



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Pluraliteit van werkgeverschap

Zwemmer, J.P.H.

**Publication date**  
2012

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**  
Zwemmer, J. P. H. (2012). *Pluraliteit van werkgeverschap*.

#### General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

#### Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## 6

# Werkgeverschap en groepslidmaatschap

### 6.1 Inleiding

Een economische eenheid waarin rechtspersonen en/of vennootschappen onder centrale leiding van een moedermaatschappij organisatorisch zijn verbonden, wordt een groep of concern genoemd. In artikel 2:24b BW zijn definities van groep en groepsmaatschappij opgenomen. Het economische begrip concern is niet wettelijk gedefinieerd.<sup>1</sup> In het spraakgebruik worden de termen concern en groep afwisselend gebruikt. Ik hanteer hierna zoveel mogelijk het wettelijke begrip groep.

Wanneer de werknemer een arbeidsovereenkomst is aangegaan met een groepsmaatschappij kan worden gesproken van gelijktijdige pluraliteit van werkgeverschap indien de moedermaatschappij als aandeelhouder en/of bestuurder van de groepsmaatschappij invloed uitoefent op de bedrijfsvoering van de groepsmaatschappij. Dat impliceert echter niet dat de werknemer ook de moedermaatschappij kan aanspreken voor uit zijn arbeidsovereenkomst met de groepsmaatschappij voortvloeiende verplichtingen. De groepsmaatschappij is als rechtspersoon zelfstandig drager van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en plichten. Hoewel de arbeidsovereenkomst in beginsel uitsluitend rechten en plichten creëert voor de rechtspersoon waarmee de werknemer de arbeidsovereenkomst aangaat, kan de werknemer van een groepsmaatschappij de moedermaatschappij in bepaalde omstandigheden wel aanspreken voor uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. Deze aansprakelijkheid kan voortvloeien uit bepalingen in Boek 2 BW wanneer de groepsmaatschappij gebruik maakt van een in Boek 2 BW opgenomen groepsvrijstelling. Deze aansprakelijkheid kan ook door de rechter worden aangenomen op vordering van de werknemer van de groepsmaatschappij wanneer de moedermaatschappij zich intensief bemoeit met de bedrijfsvoering van de groepsmaatschappij en haar een ernstig verwijt kan worden gemaakt van het door de groepsmaatschappij niet nakomen van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.

In de eerste paragrafen van dit hoofdstuk sta ik stil bij het juridische groepsbegrip en de motieven voor groepsvorming. Daarna wordt in paragraaf 6.5 onderzocht op welke

---

<sup>1</sup> Alleen in artikel 19 van de Wet op de Europese Ondernemingsraden (WEOR) wordt het begrip concern gehanteerd.

wijze en voor welke uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen op grond van Boek 2 BW aansprakelijkheid kan bestaan jegens werknemers van andere groepsmaatschappijen. Vervolgens bespreek ik in welke situaties in groepsverhoudingen sprake is van pluraliteit van aansprakelijkheid op basis van in de rechtspraak ontwikkelde vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsleerstukken. Daarbij onderzoek ik in welke situaties en voor welke uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen op deze voet aansprakelijkheid kan bestaan jegens werknemers van andere groepsmaatschappijen. In de laatste paragrafen komt de situatie aan de orde waarin tegelijkertijd verschillende groepsmaatschappijen feitelijk en formeel betrokken zijn bij de arbeidsovereenkomst van de werknemer. De werknemer gaat in deze situatie een schriftelijke arbeidsovereenkomst aan met een andere groepsmaatschappij dan de groepsmaatschappij(en) waarbij hij de arbeid verricht. Bij vooral grotere groepen zijn alle werknemers in dienst van één groepsmaatschappij. Vaak is dit een speciaal met dat doel opgerichte rechtspersoon die binnen de groep als centrale werkgever of 'personeels-BV' fungeert. Deze detachingsvariant wordt ook wel intra-concern detachering genoemd. Bij intra-concern detachering speelt een aantal specifieke vragen. Zo is het, evenals bij de in paragraaf 4.9 tot en met paragraaf 4.12 van hoofdstuk 4 besproken detachingsvarianten, de vraag of intra-concern detachering als een vorm van uitzending in de zin van artikel 7:690 BW kan worden gekwalificeerd. Ook komt aan de orde wanneer bij intra-concern detachering sprake is van gelijktijdige pluraliteit van aansprakelijkheid en opvolgende aansprakelijkheid voor verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst van de intra-concern gedetacheerde werknemer.

## 6.2 De groep

Een systematisch 'concernrecht' ontbreekt in de Nederlandse wetgeving.<sup>2</sup> Wel werden in 1988 bij de implementatie van de Zevende EEG-richtlijn<sup>3</sup> definities opgenomen in Boek 2 BW van de begrippen dochtermaatschappij, groep en groepsmaatschappij. In artikel 2:24b BW wordt de groep gedefinieerd als "een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden" en groepsmaatschappijen als "rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden." In de memorie van toelichting bij de implementatiewet werd meegedeeld dat met de wijze waarop de groep in dit artikel werd gedefinieerd, geen verandering werd beoogd van de betekenis die in het gangbare juridische spraakgebruik aan het begrip groep werd gehecht.<sup>4</sup>

In de definitie van artikel 2:24b BW ontbreekt het element centrale leiding. Dat vormde tijdens de parlementaire behandeling aanleiding voor de vraag of dit betekende dat dit element niet langer essentieel was bij de beoordeling of sprake is van een groep en het

2 Wel wordt in enkele wettelijke bepalingen rekening gehouden met groepsvorming. Deze bepalingen zijn te vinden in Boek 2 BW bij de regels betreffende de kapitaals- en vermogensbescherming, de structuurregeling, de jaarrekening, de enquête, in de WOR en in de WEOR.

3 Richtlijn 83/349/EEG van 13 juni 1983.

4 Kamerstukken II 1986/87, 19 813, nr. 3, p. 11. Zie hierover ook M.P. van Achterberg, *De juridische definitie van het economische verschijnsel concern* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1989, p. 61.

behoren tot een groep.<sup>5</sup> De regering deelde mee dat dit niet het geval was.<sup>6</sup> In eerdere omschrijvingen van wat onder een groep of concern kon worden verstaan, werd het element centrale leiding altijd uitdrukkelijk genoemd. Zo deelde de regering in het kader van de implementatie van de Vierde EEG-richtlijn<sup>7</sup> mee dat van een groep zou kunnen worden gesproken wanneer een aantal ondernemingen als een economische eenheid onder gemeenschappelijke leiding optreedt.<sup>8</sup> Gewoonlijk zou de band tussen de ondernemingen zijn uitdrukking vinden in kapitaaldeelname en, met het oog op de zeggenschap die het kunnen optreden als eenheid vereist, een directe of indirecte meerderheidsdeelname zijn.<sup>9</sup> In 1969 werd in de memorie van toelichting bij de wet betreffende de structuur van de NV en BV meegedeeld dat een “concern (...) een groep naar de rechtsvorm zelfstandige ondernemingen (is) die door kapitaaldeelname of anderszins met elkaar zijn verbonden, en waarvan het centrale beleid in de top wordt bepaald.”<sup>10</sup>

Bartman en Dorresteyn definiëren het concern als economisch verschijnsel als “een eenheid, waarin rechtspersonen en/of vennootschappen onder centrale leiding organisatorisch zijn verbonden, gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer.”<sup>11</sup> Deze definitie sluit aan bij de hiervoor beschreven wetsgeschiedenis. De regering heeft de begrippen groep en concern altijd als synoniemen beschouwd. In de hiervoor aangehaalde passage uit de memorie van toelichting bij de wet betreffende de structuur van NV's en BV's werd het begrip groep gebruikt om aan te geven wat typerend is voor een concern.<sup>12</sup> Voorts werd daarbij meegedeeld dat het begrip groep in deze betekenis – die van concern dus – werd gehanteerd in het wetsontwerp.<sup>13</sup> Nu met de wijze waarop de groep later in artikel 2:24b BW werd gedefinieerd geen verandering werd beoogd van de betekenis die in het gangbare juridische spraakgebruik aan dit begrip werd gehecht, kunnen de begrippen groep en concern ook thans als synoniemen worden beschouwd.

#### *Centrale leiding, moedermaatschappij en dochtermaatschappij*

De centrale leiding binnen een groep wordt meestal uitgeoefend door een holding of moedermaatschappij. Soms kan dit echter ook een dochtermaatschappij zijn. Wanneer bijvoorbeeld een (Nederlandse) subholding de Nederlandse divisie van een internationale groep aanstuurt, is deze subholding zowel moeder- als dochtermaatschappij.

5 Kamerstukken II 1986/87, 19 813, nr. 4, p. 4.

6 Kamerstukken II 1986/87, 19 813, nr. 5, p. 4.

7 Richtlijn 78/660/EEG van 25 juli 1978.

8 Kamerstukken II 1979/80, 16 326, nr. 3, p. 42.

9 Kamerstukken II 1979/80, 16 326, nr. 3, p. 42. Volgens de regering zouden 50%- en minderheidsdeelnames slechts tot het lidmaatschap van de groep leiden indien de deelneming met bijzondere rechten zou zijn versterkt omdat anders de deelnemende onderneming haar leiding niet met beslissende stem zou kunnen doorzetten.

10 Kamerstukken II 1969/70, 10 751, nr. 3, p. 13.

11 S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2009, p.1. Van Achterberg kwam tot een andere juridische definitie van de groep als economisch verschijnsel. Zie M.P. van Achterberg, De juridische definitie van het economische verschijnsel concern (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1989, p. 243/244.

12 Zie hierover ook H.J.M.N. Honée, Concernrecht en medezeggenschapsregelingen (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1981, p. 51.

13 Kamerstukken II 1969/70, 10 751, nr. 3, p. 13/14.

Het begrip ‘centrale leiding’ is afkomstig uit de bedrijfseconomie en omvat onder meer het vaststellen van een strategie waaruit de globale, lange-termijndoelstellingen kunnen worden afgeleid, planning en coördinatie van de werkzaamheden van de groepsmaatschappijen en de controle op en evaluatie van de uitvoering van de strategie en planning door de groepsmaatschappijen.<sup>14</sup> Daarbij zal de wijze waarop de moedermaatschappij de groep leidt per groep verschillen. Groepsmaatschappijen kunnen relatief zelfstandig opereren, maar ook strak aan de teugel worden gehouden door de moedermaatschappij. Van het begrip moedermaatschappij is in de wet geen definitie opgenomen. In artikel 2:24a BW is wel een definitie van dochtermaatschappij opgenomen. In tegenstelling tot de algemene bewoordingen waarop in artikel 2:24b BW de begrippen groep en groepsmaatschappij worden gedefinieerd, is het begrip dochtermaatschappij in artikel 2:24a lid 1 BW met behulp van meer concrete juridische criteria scherper afgebakend. Krachtens dit artikel wordt onder dochtermaatschappij van een rechtspersoon verstaan:

- “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.”

In de praktijk zal een dochtermaatschappij ex artikel 2:24a lid 1 BW vrijwel altijd tegelijk een groepsmaatschappij zijn ex artikel 2:24b BW. Ik ga daar hierna ook van uit. Dat hoeft echter niet altijd zo te zijn omdat in de definitie van dochtermaatschappij het element economische eenheid ontbreekt.<sup>15</sup> Ook omgekeerd is mogelijk dat een groepsmaatschappij ex artikel 2:24b niet voldoet aan de criteria van artikel 2:24a lid 1 BW en daarom niet tevens dochtermaatschappij is.<sup>16</sup>

### 6.3 Motieven voor groepsvorming

Na de Tweede Wereldoorlog heeft groepsvorming een grote vlucht genomen.<sup>17</sup> Dat was het gevolg van schaalvergroting en (internationale) concentratie van ondernemingen door bedrijfsovernames, maar ook van de introductie van de BV in 1971

<sup>14</sup> L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1988, p. 54.

<sup>15</sup> Vgl. Asser-Maeijer-Van Solinge-Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 816, waarin het voorbeeld wordt genoemd van een pure beleggingsmaatschappij die de meerderheid van de aandelen in een BV heeft.

<sup>16</sup> Vgl. Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II (1997), nr. 170c, waarin het voorbeeld wordt genoemd van een rechtspersoon in een ontwikkelingsland, die niet voldoet aan de omschrijving van dochtermaatschappij, doch ten aanzien van welke rechtspersoon een Nederlandse NV in feite een belangrijke zeggingsmacht heeft omdat zij met deze rechtspersoon een managementovereenkomst is aangegaan.

<sup>17</sup> Zie voor een kort historisch overzicht van de ontwikkeling van de groep M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 173/174.

waardoor het voor ondernemingen bij uitbreiding van hun activiteiten gemakkelijker werd zichzelf op te delen in juridisch zelfstandige onderdelen. Op deze wijze zijn ondernemers beter in staat conjuncturele risico's te spreiden, de strijd aan te gaan met concurrenten en een strategischere of dominantere rol in de bedrijfskolom of branche te verwerven. Daardoor ontstonden groepen van economisch met elkaar verbonden, maar tot verschillende rechtspersonen – groepsmaatschappijen – behorende ondernemingen onder centrale leiding van een moeder- of (sub)holdingmaatschappij. Het spreiden van risico's en het daarmee beperken van aansprakelijkheid vormen de belangrijkste motieven voor groepsvorming.<sup>18</sup> Volgens Timmerman kan de groep worden gekwalificeerd als een ondernemingsvorm die zich onderscheidt van andere ondernemingsvormen als de vennootschap onder firma, de commanditaire vennootschap, de NV en de BV doordat deze is opgebouwd uit meerdere vennootschappen.<sup>19</sup> Wanneer de door de groep gedreven onderneming(en) is (zijn) ondergebracht in verschillende naamloze en besloten vennootschappen<sup>20</sup> vindt een tweede aansprakelijkheidsbeperking plaats omdat het (ondernemers)risico wordt verspreid over verschillende groepsmaatschappijen. Binnen de groep is immers in beginsel elke deel van de groep uitmakende vennootschap, als zelfstandig rechtssubject, exclusief aansprakelijk voor nakoming van de door (namens) haar aangegane verplichtingen.

In de Nederlandse wetgeving betreffende het vennootschapsrecht wordt uitgegaan van de enkelvoudige kapitaalvennootschap (NV of de BV). Die is, ook als deze deel uitmaakt van een groep, als zelfstandig rechtssubject uitsluitend drager van de krachtens de wet dan wel op grond van door of namens hem aangegane rechtshandelingen op hem rustende rechten en plichten.<sup>21</sup> Aandeelhouders en bestuurders van de vennootschap zijn in beginsel niet aansprakelijk jegens schuldeisers en contractspartijen van de vennootschap. Van (persoonlijke)<sup>22</sup> aansprakelijkheid van de bestuurder van de rechtspersoon is slechts sprake wanneer hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt en dit een onrechtmatige daad jegens schuldeisers en contractspartijen van de vennootschap oplevert.<sup>23</sup> Tevens kan sprake zijn van hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders jegens schuldeisers en contractspartijen van

18 Bartman en Dorresteijn noemen naast bedrijfseconomische en risico- en aansprakelijkheidsmotieven, organisatorische en beschermingsmotieven als redenen voor groepsvorming. Zie S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 10-19. Fiscale motieven kunnen mijns inziens als een vijfde motief voor groepsvorming worden onderscheiden.

19 L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1988, p. 59 e.v. Om deze reden kwalificeert Timmerman de groep als een federatieve ondernemingsvorm waarbij wordt uitgegaan van de afzonderlijke vennootschappen en in de gevallen waarin dit zinnig wordt geoordeeld met de eenheid van de groep rekening wordt gehouden.

20 Ook verenigingen en stichtingen kunnen als groepsmaatschappij deel uitmaken van de groep. Hierna wordt echter uitgegaan van een enkel uit kapitaalvennootschappen bestaande groep.

21 Artikel 2:5 en 2:64/2:175 BW.

22 Artikel 2:11 BW bepaalt dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de rechtspersoon-bestuurder leidt zo uiteindelijk altijd tot de hoofdelijke aansprakelijkheid van een natuurlijke persoon.

