeidsovereenkomst. De vennootschappen met wie de werknemer achtereenvolgens een dienstverband aangaat, zijn te beschouwen als zelfstandige entiteiten en de rechtspraak leert dat het concern niet als werkgever moet worden beschouwd.

Dat betekent niet per definitie dat aan eerdere dienstverbanden in concernverband geen belang toekomt. Boek 7 titel 10 BW kent op verschillende plaatsen relevantie toe aan een vorige dienstbetrekking in het geval dat sprake is van opvolgend werkgeverschap. Het opvolgend werkgeverschap is steeds gekoppeld aan een specifieke norm. Een bepaling inzake het opvolgend werkgeverschap leest men in het Burgerlijk Wetboek onder meer terug in de ketenregeling (art. 7:668a lid 2 BW), de proeftijd (art. 7:652 BW), de opzegtermijn (art. 7:672 BW) en de transitievergoeding (art. 7:673 BW). Daarnaast hanteert het UWV het beleid dat bij opvolgend werkgeverschap de eerdere dienstverbanden – zonder de onderbrekingen – meetellen bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel in het kader van een reorganisatie.⁶⁵ Het ligt in de rede dat dit beleid onder de Wwz wordt voortgezet. De regeling van het concurrentiebeding kent geen bepaling inzake het opvolgend werkgeverschap. Het concurrentiebeding komt dan ook te vervallen op het moment dat de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaat met een ander concernonderdeel.

⁶³ In de literatuur bestaat discussie over de erkenning van anciënniteit bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel bij reorganisaties. Volgens Beltzer & Koopman, 'Overgang van onderneming in een triptiek: economische activiteiten, anciënniteit en cao's', *ArA* 2012, 2, p. 45 verplicht Richtlijn 2001/23/EG de verkrijger niet de anciënniteit bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel te erkennen. De auteurs noemen als reden dat het afspiegelingsbeginsel niet is gekoppeld aan enige bij de vervreemder bestaande arbeidsvoorwaarde. Tegen hun stelling kan men inbrengen dat ook bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel geldt dat de overgang de werknemers niet in een slechtere positie mag brengen en dat vanuit die gedachte de anciënniteit bij de vorige werkgever moet worden erkend. Ik laat deze discussie verder rusten. Zij is voor het Nederlandse recht irrelevant, omdat de beleidsregels bepalen dat anciënniteit opgedaan bij de vervreemder wordt meegenomen bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel en dit beleid hoogstwaarschijnlijk onder de Wwz zal worden voortgezet.

⁶⁴ Net als bij een contractovername zullen de werkzaamheden bij een overgang van onderneming doorgaans geen wijziging ondergaan. Dat verdraagt zich slecht met het principe dat de rechten en plichten (waaronder ook de functie) van rechtswege op de vervreemder overgaan. Een wijziging van locatie lijkt wel tot de mogelijkheden te bestaan.

⁶⁵ Hoofdstuk 13, par. 6 Beleidsregels Ontslagtaak UWV versie september 2012.

Opvolgende werkgevers in concernverband hebben in het verleden getracht via de techniek vereenzelviging de werknemer aan een eerder overeengekomen concurrentiebeding te binden. Voor zover mij bekend steeds zonder succes.⁶⁶

Uit de wetsgeschiedenis bij de ketenregeling blijkt dat uitdrukkelijk is beoogd het opvolgend werkgeverschap ook van toepassing te laten zijn wanneer de arbeidsovereenkomst overgaat naar een andere werkgever die net als de vorige werkgever behoort tot een groep als bedoeld in art. 2:24b BW.⁶⁷ De toepassing is evenmin beperkt tot gevallen van misbruik (draaideurconstructies).⁶⁸ Met andere woorden: ook indien de overplaatsing in concernverband geen misbruik tot doel heeft, kan van opvolgend werkgeverschap sprake zijn. Deze redenering kan men doortrekken naar de andere wettelijke bepalingen waarin het opvolgend werkgeverschap een rol speelt.

3.3.2. *Wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden*

In alle hiervoor genoemde wettelijke bepalingen vereist het opvolgend werkgeverschap dat de werkgevers *'ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn'*. Als regel heeft te gelden dat de aard en de inhoud van het werk ongeveer hetzelfde moet zijn gebleven. De nieuwe overeenkomst moet wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eisen. Hiervan is sprake als de werknemer na de contractswissel dezelfde werkzaamheden op dezelfde werkplek verricht. Dat is in concernverband het geval indien de werknemer in dienst treedt bij een ander concernonderdeel en vanuit dat dienstverband wordt tewerkgesteld in de onderneming van zijn vorige werkgever, maar kan ook spelen bij een doorstart in faillissement. In het laatste geval is tevens denkbaar dat de overnemende werkgever het bedrijfsonderdeel integreert in zijn eigen onderneming. De werknemer blijft dezelfde werkzaamheden verrichten, maar doet dat op een andere locatie en krijgt te maken met een andere organisatiestructuur en nieuwe collega's. Hetzelfde doet zich voor bij een overplaatsing van de werknemer naar een ander concernonderdeel met behoud van functie maar verandering van locatie. Kan men onder dergelijke omstandigheden nog spreken van opvolgend werkgeverschap?

In de rechtspraak wordt bij een overplaatsing in concernverband aan een verandering van locatie weinig gewicht toegekend. Een voorbeeld biedt een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam uit 2010 inzake de ketenregeling. Een overplaatsing binnen het concern van Georgië naar Nederland (met wijziging van locatie maar behoud van functie) stond niet aan opvolgend werkgeverschap in de weg.⁶⁹ In ongeveer dezelfde zin bij een overplaatsing binnen de landsgrenzen

⁶⁶ Hof Leeuwarden 10 april 2012, *RAR* 2012/100; Rb. Overijssel 4 juni 2013, ECLI:NL:RBOVE:CA1979; Rb. Utrecht 28 maart 2012, *JONDR* 2013/1177; Rb. Arnhem 23 maart 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AT4624; Rb. Utrecht 12 april 2000, *JAR* 2000/117. Dit is een van de weinige gebieden van het arbeidsrecht dat een werkgever gebaat is bij de techniek vereenzelviging. Doorgaans pakt vereenzelviging uit in het voordeel van de werknemer en is het ook de werknemer die op de techniek een beroep doet.

⁶⁷ Dit volgt uit het advies van de Stichting van de Arbeid dat door het kabinet is overgenomen. Zie *Kamerstukken II* 1996/79, 25 263, nr. 3, p. 9 en 11.

⁶⁸ HR 14 juli 2006, *NJ* 2007/101, *JAR* 2006/190 (*Boekenvoordeel/Isik*).

⁶⁹ Ktr. 30 augustus 2010, *JAR* 2010/237 (*Ernst & Young*). De kantonrechter achtte tevens relevant dat het concern een flexibele inzet van het personeel stimuleerde. Mijns inziens is dit element niet relevant bij de beoordeling van de vraag of de werkzaamheden hetzelfde zijn gebleven. Het element kan onder omstandigheden wel een rol spelen bij de vraag of de wettekst ruimhartig moet worden uitgelegd op grond van de redelijkheid en billijkheid en ook van toepassing moet kunnen zijn bij andere arbeid (zie hierna). Ik realiseer mij dat het resultaat hetzelfde is (aannahme van opvolgend werkgeverschap), maar acht het juridisch scherp en helder tussen beide aspecten een onderscheid aan te brengen.

oordeelde de Kantonrechter Almelo in 2014.⁷⁰ Ik heb moeite met deze benadering. Had de werknemer dezelfde functie aanvaard bij een werkgever buiten het concern, dan was – vanwege de gewijzigde organisatiestructuur – geen opvolgend werkgeverschap aangenomen, ondanks het feit dat de werkzaamheden vergelijkbaar waren. In mijn visie is ook bij een overplaatsing binnen het concern doorslaggevend of de werknemer na de contractswissel in dezelfde organisatiestructuur werkzaam is gebleven. Dat kan het geval zijn bij een verandering van locatie, maar vereist dan wel een nauwe verwevenheid tussen de concernvennootschappen bijvoorbeeld omdat de vennootschappen onder leiding van hetzelfde bestuur staan en/of het zelfde (concern)beleid voeren. In deze lijn oordeelde de Kantonrechter Heerlen in 2011.⁷¹

Bij een verandering van werkzaamheden is geen sprake van opvolgend werkgeverschap en wordt de nieuwe werkgever bij toepassing van de wet als eerste werkgever beschouwd.⁷² Ik zie geen reden het vereiste ‘wezenlijk dezelfde arbeid’ op grond van de redelijkheid en billijkheid voor concernverhoudingen dusdanig ruim uit te leggen dat ook andere arbeid onder het bereik valt. Die gedachte doet geen recht aan de onderscheiden posities van concernvennootschappen. Het vennootschapsrecht gaat uit van het basisprincipe dat iedere vennootschap onafhankelijk en zelfstandig opereert en daaraan moet niet te lichtzinnig worden getornd. Dat laat onverlet dat bijsturing soms onontkoombaar is. Bijsturing is mogelijk via de techniek vereenzelviging. Vereenzelviging is door de Hoge Raad geduid als het volledig wegdenken van het identiteitsverschil.⁷³ Bij vereenzelviging komt men aldus niet toe aan het leerstuk van opvolgend werkgeverschap. De overstap van de werknemer komt bij vereenzelviging feitelijk neer op een verhuizing van de ene vestiging naar de andere en heeft tot gevolg dat de nieuwe werkgever ook bij een verandering van werkzaamheden rekening moet houden met het arbeidsverleden van de werknemer.

Vereenzelviging wordt in de rechtspraak vrijwel nooit aangenomen. Dat lijkt mij juist. Vereenzelviging vereist misbruik en daarvan is geen sprake nu de overplaatsing geschiedt op basis van wilsovereenstemming en de werknemer welbewust aan de contractswissel heeft meegewerkt. Is de werknemer over de juridische consequenties van de contractswissel onjuist voorgelicht, dan kleurt dat uiteraard de feiten. Echter, in dat geval ligt een actie van de werknemer op basis van het goed werkgeverschap jegens zijn voormalige werkgever voor de hand. Aan de techniek vereenzelviging is geen behoefte.

Wilsovereenstemming is er in mindere mate indien de overplaatsing tot stand komt op basis van een mobiliteitsclausule die vermeldt dat de werknemer bereid is arbeid te aanvaarden in dienst van een ander concernonderdeel. De werknemer kan slechts bij hoge uitzondering de overplaatsing weigeren zonder risico op ontslag (zie par. 2.3.). Dit laatste geldt ook indien het aanbod tot een nieuwe arbeidsovereenkomst aan de werknemer wordt gedaan in het kader van de uitgebreide herplaatsingsplicht van de werkgever (zie par. 2.1.2.). Tot vereenzelviging zal een rechter ook in deze omstandigheden niet concluderen. Van misbruik is immers geen sprake. Deze uitkomst acht ik niet problematisch. De wet spreekt van opvolgend werkgeverschap indien de werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaar opvolger te zijn. De wettekst laat met de woorden ‘redelijkerwijs’ ruimte voor een ruime uitleg op grond van de redelijkheid en

⁷⁰ Ktr. Almelo 27 augustus 2014, *JAR* 2014/285 (*Mood For Magazines*). De kantonrechter besteedt aan de verandering in locatie slechts aandacht bij de beoordeling van het inzietsvereiste.

⁷¹ Ktr. Heerlen 2 november 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BW8463 (*Specsavers*).

⁷² Dit was het geval in Ktr. Arnhem 26 juni 2012, *RAR* 2012/139 (*Royal Roofing Materials BV*).

⁷³ HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000/698 m.nt. Ma, *JOR* 2000/238 m.nt. De Witt Wijnen (*Rainbow*).

billijkheid. Voornoemde situaties kunnen via deze weg alsnog binnen het bereik van het opvolgend werkgeverschap worden gebracht.

Een zelfde ruime uitleg leest men terug in de rechtspraak inzake het vaststellen van de A-factor uit de kantonrechttersformule. Kantonrechtters tellen bij een wijziging van werkzaamheden dienstverbanden bij andere concernonderdelen mee indien het beleid van het concern specifiek is gericht op een flexibele inzet en het concern de contractswissel expliciet heeft geïnitieerd.⁷⁴ Vanaf 1 juli 2015 komt de kantonrechttersformule te vervallen. De werknemer krijgt vanaf die datum bij einde dienstverband recht op een transitievergoeding waarbij de wet expliciet vermeldt dat dienstjaren uit eerdere dienstverbanden meetellen bij opvolgend werkgeverschap (art. 7:673 lid 4 (b) BW). De oude rechtspraak behoudt evenwel haar waarde voor de situatie dat de arbeid een wijziging ondergaat. Ook dan pleit ik bij een overplaatsing op basis van employabilitybeleid voor een ruime uitleg van de wettekst op basis van de redelijkheid en billijkheid.

3.3.3. *Het al dan niet hebben van inzicht*

In 1986 introduceerde de Hoge Raad in het kader van de proeftijd als aanvullende eis voor opvolgend werkgeverschap 'het hebben van inzicht in de hoedanigheid en vaardigheid van de werknemer'.⁷⁵ Achterliggende gedachte is dat de proeftijd als doel heeft partijen aan elkaar te laten wennen. Daarbij past dat de regeling inzake proeftijd bij gelijkblijvende werkzaamheden slechts opzij kan worden gezet indien de nieuwe werkgever dat inzicht al heeft verkregen. In het arrest *Tuinen/Van Wolters* uit 2012 sloot de Hoge Raad bij deze rechtspraak aan met betrekking tot het opvolgend werkgeverschap in de ketenregeling.⁷⁶ Uit de nadien gepubliceerde rechtspraak bleek dat het hebben van inzicht in concernverhoudingen vrij snel werd aangenomen bij toepassing van de ketenregeling. In een casus die leidde tot het arrest van het Gerechtshof Leeuwarden uit 2012 verrichtte de werknemer via een uitzendconstructie werkzaamheden bij de dochtervennootschap om vervolgens bij de moedervennootschap in dienst te treden. Volgens het Hof was aan het inzichtsvereiste voldaan omdat de moeder door de ervaringen van haar 100 procent dochter inzicht had in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer.⁷⁷ Aan het inzichtsvereiste was volgens de Kantonrechter Almelo in de door mij al eerder genoemde uitspraak uit 2014 voldaan vanwege de constructie van een joint-venture in samenhang met het feit dat de moeder (de oude werkgever) 100 procent van de aandelen hield in de dochter (de nieuwe werkgever).⁷⁸

Het is de vraag of de rechtspraak bij de beoordeling van het inzichtsvereiste niet te snel door de vennootschapsstructuren heen brak. Ik laat deze vraag rusten. Hij doet er na 1 juli 2015 niet meer

⁷⁴ Ktr. Roermond 27 januari 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BL1876. Ook bij een nauwe verbondenheid tussen de verschillende concernonderdelen wordt bij vaststelling van de A- dan wel C-factor wel eens belang gehecht aan eerdere dienstverbanden in groepsverband, zie Ktr. Alphen aan den Rijn 5 juli 2005, *JAR* 2005/254; Ktr. Eindhoven 15 juni 2005, *JAR* 2005/180. Dit is niet het geval zonder nauwe verbondenheid en/of mobiliteitsbeleid, zie Ktr. Roermond 19 december 2003, *JAR* 2004/37; Ktr. Zwolle 14 maart 2006, *JAR* 2006/150. Over de toepassing van anciënniteit in de kantonrechttersformule meer uitgebreid R.A.C.G. Martens, 'Anciënniteit en concernverband', *Arbeidsrecht* 1997/48 en P. Kruit, 'Voorliggende dienstjaren en het bepalen van anciënniteit', *Arbeidsrecht* 2012/11.

⁷⁵ HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987/293 (*Slijkoord/Hekkema BV*).

⁷⁶ HR 11 mei 2012, *JAR* 2012/150 (*Tuinen/Van Wolters*). In de literatuur is op de aansluiting bij de proeftijd doctrine kritiek geuit. Zie S. Palm, 'De zoektocht naar de juiste interpretatie van opvolgend werkgeverschap na *Tuinen/Van Wolters*', *ArA* 2014/1, p. 16-50; J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?', *Arbeidsrecht* 2013/38.

⁷⁷ Hof Leeuwarden 26 juni 2012, *JAR* 2012/206 (*Verenigde Bedrijven Noppert BV*).

⁷⁸ Ktr. Almelo 27 augustus 2014, *JAR* 2014/285 (*Mood For Magazines*).

toe. De wetgever heeft in de Wwz uitdrukkelijk opgenomen dat het opvolgend werkgeverschap in de ketenregeling geen inzicht vereist in de hoedanigheden en vaardigheden van de werknemer (art. 7:668a lid 2 BW).⁷⁹ Dit lijkt mij een juiste keuze, zeker wat concernverhoudingen betreft. Richtlijn 1999/70/EG inzake bepaalde tijdscontracten heeft tot doel de gelijke behandeling van werknemers met arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te waarborgen en misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten te voorkomen.⁸⁰ Richtlijn 1999/70/EG kent geen bepaling inzake het opvolgend werkgeverschap, maar legt op de lidstaten in clause 5 onder 2 (a) de plicht – ter voorkoming van misbruik – te bepalen onder welke voorwaarden arbeidsovereenkomsten als ‘opeenvolgend’ worden beschouwd. Uit de rechtspraak blijkt het grote belang dat het Hof van Justitie toekent aan het feit dat de arbeid dezelfde is gebleven. Illustratief is het arrest *Adeler* uit 2006.⁸¹ Het ging in deze uitspraak om bepaalde tijdscontracten aangegaan met dezelfde werkgever, maar de uitspraak maakt in het algemeen duidelijk dat van misbruik sprake kan zijn indien jaren achtereen voor dezelfde arbeid bepaalde tijdscontracten zijn aangegaan. Die gedachte geldt net zo goed indien de werknemer te maken heeft met verschillende werkgevers. Ter voorkoming van misbruik is bij het opvolgend werkgeverschap dan ook terecht aangesloten bij de gelijkblijvende arbeid. Dat de nieuwe werkgever geen inzicht heeft in de vaardigheden en hoedanigheden van de werknemer heeft niets van doen met het doel waarop Richtlijn 1999/70/EG is gebaseerd en hoort als eis niet in de ketenregeling thuis.

Met de verruiming van het opvolgend werkgeverschap in de ketenregeling handelt de Nederlandse wetgever ook niet in strijd met de vrijheid van ondernemerschap zoals vastgelegd in art. 16 EU-Handvest. Richtlijn 1999/70/EG treft een balans tussen de behoefte van werkgevers (tot een flexibele inzet van personeel) en de bescherming van werknemers (niet te lang leven in onzekerheid),⁸² zodat niet alleen de beschermingsgedachte maar ook de ondernemersvrijheid aan de richtlijn ten grondslag ligt. Ook de vrijheid van ondernemerschap is aldus een te rechtvaardigen belang. Echter, de ketenregeling legt op de nieuwe werkgever geen plicht de werknemer in dienst te nemen. De werkgever behoudt zijn contracts- en daarmee zijn ondernemersvrijheid. Op dit punt verschilt de situatie wezenlijk van de kwestie die speelde in het arrest *Parkwood* uit 2013.⁸³

3.3.4. Afwijking bij cao: strijd met Europees recht?

De Wwz maakt het vanaf 1 juli 2015 mogelijk van het opvolgend werkgeverschap in de ketenregeling af te wijken bij cao (art. 7:668a lid 6 BW). De mogelijkheid bestaat thans ook. De uitzonderingsmogelijkheid is onder het huidige recht breder en omvat tevens een ongeclausuleerde afwijkingmogelijkheid ten aanzien van de duur en het aantal contracten voor bepaalde tijd. In de

⁷⁹ Dit geldt ook voor het soortgelijke begrip in de bepaling van de transitievergoeding.

⁸⁰ Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, De UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, *PbEG* 1999, L 175/43.

⁸¹ HvJEG 4 juli 2006, *JAR* 2006/175 m.nt. Verhulp (*Adeler*).

⁸² Dit volgt uit overweging 6 van de preambule bij Richtlijn 1999/70/EG.

⁸³ HvEU 18 augustus 2013, *JAR* 2013/216 m.nt. Beltzer (*Parkwood*). Het arrest leert dat ook Richtlijn 2001/23/EG naast de werknemersbescherming is gestoeld op de vrijheid van ondernemerschap. In *Parkwood* was wel sprake van een schending. In deze zaak kreeg de verkrijger de werknemers op basis van Richtlijn 2001/23/EG van rechtswege in dienst. Het Hof van Justitie oordeelde dat het incorporatiebeding in de overgegangene arbeidsovereenkomsten statisch moest worden uitgelegd omdat de verkrijger geen mogelijkheden had partij te zijn bij de cao-onderhandelingen. Een dynamische uitleg van het incorporatiebeding was in strijd met de onderhandelingsvrijheid van de overnemende partij en daarmee zijn ondernemersvrijheid.

lagere rechtspraak is het ongeclausuleerd afwijken van het aantal contracten niet legitiem geacht.⁸⁴ Dat lijkt mij juist. Het gebruik van bepaalde tijdscontracten moet worden gerechtvaardigd door (i) een beperking van de duur, (ii) een beperking van het aantal of (iii) een objectieve rechtvaardiging. Een ongeclausuleerde mogelijkheid tot afwijking voldoet aan geen van de drie criteria en is daarom in strijd zijn met de doelstelling van Richtlijn 1999/70/EG. De regering onderschrijft deze stelling en staat onder de Wwz het ongeclausuleerd afwijken van de duur en het aantal contracten niet langer toe. Behouden is de mogelijkheid af te wijken van het opvolgend werkgeverschap. In de parlementaire stukken is niet aangegeven hoe deze afwijkmogelijkheid zich verhoudt tot Richtlijn 1999/70/EG. Het lijkt erop dat het kabinet met betrekking tot het opvolgend werkgeverschap geen problemen ziet.

In mijn visie staat de afwijking van het opvolgend werkgeverschap bij cao op gespannen voet met Richtlijn 1999/70/EG. Zoals gezegd, kent Richtlijn 1999/70/EG geen expliciete bepaling inzake het opvolgend werkgeverschap, maar verplicht clause 5 onder 2 (a) de lidstaten te bepalen onder welke voorwaarden arbeidsovereenkomsten als ‘opeenvolgend’ worden beschouwd. De bepaling moet misbruik van bepaalde tijdscontracten voorkomen. Misbruik ligt evenwel op de loer als de toepasselijke cao toestaat dat arbeidsovereenkomsten van werknemers bij verschillende werkgevers – bijvoorbeeld in concernverband – voor de keten niet meetellen, terwijl wezenlijk dezelfde arbeid wordt verricht. De bepaling maakt geschuif met werknemers mogelijk tussen vennootschappen behorend tot hetzelfde concern met geen ander doel dan het voorkomen van een vast dienstverband. De uitkomst staat bovendien haaks op de rechtvaardiging die de regering noemt voor de verruiming van het opvolgend werkgeverschap in art. 7:668a lid 2 BW. Het vereiste van inzicht wordt geschrapt om te voorkomen dat misbruik via draaideurconstructies mogelijk is, terwijl de draaideurconstructie via een achterdeur nu alsnog tot de mogelijkheden behoort.

Wat geldt als de cao het opvolgend werkgeverschap in een bepaalde branche of in concernverhoudingen uitsluit van de ketenregeling? Zoals bekend, hebben richtlijnen geen directe horizontale werking. Het Hof van Justitie overwoog in het arrest *Marshall* dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichten aan particulieren oplegt en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet jegens een particulier kan worden ingeroepen.⁸⁵ Wel rust op rechters de verplichting het nationale recht zo veel mogelijk uit te leggen in het licht van de richtlijn. De bewoordingen van art. 7:668a lid 6 BW laten ruimte voor een restrictieve interpretatie van de wettelijke mogelijkheid bij cao af te wijken van het opvolgend werkgeverschap. Het bij cao uitsluiten van het opvolgend werkgeverschap (bijvoorbeeld in concernverband) is mijns inziens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar (want in strijd met Richtlijn 1999/70/EG) en moet daarom buiten toepassing blijven. Het is wel mogelijk het opvolgend werkgeverschap bij cao beperkter uit te leggen in die zin dat situaties die geen misbruik opleveren buiten het bereik van de ketenregeling vallen. Ik denk bijvoorbeeld aan een doorstart in faillissement.

3.4. Behoud van anciënniteit bij nieuwe arbeidsovereenkomst: beloning

⁸⁴ Ktr. Utrecht 18 december 2013, *JAR* 2014/43 (*KNVB Zeist*); Hof Amsterdam 26 juli 2007, *JAR* 2007/243 (*Koninklijk Concertgebouworkest*) en in een ietwat andere context Hof Leeuwarden 26 september 2007, *JAR* 2007/267 (*Vereniging Agrarische Bedrijfsverzorging UA*).

⁸⁵ Het Hof van Justitie heeft met betrekking tot clause 5 van Richtlijn 1999/70/EG tevens een directe werking in verticale verhouding uitgesloten met als reden dat de bepaling niet duidelijk en concreet genoeg was. Zie HvJEG 15 april 2008, *JAR* 2008/130 (*Impact*).

In het contractenrecht staan de partijautonomie en de contractsvrijheid voorop. Deze beginselen strekken zich uit tot de inhoud van de arbeidsovereenkomst. Het gaat om de vrijheid inhoudelijk te kunnen contracteren wat men wil, ook met betrekking tot de beloning. Bij een overplaatsing komt een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand en zullen partijen in de regel nieuwe afspraken maken over de voornaamste arbeidsvoorwaarden. De werknemer zal tevens vaak vallen onder een andere cao met een eigen beloningssystematiek. Nu zal in de praktijk de werknemer er qua loon niet snel op achteruitgaan. Al was het maar omdat hij anders niet instemt met de contractswissel. Soms heeft de werknemer echter weinig keus. Dat speelt bij een doorstart in faillissement, maar ook bij opvolgende bepaalde tijdscontracten met verschillende concernonderdelen. Is de nieuwe werkgever in die situaties geheel vrij in zijn beslissing om de eerdere diensttijd in concernverband al dan niet mee te wegen bij het vaststellen van loon? Het antwoord luidt: vaak wel, soms niet.

Ten aanzien van het component loon ontbreekt een wettelijke regeling inzake het opvolgend werkgeverschap. Onder omstandigheden biedt de hiervoor besproken Richtlijn 1999/70/EG de werknemer mogelijkheden. Clausule 5 dwingt niet tot conversie van een tijdelijk contract in een vast contract, maar enkel tot het treffen van doeltreffende en afschrikwekkende maatregelen tegen misbruik van tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Is evenwel gekozen voor conversie als passende sanctie - zoals in Nederland - dan rijst de vraag of dezelfde arbeidsvoorwaarden hebben te gelden. Het Hof van Justitie oordeelde in een Franse zaak uit 2012 dat clause 5 er niet toe dwingt een werknemer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd onder precies dezelfde voorwaarden aan te bieden. Wel verbiedt clause 5 de (nieuwe) werkgever bij een ongewijzigde voortzetting van de taken en de aard van de functie de voornaamste clausules uit de vorige overeenkomst (die voor bepaalde tijd) niet wezenlijk te veranderen in een voor de werknemer globaal minder gunstige zin. Gebeurt dat wel, dan worden de doelstellingen van de richtlijn teveel geweld aangedaan aldus het Hof.⁸⁶

De vraag met wie is gecontracteerd doet niet ter zake. Het beslissende criterium is de gelijkblijvende arbeid bij de conversie van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd naar onbepaalde tijd. De rechtspraak van het Hof biedt een werknemer aldus ook handvatten als hij met een ander concernonderdeel een dienstverband aangaat. Uit het arrest moet echter niet worden afgeleid dat de nieuwe werkgever bij de salariering eerder verworven anciënniteit moet erkennen. Het Hof overweegt slechts dat de werknemer bij het aangaan van het contract voor onbepaalde tijd er niet wezenlijk op achteruit mag gaan indien de taken en aard van de functie dezelfde blijven. In dat opzicht doet de overweging denken aan het oordeel van het Hof van Justitie inzake het eerder besproken arrest *Scattolon* (par. 3.2.). Bij gelijkblijvende arbeid verzette de beschermingsgedachte van Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van onderneming zich ertegen dat de werknemer een wezenlijk salarisverlies onderging omdat met de anciënniteit opgebouwd bij de vervreemder geen rekening werd gehouden. In beide zaken hecht het Hof belang aan de gelijkblijvende arbeid en rechtvaardigt hij op die grond een beperking in de (collectieve) onderhandelingsvrijheid van de nieuwe werkgever.

Gaat het om opeenvolgende contracten voor onbepaalde tijd, dan biedt het arrest uit 2012 de werknemer geen handvatten. De situatie valt buiten het bereik van Richtlijn 1999/70/EG. Hetzelfde geldt bij een wijziging van de arbeid. Welke mogelijkheden heeft de werknemer dan? De werknemer kan erkenning van zijn anciënniteit niet afdwingen met een beroep op een van de discriminatiegronden, zoals leeftijd, geslacht, ras, religie en sekse. Het Hof van Justitie overwoog in

⁸⁶ HvJEU 8 maart 2012, JAR 2012/117 (*Huet/Université de Bretagne*).

het arrest *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt* uit 2012 dat het buiten toepassing laten van beroepservaring verworven bij een ander tot hetzelfde concern behorende werkgever niet leidt tot een verboden onderscheid op grond van leeftijd.⁸⁷ Voor de werknemer liep het al spaak bij de vraag of sprake was van discriminatie. Het onderscheidende criterium was direct noch indirect gebaseerd op de leeftijd van werknemers en had op generlei wijze van doen met een op leeftijd verband houdend feit.

