

G.J.J. Heerma van Voss

Oratie gehouden op 3 april 1998 bij de aanvaarding van de benoeming tot hoogleraar in het sociaal recht aan de Rijksuniversiteit Leiden.

I

De ontsluiting van het sociaal recht

I. Inleiding

1) In de donkere dagen rond Kerstmis 1993 liet de Rotterdamse werknemer *Jansen* zijn werkgever weten dat hij zijn arbeidsovereenkomst op korte termijn wilde beëindigen. Die mededeling zou niet de aandacht hebben getrokken van de Nederlandse pers, als het hier niet had betroffen de heer *Wim Jansen*, de technisch directeur van de sportclub Feyenoord, de toenmalige kampioen van het betaalde voetbal. En het feit zou ook aan deze plechtige bijeenkomst zijn voorbij gegaan als de heer Jansen aan de mogelijkheid om op korte termijn ontslag te nemen, niet een interessante arbeidsrechtelijke theorie ten grondslag had gelegd. Hij werd hierover door de *Volkskrant* als volgt geciteerd:

“Ik kan op elk moment mijn biezen pakken, want ik werk hier zonder contract. Als ik een ijdel mannetje met heel veel ambitie zou zijn, dan had ik wel van alles op papier laten zetten. Maar ik doe dit werk omdat ik er plezier aan beleef en als dat wegvalt wil ik meteen kunnen opstappen.”¹

De gedachte dat er geen contract is als er niets op papier staat, is een veel voorkomend misverstand. Bij arbeidsovereenkomsten is het overigens maar goed dat een contract niet schriftelijk behoeft te worden overeengekomen.² Arbeid in kleine ondernemingen wordt nog steeds regelmatig op mondelinge basis verricht. En bovendien slaagt menig werkgever er niet in om tijdig voor de indiensttreding alle formaliteiten af te ronden, zoals ik zelf bij mijn aanstelling hier nog heb mogen ervaren. Ook in die gevallen dient de juridische regeling van het arbeidscontract echter van toepassing te zijn. Daarnaast geeft de wet vaak nog regels voor aspecten die partijen niet zelf hebben geregeld. In het geval van de heer Jansen geldt dat bijvoorbeeld voor de opzegtermijn.

2) In het sociaal recht is het verschil tussen wat enerzijds de betrokkenen zelf als werkelijkheid ervaren en anderzijds wat juristen daar over denken soms nog groter dan op andere rechtsgebieden. Want ook als er wel iets op schrift is gesteld, blijken partijen veelvuldig niet aan deze afspraken te zijn gebonden. Het sociaal recht kent veel dwingende wettelijke bepalingen, waardoor partijen in de arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld ook niet bewust kunnen afzien van iedere

1 ‘Mr. Feyenoord’ kiest voor veldwerk onder Beenhakker’, *De Volkskrant* 28 december 1993.

2 Wel is de werkgever op grond van art. 7:655 BW verplicht om de werknemer te informeren over vele aspecten van zijn arbeidsverhouding.

opzegtermijn³. Dit komt voort uit de beschermende functie van het sociaal recht, dat beoogt de vaak zwakke onderhandelingspositie van de werknemer te compenseren teneinde evenwichtige arbeidsverhoudingen te realiseren. Vanuit dezelfde beschermingsgedachte kunnen zowel het contract als de letterlijke tekst van de wet door de rechter terzijde worden gesteld. Zo kan de werkgever wel schriftelijk overeenkomen dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht, waarbij de werknemer voor eigen risico werkt. Maar indien de feitelijke gang van zaken overeenkomt met een dienstbetrekking, en de werknemer in een gezagsverhouding staat tot de werkgever, kan de werknemer een beroep doen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst en de daarbij behorende rechtsbescherming. In dat geval kunnen ook de uitvoeringsinstellingen van de sociale zekerheid en de belastingdienst over de betaalde vergoeding (die dan juridisch plotseling 'loon' blijkt te heten) sociale premies en belastingen innen. Een kantonrechter formuleerde dit principe aldus dat "een hoofdregel van het arbeidsovereenkomstenrecht luidt dat de rechter geen schijn voor wezen mag laten gaan en dat hij, ongeacht de benamingen die partijen aan een rechtsverhouding geven, moet beoordelen in welke rechtsverhouding partijen werkelijk tegenover elkaar staan".⁴ Deze problematiek komt al van oudsher in de rechtspraak voor, maar heeft de afgelopen decennia aan belang gewonnen door de toegenomen flexibilisering van de arbeidsverhoudingen.

3) Een fraai voorbeeld vormt de arbeidsverhouding die mevrouw *Hendrika Schoolderman* in de jaren tachtig had met *Agfa-Gevaert* BV in Rijswijk. Mevrouw Schoolderman had al wisselend voor Agfa gewerkt toen zij in januari 1985 in dienst trad voor bepaalde tijd, volgens haar aanstellingsbrief 'als tijdelijke kracht op uurloonbasis zonder garantie voor werk of de omvang daarvan'. Sinds medio 1985 werkte mevrouw Schoolderman daarna praktisch voor de volledige werktijd bij Agfa, afwisselend telkens voor langere perioden rechtstreeks in dienst van het bedrijf en kortere perioden via een uitzendbureau. Zo deed zij jarenlang hetzelfde werk als het personeel in vaste dienst, maar kreeg zij niet dezelfde honorering. In een procedure vorderde zij het verschil, welke vordering na een aantal jaren was opgelopen tot f 193.075. Zowel de kantonrechter als in hoger beroep de rechtbank stelden haar in het gelijk. De rechtbank overwoog dat er op zichzelf niets ongeoorloofds is in de praktijk van een bedrijf als Agfa, om met het oog op grote schommelingen in de hoeveelheid werk gebruik te maken van 'tijdelijke krachten op uurloonbasis', ook al is de honorering minder dan die van het vaste personeel. Het oorspronkelijke karakter van deze verhouding was evenwel verloren gegaan, en tussen partijen was een arbeidsverhouding ontstaan die zich inhoudelijk in niets of vrijwel niets onderscheidt van arbeidsverhoudingen van vergelijkbaar vast personeel bij Agfa. Als goed werkgever was Agfa gehouden om haar hetzelfde loon te betalen als het vaste perso-

3 Art. 7:672 BW laat wel de mogelijkheid open dat de opzegtermijnen bij cao worden terzijde gesteld.

4 Ktg. Zwolle 31 juli 1992, *JAR* 1992/60.

neel. In cassatie voegde de Hoge Raad hier nog aan toe “dat de aanvankelijk overeengekomen arbeidsvoorwaarden niet doorslaggevend zijn, maar mede betekenis toekomt aan de wijze waarop partijen in de praktijk aan de arbeids-overeenkomst uitvoering geven en aldus daaraan een andere inhoud hebben gegeven.”⁵ De rechter kijkt dus door de tekst van het contract heen en als deze de feitelijke gang van zaken niet dekt, wordt het contract als het ware door de rechter aan de feiten aangepast. Dit arrest is door een jury van het tijdschrift *Jurisprudentie ArbeidsRecht* onlangs uitgeroepen tot de meest baanbrekende arbeidsrechtelijke uitspraak van de afgelopen vijf jaar.⁶ Ik deel die mening, niet omdat de toegepaste leer op zichzelf nieuw is, maar wel omdat deze hier zo principieel wordt verwoord. Bij deze ontwikkeling in de rechtspraak sluit overigens aan dat de regering in het momenteel bij de Eerste Kamer in behandeling zijnde wetsvoorstel ‘Flexibiliteit en zekerheid’ heeft voorgesteld om in de wet vast te leggen dat een arbeidsovereenkomst wordt ‘vermoed’ aanwezig te zijn of een bepaalde omvang te hebben indien een werknemer gedurende drie maanden bij dezelfde werkgever in een bepaalde arbeidsduur heeft gewerkt.⁷

4) Het verschijnsel dat de rechter door de formele constructie heen kijkt, beperkt zich niet tot de afhankelijke groep van flexibele arbeidskrachten. Ook in gevallen van beter gesitueerde werknemers komen we het tegen. Zo plegen managers tegenwoordig nog wel eens om fiscale redenen in dienst te treden bij een door henzelf opgerichte management-bv. Wanneer zo’n bv wordt ingeschakeld door een onderneming zou er dan geen sprake zijn van een arbeidsovereenkomst tussen de manager en de inlener. Voor de toepassing van het socialeverzekeringsrecht kijkt de rechter soms toch door deze constructie heen en neemt hij een dienstbetrekking tussen de inlener en de manager aan, waardoor over de beloning premies kunnen worden geheven. Dat is met name het geval indien de inlener het om de persoonlijke inzet van die bepaalde manager is te doen.⁸ Hier is dus niet zozeer bescherming van de werknemer, maar een correcte premieheffing het oogmerk.⁹ Omgekeerd werd eerder door de socialeverzekeringrechter de directeur-groootaandeelhouder van een bv juist niet in dienstbetrekking geacht, omdat zijn overheersende zeggenschap in de bv niet verenigbaar is met de ondergeschikte positie van een werknemer.¹⁰

5 HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704, *JAR* 1994/94 (*Agfa-Gevaert/Schoolderman*).

6 *JAR* Symposiumbundel, *Vijf jaar jurisprudentie arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu 1997, p. 31-32.