23 Zie hierover o.a. Asser-Maeijer-Van Solinge-Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 468 en P. van Schilfgaarde en J. W. Winter, *Van de BV en de NV*, Deventer: Kluwer 2009, p. 178-181.

de rechtspersoon wanneer in de jaarrekening, tussentijdse cijfers, of het jaarverslag een misleidende voorstelling wordt gegeven van de toestand van de rechtspersoon.<sup>24</sup> Voorts is het bestuur hoofdelijk verbonden tot nakoming van na de oprichting, maar voor de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister, namens de vennootschap aangegane (of door het bestuur bekrachtigde) rechtshandelingen,<sup>25</sup> of wanneer niet is voldaan aan de minimumkapitaaleisen.<sup>26</sup> Op grond van de derde anti-misbruikwet<sup>27</sup> is bij faillissement van de rechtspersoon iedere bestuurder<sup>28</sup> jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in de boedel wanneer het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement vormde.<sup>29</sup>

- 24 Artikel 2:139/2:249 BW. Op grond van artikel 2:50a, 2:53a en 2:300a BW gelden deze artikelen tevens voor vennootschapsbelastingplichtige verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen en voor vennootschapsbelastingplichtige stichtingen.
- 25 Artikel 2:69 lid 2 sub a/2:180 lid 2 sub a BW (zie de artikelen 2:29 lid 2 en 2:289 lid 2 BW bij de vereniging en de stichting). Degenen die voorafgaand aan de oprichting van de vennootschap een rechtshandeling verrichtten namens de op te richten vennootschap zijn voor de nakoming daarvan hoofdelijk verbonden totdat de vennootschap deze na haar oprichting bekrachtigt, tenzij bij die rechtshandeling uitdrukkelijk anders werd bedongen (artikel 2:93 lid 2/2:203 lid 2 BW). Het bestuur kan dan op zijn beurt ingevolge artikel 2:69 lid 2 sub a/2:180 lid 2 sub a BW hoofdelijk verbonden zijn tot nakoming van deze rechtshandelingen.
- 26 Artikel 2:69 lid 2 sub b en c/2:180 lid 2 sub b en c BW. In het kader van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Stb. 2012/299 en 2012/300, inwerkingtreding 1 oktober 2012) worden de kapitaaleisen bij de oprichting van de BV afgeschaft en vervalt de hoofdelijke aansprakelijkheid (ex artikel 2:180 lid 2 sub b en c BW) van bestuurders jegens schuldeisers en contractspartijen van de BV bij het niet voldoen aan de minimumkapitaaleisen. De kapitaaleisen bij de oprichting van de NV blijven gehandhaafd.
- 27 Artikel 2:138/2:248 BW. Ingevoerd in het kader van de Wet bestuurdersaansprakelijkheid bij faillissement (Wijziging van bepalingen in het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen) van 16 mei 1986, Stb. 1986/275; op grond van artikel 2:50a, 2:53a en 2:300a BW gelden deze artikelen tevens voor vennootschapsbelastingplichtige verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen en voor vennootschapsbelastingplichtige stichtingen).
- 28 Op grond van artikel 2:138 lid 7/2:248 lid 7 BW wordt voor de toepassing van dit artikel met de bestuurder gelijkgesteld degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder. Lennarts constateert dat de betekenis van deze uitbreiding van het bestuurdersbegrip in het zevende lid van dit artikel volgens de heersende opvatting in de literatuur van beperkt belang is voor de aansprakelijkheid in groepsverhoudingen omdat de moedermaatschappij slechts in uitzonderingsgevallen als een quasibestuurder in de zin van dit zevende lid zal hebben te gelden. Zie M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 183.
- 29 De eerste twee anti-misbruikwetten zien op medeaansprakelijkheid voor de afdracht van belastingen en premies (de Wet ketenaansprakelijkheid ("Nadere wijziging van de Coördinatiewet Sociale Verzekering, de Wet op de loonbelasting 1964, de Wet op de omzetbelasting 1968 en enige andere wetten (invoering van bepalingen inzake hoofdelijke aansprakelijkheid voor betaling van premie en loon- en omzetbelasting bij onderaanneming en het ter beschikking stellen van arbeidskrachten") van 4 juni 1981, Stb. 1981/370 (inwerkingtreding 1 juli 1982) was gericht tegen malafide onderaanneming en maakte de hoofdaannemer aansprakelijk voor niet betaalde belastingen en premies en de Wet bestuurdersaansprakelijkheid ("Nadere wijziging van enige sociale verzekeringswetten, de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds en enige fiscale wetten in verband met het misbruik van rechtspersonen") van 21 mei 1986, Stb. 1986/276 introduceerde in bepaalde omstandigheden een (persoonlijke) aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen voor belastingen en premies en voor afdrachten aan verplichte bedrijfspensioenfondsen.

Hoewel aansprakelijkheidsbeperking de belangrijkste reden vormt voor het door ondernemers in de hoedanigheid van een rechtspersoon deelnemen aan het economische verkeer, worden in dwingendrechtelijke voorschriften in Boek 2 BW de belangen van derden – waaronder de schuldeisers en contractspartijen van de rechtspersoon – beschermd. Het vennootschapsrecht heeft, zoals is betoogd door Timmerman,<sup>30</sup> een januskop en fungeert tegelijkertijd als faciliteit voor ondernemers en als waarborg voor de op de vennootschap betrokken belangen en de rechtszekerheid van onder meer schuldeisers en contractspartijen. Zie ook Raaijmakers<sup>31</sup> die in 1984 constateerde dat zich ter zake van het uitgangspunt van het Nederlandse vennootschapsrecht, dat uitgaat van de enkelvoudige vennootschap, vooral na de Tweede Wereldoorlog een “stille revolutie” voltrok waarin de (oude) NV van een gekwalificeerde maatschap als instrument dat in handen was van haar vennoten/aandeelhouders veranderde in een “instituut” dat tevens ten behoeve van andere belanghebbenden deelneemt aan het rechtsverkeer.

Met de in Boek 2 BW neergelegde kapitaaleisen bij de oprichting van de NV en BV<sup>32</sup> en voorschriften met betrekking tot de openbaarmaking van de jaarstukken worden aan schuldeisers en contractspartijen van de rechtspersoon zekerheid over en inzicht in de financiële positie van hun wederpartij gegeven. Voorts bevat Boek 2 BW enkele specifieke aansprakelijkheidsbepalingen waarmee de belangen van schuldeisers en contractspartijen worden beschermd van de rechtspersoon die gebruik maakt van een groepsvrijstelling, of die betrokken is bij een fusie of (af)splitsing.

#### 6.4 Aansprakelijkheid in groepsverhoudingen

De in de vorige paragraaf genoemde motieven voor groepsvorming brengen mee dat groepsmaatschappijen vaak rechtshandelingen verrichten en overeenkomsten aangaan die niet zozeer het eigen belang van de rechtspersoon, maar dat van de groep als zodanig dienen. Dit gebeurt dan op instigatie van de moedermaatschappij binnen de groep die naast aandeelhouder vaak bestuurder van de groepsmaatschappij(en) is en zo invloed heeft op de beslissingen van de groepsmaatschappij(en). Deze invloed op de bedrijfsvoering van de groepsmaatschappij brengt niet mee dat de moedermaatschappij naast de betrokken groepsmaatschappij aansprakelijk kan worden gehouden

30 L. Timmerman, Gedragsrecht, belangenpluralisme en vereenvoudiging van het vennootschapsrecht (oratie Leiden 23 november 2004), OR 2005/1, p. 7.

31 M.J.G.C. Raaijmakers, Overzicht van het concernrecht in Nederland in Concernverhoudingen, concernfinanciering, mededingingsrecht: Voordrachten, gehouden op het Eerste Nederlandse Congres voor Bedrijfsjuristen en Directiesecretarissen, Deventer: Kluwer 1984.

32 Omdat de wetgever tot het besef is gekomen dat met deze kapitaaleisen niet het daarmee beoogde doel wordt bereikt, worden in het kader van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Stb. 2012/299 en 2012/300) met ingang van 1 oktober 2012 de in Boek 2 BW neergelegde kapitaaleisen bij de oprichting van de BV afgeschaft en vervangen door een systeem van bestuurdersaansprakelijkheid op basis waarvan (kort gezegd) het bestuur hoofdelijk verbonden is jegens de vennootschap in die gevallen waarin een uitkering aan de aandeelhouders van de BV gelet op de financiële toestand van de BV niet verantwoord was (zie hierover nader paragraaf 6.5.11). De in Boek 2 BW neergelegde kapitaaleisen bij de oprichting van de NV blijven wel bestaan omdat Nederland daaraan is gehouden op grond van de in paragraaf 6.5.10 besproken Tweede EEG-Richtlijn.



voor de door haar beïnvloede handelingen van deze groepsmaatschappij. Ook al maakt de groepsmaatschappij deel uit van een onder de centrale leiding van een moedermaatschappij staande groep, zij is als zelfstandig rechtssubject gebonden aan de in haar naam aangegane rechtshandelingen en gehouden tot nakoming van de hieruit voortvloeiende verplichtingen. In verschillende situaties brengt het optreden als groep echter (mede)aansprakelijkheid van de ene groepsmaatschappij jegens schuldeisers en contractspartijen van een andere groepsmaatschappij mee. Deze groepsaansprakelijkheid jegens schuldeisers en contractspartijen van een groepsmaatschappij komen in de hiernavolgende paragrafen aan de orde. Daarbij maak ik onderscheid tussen 'groepsaansprakelijkheid' op basis van bepalingen uit Boek 2 BW en onvrijwillige 'groepsaansprakelijkheid' op grond van onrechtmatige daad of vereenzelviging. De hiervoor genoemde situaties waarin een bestuurder, of feitelijke beleidsbepaler, of degene die een rechtshandeling verricht namens een vennootschap in oprichting (hoofdelijk) aansprakelijk is jegens schuldeisers en contractspartijen van de vennootschap blijven hierna buiten beschouwing.

### **6.5 Pluraliteit van aansprakelijkheid in groepsverhoudingen op grond van Boek 2 BW**

In de praktijk komt het regelmatig voor dat een groepsmaatschappij (hoofdelijke) aansprakelijkheid aanvaardt voor schulden en andere verplichtingen van één of meer andere groepsmaatschappijen. Het zal daarbij veelal gaan om het op de voet van een borgstelling of op een andere wijze door de moedermaatschappij stellen van zekerheid voor door haar groepsmaatschappijen aangegane verplichtingen. Vaak is dat een consequentie van het als groep actief zijn op de markt omdat wederpartijen dit als vereiste stellen bij samenwerking met de groep of met een groepsmaatschappij.<sup>33</sup> In enkele situaties bestaat op grond van Boek 2 BW voor de moedermaatschappij de verplichting zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor uit rechtshandelingen van haar groepsmaatschappij(en) voortvloeiende schulden. Dit is aan de orde wanneer binnen de groep gebruik wordt gemaakt van de in Boek 2 BW opgenomen vrijstellingen op het gebied van de inrichting, controle en openbaarmaking van de jaarrekening en het jaarverslag en op het gebied van de controle van de waarde van de inbreng in natura bij de oprichting van een groepsmaatschappij. Op grond van zijn arbeidsovereenkomst met de vrijgestelde groepsmaatschappij kan de werknemer dan als contractspartij en schuldeiser van die groepsmaatschappij in verschillende situaties en op verschillende gronden tevens de moedermaatschappij aanspreken op uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.

#### **6.5.1 De 403-jaarrekeningvrijstelling**

In Titel 9 Boek 2 BW is voor de in die titel bedoelde rechtspersonen en vennootschappen bepaald dat hun jaarrekeningen, jaarverslagen en overige gegevens moeten

---

33 Zie over de verschillende wijzen waarop de moedermaatschappij zekerheid kan stellen voor haar groepsmaatschappijen o.a. S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 216-219.

voldoen aan inrichtingsvereisten, onderworpen zijn aan accountantscontrole en ten kantore van het handelsregister moeten worden neergelegd. Onder bepaalde in artikel 2:403 BW geregelde voorwaarden kan hiervan worden afgezien. Als die voorwaarden zijn vervuld, ontstaat de bevoegdheid af te wijken van de inrichtingsvereisten voor de jaarrekening. In dat geval is er tevens van rechtswege vrijstelling van de inrichtingsvereisten voor het jaarverslag en overige gegevens, van de accountantscontroleplicht en van de verplichting tot openbaarmaking ten kantore van het handelsregister. Bovendien behoeft het jaarverslag niet aan de algemene vergadering te worden verstrekt. De hier bedoelde vrijstelling is als optie voor de lidstaten van de EU in de Vierde EEG-richtlijn<sup>34</sup> inzake het vennootschapsrecht betreffende de (enkelvoudige) jaarrekening opgenomen. Slechts een paar lidstaten hebben hiervan gebruik gemaakt waaronder Nederland. De Nederlandse regeling is opgenomen in artikel 2:403 BW.

Om gebruik te kunnen maken van de jaarrekeningvrijstelling moet worden voldaan aan de in artikel 2:403 lid 1 BW genoemde voorwaarden.<sup>35</sup> Zo moeten de financiële gegevens van de vrijgestelde groepsmaatschappij zijn geconsolideerd in de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij en moet de moedermaatschappij zich in een schriftelijke, bij het handelsregister gedeponeerde verklaring, hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld voor de schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen van de van openbaarmaking vrijgestelde groepsmaatschappij. De gedachte achter deze voorwaarden is dat de mogelijkheid tot kennisneming van de geconsolideerde jaarrekening van de moedermaatschappij en de 403-verklaring compenserende waarborgen bieden aan (potentiële) schuldeisers van de van openbaarmaking van haar jaarrekening vrijgestelde groepsmaatschappij.<sup>36</sup> Daarom moet de moedermaatschappij wanneer haar groepsmaatschappij besluit gebruik te gaan maken van de vrijstelling de 403-verklaring uiterlijk op het moment dat deze groepsmaatschappij haar jaarrekening openbaar had moeten maken, deponeren, wil de groepsmaatschappij vrijgesteld zijn van openbaarmaking van haar jaarrekening over het daarvoor liggende boekjaar. De aansprakelijkstelling op grond van artikel 2:403 lid 1 sub f BW is een eenzijdige rechtshandeling van de moedermaatschappij en jegens de schuldeisers van de vrijgestelde groepsmaatschappij is de inhoud van de door de moedermaatschappij gedeponeerde verklaring bepalend. Dit laatste blijkt uit de beschikking van de Hoge Raad in de zaak Akzo/ING van 28 juni 2002.<sup>37</sup> Van belang is wel dat de inhoud van de verklaring toereikend is voor de toepassing van artikel 2:403 BW. Voldoet deze niet aan de voorwaarden van artikel 2:403 lid 1 BW dan is de groepsmaatschappij immers niet vrijgesteld van voornoemde verplichtingen uit Titel 9 Boek 2 BW.

34 Richtlijn 78/660/EEG van 25 juli 1978.

35 In artikel 2:403 lid 4 en 5 BW zijn enigszins van artikel 2:403 lid 1 sub a BW afwijkende voorwaarden opgenomen voor tot een groep behorende banken en verzekeringsmaatschappijen.

36 Zie voorts H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Een analyse van artikel 2:403 BW en zijn voorgangers* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995, p. 6.

37 HR 28 juni 2002, NJ 2002, 447 m.nt. Maeijer en JOR 2002/136 m.nt. Bartman (Akzo Nobel N.V./ING Bank N.V.). Zie over dit arrest ook H. Beckman, *Rechtspraak: vennootschapsrecht*, OR 2002/15, p. 485.

### 6.5.2 Hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij

Artikel 2:403 lid 1 sub f BW bepaalt dat de moedermaatschappij zich hoofdelijk aansprakelijk moet stellen voor de “uit rechtshandelingen” van de groepsmaatschappij “voortvloeiende schulden.” De hoofdelijkheid van de aansprakelijkheid brengt mee dat de schuldeiser van de groepsmaatschappij naar vrije keuze zowel de groepsmaatschappij als de moedermaatschappij tot nakoming van de gehele schuld kan aanspreken, met dien verstande dat nakoming door een van hen ook de andere medeschuldenaar bevrijdt (artikel 6:7 BW).<sup>38</sup>

Omdat gesproken wordt over rechtshandelingen vallen schulden uit verbintenissen uit de wet, zoals die uit onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling en zaakwaarneming, maar ook belastingschulden<sup>39</sup> en premies voor sociale verzekeringen,<sup>40</sup> niet onder het bereik van artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het woord schulden niet in de beperkte zin van het begrip geldschulden dient te worden gelezen. Daaronder vallen tevens “schadevergoedingen wegens vernietiging en ontbinding van overeenkomsten.”<sup>41</sup> Onder verwijzing naar deze wetsgeschiedenis oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch dat onder het begrip schulden eveneens dienen te worden begrepen de rechtsgevolgen die aan de ontbinding van de overeenkomst zijn verbonden zoals de verbintenis tot ongedaanmaking en de daarover gevorderde wettelijke rente.<sup>42</sup> Beckman<sup>43</sup> stelt mede onder verwijzing naar de ruime betekenis van het begrip verplichtingen uit de Vierde EEG-richtlijn dat de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij de verplichting tot nakoming van de verbintenissen van de groepsmaatschappij betreft, bijvoorbeeld de verplichting tot levering van een goed of een werk. Kan of wil de moedermaatschappij deze verplichting niet nakomen dan kan de schuldeiser van de vrijgestelde groepsmaatschappij vervangende schadevergoeding vorderen bij de moedermaatschappij. In navolging hiervan concludeert Van Solinge<sup>44</sup> dat wanneer de moedermaatschappij een niet in geld luidende verplichting van de groepsmaatschappij wel nakomt, zij daardoor bevrijdend betaalt aan de schuldeiser van de groepsmaatschappij en deze dan geen recht heeft op schadevergoeding.

38 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, JOR 2012/165 m.nt. Bertrams. In zijn reeds hiervoor aangehaalde beschikking van 28 juni 2002 (Akzo Nobel N.V./ING Bank N.V.) overwoog de Hoge Raad dat de hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 2:403 lid 1 sub f BW niet een afhankelijk recht in het leven roept en ook niet op één lijn te stellen is met borgtocht (waarbij de schuldeiser eerst de groepsmaatschappij zou moeten aanspreken conform het subsidiariteitsbeginsel van artikel 7:855 BW).

39 Zo ook G.J. Gülcher, Reikwijdte van de aansprakelijkstelling in het kader van de groepsvrijstelling, TVVS 1989/7, p. 162.

40 HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 187.

41 Kamerstukken II 1973/74, 11 005, nr. 64, p. 2.

42 Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2012, JOR 2012/165 m.nt. Bertrams.

43 H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Een analyse van artikel 2:403 BW en zijn voorgangers (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995, p. 293.

44 G. van Solinge, Vragen uit de rechtspraktijk: schulden en de 403-verklaring, OR 2004/7, p. 277.

### 6.5.3 Uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen

Onder de aansprakelijkheid van artikel 2:403 lid sub f BW (hierna 403-verklaring) valt dus meer dan het gebruik van het begrip schulden in deze bepaling doet vermoeden. Deze impliceert de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij tot nakoming van de verbintenissen van de vrijgestelde groepsmaatschappij en – onder meer wanneer de moedermaatschappij deze niet kan of wil nakomen – voor betaling van schadevergoedingen wegens de ontbinding of vernietiging van verbintenissen van de groepsmaatschappij.