Het algemeen gelijkloonbeginsel biedt de werknemer evenmin soelaas. De wetgeving kent geen regel die ongelijke beloning op onbenoemde gronden – zoals het niet meetellen van eerdere dienstverbanden in groepsverband – verbiedt.⁸⁸ Dit leert het Hoge Raad arrest *Parallel Entry/KLM* uit 2004. De belangenvereniging *Parallel Entry* stelde dat bij de overstap naar het concernonderdeel KLM de gehele senioriteit van KLC-vliegers moest worden erkend bij bepaling van het loon. De Hoge Raad overwoog dat aan het rechtsbeginsel ‘gelijk loon voor gelijke arbeid’ een zwaar gewicht toekomt. Het rechtsbeginsel moet evenwel naast de andere omstandigheden van het geval worden betrokken in de afweging of de werkgever in de gegeven omstandigheden handelt in strijd met de eisen van goed werkgeverschap. Dat was in *Parallel Entry/KLM* niet het geval. De objectieve rechtvaardiging was gelegen in de afwijkende arbeid die de KLC-vliegers bij het andere concernonderdeel hadden verricht en het feit dat de beperkte overname van senioriteit bij cao was vastgelegd.

Maar ook bij gelijke arbeid, acht ik de kans op succes gering. Anders dan bij de benoemde persoonsgebonden discriminatiegronden staat in de toetsingsmaatstaf bij de onbenoemde gronden niet het gelijkloonbeginsel, maar de contractsvrijheid voorop. Zelfs indien de werkgever geen rechtvaardiging voor het loononderscheid heeft (zoals geldt bij gelijke arbeid), kan de ongelijke beloning op grond van de overige omstandigheden zijn toegestaan. De rechtspraak leert dat de contractsvrijheid doorgaans prevaleert. Ook in een uitspraak van de Kantonrechter Amsterdam uit 2014 moest het cabinepersoneel zijn anciënniteit inleveren bij een overstap in concernverband.⁸⁹

Met het oog op een flexibele inzet komt het in concernverband overigens regelmatig voor dat expliciet is vastgelegd dat (een deel van de) anciënniteit opgebouwd bij andere concernonderdelen mee overgaat, ongeacht de vraag of de arbeid dezelfde is gebleven. Dat was ook het geval in de zaak die leidde tot het arrest *Parallel Entry/KLM*. In lijn met het arrest *Danfoss* van het Hof van Justitie meen ik dat de werkgever vrij is eerdere werkervaring bij het vaststellen van de beloning te betrekken zonder dat hij de relevantie daarvan hoeft aan te tonen voor de uitoefening van de huidige werkzaamheden.⁹⁰ Net als beroepservaring opgedaan bij de eigen werkgever stelt ook beroepservaring opgedaan bij een andere werkgever de werknemer in staat zijn werkzaamheden beter te verrichten. Uiteraard geldt dat toepassing van het criterium geschikt moet zijn voor het

⁸⁷ HvJEU 7 juni 2012, *JAR* 2012/191 (*Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt GmbH*). Werkervaring opgedaan bij een vorige werkgever kan wel relevant zijn na overgang van onderneming (zie hiervoor par. 3.2.). Dit aspect werd - ondanks het feit dat de kwestie een juridische fusie betrof – in deze zaak niet opgeworpen.

⁸⁸ Voor een uiteenzetting van het gelijkloonbeginsel in algemene zin verwijs ik naar mijn artikel ‘Gelijke beloning voor gelijke gevallen: van hard naar zachter’, in: C.J. Jansen & L.G. Verburg, *Onderneming en beloning*, Deventer: Kluwer 2014, p. 275-304.

⁸⁹ Ktr. Amsterdam 17 maart 2014, *JAR* 2014/91 (*Stichting Cabinebelangen/KLM*). In deze zaak besloot Martinair te stoppen met de resterende passagedivisie en trad het volledige cabinepersoneel bij KLM in dienst. De kantonrechter oordeelde dat van een overgang van onderneming geen sprake was en daarom op KLM geen plicht rustte de eerder opgedane anciënniteit in concernverband te erkennen bij de bepaling van het loon.

⁹⁰ HvJEG 17 oktober 1989, zaak C-109/88 (*Danfoss*).

beoogde doel. Zo mag eerder werk als zelfstandige of onbetaalde werkervaring niet worden ondergewaardeerd⁹¹ en moet de werkgever kunnen uitleggen waarom de eerdere werkervaring van een man wel maar van een vrouw niet is meegenomen bij het bepalen van het salaris.⁹² De werkgever kan evenmin onderscheid maken tussen dienstverbanden bij nationale en buitenlandse onderdelen van het concern. Het Hof van Justitie overwoog in een Oostenrijkse zaak uit 2013 dat een dergelijk onderscheid strijd oplevert met het recht op vrij verkeer van werknemers (art. 45 VWEU).⁹³

4. Ter afsluiting: vereist het concern een wettelijke arbeidsrechtelijke basis?

Niet zelden zullen werknemers in dienst bij een werkgever die onderdeel uitmaakt van een groep tijdens hun carrière een dienstverband aangaan met een ander concernonderdeel. De consequenties zijn groot. Het lot van de werknemer is na de contractswissel verbonden aan een nieuwe werkgever; de werknemer krijgt te maken met een andere debiteur en kan in beginsel slechts deze vennootschap aanspreken op de verplichtingen uit zijn arbeidsovereenkomst. In het arbeidsrecht geldt de enkelvoudige vennootschap als prototype werkgever. Het concern dwingt de rechtspraak tot een bijzondere uitleg van de arbeidsrechtelijke regels. Anders dan bij indiensttreding bij een externe partij, zullen de betrokken concernvennootschappen (oorspronkelijke werkgever, nieuwe werkgever en eventueel de holding) hun gedrag doorgaans op elkaar hebben afgestemd. Er moet voor worden gewaakt dat de concernleiding de werknemer via een contractswissel van zijn arbeidsrechtelijke bescherming kan beroven.

Ik zie de oplossing niet in een of meer wettelijke bepalingen specifiek toegespitst op een contractswissel in concernverband. De centrale leiding die wordt uitgevoerd verschilt sterk per concern. Het concern is geen absoluut begrip. Zelfs in hetzelfde concern kan de mate van autonomie van de ene dochter sterk verschillen van die van een andere dochter. Wordt het concern exact gedefinieerd, dan biedt dat mogelijkheden de onderneming in een vorm te gieten die niet net aan de definitie beantwoordt. Daarom is een benadering via de redelijkheid en billijkheid zo aantrekkelijk. Aan de arbeidsrechtelijk norm wordt een eigen op het betreffende concern toegespitste interpretatie gegeven. Mijn onderzoek toont aan dat de arbeidsrechtelijke regels zich hiertoe goed lenen en de rechtspraak zich ook van deze techniek bedient. Het bestaan van een concernverhouding en de eenheid van de groep worden rechtens erkend om de uitkomst van bepaalde regels te mitigeren. Feitelijke en economische elementen zoals een financiële verstrengeling, een frequente uitwisseling van personeel en materiaal, dezelfde leiding en/of het uitvoering geven aan een concern breed mobiliteitsbeleid maken dat rechters de economische werkelijkheid boven de juridische constructie laten prevaleren. Het heeft dan ook mijn voorkeur juridische problemen die concerns oproepen bij een contractswissel in concernverband zoveel mogelijk aan te pakken via algemeen geldende regels en de daarop gebaseerde jurisprudentie.

5. Stellingen

- 1) Een contractswissel die tot stand komt op basis van een mobiliteitsclausule leidt tot een nieuwe arbeidsovereenkomst met een ander concernonderdeel. De beperkte wilsvrijheid aan de kant

⁹¹ Rb. Amsterdam 24 november 1999, *JAR* 2000/25 (*Van den Bergh/ROC Zadkine*).

⁹² Gerechtshof 's-Hertogenbosch 5 maart 2013, *JAR* 2013/106 (*Stichting Traject*).

⁹³ HvJEU 5 december 2013, *JAR* 2014/37 (*Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken*). Zie HvJEG 30 september 2003, *JAR* 2004/52 (*Köbler*) en HvJEG 30 november 2000, *JAR* 2001/97 (*Österreichischer Gewerkschaftsbund*).

van de werknemer rechtvaardigt evenwel dat ook bij een wijziging van werkzaamheden de wettelijke regels van het opvolgend werkgeverschap op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijn.

- 2) De redelijkheid en billijkheid bieden via de algemeen geldende regels afdoende mogelijkheden om bij contractswissel binnen concernverband rekening te houden met het concern als economische entiteit.

Hoofdstuk 4: Onvrijwillige concernaansprakelijkheid

F.G. Laagland¹

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

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

1. Probleemstelling en afbakening²

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

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

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

2. Technieken voor doorbraak van aansprakelijkheid

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Onrechtmatig handelen jegens schuldeisers in het algemeen

3.1. Van misbruik en het hebben van een zorgplicht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2. Een hechte concernstructuur

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3. Het schenden van de zorgplicht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁹ Vgl. Sangen (2009) t.a.p., p. 152.

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

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

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

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

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

³² HR 16 juni 2000, *NJ 2000/578 (Van Dooren q.q./ABNAMRO)*.

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

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

4. Werknemers als bijzondere categorie schuldeisers

4.1. Toepassing en invulling van de zorgplicht in het arbeidsrecht

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

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

4.2. De zorgplicht bij een contractswissel met behoud van werkzaamheden

Bij een contractswissel met behoud van werkzaamheden vormt met name het niet voldoen aan de waarschuwingsplicht een grond voor succesvolle doorbraakgevallen. In een casus die leidde tot het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 25 februari 2014 was de werknemer overgehaald bij een andere vennootschap in dienst te treden en werd de nieuwe werkgever na enige tijd failliet verklaard.³⁷ Het hof achtte zowel de directeur als de voormalige werkgever³⁸ schadelijkt op grond van onrechtmatig handelen.³⁹ Relevant was het feit dat de arbeidsovereenkomst qua inhoud en opmaak identiek was, de werknemer zijn werkzaamheden ongewijzigd had voortgezet, geen detacheringsovereenkomst was overgelegd en zijn voormalige werkgever feitelijk het loon was

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

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

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

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

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

blijven betalen en hem zijn ontslag had aangezegd.⁴⁰ Een soortgelijk feitencomplex lag ten grondslag aan de uitspraak van de Kantonrechter Utrecht van 7 maart 2014.⁴¹ Het ging ditmaal om meerdere arbeidsovereenkomsten die op initiatief van het concern waren ondergebracht bij een andere werkmaatschappij. De werkzaamheden bleven ook nu ongewijzigd. De kantonrechter overwoog dat de ex-werkgever (een zustervennootschap) de werknemers had moeten waarschuwen dat hun nieuwe werkgever in moeilijke financiële omstandigheden verkeerde. Dit was de reden waarom het ontbindingsverzoek op grond van bedrijfseconomische redenen werd geweigerd. Hoewel het onrechtmatig handelen van de zustervennootschap in de procedure niet ter discussie stond, ligt een vordering in die richting wel in het verlengde. Indien de werkgever in de toekomst het loon niet meer kan betalen (hetgeen niet onwaarschijnlijk lijkt), hebben de werknemers mijns inziens een kansrijke aansprakelijkheidsvordering op hun oud werkgever.

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

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

⁴¹ Ktr. Utrecht 7 maart 2014, *JAR* 2014/94 (*Octraat BV*).

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

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

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

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

4.3. De zorgplicht bij een contractswissel met wijziging van werkzaamheden

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Een hechte financiële verbondenheid tussen de moeder en dochter kan ertoe leiden dat de moeder gehouden is haar dochter bij betalingsonwil tot voldoening van loonaanspraken aan te zetten. Deze situatie deed zich voor in een uitspraak van het Hof Amsterdam van 13 januari 2015.⁵¹ Toen de werknemer zich op een gegeven moment ziek meldde, weigerde zijn werkgever het loon te betalen met als argument dat hij daartoe financieel niet in staat was. De werknemer sprak met succes de moedervenootschap aan op grond van onrechtmatige daad. Ik begrijp de uitspraak zo dat de moeder zich via de interne zeggenschapslijnen had moeten inzetten voor de betaling van het loon. De reikwijdte van de instructieplicht kan per geval verschillen. In voornoemde zaak was de moeder de ultieme aandeelhouder en bestuurder van de dochter. De moeder had het aldus in haar macht de instructie tot betaling uit te (laten) voeren. Dat is niet altijd het geval. De kaarten komen anders te liggen indien de hechte concernstructuur blijkt uit de nauwe financiële verwevenheid tussen beide vennootschappen. Het bestuur van de dochter dient dan een eigen – weliswaar door het door de moeder opgelegde instructie ingekaderde – belangenafweging te maken.⁵² Ik sluit niet uit dat de moeder in dat geval zelf voor voldoening moet instaan.

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

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

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

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

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

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

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

4.6. Het wekken vertrouwen als bijzondere categorie

De omstandigheid kan zich voordoen dat de werknemer aan verklaringen en/of gedragingen van de moeder het vertrouwen heeft mogen ontlenen dat de moeder voor bepaalde aanspraken zou instaan indien de dochter geen verhaal biedt. Uit het enkele feit dat de moeder in de financiering van de dochter voorziet, kan niet per definitie een toerekenbare schijn van medegebondenheid van de moeder voor door de dochter aangegane verplichtingen jegens de werknemers worden afgeleid. Illustratief is het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch uit 2009.⁵⁶ De grootmoeder had jaren in de financiering van de kleindochter voorzien. Tijdens een reorganisatie van de dochter zegde de moedervenootschap het verstrekte rekening-courant op, staakte de financiering en eiste de tekorten op. De dochter ging vervolgens failliet waardoor de werknemers de aan hen toegekende ontbindingsvergoedingen niet kregen uitgekeerd. Het hof achtte het handelen van de moeder niet onrechtmatig mede omdat niet bleek van een hechte concernstructuur. Met andere woorden: er bestond geen zorgplicht.

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

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

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

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

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

Ik ben één uitspraak tegengekomen waarin werknemers en vakbonden een beroep deden op de juridische figuur van borgtocht. Het betreft een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden uit 2015.⁵⁸ De moeder had zich garant gesteld voor de verplichtingen uit een sociaal plan overeengekomen tussen haar dochter en de vakbonden. Het hof kwalificeerde de garantstelling als een borgtocht. De werknemers schoten hier alleen weinig mee op. De borgtocht had betrekking op het sociaal plan en de betreffende werknemers vielen buiten de werkingssfeer daarvan. In twee uitspraken uit 2011 wezen de feiten eveneens in de richting van een borgtocht. Het ging wederom om de nakoming van een sociaal plan.⁵⁹ Hoewel door de (groot)moeder toezeggingen waren gedaan, baseerden de vakbonden respectievelijk de werknemers hun vorderingen op de onrechtmatige daad. Nu leverde dat geen problemen op omdat in beide zaken sprake was van een hechte concernstructuur die bleek uit een intensieve beleidsbemoeyenis. Maar dat hoeft uiteraard niet het geval te zijn. Ontbreekt een hechte concernstructuur, dan biedt de regeling van een borgtocht een mogelijkheid tot aansprakelijkheid waar die anders had ontbroken.

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

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

⁵⁸ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1933.

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

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

5. Enkele slotopmerkingen en aanbevelingen

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

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

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

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

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

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

6. Stellingen

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

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

*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 Aequi* 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 vóórdat 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 ernaar 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.

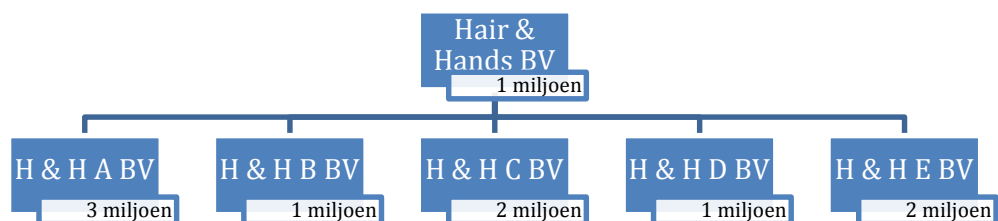
Dat men over bepaalde, in dit preadvies te behandelen, thema's verschillend kan denken naar gelang het type concern, mogen de volgende twee voorbeelden verduidelijken. De vraag die in beide hieronder te schetsen situaties aan de orde is, is die naar de mogelijkheid van doorbraak van aansprakelijkheid,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



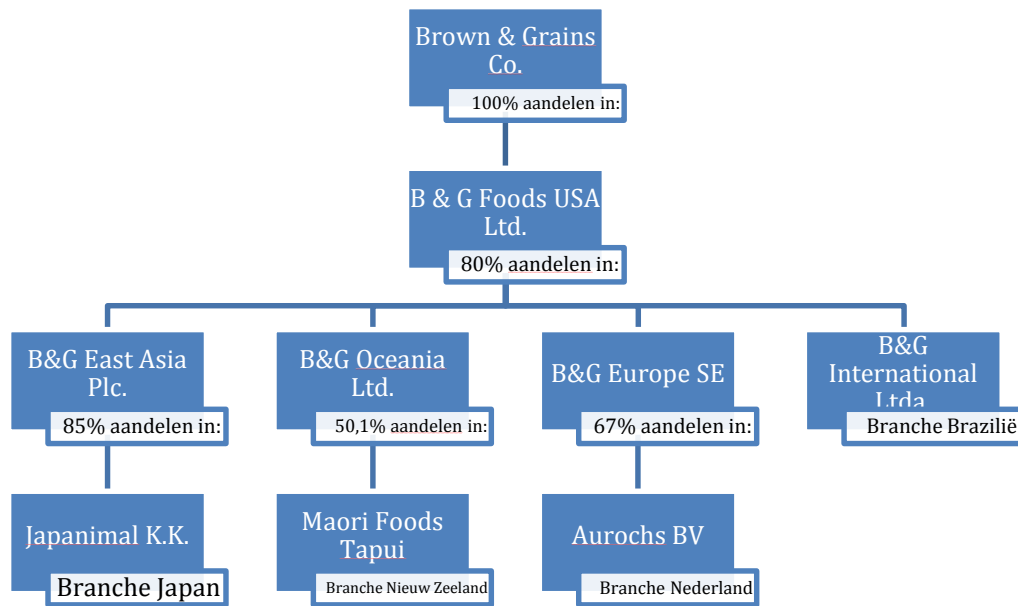
Vóór de concernvorming zat in Hair & Hands BV een eigen vermogen van tien miljoen euro. Na de splitsing is het vermogen als volgt verdeeld:



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. Verhulst (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 groepswerker 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.

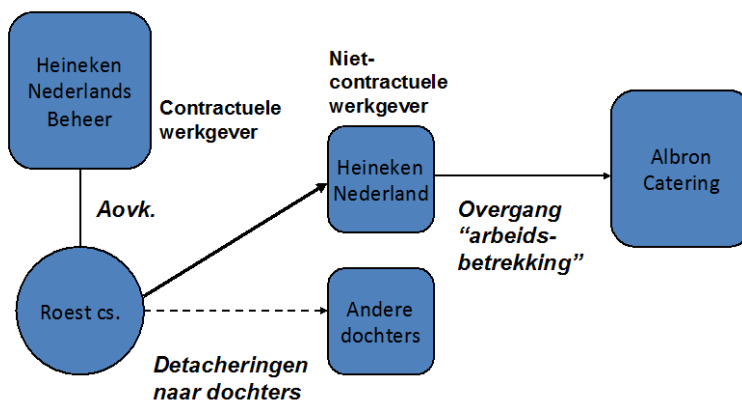
⁴⁸ Ktr. Utrecht 15 maart 2006, *JAR* 2006/80.

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.”

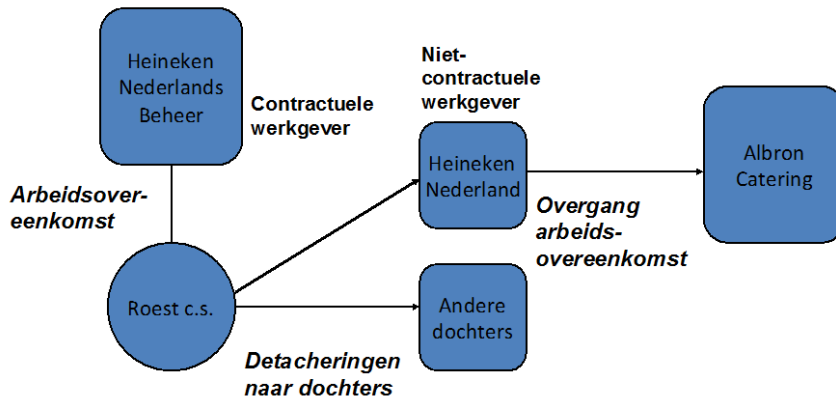
Grafisch weergegeven heeft het Hof van Justitie als volgt geoordeeld:

Hof van Justitie van de EU 21 oktober 2010



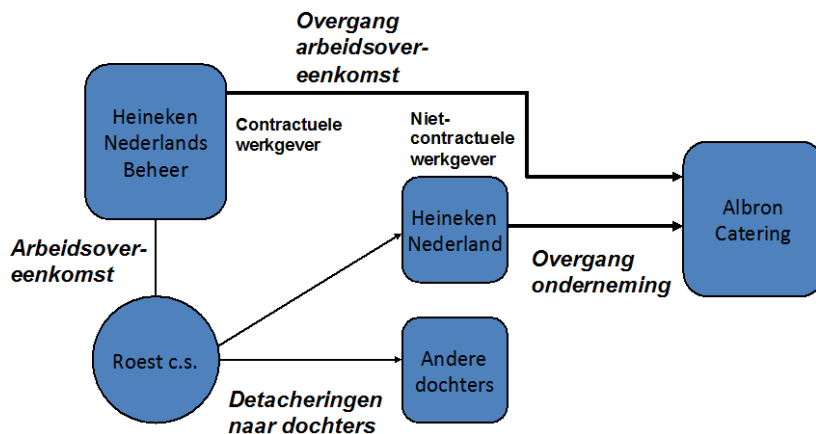
Na het oordeel van het Hof van Justitie op de prejudiciële vragen oordeelde het Hof Amsterdam dat Roest op basis van de artikelen 7:662 e.v. BW was overgegaan naar Albron, al hanteerde het hof dat via een andere constructie. Het hof oordeelde immers dat HN – de niet-contractuele werkgever – de *arbeidsovereenkomst*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

Preadvies Levenbach/VvA

Concernwerkgeverschap

Voorwoord

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

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

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

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

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

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

Preadviesaanvraag

Ten behoeve van het preadvies: concernwerkgeverschap

Preadviseurs:

Prof. dr. R.M. Beltzer

Dr. L. v.d. Berg

Dr. F.G. Laagland

Inleiding

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

Bij het formuleren van een antwoord op deze vraag, dient men van zekere kaders uit te gaan.

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

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

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

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

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

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

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

Inhoudsopgave

| | | |
|-------|--|----|
| 5.1 | Inleiding | 3 |
| 5.2 | Interpretatie dienstbetrekking vóór en na 2006 | 7 |
| 5.2.1 | Werknemer, werkgever, territorialiteit | 7 |
| 5.2.2 | Klassieke benadering dienstbetrekking..... | 9 |
| 5.2.3 | Overgang naar fiscaal regime van rechtsbescherming..... | 11 |
| 5.3 | Interpretatie ‘normale’ tussenkomstsituaties vóór en na 2006 | 14 |
| 5.3.1 | Inleiding..... | 14 |
| 5.3.2 | Klassieke benadering..... | 15 |
| 5.3.3 | Consequenties fiscaal regime van rechtsbescherming..... | 19 |
| 5.3.4 | Conclusie | 23 |
| 5.4 | Concernwerkgeverschap..... | 24 |
| 5.4.1 | Inleiding..... | 24 |
| 5.4.2 | Medewerkgeverschap in de klassieke jurisprudentie van de CRvB..... | 25 |
| 5.4.3 | Doorprikken personeelsvennootschap in de klassieke jurisprudentie | 29 |
| 5.4.4 | Consequenties fiscaal regime van rechtsbescherming..... | 30 |
| 5.4.5 | Schijnhandeling..... | 31 |
| 5.4.6 | Fraus legis | 35 |
| 5.4.7 | Beschouwing | 37 |
| 5.5 | Beoordeling en ficties vestigingsplaats..... | 44 |
| 5.5.1 | Inleiding | 44 |
| 5.5.2 | Materiële beoordeling vestigingsplaats | 45 |
| 5.5.3 | Vaste vertegenwoordiger en vaste inrichting | 48 |
| 5.6 | Aansprakelijkheden voor premies in het concern..... | 49 |
| 5.6.1 | Inleiding..... | 49 |
| 5.6.2 | Inlenersaansprakelijkheid..... | 52 |
| 5.6.3 | Aansprakelijkheid voor in het buitenland gevestigde rechtspersonen | 57 |
| 5.6.4 | Bestuurdersaansprakelijkheid van commerciële rechtspersonen | 57 |
| 5.6.5 | Aansprakelijkheid voor aansprakelijkheidsschulden | 63 |
| 5.6.6 | (Mede-)werkgeverschap en de hoofdelijke aansprakelijkheden | 64 |

5.6.7 Beschouwing..... 66

5 Concernwerkgeverschap in de werknemersverzekeringen

5.1 Inleiding

Bij de discussie over de vraag wie werkgever is in het concern gaat het in het algemeen over de achterliggende vraag in hoeverre verhinderd kan worden dat door de inschakeling van een personeelsvennootschap als werkgever de billijke toepassing van bepaalde rechtsnormen wordt omzeild. De tewerkstelling van personeel door een personeelsvennootschap aan een werkmaatschappij is in de sfeer van de werknemersverzekeringen niet direct problematisch. Het bestaan van een (eventuele) uitzendovereenkomst of arbeidsovereenkomst met een personeelsvennootschap in plaats van een arbeidsovereenkomst met een werkmaatschappij doet in beginsel namelijk niet af aan de rechten die het personeel aan de verplichte werknemersverzekeringen kan ontleen. Wanneer sprake is van een arbeidsovereenkomst (dienstbetrekking), leidt dat immers naar Nederlands recht tot verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen. Er zijn echter situaties denkbaar waarin de inschakeling van personeelsvennootschappen in de sfeer van de werknemersverzekeringen wel als verdacht of ongewenst kan worden aangemerkt. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de inschakeling van rechtspersonen als (beoogd) gevolg heeft, dat de Nederlandse verzekerings- en premieplicht wordt omzeild. Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn bij tewerkstelling van buiten Nederland woonachtige werknemers aan een Nederlandse moedervernootschap door een buiten Nederland gevestigde dochtervennootschap. Een andere uitzondering vormt de situatie dat (met) de inschakeling van een personeelsvennootschap niet zozeer wordt (beoogd te) ontkomen aan het bestaan van een verzekerings- en premieplichtige arbeidsrelatie, maar aan de aansprakelijkheid voor de premies werknemersverzekeringen, bijvoorbeeld door de inschakeling van een personeelsvennootschap waarop beperkt of geen verhaal mogelijk is.

Het Nederlandse wettelijke systeem ter beoordeling van de verzekerings- en premieplicht kent verschillende instrumenten die kunnen worden ingezet bij de

bestrijding van de ongewenste gevolgen van de inschakeling van een personeelsvennootschap in concernverband. Ten eerste kan worden gewezen op de mogelijkheden die de interpretatie van de dienstbetrekking door de socialeverzekeringsrechter bieden. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) - tot 2006 de hoogste rechter in kwesties omtrent de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen - hield er een zogenoemde materiële benadering van de dienstbetrekking op na. Deze benadering (hierna: klassieke benadering) maakte het mogelijk bij vormen van terbeschikkingstelling van personeel in concernverband een vorm van 'medewerkgeverschap' te aanvaarden. Dit medewerkgeverschap kon bij internationale terbeschikkingstelling van personeel leiden tot de vaststelling van verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen en leidde bovendien tot een uitbreiding van de verhaalsmogelijkheden in geval van niet-betaling van de premies.

Sinds 1 januari 2006 geldt echter als gevolg van de Wet Financiering Sociale Verzekeringen (WSFV) een (grotendeels) fiscaal regime van rechtsbescherming als het gaat om de uitleg van het begrip dienstbetrekking in de werknemersverzekeringen. Sinds het arrest De Gouden Kooi is duidelijk, dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van privaatrechtelijke dienstbetrekking, aangesloten wordt bij de door de Hoge Raad voor de uitleg van de arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek (BW) voorgeschreven benaderingswijze.¹ Voorts is van belang, dat de figuur van het medewerkgeverschap van rechtspersonen door de (belastingkamer van de) Hoge Raad niet (expliciet) is aanvaard. Een en ander leidt tot vragen over de ruimte die de socialeverzekerings- en fiscale rechter (thans) hebben om door middel van de interpretatie van de dienstbetrekking door ongewenste constructies met personeelsvennootschappen heen te prikken.

Naast het feit dat de interpretatie van de dienstbetrekking het mogelijk maakt een ander dan de 'papieren werkgever' als (mede-)werkgever aan te merken, bevatten het socialezekerheids- en fiscale recht ook nog andere mogelijkheden om de ongewenste gevolgen van de inschakeling van rechtspersonen in concernverband te redresseren. In fiscalibus kunnen bijvoorbeeld (ook) de methoden *fraus legis* en simulatie worden ingezet om te komen tot een doelmatige belastingheffing. Gelet op de ruimte die de

¹ HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR: BP3887, RSV 2011/166, m.nt. van den Berg, AR-commentaar J.P.H. Zwemmer 0232.

interpretatie van de dienstbetrekking thans biedt, rijst de vraag welke (aanvullende of beperkende) betekenis deze leerstukken kunnen hebben bij het doorprikken van schijnconstructies met rechtspersonen in concernverband. Deze vraag klemt des te meer, wanneer de interpretatie van de dienstbetrekking (thans) onvoldoende mogelijkheden biedt recht te doen aan doel en strekking van de wettelijke systematiek inzake de beoordeling van de dienstbetrekking.