7 *Kamerstukken I* 1997/98, 25 365, art. 7:610a en 610b BW nieuw.

8 CRvB 7 augustus 1997, *USZ* 1997/248; CRvB 11 september 1997, *USZ* 1997/270; en de noot bij CRvB 12 december 1997, *USZ* 1998/60. Afwijzend – op basis van de Agfa-doctrine – tegenover een docent die werkte via zijn commanditaire vennootschap HR 14 november 1997, *NJ* 1998, 149, *JAR* 1997/263 (*Groen/Schoevers*).

9 De recente Wet PEMBA waardoor de hoogte van de WAO-premie van de werkgever varieert per onderneming in relatie tot het aantal werknemers dat in de WAO terechtkomt, kan er toe kunnen leiden dat ondernemingen zich ‘strategisch’ gaan organiseren. Ook dan zal de rechter zo nodig door de constructie moeten heen zien.

10 Een belangrijk bezwaar vormt zijn mogelijkheid om zelf het intreden van het werkloosheidsrisico te bepalen, CRvB 4 oktober 1985, *RSV* 1986/21.

5) Er zijn meer onderwerpen waarbij de rechter een bepaalde constructie 'doorprikt', zoals dit verschijnsel ook wel wordt genoemd. Zo worden bij de toepassing van het recht van de EG lang niet altijd de nationale begrippen als identiek aan de Europese beschouwd. Ik noem het voorbeeld van de bepaling die de vrijheid van de EG-burgers regelt om als werknemer te gaan werken in een andere lidstaat van de Europese Unie.¹¹ Het desbetreffende artikel kent een uitzondering voor 'betrekkingen in overheidsdienst'. Wie zou denken dat voor functies bij de overheid het beginsel van vrij verkeer van werknemers dus niet hoeft te worden toegepast, komt echter bedrogen uit. Want, zo oordeelt het EG-Hof van Justitie, gelet op het fundamentele karakter van het vrij werknemersverkeer mag aan deze uitzondering geen draagwijdte worden toegekend die verder gaat dan het doel waarvoor zij is opgenomen. De uitzondering heeft daarom slechts betrekking op bepaalde werkzaamheden, die verband houden met de specifieke taak van de overheid, waardoor er een bijzondere band van solidariteit ten opzichte van de staat van de betrokken werknemer kan worden gevraagd.¹² En zo is een betrekking als leraar op een openbare school (en vermoedelijk ook als hoogleraar aan een Rijksuniversiteit) naar dit deel van het Europese recht geen betrekking in overheidsdienst, hoe zeer dit naar nationaal recht ook het geval kan zijn.¹³ Hier heeft het 'door de constructie heen kijken' niet als doel het beschermen van de werknemer of een juiste premieheffing, maar het in stand houden van de interne markt en het voorkomen van oneigenlijke concurrentievoordelen tussen de verschillende EG-lidstaten.

6) Dat deze problematiek door het gehele sociaal recht heen speelt, blijkt ook uit een voorbeeld uit het stakingsrecht. In november 1983 woei, zoals Rood het beeldend omschreef, een 'novemberstorm in de publieke sector'. Op grote schaal werd actie gevoerd tegen de door de regering voorgenomen salariskorting met 3,5 procent (het werd uiteindelijk 3 procent).¹⁴ Het meest opzienbarend waren de acties bij de Nederlandse Spoorwegen. Het ging hier niet om volledige stakingen, maar om stiptheidsacties, langzaamaanacties en werkonderbrekingen van korte duur telkens in andere delen van het bedrijf. Gezien het verschil met de anders zo rimpelloze bedrijfsvoering van de Spoorwegen, was de ergernis onder het publiek na enige tijd zo groot, dat zelfs enige juridische hoogleraren in de hun ter beschikking staande vaktijdschriften uiting gaven aan hun zorg over de ontwikkeling van het collectieve actierecht, ook als zij voordien in hun publicaties nog niet van hun belangstelling voor dit rechtsgebied hadden doen blijken.¹⁵ De beoefenaren van het sociaal recht zijn de actievoerders van toen echter

11 Art. 48 EG-Verdrag.

12 HvJ EG 12 februari 1974, nr. 152/73, *Jur.* 1974, p. 153 (*Sotgiu*) en HvJ EG 17 december 1980, nr. 149/79, *Jur.* 1980, p. 3881 (*België*).

13 HvJ EG 27 november 1991, nr. C-4/91, *Jur.* 1991, blz. I-5627 (*Bleis*).

14 M.G. Rood, 'Novemberstorm in de publieke sector', *NJB* 1983, p. 1381-1388.

15 A.M. Donner, Het onbaatzuchtige, *RM Themis* 1984, p. 1-3; W.J. Slagter, De recente stakings- en stiptheidsacties, *TVVS* 1984, p. 33-40; J. Leyten, Stakingen, collectieve acties en 'fair play', *NJB* 1986, p. 815.

dank verschuldigd. Want de door de directie van de NS tegen de organiserende vakbonden in 1983 aangespannen procedure leidde tot een arrest van de Hoge Raad in 1986, dat kan worden beschouwd als de meest baanbrekende arbeidsrechtelijke uitspraak van de jaren tachtig. De Hoge Raad erkende hierin principieel het stakingsrecht op basis van internationaal verdragsrecht en gaf ook de grenzen van dat recht aan. Voor het onderwerp van vandaag is echter van belang dat de advocaat van de Spoorwegen als verweer onder meer naar voren bracht, dat het hier geen normale collectieve acties betrof. De acties *keerden zich* namelijk weliswaar tegen de werkgever (de NS), maar zij *richtten zich* tegen een ander (de overheid). Het bedrijf van de werkgever werd ontwricht en hem werd een grote schade berokkend, terwijl het doel van de acties was om regering en parlement onder druk te zetten om te voorkomen dat in de lonen zou worden ingegrepen. Met andere woorden: er was geen normaal belangenconflict waarin de werkgever in staat is om schade te voorkomen door aan de eisen tegemoet te komen. De Hoge Raad aanvaardde dit betoog niet. Gevallen als dit, waarin de acties zich richten tegen de overheid die ingrijpt in de salarisvoorwaarden van werknemers wier salarissen geheel of in belangrijke mate ten laste komen van de collectieve middelen, staan zó dicht bij die waarin de acties zich richten tegen de werkgever, dat beide gevallen voor de toepassing van het collectieve actierecht op één lijn worden gesteld.¹⁶ Met andere woorden: de Hoge Raad kijkt door de formele scheiding tussen werkgever en overheid heen, omdat deze wat betreft de financiering en regeling van de arbeidsvoorwaarden praktisch als een geheel zijn te beschouwen.

7) Het fenomeen dat de rechter 'door de constructie heen kijkt' is dus niet beperkt tot een deel terrein, maar komt in het gehele sociaal recht voor. De problematiek speelt ook in het vennootschapsrecht en heet daar 'door de rechtspersoon heen kijken'. Ook wordt daar wel gesproken van 'piercing'. Dit heeft dan geen betrekking op het verminken van het lichaam om daar sieraden aan te bevestigen, maar op de uit de Amerikaanse literatuur stammende term 'piercing the corporate veil', dat zou kunnen worden vertaald met 'het doorboren van de sluier van de vennootschap'.¹⁷ Nu de problematiek zich in het sociaal recht op meer terreinen afspeelt, kan in het algemeen worden gesproken van 'de ontsluiting van het sociaal recht'. De meeste problemen doen zich voor rond de identiteit van de werkgever, zodat er toch veel raakvlakken zijn met het rechtspersonenrecht.¹⁸

II. Opvolgende werkgevers

8) De vraag wie bij een arbeidsovereenkomst nu eigenlijk de werkgever is, is niet altijd eenduidig te beantwoorden. In de eerste plaats kan er gedurende het bestaan van de arbeidsovereenkomst sprake zijn van elkaar opvolgende werkge-

16 HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 (NS/Vervoersbonden).

17 Zie uitvoerig over dit begrip L.H.J. Roelvink, 'Door rechtspersonen heen kijken', Preadvies, *Handelingen NJV* 1977, deel 1, eerste stuk, p. 83-88.