Omdat het aangaan van een arbeidsovereenkomst een rechtshandeling is, heeft artikel 2:403 lid 1 sub f BW eveneens betrekking op uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen.<sup>45</sup> Dat onder uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen het loon, de bonus, de vakantietoeslag, de pensioenbijdrage van de werkgever, de werkgeversbijdrage in de ziektekostenverzekering van de werknemer en alle andere primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden vallen, lijkt mij onbetwist. Voor schadevergoedingen wegens de ontbinding of vernietiging van overeenkomsten volgt uit de hiervoor besproken wetsgeschiedenis dat deze vorderingen tevens worden geacht te vallen onder de 403-verklaring. Dat geldt naar mijn mening eveneens voor schadevergoedingen wegens het tegenover de werknemer tekortschieten in de nakoming van de arbeidsovereenkomst. Dat betekent dat vorderingen van de werknemer van de groepsmaatschappij ex artikel 7:611 (goed werkgeverschap), 7:658<sup>46</sup> (zorgplicht werkgever), 7:677 lid 4 (onregelmatige beëindiging arbeidsovereenkomst), 7:681 (kennelijk onredelijk ontslag) en 7:686 (ontbinding) BW onder het bereik van artikel 2:403 lid 1 sub f BW vallen. Hoewel de ontbindingsvergoeding ex 7:685 lid 8 BW geen schadevergoeding is, maar een vergoeding die naar billijkheid wordt vastgesteld door de kantonrechter valt deze naar mijn mening eveneens onder de 403-verklaring. Mijns inziens ligt aan de hiervoor besproken wetsgeschiedenis de gedachte ten grondslag dat door de rechter toegewezen vergoedingen in verband met de beëindiging van een overeenkomst onder de 403-verklaring vallen, ongeacht hun grondslag.<sup>47</sup>

In de (lagere) jurisprudentie werd bijna elke vordering die de werknemer had op de vrijgestelde groepsmaatschappij in haar hoedanigheid van werkgever geacht te vallen onder de door de moedermaatschappij gedeponeerde 403-verklaring. De Rechtbank Amsterdam oordeelde in haar vonnis van 20 december 2000<sup>48</sup> dat de moedermaatschappij op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring aansprakelijk was tot betaling van loonvorderingen en ontbindingsvergoedingen aan werknemers van

45 Zie over de 403-verklaring en de arbeidsovereenkomst tevens S.M. Bartman, *Werkgeversverplichtingen onder de art. 403-verklaring*, *ArbeidsRecht* 2002/6/7, p. 22-27.

46 Zie anders Bartman die heeft betoogd dat een vordering ex artikel 7:658 BW niet via de 403-verklaring zou kunnen worden verhaald op de moedermaatschappij omdat een dergelijke vordering uit de wet zou voortvloeien. S.M. Bartman, *Werkgeversverplichtingen onder de art. 403-verklaring*, *ArbeidsRecht* 2002/6/7, p. 23.

47 Zo ook Rb. Amsterdam 20 december 2000, JOR 2001/53 m.nt. Bartman en JAR 2001/36 en Hof Amsterdam 26 juli 2001, JOR 2004/94, m.nt. Bartman.

48 Rb. Amsterdam 20 december 2000, JOR 2001/53 m.nt. Bartman en JAR 2001/36.

haar vrijgestelde groepsmaatschappij omdat deze waren veroorzaakt door gedragingen (handelen of nalaten) van de groepsmaatschappij in het kader van de arbeids-overeenkomsten met deze werknemers. In haar uitspraak van 16 november 2005<sup>49</sup> overwoog de Rechtbank Haarlem dat wanneer de wet een preferentie verbindt aan een vordering van een schuldeiser op de groepsmaatschappij, deze preferentie tevens tegenover de moedermaatschappij geldt wanneer de schuldeiser de moedermaatschappij op grond van haar 403-verklaring aanspreekt. In dit geval was de schuldeiser werknemer van KPNQwest IP Services B.V.(dochtermaatschappij) en had KPNQwest N.V. (moedermaatschappij) een 403-verklaring gedeponneerd. In 2002 faillieerden zowel de moeder- als de dochtermaatschappij. De werknemer had een vordering op grond van het voor werknemers van de dochtermaatschappij geldende sociaal plan, welke op grond van artikel 3:288 sub e BW (als vordering uit arbeidsovereenkomst) gold als een bevoorrechte vordering in het faillissement van de dochtermaatschappij. Hij vorderde op grond van de door de moedermaatschappij gedeponneerde 403-verklaring toelating van zijn vordering met de daaraan door de wet verbonden preferentie in het faillissement van de moedermaatschappij. De rechtbank oordeelde dat wanneer de wet een preferentie verbindt aan een vordering van een schuldeiser op de dochtermaatschappij, deze preferentie tevens tegenover de moedermaatschappij geldt wanneer de schuldeiser de moedermaatschappij op grond van haar 403-verklaring aanspreekt. In haar vonnis van 28 juli 2010<sup>50</sup> kwam de Rechtbank Haarlem echter tot een tegengestelde beslissing en dat ook nog in een zaak waarin een andere werknemer van datzelfde gefailleerde KPNQwest IP Services B.V. met zijn bevoorrechte loonvordering toelating vorderde in het faillissement van KPNQwest N.V. op grond van de door haar gedeponneerde 403-verklaring. In deze zaak oordeelde de Rechtbank Haarlem dat de werknemer de wettelijke preferentie van artikel 3:288 sub e BW niet kon invoeren in het faillissement van de moedermaatschappij op grond van de door haar gedeponneerde 403-verklaring. De rechtbank overwoog dat het object van de preferentie uitsluitend het vermogen van de werkgever, de dochtermaatschappij, betrof en de stelling van de werknemer, dat hij de preferentie tevens in het faillissement van de moedermaatschappij kon invoeren op grond van haar 403-verklaring, geen steun vond in de wet. In zijn noot onder deze uitspraak merkt Bartman op dat hij op grond van de ratio van de 403-verklaring meer voelt voor de benadering van de Rechtbank Haarlem in haar uitspraak uit 2005. Hij is van mening dat de “compenserende medeschuldenaarstelling” van de moedermaatschappij als tegenwicht van de ontheffing van de jaarrekeningsopenbaaringsverplichting van de groepsmaatschappij een volwaardige compensatie dient te zijn en daarom mede het voorrecht dient te omvatten dat de wet in voorkomend geval aan de vordering verbindt. Bartman kan zich daarom beter vinden in de meer vennootschapsrechtelijke duiding van de 403-verklaring in de eerdere uitspraak van de Rechtbank Haarlem dan de strikt vermogensrechtelijke in haar uitspraak van 28 juli 2010. Ik ben het daar mee eens. Mijns inziens is binnen voormelde vennootschapsrechtelijke

49 Rb. Haarlem 16 november 2005, JOR 2006/27.

50 Rb. Haarlem 28 juli 2010, JOR 2010/264 m.nt. Bartman. Zie over deze uitspraak en over de eerdere uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 16 november 2005 ook H. Beckman, Rechtspraak: jaarrekeningenrecht, OR 2010/17, p. 695.

benadering geen sprake van een bevoorrechte vordering ex artikel 3:288 sub e BW in zowel het faillissement van de dochter- als in dat van de moedermaatschappij, maar van een (wettelijk) bevoorrechte vordering in het faillissement van de dochtermaatschappij en een vordering die als gevolg van het daaraan verbonden voorrecht in het faillissement van de dochtermaatschappij een vergelijkbare rang of waarde heeft in het faillissement van de moedermaatschappij. Op dezelfde voet geldt dat naar mijn mening voor andere op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde uit de wet voortvloeiende rechten en verplichtingen van een vrijgestelde groepsmaatschappij jegens haar werknemers zoals de verplichtingen op grond van de Wet CAO, de Wet AVV en de Wet Bpf 2000. De werknemer van deze groepsmaatschappij kan zijn vordering dan op een gelijkwaardige wijze – sui generis – verhalen op de moedermaatschappij krachtens de door haar gedeponeerde 403-verklaring.

#### 6.5.4 De reikwijdte van de aansprakelijkheid

De vraag vanaf welk moment de moedermaatschappij aansprakelijk is, of deze ook geldt voor op het tijdstip van de aansprakelijkstelling reeds bestaande schulden, en wanneer die aansprakelijkheid eindigt – de temporele reikwijdte van de aansprakelijkheid van artikel 2:403 lid 1 sub f BW – wordt sinds het begin van de jaren zeventig op uiteenlopende wijze beantwoord in de wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur.<sup>51</sup> Een belangrijke reden hiervoor is dat tijdens de parlementaire behandeling van een wetsvoorstel waarin een voorloper van het huidige artikel 2:403 BW werd geïntroduceerd, werd meegedeeld dat onder de in dat wetsvoorstel genoemde aansprakelijkstelling niet de voor de aanvang van het aansprakelijkheidstijdvak reeds bestaande schulden werden begrepen.<sup>52</sup> Het ging op dat moment echter nog om een minder vergaand wetsvoorstel dat slechts een openbaarmakingsvrijstelling voor bepaalde groepsmaatschappijen behelsde en waarin nog niet de inrichtingsvrijstellingen waren opgenomen zoals die uiteindelijk in de wet terechtkwamen.<sup>53</sup> Verwijzend naar deze wetsgeschiedenis oordeelde de Rechtbank Rotterdam in haar beschikking van 14 januari 1987<sup>54</sup> dat de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij pas ingaat op het moment dat zij haar verklaring heeft gedeponeerd bij het handelsregister en deze slechts ziet op schulden voortvloeiend uit daarna door de groepsmaatschappij verrichte rechtshandelingen. De rechtbank ging daarbij expliciet

51 Zie H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Een analyse van artikel 2:403 BW en zijn voorgangers (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995, p. 120-126, 185-187, 294-297, 412/413 en (met name) 497-513 en S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteijn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2009, p. 228/229 en de daar aangehaalde literatuur.

52 In de memorie van antwoord bij de Regeling van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (Kamerstukken II 1970/71, 10 689, nr. 7, p. 7) werd door de regering meegedeeld: "Dat (...) gesproken wordt van een aansprakelijkstelling door de moedervennootschap voor toekomstige verplichtingen van de dochtermaatschappij, lijkt de ondergetekende juist: crediteuren wier vordering dateert van vóór de aansprakelijkstelling, hebben voor zover zij geen garanties hebben bedongen, genoeg genomen met de kredietwaardigheid van de vennootschap zelf; er bestaat geen reden toe, hun ongevraagd een extra-zekerheid uit de aansprakelijkstelling toe te kennen."

53 Zie H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Een analyse van artikel 2:403 BW en zijn voorgangers (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995, p. 121/122.

54 Rb. Rotterdam 14 januari 1987, NJ 1988, 1050.

voorbij aan het feit dat in artikel 57 sub c Vierde EEG-richtlijn het ruimere begrip “aangegane verplichtingen” wordt gehanteerd. Zij motiveerde dit door erop te wijzen dat de voorloper van artikel 2:403 lid 1 sub f BW in Nederland al geruime tijd bestond voor de komst van de Vierde EEG-richtlijn en dit in andere EG-landen niet het geval was. Verder hadden de Nederlandse bepalingen over het jaarrekeningenrecht een belangrijke rol gespeeld bij het EG-overleg dat tot de Vierde EEG-richtlijn leidde en daarom was volgens de rechtbank de tekst van de richtlijn niet doorslaggevend ten opzichte van de Nederlandse wetsgeschiedenis. Mijns inziens valt dat nog maar te bezien. De Vierde EEG-richtlijn vindt haar grondslag in artikel 50 lid 2 sub g VWEU welke bepaling deel uitmaakt van de titel uit het verdrag betreffende het vrij verkeer van goederen, diensten en kapitaal. Onderling verschillende regelingen in de lidstaten op basis van de op deze grondslag uitgevaardigde richtlijn verdragen zich niet met het fundamentele karakter van de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer, zodat ik niet aannemelijk acht dat het Hof van Justitie zich veel gelegen zal laten liggen aan de Nederlandse wetsgeschiedenis van de jaarrekeningvrijstelling indien hierover een prejudiciële vraag zou worden gesteld. Een dergelijke prejudiciële vraag werd door een Nederlandse rechter tot op heden echter niet voorgelegd aan het Hof van Justitie. Ook de Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de temporele reikwijdte van de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:403 lid sub f BW.

In de literatuur komen als standpunten voor de opvatting dat de 403-verklaring enkel ziet op schulden die voortvloeien uit de gedurende het aansprakelijkheidstijdvak aangegane rechtshandelingen en de opvatting dat de 403-verklaring ook geldt voor de op het tijdstip van de aansprakelijkstelling reeds bestaande schulden.<sup>55</sup> Beckman<sup>56</sup> meent dat de moedermaatschappij die gebruik maakt van de 403-regeling aansprakelijk is voor alle op het moment van de aansprakelijkstelling bestaande (uit rechtshandelingen voortgevloeide) schulden en voor alle schulden uit nadien aangegane rechtshandelingen. Bartman en Dorresteyn gaan niet zo ver, maar zijn wel van mening dat de 403-verklaring enige terugwerkende kracht moet hebben om te kunnen voldoen aan de aansprakelijkstellingsvoorwaarde van artikel 2:403 lid 1 sub f BW.<sup>57</sup> Franken en Franken<sup>58</sup> menen daarentegen dat artikel 2:403 lid 1 sub f BW slechts ziet op schulden voortvloeiend uit na de aansprakelijkstelling aangegane rechtshandelingen. Koning<sup>59</sup> huldigt de opvatting dat artikel 2:403 lid 1 sub f BW ziet op schulden voortvloeiend uit na de aansprakelijkstelling aangegane

55 Op deze twee hoofdopvattingen zijn vele variaties mogelijk. Zie: H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Een analyse van artikel 2:403 BW en zijn voorgangers* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995, p. 498/499.

56 H. Beckman, *De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Een analyse van artikel 2:403 BW en zijn voorgangers* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995, p. 535 en 545.

57 S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 228/229.

58 J.M.W.M. Franken en M.J.M. Franken, *De temporele reikwijdte van de 403-aansprakelijkheid in Bundel 2008-2009 van de Vereniging Jaarrekeningenrecht*, p. 73.

59 S.C.H. Koning, *De aansprakelijkheid uit artikel 403 BW 2*, in: *Liber amicorum NBW (Opstellen aangeboden aan Mr. drs. B.C. de Die)*, Arnhem: Gouda Quint/Deventer: Kluwer/Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 30. Daarvoor had Gülcher al het standpunt ingenomen dat de moedermaatschappij niet aansprakelijk was voor schulden die reeds opeisbaar waren voorafgaand aan de aanvang van het eerste boekjaar waarvoor van de vrijstelling gebruik werd gemaakt. G.J. Gülcher, *Reikwijdte van de aansprakelijkstelling in het kader van de groepsvrijstelling*, TVVS 1989/7, p. 165.

rechtshandelingen, alsmede op na dat tijdvak opeisbaar geworden schulden die voortvloeien uit daarvoor aangegane rechtshandelingen zoals het geval is bij duurovereenkomsten. Hij wijst erop dat de schuldeiser gedurende het aansprakelijkheidstijdvak niet de vinger aan de pols kan houden omdat hij verstoken blijft van voorlichting over de financiële situatie van de groepsmaatschappij met wie hij een (duur)overeenkomst aanging. Om die op de ratio van de 403-regeling gebaseerde reden, acht hij aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor gedurende het aansprakelijkheidstijdvak opeisbaar geworden schulden, voortvloeiend uit voor het aansprakelijkheidstijdvak aangegane rechtshandelingen, gerechtvaardigd. Dat ook de regering zich inmiddels op het standpunt stelt dat de 403-verklaring niet enkel ziet op schulden voortvloeiend uit na het aansprakelijkheidstijdvak aangegane rechtshandelingen, zou kunnen worden opgemaakt uit de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de jaarrekening van verzekeringsmaatschappijen.<sup>60</sup> Hierin werd meegedeeld dat de “toepasselijkheid van artikel 403 betekent” dat een tot een groep behorende verzekeringsmaatschappij waarvoor de moedermaatschappij “zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende en voortgevloeide schulden” is vrijgesteld van openbaarmaking van haar jaarrekening als voorgeschreven in Titel 9 Boek 2 BW. Dit laat, zoals de Hoge Raad bevestigde in zijn hiervoor aangehaalde arrest van 28 juni 2002 onverlet dat de moedermaatschappij in haar 403-verklaring beperkingen op kan nemen van haar hoofdelijke medeaansprakelijkheid.

De wetsgeschiedenis neigt dus naar hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor de op het moment van de aansprakelijkstelling uit rechtshandelingen voortvloeiende en voortgevloeide schulden. Deze opvatting kan tevens worden beschouwd als de heersende leer in de literatuur.<sup>61</sup> In de afgelopen jaren hebben verschillende (lagere) rechters zich uitgelaten over de vraag vanaf welk moment de moedermaatschappij aansprakelijk is op grond van de 403-verklaring en wanneer die aansprakelijkheid eindigt. Daarbij ging het er telkens om of de moedermaatschappij aansprakelijk was voor uit arbeidsovereenkomsten (of andere duurovereenkomsten) voortvloeiende verplichtingen terwijl de vrijgestelde groepsmaatschappij deze overeenkomsten was aangegaan (lang) voordat de moedermaatschappij de 403-verklaring deponeerde. In deze rechtspraak werd op uiteenlopende wijze geoordeeld over de omvang en reikwijdte van de 403-aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor uit arbeids- en andere duurovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen van haar vrijgestelde groepsmaatschappij. Het Hof 's-Hertogenbosch (in zijn arrest van 7 april 2009)<sup>62</sup> en de Rechtbank Arnhem<sup>63</sup> legden artikel 2:403 lid 1 sub f BW het ruimst uit met hun oordelen dat deze aansprakelijkheid eveneens ziet op ten tijde van de deponering van de 403-verklaring reeds bestaande, uit rechtshandelingen voortgevloeide schulden. De Rechtbank Amsterdam<sup>64</sup> ging minder ver en oordeelde dat de aansprakelijkheid ziet op de verplichtingen die voortvloeien uit “handelen of nalaten”

60 Kamerstukken II 1992/93, 22 896, nr. 3, p. 25.

61 Zie voor een overzicht van de voor- en tegenstanders, S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2009, p. 229.