Verder bevatten de werknemersverzekeringswetten ook specifieke instrumenten die rekening houden met de 'maatschappelijke of economische realiteit' achter het 'juridische' verschijnsel van 'rechtspersoon'. In gevallen waar buitenlandse rechtspersonen als werkgever worden ingeschakeld teneinde te ontkomen aan de Nederlandse verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen, zou in voorkomende gevallen de in artikel 2, lid 1 ZW voorgeschreven materiële beoordeling van de vestigingsplaats van de rechtspersoon- werkgever uitkomst kunnen bieden. Bovendien kan worden gewezen op de fictie die in artikel 3, lid 2 onderdeel a ZW is opgenomen wanneer sprake is van een in het buitenland gevestigde werkgever. Voor zover de in het buitenland gevestigde werkgever beschikt over een vaste vertegenwoordiger of vaste inrichting in Nederland, wordt de buitenlandse werkgever geacht in Nederland gevestigd te zijn.

Ten slotte bevat de Invorderingswet (IW) 1990 verschillende hoofdelijke aansprakelijkheidsbepalingen die door de ontvanger kunnen worden ingeroepen wanneer rechtspersonen als werkgever worden ingeschakeld waardoor (deels) wordt ontkomen aan aansprakelijkheid en/of verhaal van (onder meer) de premies werknemersverzekeringen.

Een en ander geeft aanleiding tot de vraag naar de noodzaak of wenselijkheid van (vormen van) mede-werkgeverschap van de in het concern verbonden vennootschappen (personeelsvennootschap, werkmaatschappij en/of moedervenootschap) in de werknemersverzekeringen, in het navolgende gemakshalve ook aangeduid als 'concernwerkgeverschap'. In het navolgende zal de vraag naar noodzaak en wenselijkheid van concernwerkgeverschap hoofdzakelijk worden beoordeeld aan de hand van de mogelijkheden die er volgens het nationale recht zijn om

in geval van de ongewenste inschakeling van personeelsvennootschappen tot redres te komen.

Leeswijzer

Omdat in het navolgende de focus ligt op de mogelijkheden die er volgens het nationale recht zijn om in geval van de ongewenste inschakeling van personeelsvennootschappen tot redres te komen, zal hoofdzakelijk worden ingegaan op de (uitleg van) de relevante (nationale) bepalingen die een rol kunnen spelen in gevallen die worden gepresenteerd als (internationale) intraconcerndetachering.

In par. 5.2 zullen eerst enkele achtergronden worden geschetst. Aan de orde komen onder meer de relevantie van het vaststellen wie werkgever (en werknemer) is in de werknemersverzekeringswetten op de regels inzake territorialiteit (par. 5.2.1). Ook wordt ingegaan op de (achtergronden van de) klassieke benadering van de CRvB van bovengenoemde bepalingen in 'normale gevallen' alsmede op de mogelijke consequenties van de bedoelde overgang voor de uitleg van de dienstbetrekking. Vervolgens zal worden ingezoomd op de (uitleg) van de relevante bepalingen in geval van terbeschikkingstelling van personeel in 'normale gevallen' (par. 5.3).

Daarna wordt ingegaan op de mogelijkheden die de rechter voor en na de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming ten dienste staan om in gevallen van (internationale) intraconcerndetachering tot de aanwezigheid van verzekerings- en premieplicht te kunnen concluderen (par. 5.4 en 5.5). In een beschouwing zal antwoord worden gegeven op de vraag welke ruimte er is om de inschakeling van een personeelsvennootschap bij de interpretatie van de dienstbetrekking te negeren en of het ontbreken van medewerkgeverschap in concernverband onwenselijk is.

Hierna komen de hoofdelijke aansprakelijkheidsbepalingen aan de orde die door de ontvanger kunnen worden ingeroepen wanneer rechtspersonen als werkgever worden ingeschakeld waardoor (deels) wordt ontkomen aan aansprakelijkheid en/of verhaal van (onder meer) de premies werknemersverzekeringen. Voorts zal worden ingegaan op de wenselijkheid van medewerkgeverschap in dit verband (par. 5.6).

5.2 Interpretatie dienstbetrekking vóór en na 2006

5.2.1 Werknemer, werkgever, territorialiteit

Uit artikel 16 Wet WIA, artikel 20 ZW en artikel 15 WW volgt dat de werknemers in de zin van deze wetten verzekerd zijn. Werknemers in de zin van de wetten zijn van rechtswege verzekerd en kunnen bij het intreden van ziekte, werkloosheid of arbeidsongeschiktheid aanspraak maken op een uitkering. De regels betreffende verzekeringsplicht zijn te vinden in artikel 3 tot en met 8b ZW, artikel 3 tot en met 8 WW, artikel 3 tot en met 8 WAO en artikel 7 tot en met 10 Wet WIA. Werknemers in de zin van de wetten zijn in het algemeen de personen die in een privaatrechtelijke (of publiekrechtelijke), dan wel in een met een dienstbetrekking gelijkgestelde arbeidsverhouding werkzaam zijn.² Volgens artikel 8 lid 1 Wet WIA sluit de wet qua personele werkingssfeer grotendeels aan bij de ZW. Omdat de regels over de personele werkingssfeer in de verschillende wetten grotendeels overeen stemmen, verwijs ik in het navolgende gemakshalve uitsluitend naar de bepalingen in de ZW. Hoewel de werknemersverzekeringswetten een ruimer toepassingsbereik hebben dan de privaatrechtelijke dienstbetrekking (arbeidsovereenkomst of uitzendovereenkomst naar burgerlijk recht), beperk ik mijn analyses tot de privaatrechtelijke dienstbetrekking.

Werknemer en werkgever staan tot elkaar in een dienstbetrekking. Het bestaan van een verzekeringsplichtige dienstbetrekking heeft (in de regel³) tot gevolg dat de werkgever verplicht is tot premiebetaling, het bijhouden van een loonadministratie en het doen van loonopgaven. De vraag welk onderdeel van een concern als werkgever in de zin van de werknemersverzekeringswetten kan worden aangemerkt is dus van belang bij het bepalen welk subject premieplichtig is. De vaststelling van degene die (primair) premieplichtig is, kan bovendien een rol spelen bij de vraag wie ingevolge de Invorderingswet 1990 (IW) hoofdelijk aansprakelijk is voor de niet-betaalde premie. De

² In artikel 9 WIA, (artikel 7, 7a en 7b WAO) artikel 8 WW, en artikel 7, 8 en 8a ZW wordt een aantal personen die niet meer (in staat zijn) arbeid in dienstbetrekking (te) verrichten wegens ziekte, werkloosheid of arbeidsongeschiktheid als werknemer aangemerkt.

³ De WFSV bevat in bepaalde gevallen premievrijstellingsregelingen, vgl. artikel 51 e.v. WFSV.

vraag 'wie' werkgever is kan ten slotte in bepaalde gevallen een rol spelen bij de beoordeling of een bepaalde arbeidsverhouding überhaupt verzekerings- en premieplichtig is voor de werknemersverzekeringen.

Naar nationaal recht leidt het verrichten van arbeid buiten Nederland ten behoeve van een buitenlandse 'werkgever' ingevolge artikel 3, tweede lid ZW in beginsel niet tot een verzekeringsplichtige dienstbetrekking. Van een verzekerings- en premieplichtige dienstbetrekking is wel sprake indien werkzaamheden in het buitenland worden verricht voor een Nederlandse werkgever. Voor zover een buitenlandse werkgever in Nederland een vaste inrichting van zijn beroep of bedrijf of een in Nederland gevestigde inrichting heeft, wordt de werkgever gelijkgesteld met een in Nederland gevestigde werkgever.⁴ De wijze van beoordeling van de vestigingsplaats van de werkgever komt verder aan bod in par. 5.5.

Ingevolge artikel 3, lid 5 ZW kan in sommige gevallen bij AmvB worden afgeweken van de in artikel 3, lid 2 neergelegde hoofdregel. De AmvB betreft het Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden werknemersverzekeringen (BUB) 1990. Het BUB 1990 breidt enerzijds de kring van verzekerden uit met een aantal categorieën personen die niet aan de territorialiteitseisen voldoen, anderzijds somt het een aantal situaties op waarin personen, hoewel zij aan de gestelde voorwaarden voldoen, niet als werknemer worden beschouwd. Een uitbreiding van de kring van verzekerden vormt bijvoorbeeld artikel 3 BUB aangaande buiten Nederland wonende werknemers in het internationaal vervoer die werkzaam zijn voor een in Nederland gevestigde werkgever. Een belangrijke beperking in dit verband betreft de zogeheten detacheringsbepaling in artikel 14 BUB 1990. Indien een buiten Nederland wonende werknemer in dienst is van een buitenlandse werkgever en maximaal een half jaar in Nederland werkzaam is, is in beginsel geen sprake van verzekerings- en premieplicht. Deze bepalingen zijn gelet op

⁴ Van belang is op te merken, dat de wettekst (artikel 3, lid 2 sub a en b ZW) ruimte lijkt te laten voor een zeer ruim toepassingsbereik van de wettelijke fictie. De woorden 'voor zover' in de bedoelde onderdelen geven volgens de CRvB echter het kader aan waarbinnen artikel 3, lid 2 onderdeel a en b ZW kunnen worden toegepast en kunnen dus niet worden uitgebreid tot 'indien'. Anders zou het niet bedoelde gevolg zijn dat de Nederlandse werknemer die in dienst is van een buitenlandse rechtspersoon en overal ter wereld werkzaamheden verricht, in Nederland verzekerd is als die buitenlandse rechtspersoon hier te lande over een vaste vertegenwoordiger of een vaste inrichting beschikt, zie in dit verband onder meer: CRvB 22 maart 1977, RSV1978/178; CRvB 15 november 1989, AB 1990/38.

artikel 3a ZW van belang in situaties waarin de aanwijsregels van Verordening 883/2004 of bilaterale verdragen inzake sociale zekerheid niet van toepassing zijn.⁵

5.2.2 Klassieke benadering dienstbetrekking

Een belangrijk probleem bij de vaststelling van de aard van de dienstbetrekking is in de werknemersverzekeringen, net als in de jurisprudentie inzake art. 7:610 BW in het arbeidsrecht, de vraag welke betekenis toekomt aan de wijze waarop de partijen hun verhouding hebben gekwalificeerd. Volgens de klassieke benadering van de CRvB, dat wil zeggen de benadering van voor de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming in 2006, had de kwalificatie van de rechtsverhouding door de partijen nauwelijks betekenis. Een goed voorbeeld geven de overwegingen, die de CRvB deed ten aanzien van cursusdocenten.⁶

In de uitspraak overweegt de CRvB dat het al *dan niet aangaan van een arbeidsovereenkomst* geen feit van doorslaggevende betekenis vormt, omdat uit het feitencomplex kan blijken dat aan de elementen van de arbeidsovereenkomst is voldaan. Volgens de CRvB moest op de werkelijke aard van de verhouding worden gelet en is niet beslissend hoe een arbeidsverhouding door partijen wordt gekwalificeerd.⁷

Bij deze beoordeling zijn de omstandigheden waaronder wordt gewerkt van groot gewicht. De meer materiële benadering van de dienstbetrekking heeft te maken met het verplichte karakter van de sociale werknemersverzekeringen, waarbij keuzevrijheid omtrent het al dan niet verzekerd zijn zoveel mogelijk moet worden voorkomen. Wanneer strategische keuzes over het al dan niet verplicht verzekerd zijn mogelijk zouden zijn, zou dit het op solidariteit gebaseerde stelsel, dat zijn bestendigheid ontleent aan het mengen van goede en slechte risico's in gevaar worden gebracht. Het voordeel van deze benadering is, dat die bestand is tegen zogenaamde rechtsvormenvlucht. Vof-constructies⁸, tussenschuiving van een management-bv als opdrachtnemer⁹, franchise¹⁰-, verhuur¹¹- en verkoopconstructies kunnen hierdoor

⁵ Zie hierover verder: J.G.A.M. Weerepas, *Loonheffingen in internationaal verband*, Deventer: Kluwer 2014, hst. 8 en 9. Zie omtrent

⁶ CRvB 23 oktober 1997, RSV 1998/31

⁷ CRvB 5 juni 2008, LJN BD 3803. Zie ook: CRvB 11 maart 2010, BL9457, waarin de CRvB overwoog dat de intentie van partijen geen rol van betekenis speelt.

⁸ Vgl. CRvB 23 oktober 2003, USZ 2003/263

⁹ Zie daarvoor: L. van den Berg, *Tussen feit en fictie, Rechtspersoonlijkheid en de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen*, diss. Nijmegen, 2010, hoofdstuk 5.

zonder veel omhaal worden doorgeprikt. Hierdoor wordt paal en perk gesteld aan bewuste ontduiking van de verzekeringsplicht. Een ander voordeel is, dat de concurrentieverhoudingen niet verstoord raken en dat partijen worden beschermd tegen onderschatting van het risico op werkloosheid of arbeidsongeschiktheid.

De materiële benadering is niet slechts een hulpmiddel bij de beperking van het ontgaan van de verzekerings- en premieplicht, maar is ook een nuttig instrument bij de bestrijding van oneigenlijk gebruik van de werknemersverzekeringen. In dat verband kan worden gewezen op de zogenaamde leer van de reële gezagsverhouding. Het antwoord op de vraag of van een 'reële gezagsverhouding' sprake is, wordt afgeleid uit de vraag of de achterliggende persoonlijke banden en/of zakelijke belangen in de weg staan aan een reële mogelijkheid tot gezagsuitoefening. Arbeidsverhoudingen waar weliswaar op papier van de mogelijkheid van gezagsuitoefening blijkt, maar waarin feitelijk van het verrichten van werkzaamheden in ondergeschiktheid geen sprake is, kunnen op deze manier buiten het toepassingsbereik van de werknemersverzekeringen worden gebracht. De leer van de reële gezagsverhouding speelde onder meer een rol in de klassieke jurisprudentie omtrent de directeur-groootaandeelhouder. De 'feitelijke omstandigheden' maken het volgens de CRvB in het algemeen onaannemelijk dat bij een directeur-groootaandeelhouder van een arbeidsovereenkomst sprake is. De beschikking over de feitelijke macht in de algemene vergadering van aandeelhouders valt naar het oordeel van de CRvB niet te rijmen met de essentiële kenmerken van een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht, namelijk de gezagsverhouding en ondergeschiktheid.¹²

Een principieel argument voor de uitsluiting van de directeur-groootaandeelhouder van de werkingssfeer van de werknemersverzekeringen is de omstandigheid, dat in de directeur-groootaandeelhouder de werkgevers- en werknemersbelangen zijn verenigd. Als bestuurder-werknemer van de vennootschap heeft de directeur-groootaandeelhouder belang bij zo gunstig mogelijke uitkeringsvoorwaarden, terwijl het voor de aandeelhouder-werkgever van belang is de kosten van de sociale verzekeringen zo laag

⁹ CRvB 17 december 1998, *USZ* 1999/64.
hoofdstuk 5 van mijn dissertatie.

¹⁰ CRvB 17 december 1998, *USZ* 1999/64

¹¹ CRvB 1 mei 2006, *USZ* 2006/113.

¹² CRvB 4 oktober 1985, *RSV* 1986/21 (m.nt. E.P. de Jong); *AB* 1986/38 (m.nt. JHS).

mogelijk te houden. De directeur-groootaandeelhouder bevindt zich, in tegenstelling tot 'gewone werknemers' in een positie waarin hij de (geldelijke) verplichtingen en prestaties van de sociale werknemersverzekeringen kan beïnvloeden. Deze positie strijdt volgens de CRvB met het verplichte karakter van de socialezekerheidswetgeving, waaraan het uitgangspunt is verbonden dat voorkomen behoort te worden dat de belanghebbende door het kiezen van een niet met de werkelijke verhoudingen in overeenstemming zijnde constructie, hij het in feite in de hand heeft zichzelf onder de werknemersverzekeringen te brengen.¹³ Dit principiële argument laat zich ook vertalen in overwegingen van uitvoering. De bijzondere positie van de directeur-groootaandeelhouder, belemmert de praktische uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van de verplichte werknemersverzekeringen.¹⁴

5.2.3 Overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming

Sinds 1 januari 2006 heeft de (belastingkamer van de) Hoge Raad het laatste woord als het gaat over de uitleg van het begrip dienstbetrekking in de werknemersverzekeringen. Met ingang van de genoemde datum is er in de werknemersverzekeringwetten (art. 129d WW, 75m ZW en 116 Wet WIA) een cassatiemogelijkheid geïntroduceerd tegen uitspraken van de CRvB over het begrip dienstbetrekking in uitkeringszaken. In geschillen over het begrip dienstbetrekking in premiezaken geldt sinds diezelfde datum een fiscale rechtsgang. Het doel van deze overgang naar een (grotendeels) fiscaal regime van rechtsbescherming, is het bereiken van een zekere harmonisatie met de fiscale jurisprudentie omtrent het begrip dienstbetrekking in de loonbelasting. In het arrest de Gouden Kooi heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat het civielrechtelijke beoordelingskader (Groen-Schoeversleer) ook van toepassing is bij de beoordeling of sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking in de zin van de werknemersverzekeringen.¹⁵ Een en ander brengt mee, dat bij de toetsing of een rechtsverhouding beantwoordt aan de criteria voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, acht moet worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband gezien. Daarbij dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij

¹³ Vgl. CRvB 29 februari 1980, RSV 1981/222 (m.nt. E.P. de Jong).

¹⁴ Zie verder: L. van den Berg, Tussen feit en fictie, Rechtspersoonlijkheid en de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen, diss. Nijmegen, 2010, hoofdstuk 3.

¹⁵ HR 25 maart 2011, LJN BP3887, RSV 2011/166, m.nt. van den Berg, AR-commentaar J.P.H. Zwemmer 0232.

het aangaan van de rechtsverhouding voor ogen stonden, maar dient mede (of ook¹⁶) acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding en aldus daaraan inhoud hebben gegeven. Bij deze beoordeling speelt de maatschappelijke positie van de betrokken werker een rol.

In het arrest inzake de verzekerings- en premieplicht van de B-notarissen, die via aansluitingsovereenkomsten met hun persoonlijke houdstervennootschappen in een door een NV gedreven notarispraktijk werkzaam waren, heeft de Hoge Raad de te hanteren maatstaf verduidelijkt. Daarin overweegt de Hoge Raad dat geen doorslaggevende betekenis toekomt aan de wil van partijen ten aanzien van de juridische kwalificatie van hun overeenkomst, maar dat de werkelijk bestaande rechten en verplichtingen beslissend zijn, zo nodig ook die welke eerst blijken bij de uitvoering van de overeenkomst.¹⁷ Verder volgt uit de instructie van de Hoge Raad aan het verwijzingshof, dat een gescheiden beoordeling van verschillende elementen van een begripsomschrijving zich niet verdraagt met de maatstaf voor de beoordeling of sprake is van een arbeidsovereenkomst. Een en ander bracht mee, dat het verwijzingshof ook (de aard van) de dienstverrichting en de wijze waarop de beloning voor die dienstverrichting was vormgegeven (nader) in zijn oordeel diende te betrekken. Het hof had volgens de Hoge Raad verder ten onrechte geen rekening gehouden met de uit de wet op het notarisambt blijkende beroepsmatige onafhankelijkheid van de B-notarissen. Uit het arrest van de Hoge Raad kan worden afgeleid, dat de rechter bij de beoordeling of sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking het geheel van feiten en omstandigheden in zijn beoordeling (en motivering) dient te betrekken. Dat brengt mee dat de rechter zich niet uitsluitend dient te richten op feiten en omstandigheden die wijzen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst, maar dat ook de contra-indicaties uitdrukkelijk dienen te worden meegewogen. Zo staat het betaald worden per factuur op zichzelf niet aan de aanwezigheid van het loonelement in de weg, maar levert deze omstandigheid wel een contra-indicatie op voor de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst. De feitenrechter dient zich er in een dergelijk geval rekenschap

¹⁶ In het arrest Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM (HR 13 juli 2007, NJ 2007/ 449 m.nt. E. Verhulp; *ArA* 2007/3, m.nt. van den Berg 'herformuleerde' de Hoge Raad de Groen-Schoeversleer door uit te maken, dat 'ook' acht dient te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun rechtsverhouding.

¹⁷ HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:BU8926. Een en ander brengt mee, dat het zuiverder is ten aanzien van de rol van de uitvoering van de overeenkomst de in het arrest Groen-Schoevers geformuleerde criterium 'mede' in plaats van de in het arrest Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM gehanteerde 'ook' in aanmerking te nemen.

van te geven dat – ondanks de genoemde contra-indicatie – gelet op het geheel van relevante feiten en omstandigheden niettemin sprake is van een dienstbetrekking.

Ik heb in een bespreking van het arrest de Gouden Kooi mijn bedenkingen opgeworpen bij de vraag of op het terrein van de sociale zekerheid, loonbelasting en arbeidsrecht de benaderingswijze van de arbeidsovereenkomst thans ook daadwerkelijk is geüniformeerd. Omdat ook volgens civiele kamer van de Hoge Raad ‘de werkelijke partijbedoelingen bepalend zijn’, die (mede) zijn af te leiden uit de wijze van uitvoering aan de overeenkomst, leverde de Goen-Schoeversleer naar mijn mening de CRvB in het algemeen voldoende ruimte om de ‘materiële werkelijkheid’ bij de kwalificatie als dienstbetrekking de doorslag te laten geven.¹⁸

De vraag rijst of bovengenoemde constatering ook opgaat wanneer het gaat om de beoordeling van de (arbeids-)verhouding tot rechtspersonen. Duidelijk is inmiddels, dat de Hoge Raad ten aanzien van de kwestie of een directeur-grotaandeelhouder in een ondergeschiktheidsverhouding tot de vennootschap werkzaam is, uitdrukkelijk niet afwijkt van de reeds in 1940 uiteengezette formele lijn.¹⁹ In het arrest van 22 maart 2013 (inzake de werknemersverzekeringen) overwoog de Hoge Raad dat volgens vaste rechtspraak bij de beoordeling van de vraag of tussen een natuurlijke persoon en een rechtspersoon een gezagsverhouding bestaat, niet van belang is welke personen deel uitmaken van het orgaan van de rechtspersoon dat instructies aan die natuurlijke persoon kan geven. Of materieel sprake is van een gezagsverhouding is bij die beoordeling daarom niet relevant.²⁰ Met dit arrest plaatst de Hoge Raad de categorie bestuurders van rechtspersonen naar mijn mening uitdrukkelijk buiten de hierboven uiteengezette ‘normale toetsingswijze’ ter beoordeling van de aanwezigheid van een gezagsverhouding.

De CRvB, die thans nog als hoogste feitenrechter op het terrein van het begrip dienstbetrekking in uitkeringszaken optreedt, lijkt (voor wat betreft bestuurders van rechtspersonen) ruimhartig gehoor te geven aan de formele lijn van de Hoge Raad. Zo oordeelde de CRvB ten aanzien van een bestuurder van een coöperatieve vereniging - met een verwijzing naar laatstgenoemd arrest, dat anders dan de Raad in het verleden

¹⁸ Vgl. mijn noot bij HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR: BP3887, RSV 2011/166.

¹⁹ HR 7 februari 1940, NJ 1940/180, ARB 1941, p. 60 (m.nt. Levenbach).

²⁰ HR 22 maart 2013, USZ 2013/152; BNB 2013/143, m.nt. Kavelaars.

heeft geoordeeld,²¹ een bestuurder van een (coöperatieve) vereniging onderworpen is aan het gezag van de algemene ledenvergadering.²² Het ligt dus in de lijn der verwachting dat de CRvB ook voor wat betreft de beoordeling van het werkgeverschap in concernsituaties, behoedzaam de lijnen die de Hoge Raad heeft uitgezet, zal volgen.

Of de hierboven besproken formele lijn ook wordt gevolgd in gevallen waarin de vraag rijst of – in plaats van de ‘personeelsvennootschap’ die zich als werkgever heeft gepresenteerd - een andere vennootschap als werkelijke (mede-)werkgever moet worden beschouwd zal in par. 5.4 uitgebreid worden besproken.

5.3 Interpretatie ‘normale’ tussenkomstsituaties

5.3.1 Inleiding

In het onderhavige preadvies gaat het in het algemeen niet zozeer om de vraag *of* sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar om het vraagstuk *tot wie* de arbeidsovereenkomst bestaat (personeelsvennootschap, werk- of moedermaatschappij of (een deel van) het concern). Het is daarom van belang allereerst in zijn algemeenheid in te gaan op de bijzonderheden (voor en na de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming) van de benadering van de privaatrechtelijke dienstbetrekking in gevallen die worden gepresenteerd als terbeschikkingstelling van personeel in ‘normale tussenkomstsituaties’ Hiermee doel ik op gevallen waarin sprake is van terbeschikkingstelling van personeel buiten concernverband. Onderscheid zal worden gemaakt tussen de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW als de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW. Ook zal in worden gegaan op de ruimte die er voor en na overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming is om een ander dan degene zich als zodanig presenteert, als werkgever aan te merken. In dat verband zal

²¹ Volgens de klassieke jurisprudentie van de CRvB, was de verhouding tussen een bestuurder en de coöperatieve vereniging een verhouding ‘sui generis’ was. Een relatie van ondergeschiktheid van de bestuurder-directeur ten opzichte van de vereniging werd (behoudens gevallen van vormen die de trekken vertonen van ‘gezamenlijk ondernemerschap’) uitsluitend denkbaar geacht indien de bestuurder-directeur in verhouding tot het (meerkoppig) bestuur ondergeschikt was. Vgl. CRvB 18 augustus 1960, RSV 1960, 209, CRvB 4 februari 1974, RSV 1974, 232 en CRvB 29 februari 1980, RSV 1980, 222.

²² CRvB 5 juli 2013, USZ 2013/310, m.nt. Alink. Opgemerkt moet worden dat de Hoge Raad zich bij mijn weten nooit uitdrukkelijk heeft uitgelaten over de kwalificatie van de arbeidsverhouding van de bestuurder-directeur van een coöperatie. De gebruikmaking van de term ‘rechtspersoon’ in het arrest van 22 maart 2013 geeft echter (inderdaad) aanleiding uit te gaan van een dergelijke vergaande strekking van het arrest.

onder meer worden ingegaan op de relevante jurisprudentie van de (fiscale kamer van de) Hoge Raad inzake loonbelasting.

5.3.2 Klassieke benadering

Arbeidsovereenkomst

De benadering van de gezagsverhouding in tussenkomstsituaties verdient bijzondere bespreking. De CRvB blijkt het namelijk, anders dan de Hoge Raad inzake het arbeidsrecht,²³ niet mogelijk te achten dat een werkgever de nadere bepaling van de door de werknemer te verrichten werkzaamheden overlaat aan een derde, bij wie de werknemer in opdracht van de werkgever zijn werkzaamheden moet verrichten. In de (arbeidsrechtelijke) literatuur wordt in dit kader ook wel gesproken van het zogenaamde ‘gedelegeerd werkgeversgezag’.²⁴ Een en ander brengt mee, dat wanneer weliswaar aan de kant van de derde leiding en toezicht wordt uitgeoefend, maar de (bevoegdheid tot het geven van) aanwijzingen en controle bij het tussenkomstbureau niet of in te zwakke mate zichtbaar is, van een arbeidsovereenkomst met het tussenkomstbureau geen sprake kan zijn.²⁵

De voorbeelden die in de klassieke jurisprudentie van de CRvB zijn te vinden waarin een toch arbeidsovereenkomst tot het tussenkomstbureau werd aangenomen, betreffen veelal gevallen waarbij uit de feiten en omstandigheden een duidelijke noodzaak tot het uitoefenen van aanwijzingen en instructies en het houden van toezicht blijkt,²⁶ dan wel uit de feiten en omstandigheden van het geval kan worden afgeleid dat sprake is van aanwijzingen en controle.²⁷

Ruimte voor het doorprikken van ‘werkgeverschap’

Gegeven de omstandigheid, dat de klassieke benadering van de CRvB veel ruimte laat voor een ruime interpretatie van (de elementen van de) dienstbetrekking in combinatie met het gewicht dat wordt toegekend aan de wijze van uitvoering van de arbeidsrelatie,

²³ HR 14 oktober 1977, *NJ* 1978, 31. Zie ook HR 23 mei 1980, *NJ* 1980/633 en HR 18 mei 1988 *NJ* 1989/344.

²⁴ Vgl. F.B.J. Grapperhaus en M. Jansen, *De Uitzendovereenkomst*, Kluwer, Deventer 1999, p. 34; W.H.A.C.M. Bouwens, *Personeelswerving via het uitzendbureau*, *SR* 1988/1, p. 4 en J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, diss. Amsterdam UvA 2012, p. 27-28.

²⁵ CRvB 26 april 2001, *USZ* 2001/173. Vgl. CRvB 19 mei 2004, *ECLI:NL:CRVB:AP0518* en CRvB 16 december 2004, *ECLI:NL: CRVB: AS2529*.

²⁶ CRvB 16 december 1999, *USZ* 2000/45 (kraamverzorgsters via kraamzorgorganisatie)

²⁷ CRvB 1 september 2005, *ECLI:NL:CRVB:AU2296* (interimmanager via bureau voor interim-management).

rijst de vraag of er ruimte is om - in gevallen die gepresenteerd worden als tewerkstelling van personeel door een werkgever – uit te gaan van een arbeidsovereenkomst met de pretense inlener. Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend. Opgemerkt zij dat de vraag of een ander dan degene die zich als zodanig voordoet, als de werkelijke werkgever moet worden aangemerkt, in de jurisprudentie van de CRvB zelden aan bod komt. Dat is waarschijnlijk te verklaren door de omstandigheid dat zolang er premies werknemersverzekeringen worden afgedragen, geen aanleiding is voor onderzoek door het UWV (of inmiddels; de Inspecteur). In geval van niet-betaling van de premies werknemersverzekeringen zijn er bovendien ruime mogelijkheden anderen dan de werkgever voor de premieschuld aan te spreken (zie ook hierna par. 5.6). Bovengenoemde vraag zal daarom met name opkomen wanneer het accepteren van de tewerkstellingsconstructie meebrengt dat de betrokken werknemers buiten het toepassingsbereik van de Nederlandse werknemersverzekeringen vallen.