18 Het bestek van deze oratie laat niet toe uitvoerig in te gaan op diverse nuances die in het rechtspersonenrecht zijn ontwikkeld. Ik beperk me in hoofdzaak tot een arbeidsrechtelijke visie.

vers ten aanzien van dezelfde arbeid. Een duidelijk voorbeeld is dat waarin de werkgever zijn eenmanszaak omzet in een vennootschap. Die situatie was een belangrijk motief voor de wetgever om in 1954 in het Burgerlijk Wetboek vast te leggen dat bij het berekenen van de opzegtermijnen de tijd moest worden meegeteld waarin de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers, die redelijkerwijs geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolgers te zijn.¹⁹ *Levenbach* vermeldde in zijn commentaar op deze wet al dat dit geval betrekking had op het beroemde vraagstuk van de 'overgang van arbeidsovereenkomsten'. Deze kwestie kon niet bij die gelegenheid in het geheel geregeld worden, omdat die wet alleen over het ontslagrecht ging, maar ook omdat het dubieus was of ten aanzien van andere aspecten dezelfde ruime opvatting gewenst was.²⁰ Deze ad hoc-regeling uit 1954 werd in later jaren door de rechtspraak in andere situaties ad hoc uitgebreid. Na de opkomst van de uitzendbureaus werd dezelfde constructie toegepast op werkgevers die werknemers wisselend lieten werken voor het uitzendbureau en in eigen dienst.²¹ De Hoge Raad maakte uit dat een werkgever met de werknemer die eerst als uitzendkracht minstens twee maanden in zijn onderneming heeft gewerkt in een aansluitende arbeidsovereenkomst voor hetzelfde werk niet nog eens rechtsgeldig een proeftijd kan overeenkomen.²² Evenmin was een proeftijd geoorloofd als de werkgever een werknemer in dienst terugneemt met wie hij korte tijd daarvoor een arbeidsovereenkomst voor hetzelfde werk heeft gehad.²³ Een ander klassiek voorbeeld betrof de zaak van de werknemer *Bootsma* die in dienst van de zuivelcoöperatie Campina BV werkte op basis van contracten voor bepaalde tijd. Deze contracten werden afgewisseld met perioden waarin Bootsma hetzelfde werk deed voor Campina, maar uitgezonden door een uitzendbureau, zodat hij niet bij Campina in dienst was. Op deze wijze vermeed Campina dat Bootsma door opeenvolging van contracten voor bepaalde tijd een sterkere

19 Thans art. 7:673 BW.

20 M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerlijkrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954, p. 14.

21 Zijdelings zij nog gewezen op de problematiek van toepassing van normen uit het arbeidsovereenkomstenrecht op arbeidsverhoudingen waar geen sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen partijen, zoals tussen uitzendkracht en inlener. Met name is dit gebeurd bij de aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen, HR 15 juni 1990, *NJ* 1990, 716, waarover T. Hartlief, 'Van art. 7A:1638x naar art. 7:658 BW, Beantwoordt de regeling van de aansprakelijkheid van de werkgever nog aan de noden van deze tijd', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en vijf jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer 1997, p. 495-509, 504-506. Voorgesteld is deze kwestie te regelen in het wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid, *Kamerstukken I* 1997/98, 25 263. Soortgelijke uitbreidingen zijn te vinden in EG-richtlijnen waarin het begrip 'arbeidsverhouding' wordt gebruikt als een ruimer begrip dan 'arbeidsovereenkomst' en in daarop gebaseerde bepalingen, zoals art. 1b Wet Gelijke Behandeling m/v en art. 7:655 BW.

22 HR 13 september 1991, *NJ* 1992, 130 (*Dingler/Merkelbach*).

23 HR 8 mei 1992, *NJ* 1992, 480, *JAR* 1992/24 (*Ozkan/Van Summeren International Transport BV*).

ontslagbescherming verwierf.²⁴ Deze situatie is bekend geworden als de 'draai-deurconstructie'. De Hoge Raad sprak in 1991 uit dat een redelijke, met het stelsel van de wet en de strekking van de desbetreffende bepalingen strokende toepassing daarvan meebrengt, dat deze constructie niet leidt tot het ontnemen aan Bootsma van de hem door de wet gewaarborgde ontslagbescherming en dat daarom zijn relatie met Campina, wat het ontslagrecht betreft, moest worden aangemerkt als een voortgezette dienstbetrekking.²⁵ Het is dan ook niet verwonderlijk dat in het reeds genoemde wetsvoorstel Flexibiliteit en zekerheid de constructie dat regels ook worden toegepast ten aanzien van elkaar opvolgende werkgevers in de wet wordt uitgebreid tot zowel de regeling voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als de in te voeren regeling voor de uitzendovereenkomst.²⁶

9) In 1981 regelde de wetgever ter uitvoering van een EG-richtlijn de problematiek van wat *Levenbach* noemde de 'overgang van arbeidsovereenkomsten' wel algemeen. In het Burgerlijk Wetboek werd de regel geïntroduceerd dat wanneer een onderneming of een onderdeel daarvan wordt overgenomen door een andere onderneming, de arbeidsovereenkomsten van de daar in dienst zijnde werknemers van rechtswege mee overgaan op de overnemer.²⁷ De overnemer wordt dus als werkgever contractspartij bij die arbeidsovereenkomsten, zelfs zonder dat hij zelf een overeenkomst heeft gesloten met de desbetreffende werknemers. Het gevolg is dat niet alleen de diensttijd ten behoeve van de berekening van de opzegtermijnen, maar ook alle andere rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst mee overgaan naar de overnemer. De uitleg van de Richtlijn door het EG-Hof leidt tot toepassing van deze regeling in steeds meer onverwachte gevallen.²⁸ Het is niet eenvoudig om de term 'overgang van een onderneming' exact te definiëren, omdat in dat geval al snel de mogelijkheid wordt geopend om de regeling te ontwijken door de overneming in een vorm te gieten die net niet aan die definitie voldoet. De rechtspraak van het EG-Hof op dit punt werkt derhalve met vage begrippen, waarbij bepalend is dat de 'identiteit' van de onderneming na de overgang dezelfde blijft. Daarbij gaat het erom dat dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten worden voortgezet,

24 Vergelijk art. 668a, derde lid BW.

25 HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 707 (*Campina*). Zie voor latere verfijningen HR 12 april 1996, *NJ* 1997, 195, *JAR* 1996/114 (*Spreeuwenberg*) en HR 25 oktober 1996, *NJ* 1997, 196, *JAR* 1996/234 (*Frico Domo*).

26 De voorgestelde artikelen 668a, tweede lid en 691, vijfde lid BW. Volgens deze regelingen zal na een aantal opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd een overeenkomst voor onbepaalde tijd ontstaan. Deze constructie roept overigens nu al vragen op: niet duidelijk is bijvoorbeeld geregeld of aansluitende functies (al dan niet als uitzendkracht) op verschillende plaatsen kunnen worden beschouwd als elkaar opvolgend in de zin van deze regeling. Die kwestie zal waarschijnlijk voorlopig weer per geval door de rechter moeten worden beoordeeld.