62 Hof 's-Hertogenbosch 7 april 2009, JOR 2009/160 m.nt. Bartman en JAR 2009/126.

63 Rb. Arnhem 10 oktober 2002, JOR 2003/31 m.nt. Bartman.

64 Rb. Amsterdam 20 december 2000, JOR 2001/53 m.nt. Bartman en JAR 2001/36.



van de vrijgestelde groepsmaatschappij gedurende het aansprakelijkheidstijdvak, maar maakt daarbij geen onderscheid tussen vóór of gedurende het aansprakelijkheidstijdvak aangegane rechtshandelingen. Hoewel hij dit niet expliciet overwoog, lijkt het Hof Amsterdam<sup>65</sup> ook op deze lijn te zitten. Ook de Rechtbank Roermond<sup>66</sup> en in appel het Hof te 's-Hertogenbosch (in zijn arrest van 21 mei 2009)<sup>67</sup> oordeelden dat de aansprakelijkheid tevens geldt voor verplichtingen die na de deponering van de 403-verklaring voortvloeien uit daarvoor aangegane rechtshandelingen. Alleen de kantonrechter te Venlo<sup>68</sup> oordeelde dat de aansprakelijkheid niet ziet op verplichtingen die gedurende het aansprakelijkheidstijdvak voortvloeien uit daarvoor aangegane rechtshandelingen. De rechtbanken en hoven oordelen dus uiteenlopend (en in een enkel geval zelfs afwijkend) over de reikwijdte van de aansprakelijkheid op grond van artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Ik meen dat de hiervoor genoemde tussenopvatting van Koning, over het antwoord op de vraag vanaf welk moment de moedermaatschappij aansprakelijk is en wanneer die aansprakelijkheid eindigt, juist is omdat bij hantering van deze tussenopvatting voldoende recht wordt gedaan aan de compensatiegedachte die ten grondslag ligt aan de 403-regeling. De schuldeiser wiens vordering op de groepsmaatschappij opeisbaar wordt voordat zij vrijgesteld wordt van openbaarmaking van haar jaarrekening heeft immers vanaf het aangaan van de rechtshandeling tot en met het opeisbaar worden van zijn vordering inzicht gehad (of kunnen hebben) in de financiële situatie van de groepsmaatschappij. Mijns inziens impliceert de aan de 403-regeling ten grondslag liggende ratio niet dat deze schuldeiser (tevens) gecompenseerd moet worden voor het ontbreken van inzicht op verhaal door de groepsmaatschappij nadat zij gebruik gaat maken van de jaarrekeningvrijstelling.<sup>69</sup> Dit geldt zowel voor de schuldeiser wiens vordering op de groepsmaatschappij voortvloeit uit een eenmalige rechtshandeling met de groepsmaatschappij als voor de vorderingen(en) van de schuldeiser die voortvloeien uit een duurovereenkomst met de groepsmaatschappij. Pas wanneer de uit een (duur) overeenkomst met de groepsmaatschappij voortvloeiende vordering opeisbaar wordt nadat de groepsmaatschappij gebruik is gaan maken van de 403-regeling dient de schuldeiser gecompenseerd te worden voor het gebrek aan inzicht in de financiële situatie van de groepsmaatschappij. Ik realiseer mij dat de in dienst van een groepsmaatschappij zijnde (en vaak bij een andere groepsmaatschappij gedetacheerde) werknemer veelal niet bij zal houden hoe het met de financiële situatie van zijn (formele) werkgever staat. Dat doet echter niet af aan het feit dat ook aan hem als schuldeiser van de groepsmaatschappij geen beroep toekomt op de medeaansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van de 403-verklaring indien de uit zijn arbeidsovereenkomst met de vrijgestelde groepsmaatschappij voortvloeiende vordering opeisbaar werd voordat zij gebruik ging maken van de jaarrekeningvrijstelling.

65 Hof Amsterdam 26 juli 2001, JOR 2004/94, m.nt. Bartman.

66 Rb. Roermond 25 oktober 2006, JOR 2006/289 m.nt. Bartman.

67 Hof 's-Hertogenbosch 12 mei 2009, JOR 2009/279 m.nt. Bartman.

68 Ktr. Venlo 20 februari 2008, JOR 2008/92 m.nt. Bartman en JAR 2008/86.

69 Zo ook G.J. Gülcher, Reikwijdte van de aansprakelijkstelling in het kader van de groepsvrijstelling, TVVS 1989/7, p. 165.

### 6.5.5 Overblijvende aansprakelijkheid na intrekking 403-verklaring

De moedermaatschappij kan haar 403-verklaring intrekken door een daartoe strekkende verklaring neer te leggen bij het handelsregister van de vrijgestelde groepsmaatschappij (artikel 2:404 lid 1 BW).<sup>70</sup> Vanaf het moment dat door het handelsregister mededeling is gedaan van de intrekking van de 403-verklaring kan de moedermaatschappij jegens de schuldeiser een beroep doen op de intrekking van haar hoofdelijke aansprakelijkheid.<sup>71</sup> Gevolg van de intrekking van de 403-verklaring is dat de moedermaatschappij niet meer hoofdelijk aansprakelijk wordt voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die na de deponering van de intrekkingverklaring zijn aangegaan. Op grond van artikel 2:404 lid 2 BW blijft de (hoofdelijke) aansprakelijkheid van de moedermaatschappij doorlopen voor schulden die na de intrekking van haar 403-verklaring voortvloeien uit rechtshandelingen die de groepsmaatschappij vóór intrekking van de 403-verklaring aanging.<sup>72</sup> De reden voor invoering van deze overblijvende aansprakelijkheid was dat degenen die in goed vertrouwen op de medeaansprakelijkheid van de moedermaatschappij een rechtsbetrekking met de vrijgestelde groepsmaatschappij aangingen, niet voor de onaangename verrassing van het wegvallen van die medeaansprakelijkheid mogen worden geplaagd.<sup>73</sup> Waar de hiervoor besproken temporele reikwijdte van de aansprakelijkheid betrekking heeft op de omvang van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij gedurende het aansprakelijkheidstijdvak, heeft deze doorlopende overblijvende aansprakelijkheid betrekking op de omvang van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij na afloop van het aansprakelijkheidstijdvak.

### 6.5.6 Overblijvende aansprakelijkheid voor verplichtingen uit duurovereenkomsten

Bij niet-duurovereenkomsten is de hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor verplichtingen voortvloeiend uit vóór de openbaarmaking van de intrekking verrichte rechtshandelingen onbetwist. In dat geval is immers, grof gezegd, sprake van een prestatie en een tegenprestatie en een (uiterste) datum waarop beide partijen aan hun verplichtingen op grond van de overeenkomst hebben

70 Zie voor andere wijzen waarop een 403-regeling kan worden opgeheven H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Een analyse van artikel 2:403 BW en zijn voorgangers (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995, p. 581/582. Bartman en Dorresteyn menen dat in dit geval op grond van artikel 24 jo. artikel 25 Handelsregisterwet 2007 toch nog een afzonderlijke openbaarmakingsverplichting rust op de moedermaatschappij. S.M. Bartman en A.F. M. Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2009, p. 231.

71 Artikel 25 lid 1 jo. artikel 24 Handelsregisterwet 2007 (dit kan ook maximaal 15 dagen later zijn wanneer de schuldeiser kan aantonen dat hij onmogelijk kennis heeft kunnen nemen van die mededeling; artikel 25 lid 2 Handelsregisterwet 2007).

72 Op grond van artikel 2:404 lid 3 BW kan de moedermaatschappij deze overblijvende aansprakelijkheid – kort gezegd – slechts dan beëindigen wanneer de groepsmaatschappij waarvoor de moedermaatschappij destijds een 403-verklaring deponeerde geen deel meer uitmaakt van de groep.

73 Kamerstukken II 1969/70, 10 689, nr. 7, p. 15.

voldaan. Dit ligt anders bij duurovereenkomsten en meer in het bijzonder bij de arbeidsovereenkomst. In dit geval wordt een overeenkomst aangegaan die leidt tot de verplichting voor beide partijen, werkgever en werknemer, tot opeenvolgende of voortdurende prestaties. Bovendien kunnen de verplichtingen van partijen (na de intrekking van de 403-verklaring door de moedermaatschappij) nader worden ingevuld of gewijzigd als gevolg van vaak buiten partijen om tot stand gekomen wettelijke of collectieve (arbeidsvoorwaarden)regelingen.

Volgens Beckman<sup>74</sup> kan in het licht van de overblijvende aansprakelijkheid van artikel 2:404 lid 2 BW twijfel bestaan over de vraag of de uit duurovereenkomsten voortvloeiende, maar nog niet opengevallen termijnverplichtingen bestaande of toekomstige schulden zijn. Daarbij kan de vraag worden gesteld of het accent van de aansprakelijkheid van artikel 2:404 lid 2 BW ligt op de bestaande rechtsverhouding, de duurovereenkomst die werd aangegaan voordat de moedermaatschappij haar 403-verklaring introk, of op het ontstaan van de verplichting uit die duurovereenkomst, bijvoorbeeld loon of huur. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de aansprakelijkheid voor schulden die voortvloeien uit voor de intrekking van de 403-verklaring aangegane rechtshandelingen blijft doorlopen. "Dit houdt ook in aansprakelijkheid voor nieuwe termijnen van duurcontracten zoals huur, sommige leveranties, arbeidsovereenkomst", zo deelde de regering mee.<sup>75</sup> Het accent ligt dus op de bestaande rechtsverhouding en de moedermaatschappij is ook aansprakelijk voor de na de deponering van haar intrekkingverklaring doorlopende periodieke verplichtingen van haar vrijgestelde groepsmaatschappij op grond van de vóór intrekking van de 403-verklaring aangegane rechtshandelingen. Vanzelfsprekend is deze benadering niet. Zo volgt uit de toelichting<sup>76</sup> op de qua strekking enigszins met de regeling van artikel 2:404 lid 2 BW vergelijkbare regeling van de 'overblijvende' aansprakelijkheid van de uit de openbare vennootschap tredende vennoot<sup>77</sup> in het in 2011 ingetrokken wetsvoorstel personenvennootschappen<sup>78</sup> dat het accent juist ligt op het moment waarop de verplichting uit de duurovereenkomst ontstond. In het wetsvoorstel werd deze uittredende vennoot niet ontheven van zijn aansprakelijkheid voor de ten tijde van zijn uittreding bestaande verbintenissen van de openbare vennootschap, maar was hij niet aansprakelijk voor de na zijn uittreden opeisbaar geworden vorderingen voortvloeiend uit voor zijn uittreden door de openbare vennootschap aangegane duurovereenkomsten.

In de hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis werd geen onderscheid gemaakt tussen schulden voortvloeiend uit duurovereenkomsten aangegaan voorafgaand

74 H. Beckman, De jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen. Een analyse van artikel 2:403 BW en zijn voorgangers (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1995, p. 146-150.

75 Kamerstukken II 1983/84, 16 551, nr. 11, p. 15.

76 Zie Kamerstukken II 2002/03, 28 746, nr. 3, p. 43/44.

77 Artikel 7:824, Wetsvoorstel tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek.

78 Dit wetsvoorstel is ingetrokken bij brief van de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer van 15 december 2011. Kamerstukken II 2011/12, 28 746, nr. 7.

aan het aansprakelijkheidstijdvak en schulden voortvloeiend uit duurovereenkomsten aangegaan gedurende dit tijdvak. Hiervoor wees ik er reeds op dat de overblijvende aansprakelijkheid werd ingevoerd om de schuldeiser die contracteerde met een vrijgestelde groepsmaatschappij te beschermen tegen de onaangename verrassing van het wegvallen van die aansprakelijkheid. Dit heeft mijns inziens als consequentie dat schulden die na de intrekking van de 403-verklaring voortvloeiend uit reeds voor de aanvang van het geëindigde aansprakelijkheidstijdvak aangegane rechtshandelingen niet onder de overblijvende aansprakelijkheid van artikel 2:404 lid 2 BW vallen.<sup>79</sup> Deze opvatting vindt steun in een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 16 april 2009<sup>80</sup> waarin werd overwogen dat vorderingen die na de intrekking van de 403-verklaring voortvloeiend uit gedurende de looptijd van de 403-verklaring aangegane rechtshandelingen onder overblijvende aansprakelijkheid van artikel 2:404 lid 2 BW vallen. Koning<sup>81</sup> heeft betoogd dat geen grond aanwezig is voor bescherming van de schuldeiser wanneer de rechtshandeling voor de aanvang van het aansprakelijkheidstijdvak werd aangegaan, maar de daaruit voortvloeiende schuld of verplichting pas na de intrekking van de 403-verklaring ontstaat omdat de positie van de schuldeiser zonder het aansprakelijkheidstijdvak niet anders was geweest. Ik meen dat de uit de arbeidsovereenkomst van een werknemer van de groepsmaatschappij voortvloeiende verplichtingen slechts dan onder de doorlopende overblijvende aansprakelijkheid van de moedermaatschappij vallen wanneer deze arbeidsovereenkomst werd aangegaan tijdens het aansprakelijkheidstijdvak. Dus in de periode tussen de deponering en de intrekking van de 403-verklaring. Dat zou mijns inziens alleen anders kunnen (of moeten) zijn wanneer de moedermaatschappij zelf in de door haar gedeponeerde 403-verklaring opnam dat deze tevens gold voor op dat moment reeds bestaande of aangegane rechtshandelingen.

### **6.5.7 Overblijvende aansprakelijkheid voor verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten**

De moedermaatschappij kan dus ook overblijvend aansprakelijk zijn voor na de intrekking van haar 403-verklaring ontstane verplichtingen voortvloeiend uit gedurende het (inmiddels geëindigde) aansprakelijkheidstijdvak door de groepsmaatschappij aangegane duurovereenkomsten zoals arbeidsovereenkomsten. De vraag is dan of dit betekent dat alle uit deze arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen onder de overblijvende aansprakelijkheid van de moedermaatschappij vallen.

79 Zo ook S.C.H. Koning, *De aansprakelijkheid uit artikel 403 BW 2*, in: *Liber amicorum NBW* (Opstellen aangeboden aan Mr. drs. B.C. de Die), Arnhem: Gouda Quint/Deventer: Kluwer/Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 30 en S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 234. Franken en Franken menen dat onder de overblijvende aansprakelijkheid vallen de schulden voortvloeiend uit rechtshandelingen die zijn aangegaan tijdens het aansprakelijkheidstijdvak én de schulden uit de rechtshandelingen die zijn aangegaan voor het tijdstip waarop na de intrekking een nieuwe jaarrekening werd gedeponeerd. J.M.W.M. Franken en M.J.M. Franken, *De temporele reikwijdte van de 403-aansprakelijkheid in Bundel 2008-2009 van de Vereniging Jaarrekeningenrecht*, p. 73.

80 Rb. Rotterdam 16 april 2009, JOR 2009/161 m.nt. Van der Zanden.

81 S.C.H. Koning, *De aansprakelijkheid uit artikel 403 BW 2*, in: *Liber amicorum NBW* (Opstellen aangeboden aan Mr. drs. B.C. de Die), Arnhem: Gouda Quint/Deventer: Kluwer/Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 30.