Een voorbeeld betreft de uitspraak inzake Slowaaks personeel op hotelschepen in de internationale binnenvaart, waarbij de toepasselijkheid van artikel 3 BUB 1990 in geschil was.²⁸ De rederijen die de hotelschepen exploiteerden hebben via een Slowaakse firma het Slowaakse personeel aangetrokken. De vraag was of de stelling dat het personeel in werkelijkheid in dienst was bij de rederijen, kon worden aanvaard. De rederijen gaven bij de firma aan hoeveel arbeidskrachten zij voor een seizoen nodig hadden. De firma wierf de arbeidskrachten en maakte afspraken over de hoogte van de salarissen. De firma heeft voor de werkzaamheden van de Slowaakse arbeidskrachten aan de rederijen maandelijks vaste bedragen gefactureerd (voor bemiddelingsprovisie, verzekering en reiskosten van de arbeidskrachten wanneer zij na 6 weken voor verlof naar Slowakije terugkeerden). Op basis van mondelinge afspraken betaalden de rederijen periodiek een contant bedrag per dag uit aan de Slowaakse arbeidskrachten. De hoogte van het uitbetaalde bedrag werd doorgegeven aan de firma. De rederijen waren in de positie om een Slowaakse arbeidskracht weg te sturen als deze niet functioneerde, en gaven dit door aan de firma, die een en ander vervolgens afwikkelde. Bovengenoemde feiten en omstandigheden vormden voor de CRvB voldoende

²⁸ Artikel 3 BUB bepaalt: *‘Als werknemer in de zin van de werknemersverzekeringen wordt beschouwd degene die niet in Nederland woont en behoort tot het rijdend, vliegend of op de binnenwateren varend personeel van een in Nederland wonende of gevestigde werkgever die internationaal vervoer verricht, tenzij hij in hoofdzaak in het woonland arbeid verricht dan wel werkt bij een filiaal of een vaste vertegenwoordiging van die werkgever buiten Nederland’.*

aanleiding uit te gaan van een arbeidsovereenkomst tussen de rederijen en de Slowaakse arbeidskrachten.²⁹ Opvallend is, dat de omstandigheid dat in het onderhavige geval de werving en selectie wel degelijk door de firma werd uitgevoerd, hieraan niet in de weg stond.

De conclusie uit deze schaarse rechtspraak is aldus dat het denkbaar is dat voor de toepassing van de werknemersverzekeringen door het 'werkgeverschap' van een 'bemiddelaar' of 'tussenkombureau kan worden heengekeken, omdat het in werkelijkheid de 'inlener' is die de (meeste) werkgeversfuncties uitoefent.

Uitzendovereenkomst

De uitzendovereenkomst kent een bijzondere regeling in het BW. De vraag rijst, of de CRvB hier voor de toepassing van de werknemersverzekeringen een bijzondere uitleg aan geeft. Artikel 7:690, lid 1 BW luidt als volgt:

'De uitzendovereenkomst is de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder leiding en toezicht van een derde'.

De CRvB beschouwt de uitzendovereenkomst als een 'bijzondere arbeidsovereenkomst'.³⁰ Dit betekent dat in de ogen van de CRvB voor het aannemen van een uitzendovereenkomst aan de voorwaarden van een arbeidsovereenkomst moet zijn voldaan.³¹ De CRvB kent echter bij de beoordeling van de arbeidsovereenkomst 'als onderdeel van de uitzendovereenkomst' een andere benadering van de gezagsverhouding dan bij de 'gewone arbeidsovereenkomst'. Voor de beantwoording van de vraag of in tussenkombituaties sprake is van een privaatrechtelijke dienstbetrekking, moet volgens de CRvB worden gelet op de artikelen 7:610 en 7:690 van het BW, welke in hun onderlinge samenhang in aanmerking moeten worden genomen.³² Dit brengt voor de gezagsverhouding mee, dat zij ook kan worden gevonden

²⁹ CRvB 12 januari 2006, ECLI:NL:CRvB:2006:AV1604. Gelet op de omstandigheid dat niet vaststond dat de arbeidskrachten in Nederland hadden gevaren, vormde het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning geen belemmering om artikel 3 BUB van toepassing te verklaren.

³⁰ CRvB 29 april 2004, RSV 2004/215.

³¹ CRvB 29 april 2004, RSV 2004/215. E. Verhulp, 'De ondergeschiktheid, het belemmeren en de ziekte van de uitzendkracht', SR 2001, p. 101-106 is van opvatting dat voor het aannemen van een uitzendovereenkomst niet aan de eisen van de arbeidsovereenkomst hoeft te zijn voldaan.

Zie onder meer: CRvB 29 april 2004, RSV 2004/215; CRvB 22 juli 2004, RSV 2004/293; CRvB 1 september 2005, RSV 2005/312.

in de vorm van leiding en toezicht bij de derde. In geval van een uitzendovereenkomst hoeft volgens de CRvB niet tevens sprake te zijn van een gezagsverhouding tussen de werkgever en de werknemer.³³

Een en ander brengt mee, althans voor arbeidsverhoudingen die voldoen aan de overige eisen van artikel 7:690 BW, dat de introductie van de uitzendovereenkomst in het BW, heeft geleid tot een potentieel ruimer toepassingsbereik van de privaatrechtelijke dienstbetrekking in tussenkomstsituaties. De CRvB lijkt bij de invulling van het element 'leiding en toezicht' overigens niet al te hoge eisen te stellen aan de mate waarin binnen de arbeidsverhouding aanwijzingen (kunnen) worden verstrekt en/of controle en toezicht (kan) word(t) (en) uitgeoefend.³⁴

Behalve de aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst, waarbij de gezagsverhouding kan worden aangenomen in geval sprake is van leiding en toezicht aan de kant van de derde, dient voor de aanwezigheid van een uitzendovereenkomst nog aan een tweetal eisen te zijn voldaan. De werknemer dient ten eerste door de werkgever ter beschikking te worden gesteld op basis van een door de derde aan de werkgever verstrekte opdracht. Deze elementen spelen in de klassieke jurisprudentie van de CRvB geen belangrijke rol. Ten tweede dient de terbeschikkingstelling te geschieden in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf van de werkgever. In de civielrechtelijke rechtspraak³⁵ en literatuur³⁶ heerst een richtingenstrijd over de vraag of in het genoemde element een zogeheten allocatiefunctie moet worden gelezen. Daarmee wordt bedoeld het vereiste dat de uitoefening van het bedrijf van de uitzendwerkgever bestaat uit het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt. Deze eis wordt niet gesteld in de klassieke jurisprudentie van de CRvB. De CRvB gaat slechts na of de werker in het kader van de bedrijfsuitoefening van de werkgever ter beschikking wordt gesteld.³⁷ Dit vereiste is van bijzonder belang voor het onderwerp intraconcerndetachering, omdat aan de allocatiefunctie hier veelal niet zal zijn voldaan.

³³ CRvB 1 september 2005, RSV 2005/312.

³⁴ CRvB 21 juli 2005, RSV 2005/287.

³⁵ Gerechtshof Amsterdam 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4616 oordeelt van niet.

³⁶ J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, diss. Amsterdam UvA 2012 meent dat voor het bestaan van een uitzendovereenkomst een allocatiefunctie is vereist. W.H.A.C.M. Bouwens in zijn boekbespreking van genoemde dissertatie, meent van niet, zie: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2014-3, p. 141-142. Zie voorts: L..G. Verburg, *Payrolling, over duiding en verbinding*, *Ars Aequi* 2013, p. 912.

³⁷ Vgl. CRvB 21 juli 2005, RSV 2005/287.

De vraag rijst, in hoeverre de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming verandering brengt in de benadering van de dienstbetrekking en het werkgeverschap in tussenkomstsituaties. In de navolgende paragraaf zal onder meer blijken, dat de fiscale kamer van de Hoge Raad zich over het vraagstuk van de allocatiefunctie inmiddels heeft gebogen.

5.3.3 Consequenties fiscaal regime van rechtsbescherming

Arbeidsovereenkomst

Een belangrijk verschil met de klassieke jurisprudentie van de CRvB betreft de benadering van de gezagsverhouding in de arbeidsovereenkomst. De belastingkamer van de Hoge Raad sluit zich wat betreft de beoordeling van de gezagsverhouding in detacheringssituaties aan bij de civielrechtelijke leer inzake het gedelegeerd werkgeversgezag.³⁸ Een en ander brengt mee, dat aan de kant van het ‘tussenkomstbureau’ weliswaar daadwerkelijk de bevoegdheid aanwezig dient te zijn aanwijzingen en instructies omtrent het verrichten van de arbeid te geven, maar dat het mogelijk is dat de werkgever de nadere bepaling van de door de werknemers te verrichten werkzaamheden overlaat aan de inlener.

Uitzendovereenkomst

Over de vraag hoe het element leiding en toezicht in artikel 7:690 BW moet worden uitgelegd, heeft de fiscale kamer van de Hoge Raad zich bij mijn weten niet expliciet uitgelaten. Gerechtshof Arnhem lijkt uit te gaan van de eis, dat er – behalve van leiding en toezicht aan de kant van de derde – tussen het tussenkomstbureau en de werkers een gezagsverhouding dient te bestaan. Of sprake is van het delegeren van de gezagsbevoegdheid aan de inlener, laat het hof in het midden.³⁹

Het vraagstuk of voor de aanwezigheid van een uitzendovereenkomst, het tussenkomstbureau een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervult, is voor de werknemersverzekeringen en loonbelasting sinds het arrest van 11 juni 2011 beslecht. Het arrest betrof de vraag of een personeelsvennootschap dat zich bezighield met intraconcerndetachering voor de sectorpremie van de WW terecht was ingedeeld in de

³⁸ HR 9 juni 2006, V-N 2006/35.20; BNB 2006/285 (m.nt. Kavelaars).

³⁹ Gerechtshof Arnhem 6 juli 2010, ECLI:NL:GHARN:2012:BN1395.

sector 'uitzendbedrijf'.⁴⁰ Indeling in de sector uitzendbedrijf zou leiden tot een hoger premiepercentage, dan indeling in de sector waar ook de overige concernonderdelen toebehoorden. In cassatie werd geklaagd, dat feitelijk was vastgesteld dat de personeelsvereniging haar personeelsleden niet als uitzendkrachten in de markt aanbood. Daardoor zou geen sprake van zogenaamd uitzendpersoneel, zoals dit begrip in het maatschappelijk verkeer wordt gebezigd.

Volgens de Hoge Raad kon het betoog 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 art. 7:690 BW in zijn algemeenheid niet worden aanvaard. De Hoge Raad leidt dit af uit het bepaalde in art. 7:691, zesde lid, BW, waaruit volgt dat de bijzondere bepalingen inzake de uitzendovereenkomst niet van toepassing zijn op situaties van ter beschikking stelling van personeel in concernverband. Volgens de Hoge Raad volgt uit die bepaling 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 art. 7:690 BW. Het onderhavige arrest brengt mee, dat de arbeidsverhouding van de intra-concern gedetacheerde werknemer als uitzendovereenkomst kan worden aangemerkt.

Ruimte voor het doorprikken van 'werkgeverschap'

In de fiscale jurisprudentie zijn mij geen voorbeelden bekend waar in gevallen die gepresenteerd worden als tewerkstelling van personeel door een werkgever uit is gegaan van een arbeidsovereenkomst met de pretense inlener. Omdat de vraag of een ander die zich als zodanig heeft gepresenteerd, in werkelijkheid als werkgever dient te worden opgemerkt, voor de inhoudingsplicht van loonbelasting met name opkomt in gevallen waarin anders de loonbelastingplicht zou ontbreken, is de vraag met name van belang wanneer de territoriale werkingssfeer van de Nederlandse loonbelasting in geding is. In dit verband dient erop gewezen te worden, voor de heffing van loonbelasting de regeling betreffende de fictieve vaste inrichting geldt. Het verrichten van werkzaamheden die gericht zijn op het verlenen van tussenkomst ten behoeve van

⁴⁰ HR 17 juni 2011, *BNB* 2011/235. Gerechtshof Den Haag 30 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:15841 lijkt overigens wel de eis te stellen dat de (uitzend)werkgever een allocatieve functie op de arbeidsmarkt vervult. Zie omtrent sectorindeling: Gerechtshof Den Haag 17 oktober 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3454.

degenen die tegen beloning persoonlijke arbeid in Nederland verrichten en een derde ten behoeve van wie die arbeid wordt verricht, wordt ingevolge artikel 6, lid 3 onderdeel b Wet LB 1964 als vaste inrichting aangemerkt. Een buitenlandse werkgever wordt dus geacht over een vaste inrichting in Nederland te beschikken indien hij personeel ter beschikking stelt, dat in Nederland werkzaam is ten behoeve van een derde. Dit brengt mee, dat in dat geval voor de heffing van loonbelasting de fictie geldt, dat de buitenlandse werkgever in Nederland gevestigd is. Een en ander brengt mee, dat constructies die gericht zijn op het ontwijken van loonbelastingplicht, ook (eenvoudig) met een beroep op de fictieve vaste inrichting kunnen worden bestreden.⁴¹

Een vermeldenswaard voorbeeld van het doorprikken van werkgeverschap betreft een recente uitspraak van de CRvB inzake een alfahulp. De uitspraak heb ik bewust niet onder de 'klassieke jurisprudentie' geschaard, aangezien het geschil speelde na de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming is beoordeeld en de CRvB uitdrukkelijk de Groen-Schoeversleer heeft toegepast. Dat de Groen-Schoeverscriteria gelden in gevallen waarin de vraag speelt of degene die zich als inlener of derde presenteert, zich van meet af aan als werkgever met de werknemer had verbonden, kan worden afgeleid uit het arrest PGGM- Stichting Thuiszorg Rotterdam.⁴² Het spreekt voor zich dat ook de fiscale kamer van de Hoge Raad een overeenkomstig uitgangspunt hanteert.

Van belang is te vermelden dat in deze zaak geen sprake was van een situatie die werd gepresenteerd als een terbeschikkingstelling van personeel. In de uitspraak werd de organisatie die zich presenteerde als 'bemiddelaar' bij de 'arbeidsovereenkomst' tussen alfahulp en de cliënt, als de werkelijke werkgever aangemerkt. Een thuiszorginstelling presenteerde zich als bemiddelaar tussen alfahulpverleners en personen die op basis van de Wet Maatschappelijk Ondersteuning (WMO) aanspraak hadden op een vergoeding voor huishoudelijke hulp (cliënten). De thuiszorgorganisatie nam de werving en selectie op zich en sloot contracten tussen de cliënten en de alfahulpverlener met daarin de voorwaarden en richtlijnen voor de werkzaamheden. In de voorwaarden

⁴¹ Zie verder: J.P. van het Hof en M.R. Deden, De fictieve vaste inrichting in concernverband, *WFR* 2007/6835, p. 1039-1044.

⁴² HR 7 juli 2007, *JAR* 2007/231, *NJ* 2007/449, m.nt. E. Verhulp, *ArA* 2007/3, m.nt. van den Berg. Zie in dit verband tevens: E.M. Hoogeveen, De inlener en het werkgeverschap, *ARA* 2007/3, p. 4 e.v.

en richtlijnen was onder meer vastgelegd dat de thuiszorgorganisatie optreedt als bemiddelaar tussen de alfahulp en de cliënt, dat de alfahulp en de cliënt de inhoud van het werk bepalen en dat de thuiszorgorganisatie bij de loonbetaling de rol heeft van betaalkantoor. Aanvaarding van de constructie zou in het onderhavige geval meebrengen, dat de alfahulpverlener voor de betreffende werkzaamheden niet verzekerings- en premieplichtig was voor de werknemersverzekeringen. Artikel 6, lid 1 onderdeel c ZW sluit namelijk degene die doorgaans op minder dan vier dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten verricht ten behoeve van het huishouden van de natuurlijke persoon tot wie hij in dienstbetrekking staat, uit van de verzekerings- en premieplicht.

Dat in de overeenkomsten is opgenomen dat de cliënten werkgever zijn en - in het spiegelbeeld daarvan - in de voorwaarden en richtlijnen dat de thuiszorgorganisatie geen werkgeversrol zal vervullen, doet volgens de CRvB niet eraan af dat uit al hetgeen partijen aan afspraken over en weer hebben gemaakt hun bedoeling blijkt dat de thuiszorgorganisatie de bij het zijn van werkgever passende regie over de werkzaamheden van de alfahulp heeft gevoerd.

Gelet op de omstandigheid dat de thuiszorgorganisatie een duidelijk belang had bij de te verrichten arbeid, zelf de werving en selectie op zich had genomen en het de organisatie erom ging dat de alfahulpverlener de werkzaamheden bij de cliënten zelf verrichtte en zich niet door een willekeurige derde liet vervangen, was sprake van een persoonlijke arbeidsverplichting. Dat de thuiszorgorganisatie uitsluitend de rol van doorgeefluik van het door de cliënt verschuldigde loon op zich nam was bovendien niet aannemelijk. Hiervoor was onder meer van belang dat de betalingen aan de alfahulpverlener rechtstreeks uit het budget van de thuiszorgorganisatie werden voldaan. Dat ondanks de andersluidende bepalingen in de contracten wel degelijk sprake was van een gezagsverhouding tussen de thuiszorgorganisatie en de alfahulp, volgde onder meer uit het afsluiten van een schadeverzekering waarmee de civiele werkgevers-aansprakelijkheid voor schade is afgedekt. Verder speelde een rol dat de thuiszorgorganisatie de alfahulp informeerde over de zorgvraag van iedere cliënt en dat op de alfahulpverlener de verplichting rustte om bij iedere cliënt een zogenoemde zorgmap bij te houden. Bovendien was van belang dat de thuiszorgorganisatie rooster maakte en 'zorgbijeenkomsten' organiseerde, waar onder meer is gesproken over de wijze waarop de werkzaamheden bij de cliënten moesten worden uitgevoerd. Volgens

de CRvB is van een reële uitoefening van werkgeverschap door de cliënten geen sprake geweest. Dat een cliënt met de alfahulpverlener eenmalig of wekelijks besproken heeft aan welke huishoudelijke taken de beschikbare tijd zou worden besteed, niet dat alleen daaruit voortvloeit dat de cliënt een zodanige verantwoordelijkheid heeft voor de organisatie van het werk van de alfahulp dat hij als haar werkgever is aan te merken.⁴³ Uit deze uitspraak kan worden afgeleid, dat de CRvB ook na de overgang van een fiscaal regime van rechtsbescherming ruimte ziet om een ander als werkgever aan te merken, dan degene die zich op papier als werkgever heeft gepresenteerd. Gelet op de omstandigheid dat de motivering van de CRvB volgens de regels der kunst is, lijkt deze uitspraak mij cassatieproof.

5.3.4 Conclusie

Hierboven is geconstateerd dat bij de beoordeling of in gevallen van 'normale terbeschikkingstelling van personeel sprake is van een arbeidsovereenkomst, de klassieke benadering van de CRvB op het punt van de gezagsverhouding duidelijk afwijkt van die van de Hoge Raad. Terwijl de CRvB bij de beoordeling of sprake was van een gezagsverhouding de eis stelde dat de werkgever daadwerkelijk aanwijzingen en instructies gaf of kon geven, gaat de Hoge Raad uit van de leer van het gedelegeerd werkgeversgezag.

Voor de benadering van de uitzendovereenkomst zijn geen duidelijke verschillen te onderkennen. Zowel de CRvB als de Hoge Raad stellen voor de aanwezigheid van een uitzendovereenkomst niet als eis, dat de werkgever een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervult.

De gezagsverhouding als onderdeel van de uitzendovereenkomst kan volgens de CRvB ook worden gevonden in de vorm van leiding en toezicht bij de derde. Of de Hoge Raad dit standpunt deelt, is niet bekend. Mij lijkt het niet uitgesloten dat de Hoge Raad ook bij de beoordeling van de aanwezigheid van een uitzendovereenkomst uitgaat van de leer van het gedelegeerd werkgeversgezag.

Buiten concernverhoudingen ziet de CRvB verder (ook na de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming) ruimte om voor de toepassing van de

⁴³ CRvB 4 december 2013, *USZ* 2013, m.nt. Alink; *RSV* 2014/23, m.nt. Rebel.

werknemersverzekeringen een ander aan te merken als werkgever dan de partij die zich als zodanig heeft gepresenteerd. Een belangrijke indicatie is daarbij voor de invulling van gewone arbeidsovereenkomst de vraag wie zich feitelijk als werkgever gedraagt. Sinds de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming wordt hierbij in de motivering door de CRvB uitdrukkelijk aandacht besteed aan de feiten en omstandigheden die bepalend zijn dat niet de ‘papieren werkgever’ maar een ander als zodanig wordt aangemerkt.

In normale gevallen van terbeschikkingstelling van personeel ontbreekt – anders dan in gevallen die worden gepresenteerd als intra-concerndetachering – een vorm van centrale aansturing en financiële verwevenheid tussen de concernonderdelen. Daarmee is de vraag gerechtvaardigd, hoe het werkgeverschap in concernverband bij de beoordeling van de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen wordt beoordeeld. Hierover handelt de volgende paragraaf.

5.4 Concernwerkgeverschap⁴⁴

5.4.1 Inleiding

Hierboven kwam aan de orde, dat de verhouding van een intra-concern gedetacheerde werknemer tot de personeelsvennootschap zowel als arbeidsovereenkomst als uitzendovereenkomst kan worden gekwalificeerd. Vanuit een perspectief van fiscus zou met het oog op de financierbaarheid van de werknemersverzekeringen het aannemen van een uitzendovereenkomst met de personeelsvennootschap in geval van intraconcerndetachering gunstig kunnen zijn, omdat in een dergelijk geval in het algemeen een hogere sectorpremie voor de WW geldt, dan in geval van indeling in de sector waartoe ook de overige concernonderdelen behoren. Het lijkt om die reden niet aannemelijk dat wordt gekozen voor intra-concern uitzending ter omzeiling van de verplichtingen die uit de werknemersverzekeringen voortvloeien.

⁴⁴ Paragraaf 5.4 vormt een bewerking van hoofdstuk 7 van mijn dissertatie.

Er zijn echter situaties denkbaar, waarin een dergelijke omzeiling wel mogelijk is. In deze situaties rijst de vraag of er aanleiding is de inschakeling van een personeelsvennootschap als werkgever niet (zonder meer) te accepteren. Volgens de klassieke jurisprudentie van de CRvB is het in bijzondere gevallen mogelijk een vorm van concernwerkgeverschap aan te nemen. De CRvB hanteert in dit verband de term: 'medewerkgeverschap'. Voorts is denkbaar dat de inschakeling van een personeelsvennootschap wordt genegeerd en in plaats daarvan een arbeidsovereenkomst met een ander concernonderdeel wordt aangenomen.

In deze paragraaf staat de vraag centraal hoe het werkgeverschap in concernverband bij de vaststelling van de verzekerings- en premieplicht wordt benaderd. Allereerst wordt nagegaan welke ruimte er volgens de klassieke jurisprudentie van de CRvB bestond om medewerkgeverschap in geval van de inschakeling van een buitenlandse personeelsvennootschap te aanvaarden (par. 5.4.2). Daarna zal worden ingegaan op de mogelijkheden die er volgens de klassieke jurisprudentie van de CRvB bestaan om in gevallen van intra-concerndetachering in plaats van de personeelsvennootschap, een ander concernonderdeel als werkgever aan te merken (5.4.3). Vervolgens zal - teneinde te beoordelen wat de mogelijke consequenties zijn van overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming - worden ingegaan op de jurisprudentie van de (fiscale kamer van de) Hoge Raad inzake loonbelasting (5.4.4 - 5.4.6). Afgesloten wordt met een beschouwing over de benadering van (mede)werkgeverschap in het concern (5.4.7).

5.4.2 Medewerkgeverschap in de klassieke jurisprudentie

Tijdelijke omzetting arbeidscontract met personeelsvennootschap

Het medewerkgeverschap kon onder meer worden aanvaard teneinde tot de vaststelling te komen dat de werkgever in Nederland is gevestigd, zodat sprake is verzekerings- en premieplicht in Nederland. Zo is in de jaren tachtig van de vorige eeuw is het medewerkgeverschap in enkele gevallen aanvaard als reactie op de zogenaamde Cyprusconstructie.⁴⁵ Deze constructie kwam er kort gezegd op neer dat de Nederlandse

⁴⁵ Gedurende die periode zijn Nederlandse aannemingsbedrijven werkzaam in de bouw- en baggersector zich in toenemende mate gaan richten op activiteiten in het buitenland, met name in het Midden-Oosten. Een in verband met de hoge loonkosten ongunstige concurrentiepositie ten opzichte van aannemers uit andere landen heeft hen ertoe gebracht gebruik te maken van 'de Cyprusconstructie'.

rechtspersoon een Cypriotische dochtervennootschap oprichtte, die de in Nederland woonachtige werknemers in dienst nam en ze vervolgens ter beschikking stelde van de Nederlandse moedermaatschappij. De Cypriotische vennootschap fungeerde derhalve voortaan als een soort personeelsvennootschap. Indien een in Nederland wonende 'werknemer' in het buitenland (tijdelijk) werkzaam is voor een buitenlandse werkgever, is er ingevolge artikel 3, lid 2 ZW, WW en WAO in beginsel geen sprake van (Nederlandse) verzekerings- en premieplicht.⁴⁶ Het accepteren van de Cyprusconstructie zou meebrengen, dat gedurende de werkzaamheden in het buitenland, geen sprake was van verzekerings- en premieplicht. Met de toetreding van Cyprus tot de Europese Unie is bij werkzaamheden in Cyprus het Europees coördinatierecht, waaronder de detachingsbepaling van toepassing. Hierdoor heeft de gebruikmaking van een Cypriotische vennootschap aan belang verloren.⁴⁷ Toch is een bespreking van deze jurisprudentie nog steeds zinvol, aangezien het medewerkgeverschap thans nog steeds betekenis kan hebben in gevallen waarin de detachingsbepaling uit Vo 883/2004 en of bilaterale verdragen inzake sociale zekerheid niet van toepassing zijn.

Het medewerkgeverschap kon bijvoorbeeld worden aanvaard in gevallen van tijdelijke omzetting van een arbeidscontract met een Nederlandse rechtspersoon in een contract met een buitenlandse dochtervennootschap. De jurisprudentie inzake omzetting betreft gevallen waarin de Nederlandse rechtspersoon voor een bepaald project in het buitenland een dochtervennootschap heeft opgericht, waarbij die dochtervennootschap de werknemers vervolgens uitleent aan de Nederlandse rechtspersoon, en waarbij na afloop van het project, de werknemer weer in dienst treedt bij de Nederlandse moedervennootschap. In een tweetal uitspraken heeft de CRvB in dergelijke gevallen het medewerkgeverschap aanvaard, zodat de Nederlandse werknemer(s) (ook) gedurende de werkzaamheden in het buitenland in Nederland verzekerings- en premieplichtig waren.⁴⁸

⁴⁶ De keuze voor een vennootschap uit Cyprus had een fiscale achtergrond. Met de Cyprusconstructie konden de Nederlandse werkgevers ervoor zorgen dat hun werknemers niet in Nederland, maar in Cyprus (maximaal 6 procent) inkomstenbelasting verschuldigd waren en konden zo een fiscaal voordeel bereiken. Als gevolg van wijzigingen in de AWR en het daarbij behorende Besluit ter voorkoming van dubbele belasting is de Cyprusconstructie voor de fiscaliteit afgesloten, zie: E.C.N. Roks, de Cyprusconstructie exit, *WFR* 1984/5646, p. 868 e.v.

⁴⁷ Zie ook het Verdrag inzake sociale zekerheid tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de republiek Cyprus, *Trb.* 2002, 138.

⁴⁸ CRvB 11 november 1980, *RSV* 1981/87 (m.nt. N.J. Haverkamp); CRvB 3 april 1991, *AB* 1991/491.

Uit deze uitspraken kan worden afgeleid, dat er ruimte is voor medewerkgeverschap, indien uit de feiten en omstandigheden van het geval kan worden afgeleid, dat sprake is van 'een constructie', die er uitsluitend op is gericht de (Nederlandse) verzekerings- en premieplicht te ontwijken.⁴⁹ Het feit dat een buitenlandse vennootschap met een ex-werknemer van een Nederlandse BV contracteert, terwijl die werknemer na beëindiging van het contract bij de buitenlandse vennootschap weer bij de Nederlandse BV in dienst treedt, is hiervoor een belangrijke aanwijzing, alsmede de omstandigheid dat de buitenlandse dochtervennootschap onvoldoende zelfstandige betekenis heeft.

Aanwijzingen hiervoor zijn onder de aanwezigheid van overheersende zeggenschap van de (directeur-groootaandeelhouder van de) Nederlandse moedervernootschap over de buitenlandse dochter en de omstandigheid dat de Nederlandse moedervernootschap de financiële en bestuurlijke gang van zaken binnen de buitenlandse vennootschap bepaalt en in feite de werkgeverstaken uitoefent. Een andere aanwijzing van het gebrek aan zelfstandigheid is, dat de activiteiten van de dochtervennootschap uitsluitend bestaan uit het ter beschikking stellen van personeel aan de Nederlandse moeder en deze voor het overige geen relevante activiteiten (ten behoeve van de Nederlandse rechtspersoon) uitoefent. Een bijkomende factor van gewicht kan de omstandigheid vormen, dat de buitenlandse vennootschap voor het aanstellen van personeel een machtiging (power of attorney) aan de Nederlandse vennootschap heeft verleend en zelf geen enkele activiteit uitoefent om personeel te werven en te selecteren.⁵⁰

De stelling van de Nederlandse rechtspersoon, dat de gebruikmaking van een Cypriotische dochtervennootschap niet als een verwerpelijke zaak mag worden beschouwd, nu het Nederlandse bedrijfsleven door de afwezigheid van fiscale faciliteiten gedwongen was tot zo'n constructie, werd door de CRvB verworpen, nu aan de Nederlandse rechtspersoon niet het recht toekwam werknemers de voorzieningen te onthouden die het Nederlandse socialezekerheidsstelsel hun biedt. De CRvB brengt duidelijk tot uitdrukking dat het beginsel van sociale rechtvaardigheid hier prevaleert boven het concernbelang.