27 Thans art. 7:662 e.v. BW. Een uitzondering geldt voor de pensioenverplichtingen.

28 Zie voor een overzicht A.M. Luttmer-Kat, 'Wanneer is er sprake van overgang van onderneming?', *TVVS* 1994, p. 197-201; A.J.C.M. Geers & G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Europees arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 175-177.

hetgeen wordt beoordeeld aan de hand van zaken als de aard van de onderneming, het overdragen van activa, het overnemen van personeel en klanten en de duur van de eventuele onderbreking van activiteiten.²⁹

10) Ook deze regeling kent echter haar grenzen en die liggen bij de situatie waarin een onderneming wordt overgenomen nadat deze is failliet verklaard. De Nederlandse wetgever had deze situatie niet uitgezonderd, maar faillissementscuratoren zagen dat als een belemmering om delen van failliete ondernemingen in leven te houden door deze te verkopen aan andere ondernemingen. Het EG-Hof bepaalde dat de Richtlijn niet betrekking had op deze situatie, maar dat het nationale recht daarin wel mag voorzien.³⁰ Nadat inmiddels de Minister van Justitie en na aarzeling ook die van Sociale Zaken de regeling niet van toepassing wilden doen zijn, nam de Hoge Raad de vrijheid om ondanks het ontbreken van een wettelijke uitzondering deze in faillissement niet van toepassing te achten.³¹ Pas in 1997 werd de tekst van de wet op dit punt aan deze rechtspraak aangepast.³² Dat het gevaarlijk is om te komen tot een dergelijke categorale uitzondering blijkt echter uit de grote populariteit die de zgn. 'doorstartconstructie' zich inmiddels heeft verworven, mede omdat hiermee eenvoudig het personeelsbestand kan worden ingekrompen. Dit heeft weer geleid tot een hernieuwde discussie over de vraag of dit leidt tot misbruik.³³ Hoewel de jurisprudentie de mogelijkheid heeft geopend dat de curator de belangen van crediteuren afweegt tegen maatschappelijke belangen als de continuïteit van de onderneming en werkgelegenheid,³⁴ is het de vraag of dit voldoende garanties biedt dat deze belangen worden gewaarborgd en voldoende faciliteiten om het te realiseren. Er lijkt mij reden om te streven naar een vernieuwing van de faillissementswetgeving, waarbij meer wordt bevorderd dat (delen van) de onderneming worden voortgezet, en waarbij wordt ontmoedigd dat faillissement wordt aangevraagd als middel om personeel kwijt te raken.³⁵

29 HvJ EG 18 maart 1996, zaak 24/85, *Jur.* 1986, p. 119, *NJ* 1987, 502 (*Spijkers*). Uit HvJ EG 14 april 1994, zaak C-392/92, *Jur.* 1994, p. I-1321, *JAR* 1994/107 (*Schmidt/Sparund Leihkasse*) blijkt de Richtlijn zelfs betrekking te hebben op uitbesteding van werkzaamheden die slechts door één werknemer worden verricht.

30 HvJ EG 7 februari 1985, nr. 184/83, *Jur.* 1985, blz. 469, *NJ* 1985, 900 (*Abels*).

31 HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 191 (*Happé/Scheepstra*); vgl. CRvB 29 april 1986, *RSV* 1986/171; *AB* 1987, 59, *Prg.* 1986, nr. 2525 (*Stichting Z*).

32 Wet van 6 juni 1996, *Stb.* 1996, 562 (Titel 7.10 BW, De arbeidsovereenkomst), art. 7:666, eerste lid BW.

33 Vgl. het themanummer van TVVS, nr. 97/7, in het bijzonder de bijdrage van M.G. Rood, 'Doorstart' in sociaalrechtelijk perspectief, *TVVS* 1997, p. 202-204.

34 HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 (*Sigmacon II*); HR 16 april 1996, *NJ* 1996, 727, *JOR* 1996/48 (*De Leidsche Wolspinnerij*).

35 Vgl. L.J. van Eeghen, 'Verkenning van belangen bij doorstart na faillissement', *TVVS* 1996, p. 93-98, 96 en E.P.M. Joosen, *Overdracht van ondernemingen uit faillissement*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

III. Doorbraak van aansprakelijkheid

11) De rechtspraak en de wetgeving hebben dus enige behoedzame, maar niet onbelangrijke stappen gezet om de werknemer te beschermen tegen veranderingen in de juridische structuur van de werkgever. Ook in andere opzichten is er soms aanleiding om verder te kijken dan de neus van de formele werkgever lang is. In het geval de vennootschap die als werkgever optreedt niet bereid is te betalen, kan soms de hiervoor verantwoordelijke bestuurder persoonlijk aansprakelijk worden gesteld. Dit is wettelijk geregeld, als de betaling van fiscale en socialeverzekeringsschulden aan de desbetreffende instanties gevaar loopt.³⁶ Hier gaat het om anti-misbruikwetgeving ter bescherming van de belangen van de overheid. Heeft een particulier een dergelijke vordering, dan is hij aangewezen op een actie uit onrechtmatige daad tegen de bestuurder.³⁷ Hoewel de bestuurder van een rechtspersoon in beginsel niet aansprakelijk is voor schulden van die rechtspersoon, kan hij in zijn functie wel een onrechtmatige daad begaan die hem schadeplichtig maakt.³⁸ We spreken dan van een (indirecte) doorbraak van aansprakelijkheid.³⁹ De laatste jaren heeft de rechtspraak in toenemende mate dergelijke vorderingen van crediteuren, en ook van werknemers toegewezen.⁴⁰ Volgens een arrest van de Hoge Raad uit 1992 dient degene die volledige zeggenschap over de nalatige vennootschap uitoefent aannemelijk te maken dat zij niet in staat is te betalen. Het is ook niet uitgesloten dat de bestuurder onrechtmatig handelt door na te laten ervoor te zorgen dat van een mogelijke kredietfaciliteit gebruik wordt gemaakt.⁴¹ Het kan hierbij ook gaan om achterstallige betalingen aan de werknemer. In 1997 oordeelde het Hof Amsterdam in deze lijn dat de bestuurder/enig aandeelhouder van de vennootschap Cure Productions BV persoonlijk aansprakelijk was voor de betaling van een vergoeding aan een ex-werkneemster van de vennootschap, welke vergoeding door de kantonrechter bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de BV was opgelegd.⁴² De bestuurder had zich in deze zaak onvoldoende ingespannen om de noodzakelijke gelden te verwerven, waarbij de rechter acht sloeg op de winst blijkend uit de jaarstukken, te verwachten teruggave van omzetbelasting, de waarde van de inventaris en de wijze waarop krediet was gevraagd.

12) Hetzelfde beeld kan zich voordoen in het kader van een groep van ondernemingen. Ik gebruik hier de wettelijke term groep;⁴³ het in het spraak-

36 Zie art. 36 Invorderingswet 1990.

37 Art. 6:162 BW.

38 HR 25 november 1927, NJ 1928, p. 364 (*Kretschmar/Mendes de Leon*).

39 Zie in algemene zin S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 190 en 192-204.

40 Zie voor een overzicht van deze rechtspraak K.E. Reuder, Mogelijk verhaal voor de (ex)werknemer: andermaal de doorbraak van aansprakelijkheid, *ArbeidsRecht* 1997/67.

41 HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 (*Van Waning/Van der Vliet*); vgl. HR 31 januari 1958, NJ 1958, 251 (*Van Dulleman/Sala*); HR 15 januari 1993, NJ 1993, 301 (*JMG/Henkel*); HR 10 juni 1994, NJ 1994, 766.

42 Hof Amsterdam 17 april 1997, *JAR* 1997/105.

43 In art. 2:24b BW wordt de groep gedefinieerd als "een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden". Groepsmaatschap-

gebruik gangbaarder begrip 'concern' betekent in het algemeen hetzelfde, maar vind ik minder mooi Nederlands.⁴⁴ Het gaat nu om de onderlinge verwevenheid van moeder-, dochter- en zustervennootschappen.⁴⁵ Ingeval een moedermaatschappij de dochtermaatschappij op een zodanige wijze laat instaan voor haar schulden dat de dochtermaatschappij tegenover nieuwe schuldeisers daarna geen verhaal meer biedt, kan volgens een arrest van de Hoge Raad uit 1981 sprake zijn van een onrechtmatige daad van de moeder tegenover deze schuldeisers, indien zij ten tijde van deze gedragingen wist of behoorde te voorzien dat nieuwe schuldeisers zouden worden benadeeld bij gebrek aan verhaal, en desalniettemin heeft nagelaten om zorg te dragen dat die schuldeisers werden voldaan.⁴⁶ Ook hier geldt dat op deze wijze de moedervernootschap aansprakelijk kan zijn voor het betalen van vergoedingen die verplicht zijn op grond van een beschikking van de kantonrechter waarbij een arbeidsovereenkomst wordt ontbonden van een werknemer met de dochtervennootschap. Aldus veroordeelde de President van de Rechtbank te Zutphen de besloten vennootschap Ten Have bv tot de betaling van de ontbindingsvergoeding van f 83.972,90, die haar dochter verschuldigd was aan een ex-werknemer⁴⁷. In een ander geval werd de moeder echter weer niet aansprakelijk gehouden, omdat zij geen inzicht en zeggenschap had over het beleid van de dochter, geen wetenschap had van benadeling van schuldeisers door de dochter en de dochter ook niet van betaling weerhield. Zij was dan ook niet gehouden om zelf fondsen ter beschikking te stellen.⁴⁸ Uit deze laatste uitspraak blijkt nog eens hoe terughoudend de rechter in deze zaken pleegt te zijn. Er is zeker geen sprake van dat de moeder zonder meer aansprake-

pijen zijn volgens dit artikel rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.