Een ontkennende beantwoording van deze vraag zou kunnen worden gebaseerd op het feit dat in de wetsgeschiedenis in deze situatie met name wordt gesproken over overblijvende aansprakelijkheid voor periodieke verplichtingen en niet over overblijvende aansprakelijkheid voor eenmalige verplichtingen of andere niet-periodieke verplichtingen. Bij periodieke verplichtingen op grond van de arbeidsovereenkomst kan worden gedacht aan loonvorderingen, bonusaanspraken, vakantietoeslag en bij eenmalige verplichtingen of andere niet-periodieke verplichtingen aan schade- of ontslagvergoedingen waaronder ik tevens in beëindigingsovereenkomsten, of in sociale plannen overeengekomen ontslagvergoedingen versta. Mijns inziens heeft de overblijvende aansprakelijkheid van artikel 2:404 lid 2 BW betrekking op hetzelfde type verplichtingen als 2:403 lid 1 sub f BW gedurende het aansprakelijkheidstijdvak. De redactie van artikel 2:404 lid 2 BW geeft geen aanleiding voor het maken van onderscheid en een dergelijk onderscheid kan ook niet gebaseerd worden op de wetsgeschiedenis. Hiervoor bleek al dat volgens de regering onder de overblijvende aansprakelijkheid “ook” – en dus niet uitsluitend – de na de intrekking van de 403-verklaring doorlopende periodieke verplichtingen op grond van duurovereenkomsten vallen. Een beperking van de overblijvende aansprakelijkheid bij duurovereenkomsten tot uit die duurovereenkomsten voortvloeiende periodieke verplichtingen is mijns inzien ook niet verenigbaar met de hiervoor genoemde ratio van de overblijvende aansprakelijkheid. Zo is bijvoorbeeld de ontslagvergoeding onder meer gebaseerd op de duur van de arbeidsovereenkomst. Stel dat de werknemer gedurende vele jaren in dienst is geweest van een groepsmaatschappij waarvoor al die tijd een 403-verklaring was gedeponeerd en aan hem bij de ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst een ontslagvergoeding wordt toegekend. Die ontslagvergoeding zal dan zijn gebaseerd op de jaren waarin hij in dienst was van een vrijgestelde groepsmaatschappij. Ik acht dan niet verenigbaar met de ratio van artikel 404 lid 2 BW dat deze werknemer de moedermaatschappij niet tot betaling van deze ontslagvergoeding zou kunnen aanspreken wanneer zij haar 403-verklaring inmiddels introk en de ontslagvergoeding als eenmalige verplichting niet onder haar overblijvende aansprakelijkheid zou vallen. Mijns inziens dient de werknemer wiens ontslagvergoeding onder meer is gebaseerd op de jaren dat hij in dienst was van een vrijgestelde groepsmaatschappij – in de woorden van de regering – te worden beschermd tegen de onaangename verrassing van het wegvallen van de medeaansprakelijkheid van de moedermaatschappij.<sup>82</sup>

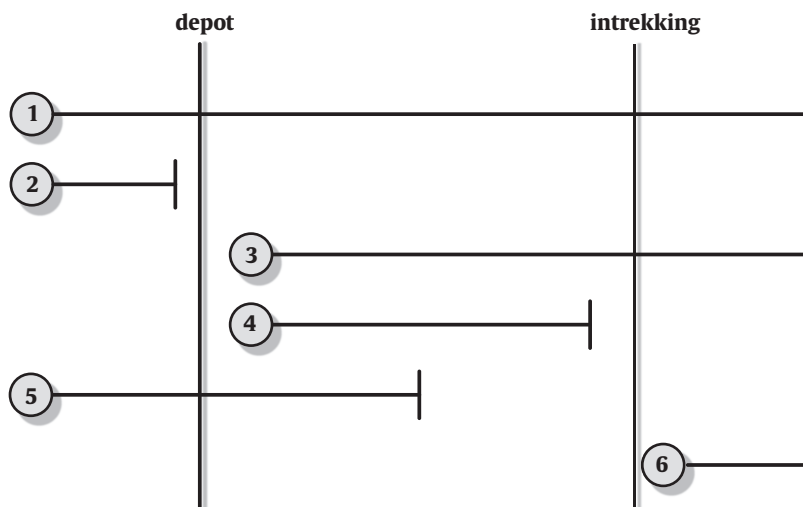
Op grond van artikel 2:404 lid 3 BW kan de moedermaatschappij, na de intrekking van de 403-verklaring, haar overblijvende aansprakelijkheid alleen beëindigen wanneer de groepsmaatschappij niet meer tot de groep behoort. In de wetsgeschiedenis en in de rechtspraak worden geen begrenzings aangebracht (of aangenomen) voor de duur van de overblijvende aansprakelijkheid in de situatie waarin de groepsmaatschappij na intrekking van de 403-verklaring wel deel blijft uitmaken van de groep. Nu de arbeidsovereenkomsten van de werknemers met de groepsmaatschappij nog vele jaren na de intrekking van de 403-verklaring kunnen blijven bestaan, kan de moedermaatschappij derhalve nog jaren na de intrekking van haar 403-verklaring

82 Zie anders Van het Kaar in zijn noot bij OK 20 februari 2001, JOR 2001/92.

hoofdelijk aansprakelijk zijn voor alle uit deze arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen.<sup>83</sup>

### 6.5.8 Overzicht: 403-verklaring en aansprakelijkheid uit arbeidsovereenkomst

Of de moedermaatschappij op grond van een 403-verklaring hoofdelijk aansprakelijk is voor uit arbeidsovereenkomsten van haar groepsmaatschappijen voortvloeiende verplichtingen hangt af van het tijdstip waarop de arbeidsovereenkomst werd aangegaan dan wel van het moment waarop de verplichting uit de arbeidsovereenkomst ontstond. In het onderstaande schematisch overzicht onderscheid ik zes tijdstippen waarop de arbeidsovereenkomst met de groepsmaatschappij werd aangegaan en beëindigd, afgezet tegen de periode waarin ten behoeve van deze groepsmaatschappij een 403-verklaring was gedeponerd. De moedermaatschappij is dan mijns inziens als volgt aansprakelijk voor de uit deze arbeidsovereenkomsten voortvloeiende en/of voortvloeiende verplichtingen:



① Arbeidsovereenkomst werd aangegaan voor de deponering van de 403-verklaring en loopt door na de intrekking van de 403-verklaring:

- de moedermaatschappij is aansprakelijk voor de verplichtingen die tijdens het aansprakelijkheidstijdvak voortvloeien uit deze arbeidsovereenkomst;
- de moedermaatschappij is niet aansprakelijk voor uit deze arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen die voorafgaand aan de deponering van de 403-verklaring opeisbaar zijn geworden;

<sup>83</sup> In Ondernemingsrecht heb ik onder verwijzing naar de ratio van de overblijvende aansprakelijkheid van artikel 2:404 lid 2 BW gepleit voor een begrenzing van de duur van de overblijvende aansprakelijkheid tot één jaar na de beëindiging van het aansprakelijkheidstijdvak: J.P.H. Zwemmer, De 403-verklaring en de aansprakelijkheid voor uit arbeidsovereenkomsten (en andere duurovereenkomsten) voortvloeiende verplichtingen, OR 2011/6, p. 231/232.

- de moedermaatschappij is niet aansprakelijk voor verplichtingen die na de intrekking van de 403-verklaring zijn ontstaan.
- 2 Arbeidsovereenkomst werd aangegaan én beëindigd voorafgaand aan de deponering van de 403-verklaring:
- de moedermaatschappij is niet aansprakelijk voor de uit deze arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.
- 3 Arbeidsovereenkomst werd aangegaan na de deponering van de 403-verklaring en loopt door na de intrekking van de 403-verklaring:
- de moedermaatschappij is aansprakelijk voor de verplichtingen die tijdens het aansprakelijkheidstijdvak uit deze arbeidsovereenkomst voortvloeien;
  - de moedermaatschappij is aansprakelijk voor de verplichtingen die na de intrekking van de 403-verklaring uit deze arbeidsovereenkomst voortvloeien.
- 4 Arbeidsovereenkomst werd aangegaan na de deponering van de 403-verklaring en wordt beëindigd voor de intrekking van de 403-verklaring:
- de moedermaatschappij is aansprakelijk voor de uit deze arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.
- 5 Arbeidsovereenkomst werd aangegaan voor de deponering van de 403-verklaring en werd beëindigd tijdens het aansprakelijkheidstijdvak:
- de moedermaatschappij is aansprakelijk voor de verplichtingen die tijdens het aansprakelijkheidstijdvak voortvloeien uit deze arbeidsovereenkomst;
  - de moedermaatschappij is niet aansprakelijk voor uit deze arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen die voorafgaand aan de deponering van de 403-verklaring opeisbaar zijn geworden.
- 6 Arbeidsovereenkomst werd aangegaan na de intrekking van de 403-verklaring:
- de moedermaatschappij is niet aansprakelijk voor de uit deze arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.

### 6.5.9 Pluraliteit van aansprakelijkheid bij inbreng in natura

Indien bij de oprichting van een NV of BV niet in geld, maar in natura wordt ingebracht, zijn de artikelen 2:94a en 2:204a BW van toepassing.<sup>84</sup> In dit geval wordt door de oprichters een beschrijving opgesteld van de inbreng, de hieraan toegekende waarde en de daarbij gehanteerde waarderingsmethoden.<sup>85</sup> Over deze beschrijving moet een accountants- of deskundigenverklaring worden afgegeven waarin wordt bevestigd dat de waarde van de inbreng in natura ten minste het bedrag van de

84 Artikel 2:94b BW en artikel 2:204b BW bevatten min of meer gelijkkluidende regelingen voor inbreng in natura bij de oprichting van de NV en de BV.

85 Artikel 2:94a lid 1/2:204a lid 1 BW. De NV of BV legt deze beschrijving in haar kantoor ter inzage aan haar aandeelhouders of aan houders van certificaten van haar aandelen.

stortingsplicht in geld uitgedrukt bedraagt en daaraan met de inbreng is voldaan.<sup>86</sup> Met de vereiste beschrijving en accountants- of deskundigenverklaring wordt beoogd schuldeisers en contractspartijen van de opgerichte vennootschap te beschermen tegen het niet voldoen van de waarde van de inbreng in natura aan de stortingsplicht. De accountants- of deskundigenverklaring is openbaar omdat deze aan de akte van oprichting moet worden gehecht.<sup>87</sup> Wordt echter voldaan aan de voorwaarden uit de artikelen 2:94a en 2:204a BW dan zijn de beschrijving en de accountantsverklaring niet vereist. Met deze vrijstelling is beoogd een juridische reorganisatie van een groep, in die zin dat ondernemingen of activiteiten in aparte groepsmaatschappijen worden ondergebracht, te vergemakkelijken.<sup>88</sup> Dat is bijvoorbeeld aan de orde wanneer een onderneming of activiteit zo zelfstandig is geworden dat het op grond van organisatorische of andere bedrijfseconomische motieven de voorkeur verdient deze in een aparte rechtspersoon onder te brengen. De schuldeisers en contractspartijen van de met gebruikmaking van deze vrijstelling opgerichte groepsmaatschappij worden gecompenseerd voor het ontbreken van accountantscontrole over en inzicht in het kapitaal van hun wederpartij omdat de oprichtende moedermaatschappij op grond van artikel 2:94a lid 6 sub d en artikel 2:204a lid 3 sub a BW een verklaring moet deponeren waarin zij aansprakelijkheid aanvaardt voor schulden van deze groepsmaatschappij.

In het kader van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht<sup>89</sup> wordt de regeling van de BV in Boek 2 BW ingrijpend gewijzigd en zal in verband met de afschaffing van de kapitaaleisen bij de oprichting van de BV onder meer de verplichte accountantsverklaring bij inbreng in natura in artikel 2:204a BW komen te vervallen. In juni 2012 besloot de Minister van Veiligheid en Justitie dat deze wet met ingang van 1 oktober 2012 in werking zal treden.<sup>90</sup> De kapitaaleisen bij de oprichting van een NV worden gehandhaafd en ook de verplichte accountantsverklaring bij inbreng in natura bij de oprichting van een NV blijft dus bestaan.

Bij de vaststelling van de regeling bij inbreng in natura in de NV was de wetgever gebonden aan (artikel 10 van) de Tweede EEG-richtlijn<sup>91</sup> en bij die betreffende de inbreng in natura in de BV niet. Daarom wijkt de aansprakelijkstelling in de regeling van de inbreng in natura in de BV af van die in de regeling van de NV. De Tweede

86 Artikel 2:94a lid 2 BW (NV) en artikel 2:204a lid 2 BW (BV). Bij de NV dient de verklaring te worden afgegeven door een accountant als bedoeld in artikel 2:393 lid 1 BW en bij de BV dient de verklaring te worden afgegeven door een registeraccountant of een accountant-administratieconsulent.

87 Artikel 2:94a lid 2/2:204a lid 2 jo. 2:180 lid 1 BW. Bij de NV dient ook de beschrijving aan de akte van oprichting te worden gehecht (artikel 2:94a lid 1 BW).

88 Zie Asser-Maeijer-Van Solinge-Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 134.

89 Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), Stb. 2012/299 en Wet van 18 juni 2012 tot aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht), Stb. 2012/300.

90 Besluit van 29 juni 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en de Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht, Stb. 2012/301.

91 Richtlijn 77/91/EEG van 13 december 1976.



EEG-richtlijn beoogde een gelijkwaardige bescherming van aandeelhouders en schuldeisers van NV's te waarborgen en bevatte voorschriften op het gebied van de oprichting van NV's en de instandhouding, de verhoging en de vermindering van kapitaal, zodat iedere belanghebbende in staat werd gesteld zich een oordeel te vormen over de wezenlijke kenmerken van de NV en in het bijzonder over de samenstelling van het aandelenkapitaal.<sup>92</sup>

In het kader van de versoepeling van het kapitaalbeschermingsrecht van de NV in 2008 naar aanleiding van de implementatie van de gewijzigde Tweede EEG-richtlijn<sup>93</sup> werd in artikel 2:94a lid 3 BW een tweede categorie vrijstellingen van de beschrijving en de accountantsverklaring bij inbreng in natura opgenomen. Bij deze tweede categorie kunnen de beschrijving en accountantsverklaring achterwege blijven wanneer in de oprichtingsakte is bepaald dat worden ingebracht: (i) effecten of geldmarktinstrumenten waarvoor een beurskoers bestaat, (ii) door een onafhankelijk deskundige gewaardeerde vermogensbestanddelen, of (iii) vermogensbestanddelen waarvan de waarde kan worden afgeleid uit een recente door een accountant gecontroleerde jaarrekening. In dit geval bestaat reeds een duidelijk referentiepunt voor de waardering van de inbreng waardoor ook niet vereist is dat de oprichtende moedermaatschappij aansprakelijkheid aanvaardt voor schulden van de opgerichte NV. Deze tweede categorie vrijstellingen van de beschrijving en de accountantsverklaring bij inbreng in natura in een NV én het in het kader van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht volledig komen te vervallen van de verplichte accountantsverklaring bij inbreng in natura in een BV brengen mee dat de betekenis van de vrijstellingsregeling van artikel 2:94a lid 6 BW in de praktijk zeer gering zal zijn.

#### **6.5.10 Aansprakelijkheid moedermaatschappij ex artikel 2:94a lid 6 sub d BW**

De in natura in de opgerichte NV inbrengende moedermaatschappij moet een rechtspersoon zijn waarop de bepalingen van Titel 9 Boek 2 BW betreffende de jaarrekening van toepassing zijn, dan wel voldoen aan de vereisten van de Vierde EEG-richtlijn.<sup>94</sup> Op grond van artikel 2:94a lid 6 sub d BW dient zij bij het handelsregister een verklaring te deponeren waarin door haar wordt meegedeeld dat zij een bedrag van ten minste de nominale waarde van de door haar genomen aandelen in de NV ter beschikking stelt voor de voldoening van schulden van de NV aan derden en moet zij een reserve afzonderen ter grootte van dit bedrag.<sup>95</sup> De moedermaatschappij mag de door haar tegen de inbreng in natura genomen aandelen niet vervreemden in

92 Kamerstukken II 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 1.

93 Richtlijn 2006/68/EG van 6 september 2006.

94 Artikel 2:94a lid 6 sub b BW. Hoewel er meerdere oprichters kunnen zijn en dus niet sprake hoeft te zijn van één moedermaatschappij ga ik daar hierna wel van uit. Ingeval verschillende rechtspersonen in natura inbrengen in de NV, zoals bij de oprichting van een joint-venture, gelden de voorwaarden van artikel 2:94a BW voor al deze rechtspersonen en dient elke rechtspersoon op grond van artikel 2:94a lid 6 sub d BW een bedrag van ten minste de nominale waarde van de door hem genomen aandelen ter beschikking te stellen.

95 Artikel 2:94a lid 6 sub f BW.

het tijdvak tussen de plaatsing van de aandelen en een jaar na deponering van de jaarrekening over het eerste boekjaar van de NV en dient de hiervoor genoemde reserve aan te houden tot twee jaar na dit tijdvak.<sup>96</sup> Het door de moedermaatschappij ter beschikking gestelde bedrag ter grootte van de nominale waarde van de aandelen van de NV dient ter voldoening van schulden van de NV die ontstaan in het tijdvak tussen de plaatsing van de aandelen en een jaar na de deponering van de eerste jaarrekening. Het gaat daarbij om schulden die de NV niet kan voldoen en die binnen twee jaren na de deponering van de eerste jaarrekening schriftelijk aan één van de inbrengende rechtspersonen zijn opgegeven door de schuldeisers.<sup>97</sup>

De aansprakelijkheid ex artikel 2:94a lid 6 sub d BW is beperkt van opzet. Allereerst is deze aan een maximumbedrag gebonden en indien de vorderingen hoger zijn dan dit maximumbedrag dient dit bedrag evenredig tussen de schuldeisers te worden verdeeld.<sup>98</sup> Voorts is deze aansprakelijkheid beperkt tot schulden die ontstaan in het tijdvak tussen de plaatsing van de aandelen en een jaar na de deponering van de jaarrekening over het eerste boekjaar van de NV en dienen schuldeisers hun vorderingen binnen twee jaren na de deponering van de eerste jaarrekening schriftelijk aan de moedermaatschappij op te geven. Deze termijn van twee jaren diende, zoals blijkt uit de memorie van toelichting, om te voorkomen dat deze verdeling lang wordt opgehouden door onzekerheid over het aantal vorderingen.<sup>99</sup> Ten slotte is bij de aansprakelijkheid van artikel 2:94a lid 6 sub d BW geen sprake van een gelijktijdige, hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor de schulden van de NV. De moedermaatschappij wordt in dit artikel slechts verplicht voormeld maximumbedrag te reserveren. Pas wanneer de NV de schuld (of een deel van de schuld) niet kan voldoen, kan de schuldeiser zich voor de voldoening hiervan beroepen op de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van haar verklaring ex artikel 2:94a lid 6 sub d BW. Bovendien volgt uit de memorie van toelichting dat de moedermaatschappij in beginsel pas nadat de voormelde aanmeldingstermijn van twee jaren is verstreken, gehouden kan worden tot betaling van de vordering uit het door haar "ter beschikking" gestelde bedrag.<sup>100</sup>

96 Artikel 2:94a lid 7 BW.

97 Artikel 2:94a lid 6 sub b BW.

98 Kamerstukken II 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 22. Op grond van het achtste lid van artikel 2:94a BW kunnen zowel de moedermaatschappij als de schuldeisers de kantonrechter verzoeken een bewind over de vorderingen in te stellen strekkende tot de voldoening van hun vorderingen – op de in dit lid beschreven wijze – uit het door de moedermaatschappij ter beschikking gestelde bedrag.