⁴⁹ Vgl. de overweging in CRvB 11 november 1980, RSV 1981/87: 'Het initiatief tot oprichting van I. (LvdB: de Cypriotische vennootschap) is uitgegaan van O. B.V (LvdB: de Nederlandse vennootschap), die daarmee kennelijk beoogde een uit het oogpunt van verschuldigdheid van belasting en premie voor haar en al het in Saoedi-Arabië werkzame personeel gunstige voorziening te treffen'.

⁵⁰ CRvB 11 november 1980, RSV 1981/87 (m.nt. N.J. Haverkamp).

Bemoeienis met personeel door Nederlandse moedervennootschap

Behalve het geval van een formele (tijdelijke) omzetting van arbeidscontracten, is ook wel een beroep gedaan op het medewerkgeverschap in gevallen waarin in het buitenland werkzaamheden werden verricht ten behoeve van de buitenlandse dochtervennootschap, omdat aan de kant van de Nederlandse moedervennootschap sprake is van bemoeienis met de werknemer.

In een geval waarin geen sprake was van (tijdelijke) omzetting van een contract, maar waarin de werknemer direct in dienst was gekomen van de buitenlandse dochtervennootschap, nam de CRvB geen medewerkgeverschap aan. Van belang was onder meer dat de dochtervennootschap daadwerkelijk zelfstandige activiteiten in het buitenland verrichtte en niet vaststond dat de werknemer bij terugkeer in dienst zou komen van de Nederlandse moedervennootschap. De CRvB oordeelde dat aan de dochtervennootschap in het onderhavige geval voldoende realiteit toekwam. Dat de Nederlandse moedervennootschap gedurende het verblijf van de werknemer in Nederland de betaling van ziekingeld had overgenomen, deed niet aan die conclusie af. Volgens de CRvB behoort een zekere mate van centrale of onderlinge dienstverlening juist tot de kenmerken van een concern.⁵¹

Omvlagtransacties

Ten aanzien van omvlagtransacties van zeeschepen lijkt de CRvB ook de nodige terughoudendheid te hebben bij het aanvaarden van medewerkgeverschap.⁵² Het 'omvlaggen' van een schip komt erop neer, dat het schip dat eigendom is van een Nederlandse rederij, verkocht wordt aan een buitenlandse, bijvoorbeeld Cypriotische (dochter-)vennootschap en vervolgens onder Cypriotische vlag gaat varen.

In de aan de CRvB voorgelegde zaken presenteerde de (directie) van de Nederlandse vennootschap zich als scheepvaartagent en droeg zorg voor de (overgang van de) bemanning naar de (dochter-)vennootschap. De stelling dat de Nederlandse moedervennootschap nog altijd als werkgever van de bemanning van de schepen moest worden aangemerkt, werd door de CRvB verworpen. In dit verband werd opgemerkt, dat het veelvuldig voorkomt dat een onderneming die door een bepaalde rechtspersoon wordt gedreven, wordt ingebracht in een andere rechtspersoon, waarbij de eerdere

⁵¹ CRvB 20 oktober 1989, RSV 1990/207.

⁵² CRvB 9 januari 1997, RSV 1997/130; CRvB 16 januari 1997, USZ 1997/54.

rechtspersoon als enige aandeelhouder de feitelijke zeggenschap blijft behouden. Dat gegeven vormt echter in het algemeen onvoldoende grond om te negeren dat de exploitatie plaatsvindt voor rekening en risico van de buitenlandse dochtervennootschap. Bovengenoemde omvlagtransacties leiden er daarom volgens de CRvB als regel niet toe dat het werkgeverschap van de dochtervennootschap wordt ontkend en de moedervennootschap als werkgever aangemerkt blijft. De CRvB hanteert hier als uitgangspunt dat het veelvuldig voorkomt dat een onderneming die door een bepaalde rechtspersoon wordt gedreven, wordt ingebracht in een andere rechtspersoon, waarbij de eerdere rechtspersoon als enige aandeelhouder de feitelijke zeggenschap blijft behouden. Dat leidt er volgens de CRvB als regel niet toe dat het werkgeverschap van de dochtervennootschap wordt ontkend en de moedervennootschap als werkgever aangemerkt blijft.

Bovendien merkte de CRvB op, dat indien bij onderzoek blijkt dat de dagelijkse leiding over de buitenlandse dochtervennootschap vanuit Nederland plaatsvindt, dat er hoogstens toe noopt aan te nemen dat de onderneming feitelijk in Nederland gevestigd is en dat die (buitenlandse) rechtspersoon zich dan als werkgever dient aan te sluiten bij het uitvoeringsorgaan van de sociale verzekeringen.⁵³ De CRvB wijst hier met andere woorden op de mogelijkheid om de statutair in het buitenland gevestigde dochtervennootschap met toepassing van artikel 2, lid 1 ZW als in Nederland gevestigd aan te merken (zie hierover par. 5.5).

5.4.3 Doorprikken personeelsvennootschap in de klassieke jurisprudentie

Bemoeienis moedervennootschap

Behalve het aanvaarden van medewerkgeverschap is ook denkbaar dat in gevallen van inschakeling van een dochtervennootschap als werkgever, het werkgeverschap van die dochtervennootschap wordt ontkend en in plaats daarvan de Nederlandse moedervennootschap als zodanig wordt aangemerkt. In de jurisprudentie van de CRvB is mij –als het gaat om de vraag of sprake is van verzekerings- en premieplicht in Nederland, slechts een geval bekend waarin de CRvB tot het oordeel kwam dat niet de buitenlandse dochtervennootschap – die in de schriftelijke arbeidsovereenkomst als contractant van de betreffende werknemer vermeld stond – maar de Nederlandse

⁵³ CRvB 16 januari 1997, USZ 1997/54.

moedervenootschap als werkgever diende te worden aangemerkt. De situatie vertoonde enige gelijkenissen⁵⁴ met de hierboven in par. 5.4.3 besproken uitspraak inzake de alfahulpverlener. In het specifieke geval had de Nederlandse rechtspersoon een advertentie geplaatst met daarin de vacature voor een functie als reisleader in Zwitserland. Deze Nederlandse rechtspersoon had ook de werving en selectie van de werknemer op zich genomen. Tijdens het sollicitatiegesprek bleek, dat met een Zwitserse dochterverenootschap zou worden gecontracteerd. De Nederlandse moedervenootschap oefende zelf de werkgeverstaken uit, zag toe op het functioneren en zegde zelf het ontslag van de reisleader aan. De SA ontving op gezette tijden nauwkeurige instructies van de Nederlandse moedervenootschap hoe zij diende te handelen. Aangezien bovendien uitsluitend de handtekening onder het contract en de maandelijkse betalingen waren afkomstig van de SA diende volgens de CRvB de Nederlandse moedervenootschap als werkgever te worden aangemerkt.⁵⁵

5.4.4 Consequenties fiscaal regime van rechtsbescherming

De vraag rijst of het medewerkgeverschap ook na de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming kan worden aanvaard. De Hoge Raad heeft in een arrest van 11 oktober 2002 inzake loonbelasting bepaald, dat in het geval de derde een deel van de werkzaamheden van het aan hem ter beschikking gestelde personeel 'zwart' laat verrichten, de derde aangaande de zwart gewerkte en beloonde uren als werkgever en dus als inhoudingsplichtige moet worden aangemerkt.⁵⁶ Deze situatie dient niet verward te worden met het bestaan van een vorm van medewerkgeverschap. In het besproken geval bestaan twee dienstbetrekkingen naast elkaar: aangaande de 'wit' gewerkte uren bestaat een dienstbetrekking met het uitzendbureau, wat betreft de zwart gewerkte uren (waarvan geen opgave is gedaan aan het uitzendbureau) is sprake van een dienstbetrekking met de derde.

De figuur van het medewerkgeverschap van rechtspersonen als instrument om tot inhoudingsplicht van loonbelasting te concluderen is in de fiscaliteit echter

⁵⁴ Een belangrijk verschil met de payrollproblematiek is dat in het onderhavige geval geen sprake was van een situatie die werd gepresenteerd als 'ter beschikking stelling van personeel'.

⁵⁵ CRvB 8 januari 1980, RSV 1980/197.

⁵⁶ HR 11 oktober 2002, NTFR 2002/1488. Vgl. *Rechtbank Arnhem 9 september 2010, BN7806*

(nagenoeg⁵⁷) onbekend.⁵⁸ Daarom rijst de vraag of de figuur voor de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen na de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming nog zal worden aanvaard.⁵⁹

In de fiscale jurisprudentie bestaan ook (andere) mogelijkheden om tot redres te komen in gevallen waarin de inschakeling van een personeelsvennootschap in concernverband tot onwenselijke gevolgen leidt. Zo is denkbaar dat – evenals in de klassieke jurisprudentie van de CRvB - door middel van interpretatie en kwalificatie van de feiten wordt vastgesteld dat een andere rechtspersoon binnen het concern de werkelijke werkgever is. De fiscale jurisprudentie biedt daar bij mijn weten, als het gaat om tewerkstelling van personeel in concernverband, geen voorbeelden van.⁶⁰ Opvallend is dat in de sfeer van de loonbelasting, veelal een beroep wordt gedaan op simulatie (schijnhandeling) of het leerstuk van *fraus legis*. In hoeverre de Hoge Raad de toepassing van deze methoden ook zal aanvaarden als het gaat om de vaststelling van de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen, is onbekend.

5.4.5 Schijnhandeling

Door middel van een schijn- en wezentoetsing kan worden vastgesteld dat in weerwil van de schijn die wordt gewekt, partijen (geen) rechtsbinding beo(o)g(d)en. In dit verband wordt ook wel gesproken van (relatieve) ‘simulatie’.⁶¹

Het leerstuk van de schijnhandeling was aan de orde in een geval van inschakeling van een Nederlandse vennootschap en waarbij de vraag opkwam wie als werkgever kon

⁵⁷ Een uitzondering valt te maken ten aanzien van het gevallen waarin sprake is van verdragstoepassing, zie hieromtrent onder meer: HR 1 december 2006, *V-N* 2006.65.7. Zie voorts: P. Kavelaars, de Hoge Raad geeft handen en voeten aan he verdragswerkgeverschap, *NTFR-B* 2007-4.

⁵⁸ Wel is er ruimte om in concernverband door werkmaatschappijen verschuldigde loonbelasting en premies werknemersverzekeringen onder een belastingnummer af te dragen, zie thans artikel 27^e Wet Lb 1964. Dit leidt er evenwel niet toe, dat de moedermaatschappij als inhoudingsplichtige kan worden aangemerkt, vgl. HR 8 december 1993, *BNB* 1994/52.

⁵⁹ Zie ook de annotatie van P. Kavelaars bij HR 9 juni 2006, *BNB* 2006/285. Hij beantwoordt deze vraag ontkennend.

⁶⁰ Wellicht is dit te verklaren door de omstandigheid, dat – in de woorden van Nieuwenhuizen, ‘zelfstandige fiscaalrechtelijke kwalificatie’ een relatief nieuw fenomeen is in de fiscale doctrine, zie: H. M. Nieuwenhuizen, *Rechtsvinding en fiscale werkelijkheid, Een onderzoek naar de betekenis van drie spanningsvelden bij het bepalen van de fiscale werkelijkheid*, Deventer: Kluwer 2010, p. 52.

⁶¹ Zie: J.H. M. Nieuwenhuizen, *Rechtsvinding en fiscale werkelijkheid, Een onderzoek naar de betekenis van drie spanningsvelden bij het bepalen van de fiscale werkelijkheid*, Deventer: Kluwer 2010, p. 182.

worden aangemerkt.⁶² Het arrest betrof een BV die zich samen met een aantal rederijen, gedreven in de vorm van commanditaire vennootschappen, bezig hield met transport over water. In de oorspronkelijke situatie was al het walpersoneel in dienst van de BV, en was het zeevarend personeel in dienst bij de diverse rederijen. Om in aanmerking te komen voor afdrachtvermindering van het bij de genoemde BV in dienst zijnde walpersoneel, werd besloten om de arbeidsovereenkomsten van het walpersoneel te beëindigen en hun een arbeidsovereenkomst aan te bieden met de rederijen. Hiertoe zijn beëindigingsovereenkomsten aan het walpersoneel verzonden. De rederijen detacheerden de personeelsleden vervolgens aan de BV. In de bij de beëindigingsovereenkomsten bijgesloten brief stond vermeld dat de arbeidsvoorwaarden van het personeel onverkort gehandhaafd bleven, het personeel dezelfde werkzaamheden bleef verrichten (ten kantore van de rederij) en de BV zich garant stelde voor de verplichtingen van de rederijen. Bovendien betaalde de BV de salarissen van (al) het personeel. De personeelskosten van de rederijen werden tegen kostprijs aan de BV doorberekend. Het nieuw aan te nemen walpersoneel werd direct een arbeidsovereenkomst met de rederijen aangeboden.

Bovengenoemde feiten en omstandigheden leidden het hof tot de conclusie, dat het walpersoneel nog altijd in dienst van de BV stond. Bij dit oordeel speelde ook een rol dat de (locatie van de) werkzaamheden van het personeel hetzelfde was gebleven en het werkgeversgezag nog altijd door de BV werd uitgeoefend. Volgens het hof was niet aannemelijk dat de uitoefening van het werkgeversgezag naar de rederijen was overgegaan en door hen werd uitgeoefend.

Het hof oordeelde ten aanzien van de nieuw aangenomen werknemers dat zij wel in dienst waren van de rederijen. Volgens het hof was bepalend, dat deze werknemers niet op enigerlei wijze rechten uit de arbeidsovereenkomst met de rederijen konden ontlenen aan de BV. Voorts was door de inspecteur onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de rederijen niet het formele werkgeversgezag over de betrokken werknemers konden uitoefenen.

In cassatie is de Hoge Raad niet ingegaan op de vraag, in hoeverre het aangaan van de arbeidscontracten met de nieuwe werknemers kan worden aangemerkt als een

⁶² HR 9 juni 2006, *BNB* 2006/285 (m.nt. Kavelaars).

schijnhandeling. Volgens de Hoge Raad had het hof in de onderhavige uitspraak ten aanzien van het 'oude walpersoneel' echter een onjuiste maatstaf aangehouden. Het hof had – in lijn met het civielrechtelijke arrest ABN Amro/Malhi⁶³ - dienen te onderzoeken of de betrokken werknemers en de vennootschappen zich jegens elkaar verbonden hebben en dienovereenkomstig hebben gehandeld. Daarbij is volgens de Hoge Raad van belang wat de werkelijke bedoeling is geweest van de betrokken partijen, zoals die mede kan worden afgeleid uit de naar buiten blijkende omstandigheden van het geval. De motivering van de conclusie van het hof, dat het walpersoneel in dienst was gebleven van de BV schoot volgens de Hoge Raad tekort, omdat de daartoe redengevend gegeven omstandigheden ook verenigbaar zijn met een daadwerkelijke indiensttreding bij de rederijen.

Zonder nadere motivering was ook het oordeel van het Hof dat het werkgeversgezag nog altijd bij de rederij berustte, onbegrijpelijk. Daarbij neemt de HR onder andere in aanmerking, dat het voor het bestaan van een gezagsverhouding voldoende is, dat de rederijen bevoegd zijn aanwijzingen en instructies omtrent het verrichten van de arbeid te geven en dat het in een detacheringssituatie zoals de onderhavige mogelijk is dat de rederijen de nadere bepaling van de door de werknemers te verrichten werkzaamheden overlaten aan de BV. De Hoge Raad wijst hier met andere woorden op de mogelijkheid van het delegeren van werkgeversgezag van de rederijen aan de BV. Verder speelde bij dit oordeel een rol dat het hof van oordeel was, dat de rederijen ten aanzien van het nieuwe walpersoneel) wel degelijk het werkgeversgezag uitoefende, hetgeen in cassatie niet was bestreden.

Bij de behandeling door het verwijzingshof diende de inspecteur aannemelijk te maken, dat niet alleen de werkgever, maar ook de werknemers de (eventueel uit de omstandigheden af te leiden) bedoeling hebben gehad om, in afwijking van hetgeen zij op papier hebben verklaard, bij de oorspronkelijke werkgever in dienst te blijven.

Dat bij de fiscale beoordeling of sprake is van een schijnhandeling wordt aangesloten bij het civiele recht, is reeds sinds lange tijd bekend. In een arrest uit 1954 oordeelde de Hoge Raad dat niet beslissend is de schijn, de naam waarmee een transactie wordt uitgedost en de vorm waarin zij is gegoten, maar dat het aankomt op wat in

⁶³ HR 5 april 2001, *JAR* 2002/100.

werkelijkheid tussen partijen geldt. Wat in werkelijkheid tussen partijen geldt, dient volgens de Hoge Raad naar burgerlijk recht te worden beoordeeld. Bovendien heeft de Hoge Raad reeds eerder bepaald dat, wil er sprake zijn van een schijnhandeling, beide partijen zich ervan bewust moeten zijn geweest dat de tussen hen gesloten overeenkomst in werkelijkheid niet geldt.⁶⁴ Nieuwenhuizen brengt onderhavige regel in verband met de omstandigheid, dat als slechts één partij een schijnhandeling nastreeft, toch een rechtsgeldige overeenkomst tot stand komt, omdat de partij te goeder trouw af mag gaan op de verklaring van de wederpartij.⁶⁵

Opgemerkt dient te worden, dat in het onderhavige arrest een tegengestelde situatie aan de orde was dan in het arrest ABN Amro-Malhi. In het laatstgenoemde arrest ging het namelijk om de vraag of gesproken kon worden van een (geruisloze) contractsovergang van het schoonmaakbedrijf met wie de betrokken werknemer een schriftelijke arbeidsovereenkomst had gesloten naar de inlener ABN Amro, die zich in de loop der tijd meer en meer met de arbeidsvoorwaarden van. In het arrest overweegt de Hoge Raad dat de rechtszekerheid zich in een dergelijk geval verzet tegen een geruisloze overgang van het arbeidscontract het schoonmaakbedrijf naar ABN Amro waarvan voor geen van de partijen duidelijk zou zijn op welk tijdstip zij zich zou hebben voltrokken. Het antwoord op de vraag of de werknemer en ABN Amro zich tot elkaar hebben verbonden diende volgens de Hoge Raad te worden beantwoord aan de hand van de vraag wat partijen over en weer hebben verklaard en hetgeen zij uit hun verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze hebben mogen afleiden (Haviltex-formule).⁶⁶

Door in het onderhavige geval voor te schrijven dat van belang is wat de werkelijke bedoeling is geweest van de betrokken partijen, zoals die mede kan worden afgeleid uit de naar buiten blijkende omstandigheden van het geval, lijkt de belastingkamer van de Hoge Raad voor de beoordeling of partijen zich ondanks het ondertekenen van een schriftelijk beëindigingscontract nog altijd tot elkaar hebben verbonden, een aanvullende (of; verduidelijkte) maatstaf aan te nemen. Of de bewijslast van de inspecteur hiermee wordt vergemakkelijkt, valt echter te betwisten.

⁶⁴ HR 6 maart 1991, *BNB* 1992/220.

⁶⁵ Tap, p. 197

⁶⁶ HR 5 april 2001, *JAR* 2002/100.

5.4.6 Fraus legis

Wanneer de kwalificatie als dienstbetrekking of een beroep op de schijnhandeling geen ruimte biedt het werkgeverschap van een ingeschakelde personeelsvennootschap te ontkennen, kan het leerstuk van fraus legis wellicht een oplossing bieden. Het leerstuk fraus legis maakt het mogelijk dat (uitsluitend) voor de toepassing van de belastingwet tot de aanwezigheid van inhoudingsplicht wordt geconcludeerd. Doorvertaald naar het onderwerp intraconcerndetachering kan fraus legis meebrengen dat, hoewel volgens de belastingrechter civielrechtelijk sprake is van een dienstbetrekking met een personeelsvennootschap, voor de toepassing van de belastingwet de werknemer in dienst is bij een ander concernonderdeel.

Voor fraus legis (wetsontduiking) gelden als voorwaarden dat de doorslaggevende reden voor het aangaan van een rechtshandeling het ontgaan van belasting is en dat de gekozen constructie in strijd is met doel en strekking van de betreffende belastingwet.⁶⁷ Van belang is op te merken dat in de fiscaliteit het uitgangspunt geldt dat een belastingplichtige in beginsel vrij is een weg te bewandelen die voor hem fiscaal het minst belastend is. Die vrijheid gaat echter niet zo ver, dat met het oogmerk van belastingverijdeling, een kunstmatige en van elk reëel belang ontblote weg kan worden gekozen die ertoe leidt dat in strijd met doel en strekking van de wet wordt gehandeld.⁶⁸

Het vereiste van een ontgaan motief wordt in de fiscale literatuur in verband gebracht met het beginsel van rechtszekerheid, waarmee wordt bedoeld op de kenbaarheid van de wetsnorm. Nieuwenhuizen merkt in dit verband op, dat het legaliteitsbeginsel vereist dat men erop moet kunnen vertrouwen dat de belastingwet op een redelijke wijze wordt uitgelegd. Dit betekent volgens hem dat de wetsuitleg kenbaar, in de zin van voorspelbaar moet zijn omdat men moet kunnen inschatten wat de fiscale gevolgen zijn van de wijze waarop men zijn zaken regelt.⁶⁹ Wanneer partijen hun activiteiten in een bepaalde juridische vorm gieten met als doel het ontgaan van belastingheffing, komt hen een beroep op de rechtszekerheid echter (uiteraard) niet onverminderd toe.⁷⁰

⁶⁷ HR 20 maart 1985, *BNB* 1985/171 (m.nt. Hofstra).

⁶⁸ HR 13 maart 2009, *BNB* 2009/123.

⁶⁹ Tap, p.12.

⁷⁰ Zie voorts: G.J.M.E. de Bont, *De economische realiteit*, in; J.A.G. van der Geld en I.J.F.A. van Vijfeijken (red.), *Opstellen aangeboden aan Prof. dr. A.C. Rijkers (Rijkersbundel)*, Tilburg 2013, p. 17-18.

Aan de toepassing van *fraus legis* kan volgens de heersende opvattingen in de fiscale literatuur uitsluitend worden toegekomen wanneer belastingheffing niet op een andere manier mogelijk is, zoals door middel van de vaststelling of kwalificatie van de feiten of het kwalificeren van de feiten als schijnhandelingen. Het komt er dus op neer dat voor *fraus legis* uitsluitend ruimte is wanneer door middel van de vaststelling en kwalificatie van deze feiten, het door partijen beoogde rechtsgevolg onontkoombaar is, maar dit rechtsgevolg gelet op doel en strekking van de wet onaanvaardbaar is.⁷¹ Doorvertaling naar het vraagstuk van verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen zou dit ertoe leiden dat alleen nog aan het leerstuk *fraus legis* toe kan worden gekomen, wanneer vaststaat dat de inschakeling van een buitenlandse dochtervennootschap niet via kwalificatie of het leerstuk van de schijnhandeling kan worden genegeerd.

In de fiscale sfeer zijn enkele uitspraken bekend waarin *fraus legis* werd aanvaard in geval van de Cyprusconstructie. De Hoge Raad heeft zich hierover nooit uitgelaten.⁷²

Volgens Hof Amsterdam is voor toepassing van *fraus legis* in het kader van de loonbelasting en premies volksverzekeringen geen plaats. Het hof kwam tot dit oordeel in het eerder besproken arrest betreffende de BV, die zijn personeel voortaan onderbracht bij de rederijen. De inspecteur deed in de procedure bij het Hof Amsterdam ten aanzien van het nieuwe walpersoneel dat in dienst was getreden bij de rederijen een beroep op toepassing van *fraus legis*. Volgens het hof was echter voor toepassing van *fraus legis* in dit verband geen plaats, omdat de Wet LB 1964 voor het begrip dienstbetrekking aansluit bij de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht en de wet in zoverre de civielrechtelijke contractsvrijheid respecteert. Dit bracht mee, dat de toegepaste constructie niet in strijd was met doel en strekking van die wet. De Hoge Raad heeft niet op dit oordeel hoeven in te gaan, omdat dit in cassatie niet is bestreden. Wel heeft de Hoge Raad zich ambtshalve uitgelaten over de ruimte voor een beroep op *fraus legis* in geval afdrachtvermindering in het geding is. Volgens de Hoge Raad is geen sprake van strijd met doel en strekking van de WVA wanneer de rederijen naast de zeevarenden, ook niet zeevarenden in dienst nemen met het oogmerk de verruimde mogelijkheden voor toepassing van de afdrachtvermindering zeevaart te

⁷¹ L.A. De Blicq e.a., *Algemene wet inzake rijksbelastingen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 297.

⁷² Vgl. HR 15 oktober 1986, BNB 1987/72, m.nt. Van Brunschot. Van Brunschot merkt in zijn noot op, dat grond voor cassatie ambtshalve er alleen is, als het in de gegeven feitelijk constellatie nooit *fraus legis* kan zijn.

benutten. Zulks geldt niet alleen bij het in dienst nemen van nieuw walpersoneel, maar ook in geval de tot een groep behorende vennootschappen hun personeelsbestand met het oog op de afdrachtvermindering aldus wensen te reorganiseren dat het walpersoneel worden overgeplaatst naar een andere groepsvennootschap.⁷³

5.4.7 Beschouwing

Hoewel het gelet op de beperkte hoeveelheid beschikbare uitspraken lastig is al te sterke conclusies te trekken, zijn de volgende lijnen te ontwaren als het gaat om de benadering van het werkgeverschap in concernverband bij de beoordeling van de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen.

De betekenis van het medewerkgeverschap in de klassieke jurisprudentie van de CRvB als methode om tot de aanwezigheid van een dienstbetrekking te kunnen concluderen, dient niet te worden overschat. Volgens de klassieke jurisprudentie van de CRvB is in slechts zeer bijzondere gevallen ruimte voor het aanvaarden van medewerkgeverschap van rechtspersonen. Hoewel volgens de klassieke jurisprudentie van de CRvB niet expliciet een 'ontgaansmotief' wordt vereist, kan uit deze jurisprudentie wel degelijk worden opgemaakt, dat bij de beoordeling van de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen aanvaarden van medewerkgeverschap van in een concern verbonden vennootschappen een rol heeft in (bepaalde) gevallen waarin het aanvaarden van de inschakeling van de (dochter)vennootschap als werkgever zou meebrengen, dat de verzekerings- en premieplicht zou ontbreken. Ruimte voor medewerkgeverschap is er blijkens de jurisprudentie bijvoorbeeld, wanneer sprake is van tijdelijke omzetting van een contract. Wanneer een werknemer voor en na het verrichten van werkzaamheden in het buitenland opnieuw onbetwist in dienst van een Nederlandse (moeder)vennootschap werkzaam was en (het contract met) de buitenlandse dochtervennootschap onvoldoende zelfstandige betekenis heeft, is er aanleiding de Nederlandse (moeder)vennootschap en de buitenlandse (dochter)vennootschap als medewerkgevers aan te merken. Bij deze beoordeling speelt de mate van verwevenheid met en de mate van zeggenschap over de (dochter)vennootschap een essentiële rol, alsmede de vraag in hoeverre de (dochter)vennootschap overigens) voldoende realiteit toekomt. Wanneer

⁷³ Vgl. R.O. 3.3.3 van het arrest.

de buitenlandse (dochter)vennootschap louter een 'papieren construct' is, hetgeen bijvoorbeeld af te leiden is uit de omstandigheid dat er achter de (personeels)vennootschap geen fysiek en organisatorisch verband schuilgaat dat (wezenlijke) ondernemers- en werkgeversactiviteiten uitoefent, kan volgens de klassieke jurisprudentie in gevallen van tijdelijke omzetting van een arbeidscontract van medewerkgeverschap worden uitgegaan. Uiteraard speelt daarbij een rol de omstandigheid, dat het feitelijk de Nederlandse werkgever is die deze ondernemers- en werkgeversrol verricht.

Er zijn aanwijzingen dat in gevallen waarin de situatie wordt gepresenteerd als een contractsovergang voor onbepaalde tijd van een Nederlandse moedervernootschap naar een buitenlandse (dochter)vennootschap, voor medewerkgeverschap volgens de klassieke jurisprudentie van de CRvB geen (of; niet zonder meer) ruimte bestaat. Duidelijk is dat de enkele aanwezigheid van overheersende zeggenschap over de dochtervennootschap onvoldoende is. Hoe geoordeeld zou worden in gevallen waarin de (buitenlandse) dochtervennootschap bovendien slechts 'een papieren construct' is, is niet helemaal helder. Dezelfde constatering gaat op voor de door de CRvB beoordeelde gevallen van het omvlaggen van schepen van een Nederlandse (moeder-)vennootschap naar een (buitenlandse) dochtervennootschap, waarbij de arbeidscontracten overgaan naar laatstgenoemde vennootschap. De CRvB hanteert hier als uitgangspunt dat het veelvuldig voorkomt dat een onderneming die door een bepaalde rechtspersoon wordt gedreven, wordt ingebracht in een andere rechtspersoon, waarbij de eerdere rechtspersoon als enige aandeelhouder de feitelijke zeggenschap blijft behouden. Dat leidt er volgens de CRvB als regel niet toe dat het werkgeverschap van de dochtervennootschap wordt ontkend en de moedervernootschap als werkgever aangemerkt blijft.

Zoals gezegd, is het aannemelijk dat het medewerkgeverschap van in een concern verbonden vennootschappen sinds de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming tot het verleden behoort. Denkbaar is weliswaar, dat meerdere (rechts)personen als werkgever van dezelfde werknemer worden aangemerkt, maar dit kan uitsluitend wanneer ten aanzien van de werkzaamheden van de betreffende werknemer meerdere dienstbetrekkingen zijn te onderscheiden.