- 44 In de oratie sprak ik uit dat ik deze term reserveerde voor Engelstalige voordrachten, maar een toehoorder attendeerde mij er na afloop op, dat ook in het Engels de term ongebruikelijk is.
- 45 Zie Hans A. de Savornin Lohman, *Duties and Liability of Directors and Shareholders under Netherlands Law, Piercing the corporate veil*, London: Kluwer Law International 1996; S.M. Bartman, *Concernbeleid en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1989; L. Timmerman, 'Doorbraak van aansprakelijkheid: de kern van enige recente ontwikkelingen', *TVVS* 1996, p. 134-137.
- 46 HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 (*Osby-Pannan/Las*). Zie voor een zustermaatschappij HR 2 november 1984, *NJ* 1985, 446. Volgens HR 3 november 1995, *RvdW* 1995, 227 (*Roco c.s./Staat der Nederlanden*) geldt een en ander niet voor onrechtmatige daden die zijn gepleegd voor de overname van een onderneming, maar die uitzondering geldt niet voor de plichten uit de arbeidsovereenkomst gelet op art. 7:663 BW. Dezelfde norm werd aanvaard voor een publiekrechtelijke lichaam ten opzichte van stichtingen waarmee zij in grote mate verweven is, HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 (*Keulen/Bouwfonds Limburgse Gemeenten*).
- 47 Pres. Rb. Zutphen 18 juli 1995, *JAR* 1995/245 (*Rouwenhorst/Ten Have*).
- 48 Rb. Amsterdam 1 februari 1995, *JAR* 1995/48 (*Verweij/Zwagerman*).

lijk is voor de schulden van de dochter, dat gebeurt pas als er sprake is van het verschuilen achter de vennootschapsconstructie.⁴⁹

IV. Vereenzelviging

13) Tot nu toe ging het er om de aansprakelijkheid van bestuurder of moeder te baseren op de onrechtmatige daad. Het nadeel van deze constructie is dat deze beperkt is tot gevallen van onrechtmatig gedrag. Daarbij geldt ook een betrekkelijk zware bewijslast⁵⁰. Een vereenvoudiging, maar ook een verdergaande stap is de zgn. directe doorbraak van de aansprakelijkheid, waarbij twee rechtspersonen worden 'vereenzelvigd', dus als een eenheid beschouwd. Wederom heeft de overheid althans sommige van háár belangen goed behartigd: zo is een aannemer aansprakelijk voor de betaling van sociale premies door de onderaannemer⁵¹. De werknemer is weer aangewezen op de rechtspraak.⁵²

14) Een belangrijk voorbeeld vinden we in het medezeggenschapsrecht. De vormgeving van de medezeggenschapsstructuur in de onderneming is al onafhankelijk van de juridische indeling in rechtspersonen. Via groeps- en centrale ondernemingsraden kunnen werknemers ook medezeggenschap uitoefenen over andere onderdelen van de groep.⁵³ En de ondernemingsraad kan onder omstandigheden ook informatie verwachten over zaken die de gehele groep betreffen. Dat kan zelfs grensoverschrijdende kwesties betreffen in het kader van de sinds kort wettelijk geregelde figuur van de Europese ondernemingsraad.⁵⁴

15) In de rechtspraak in medezeggenschapsgeschillen is ook al meermalen uitgemaakt dat de ondernemer rekening mag en moet houden met de belangen van de groep als geheel.⁵⁵ Anderzijds is een moedermaatschappij gehouden de informatie te verschaffen aan de dochter die deze nodig heeft voor een behoorlijke vervulling van haar taak.⁵⁶ Ook wordt bij de toetsing van de benoeming van commissarissen de onafhankelijkheid van de dochter tegenover de moeder door de rechter bewaakt.⁵⁷ In de *Heuga*-zaak was aan de orde dat de aandeelhoudster van de moedermaatschappij Heuga Holding de bevoegdheden van de

49 Zie over deze materie verder C.R. Huiskes, 'Piercing the corporate veil in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 1996/20, J. Roeloff, 'Doorbraak van aansprakelijkheid in het arbeidsrecht', *ArbeidsRecht* 1994/48.

50 Zelfs als die volgens de jurisprudentie kan worden verlicht.

51 Art. 16b Coördinatiewet Sociale Verzekering.

52 Vgl. ook HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487 (*Albada Jelgersma Holding BV/Intercoöperatieve zuivelfabriek van Antwerpen*).

53 Zie A.S.J. Groeneveld, 'Lacunes in de concernrechtelijke bepalingen van de WOR', *TVVS* 1986, p. 105.

54 Wet van 23 januari 1997, *Stb.* 1997, 32.

55 OK 19 februari 1981, *NJ* 1982, 244; OK 11 maart 1982, *NJ* 1983, 30; OK 28 november 1991, *ROR* 1992, 7 (*Batco*); HR 7 juli 1982, *NJ* 1983, 35 (*Enka*).

56 OK 23 juni 1983, *NJ* 1984, 571 (*Hyster*); vgl. HR 11 juli 1984, *NJ* 1985, 212; M.M. Mendel, *Het vennootschappelijk belang, mede in concernverband beschouwd*, oratie Leiden, Deventer: Kluwer 1989, p. 36.

57 OK 2 februari 1989, *NJ* 1990, 86, *ROR* 1989/16.

Raad van Commissarissen terugbracht. De ondernemingsraad van de dochter Heuga had hier bezwaar tegen en ging tegen het besluit in beroep, ofschoon het formeel geen besluit van de eigen ondernemer betrof. De ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam rekende dit besluit van de moeder echter toe aan de dochter.⁵⁸ De Hoge Raad oordeelde dat nu de herverdeling van bevoegdheden doorwerkte in de onderneming van de dochter, de moeder in zoverre vereenzelvigd kon worden met de dochter, waardoor de ondernemingsraad in staat werd gesteld zijn medezeggenschapsrechten uit te oefenen.⁵⁹

16) De civiele rechter staat tegenover vereenzelvinging betrekkelijk terughoudend. Hiervoor is niet alleen de verwevenheid tussen de vennootschappen een voorwaarde, maar ook elementen zoals vermogensvermenging, gewekte schijn van gebondenheid of bevoegdheid, toezeggingen, wetsontduiking en misbruik van vennootschapsrecht of het verschuilen achter de rechtspersoonlijkheid.⁶⁰ In de privaatrechtelijke literatuur is wel een discussie gaande over de vraag of niet vaker tot vereenzelvinging moet worden overgegaan.⁶¹

17) In het arbeidsrecht is het echter de vraag of je vereenzelvinging kunt beperken tot de gevallen waarin een werkgever de structuur van de rechtspersoon gebruikt om de rechtsbescherming van de werknemer te ontwijken. Met name de bedoeling daarvan zal niet altijd aantoonbaar zijn. Uitgangspunt zal moeten zijn dat het handelen van de werkgever objectief hiertoe kan leiden.⁶² Maar dan nog komen we er niet. De vraag is of er niet ook nog andere gevallen zijn waarin de werkgever die uit verschillende onderdelen bestaat arbeidsrechtelijk als een eenheid moet worden beschouwd. Het bekende voorbeeld is de 'sterfhuiskonstructie', waarbij in het kader van een reorganisatie een bv als onderdeel van de groep wordt opgeheven en de daar werkzame werknemers niet de groep kunnen aanspreken. In de *Heidemij*-zaak weigerde de rechter door deze constructie heen te kijken.⁶³ Toch zijn er wel andere, voorzichtige voorbeelden

58 OK 15 oktober 1992, *NJ* 1993, 210; R.A.A. Duk, 'Toerekening en de WOR', *SMA* 1993, p. 395.

59 HR 26 januari 1994, *NJ* 1994, 545 (*Heuga*); M.G. Rood, 'Over toerekenen en de WOR', *TVVS* 1995, p. 261-265.

60 Zie voor een overzicht *Asser-Maeijer* 2-III, nr. 620-626; S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 191-192; voorts R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht*, Deventer 1995.

61 Vgl. J.B.M. Vranken, Vereenzelvinging en het ontnemen van criminele winsten, *WPNR* 1996, p. 313-314; A.L. Mohr, Vereenzelvinging: beperkt speelveld voor een nieuwe tak van sport, *WPNR* 1996, p. 789-790; S.M. Bartman, Vereenzelvinging als methode van rechtsvinding; lange slagen, snel thuis, *WPNR* 1996, p. 877-879.

62 Ook in de arresten HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 707 (*Campina*) en HR 12 april 1996, *NJ* 1997, 195, *JAR* 1996/114 (*Spreeuwenberg*) is sprake van een objectieve formulering.