99 Kamerstukken II 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 22.

100 In de memorie van toelichting wordt namelijk ten aanzien van de gestelde aanmeldingstermijn opgemerkt dat daarmee wordt voorkomen dat de "verdeling lang wordt opgehouden door onzekerheid over het aantal vorderingen". Voorts wordt meegedeeld dat de moedermaatschappij de schuldpositie van de dochter-NV voldoende zal kennen om te weten of de vorderingen het garantiebeding overtreffen en zij zonder uitstel kan betalen wanneer dat laatste niet aan de orde is. Kamerstukken II 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 22.

Het begrip “schulden van de vennootschap aan derden” uit artikel 2:94a lid 6 sub d BW is ruimer dan het begrip “uit rechtshandelingen van de vennootschap voortvloeiende schulden” uit artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Ook artikel 10 lid 4 onder d van de Tweede EEG-richtlijn bepaalt dat de inbrengende vennootschap(en) moet(en) verklaren “in te staan voor de schulden van de ontvangende vennootschap.” Dit betekent dat de moedermaatschappij op basis van haar verklaring ex artikel 2:94a lid 6 BW, anders dan bij de aansprakelijkstelling ex artikel 2:403 BW<sup>101</sup> (en ook – zoals hierna aan de orde komt – bij die op grond van artikel 2:204a lid 3 BW), ook aansprakelijk zou zijn voor schulden die voortvloeien uit verbintenissen uit de wet. Dit onderscheid in de omvang van de aansprakelijkheid is in de wetsgeschiedenis niet aan de orde geweest. In de memorie van toelichting bij de implementatie van de Tweede EEG-richtlijn werd slechts meegedeeld dat de aansprakelijkheid voor de schulden van de NV alleen afweek van de aansprakelijkheid ex artikel 2:403 lid 1 sub f BW op het punt dat deze beperkt is tot het nominale bedrag van de genomen aandelen.<sup>102</sup> Het begrip “schulden” in artikel 2:94a lid 6 BW en in het artikel uit de Tweede EEG-richtlijn waarop dit artikel gebaseerd is, is echter ruimer dan het begrip “uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden” in artikel 2:403 lid 1 sub f BW. Omdat de in artikel 2:94a BW opgenomen vrijstelling in de praktijk weinig wordt benut,<sup>103</sup> heeft het ruimere begrip “schulden” in artikel 2:94a lid 6 BW niet tot rechtspraak of tot discussie in de literatuur geleid.

#### 6.5.11 Aansprakelijkheid moedermaatschappij ex artikel 2:204a lid 3 sub a BW

De regeling bij inbreng in natura zonder accountantsonderzoek bij de oprichting van een BV is vergelijkbaar met die in artikel 2: 94a BW, maar eenvoudiger van opzet.<sup>104</sup> Op grond van artikel 2:204a lid 3 aanhef en sub a BW moet bij het handelsregister een verklaring worden gedeponneerd waarin de (inbrengende) moedermaatschappij of een tot dezelfde groep behorende groepsmaatschappij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van de BV. Voorts moet de balans van die moedermaatschappij (of die andere groepsmaatschappij) voldoen aan de vereisten in artikel 2:204a lid 3 sub b BW en moet zij volgens deze balans over een groter eigen vermogen beschikken dan het nominale bedrag van de aandelen in deze en eventuele andere BV's waarop na de balansdatum met gebruikmaking van deze vrijstelling in natura werd inbracht.<sup>105</sup> Op de aansprakelijkstelling van artikel 2:204a lid 3 sub a BW is artikel 2:404 BW van overeenkomstige toepassing met dien verstande dat deze niet binnen twee jaar na de inbreng kan worden ingetrokken.<sup>106</sup> De

101 Zie paragraaf 6.5.2.

102 Deze regeling werd opgenomen in de regeling van de BV omdat naar het oordeel van de regering ten aanzien van de bescherming van aandeelhouders en schuldeisers geen wezenlijk verschil bestond met de NV (Kamerstukken II 1978/79, 15 304, nr. 3, p. 22).

103 Zie Asser-Maeijer-Van Solinge-Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 134. H.J. Portengen stelt in Dossier nr. 40, maart 2000, p. 9 dat dit eveneens voor de vrijstelling van artikel 2:204a lid 3 BW in de regeling van de BV geldt.

104 Kamerstukken II 1980/81, 16 551, nr. 3, p. 1.

105 Artikel 2:204a lid 3 sub c BW.

106 Artikel 2:204a lid 4 BW.

regeling is eenvoudiger opgezet dan die van artikel 2:94a lid 6 BW. De aansprakelijkheid van de moedermaatschappij die op deze wijze een BV opricht, is echter veel ruimer. Anders dan bij de in de vorige paragraaf besproken aansprakelijkheid voor schulden van de NV, is in de regeling van de BV wel sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid van de (inbrengende) moedermaatschappij naast de BV en is deze bovendien niet beperkt tot een maximumbedrag.

Bij de totstandkoming van artikel 2:204a BW deelde de regering mee dat de reikwijdte van de aansprakelijkheid van artikel 2:204a lid 3 sub a BW inhoudelijk gelijk is aan die van artikel 2:403 lid 1 sub f BW.<sup>107</sup> Dat betekent dat aan deze aansprakelijkstellingsvoorwaarde is voldaan wanneer de moedermaatschappij binnen de groep waarvan de op te richten BV deel gaat uitmaken al een 403-verklaring heeft gedeponeed. Deze 403-verklaring mag dan gedurende twee jaar na de inbreng in natura in de opgerichte BV niet worden ingetrokken. Niet alleen heeft de verklaring ex artikel 2:204a lid 3 sub a BW betrekking op dezelfde uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen als de 403-verklaring, op grond van het in artikel 2:204a lid 4 BW op de intrekking van de aansprakelijkheidsverklaring van overeenkomstige toepassing verklaarde artikel 2:404 (lid 2) BW is ook de omvang van de overblijvende aansprakelijkheid hetzelfde als die uit hoofde van een 403-verklaring.<sup>108</sup>

*Afschaffing aansprakelijkheid ex artikel 2:204a lid 3 sub a BW in het kader van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht*

Als hiervoor werd opgemerkt, zal met ingang van 1 oktober 2012 onder meer de aansprakelijkheid ex artikel 2:204a lid 3 sub a BW komen te vervallen in het kader van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht.<sup>109</sup> Met deze wet wordt beoogd de oprichting van een BV eenvoudiger te maken. In dat kader worden de kapitaaleisen bij de oprichting van de BV afgeschaft en vervalt onder meer de verplichte accountantsverklaring bij inbreng in natura. In plaats daarvan zal het bestuur bij elke uitkering aan aandeelhouders moeten gaan toetsen of de uitkering gelet op de financiële toestand van de BV verantwoord is en de BV na het doen van de uitkering aan haar opeisbare schulden zal kunnen blijven voldoen. Als die toets niet of niet op een juiste wijze plaatsvindt, is het bestuur van de BV op grond van het nieuwe artikel 2:216 lid 3 BW jegens de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan. Op grond van het overgangsrecht bij de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht blijft artikel 2:404 BW van toepassing op de vóór het tijdstip van inwerkingtreding van de wet gedeponeede aansprakelijkheidsverklaring ex

107 Dit volgt onder meer uit de toelichting van de regering op het gewijzigde wetsvoorstel. Hierin werd meegedeeld, naar aanleiding van het terugbrengen van het in eerste instantie veel grotere aantal voorwaarden voor vrijstelling naar de drie voorwaarden in het huidige artikel 2:204a lid 3 BW, dat deze voorwaarden “des te gemakkelijker te hanteren (zijn) omdat vaak reeds een aansprakelijkstelling bij het handelsregister is neergelegd met het oog op de vrijstelling van (artikel 2:403) betreffende de jaarrekening van de dochtermaatschappij.” Kamerstukken II 1981/82, 16 551, nr. 6, p. 15.

108 Zie hierover paragraaf 6.5.6 en 6.5.7.

109 Stb. 2012/300.

artikel 2:204a lid 3 BW.<sup>110</sup> Daardoor zal deze overgangsbepaling nog jaren van belang kunnen zijn voor de praktijk.<sup>111</sup>

### 6.6 Onvrijwillige aansprakelijkheid in groepsverhoudingen

Aan de in de vorige paragrafen besproken pluraliteit van aansprakelijkheid ligt de gedachte ten grondslag dat schuldeisers en contractspartijen van een groepsmaatschappij gecompenseerd moeten worden voor het gebrek aan inzicht in de financiële positie van die groepsmaatschappij indien gebruik wordt gemaakt van een groepsvrijstelling uit Boek 2 BW. De voorwaarde én grondslag voor deze aansprakelijkheid van de moedermaatschappij jegens onder meer de werknemer als schuldeiser en contractspartij van de groepsmaatschappij is de door de moedermaatschappij gedeponeerde verklaring waarin zij deze aansprakelijkheid aanvaardt. Omdat de aansprakelijkheid een gevolg is van de keuze gebruik te gaan maken van een groepsvrijstelling uit Boek 2 BW kan hier worden gesproken van vrijwillige groepsaansprakelijkheid.<sup>112</sup> Daarnaast ontwikkelde zich als gevolg van de toegenomen groepsvorming vanaf de jaren zeventig van de vorige eeuw in de rechtspraak, en uitvoerig geanalyseerd in de literatuur, het leerstuk van de onvrijwillige groepsaansprakelijkheid. Deze onvrijwillige groepsaansprakelijkheid, meestal van de moedermaatschappij jegens schuldeisers en contractspartijen van haar groepsmaatschappij(en),<sup>113</sup> vloeit niet voort uit een in dat kader door de moedermaatschappij gedeponeerde verklaring, maar wordt in bepaalde situaties aangenomen door de rechter. De gedachte achter deze onvrijwillige groepsaansprakelijkheid is dat, hoewel risicospreiding en aansprakelijkheidsbeperking een geoorloofd motief zijn voor groepsvorming, dit niet mag leiden tot misbruik van (de grenzen van de) rechtspersoonlijkheid of van de zeggenschapsverhoudingen binnen de groep waardoor aansprakelijkheid wordt ontgaan. De nadelige gevolgen van dit misbruik voor schuldeisers en contractspartijen van een groepsmaatschappij kunnen ongedaan worden gemaakt door de groepsmaatschappijen te vereenzelvigen, of door de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk te houden jegens de schuldeiser of contractspartij van haar groepsmaatschappij. Als gevolg van de vereenzelving van twee groepsmaatschappijen worden zij jegens de benadeelde schuldeiser of contractspartij van de ene groepsmaatschappij als één en dezelfde rechtspersoon beschouwd. Daardoor kan deze schuldeiser of contractspartij beide groepsmaatschappijen hoofdelijk aanspreken. Dat is anders bij groepsaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. In dat geval is de moedermaatschappij aansprakelijk voor de als gevolg van de door haar gepleegde onrechtmatige daad door de schuldeiser of

110 Artikel V.2 lid 3 Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht. Stb. 2012/300.

111 Zie hierover J.D.M. Schoonbrood, Overgangsrecht Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht en Wet bestuur en toezicht, WPNR 2 juni 2012, nr. 6933, p. 434.

112 Vgl. S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2009, p. 216.

113 Groepsaansprakelijkheid op grond van vereenzelving of onrechtmatige daad komt echter ook binnen andere verhoudingen dan die tussen de moeder- en de dochtermaatschappij voor. Zo kan bijvoorbeeld een groepsmaatschappij op grond van vereenzelving of onrechtmatige daad aansprakelijk zijn tegenover schuldeisers van een zuster- of een kleindochtermaatschappij.

contractspartij van haar groepsmaatschappij geleden schade.<sup>114</sup> Omdat de door de moedermaatschappij zelf gepleegde onrechtmatige daad dan de grond vormt voor haar aansprakelijkheid, wordt hierbij anders dan bij vereenzelviging recht gedaan aan het feit dat beide groepsmaatschappijen verschillende rechtspersonen zijn. Daarom wordt in de literatuur in het geval van vereenzelviging wel gesproken van directe doorbraak van aansprakelijkheid en bij groepsaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van indirecte doorbraak van aansprakelijkheid.

### 6.6.1 Aansprakelijkheid op grond van vereenzelviging in groepsverhoudingen

Bij vereenzelviging wordt identiteitsverschil tussen twee of meer rechtspersonen volledig weggedacht.<sup>115</sup> Doordat voorbij wordt gegaan aan het identiteitsverschil tussen twee rechtspersonen worden eigenschappen, een bepaalde wetenschap, of een gedraging van de ene rechtspersoon aan de andere rechtspersoon toegerekend zodat een bepaalde rechtsoverdracht eveneens tegen de met de andere rechtspersoon vereenzelvigde rechtspersoon kan worden ingesteld. Met vereenzelviging kunnen uiteenlopende doeleinden worden bereikt, zoals het toepassen van de wet overeenkomstig de bedoeling van de wetgever of het bevorderen van de redelijkheid en billijkheid. Vereenzelvigt de rechter in een bepaalde procedure met het oog op een bepaald doel twee of meer rechtspersonen met elkaar, dan heeft die vereenzelviging alleen betrekking op de in die procedure aanhangige rechtsoverdracht(en). Daarmee heeft vereenzelviging steeds een beperkte reikwijdte.<sup>116</sup>

In de literatuur is veel aandacht besteed aan de toelaatbaarheid van vereenzelviging als techniek voor aansprakelijkheidstoerekening in groepsverhoudingen. Van Dongen constateert in zijn dissertatie dat aansprakelijkheidstoerekening in de rechtspraak vrijwel steeds wordt afgedaan op grond van onrechtmatige daad.<sup>117</sup> Lennarts betoogt in haar dissertatie dat de betekenis van vereenzelviging als grondslag voor aansprakelijkheidstoerekening gering is en slechts een laatste redmiddel vormt waartoe de rechter uitsluitend in aperte misbruiksituaties zijn toevlucht mag nemen.<sup>118</sup> Zo ook Roelvink, die betoogt dat buiten krasse misbruiksituaties een op onrechtmatige daad

114 In sommige gevallen van onrechtmatige daad zou de schuldeiser ook met een beroep op de *actio pauliana* (artikel 3:45 BW) kunnen opkomen tegen hem benadelende rechtshandelingen van de moeder- en haar groepsmaatschappij. Wanneer de rechter oordeelt dat sprake was van paulianeus handelen, leidt dit echter niet tot een schadevergoedingsplicht maar uitsluitend tot vernietiging van de paulianeuse rechtshandeling.

115 HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 698 m.nt. Maeijer, JOR 2000/238 m.nt. De Witt Wijnen (Rainbow). Vereenzelviging van rechtspersonen is mogelijk omdat deze als zodanig – door natuurlijke personen (o)n(en) gecreëerde – juridische ficties zijn. Daarom is vereenzelviging van natuurlijke personen niet mogelijk. Vgl. Hof Arnhem 6 februari 2007, JOR 2007/126, dat onder verwijzing naar het Rainbow-arrest overweegt dat, nu een vereenzelviging ziet op het onder bijzondere omstandigheden wegdenken van een identiteitsverschil tussen twee (of meer) rechtspersonen, voor natuurlijke personen derhalve geen rechtsgrond voor vereenzelviging bestaat.

116 Zo ook: L. Timmerman, Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2001/2002, p. 16.

117 R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht. Rechtsvergelijkende beschouwingen over "Piercing the corporate veil"* in het interne en internationale privaatrecht van Nederland, Duitsland, Zwitserland, New York en Texas (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1995, p. 306.

118 M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 272/273.

gebaseerde aansprakelijkheid de voorkeur verdient omdat daarmee recht wordt gedaan aan de in de artikelen 2:64 lid 1 en 2:174 lid 1 BW neergelegde regel van de beperkte aansprakelijkheid die het fundament vormt voor het rechtspersonenrecht.<sup>119</sup> Bartman meent echter dat vereenzelviging ook mogelijk zou moeten zijn zonder dat sprake is van misleiding of misbruik ten behoeve van de schuldeiser die op de omstandigheden van het geval een gerechtvaardigde verwachting van verhaals-existentie naar met de schuldenaar groepsverbonden vennootschappen heeft gebaseerd.<sup>120</sup> Dat zou volgens Bartman aan de orde kunnen zijn in de omstandigheid waarin deze verwachting werd gewekt door een nadrukkelijk groepsoptreden.<sup>121</sup> Raaijmakers en Mohr zien daarentegen geen enkele rol weggelegd voor vereenzelviging als grondslag voor toerekening van aansprakelijkheid.<sup>122</sup> Alleen wanneer door misbruik van rechtspersonenrecht de toepasselijkheid van rechtsregels wordt gefrustreerd zonder dat dit kan worden gecompenseerd door een schadevergoeding in geld zou, wat Mohr betreft, aan vereenzelviging kunnen worden gedacht.<sup>123</sup>

### 6.6.2 De Hoge Raad en aansprakelijkheid op grond van vereenzelviging

De Hoge Raad heeft enkele malen geoordeeld over een beroep op vereenzelviging in het kader van aansprakelijkheid in groepsverhoudingen. In het arrest Blok/De Haan<sup>124</sup> uit 1984 waarin voor de eerste maal iets dat leek op een beroep op vereenzelviging aan de orde was, stelde de schuldeiser van een gefailleerde vennootschap zich onder meer op het standpunt dat de verwevenheid van deze vennootschap met een vennootschap waarvan de aandelen werden gehouden door dezelfde aandeelhouder/bestuurder

119 H.L.J. Roelvink, Boekbespreking (bespreking van: R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht. Rechtsvergelijkende beschouwingen over "Piercing the corporate veil" in het interne en internationale privaatrecht van Nederland, Duitsland, Zwitserland, New York en Texas* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1995), WPNR 10 februari 1996, nr. 6211, p. 112. Een andere reden waarom volgens Roelvink de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad de voorkeur verdient boven vereenzelviging is dat daarmee een genuanceerder resultaat kan worden bereikt. Ook Timmerman meent dat bij aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad genuanceerdere oplossingen mogelijk zijn dan bij vereenzelviging. Hij wijst daarbij op het vereiste van causaliteit bij aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. L. Timmerman, *Doorbraak van aansprakelijkheid; de kern van enige recente ontwikkelingen*, TVVS 1996/5, p. 137.