Opvallend is verder dat (mogelijk) ongewenste inschakeling van rechtspersonen als werkgever in de beschikbare fiscale jurisprudentie veelal niet via kwalificatie wordt bestreden, maar door middel van een beroep op de aanwezigheid van een schijnhandeling of *fraus legis*. Mogelijk valt bovengenoemde opstelling te verklaren door het uitgangspunt dat een belastingplichtige in beginsel vrij is een weg te bewandelen die voor hem fiscaal het minst belastend is en bovendien het beginsel van rechtszekerheid in de fiscaliteit groot gewicht toekomt.

Vastgesteld kan worden dat bij de beoordeling van gevallen die worden gepresenteerd als (tijdelijke) contractsovergangen binnen het concern na de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming niet kan worden volstaan met de klassieke benadering van de CRvB, die er op neerkomt dat wordt nagegaan in hoeverre aan het 'contract' met de ingeschakelde vennootschap voldoende realiteit toekomt. Uit het arrest inzake de rederijen kan worden opgemaakt, dat de vraag of de inschakeling van een (dochter-) vennootschap als werkgever als schijnhandeling moet worden aangemerkt, aan de hand van het kader dat in de civielrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad is ontwikkeld beantwoord dient te worden. Uiteraard gaat deze constatering eveneens op voor de (normale) interpretatie van en kwalificatie als dienstbetrekking. Nu sinds de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming geen enkel misverstand bestaat over de door de CRvB en de fiscale rechter aan te leggen beoordelingsmaatstaf bij de vaststelling of sprake is van verzekerings-, dan wel premieplicht voor de werknemersverzekeringen (namelijk: de door de civiele kamer ontwikkelde beoordelingscriteria) is dus duidelijk, dat een eventueel beroep op de aanwezigheid van een schijnhandeling, de gereedschapskist van de rechter bij de beoordeling of een contractsovergang in concernverband kan worden genegeerd, niet vergroot.

Bij de beoordeling van situaties die worden gepresenteerd als contractsovergangen binnen concernverband geldt het kader geschetst in het arrest inzake de rederijen. In dat geval dient de rechter te onderzoeken of de betrokken werknemers en de vennootschappen zich jegens elkaar verbonden hebben en dienovereenkomstig hebben gehandeld. Dit betekent dat niet alleen de werkgever, maar ook de werknemers de (eventueel uit de omstandigheden af te leiden werkelijke) bedoeling hebben gehad om, in afwijking van hetgeen zij op papier hebben verklaard, bij de (oorspronkelijke) werkgever in dienst te blijven. Dat zich behalve de aanduiding van de naam van de

contractant, in de nieuwe contracten geen wezenlijke wijziging heeft voorgedaan (de arbeidsvoorwaarden en de (locatie van de) werkzaamheden bleven hetzelfde, de oude werkgever stond garant voor de werkgeversverplichtingen van de rederijen, oefende nog altijd het salaris betaalde gezag uitoefende), was volgens de Hoge Raad in het arrest inzake de rederijen onvoldoende. Bovengenoemde feiten en omstandigheden zijn volgens de Hoge Raad namelijk ook verenigbaar met een daadwerkelijke indiensttreding van het personeel bij de rederijen. Een complicerende factor in dit verband is de omstandigheid, dat het mogelijk is dat de nieuwe werkgever de gezagsbevoegdheid aan de oude werkgever heeft gedelegeerd. Deze complicatie bestond niet in de klassieke jurisprudentie van de CRvB, hetgeen de meer materiële benadering van het werkgeverschap vergemakkelijkte. Dit brengt mee, dat het lastiger is om door middel van een toets aan de feitelijke omstandigheden van het geval te concluderen dat de rechtspersoon die zich als inlener presenteert, in werkelijkheid de werkgever is. De toepassing van dit criterium zou dus in ieder geval meebrengen, dat het (nog) moeilijker wordt de bewijsvoering rond te krijgen en onderbouwing te vinden voor de stelling dat een ander dan degene die zich als werkgever voordoet, in werkelijkheid werkgever is.

Mocht het arrest van de Hoge Raad zo worden begrepen, dat – wanneer de feitenrechter zijn motivering zodanig vormgeeft dat de omstandigheid dat – de inschakeling van een ‘lege huls’ als (nieuwe) werkgever geen rol meer kan spelen bij de conclusie dat werkgever en werknemer in werkelijkheid de bedoeling hebben gehad bij de (oorspronkelijke) werkgever in dienst te blijven, kan worden geconcludeerd dat de interpretatie van de dienstbetrekking sinds de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming (zeer) beperkte mogelijkheden biedt om ongewenste inschakeling van personeelsvennootschappen te redresseren.

Dan resteert nog de vraag naar de mogelijke betekenis van *fraus legis* in dit verband. Volgens het arrest van Hof Amsterdam inzake de rederijen is voor toepassing van *fraus legis* voor de vraag of sprake is van inhoudingsplicht van loonbelasting geen plaats. Omdat de Wet LB 1964 voor het begrip dienstbetrekking aansluit bij de arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht en de wet in zoverre de civielrechtelijke contractsvrijheid respecteert, kan volgens het hof niet worden gezegd dat de toegepaste constructie in strijd was met doel en strekking van die wet. Of de Hoge Raad dit standpunt deelt, is niet bekend. De Hoge Raad heeft in het genoemde arrest slechts

uitgesproken dat geen sprake van strijd met doel en strekking van de WVA wanneer de rederijen naast de zeevarenden, ook niet zeevarenden in dienst nemen met het oogmerk de verruimde mogelijkheden voor toepassing van de afdrachtvermindering zeevaart te benutten. Naar mijn mening zou het onwenselijk zijn, wanneer het uitgangspunt dat het hof Amsterdam hanteerde overeenkomstig zal worden toegepast in situaties waarin het doel van een bepaalde rechtshandeling is het ontwijken van verzekerings- en premieplicht. Het aan de belastingheffing verbonden uitgangspunt dat belastingplichtigen vrij zijn een voor hen fiscaal zo gunstig mogelijke weg te bewandelen gaat voor de werknemersverzekeringen niet op. Voor de werknemersverzekeringen leidt het bestaan van een dienstbetrekking immers niet uitsluitend tot verplichtingen voor de werkgever, maar ook tot mogelijke aanspraken voor de werknemer. In de klassieke jurisprudentie van de CRvB speelde bij het doorprikken van (tijdelijke) contractsovergangen niet voor niets de overweging een rol, dat de Nederlandse rechtspersoon niet het recht toekwam de voorzieningen te onthouden die het Nederlandse socialezekerheidsstelsel aan werknemers biedt. Voor de sociale werknemersverzekeringswetten spelen de beginselen van sociale rechtvaardigheid en solidariteit een essentiële rol. Deze beginselen brengen traditioneel mee, dat er binnen de werknemersverzekeringswetten slechts beperkte ruimte bestaat voor het kiezen van een juridische constructie (die niet overeenstemt met de werkelijke verhoudingen) met als oogmerk om verzekeringsplicht te bewerkstelligen, dan wel te ontgaan. Dit betekent, dat het door het hof gestelde aan het arbeidsovereenkomstenrecht ten grondslag liggende principe van contractsvrijheid⁷⁴, niet zomaar naar de werknemersverzekeringswetten mag worden getransporteerd. Bovendien dient niet uit het oog te worden verloren dat loonbelasting slechts als voorheffing geldt voor de inkomstenbelasting. Het (deels) ontgaan van loonbelasting kan met andere woorden (veelal) worden gerepareerd bij de vaststelling van inkomstenbelasting. Bij de werknemersverzekeringswetten kan het missen van premie-inkomsten door de afwezigheid van de verplichting premies in te houden en af te dragen niet worden gerepareerd, hier is sprake van 'alles of niets'. Wanneer ook bij de beoordeling van verzekerings- en premieplicht een beroep op *fraus legis* mogelijk is, is het van belang dat

⁷⁴ Te betwisten valt uiteraard of het beginsel van contractsvrijheid inderdaad het leidende beginsel is dat ten grondslag ligt aan het arbeidsovereenkomstenrecht. Voorts is het de vraag of de werknemers van de bedoelde BV de vrijheid voelden niet in te gaan op het voorstel voor contractsovergang.

de (fiscale) rechter daarbij doel en strekking van de werknemersverzekeringswetten niet uit het oog verliest.

In de onderhavige beschouwing ben ik nog niet ingegaan op de mogelijke consequenties die zijn verbonden aan de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming voor de beoordeling of van meet af aan (ook) sprake was van een arbeidsovereenkomst met een andere concernvennootschap dan de vennootschap die zich als zodanig heeft gepresenteerd. In de klassieke jurisprudentie zijn geen voorbeelden bekend waarin in een dergelijk geval een beroep is gedaan op medewerkgeverschap. Wel is er een voorbeeld bekend waarin de CRvB oordeelde, dat het werkgeverschap van de ingeschakelde personeelsvennootschap moest worden ontkend. Voor de conclusie dat een ander concernonderdeel in werkelijkheid als werkgever gold was bepalend dat de Nederlandse moedervenootschap zelf de werkgeverstaken, zoals werving en selectie, gezagsuitoefening en ook het ontslag aan de betrokken werknemer mededeelt. Dat de dochtervennootschap wel degelijk de salarisbetalingen aan de werknemer verricht, deed daaraan niet af. Dat de Centrale Raad van Beroep sinds de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming in normale gevallen nog ruimte ziet om door het 'werkgeverschap' heen te kijken, volgt uit de in par. 5.3.3 opgenomen uitspraak inzake de alfahulpverlener. Ondanks dat op papier de WMO-cliënten als werkgever en de thuiszorgorganisatie als bemiddelaar fungeerden, oordeelde de CRvB geen sprake was van een reële invulling van het werkgeverschap door de betrokken cliënten en dat de verhouding tussen de thuiszorgorganisatie en de alfahulpverlener aan alle eisen van een arbeidsovereenkomst voldeed. Of deze uitspraak gunstige vooruitzichten biedt voor de beoordeling of in geval van intraconcerndetachering een arbeidsovereenkomst met de werk- of moedermaatschappij aan te nemen in plaats van met de personeelsvennootschap, valt echter te betwijfelen. De uitspraak inzake de alfahulpverlener betrof immers niet een situatie die werd gepresenteerd als terbeschikkingstelling van personeel, maar als 'bemiddeling' bij het tot stand brengen van een arbeidsovereenkomst met een ander. Sinds de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming moet bij vormen van terbeschikkingstelling van personeel in concernverband rekening worden gehouden met de mogelijkheid van het delegeren van werkgeversgezag door de personeelsvennootschap. Hierdoor zal het argument dat de invulling van het werkgeverschap door de personeelsvennootschap geen reële inhoud

heeft omdat het in werkelijkheid de werkmaatschappij of moedervenootschap is die het personeel aanwijzingen en instructies geeft (mogelijk) weinig betekenis hebben. Voorts was het in geval van de alfa-hulpverlener niet problematisch het loonelement aanwezig te achten, aangezien het ook feitelijk de thuiszorgorganisatie was die (uit eigen middelen) de salarisbetalingen deed. In de regel zal bij intraconcerndetachering de betalingen rechtstreeks door de personeelsvenootschap worden voldaan. Omdat het in concernverband bovendien zeer wel denkbaar is dat achter de in een concern verbonden werkmaatschappij en personeelsvenootschap (feitelijk) hetzelfde bestuur schuilgaat, kan het juist problematisch zijn de maatschappelijke of economische realiteit bepalend te laten zijn. Het lijkt er dus op, dat de juridische ficties van de rechtspersoonlijkheid van een (onzelfstandige) personeelsvenootschap en het gedelegeerd werkgeversgezag een grote belemmering vormen bij de vaststelling door de rechter van de 'werkelijke verhoudingen'.

De in deze paragraaf behandelde jurisprudentie betreft uitsluitend de interpretatie van de arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW. De fiscale en civiele jurisprudentie bieden (nog) geen duidelijkheid over de vraag of de regeling van de uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW meer ruimte biedt om de ongewenste inschakeling van een personeelsvenootschap te bestrijden. Wanneer de personeelsvenootschap niet veel meer is dan een postbusvenootschap, zou wellicht kunnen worden betoogd dat de venootschap de arbeidskrachten niet 'in het kader van de uitoefening van een beroep of bedrijf ter beschikking stelt', zodat geen sprake is van een uitzendovereenkomst. Van een postbusvenootschap kan namelijk wellicht moeilijk worden gezegd, dat zij een bedrijf uitoefent. Aangezien het bij het onderhavige vraagstuk echter toch neerkomt op de vraag welke partijen zich hebben verbonden, waag ik echter te betwijfelen of een dergelijk betoog uiteindelijk kan leiden tot de conclusie dat de werkmaatschappij in werkelijkheid als werkgever geldt. Wanneer een uitzendovereenkomst met de personeelsvenootschap ontbreekt, kan immers worden teruggegrepen op 'de normale' dienstbetrekking als bedoeld in artikel 7:610 BW.

Een mogelijke oplossing bij het bestrijden van de ongewenste inschakeling van buitenlandse 'postbuspersoneelsvenootschappen' zou kunnen zijn het opnemen van een regeling in de BUB 1990 overeenkomstig de in de detacheringbepaling van de

Coördinatieverordening inzake sociale zekerheid (Vo (EG) nr. 883/224) opgenomen eis, dat de werkgever doorgaans substantiële activiteiten uitoefent op het grondgebied van de staat waar deze gevestigd is. In artikel 12, eerste lid van de Vo (EG) 883/224 is de voorwaarde opgenomen, dat de detacherende werkgever normaliter in de uitzendstaat zijn werkzaamheden verricht. Artikel 14, lid 2 werkt de bedoelde voorwaarde aldus uit, dat de werkgever doorgaans substantiële activiteiten uitoefent op het grondgebied van de lidstaat waar deze gevestigd is. Als de activiteiten van de onderneming zich beperken tot intern beheer, is van het verrichten van substantiële activiteiten geen sprake. Criteria die in dit verband een rol kunnen spelen zijn onder meer het aantal administratieve personeelsleden, de plaats van aanwerving van de werknemers, de plaats waar de werkgever het merendeel van de contracten sluit en de plaats waar de contracten tussen de werkgevers en werknemers worden gesloten.⁷⁵ De werknemersverzekeringswetten bieden echter ook andere mogelijkheden om in geval van inschakeling van ‘postbuspersoneelsvennootschappen’ tot de aanwezigheid van verzekerings- en premieplicht te kunnen concluderen. Hierop zal hieronder worden ingegaan.

5.5 Beoordeling en ficties vestigingsplaats

5.5.1 Inleiding

Bovenstaande analyse betrof de mogelijkheden die de rechter heeft om bij de interpretatie van de dienstbetrekking een andere rechtspersoon binnen het concern als (premieplichtig) werkgever aan te merken. In gevallen waar buitenlandse rechtspersonen als werkgever worden ingeschakeld teneinde te ontkomen aan de Nederlandse verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen, kunnen wellicht in gevallen waarin onvoldoende ruimte bestaat door het ‘werkgeverschap’ van de ingeschakelde vennootschap heen te kijken, ook de in de werknemersverzekeringswetten opgenomen ficties inzake de vaststelling van de vestigingsplaats van de werkgever uitkomt bieden.

⁷⁵ Zie het Besluit A1 van de Administratieve Commissie van 12 juni 2009, *PbEU* C 106. Zie voorts het arrest Fitzwilliam; HvJ EG10 februari 2000, *BNB* 2002/19, m.nt. Kavelaars.

Zo brengt de in artikel 2, lid 1 ZW voorgeschreven materiële beoordeling van de vestigingsplaats van de rechtspersoon-werkgever uitkomst mee, dat niet de statutaire, maar de werkelijke vestigingsplaats van de (onderneming van de) rechtspersoon dient te worden vastgesteld.

Verder kan worden gewezen op de fictie die in artikel 3, lid 2 onderdeel a ZW is opgenomen wanneer sprake is van een in het buitenland gevestigde werkgever. Voor zover de in het buitenland gevestigde werkgever beschikt over een vaste vertegenwoordiger of vaste inrichting in Nederland, wordt de buitenlandse werkgever geacht in Nederland gevestigd te zijn. Dit brengt bijvoorbeeld mee, dat de in Nederland wonende werknemer die in het buitenland werkzaamheden verricht ten behoeve van de vaste vertegenwoordiger of vaste inrichting in Nederland, in Nederland verzekerd is. Hieronder zal dieper worden ingegaan op het toepassingsbereik van deze bepalingen en op de verhouding met het 'medewerkgeverschap'.

5.5.2 Materiële beoordeling vestigingsplaats

Al eerder kwam aan bod, dat bij de beoordeling van de vraag of sprake is van verzekerings- en premieplicht in Nederland, van belang kan zijn waar de werkgever van de betrokkene gevestigd is. Uit artikel 3, lid 2 ZW volgt, dat wanneer de dienstbetrekking buiten Nederland wordt verricht, de werker uitsluitend als werknemer wordt beschouwd wanneer hij in Nederland woont en ook zijn werkgever in Nederland woont of gevestigd is. Wanneer de dienstbetrekking binnen Nederland wordt verricht, zal in beginsel sprake zijn van Nederlandse verzekerings- en premieplicht. Dit uitgangspunt leidt gelet op artikel 14 BUB uitzondering in gevallen waarin sprake is van (tijdelijke) detachering door een in het buitenland gevestigde werkgever naar Nederland.

Bij de vaststelling van de vestigingsplaats van de werkgever is niet de statutaire vestigingsplaats bepalend. Artikel 2, lid 1 ZW bepaalt – in navolging van diverse belastingwetten – dat waar iemand woont of waar een lichaam gevestigd is, naar de omstandigheden worden beoordeeld.⁷⁶

⁷⁶ Zie in dit verband: artikel 4 AWR.

Volgens de Hoge Raad speelt bij de vaststelling van de vestigingsplaats een belangrijke rol de vraag waar het bestuur zijn leidinggevende taak uitoefent. Wanneer echter aannemelijk is dat een ander de werkelijke leiding uitoefent, kan er aanleiding zijn bij als vestigingsplaats aan te merken de plaats van waaruit die ander de feitelijke leiding uitoefent.⁷⁷ Wanneer de activiteiten van een aandeelhouder de normale aandeelhoudersrelatie te buiten gaat, kan er aanleiding zijn voor de conclusie dat de werkelijke leiding is daar waar de aandeelhouders wonen.⁷⁸ Omstandigheden die zowel in de fiscale jurisprudentie als die van de CRvB (verder) een rol spelen zijn: de plaats waar de bestuurders wonen en vergaderen, de plaats waar de administratie wordt gedaan en waar de jaarrekening wordt opgemaakt.⁷⁹ Voor de CRvB speelt ook een rol de locatie van het klantenbestand en van de bedrijfsactiviteiten, de vraag in welk land belastingen worden geheven, of sprake is van een kantoor in het buitenland en waar de lonen worden uitbetaald.⁸⁰ Bij de materiële beoordeling van de vestigingsplaats is als het ware de ‘maatschappelijke of economische realiteit’ bepalend.

De CRvB heeft in een geval waarin sprake was tewerkstelling van personeel buiten concernverband en waarin artikel 14 BUB⁸¹ in geding was, aanleiding gezien een statutair in Polen opgerichte rechtspersoon als in Nederland gevestigd aan te merken.⁸² De uitspraak betrof tewerkstelling van een statutair in Polen gevestigde rechtspersoon aan Nederlandse tuinders. Indicaties voor het in Nederland gevestigd zijn van de ‘Poolse rechtspersoon’ was, dat het beleid en bestuur van de onderneming en omtrent de activiteiten werden bepaald door een in Nederland woonachtige directeur-grootaandeelhouder. De directeur-grootaandeelhouder van de Poolse rechtspersoon regelde op basis van een bemiddelingsovereenkomst met zijn in Nederlands gevestigde BV de financiële zaken van de Poolse rechtspersoon, legde de contacten met de tuinders en was bevoegd om de Poolse werkers te ontslaan. Bovendien waren de bedrijfsactiviteiten van de in Polen gevestigde rechtspersoon slechts marginaal; de

⁷⁷ HR 23 september 1992, *BNB* 1993/193, m.nt. Den Boer.

⁷⁸ HR 9 december 2005, *NTFR* 2005/1709.

⁷⁹ Zie: M.J.G.A. Weerepass, *Loonheffingen in internationaal verband*, FED fiscale studiereserie, Deventer: Kluwer 2014, p. 52.

⁸⁰ CRvB 29 november 2001, *RSV* 2002/58; CRvB 25 juli 2002, *USZ* 2002/262; CRvB 20 april 2004, *USZ* 2004/199.

⁸¹ Uit artikel 14 BUB volgt, dat in het buitenland wonende werknemers die in Nederland in dienst van een buiten Nederland gevestigde werkgever werkzaam zijn, voor zover de duur van werkzaamheden naar verwachting niet langer dan 6 maanden bedraagt, niet als werknemer worden aangemerkt.

⁸² CRvB 25 juli 2002, *RSV* 2002/237.

activiteiten in Polen bestonden vrijwel hoofdzakelijk uit het onderhouden van contacten met de Poolse uitvoeringsorgaan van de sociale zekerheid. Bovendien werden de werkzaamheden door een Poolse werknemer uitgeoefend onder nauwkeurige instructies van de Nederlandse directeur-groootaandeelhouder.⁸³ De CRvB zag in de onderhavige uitspraak bovendien aanleiding om – in het kader van de vraag wie hoofdelijk aansprakelijk was voor de premies werknemersverzekeringen – de directeur-groootaandeelhouder, de Nederlandse BV en de Poolse rechtspersoon als medewerkgevers aan te merken (zie hieromtrent verder: par. 5.6.6).

De materiële beoordeling van de vestigingsplaats is in gevallen van inschakeling van buitenlandse dochtervennootschappen een minder ingrijpend middel om tot de vaststelling van Nederlandse verzekerings- en premieplicht te concluderen dan het medewerkgeverschap. Dit gegeven heeft de CRvB aanleiding gegeven de voorkeur te geven aan een materiële beoordeling van de vestigingsplaats in de uitspraken waarin sprake was van omvlagtransacties van schepen door Nederlandse rederijen naar Cypriotische dochtervennootschappen (zie hierover par. 5.3.3). Wanneer in dergelijke gevallen de dagelijkse leiding van de vennootschappen vanuit Nederland plaatsvindt en de dochtervennootschappen in het buitenland overigens geen reële activiteiten uitoefenen, noopt dat er volgens de CRvB in beginsel uitsluitend toe aan te nemen dat de buitenlandse vennootschap feitelijk in Nederland is gevestigd.⁸⁴ Het is aannemelijk dat de CRvB een dergelijke benadering eveneens volgt in geval sprake is van inbreng van een onderneming in een buitenlandse (dochter)vennootschap.

Mij zijn geen voorbeelden bekend waarin de materiële beoordeling van de vestigingsplaats daadwerkelijk is gehanteerd teneinde te komen tot de vaststelling dat sprake is van Nederlandse verzekerings- en premieplicht in gevallen die worden gepresenteerd als internationale intra-concerndetachering. Mijns inziens staat evenwel buiten kijf dat de materiële benadering van de vestigingsplaats van een (buitenlandse) personeelsvennootschap een nuttig instrument kan zijn in gevallen waarin onvoldoende aanwijzingen zijn dat de werknemer in werkelijkheid met een ander concernonderdeel heeft gecontracteerd.

⁸³ Voor de heffing van loonbelasting is in deze zaak in dezelfde zin beslist, zie: Hof 's-Hertogenbosch 21 december 2006, AZ9787.

⁸⁴ CRvB 9 januari 1997, *USZ* 1997/130; CRvB 16 januari 1997, *USZ* 1997/54.

5.5.3 Vaste vertegenwoordiger en vaste inrichting

In geval van tewerkstelling van buitenlandse werknemers in Nederland door een in het buitenland gevestigde werkgever, kan verder ook sprake zijn van verzekerings- en premieplicht in Nederland wanneer sprake is van werkzaamheden ten behoeve van een vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger van die werkgever in Nederland.⁸⁵ De vraag of werkzaamheden worden verricht voor een vaste inrichting of vertegenwoordiger is verder van belang wanneer in Nederland woonachtige werknemers buiten Nederland werkzaamheden in dienst van een buitenlandse werkgever voor een vaste vertegenwoordiger of vaste inrichting in Nederland verrichte.⁸⁶

Met een vaste vertegenwoordiger wordt bedoeld een persoon, die in het bezit is van een duurzame machtiging om namens een lichaam overeenkomsten te sluiten.⁸⁷ Bij de beoordeling of sprake is van een duurzame machtiging zijn de feitelijke omstandigheden bepalend. Een schriftelijk beding dat inhoudt dat bij het sluiten van overeenkomsten de toestemming van het bestuur van de buitenlandse rechtspersoon is vereist, komt geen betekenis toe wanneer uit de feiten en omstandigheden kan worden afgeleid dat de rechtspersoon in werkelijkheid ermee instemde dat op naam van en voor rekening en risico van de rechtspersoon overeenkomsten worden gesloten.⁸⁸ In het algemeen zal degene die in het Nederlandse handelsregister als bestuurder of als bedrijfsleider van een buitenlands lichaam staat ingeschreven, als vaste vertegenwoordiger kunnen worden aangemerkt.⁸⁹

Wanneer voor het verrichten van werkzaamheden in het buitenland - een buitenlandse dochtervennootschap als werkgever wordt ingeschakeld zonder dat (op papier) van detachering aan de Nederlandse vennootschap sprake is zal ook de

⁸⁵ Dat geldt voor gevallen waarin artikel 14 BUB niet van toepassing is.

⁸⁶ Van belang is op te merken, dat de wettekst (artikel 3, lid 2 sub a en b ZW) ruimte lijkt te laten voor een zeer ruim toepassingsbereik van de wettelijke fictie. De woorden 'voor zover' in de bedoelde onderdelen geven volgens de CRvB echter het kader aan waarbinnen artikel 3, lid 2 onderdeel a en b ZW kunnen worden toegepast en kunnen dus niet worden uitgebreid tot 'indien'. Zou men 'voor zover' wel als 'indien' lezen, dan zou het niet bedoelde gevolg zijn dat de Nederlandse werknemer die in dienst is van een buitenlandse rechtspersoon en overal ter wereld werkzaamheden verricht, in Nederland verzekerd is als die buitenlandse rechtspersoon hier te lande over een vaste vertegenwoordiger of een vaste inrichting beschikt, zie in dit verband onder meer: CRvB 22 maart 1977, RSV 1978/178; CRvB 15 november 1989, AB 1990/38.

⁸⁷ Vgl. HR 28 maart 2001, BNB 2001/239 c, (m.nt. Kavelaars).

⁸⁸ HR 7 oktober 2006, BNB 2006/6.

⁸⁹ CRvB 27 juni 2003, USZ 2003/280; CRvB 18 oktober 2002, RSV 2003/7.

conclusie kunnen luiden dat de werkzaamheden worden verrichtten ten behoeve van de vaste vertegenwoordiger in Nederland.⁹⁰

Onder een vaste inrichting kan volgens de Leidraad Invordering 2008 worden verstaan: een enigszins duurzame inrichting waarin of met behulp waarvan de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk kunnen worden uitgeoefend voor rekening en risico van de buitenlandse onderneming. Als voorbeeld wordt in de Leidraad Invordering onder meer genoemd een plaats waar leiding wordt gegeven, een filiaal, een kantoor, een fabriek, en een werkplaats. Om als vaste inrichting te kunnen worden aangemerkt, geldt in het algemeen het vereiste, dat deze inrichting een wezenlijke functie binnen de ondernemingsactiviteiten van het lichaam vervult.⁹¹ Hoewel de invulling van het begrip 'vaste inrichting' zeer ruim is, bieden de klassieke jurisprudentie van de CRvB en de fiscale jurisprudentie inzake loonbelasting weinig aanwijzingen dat gevallen van internationale intraconcerndetachering via de regeling van de vaste inrichting onder de Nederlandse inhoudingsplicht kunnen worden gebracht. Ik zie zelf echter geen enkele reden waarom in geval van tewerkstelling van personeel in concernverband, geen sprake zou kunnen zijn van een vaste inrichting.

5.6 Aansprakelijkheden voor premies in het concern

5.6.1 Inleiding en achtergronden

In het vorenstaande is ingegaan op de mogelijkheden die de rechter ter beschikking staan om de ongewenste inschakeling van (buitenlandse) personeelsvennootschappen bij de vaststelling of sprake is van verzekerings- en premieplicht te bestrijden. Het aanwijzen van een andere vennootschap in het concern als (mede-)werkgever brengt uiteraard een verlegging (of: in geval van mede-werkgeverschap: uitbreiding) van de aansprakelijkheid voor de premies werknemersverzekeringen mee. Het is immers in beginsel de werkgever in de zin van de werknemersverzekeringen die aansprakelijk is. De in par. 5.4 besproken ficties bij de vaststelling van de vestigingsplaats van

⁹⁰ Vgl. HR 7 mei 2010, *BNB* 2010/229.

⁹¹ CRvB 2 mei 1990, RSV 1991/3; CRvB 28 oktober 1992, RSV 1993/220; Hof 's-Hertogenbosch 8 juli 2003, V-N 2003/52.59; Hof 's-Hertogenbosch 21 december 2006, LJV AZ9798.

rechtspersoon-werkgevers leiden echter niet tot een verlegging of uitbreiding van de aansprakelijkheid voor de premies werknemersverzekeringen.