63 Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, *NJ* 1982, 619 (*Heidemij*).

van vereenzelviging in de rechtspraak te vinden.⁶⁴ Zo sprak de Hoge Raad uit dat een proeftijdbeding niet aanvaardbaar is als dat is overeengekomen tussen een bv en een werknemer die eerder in dienst is geweest bij een gelieerde bv, indien tussen de oude en de nieuwe werkgever 'zodanige banden' bestaan dat het inzicht van de laatste in de kwaliteiten van de werknemer aan de eerste moeten worden toegerekend.⁶⁵ Omgekeerd werd de werknemer bij een overstap naar een moedermaatschappij weer in bescherming genomen, doordat volgens de Hoge Raad sprake was van een nieuwe arbeidsovereenkomst, waardoor het oude concurrentiebeding zijn geldigheid verloor.⁶⁶ De afgelopen jaren zien we ook in de lagere rechtspraak vaker voorbeelden van rechtsvinding, waarbij sprake is van vereenzelviging van vennootschappen.

Bij de vaststelling van een ontbindingsvergoeding werd rekening gehouden met het feit dat een werknemer werkzaam was geweest bij diverse zelfstandige Rabobanken, die door de buitenwacht worden gezien als behorend tot de Rabo-organisatie.⁶⁷

Opeenvolgende werkgevers werden met elkaar vereenzelvigd omdat het hier ging om de dochterrechtspersoon en zijn volle moeder, de bestuurders door dezelfde mensen werden vertegenwoordigd, de vennootschappen dezelfde bedrijfsomschrijving hanteerden, hetzelfde adres hadden en elkaars briefpapier gebruikten.⁶⁸

Een hoofdelijke veroordeling van de ex-werkgeefster én de dochtermaatschappij tot betaling van de volledige afvloeiingsregeling.⁶⁹

Een proeftijdbeding was nietig van een werknemer die achtereenvolgens werkte voor een bv, na faillietverklaring van de bv voor de curator en vervolgens voor een bv, waarvan de bestuurder ook bestuurder was geweest van de failliete bv en de verrichte werkzaamheden niet wezenlijk verschilden.⁷⁰

Nu de gedaagde vennootschappen behoren tot één groep is het redelijk en billijk dat werknemers van de groep die op gelijke wijze door eenzelfde calamiteit waren getroffen, zo veel mogelijk een gelijkwaardige behandeling ontvangen.⁷¹

Illustratief voor onze problematiek is de *Ammerlaan*-casus. Ammerlaan Diensten BV behoorde tot een groep van 10 vennootschappen in de tuin- en kassenbouw te Naaldwijk, waarvan de heer Ammerlaan via een houdstermaatschappij de enige aandeelhouder was. Op eigen verzoek werd Diensten BV failliet verklaard. Daartegen verweerden zich zes werknemers, die succes hadden bij het Hof 's-Gravenhage. Het Hof overwoog dat Diensten BV misbruik had gemaakt

64 Vgl. H.L.J. Roelvink, "De 'corporate veil' in recente rechtspraak", in: H.J.M.N. Honée e.a. (red.), *Van vennootschappelijk belang* (Maeijer-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 217-226, in het bijzonder p. 218-221.

65 HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 293.

66 HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 234. Nakijken ook *NJ* 1988, 235 en HR 31 maart 1978, *NJ* 1978, 325.

67 Ktg. Amsterdam 10 september 1996, *Prg.* 1996, nr. 4666.

68 Rb. 's-Gravenhage 16 augustus 1995, *JAR* 1995/165.

69 Ktg. Schiedam 13 februari 1996, *Prg.* 1996, nr. 4505.

70 Ktg. Utrecht 27 september 1995, *Prg.* 1996, nr. 4471.

71 Ktg. Amsterdam 17 november 1995, *Prg.* 1987, nr. 2694.

van haar bevoegdheid haar eigen faillissement aan te vragen, nu aannemelijk was geworden dat dit was gedaan met het vooropgezette doel afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming waarop werknemers aanspraak hadden. In kort geding vorderden de werknemers vervolgens primair tewerkstelling bij een andere vennootschap uit de groep en subsidiair schadevergoeding. De President achtte de directeur van de groep persoonlijk aansprakelijk voor de door de werknemers geleden schade, nu het immers ook zijn oogmerk was op een goedkope en eenvoudige wijze van deze werknemers af te komen. Hij was hierin ook geslaagd nu de ontslagen rechtsgeldig bleven, ook al was het faillissement inmiddels opgeheven. De stelling dat de andere bv's verplicht waren om werk aan te bieden achtte de president niet reëel. Dit was dus wel een doorbraak van aansprakelijkheid, maar geen vereenzelviging, althans niet met de zuster-bv's.⁷² Dat laatste had voor de werknemers bevredigender resultaten kunnen opleveren, die gezien de omstandigheden niet onredelijk zouden zijn geweest.

18) Daarnaast dienen wij onder ogen te zien dat er ook groepen zijn die werken met werknemers die in de gehele groep inzetbaar zijn.⁷³ Niet altijd is duidelijk met welk onderdeel van de groep zo'n werknemer een arbeidsovereenkomst heeft.⁷⁴ Het is ook mogelijk dat een werknemer verschillende werkgevers heeft in de groep, bijvoorbeeld omdat hij zowel een arbeidsovereenkomst heeft met de moedermaatschappij als met één of meer dochtermaatschappijen. Een bijzonder geval betreft daarbij de werknemer die wordt uitgezonden naar het buitenland.⁷⁵ Deze werknemer heeft er vaak belang bij dat de band met zijn uitzendende onderneming in stand blijft, ook als hij in het buitenland werkt op basis van de plaatselijke arbeidsvoorwaarden, bijvoorbeeld met het oog op toekomstige werkgelegenheid en pensioenvoorzieningen.⁷⁶

72 Rb. en Hof 's-Gravenhage 15 november 1995, 29 november 1995 en 10 januari 1996 en Pres. Rb. 's-Gravenhage 26 januari 1996, *JAR* 1996/58, *TVVS* 1996, p. 205 e.v. m. nt. M.L. Lennarts en S.N. de Valk (*Ammerlaan*). Zie ook H.E. Boschma en M.L. Lennarts, *ArbeidsRecht* 1996, nr. 11, p. 16. De President verwijst overigens ook meer praktisch naar de grote teruggang in de sector. Over berekening van anciënniteit Martens *AR* 1997, nr. 48.

73 Uitvoerig hierover H. van Hoogenbemt en E.P. Jansen, 'Tewerkstelling in vennootschappen', in: F.J.L. Pennings (red.), *Tewerkstelling over de grenzen*, Reeks VvA 25, Deventer 1996, p. 93-128, 109-115.

74 C.J.J. van Maanen, 'Concern-verhoudingen en individuele arbeidsovereenkomst', *De NV* 1978, p. 157 e.v.; C.J.J. van Maanen, 'Intra-concern overplaatsing van werknemers', *De NV* 1979, p. 79 e.v.; HR 28 september 1984, *RvdW* 1984, 159 (*Verhoeven/Delibeheer*), waarover M.G. Rood, 'Bij welke, tot een concern behorende, vennootschap is een werknemer in dienst?', *TVVS* 1984, p. 315-316; zie ook W.J. Slagter, *TVVS* 1988, blz. 278.

75 Zie in dit verband Ktg. Amsterdam 23 januari 1997, *KG* 1997, 137: tussen IBM Euro-coordination en IBM Nederland bestaat niet een zodanig samenwerkingsverband dat de één aansprakelijk is voor een mogelijke overeenkomst die is aangegaan door de ander, ook al heeft de laatste zich bereid verklaard als gastwerkgever te fungeren.

76 In CRvB 11 november 1980, *RSV* 1981/87 was het omgekeerde aan de hand. De werknemer beriep zich op een dienstverband met een Cypriotische dochtermaatschappij,

V. Naar een algemene regeling?

19) Het groeiende aantal ondernemingen dat onderdeel is van een groep doet steeds vaker de roep ontstaan om in het arbeidsrecht verder te gaan met het door de rechtspersoon heen zien. Moeten we in dit verband niet komen tot een duidelijke, wettelijke regeling? Mijn vroegere chef en huidige collega, de Tilburgse hoogleraar *Jacobs*, heeft enkele jaren geleden in het Nederlands Juristenblad een flinke knuppel in het hoenderhok geworpen, met zijn voorstel deze kwestie te regelen door een algemene bepaling in de wet. Deze zou moeten inhouden, dat tenzij de overeenkomst anders bepaalt, onder de werkgever mede worden verstaan alle (rechts)personen waarmee de werkgever is verbonden in een groep.⁷⁷ In een notitie aan de Tweede Kamer hebben de Ministers van Justitie en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid vorig jaar aangegeven deze kwestie voorshands aan de rechter te willen overlaten.⁷⁸ Ik onderschrijf die mening en niet alleen omdat ik als medewerker van het Ministerie van Justitie aan de voorbereiding van die notitie heb mogen meewerken. Ik lees het hier ingenomen standpunt aldus, dat vereenzelviging in het kader van het arbeidsrecht niet onwelwillend wordt benaderd,⁷⁹ maar dat het aan de rechtsvinding wordt overgelaten om hiervoor criteria te ontwikkelen.