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

121 S.M. Bartman, *Naschrift op de reactie van A.E.H. van der Voort Maarschalk op het in de vorige noot genoemde artikel van Bartman*, WPNR 24 februari 2001, nr. 6434, p. 202.

122 Zie: M.J.G.C. Raaijmakers, Boekbespreking (bespreking van: R.C. van Dongen, *Identificatie in het rechtspersonenrecht. Rechtsvergelijkende beschouwingen over "Piercing the corporate veil" in het interne en internationale privaatrecht van Nederland, Duitsland, Zwitserland, New York en Texas* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1995), RMThemis 1998/8, p. 324 en M.J.G.C. Raaijmakers, *Ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 293/294 en A.L. Mohr, *Vereenzelviging; beperkt speelveld voor nieuwe tak van sport*, WPNR 2 november 1996, nr. 6243, p. 790.

123 Zo ook Timmerman in L. Timmerman, *Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures*, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation* 2001/2002, p. 27. Mohr noemt hierbij als voorbeeld de Heuga-zaak (HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545 m.nt. Maeijer) waarin de Hoge Raad een Nederlandse subholding van een Amerikaanse (groot)moedermaatschappij vereenzelvigde met een onder deze subholding hangende groepsmaatschappij voor de toepassing van het advies- en beroepsrecht van de bij die groepsmaatschappij ingestelde ondernemingsraad op grond van artikel 25 en 26 WOR.

124 HR 2 november 1984, NJ 1985, 446 m.nt. Maeijer (Blok/De Haan).

meebracht dat die andere (zuster)vennootschap jegens hen hoofdelijk aansprakelijk was. De Hoge Raad wees deze hoofdelijke aansprakelijkheid van de zustervennootschap af, overwegende dat de schuldeiser geen overeenkomst sloot met deze zustervennootschap en deze jegens hem ook niet onrechtmatig had gehandeld. In de eerste arresten uit het begin van de jaren negentig waarin wel een expliciet beroep op de vereenzelving van twee rechtspersonen aan de orde was, wees de Hoge Raad dit af op basis van de feiten en omstandigheden zonder zich daarbij uit te spreken over de vraag of een vereenzelving van twee rechtspersonen op zich toelaatbaar was.<sup>125</sup> Wel volgt uit deze arresten dat voor een vereenzelving van rechtspersonen de omstandigheid dat de te vereenzelvigen rechtspersonen dezelfde aandeelhouder en bestuurder hebben en deze grote invloed en zeggenschap over hen heeft niet voldoende is. Slechts wanneer sprake zou zijn van bijkomende bijzondere feiten en omstandigheden zou een dergelijk beroep op vereenzelving kans van slagen kunnen hebben.

In het Rainbow-arrest van 13 oktober 2000<sup>126</sup> oordeelde de Hoge Raad dat de vereenzelving van rechtspersonen een vorm van redres is die slechts in uitzonderlijke gevallen toelaatbaar is.<sup>127</sup> De Hoge Raad overwoog dat door degene die volledige of overheersende zeggenschap heeft over twee rechtspersonen misbruik kan worden gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen, maar dat dit in beginsel moet worden aangemerkt als een onrechtmatige daad die verplicht tot het door de betrokken (rechts)personen<sup>128</sup> vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Omdat de omvang van deze schade niet zonder meer gelijk is aan het bedrag van de vordering waarvan men het verhaal wilde verijdelen, is vereenzelving, naar het oordeel van de Hoge Raad, een vorm van redres die te ver gaat. Wel kunnen naar het oordeel van de Hoge Raad “de omstandigheden van het geval (...) evenwel ook zo uitzonderlijk van aard zijn dat vereenzelving van de betrokken rechtspersonen – het volledig wegdenken van het identiteitsverschil – de meest aangewezen vorm van redres is.” Voor zo een uitzonderlijk geval verwijst de Hoge Raad naar het Krijger/Citco-arrest van 9 juni 1995.<sup>129</sup> Wat maakte de omstandigheden in dat arrest nu zo bijzonder? In deze zaak ging het om de frustratie van een derdenbeslag door middel van schijnhandelingen en liet de Hoge Raad de door het hof aangenomen vereenzelving in stand omdat hetgeen werd beoogd met het misbruik van identiteitsverschil tussen twee door dezelfde

125 HR 13 december 1991, NJ 1992, 279 m.nt. Maeijer (Van den Berg/UVO-Lopik), HR 4 oktober 1991, NJ 1992, 247 m.nt. Van Schilfgaarde (Glorywave), HR 16 juni 1995, NJ 1996, 214 m.nt. Maeijer (Bato's Erf) en HR 3 november 1995, NJ 1996, 215 m.nt. Maeijer (Roco/De Staat).

126 HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 698 m.nt. Maeijer, JOR 2000/238 m.nt. De Witt Wijnen (Rainbow).

127 Al in de zogenoemde Gaswacht-arresten passeerde de Hoge Raad een in hoger beroep door het Hof Leeuwarden aangenomen vereenzelving van twee zustervennootschappen en kwam hij in plaats daarvan tot aansprakelijkheid van de betrokken zustermaatschappij op een wijze die wel recht deed aan het tussen de zustermaatschappijen bestaande identiteitsverschil. Zie HR 19 september 1997, NJ 1998, 255 en 256 m.nt. Maeijer.

128 In r.o. 3.5 van zijn arrest overwoog de Hoge Raad dat deze verplichting tot schadevergoeding dan niet alleen zal rusten op “de persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, doch ook op deze rechtspersonen zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf.”

129 HR 9 juni 1995, NJ 1996, 213.



persoon beheerste rechtspersonen in rechte niet behoefde te worden gehonoreerd. De omstandigheid dat het hier ging om de frustratie van een derdenbeslag bracht mee dat met (schade)aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de zustervennootschap het door de schuldeiser geleden nadeel niet kon worden gecompenseerd. Dat kon alleen wanneer het onder de ene zustermaatschappij gelegde derdenbeslag geacht werd tevens te zijn gelegd onder de andere zustermaatschappij. Als gevolg van de vereenzelviging werd het derdenbeslag geacht tevens te zijn gelegd onder de andere zustermaatschappij. Dit was precies wat de aandeelhouder/bestuurder van beide zustermaatschappijen had proberen te voorkomen met het misbruik van identiteitsverschil tussen beide rechtspersonen. Mijns inziens maakten de omstandigheden dat sprake was van een evident misbruik van identiteitsverschil tussen beide zustermaatschappijen, en het als gevolg hiervan door de schuldeiser geleden nadeel niet kon worden gecompenseerd met (schade)aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, een vereenzelviging van beide rechtspersonen – in de woorden van de Hoge Raad – de meest aangewezen vorm van redres.<sup>130</sup> Hiermee lijkt de Hoge Raad, in lijn met wat Mohr en Timmerman betogen, de vereenzelviging uitsluitend te reserveren voor de situatie waarin door het gebruikmaken van de verschillende identiteit van rechtspersonen de toepasselijkheid van rechtsregels wordt gefrustreerd en dit niet kan worden gecompenseerd door een schadevergoeding in geld.<sup>131</sup>

### 6.6.3 Vereenzelviging en uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen

De vraag is of een vereenzelviging van groepsmaatschappijen sneller een toelaatbare vorm van redres kan zijn bij uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen. Uit het arrest Kenkhuis/Fugro van 1 december 2000<sup>132</sup> volgt dat bij een beroep op vereenzelviging voor werknemers dezelfde voorwaarden gelden als voor gewone handelscrediteuren. De omstandigheid dat twee rechtspersonen tot een samenhangend geheel van vennootschappen behoren, brengt op zichzelf niet mee dat de ene groepsmaatschappij aansprakelijk is voor het handelen en de schulden van een andere groepsmaatschappij en evenmin dat die vennootschappen ten aanzien van het werkgeverschap met elkaar vereenzelvigd kunnen worden, aldus de Hoge Raad. De werknemer had betoogd dat de groepsmaatschappij waarbij hij eerst in dienst was geweest, vereenzelvigd moest worden met de groepsmaatschappij waarmee hij later een arbeidsovereenkomst sloot omdat deze groepsmaatschappijen tot “een

130 Volgens de Dikke van Dale betekent redres letterlijk: “herstel in de oude toestand; vergoeding, verbetering”.

131 A.L. Mohr, Vereenzelviging; beperkt speelveld voor nieuwe tak van sport, WPNR 2 november 1996, nr. 6243, p. 790. Zo ook L. Timmerman, Vereenzelviging als strijdmiddel in vennootschapsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures, Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001/2002, p. 27 (zie paragraaf 6.6.1). Zie anders Bartman en Dorresteyn, die menen dat het succes van een beroep op vereenzelviging sterk afhankelijk is van wat de schuldeiser stelt en aannemelijk maakt ter zake van “de achterliggende motieven bij het ‘sjoemelen’ met rechtspersonen.” S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2009, p. 273.

132 HR 1 december 2000, JAR 2001/12. Zie over dit arrest L.G. Verburg, Concernwerkgeverschap, in Concernverhoudingen. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 9 en zaterdag 10 november 2001. Serie vanwege het Van der Heijden Instituut te Nijmegen deel 69, Deventer: Kluwer 2002.

ondoordringbaar woud” van vennootschappen behoorden. Hij voerde daarbij aan dat beide groepsmaatschappijen op hetzelfde adres waren gevestigd en zij door dezelfde personen vertegenwoordigd werden. De Hoge Raad oordeelde echter dat deze omstandigheden geen vereenzelviging rechtvaardigden. In het Volker Wessels-arrest uit 2010,<sup>133</sup> waarin het eveneens ging om een uit een arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichting, herhaalde de Hoge Raad dat vereenzelviging slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan worden aangenomen.

Voordat de Hoge Raad in 2000 het Rainbow- en het Fugro-arrest wees, werd een vereenzelviging in groepsverhoudingen in het kader van aansprakelijkheid voor verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten wel aangenomen in de lagere rechtspraak.<sup>134</sup> In al deze uitspraken vereenzelvigden de rechters de groepsmaatschappijen vanwege de onderlinge vennootschapsrechtelijke banden (zelfde aandeelhouder en/of bestuurder, vestigingsadres) en vanwege de omstandigheid dat de andere groepsmaatschappij intensief betrokken was geweest bij de bedrijfsvoering van de werkgever.<sup>135</sup> Na het Rainbow- (en het Fugro-)arrest werd een beroep op vereenzelviging in het kader van aansprakelijkheid voor verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten niet meer aangenomen in de (lagere) rechtspraak.<sup>136</sup> De onderlinge verwevenheid van rechtspersonen in groepsverband onder centrale leiding en/of met vergelijkbare activiteiten was, zo werd nadien verschillende malen bevestigd in de lagere

133 HR 21 mei 2010, JAR 2010/164 (Volker Wessels). In eerste instantie baseerde de kantonrechter te Amersfoort deze medeaansprakelijkheid nog op artikel 7:663 BW (Ktr. Amersfoort 14 februari 2007, JAR 2007/114). Zie hierover paragraaf 5.6.4.

134 Ktr. Tilburg 21 november 1991, Prg. 1992, 3590, Ktr. Schiedam 13 februari 1996, Prg. 1996, 4505, Ktr. Lelystad 15 juli 1998, Prg. 1998, 5040 en Pres. Rb. Groningen 26 maart 1999, JAR 1999/169.

135 In deze uitspraken werd niet met zoveel woorden geoordeeld dat misbruik was gemaakt van het identiteitsverschil tussen de betrokken groepsmaatschappijen. In verband hiermee plaatsten Boschma en Lennarts in hun bespreking van één van deze uitspraken – die van de kantonrechter te Schiedam uit 1996 – reeds kritische kanttekeningen bij de hierin door de kantonrechter aangenomen vereenzelviging van de moedermaatschappij met haar groepsmaatschappij. H.E. Boschma en M.L. Lennarts, Vereenzelviging van moeder- en dochtervennootschap ten gunste van werknemer, *ArbeidsRecht* 1996/11.

136 De uitspraak in kort geding van het Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten van 8 februari 2011, JAR 2011/65, kan worden aangemerkt als de uitzondering die de regel bevestigt. Overigens was de vereenzelviging van rechtspersonen in deze Antilliaanse zaak mijns inziens geen toelaatbare vorm van redres in het licht van de overwegingen van de Hoge Raad in het Rainbow-arrest. Het ging hier namelijk om een vereenzelviging in het kader van de verplichting tot loondoorbetaling en nakoming van een cao. Vereenzelviging vormt dan niet de meest aangewezen vorm van redres omdat het nadeel dat de werknemers in casu leden als gevolg van het misbruik van identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen kon worden gecompenseerd met (schade)aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. In zijn uitspraak in hoger beroep van 4 november 2011 (zaaknr. 50421-H214/2011 en H214A/2011) (n.g.) vernietigde het Gemeenschappelijke Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba deze uitspraak. Het hof overwoog daarbij dat in casu geen misbruik was gemaakt van het identiteitsverschil tussen de rechtspersonen, zodat reeds hierom van vereenzelviging “los van de vraag of zich hier zodanige bijzondere omstandigheden voordoen, die daartoe moeten leiden” geen sprake kon zijn. In zijn uitspraak van 4 maart 2009 (JAR 2009/98) vereenzelvigde de kantonrechter te Utrecht twee zelfstandige defensielocaties met het Ministerie van Defensie bij de toepassing van de artikelen 7:662 BW (zie over deze uitspraak ook paragraaf 5.10.1). Omdat het hier niet ging om een vereenzelviging in het kader van aansprakelijkheid voor verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten zelf, maar om de toepassing van artikel 7:662 BW was deze vereenzelviging mijns inziens op zich wel toelaatbaar in het licht van de overwegingen van de Hoge Raad in het Rainbow-arrest.

rechtspraak, niet meer voldoende om deze rechtspersonen ten aanzien van uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen te vereenzelvigen.<sup>137</sup> Evenmin vormde een onderlinge garantstelling, of de omstandigheid dat de moeder- en dochtermaatschappij een fiscale eenheid vormden een grond voor de vereenzelving van de moeder- en dochtermaatschappij voor uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen.<sup>138</sup> Ook in de situatie waarin de moedermaatschappij betrokken bij of verantwoordelijk was voor het ontstaan van de verplichtingen van de groepsmaatschappij jegens haar werknemers werd een beroep door de werknemer op de medeaansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van vereenzelving afgewezen. In het hiervoor reeds aangehaalde Volker Wessels-arrest<sup>139</sup> werden de onderhandelingen over een sociaal plan voor werknemers van een groepsmaatschappij gevoerd door de bestuurder (en het hoofd p&o) van de moedermaatschappij, had de moedermaatschappij het sociaal plan medeondertekend en werd met de ondernemingsraad van de moedermaatschappij overlegd over de uitvoering van het sociaal plan. De Hoge Raad oordeelde dat deze omstandigheden niet meebrachten dat de moedermaatschappij door werknemers van haar groepsmaatschappij op grond van vereenzelving medeaansprakelijk kon worden gehouden voor verplichtingen uit dat sociaal plan. Voor de kantonrechter te Terborg<sup>140</sup> bracht het feit dat de moedermaatschappij de sociale plannen voor de werknemers van haar groepsmaatschappijen ondertekende en door haar namens de groepsmaatschappijen de collectieve ontslagaanvraag voor deze werknemers werd ingediend niet mee dat zij als werkgever van deze werknemers kon worden aangemerkt of met de groepsmaatschappijen kon worden vereenzelvigd.

Hierna zal blijken dat de moedermaatschappij bij een dergelijke betrokkenheid bij de onderhandelingen over een sociaal plan voor werknemers van haar groepsmaatschappij wel op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk zou kunnen worden gehouden voor de hieruit voortvloeiende verplichtingen tegenover werknemers van haar groepsmaatschappij. In de Biovalue-zaak oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Middelburg<sup>141</sup> dat de (groot)moedermaatschappij, die met een vakbond onderhandelde over een sociaal plan voor de werknemers van haar groepsmaatschappij, onrechtmatig handelde jegens de vakbond en de werknemers door na de sluiting/het faillissement van de groepsmaatschappij niet verder te willen onderhandelen over een sociaal plan. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter had de (groot)moedermaatschappij de gerechtvaardigde verwachting gewekt dat ook na de

137 Zie Hof 's-Gravenhage 19 augustus 2005, LJN: AU3117, Ktr. Deventer 19 juni 2007, LJN: BA8243, Hof Arnhem 7 december 2010, LJN: BO7429, Ktr. Rotterdam 17 maart 2011, AR 2011/625, Hof 's-Hertogenbosch 3 april 2012, LJN: BW1013 en Hof 's-Hertogenbosch 21 augustus 2012, LJN: BX5646.

138 Zie Rb. Arnhem 15 augustus 2002, JAR 2002/222 en JOR 2002/147 en Rb. Utrecht 20 december 2000, JAR 2001/20. Anderzijds kon, naar het oordeel van de kantonrechter te Delft, een werknemer die in dienst was van een groepsmaatschappij deze groepsmaatschappij niet aanspreken op door hem met de moedermaatschappij gemaakte afspraken op de grond dat deze afspraken een onderdeel zouden vormen van zijn totale arbeidsvoorwaarden. Zie Ktr. Delft 7 maart 2002, JAR 2002/87. Dit volgt tevens uit HR 8 mei 2009, JAR 2009/147.