Omdat (ook in puur nationale gevallen) de inschakeling van een in een concern verbonden vennootschap als werkgever negatieve gevolgen kan hebben voor de verhaalsmogelijkheden voor de ontvanger, is het relevant te wijzen op de mogelijkheden om in gevallen van niet-betaling van premies of belastingen door de primair premieplichtige werkgever de bij die werkgever betrokken (rechts-) personen hoofdelijk aansprakelijk te stellen. Tot 1 januari 2006 bevatte de Coördinatiewet Sociale Verzekeringen (CSV) bepalingen die de kring van voor de premies aansprakelijke (rechts-)personen uitbreidden. Sinds de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming per 1 januari 2006 zijn voor de invordering en de aansprakelijkheid van de premies werknemersverzekeringen ingevolge artikel 60, lid 3 WFSV de bepalingen van de IW 1990 van toepassing.⁹² De Invorderingswet bevat een uitgebreid arsenaal aan hoofdelijke aansprakelijkheidsbepalingen die de ontvanger kan invoeren wanneer de primair premieplichtige werkgever in gebreke is met de betaling van (onder meer) de premies werknemersverzekeringen en loonbelasting. De hoofdelijke aansprakelijkheidsbepalingen strekken zich uit tot (rechts-)personen die in meerdere, maar ook in mindere mate invloed kunnen uitoefenen op de betaling van premies werknemersverzekeringen. Zo zijn er niet alleen hoofdelijke aansprakelijkheidsbepalingen die zich richten op bestuurders, die in de regel directe invloed op de premiebetaling hebben. Ook zijn er aansprakelijkheidsbepalingen voor inleners en aannemers van werk, alsmede voor opdrachtgevers en kopers in de confectiesector, waarvoor dat veelal in mindere mate geldt.⁹³ Met de hoofdelijke aansprakelijkheidsbepalingen wordt in het algemeen beoogd bewuste niet-betaling van premies (door inschakeling van rechtspersonen) te bestrijden. De gedachte is dat derden op wie de hoofdelijke aansprakelijkheden van toepassing zijn, hun contractpartners zorgvuldig zullen uitkiezen. Verondersteld wordt, dat van de hoofdelijke aansprakelijkheden een belangrijke preventieve werking uitgaat. Dat dit niet altijd opgaat, kan worden afgeleid uit het dynamische karakter van de regeling van de

⁹² De hoofdelijke aansprakelijkheidsregels in de IW 1990 laten overigens de civielrechtelijke mogelijkheden (zoals een aansprakelijkstelling uit onrechtmatige daad) onverlet, zie hieromtrent: J. Elbers, de ontvanger en de onrechtmatige daadactie in concernverhoudingen, *WFR* 2002/1422.

⁹³ Zie daarvoor verder: J.H.P.M. Raaijmakers, *Aansprakelijkheid in belastingzaken*, Deventer:Kluwer, 2014, p. 37. Zie voorts: L. Van den Berg, *Tussen feit en fictie, Rechtspersoonlijkheid en de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekering*, diss. Nijmegen, 2010, hoofdstuk 6.

hoofdelijke aansprakelijkheden; in de loop der tijd zijn verschillende regelingen aangepast en zijn er bovendien nieuwe hoofdelijke aansprakelijkheidsbepalingen toegevoegd in de strijd tegen het bewust ontgaan van premie- en belastingbetaling.⁹⁴

De IW 1990 bevat verschillende hoofdelijke aansprakelijkheidsbepalingen die mogelijk toepasbaar zijn in gevallen van tewerkstelling van werknemers in concernverband. In gevallen van intra-concerndetachering zou bijvoorbeeld de moedermaatschappij ingevolge artikel 36 IW1990 als bestuurder (feitelijk leidinggever) van de personeels-vennootschap voor de premies kunnen worden aangesproken. Voorts kan de (bestuurder van de) werkmaatschappij ex artikel 34 (jo artikel 36b) IW1990 worden aangesproken in geval van niet-betaling van de premies door de personeels-vennootschap. Verder kan (een deelgenoot van) een in Nederland gevestigde 'werkmaatschappij' mogelijk als de leider van de vaste inrichting' of 'vaste vertegenwoordiger' in Nederland worden aangesproken wanneer sprake is van werkzaamheden die worden verricht in dienst van een buiten Nederland gevestigde personeelsvennootschap (artikel 33 en 37 IW 1990).

Wanneer personeelsvennootschappen in concernverband worden ingeschakeld teneinde te ontkomen aan verhaal van de premies werknemersverzekeringen, vormde ten slotte tot 2006 het aanvaarden van medewerkgeverschap een verruiming van de verhaalsmogelijkheden van het UWV. Hieronder volgt een bespreking op hoofdlijnen van (het toepassingsbereik van en de voorwaarden voor) de verschillende wettelijke aansprakelijkheden die kunnen worden ingeroepen in geval de personeelsvennootschap nalaat de premies werknemersverzekeringen (geheel) te betalen.⁹⁵ Vervolgens zal worden ingegaan op het medewerkgeverschap als methode om een doorbraak van aansprakelijkheid te bewerkstelligen. In een conclusie zal worden nagegaan of er bezwaren kleven aan het ontbreken van medewerkgeverschap als methode tot doorbraak van aansprakelijkheid in de werknemersverzekeringswetten .

⁹⁴ Zie: L. van den Berg, *Tussen feit en fictie, Rechtspersoonlijkheid en de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen*, diss. Nijmegen, 2010, hoofdstuk 6.

⁹⁵ Zie voor een historisch overzicht en de achtergronden van de hoofdelijke aansprakelijkheden mijn proefschrift, hoofdstuk 6. Zie verder voor details: J.H.P.M. Raaijmakers, *Aansprakelijkheid in belastingzaken*, Deventer, 2014.

5.6.2 Inlenersaansprakelijkheid

Wanneer een personeelsvennootschap wordt ingeschakeld teneinde de verhaalsmogelijkheden voor de premies werknemersverzekeringen te beperken of vrijdelen, staat de Ontvanger een beroep open op de in artikel 34 IW 1990 opgenomen inlenersaansprakelijkheid. Voordat tot hoofdelijke aansprakelijkstelling kan worden overgegaan, dient de primair premieplichtige werkgever in gebreke te zijn met de betaling van de premies werknemersverzekeringen.⁹⁶ Raaijmakers leidt uit de rechtspraak af, dat de ontvanger geen incassopogingen hoeft te hebben gedaan alvorens tot aansprakelijkstelling over te kunnen gaan.⁹⁷

De regeling van de inlenersaansprakelijkheid kent van alle hoofdelijke aansprakelijkheidsbepalingen de langste voorgeschiedenis⁹⁸ en hangt, evenals de meeste hoofdelijke aansprakelijkheidsbepalingen, samen met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen (koppelbazenfraude).

De regeling van de inlenersaansprakelijkheid strekt zich uit tot situaties waarin sprake is van:

1. een terbeschikkingstelling van de werknemer aan een inlener;
2. met instandhouding van de dienstbetrekking tot de uitlener en;
3. de werknemer verricht werkzaamheden onder leiding en toezicht van de inlener.

Artikel 34, lid 1 IW 1990 richt zich onder meer op werkzaamheden verricht door personen met een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW of met een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW.⁹⁹ Het behoeft weinig toelichting, dat ook gevallen van intraconcerndetachering onder het toepassingsbereik van artikel 34 IW 1990 vallen.¹⁰⁰ Opvallend aan de regeling is, dat discussie over een eventuele allocatiefunctie hier niet speelt; artikel 34, lid 1 IW 1990 bevat immers niet het vereiste,

⁹⁶ Artikel 49, lid 1 IW 1990.

⁹⁷ Artikel 49 IW 1990. Zie ook: J.H.P.M. Raaijmakers, *Aansprakelijkheid in belastingzaken*, Deventer, 2014, p. 37.

⁹⁸ Reeds sinds het jaar 1960 (dus voor de invoering van de Wet Ketenaansprakelijkheid in 1982) bevatte de CSV al een regeling over inlenersaansprakelijkheid voor de premies werknemersverzekeringen.

⁹⁹ Het praktisch belang van deze constatering hangt af van de vraag of voor de aanwezigheid van een uitzendovereenkomst als bedoeld in artikel 7:690 BW behalve leiding en toezicht aan de kant van de inlener ook de aanwezigheid van een gezagsverhouding tot de uitlener dient te worden aangetoond.

¹⁰⁰ Zie: Gerechtshof Arnhem 14 februari 2012, ECLI:NL: GHAR:BV7055. Vgl. ten aanzien van de periode voor 1 januari 2006 inzake de relevante bepaling in de CSV: CRvB 6 september 1989, RSV 1990/131.

dat de uitlener de werknemer in de uitoefening van een beroep of bedrijf ter beschikking stelt.

Artikel 34 IW 1990 behelst een ketenaansprakelijkheid. Wanneer de aan hem ter beschikking gestelde werknemer doorleent aan een ander, zal zowel de doorlener als de inlener onder het bereik van de inlenersaansprakelijkheid vallen.¹⁰¹ Eventuele pogingen om de inlenersaansprakelijkheid te ontwijken worden hiermee zoveel mogelijk voorkomen.

De IW 1990 schrijft geen volgorde voor het aansprakelijk stellen voor, wel is de ontvanger bij de beslissing tot aansprakelijkstelling gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁰² De Leidraad Invordering bepaalt dat in geval van ketenaansprakelijkheid, eerst de doorlener die rechtstreeks met de werkgever heeft gecontracteerd wordt aangesproken, tenzij redelijkerwijs aannemelijk is dat de aansprakelijkstelling niet tot voldoening van de schuld zal leiden. Daarna volgt aansprakelijkstelling van de minst ver verwijderde schakel in de keten, enzovoorts.¹⁰³ De ontvanger heeft dus alle ruimte om zijn keuze voor de aansprakelijkstelling van een bepaald concernonderdeel te laten bepalen door de verhaalsmogelijkheden die het onderdeel biedt.

De in- en doorlener zijn volgens artikel 34, lid 5 IW 1990 niet aansprakelijk indien de niet-betaling van de premies noch aan hem, noch aan een door- of uitlener te wijten is. Voor disculpatie geldt als eis dat de gehele keten van uit- en doorlener geen verwijt kan worden gemaakt.¹⁰⁴ Disculpatie is bijvoorbeeld mogelijk wanneer onvoorziene gebeurtenissen hebben geleid tot betalingsonmacht.¹⁰⁵ Een door de belastingdienst afgegeven schone verklaring omtrent het betalingsgedrag biedt geen garantie.¹⁰⁶ Voor disculpatie is geen ruimte wanneer lonen zwart worden uitbetaald, of de uitlener geen of een onvoldoende loonadministratie heeft gevoerd.¹⁰⁷ De inlener valt een verwijt te maken indien door zijn handelen de uitlener niet in staat is (tijdig) aan zijn

¹⁰¹ Zie artikel 34, lid 2, onderdeel a IW 1990. De bepaling eist niet, dat de doorlener leiding en toezicht uitoefent; leiding en toezicht hoeft slechts bij de inlener aanwezig te zijn, zie: HR 8 oktober 2010, *NJ* 2010/666, m.nt. J.W. Zwemmer.

¹⁰² Zie: HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5152, *NJ* 2002,612. HR 2 november 2001, *NJ* 2002/24. Zie voorts: J.J.P.M. Raaijmakers, *Aansprakelijkheid in belastingzaken*, Deventer: Kluwer 2014, p. 359.

¹⁰³ Artikel 34.3 in verbinding met 35.11 Leidraad Invordering 2008.

¹⁰⁴ Zie onder meer: Hof Amsterdam 27 maart 2006, *V-N* 2006/39.26.

¹⁰⁵ Hof Amsterdam 19 maart 2007, *V-N* 2007/33.25.

¹⁰⁶ HR 19 december 2008, BC2565.

¹⁰⁷ Zie onder meer: CRvB oktober 1996, *RSV* 1996/199; Hof ' -Gravenhage 16 december 2008, *V-N* 2009/15.25.

verplichtingen te voldoen. Daarvan zal sprake zijn wanneer de inlener voor de gebruikmaking van het personeel een ongebruikelijk lage prijs heeft bedongen.¹⁰⁸

Van verwijtbaarheid aan de kant van de inlener is echter niet reeds sprake, wanneer de inlener heeft nagelaten het deel van het factuurbedrag dat bestemd is voor de betaling van premies, op de G-rekening te storten, zie verder hieronder.

De inlener heeft ingevolge artikel 34, lid 3 IW 1990 bovendien de mogelijkheid zich van aansprakelijkheid te vrijwaren door ingevolge een schriftelijke overeenkomst met de uitlener geld te storten op een G-rekening. De G-rekening is een geblokkeerde rekening die de uit- of doorlener uitsluitend kan aanwenden voor betaling van belasting- en premieschulden. Op de G-rekening is een pandrecht gevestigd ten gunste van de Belastingdienst. In geval van aansprakelijkstelling wordt de aansprakelijkheid van de inlener verminderd met het bedrag dat op de G-rekening is overgemaakt, mits voldaan is aan enkele administratieve voorwaarden.¹⁰⁹ Naast gebruikmaking van de G-rekening is het op grond van buitenwettelijk beleid ook mogelijk de verschuldigde premies rechtstreeks over te maken naar de belastingdienst.¹¹⁰

Omdat het gebruik van rechtstreekse stortingen veel juridische onduidelijkheden bevat en het huidige G-rekeningenstelsel niet meer voldoet aan de eisen van deze tijd, is in 2007 een wetsvoorstel ingediend tot vervanging van het G-rekeningenstelsel door een depotstelsel.¹¹¹ Het voorstel houdt kort gezegd in, dat inleners het component aan premies (en belastingen) van de factuur die zij van hun uitlener ontvangen, storten op een zogeheten vrijwaringsrekening bij de ontvanger. De bedragen worden verdeeld over depotrekeningen die uit- en doorleners bij de ontvanger aanhouden. Met de bedragen op de depotrekeningen kunnen laatstgenoemden de verschuldigde premies en belastingen betalen. Het wetsvoorstel heeft op 1 juli 2009 kracht van wet gekregen, maar is nog niet in werking getreden.¹¹²

In het kader van de aanscherping van de aanpak van malafide uitzendbureaus is verder een nieuw artikel 34a IW geïntroduceerd. De bepaling is nog niet in werking

¹⁰⁸ Zie: Hof Amsterdam 19 maart 2007, V-N 2007/33.25.

¹⁰⁹ Zie de Uitvoeringsregeling uitleners, keten- en opdrachtgeversaansprakelijkheid, *Strcrt.* 2003, 249.

¹¹⁰ Zie: artikel 34.5 Leidraad Invordering 2008.

¹¹¹ TK 2007-2008, 31 301, nr. 2.

¹¹² Wet van 1 juli 2009, *Stb.* 2009, 280 en 281. Inwerkingtreding zal geschieden op een bij Koninklijk Besluit te bepalen tijdstip.

getreden.¹¹³ Het artikel houdt kort gezegd de verplichting in voor niet inleners die gebruik maken van personeel van niet (overeenkomstig artikel 7:692 lid 2 BW¹¹⁴) SNA-gecertificeerde uitzendondernemingen om 35% van het factuurbedrag te storten op de depotrekening van de inlener.¹¹⁵ Schending van deze verplichting leidt tot aansprakelijkheid voor hetzelfde bedrag, waarbij de bewijslast dat het bedrag waarvoor aansprakelijkheid bestaat lager is, bij de inlener berust. Met deze systematiek is het voor de ontvanger eenvoudiger een inlener aansprakelijk te stellen (met name in gevallen waarin werkzaamheden ‘zwart’ worden verricht), omdat hij de hoogte van het bedrag aan verschuldigde premies en belastingen niet hoeft te specificeren. De bepaling sluit overigens een beroep van de ontvanger op artikel 34 IW 1990 niet uit.¹¹⁶

Met deze maatregel hoopt de huidige regering uitzendondernemingen te stimuleren zich te laten certificeren en inleners ertoe te bewegen om zaken te doen met gecertificeerde uitzendondernemingen.¹¹⁷ De datum van inwerkingtreding zal gelijktijdig plaatsvinden met die van het hierboven besproken depotstelsel. Vooruitlopend op de inwerkingtreding van genoemde bepaling, is in de leidraad Invordering bepaald dat de inlener van zogeheten SNA-gecertificeerde uitzendondernemingen onder bepaalde voorwaarden disculpatie kan verkrijgen.¹¹⁸ De SNA sluit – voor zover ik heb kunnen nagaan – personeelsvennootschappen niet uit van certificering. Strikt genomen kunnen (thans) dus ook werkmaatschappijen in concerns van bovengenoemde disculpatiemogelijkheid gebruik maken.

De vraag rijst echter of, wanneer artikel 34a IW 1990 in werking is getreden, werkmaatschappijen onder het toepassingsbereik van artikel 34a IW 1990 vallen. Artikel 34a IW 1990 richt zich tot uitleners die op grond van artikel 7a Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) gehouden zijn zich als uitzendonderneming in het handelsregister te registreren. De bepaling strekt zich

¹¹³ Wet van 18 december 2013, *Stb.* 2013, 567 (Wet aanpak fraude toeslagen en fiscaliteit).

¹¹⁴ Zie omtrent de achtergronden van 7:692 lid 2 BW: M.S. Houwerzijl en S.S.M. Peters, *Inlenersaansprakelijkheid minimumloon, : paardenmiddel, papieren tijger of ei van Columbus?*, *TRA* 2012/2, p. 5-12.

¹¹⁵ De uitzendondernemingen komen in aanmerking voor een certificering van Stichting Normering Arbeid wanneer zij voldoen aan NEN-norm 4401 en 4402. Raaijmakers, tap, p. 172, plaatst overigens vraagtekens bij het gekozen percentage van 35%.

¹¹⁶ TK 2013-2014, 33 754, p. 26.

¹¹⁷ TK 2013-2014, 33 754, nr. 3, p. 19.

¹¹⁸ Leidraad Invordering 2008, art. 34.6.1. SNA staat voor Stichting Normering Arbeid. Als voorwaarde geldt onder meer een storting van 25% van het factuurbedrag op de G-rekening van de uitzendonderneming. Anders dan in het ‘normale regime’ levert inachtneming van de voorwaarden niet slechts vrijwaring op voor de hoogte van het bedrag dat op de G-rekening, maar een volledige disculpatie voor de inlener op.

blijkens de begripsbepalingen in artikel 1, lid 1 onderdeel c Waadi uit tot iedere onderneming die tegen vergoeding arbeidskrachten aan een ander ter beschikking stelt voor het onder diens toezicht en leiding arbeid te verrichten. Deze ruime begripsomschrijving wordt echter beperkt in artikel 1, lid 3 Waadi. Onderdeel c zondert uit de terbeschikkingstelling voor het verrichten van arbeid in een onderneming, die door dezelfde ondernemer in stand wordt gehouden als die de arbeidskrachten ter beschikking stelt. Gelet op de parlementaire geschiedenis van deze bepaling, zijn de in de Waadi opgenomen voorschriften volgens Zwemmer niet van toepassing in geval van intra-concerndetachering.¹¹⁹ Het is daarom niet uitgesloten dat artikel 34a IW eveneens toepassing mist. Een en ander brengt mee, dat zodra artikel 34a in werking is getreden, de ontvanger in geval een personeelsvennootschap in gebreke is met de betaling van premies, mogelijk niet kan profiteren van bovengenoemde aansprakelijkheidsbepaling.

De inlenersaansprakelijkheid heeft slechts beperkte extraterritoriale werking. Artikel 34 IW 1990 is volgens de Hoge Raad niet van toepassing op een in het buitenland wonende of gevestigde inlener die voor werkzaamheden in het buitenland gebruik maakt van werknemers voor wie in Nederland loonbelasting verschuldigd is.¹²⁰ De inlenersaansprakelijkheid is wel van toepassing indien de inlener in Nederland, en de uitlener in het buitenland gevestigd is. Gelet op de omstandigheid, dat ook voor de toepasselijkheid van de aansprakelijkheidsbepalingen uit de Invorderingswet een materiële beoordeling van de vestigingsplaats van geldt, levert de beperkte extraterritoriale werkingssfeer van artikel 34 IW in gevallen van internationale intraconcerndetachering mijns inziens echter geen onoverkomelijke problemen op.¹²¹

Naast de aansprakelijkheid voor niet betaalde premieschulden van in- en doorlenende werkmaatschappijen in concernverband, kunnen de bestuurders van genoemde concernvennootschappen (onder voorwaarden) ingevolge artikel 36b IW 1990 hoofdelijk aansprakelijkheid zijn in geval van niet betaling van de

¹¹⁹ J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap*, diss. Amsterdam UvA 2012, p. 93-94. Hij verwijst naar TK 1996-1997, 25 264, nr. 3, p. 18.

¹²⁰ Zie onder meer: HR 19 april 2000, *BNB* 200/224. De CRvB oordeelde echter ten aanzien van de ketenaansprakelijkheid voor de premies, opgenomen in artikel 16b CSV (de pendant van artikel 35 IW 1990), dat deze wel extraterritoriale werking heeft, zie: CRvB 29 april 1998, *RSV* 1999/31.

aansprakelijkheidsschuld van eerdergenoemden. Hierop wordt hieronder in par. 5.6.7 ingegaan.

5.6.3 Aansprakelijkheid voor in het buitenland gevestigde rechtspersonen

Hierboven is al ingegaan op de wettelijke ficties die bij de vaststelling van de verzekerings- en premieplicht gelden in geval werkzaamheden worden verricht in dienst van materieel in het buitenland gevestigde rechtspersonen. Voor zover werkzaamheden worden verricht ten behoeve van een vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger van die werkgever in Nederland, wordt laatstgenoemde als het ware geacht een voldoende sterke band te hebben met Nederland om Nederlandse verzekerings- en premieplicht te rechtvaardigen. Artikel 37 IW 1990 regelt de hoofdelijke aansprakelijkheid van de leider van de vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger in Nederland. Het artikel is in het leven geroepen met als doel te voorkomen dat malafide ondernemers premie- en belastingschulden ontduiken door via een buitenlandse vennootschap met een vaste inrichting of vertegenwoordiging in Nederland op de Nederlandse markt te opereren.¹²²

Artikel 37 IW 1990 vestigt een schuldaansprakelijkheid. De aansprakelijkheid van de leider van de vaste inrichting of vaste vertegenwoordiger geldt niet, voor zover hij bewijst dat het niet aan hem is te wijten dat de premies niet werden voldaan. Uit de Leidraad Invordering 2008 blijkt, dat niet-verwijtbaarheid naar redelijkheid en billijkheid wordt beoordeeld. Zo kan van niet-verwijtbaarheid sprake zijn als een ondernemer, hoewel hij de nodige voorzieningen heeft getroffen om eventuele tegenslagen in zijn bedrijf het hoofd te bieden, toch wordt geconfronteerd met niet te voorziene calamiteiten. Daaronder is begrepen een sterk verslechterde economische situatie van zodanige omvang dat hij ondanks zijn voorzorgen niet meer in staat is zijn betalingsverplichtingen na te komen.¹²³

5.6.4 Bestuurdersaansprakelijkheid van commerciële rechtspersonen

¹²² TK 1988-1989, 20 588, nr. 6 p. 63.

¹²³ Leidraad Invordering 2008, artikel 33.7.

Behalve de aansprakelijkheid van de werkmaatschappij of moedervenootschap als doorlener, inlener, of vaste vertegenwoordiger of vaste inrichting, kan ook de bestuurder van de personeelsvennootschap hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de premies. Artikel 36 IW 1990 vestigt een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de (voorschot-)premie, verschuldigd door commerciële rechtspersonen op ieder van de bestuurders indien het niet betalen van de voorschotpremie het gevolg is van aan de bestuurder(s) te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. Bij de totstandkoming van de

Het territoriale toepassingsbereik van artikel 36 IW 1990 is beperkt tot rechtspersonen die aan de (Nederlandse) vennootschapsbelasting zijn onderworpen. Dit brengt mee, dat de bepaling uitsluitend betrekking heeft op commerciële rechtspersonen die (materieel) in Nederland gevestigd zijn.

De hoofdelijke aansprakelijkheid strekt zich niet alleen uit tot de 'formele bestuurders' van commerciële rechtspersonen.¹²⁴ Artikel 36, lid 5 IW 1990 omhelst een materiële beschrijving van het begrip 'bestuurder'. Volgens het artikellid wordt onder 'bestuurders' ook begrepen de feitelijke bestuurder, de gewezen bestuurder, en de bestuurder van een lichaam dat als bestuurder van een ander lichaam optreedt.

Als criterium voor het feitelijk beleidsbepalen geldt dat de betrokkene de facto in het economische verkeer als bestuurder van de vennootschap heeft gehandeld en de vennootschap heeft vertegenwoordigd.¹²⁵ Feiten en omstandigheden die hierop wijzen zijn onder andere: de regelmatige aanwezigheid op het kantoor en de dagelijkse gang van zaken binnen een onderneming bepalen, de belangrijke rol bij (het ontbreken van) de administratie, de invloed op de (wijze van) loonbetaling van de werknemers¹²⁶ en de papieren bestuurder(s)¹²⁷ en de toegang tot de bankrekeningen van de rechtspersoon.¹²⁸

Een moedermaatschappij kan onder omstandigheden als feitelijk bestuurder worden aangemerkt.¹²⁹ Hiervan kan sprake zijn als laatstgenoemde zich op zodanige wijze met

¹²⁴ Hiermee wordt bedoeld: de statutair bestuurder van een NV of BV. Bij de aansprakelijkstelling kan de ontvanger niet louter uitgaan van de inschrijving als bestuurder in het handelsregister, zie: HR 27 juni 2008, *BNB* 2008/239.

¹²⁵ Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2006, *V-N* 2006/63.21.

¹²⁶ Hof Leeuwarden 28 juni 2011, *NTFR* 2011/1727.

¹²⁷ Vgl. CRvB 8 december 2005, *ECLI:NL:CRVB: AU8258*; Hof Amsterdam 17 februari 2005, *V-N* 2005/15.16.

¹²⁸ HR 4 mei 2001, *V-N* 2001/27.17. Vgl. CRvB 8 december 2005, *LJN AU8258*; Hof Amsterdam 17 februari 2005, *V-N* 2005/15.16.

¹²⁹ HR 4 mei 2001, *V-N* 2001/27.17. Vgl. Rechtbank Noord-Nederland 30 oktober 2014, *ECLI:NL:RBNNE:2014:5411*.

de bedrijfsvoering van de rechtspersoon heeft bemoeid, dat daardoor belastingschulden niet zijn voldaan.¹³⁰

Het is dus mogelijk dat een in het concern verbonden rechtspersoon als (formeel of feitelijk) bestuurder van de primair premieplichtige rechtspersoon wordt aangemerkt. Voor een dergelijke situatie bepaalt artikel 36, lid 5 onderdeel c IW 1990 dat wanneer een bestuurder van een lichaam een lichaam is in de zin van de AWR, ieder van de bestuurders van het laatstbedoelde lichaam als bestuurder wordt aangemerkt. Met de bepaling wordt voorkomen dat de bestuurdersaansprakelijkheid beperkt blijft tot het vermogen van een rechtspersoon-bestuurder.¹³¹ Indien een moederverenootschap als aandeelhoudster het beleid van de dochterverenootschap heeft bepaald als ware zij bestuurder, zijn dus zowel de moederverenootschap als de (formele en feitelijke) bestuurders van de moederverenootschap aansprakelijk voor de premieschulden.

Volgens artikel 36, lid 2 IW 1990 is het lichaam verplicht om onverwijld nadat gebleken is dat het niet tot betaling in staat is, daarvan mededeling te doen aan de ontvanger en indien de ontvanger dit verlangt, nadere inlichtingen te verstrekken en stukken over te leggen. Elke bestuurder is bevoegd om namens het lichaam aan deze verplichting te voldoen. De meldingsplicht hangt onder meer samen met de wens dat de ontvanger op een vroeg tijdstip op de hoogte raakt van de moeilijkheden waarin het lichaam verkeert, zodat de ontvanger zich kan beraden over het beleid dat hij ten aanzien van het lichaam zal voeren en eventueel tijdig invorderingsmaatregelen kan treffen.¹³² Verder speelt een rol de gedachte, dat het voor de 'onverantwoordelijke bestuurder' vaak onmogelijk zal zijn om op correcte wijze aan de meldingsplicht te voldoen, omdat de daarbij over te leggen gegevens slechts kunnen worden verstrekt wanneer een behoorlijke administratie voorhanden is.¹³³

De melding van dient schriftelijk te geschieden.¹³⁴ Volgens artikel 7 Uitvoeringsbesluit IW 1990 moet de melding van betalingsonmacht in beginsel worden gedaan binnen twee weken na de dag waarop de premies werknemersverzekeringen

¹³⁰ J.A. Booi, De aandeelhouder aansprakelijk voor belastingen van dochters, *TFO* 2002/45, p. 49-54.

¹³¹ TK 1980-1981, 16530, nrs. 3-4, p. 13.

¹³² Zie: TK 1987-1988, 20588, nr. 3, p. 97. Zie ook: conclusie A-G Timmerman bij HR 16 maart 2007, *V-N* 2007/17.32 en Rb. Haarlem 28 augustus 2007, *V-N* 2008/31.23.

¹³³ TK 1980-1981, 16530, nrs. 3-4, p. 14.