20) In het voorstel van *Jacobs* zou een groep arbeidsrechtelijk zonder meer als één geheel worden beschouwd, ondanks legitieme redenen voor een opdeling in verschillende eenheden. Dit kan onduidelijkheid scheppen, zowel intern als tegenover externe belanghebbenden. Daarnaast is ook de vraag of het voor de werknemer wel zo'n aantrekkelijke zaak is, als hij arbeidsrechtelijk van rechtswege in dienst is van de gehele groep van ondernemingen. Hij kan dan mogelijk worden tewerkgesteld in andere delen van de groep dan waartoe hij aanvankelijk meende te behoren. Nu veel ondernemingen een zo ruim mogelijke inzetbaarheid van de werknemer prefereren, zouden zij zelfs kunnen nalaten om hierover tevoren duidelijkheid te scheppen. Anderzijds pleit vóór het idee van *Jacobs*, dat een werknemer er in sommige gevallen belang bij kan hebben om bij dreigend ontslag van zijn werkgever te kunnen vragen om elders in een verwante vennootschap ander werk te krijgen. De vraag is overigens of dit laatste niet reeds thans op basis van de eis van goed werkgeverschap zou kunnen worden verlangd.⁸⁰

maar de Raad achtte tussen moeder en dochter een grote mate van verwevenheid aanwezig en twijfelde aan het reële bestaan van de dochter.

77 A.T.J.M. Jacobs, 'De arbeidsovereenkomst in het NBW', *NJB* 1994, p. 1035-1044, 1043-1044. Zie voor een reactie op dit punt C.M.E.P. van Lent, 'Het concern als werkgever?', (met naschrift Jacobs) *NJB* 1994, p. 1424-1426.

78 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 426, nr. 1, Ontwikkelingen in het arbeidsovereenkomstenrecht, p. 20-21.

79 Verwezen wordt naar de norm van goed werkgeverschap van art. 7:611 BW.

80 Vgl. G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 17, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993, par. 4.7.

21) Nu heeft Jacobs de mogelijkheid voorzien dat de bepaling wordt uitgesloten in de individuele arbeidsovereenkomst, waardoor de werkgever de andere onderdelen van de groep buiten beschouwing kan houden. Dit lijkt mij een nog bedenkelijker mogelijkheid. Een dergelijke clause zal doorgaans alleen op instigatie van de werkgever tot stand komen. Dit betekent dat hij zal kunnen bepalen in welke gevallen hem dit wenselijk voorkomt.⁸¹ De werknemer kan in dit geval in het geheel geen beroep doen op de ruimere verantwoordelijkheid van het groepsverband. De rechter zal al snel respect tonen voor een uitdrukkelijk in de wet geregelde mogelijkheid. In de praktijk zou deze bepaling dus een contraproductief effect kunnen hebben, waarbij grote ondernemingen met goed doordachte arbeidscontracten zich aan de regeling kunnen onttrekken, waardoor de mogelijkheid om door de rechtspersoon heen te kijken juist wordt beperkt in plaats van vergroot. Het komt mij dus voor dat een algemene wettelijke regeling een te bot middel is en dat het ook nog te vroeg is om tot wetgeving over te gaan. De criteria moeten zich nog uitkristalliseren.

VI. Rechtsvergelijking

22) Dames en heren, het uur van deze oratie vordert inmiddels sneller dan de ontsluiting van het sociaal recht. Maar staat u mij toe, toch te proberen, om het zo te zeggen, de onderste rechtspersoon boven te halen. Indien een probleem niet voldoende kan worden opgehelderd, kan het zinvol zijn om eens te bezien hoe dit elders wordt opgelost.⁸² Wanneer we aan rechtsvergelijking beginnen, gaan we natuurlijk op zoek naar het meest voor de hand liggende land. Degenen die mij al wat langer volgen zullen niet verrast zijn dat ik met behulp van deze methode ben uitgekomen bij het Japanse recht. In Japanse ondernemingen is het gebruikelijk dat nauw wordt samengewerkt tussen verschillende ondernemingen die verbonden zijn aan dezelfde bank. Grote bedrijven en toeleveranciers hebben onderling ook nauwe banden. Dit biedt ook de mogelijkheid om personeel flexibel in te zetten in die verschillende ondernemingen. Dat past goed bij het in Japan geldende principe van levenslange dienstbetrekkingen, waarbij de werkgever zich vergaand verantwoordelijk stelt voor het vinden van nieuw werk voor overtollig personeel. Hiermee biedt Japan wellicht enig inzicht in de situatie waartoe een verdere ontwikkeling met het werken in groepen ook bij ons in de toekomst zou kunnen leiden. Ook de Japanse rechtspraak erkent de mogelijkheid om – in uitzonderlijke gevallen – door de rechtspersoon heen te kijken. Het Japanse Hooggerechtshof oordeelde dat bij misbruik van de rechtspersoon om

81 Ik laat nog maar de vraag daar of de mogelijkheid zou bestaan om de bepaling gedeeltelijk uit te sluiten.

82 Zie voor rechtsvergelijking op dit gebied vanuit het rechtspersonenrecht L.G.H.J. Hommes, A.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen*, Deventer: Kluwer 1993; W.J. Slagter, *Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over moederdochterverhoudingen*, preadvies Vereniging voor Rechtsvergelijking no. 40, Deventer: Kluwer 1988.

toepassing van de wet te ontwijken de rechtspersoonlijkheid kan worden ontkend. Een moedervereniging werd ook verplicht tot betaling van door de dochter niet betaalde lonen en pensioenen.⁸³ Leerzaam is ook de lagere jurisprudentie over het overstappen naar andere onderdelen van de groep. Het Japanse Burgerlijk Wetboek bepaalt dat een arbeidsovereenkomst alleen met instemming van de werknemer op een andere werkgever kan overgaan.⁸⁴ Niettemin wordt in het algemeen van werknemers een grote bereidheid verwacht om aan overplaatsing mee te werken, ook naar andere ondernemingen. Twee voorbeelden uit de rechtspraak, de *Kowa*- en de *Hitachi Seiki*-zaak, laten de toepasselijke criteria zien. De *Kowa*-zaak betrof uitlening tegen de zin van de werknemer aan een onderneming in dezelfde groep (in het Japans aangeduid als '*shukko*'). In deze zaak overwoog de Rechtbank in Nagoya dat de werknemer was aangenomen in het kader van een gemeenschappelijke werving van drie ondernemingen. De mogelijkheid dat hij bij één van de twee andere leden van de groep zou moeten werken was daarbij besproken en hij had daarmee ingestemd. Het arbeidsreglement voorzag in uitlening aan een verwante onderneming. De Rechtbank achtte het voldoende dat de werknemer in het algemeen toestemming had gegeven, zolang deze toestemming reëel was en gebaseerd op begrip van de voorwaarden voor uitlening. Daarbij kwam dat veel werknemers op dezelfde wijze waren uitgeleend en de uitlening beperkt bleef tot de drie ondernemingen met praktisch dezelfde arbeidsvoorwaarden⁸⁵. De *Hitachi Seiki*-zaak betrof de overdracht van een arbeidsovereenkomst aan een toeleveringsbedrijf dat machines im- en exporteerde die de moederonderneming produceerde (zgn. '*tenseki*'). De Rechtbank in Chiba achtte de werknemer verplicht aan de wisseling van werkgever mee te werken, ervan uitgaande dat hij hiermee tevoren in algemene zin had ingestemd. Hiermee hing samen dat de mogelijkheid tevoren in een personeelsgids was aangegeven, deze in zijn sollicitatiegesprek was uiteengezet zonder dat hij bezwaar had aangetekend, de ontvangende onderneming in feite een afdeling was van de moedermaatschappij, een meerderheid van de werknemers op deze wijze was overgeplaatst, de overplaatsing was uitgevoerd volgens gebruikelijke procedures en er gedurende vele jaren geen bezwaar was gemaakt tegen deze praktijk⁸⁶. U denkt nu wellicht dat dergelijke overplaatsingen in Japan u veel te gemakkelijk gaan. Maar u kunt er ook uit opmaken, hoe voorzichtig we juist moeten zijn met dit soort constructies en hoe precies in het formuleren van de criteria wanneer we haar toepassen. Van belang lijkt in elk geval minimaal algemene instemming van de werknemer en verder is van belang wat de gebruiken zijn in de onderneming en of er fatsoenlijke arbeidsvoorwaarden worden gehan-

83 Kazuo Sugeno, *Japanese Labour Law*, translated by Leo Kanowitz, Seattle and London: University of Washington Press 1992, p. 80-81.

84 Art. 625 Japans Burgerlijk Wetboek, zie voor de Engelse vertaling G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer 1992, p. 546.

85 Rechtbank Nagoya 26 maart 1980, *Rominshu* jaargang nr 31, nr. 2, p. 372 (*Kowa* - medische producten).

86 Rechtbank Chiba 25 mei 1981, *Rōdō Hanrei* nr 372, p. 49 (*Hitachi Seiki*).

teerd. Daarnaast kunnen uiteraard ook persoonlijke factoren meewegen, zoals gezinsomstandigheden.⁸⁷

23) Ik moet vervolgens toegeven dat ook dichterbij huis interessante voorbeelden zijn te vinden. In België spreekt men fraai van 'vermenging van rechtspersonen'. Een interessante situatie betreft hier de ontwikkeling in de koopvaardij, waarbij er in een groep van ondernemingen een specialisatie ontstaat. Sommige ondernemingen zijn eigenaar van schepen, andere zorgen voor de commerciële exploitatie en weer andere houden zich bezig met het beheer van personeel. Het Arbeidshof Antwerpen behandelde het geval van een boordwerktuigkundige die via één vennootschap dienst had gedaan op vier verschillende schepen. Toen hij werd ontslagen eiste hij berekening van zijn ontslagvergoeding over de gehele gewerkte periode, omdat dit gunstiger was dan alleen over die op het laatste schip. Het Hof beschouwde de vennootschap die het personeel beheerde en de vier vennootschappen die in casu eigenaar waren geweest van de schepen als eenheid als werkgever. De betrokken vennootschappen waren zowel gezamenlijk als afzonderlijk opgetreden tegenover de werknemer die voor onbepaalde tijd in dienst was, waardoor zij elk voor het geheel van de betaling van de opzegvergoeding dienden in te staan.⁸⁸ Deze constructie is dus een andere dan in Nederland waar alleen de laatste werkgever dat moet. In andere zaken werd hier uitgemaakt dat ook het wekken van schijn dat men werkgever is tegenover derden en het in die hoedanigheid verrichten van rechtshandelingen ertoe kan leiden dat men de daarbij behorende verplichtingen op zich neemt.⁸⁹ Ook kunnen verschillende rechtspersonen werkgever zijn indien er sprake is van een zeer nauwe juridische verwantschap tussen de twee rechtspersonen, en leiding wordt uitgeoefend door personen en organen die tot beide juridische eenheden behoren.⁹⁰

87 Vgl. bijvoorbeeld Rechtbank Niigata 31 oktober 1986, Rōdō Hanrei nr. 485, p. 43 (*Japan Roestvrij staal*), Engelse samenvatting in Kazuo Sugeno e.a., *Management Flexibility in an Era of Changes: The Methods of Accomodating Working Conditions, and Work Organizations*, Tokyo: Japan Institute of Labour 1994, p. 132-137, geen uitlening mogelijk omdat werknemer voor zieke familieleden moet zorgen.

88 Arbeidshof Antwerpen 7 april 1994, *R.W.* 1995-1996, 21; *TSR* 1995, p. 539-547. De uitspraak is mede gebaseerd op de Cassatie-arresten van 15 februari 1974, *Arr. Cass.* 1974, 677-678 (*Germania*) en van 2 februari 1979, *Arr. Cass.* 1978-1979, 626.

89 Arbeidshof Brussel 27 november 1990, *RW* 1980-1981, 2195-2198. Hier wordt de term 'schijn' uiteraard anders gebruikt dan in de Nederlandse uitdrukking 'schijn niet voor wezen mag gaan'.

90 Ik baseer dit op een reeks ongepubliceerde uitspraken van het Arbeidshof Antwerpen, die mij ter beschikking werden gesteld door mijn opvolger als hoofddocent in het sociaal recht te Maastricht, de Antwerpse advocaat dr. W. Rauws. Het gaat om arresten van 15 juni 1979, nr. 4793 (*Gustav Hoffman GMBH en nv Elefant*); 26 juni 1978, nr. 3853 (*Openluchtscholen en openluchtvoeding Brasschaat*); 6 mei 1976, nr. 995 (*Scheepswerf Emile Lambrechts-De Toekomst*); 14 november 1977, nr. 3170 (*NV Kaefer en Kommanditgesellschaft Kaefer*); 25 februari 1983, nr. 9426 (Koop naar Nederlands en Belgisch recht); geen vereenzelving werd toegepast in het arrest van 22 maart 1995, nr. 27 618 (*LAG en EOS Coach Mfg Co*).

24) Het Franse recht is in zoverre verder dan het onze, dat hier de hoogste rechter al verschillende malen is overgegaan tot vereenzelviging in het arbeids-overeenkomstenrecht. Het Hof van Cassatie heeft sinds 1992 enkele malen beslist dat een werknemer die door de moedervereniging was aangesteld, maar die werkte bij de dochter met opdrachten van de moeder, beide rechtspersonen als werkgever kon aanmerken. Ook werd bij ontslag om economische redenen de groep als geheel wel verplicht om een passende functie aan te bieden.⁹¹ Ook hier is de ontwikkeling dus casuïstisch, maar gaat zij wel verder.

VII. Conclusie

25) Ik zal nu de verschillende draden van het betoog samentrekken. Het door de constructie heen kijken is in het sociaal recht een algemeen verschijnsel dat op diverse terreinen een rol speelt. Voorzichtig zijn wetgever en jurisprudentie begonnen met de problematiek van opvolgende werkgevers. Met de doorbraak van aansprakelijkheid volgt men de civielrechtelijke eveneens voorzichtige jurisprudentie. Met de vereenzelviging gaat men soms iets verder: in het medezeggenschapsrecht wordt deze toegepast, en ook in de jurisprudentie over de arbeidsovereenkomst zien we daarvan voorbeelden. De bescherming van de werknemer vormt daarvoor veelal de reden.

Er is ook een toenemende behoefte aan mogelijkheden om onderdelen van een groep medeverantwoordelijk te stellen voor de positie van werknemers bij andere onderdelen van dezelfde groep. Het gaat echter te ver om op dit moment zonder meer in alle gevallen waarin niet anders is overeengekomen elke groep in haar geheel arbeidsrechtelijk als eenheid te behandelen. In twee gevallen dient wel zonder meer door de rechtspersoon te worden heen gekeken. De eerste is de situatie waarin werknemers in hun belangen worden benadeeld door het onrechtmatig gebruik van de rechtspersoonlijkheid om aan arbeidsrechtelijke verplichtingen te ontkomen. De tweede situatie is die waarin partijen uitdrukkelijk zijn overeengekomen dat de groep als eenheid wordt beschouwd. Indien echter niets is overeengekomen en er ook geen sprake is van onrechtmatig handelen, kan er in concrete gevallen niettemin aanleiding zijn om twee of meer rechtspersonen arbeidsrechtelijk als een eenheid te bezien. Dat is het geval als zij in de praktijk een grote mate van verwevenheid vertonen en zich ook op arbeidsrechtelijk relevante wijze als zodanig gedragen. Ook hier mag schijn niet voor wezen gaan. Ook wat betreft de constructie van de rechtspersoon is de formule uit het *Agfa*-arrest van belang, dat het aanvankelijk overeengekomene niet doorslaggevend is, "maar mede betekenis toekomt aan de wijze waarop partijen in de praktijk aan de arbeidsovereenkomst uitvoering geven en aldus daaraan een andere inhoud hebben gegeven." Want anders zou te gemakkelijk de mogelijkheid worden opengelaten dat ook een rechtspersoon denkt dat alleen

91 Vgl. H. van Hoogenbemt & E.P. Jansen, 'Tewerkstelling in vennootschapsgroepen', in: F.J.L. Pennings (red.), *Tewerkstelling over de grenzen*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 25, Deventer: Kluwer 1996, p. 93-128, 114-115; Jean-Claude Javillier, *Manuel Droit du travail*, Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence 1988, p. 84-85.

ijdele mannetjes veel op papier zetten en dat men moet kunnen terugtreden zodra het plezier wegvalt.