¹³⁴ Met ingang van 1 januari 2010 bepaalt artikel 36, lid 2 IW 1990, dat de melding schriftelijk dient te geschieden, zie Wet van 23 december 2009, *Stb.* 2009, 610.

behoorden te worden betaald.¹³⁵ De Hoge Raad knoopt bij de beoordeling of sprake is van een tijdige melding echter aan bij het tijdstip waarop sprake is van betalingsonmacht.¹³⁶ Wanneer de mededeling is gedaan dient de rechtspersoon, wanneer de fiscus daarom verzoekt, binnen een redelijke termijn nadere informatie te verstrekken over de oorzaak van de betalingsonmacht of de financiële situatie van de rechtspersoon.¹³⁷

Het niet (juist of tijdig) voldoen aan de meldingsplicht heeft belastende gevolgen. Indien het lichaam niet op de juiste wijze aan de meldingsverplichting heeft voldaan is een bestuurder volgens artikel 36, lid 4 IW 1990 aansprakelijk, met dien verstande dat wordt vermoed dat de niet-betaling het gevolg is van aan de bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur in de periode van drie jaren, voorafgaand aan de melding.¹³⁸ Alleen de bestuurder die aannemelijk maakt dat het niet aan hem te wijten is dat het lichaam niet of niet of niet juist heeft voldaan aan de meldingsplicht, kan tot weerlegging van dit vermoeden worden toegelaten.¹³⁹ Er zijn in de jurisprudentie weinig voorbeelden bekend waarin de bestuurder erin slaagt aannemelijk te maken, dat het niet melden niet aan hem is te wijten. In het geval de bestuurder zelf vanwege ziekte niet in staat was de melding te doen, moet aan de hand van de omstandigheden van het geval worden vastgesteld of het de bestuurder kon worden verweten dat het lichaam niet aan de meldingsplicht heeft voldaan.¹⁴⁰ Een bestuurder dient voorzorgsmaatregelen te treffen als hij beseft dat zijn psychische of fysieke gesteldheid in de toekomst kan verhinderen dat hij het noodzakelijke bestuur over zijn vennootschap uitoefent.¹⁴¹

De in artikel 36, lid 4 IW 1990 neergelegde regel kan de vergaande consequentie hebben dat de bestuurder ook aansprakelijk is wanneer de niet-betaling van de premies

¹³⁵ Zie over opzet of grove schuld: HR 2 november 2001, *V-N* 2001/60.28; Hof Leeuwarden 21 november 2008, *V-N* 2009/17.24; Rb. Breda 6 mei 2009, *V-N* 2009/40.20.

¹³⁶ HR 4 februari 2011, *BNB* 2011/112 en HR 12 augustus 2011, *BNB* 2011/254. Overigens zal ook sprake kunnen zijn van betalingsonmacht wanneer de rechtspersoon over voldoende liquide middelen beschikt, maar deze in verband met overige verplichtingen niet aanwendt voor het betalen van de verschuldigde belastingen en premies. Zie verder: artikel 36.5.4 Leidraad Invordering. Vgl. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 7 oktober 2014, *ECLI:NL:GHARL:2014:7780*.

¹³⁷ Artikel 8 en 9 Uitvoeringsbesluit IW 1990.

¹³⁸ Artikel 36 IW 1990 geeft de rechter niet de bevoegdheid de aansprakelijkheid van de bestuurder te matigen, vgl. HR 15 mei 2009, *V-N* 2009/24.20.

¹³⁹ Voor de gewezen bestuurder (dwz de bestuurder die geen bestuurder meer was op het moment dat de melding diende plaats te vinden) moest ingevolge artikel 16d, lid 7 CSV direct worden toegelaten tot de weerlegging van het vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur.

¹⁴⁰ HR 28 september 2007, *V-N* 2007/46.29. Vgl. Rb. Breda 12 februari 2009, *V-N* 2009/31.20.

¹⁴¹ Rechtbank Den Haag 4 februari 2014, *ECLI:NL:RBDHA:2014:2393*. Zie ook: M. Witteveen, en W.E. Nent, Hoge Raad schept duidelijkheid ten aanzien van melding betalingsonmacht, *TFB* 2014/07.

hem niet valt aan te rekenen, maar hij niet aannemelijk kan maken dat het niet aan hem te wijten is dat niet aan de meldingsverplichting is voldaan.¹⁴² Op de gevolgen van het niet-voldoen aan de meldingsregeling is in de literatuur de nodige kritiek geleverd. Ook in gevallen waarin 'geen sprake is van misbruik, maar van pech of argeloosheid' vormt de inzet van het geding de vraag of bewezen kan worden dat het niet tijdig melden van de betalingsonmacht aan de betreffende bestuurder te wijten is.¹⁴³ Niettemin wordt in de literatuur terecht het bezwaar geuit dat ook de te goeder trouw handelende bestuurders het risico lopen niet op de juiste manier te melden.¹⁴⁴ Bovendien is het denkbaar, dat juist malafide bestuurders, door een tijdige en correcte toepassing van de meldingsplicht, de aansprakelijkheid ontlopen omdat de ontvanger geen nader onderzoek naar kennelijk onbehoorlijk bestuur verricht.¹⁴⁵

De inhoudelijke beoordeling van het kennelijk onbehoorlijke bestuur komt in twee gevallen aan de orde. Deze komt in de eerste plaats aan bod indien de bestuurder aannemelijk heeft gemaakt, dat het niet tijdig of volledig melden van de betalingsonmacht niet aan hem te wijten is. In dat geval is het ingevolge artikel 36, lid 3 IW 1990 aan de bestuurder om aannemelijk te maken dat het niet betalen van de premies werknemersverzekeringen niet het gevolg is van aan de bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. In de tweede plaats is er ruimte voor een inhoudelijke beoordeling indien de betalingsonmacht op correcte wijze door het lichaam is gemeld. In dat geval rust op de ontvanger de bewijslast dat het niet betalen van de premies werknemersverzekeringen het gevolg is van aan de bestuurder te wijten kennelijk onbehoorlijk bestuur. Volgens Sijbers blijkt de bewijslast inzake het kennelijke onbehoorlijk bestuur als oorzaak van de betalingsonmacht in de praktijk een (te) zware opgave te zijn voor de ontvanger, zodat deze in procedures waarin hij dient te bewijzen dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur, niet zelden aan het kortste eind

¹⁴² Zie voor een geval waarin het niet juist voldoen aan de meldingsplicht niet aan de bestuurder viel te verwijten: CRvB 12 maart 1998, *USZ* 1998/145.

¹⁴³ A.F.M. Brenninkmeijer, *Misbruikwetgeving*, *NJB* 1992/ 45/46, p. 1539. Zie ook: P.J. Dortmond, *Aansprakelijkheid voor belasting- en premieschulden van de rechtspersoon*, in; *De nieuwe misbruikwetgeving*, Deventer: Kluwer 1986, p. 41.

¹⁴⁴ Vgl. F.H.H. Sijbers, *De melding betalingsonmacht, valkuilen en mogelijkheden*, *MBB* 2005/4, p. 137. Volgens de Hoge Raad levert overigens het uitgangspunt van een niet-weerlegbaar wettelijk vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur in geval van schending van de mededelingsplicht, geen strijd op met artikel 1, eerste protocol van het EVRM, zie: HR 21 september 2012, *BNB* 2012/296.

¹⁴⁵ Zie ook: J.A. Booij, *Aansprakelijkheid van bestuurders voor belastingsschulden*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 333.

trekt, of een dergelijke procedure niet eens entameert.¹⁴⁶ Ook Piek merkt op dat bestuurdersaansprakelijkstelling nagenoeg uitsluitend plaatsvindt indien betalingsonmacht niet tijdig of niet rechtsgeldig is gemeld.¹⁴⁷

Met de term 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' wordt blijkens de totstandkomingsgeschiedenis van de WBA gedoeld op misbruik. Van een dergelijk misbruik is volgens de toelichting bij de WBA niet alleen sprake, wanneer de bestuurder zich heeft verrijkt door onverantwoorde privé-onttrekkingen. Ook een bedrijfsvoering waarbij de belangen van crediteuren van de onderneming worden verwaarloosd worden als zodanig aangemerkt. Voorts kan de aansprakelijkheid van de bestuurder alleen op een hem verwijtbaar handelen of nalaten berusten.¹⁴⁸

De Hoge Raad kent bij de uitleg van het 'kennelijk onbehoorlijk bestuur' in artikel 36 IW 1990 het uitgangspunt dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden aldus gehandeld zou hebben. In de jurisprudentie wordt het kennelijk onbehoorlijk bestuur onder meer gezocht in (grove) nalatigheden op het vlak van de loonadministratie.¹⁴⁹ Het opzettelijk tot grote bedragen niet verantwoorden van uitbetaald loon (het uitbetalen van zwart loon) kan leiden tot kennelijk onbehoorlijk bestuur.¹⁵⁰ Ook ernstig verlate aangiften voor de loonbelasting en omzetbelasting en het niet tijdig afdragen van premies en belasting kan onder omstandigheden tot de conclusie leiden dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur.¹⁵¹ Het onttrekken van gelden aan het lichaam, al dan niet voor privé-doeleinden, kan ook gelden als kennelijk onbehoorlijk bestuur.¹⁵²

Bij de beoordeling van het kennelijk onbehoorlijk bestuur van bestuurders van commerciële rechtspersonen in concernverband, speelt het concernbelang geen doorslaggevende rol. Het binnen concerns wegsluizen van gelden en het steeds wijzigen van concernschema's levert volgens de Hoge Raad ook kennelijk onbehoorlijk bestuur

¹⁴⁶ F.H.H. Sijbers, Aansprakelijkheid voor aansprakelijkheidsschulden, een dode letter in wording?, *Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht* 2006/4, p. 13-19.

¹⁴⁷ F.A. Piek, Kroniek Invorderingsrecht, *Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht* 2015/2. Zie voorts: J.A. Booi, *Aansprakelijkheid van bestuurders voor belastingsschulden* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 333.

¹⁴⁸ TK 1980-1981, 16530, nr. 12, p. 17.

¹⁴⁹ Vgl. Gerechtshof Arnhem 31 januari 2012, *V-N* 2012/28.22.14; Hof Amsterdam 28 juni 2012, *V-N* 2012/46.27.24.

¹⁵⁰ CRvB 14 augustus 2007, *RSV* 2007/ 286.

¹⁵¹ HR 4 april 2011, *BNB* 2011/109; Hof Leeuwarden 28 juni 2011/ *NTR* 2011/1727.

¹⁵² CRvB 13 januari 2005, *RSV* 2005/66; Hof 's-Gravenhage 15 mei 1992, *V-N* 1992, p. 280; Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2006, *V-N* 2006/63.21.

op. Dit geldt ook als een redelijk denkend bestuurder gelet op het concernbelang ook zo gehandeld zou hebben.¹⁵³ Een en ander brengt mee, dat het onbehoorlijk bestuur voor de tot het concern behorende personeelsvennootschap dus afzonderlijk moet worden beoordeeld.

Artikel 36 IW 1990 gaat uit van een collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur voor het gevoerde en nog te voeren financiële beleid.¹⁵⁴ Aan die verantwoordelijkheid kan een bestuurder zich in beginsel niet onttrekken door zich afzijdig te houden van het bestuur van die rechtspersoon.¹⁵⁵ Het door een of meer bestuurders gevoerd onbehoorlijk beleid, resulterend in betalingsonmacht, wordt toegerekend aan het gehele bestuur. Een bestuurder zal zich als regel niet kunnen beroepen op een bepaalde taakverdeling, of op verwaarlozing van taken door een medebestuurder.¹⁵⁶

Het uitgangspunt van een collectieve verantwoordelijkheid van het bestuur, leidt tot de vraag of de ontvanger alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk moet stellen voor de niet-betaalde premieschulden. De IW 1990 biedt daaromtrent geen uitsluitel. De keuze van de ontvanger om te kiezen welke (rechts-)persoon hij aansprakelijk zal stellen wordt begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid, dat de ontvanger weliswaar alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk dient te stellen, maar dat uiteenlopende verhaalsmogelijkheden spoedig voldoende grond opleveren om niet alle bestuurders te dagvaarden.¹⁵⁷ De ontvanger is verder niet gehouden om, alvorens de door- of inlener ex artikel 34 of artikel 34a IW 1990 aan te spreken, allereerst de bestuurders van de rechtspersoon die in gebreke is met de premiebetaling aan te spreken.¹⁵⁸

5.6.5 Aansprakelijkheid voor aansprakelijkheidsschulden

De in artikel 36 IW 1990 geregelde bestuurdersaansprakelijkheid geldt uitsluitend voor de eigen premie- en belastingschulden van het lichaam. Artikel 36b IW 1990 bevat sinds

¹⁵³ Vgl. HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002/94.

¹⁵⁴ TK 1980-1981, 16530, nrs. 3-4, p. 16.

¹⁵⁵ HR 10 augustus 2007, nr. 575, *V-N* 2007/39.18.

¹⁵⁶ CRvB 11 augustus 1993, *RSV* 1994/ 64; *AB* 1994/349 (m.nt. W.A. Sinnighe Damsté); CRvB 26 juli 2007, LJN: BB162; Hof 's-Hertogenbosch 28 juni 2007, *V-N* 2007/55.31; Hof Leeuwarden 23 mei 2008, *V-N* 2008/46.20.

¹⁵⁷ Zie: HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5152, *NJ* 2002,612. HR 2 november 2001, *NJ* 2002/24. Zie voorts: J.J.P.M. Raaijmakers, *Aansprakelijkheid in belastingzaken*, Deventer: Kluwer 2014, p. 359.

¹⁵⁸ Vgl. HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2875.

1 januari 2008 een belangrijke aanvulling van de in artikel 36 IW 1990 opgenomen regeling van bestuurdersaansprakelijkheid.¹⁵⁹ Artikel 36b IW 1990 voorziet erin, dat ieder van de bestuurders van een commerciële rechtspersoon, hoofdelijk aansprakelijk is voor de voldoening van de door de rechtspersoon niet betaalde aansprakelijkheidsschuld. De achtergrond van de uitbreiding van de bestuurdersaansprakelijkheid van commerciële rechtspersonen hangt samen met de wens om zoveel mogelijk te voorkomen dat (onder meer) malafide inleners zich kunnen onttrekken aan aansprakelijkheid door zich achter een BV te verschuilen.¹⁶⁰

Ingevolge artikel 36b, lid 1 IW 1990 geldt de voorwaarde, dat de aansprakelijke rechtspersoon (zoals de inlener) eerst zelf ingevolge artikel 49 IW 1990 aansprakelijk is gesteld. Artikel 36b, lid 2 IW 1990 verklaart verder het tweede tot en met het zesde lid, alsmede het achtste lid van artikel 36 IW 1990 van overeenkomstige toepassing.¹⁶¹ In artikel 7a Uitvoeringsbesluit Invorderingswet 1990 is opgenomen, dat de melding van betalingsonmacht moet worden gedaan binnen twee weken na de dag waarop de aansprakelijkheidsschuld had moeten zijn voldaan.

5.6.6 (Mede-)werkgeverschap en de hoofdelijke aansprakelijkheden

Vóór de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming heeft de CRvB ook medewerkgeverschap aanvaard als middel tot verruiming van de voor de premies hoofdelijke aansprakelijke (rechts-)personen. Destijds was in de CSV een specifieke hoofdelijke aansprakelijkheidsbepaling (zonder disculpatiemogelijkheid) opgenomen in geval van medewerkgeverschap.¹⁶² Hoewel het begrip medewerkgeverschap er voor de toepassing van de verzekerings- en premieplicht voor de werknemersverzekeringen erop duidt, dat de als medewerkgevers aangeduide (rechts-)personen als eenheid moeten worden gezien, leidt het medewerkgeverschap er voor de aansprakelijkheid voor de premies toe, dat de kring van (primair) aansprakelijke (rechts-)personen wordt verruimd.

¹⁵⁹ Wet van 27 september 2007, *Stb.* 2007, 376 (Wet versterking fiscale rechtshandhaving).

¹⁶⁰ TK 2004-2005, 17050, nr. 307.

¹⁶¹ In plaats van de in artikel 36, lid 3 en 4 IW 1990 genoemde periode van drie jaren waarbinnen het kennelijk onbehoorlijk bestuur zich moet hebben voorgedaan, geldt voor de bestuurdersaansprakelijkheid voor aansprakelijkheidsschulden echter een referteperiode van zeven jaren.

¹⁶² Artikel 16c, lid 1, onderdeel b CSV (oud). Zie verder mijn dissertatie, p. 350-351.

De klassieke jurisprudentie biedt bij mijn weten slechts een voorbeeld waarin het medewerkgeverschap in het kader van de aansprakelijkheid voor de premies werknemersverzekeringen is aanvaard. Aan het slot van paragraaf 5.5.2 is al ingegaan op een uitspraak, waarin de CRvB tot de conclusie kwam, dat een statutair in Polen opgerichte rechtspersoon, die zich bezighield met de ter beschikking stelling van Poolse arbeidskrachten aan tuinders, niet in Polen, maar in Nederland gevestigd was aangezien het beleid en het bestuur van de onderneming en de daaraan verbonden beslissingen en activiteiten vrijwel uitsluitend door de in Nederland gevestigde directeur-groootaandeelhouder werden uitgevoerd. In deze uitspraak kwam vervolgens de vraag aan bod wie aansprakelijk was voor de betaling van de premies werknemersverzekeringen. De CRvB stelde vast dat sprake was van een gezagsverhouding tussen de directeur-groootaandeelhouder en de Poolse arbeidskrachten, nu de directeur-groootaandeelhouder niet alleen de meerderheid van de aandelen in zowel de BV als de Poolse vennootschap bezat, maar tevens een groot aantal werkgeverstaken uitoefende, zoals het betalen van loon en het wegsturen van niet goed functionerende werknemers. Gelet op de positie van de directeur-groootaandeelhouder binnen zowel de BV en de Poolse rechtspersoon en voorts het feit dat de directeur-groootaandeelhouder de werkgeverstaken uitoefende op basis van een 'bemiddelingsovereenkomst' met de Poolse rechtspersoon, kwam de CRvB tot het oordeel dat er sprake was van een zodanige verwevenheid tussen de directeur-groootaandeelhouder, de BV en de Poolse rechtspersoon, dat zowel de directeur-groootaandeelhouder, als de BV en de Poolse rechtspersoon als medewerkgevers dienden te worden aangemerkt.¹⁶³ Het voordeel van het aanvaarden van medewerkgeverschap in dergelijke gevallen is in de eerste plaats, dat de verhaalsmogelijkheden van de ontvanger op de primair premieplichtige worden vergroot. In plaats van, waarschijnlijk moeilijk te realiseren incassopogingen bij de buitenlandse rechtspersoon, kunnen ook de in Nederland actieve (rechts-)personen worden aangesproken. Voorts kan het voordeel van het medewerkgeverschap zijn dat daardoor de (bonafide) derde niet met een (of; met een beperktere) hoofdelijke aansprakelijkheidsschuld ex artikel 34 IW 1990 wordt geconfronteerd.

¹⁶³ CRvB 25 juli 2002, RSV 2002/237.

Over de vraag of het werkgeverschap van een concernonderdeel moet worden ontkend, heeft de CRvB zich uitgelaten in het kader van de hoofdelijke aansprakelijkstelling van een niet in het concern verbonden derde. Wanneer, in het kader van de hoofdelijke aansprakelijkstelling van een (bonafide) derde discussie bestaat omtrent de vraag wie werkgever is, zag de CRvB in beginsel geen aanleiding het werkgeverschap van (personeels-)vennootschappen te negeren. Gelet op de systematiek en strekking van de hoofdelijke aansprakelijkheidsbepalingen in de CSV achtte de CRvB het van essentieel belang dat buiten twijfel is, met name ook voor de aansprakelijk gestelde derde, wie de primair premieschuldige is. De primair premieschuldige dient immers eerst met de premiebetaling in gebreke te zijn, alvorens de derde kan worden aangesproken. De aansprakelijk gestelde diende volgens de CRvB verder niet in onzekerheid te verkeren met betrekking tot de hoedanigheid van de werkgever ten aanzien van wie het regresrecht kan worden uitgeoefend.

De bovenstaande uitspraak wijst erop, dat in het geval er belangen van (hoofdelijk aansprakelijke) te goeder trouw zijnde derden in het geding komen, de ruimte voor het negeren van een contract met een onzelfstandige rechtspersoon beperkt is.¹⁶⁴

Opgemerkt moet worden, dat de belangen van de bij de ingeschakelde personeelsvennootschap hoofdelijk aansprakelijke derden niet worden geschaad wanneer de vraag aan de orde is of concernonderdelen als medewerkgevers moeten worden aangemerkt. Het tegendeel is zelf waar; medewerkgeverschap leidt immers tot een verruiming van de verhaalsmogelijkheden op de primair premieplichtigen.

5.6.7 Beschouwing

Wanneer personeelsvennootschappen in concernverband worden ingeschakeld teneinde te ontkomen aan verhaal van premies werknemersverzekeringen, zijn er volgens de IW 1990 mogelijkheden om onderdelen van het concern hoofdelijk aansprakelijk te stellen.

In gevallen van intra-concerndetachering zou de moedervenootschap van de personeelsvennootschap ingevolge artikel 36 IW1990 als feitelijk leidinggever van de

¹⁶⁴ CRvB 28 december 1994, RSV 1995/171.

personeelsvennootschap voor de premies kunnen worden aangesproken. Voorts kan de (bestuurder van de) werkmaatschappij ex artikel 34 (jo artikel 36b) IW1990 worden aangesproken in geval van niet-betaling van de premies door de personeelsvennootschap. Artikel 34 IW is ook van toepassing in geval de in Nederland gevestigde werkmaatschappij personeel betreft van een buitenlandse personeelsvennootschap. In een dergelijk geval kan bovendien (een onderdeel van) de werkmaatschappij' mogelijk als de leider van de vaste inrichting' of 'vaste vertegenwoordiger' in Nederland worden aangesproken.

Wanneer de verschillende hoofdelijke aansprakelijkheidsbepalingen tegen elkaar worden afgezet, dan valt op dat de inlenersaansprakelijkheid van artikel 34 IW 1990 voor de ontvanger de meest gunstige aansprakelijkheidsbepaling bevat. Aangezien een disculpatieverweer door de inlener alleen slaagt wanneer de gehele keten van uit- en doorleners geen verwijt treft van de niet-betaling van de premies, behelst artikel 34 IW 1990 een vorm van risico-aansprakelijkheid. Vrijwaring is mogelijk voor zover de personeelsvennootschap het deel van het factuurbedrag dat is bestemd voor de betaling van (belastingen en) stort op de G-rekening van de werkmaatschappij (in de toekomst: vrijwaringsrekening). Hiermee wordt de verantwoordelijkheid voor de juiste afdracht van belastingen en premies als het ware verlegd naar de werkmaatschappij.

Het nog niet in werking getreden artikel 34a IW 1990 ontlast de ontvanger in geval van betaling van 'zwart loon' door een uitlener van het bewijs van het bedrag aan verschuldigde belastingen en premies wanneer de inlener personeel betreft van een niet SNA-gecertificeerde uitlener. Van deze gunstige aansprakelijkheidsbepaling kan de ontvanger bij intraconcerndetachering mogelijk geen gebruik maken.

Wanneer de verhaalsmogelijkheden op de werkmaatschappij beperkt (b)lijken te zijn, heeft de ontvanger bovendien de keus om de bestuurder(s) van de personeelsvennootschap of werkmaatschappij ex artikel 36 of artikel 36b IW 1990 hoofdelijk aansprakelijk te stellen. De aansprakelijkheid strekt zich ook uit tot de in Nederland gevestigde moedermaatschappij, wanneer laatstgenoemde (mede-) het beleid van de personeelsvennootschap of werkmaatschappij bepaalt als ware zij bestuurder. Een nadeel is echter, dat de regeling van bestuurdersaansprakelijkheid van commerciële rechtspersonen niet geheel bestand is tegen het risico van oneigenlijk

gebruik. De correcte melding van betalingsonmacht brengt immers mee, dat op de ontvanger de bewijslast van kennelijk onbehoorlijk bestuur komt te rusten.

Gelet op de omstandigheid, dat de regeling van de inlenersaansprakelijkheid in artikel 34 IW een vorm van risico-aansprakelijkheid behelst, rijst de vraag welke meerwaarde het aanvaarden van medewerkgeverschap in dit verband heeft. De ontvanger kan zich immers al tot de inlener wenden wanneer de werkgever in gebreke is met de betaling van de premies werknemersverzekeringen. Mocht artikel 34a IW 1990 wel van toepassing zou zijn op intraconcerndetachering, (hetgeen ik wenselijk acht) zou zelfs kunnen worden betoogd dat het accepteren van de inschakeling van de niet SNA-gecertificeerde personeelsvennootschap in sommige gevallen gunstiger is voor de ontvanger, omdat hij dan in geval van 'zwarte' uitbetaling van het loon wordt verlost van de bewijslast van de hoogte van het bedrag van de verschuldigde premies. Anders dan in geval van mede-werkgeverschap, zal de werkmaatschappij zich echter kunnen disculperen indien de personeelsvennootschap en de werkmaatschappij geen verwijt treft van de niet-betaling van de premies. Een disculpatieverweer slaagt echter niet snel. Gevallen van bewuste ontduiking van premieplicht van de personeelsvennootschap door de betaling van zwart loon, of het voeren van een gebrekkige loonadministratie, ontslaat de werkmaatschappij niet van aansprakelijkheid. Hetzelfde geldt, indien de werkmaatschappij een ongebruikelijk lage prijs heeft betaald voor het intra-concern gedetacheerde personeel. Het ligt mijns inzien in de rede, dat (evenals bij de regeling omtrent bestuurdersaansprakelijkheid) het mogelijke concernbelang geen rol speelt bij de beoordeling of de niet-betaling van de premies niet aan de personeelsvennootschap of werkmaatschappij valt te verwijten. Binnen het huidige systeem van hoofdelijke aansprakelijkheden voor de premies zal het aanvaarden van medewerkgeverschap daarom met name betekenis kunnen hebben als alternatief op de aansprakelijkheid ex artikel 36 of 36b IW 1990 van een concernonderdeel. Bestuurdersaansprakelijkheid zal door de ontvanger kunnen ingeroepen wanneer hij de verhaalsmogelijkheden op de werkmaatschappij ongunstig inschat. Indien het concernonderdeel de betalingsonmacht tijdig en juist heeft gemeld, rust op de ontvanger de bewijslast dat de niet-betaling van de premies of aansprakelijkheidsschuld het gevolg is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Aangenomen wordt dat een en ander ertoe leidt dat de ontvanger zelden de bestuurdersaansprakelijkheid inroept in gevallen waarin de rechtspersoon wel tijdig en

juist aan de meldingsplicht heeft voldaan. Een duidelijk voordeel van het medewerkgeverschap is dat in een dergelijk geval de zware bewijslast van kennelijk onbehoorlijk bestuur niet geldt; de concernonderdelen worden dan immers als primair premieplichtige voor de betaling van de premies aangesproken.

Wanneer een werkmaatschappij het personeel zou doorlenen aan een (niet in het concern verbonden) derde, is verder zeer goed denkbaar dat de ontvanger er gelet op de zware bewijslast van het kennelijk onbehoorlijk bestuur voor kiest de derde ex artikel 34 IW 1990 aansprakelijk te stellen. De klassieke jurisprudentie van de CRvB biedt geen duidelijke voorbeelden van medewerkgeverschap in gevallen waarin uitsluitend de aansprakelijkheid voor de premies, en niet (ook) het ontgaan van de verzekerings- en premieplicht speelde. Gelet op de omstandigheid dat het medewerkgeverschap in de klassieke jurisprudentie van de CRvB zeer terughoudend werd toegepast, is het niet aannemelijk dat medewerkgeverschap in puur nationale situaties zou zijn aanvaard. Ik gaf verder al eerder aan, dat het medewerkgeverschap sinds de overgang naar een fiscaal regime van rechtsbescherming waarschijnlijk een stille dood is gestorven. Toch knelt het naar mijn mening, dat de formeel-juridische benadering van (contractovergangen) en het werkgeverschap van de rechtspersoon-werkgever in combinatie met de onvolkomenheden in de regeling van bestuurdersaansprakelijkheid, kan meebrengen dat ondernemers het in hun macht kunnen hebben premies (deels) te ontgaan. In een geval waarin een concernonderdeel is ingeschakeld om als doorlener te fungeren met het oog op het ontgaan van verhaalsmogelijkheden van premies werknemersverzekeringen, is het bovendien zeer goed denkbaar dat een bonafide derde met een aansprakelijkheidsschuld wordt geconfronteerd. Hoewel daar tegenin te brengen valt, dat de derde zijn aansprakelijkheid kan beperken door het storten van het bedrag aan premies op de G-rekening of vrijwaringsrekening, zijn er naar mijn mening goede gronden om in bepaalde gevallen de (rechts-)persoon die direct profiteert van de niet-betaling van de premies, daarvoor zonder meer verantwoordelijk te houden. In plaats van het bestrijden van de (bewuste) niet-betaling van premies door het aanvaarden van medewerkgeverschap van concernonderdelen, zou echter ook het opnemen van een specifieke bepaling in de (regeling van bestuurdersaansprakelijkheid in artikel 36 en 36b) IW 1990 denkbaar zijn. Een dergelijke regeling zou kunnen inhouden dat in geval van bewuste niet-betaling van de premies of de aansprakelijkheidsschuld door concernonderdelen (zoals bij de betaling van 'zwart

loon') voor de bestuurder een vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur geldt..
Aangezien het begrip bestuurder in de huidige regeling van de bestuurdersaansprakelijkheid al zeer ruim is, is er volgens mij geen directe noodzaak een regeling over de aansprakelijkheid voor premies bij werkgeverschap in het concern op te nemen. Dergelijke aanpassingen zouden naar mijn mening – als alternatief op het medewerkgeverschap in het concern – beter aansluiten bij de keuze die de wetgever in de strijd tegen misbruik van rechtspersoonlijkheid heeft gemaakt.

Stellingen:

1. De interpretatie van de privaatrechtelijke dienstbetrekking biedt (thans) zeer beperkte mogelijkheden om ontwijkingsconstructies met buitenlandse personeelsvennootschappen in de werknemersverzekeringswetten te redresseren. Medewerkgeverschap van concernonderdelen als middel om tot verzekerings- en premieplicht te kunnen concluderen is - gelet op de andere methoden die de rechter ter beschikking staan om tot vaststelling van verzekerings- en premieplicht te kunnen concluderen - echter niet onmisbaar.

2. De regeling van de hoofdelijke aansprakelijkheden in de IW 1990 biedt ruime mogelijkheden tot verhaal van de premies werknemersverzekeringen op onderdelen van het concern, maar is niet geheel bestand tegen misbruik. Het aanvaarden van medewerkgeverschap van concernonderdelen kan in misbruiksituaties gerechtvaardigd zijn. Aanpassing van de regeling van bestuurdersaansprakelijkheid zou echter beter aansluiten bij de keuze die de wetgever in de strijd tegen misbruik van rechtspersoonlijkheid heeft gemaakt.