139 HR 21 mei 2010, JAR 2010/164.

140 Ktr. Terborg 8 maart 2001, JAR 2001/63 m.nt. Thierry en JOR 2001/77 m.nt. Loesberg.

141 Rb. Middelburg (vzr.) 18 augustus 2011, JAR 2011/237 en JOR 2011/325 m.nt. Holtzer. Zie over deze uitspraak tevens paragraaf 6.6.5.

sluiting van haar groepsmaatschappij zou worden dooronderhandeld. In de eveneens hierna te bespreken Nacap-zaak oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen, in hoger beroep bevestigd door het hof Leeuwarden,<sup>142</sup> dat de zich intensief met het beleid en de financiering van haar groepsmaatschappijen bemoeiende (groot)moedermaatschappij een eigen verantwoordelijkheid heeft voor de gevolgen hiervan jegens de werknemers van de groepsmaatschappijen en zij onrechtmatig handelde door zich na het faillissement van de groepsmaatschappijen aan deze verantwoordelijkheid te onttrekken.

#### **6.6.4 Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad in groepsverhoudingen**

In de vorige paragrafen bleek dat de betekenis van vereenzelviging als grond voor aansprakelijkheid in groepsverhoudingen in de huidige rechtspraak zeer gering is. Voor een succesvol beroep op aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad in groepsverhoudingen moet de moedermaatschappij als aandeelhouder en/of bestuurder invloed hebben op de bedrijfsvoering van die groepsmaatschappij en moet haar tevens een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt van de niet-nakoming door haar groepsmaatschappij. De Hoge Raad heeft in de afgelopen dertig jaar in verschillende arresten uitgewerkt in welke omstandigheden en op basis van welke voorwaarden de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan zijn jegens schuldeisers van de groepsmaatschappij.<sup>143</sup> Het Osby-arrest<sup>144</sup> uit 1981 vormde het startpunt van de ontwikkeling van het leerstuk van de onvrijwillige aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad jegens de schuldeiser van haar groepsmaatschappij.<sup>145</sup> Dat de moedermaatschappij als direct of indirect<sup>146</sup> aandeelhouder en bestuurder grote invloed en zeggenschap heeft op de groepsmaatschappij is op zich niet voldoende voor haar aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad jegens schuldeisers van haar geen of onvoldoende verhaal biedende

142 Rb. Groningen (vzr.) 5 augustus 2011, JAR 2011/236 en JOR 2011/324 m.nt. Holtzer en in hoger beroep Hof Leeuwarden 6 december 2011, JAR 2012/15 en JOR 2012/39 m.nt. Holtzer. Zie over deze uitspraken tevens paragraaf 6.6.5.

143 Deze arresten werden uitvoerig besproken en geanalyseerd in de literatuur. Zie o.a. J.A.W. Schreurs en A.P.H. Schoonbrood-Wessels in Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs, Aansprakelijkheid in concernverhoudingen: een rechtsvergelijkende studie naar de positie van crediteuren van concernafhankelijke vennootschappen in Duitsland, Frankrijk, Engeland en Nederland (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1993, p. 880-893 en 894-954, M.L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 185-243, C.M.E.P. van Lent, Internationale intracconcernmobiliteit (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2000, p. 323-337, Asser-Maeijer-Van Solinge-Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nrs. 839-845 en S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2009, p. 269-289. Meer toegespitst op aansprakelijkheid voor uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen: C.R. Huiskes, Piercing the corporate veil in het arbeidsrecht, ArbeidsRecht 1996/3, p. 8-15.

144 HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 m.nt. Maeijer (Osby).

145 Al in de Erba-arresten van 28 juni 1957, NJ 1957, 514 en 20 maart 1959, NJ 1959, 581 oordeelde de Hoge Raad dat een bank onrechtmatig kan handelen tegenover schuldeisers van haar klant door aan die klant krediet te verlenen tegen zekerheid op een tijdstip waarop die klant in feite al op 'omvallen' stond.

146 De aandelen in de groepsmaatschappij worden gehouden door een andere groepsmaatschappij en de moedermaatschappij houdt op haar beurt de aandelen in deze andere groepsmaatschappij. In deze situatie wordt ook wel over een grootmoeder- en een kleindochtermaatschappij gesproken.

groepsmaatschappij, zo overwoog de Hoge Raad onder meer in het arrest Euro-Advertising.<sup>147</sup> In zijn conclusie voor het arrest Henkel/JMG<sup>148</sup> betoogt A-G Mok met zoveel woorden dat het zakelijke verkeer teveel zou worden belemmerd indien moedermaatschappijen als (feitelijke) bestuurders van dochtermaatschappijen bij elke verplichting die de dochtermaatschappij aangaat het risico zouden lopen zelf aansprakelijk te worden voor schade die het gevolg is van wat als het ondernemersrisico van de dochtermaatschappij moet worden beschouwd.

Voor een succesvol beroep op aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad moet sprake zijn van bijkomende omstandigheden. Aan de moedermaatschappij moet een onrechtmatige gedraging kunnen worden toegerekend en de schuldeiser van de groepsmaatschappij dient het causale verband tussen deze gedraging en de als gevolg daarvan door hem geleden schade te stellen en in beginsel te bewijzen. Binnen de rechtspraak van de Hoge Raad kunnen vier situaties worden onderscheiden waarin het handelen van de invloed en zeggenschap over haar groepsmaatschappij uitoefenende moedermaatschappij kan worden gekwalificeerd als een onrechtmatige daad jegens een schuldeiser of contractspartij van deze groepsmaatschappij.<sup>149</sup>

De eerste situatie is die waarin de moedermaatschappij zelf naar buiten toe bij schuldeisers van de groepsmaatschappij het vertrouwen wekt dat deze haar verplichtingen na zal komen. De aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad bestaat dan op grond van de door haar ten onrechte gewekte schijn van kredietwaardigheid van de groepsmaatschappij.<sup>150</sup> In de tweede situatie is geen sprake van een naar buiten toe wekken van de indruk dat de vorderingen op de groepsmaatschappij zouden worden voldaan, maar van het door de moedermaatschappij niet waarschuwen van de schuldeisers van de groepsmaatschappij voor het risico van mogelijke niet-nakoming door de groepsmaatschappij in de situatie waarin deze verlies lijdt en in grote mate financieel van haar afhankelijk is. Bovendien had de afdracht van financiële middelen aan de moedermaatschappij dan bijgedragen aan de verminderde solvabiliteit en de ondergang van de groepsmaatschappij. In deze tweede situatie hield de Hoge Raad de moedermaatschappij op grond van

147 HR 16 januari 1987, NJ 1987, 970 (Euro-Advertising B.V.).

148 HR 14 november 1997, NJ 1998, 270 m.nt. Maeijer (Henkel/JMG).

149 In de literatuur zijn verschillende indelingen gemaakt van situaties waarin de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gehouden door schuldeisers van haar groepsmaatschappij. De eerste was Roelvink in 1977. Zie H.L.J. Roelvink, Door rechtspersonen heen kijken (preadvies Nederlandse Juristenvereniging), Zwolle: Tjeenk Willink 1977. Zie voor andere indelingen o.a. A.P.H. Schoonbrood-Wessels in Houwen, Schoonbrood-Wessels en Schreurs, Aansprakelijkheid in concernverhoudingen: een rechtsvergelijkende studie naar de positie van crediteuren van concernafhankelijke vennootschappen in Duitsland, Frankrijk, Engeland en Nederland (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1993, p. 896, M.L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 186-234, Asser-Maeijer-Van Solinge-Nieuwe Weme 2-II\* (2009), nr. 841 en S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2009, p. 276-289. Zie ook de conclusie van A-G Timmerman voor HR 12 september 2008, JOR 2008/297 m.nt. Van Maanen (Coutts).

150 HR 25 september 1981, NJ 1982, 443 m.nt. Maeijer (Osby), HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487 m.nt. Van der Grinten (Albada Jelgersma), HR 18 november 1994, NJ 1995, 170 m.nt. Maeijer (NBM/Securicor).

onrechtmatige daad aansprakelijk jegens de schuldeiser of contractspartij van haar groepsmaatschappij omdat zij jegens hen een zorgplicht had geschonden door hen niet te informeren over de slechte financiële situatie van de groepsmaatschappij.<sup>151</sup> Voorwaarde voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad in deze situaties is dat de moedermaatschappij wist of behoorde te voorzien dat de schuldeisers of contractspartijen van de groepsmaatschappij werden benadeeld door haar doen of nalaten.<sup>152</sup>

Is van een dergelijke voorzienbaarheid van benadeling geen sprake of kan dit niet worden aangetoond, dan kan toch sprake zijn van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad indien de schuldeiser of contractspartij er op grond van een toezegging van de moedermaatschappij gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de verplichtingen van de groepsmaatschappij zouden worden nagekomen. In het arrest NBM/Securicor<sup>153</sup> bevestigde de Hoge Raad dat de moedermaatschappij in deze derde situatie onrechtmatig handelt jegens een schuldeiser of contractspartij van haar groepsmaatschappij wanneer zij het door haar gewekte vertrouwen beschaamde door haar toezegging aan de schuldeiser of contractspartij niet na te komen. In de zaak die de aanleiding vormde voor het arrest NBM/Securicor had een in dienst van de moedermaatschappij zijnde Manager Operations aan de schuldeiser van een groepsmaatschappij meegedeeld dat de groepsmaatschappij haar activiteiten ging beëindigen en de schuldeisers van de groepsmaatschappij behoorlijk zouden worden behandeld. Vervolgens vroeg de moedermaatschappij het faillissement aan van de groepsmaatschappij omdat deze niet meer levensvatbaar bleek te zijn en werd de vordering van de schuldeiser niet geheel voldaan. De Hoge Raad oordeelde dat de schuldeiser van de groepsmaatschappij aan de mededelingen van de Manager Operations van de moedermaatschappij het vertrouwen had mogen ontlennen dat de moedermaatschappij zich zijn belangen zou aantrekken en dat hij er – zonder dat in dat kader door hem extra zekerheden hadden moeten worden bedongen – van uit had mogen gaan dat de moedermaatschappij ervoor zou zorgen dat zijn vordering zou worden voldaan. De Hoge Raad achtte het, in het licht van de omstandigheid dat de uitlatingen werden gedaan door een functionaris van de tevens met het bestuur over de groepsmaatschappij belaste moedermaatschappij, niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigen dat de rechtbank en het hof in eerste en tweede aanleg hadden geoordeeld dat de moedermaatschappij onrechtmatig had gehandeld jegens de schuldeiser van de groepsmaatschappij door dit gewekte vertrouwen niet te honoreren.

De vierde situatie is die waarin de moedermaatschappij op een dusdanige wijze financiële middelen onttrekt aan de groepsmaatschappij dat deze haar verplichtingen

151 HR 21 december 2001, NJ 2005, 96 m.nt. Kortmann en JOR 2002/38 m.nt. Faber en Bartman (Sobi/Hurks), HR 11 september 2009, NJ 2009, 565 m.nt. Sniijders en Van Schilfgaarde (Comsys).

152 Dit zal bijvoorbeeld niet aan de orde zijn wanneer de moedermaatschappij haar verlieslijdende groepsmaatschappij bleef financieren in het kader van een later als gevolg van diverse (markt) omstandigheden – en niet als gevolg de afdracht van financiële middelen aan de moedermaatschappij – mislukt reddingsplan. Zie HR 12 september 2008, JOR 2008/297 m.nt. Van Maanen (Coutts).

153 HR 18 november 1994, NJ 1995, 170 m.nt. Maeijer.

aan haar schuldeisers niet meer (volledig) kan nakomen, of waarin zij de nakoming aan de schuldeiser van de groepsmaatschappij op een andere wijze frustreert of onmogelijk maakt. In deze situatie werd de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk gehouden tegenover de schuldeisers van de groepsmaatschappij omdat zij zich schuldig maakte aan het veroorzaken van selectieve betaling door en/of betalingsonwil van de groepsmaatschappij.<sup>154</sup>

De Hoge Raad heeft zich nog niet specifiek uitgelaten over de omstandigheden waarin de moedermaatschappij tegenover werknemers van een groepsmaatschappij aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad. Wel heeft de Hoge Raad een enkele maal geoordeeld over de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de bestuurder van de moedermaatschappij jegens een werknemer van een groepsmaatschappij.<sup>155</sup> In het arrest Waning/Van der Vliet was de bestuurder aandeelhouder van de moedermaatschappij en bestuurder van zowel de moeder- als de groepsmaatschappij. De Hoge Raad oordeelde dat de niet-betaling van de loonvordering – daar ging het om in deze procedure – aan de werknemer van de groepsmaatschappij het gevolg was van de betalingsonwil van de bestuurder en deze daarmee, als degene die de volledige zeggenschap had over de groepsmaatschappij, onrechtmatig handelde jegens de werknemer. In een recentere arrest<sup>156</sup> vervulde de bestuurder eenzelfde dubbelrol, maar bood de groepsmaatschappij geen verhaal omdat haar activa inmiddels aan een derde waren verkocht voor een prijs die niet aan haarzelf werd uitbetaald. Het Hof Amsterdam oordeelde dat de bestuurder, door de verkoopprijs van de activa onverplicht buiten de groepsmaatschappij te houden, had bewerkstelligd dan wel had toegelaten dat de groepsmaatschappij haar verplichtingen jegens de werknemer niet na zou kunnen komen, terwijl hij op dat moment rekening had behoren te houden met die verplichtingen.<sup>157</sup> Hoewel de moedermaatschappij zelf niet aansprakelijk werd gehouden in deze rechtspraak, is deze rechtspraak wel relevant omdat de omstandigheid dat de bestuurder aandeelhouder was van de moedermaatschappij en bestuurder

154 HR 12 juni 1998, NJ 1998, 727 m.nt. Van Schilfgaarde (Coral/Stalt) en HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 m.nt. Maeijer (Nimox), waarin de curator van de gefailleerde groepsmaatschappij zich beriep op de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de moedermaatschappij. Zie voor een met Nimox vergelijkbare casus waarin een curator de moedermaatschappij niet alleen op grond van onrechtmatige daad, maar ook op grond van artikel 2:248 lid 7 BW als feitelijk beleidsbepaler aansprakelijk hield: HR 28 april 2000, NJ 2000, 411 en JOR 2000/128 (Montedison). Zie ook HR 9 mei 1986, NJ 1986, 792 m.nt. Van der Grinten (Keulen/BLG). De rol van de beheersende publiekrechtelijke rechtspersoon die in dit laatste arrest aansprakelijk werd gehouden op grond van onrechtmatige daad is vergelijkbaar met die van de moedermaatschappij in een groep.

155 HR 3 april 1992, NJ 1992, 411 m.nt. Maeijer (Waning/Van der Vliet). In recente(re) lagere rechtspraak werd in vergelijkbare zaken op eenzelfde wijze geoordeeld. Zie o.a. Hof Amsterdam 17 april 1997, JAR 1997/105 en Hof Amsterdam 30 mei 2002, JAR 2002/203.

156 HR 12 juni 2009, JAR 2009/182. De Hoge Raad verwierp het door de bestuurder tegen het arrest van het hof ingestelde cassatieberoep op grond van artikel 81 Wet RO.

157 Overigens kan ook het aanvragen van het faillissement van een groepsmaatschappij leiden tot de aansprakelijkheid van (de bestuurder van) de moedermaatschappij jegens werknemers van die groepsmaatschappij als de faillissementsaanvraag enkel het vooropgezette doel had afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers van de groepsmaatschappij. Zie Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, JAR 1996/58 (Ammerlaan) en HR 28 mei 2004, NJ 2006, 4, JAR 2004/166 en JOR 2004/216 (Digicolor).

van zowel de moeder- als de groepsmaatschappij leidde tot zijn aansprakelijkheid jegens de werknemer van de groepsmaatschappij.<sup>158</sup>

### 6.6.5 Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad jegens de werknemer

In de lagere rechtspraak werd verschillende malen geoordeeld dat een moedermaatschappij aansprakelijk was jegens één of meer werknemers van een groepsmaatschappij. De moedermaatschappij had dan telkens als aandeelhouder én bestuurder of feitelijk beleidsbepaler zeggenschap over en invloed op de groepsmaatschappij waarbij de werknemer in dienst was. Evenals bij een beroep op haar aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad jegens gewone handelscrediteuren van haar groepsmaatschappij is dit echter niet voldoende voor haar aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad jegens werknemers van haar groepsmaatschappij.<sup>159</sup> Daarvoor moet tevens sprake zijn van bijkomende omstandigheden als aan de orde in de hiervoor onderscheiden vier situaties waarin de Hoge Raad de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk hield jegens de schuldeiser of contractspartij van haar groepsmaatschappij.

#### *Aansprakelijkheid moedermaatschappij jegens werknemers wegens selectieve betaling en/of betalingsonwil*

In de vierde door mij onderscheiden situatie van onrechtmatige daad wegens selectieve betaling en/of betalingsonwil hebben lagere rechters verscheidene malen geoordeeld dat de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad aansprakelijke was jegens een werknemer van haar groepsmaatschappij nadat de groepsmaatschappij in gebreke was gebleven jegens deze werknemer. Daarbij ging het meestal over een door de groepsmaatschappij aan de werknemer verschuldigde ontslagvergoeding. Zo oordeelde de President van de Rechtbank Zutphen<sup>160</sup> dat een moedermaatschappij zich schuldig had gemaakt aan betalingsonwil jegens de werknemer van haar groepsmaatschappij door niet in te grijpen bij de niet betalende groepsmaatschappij terwijl de groepsmaatschappij deze met behulp van een bestaande, of nog te verkrijgen kredietfaciliteit wel had kunnen voldoen. Het Hof 's-Hertogenbosch<sup>161</sup> oordeelde dat een moedermaatschappij een ernstig verwijt kon worden gemaakt van de niet-nakoming aan de werknemer van haar groepsmaatschappij omdat zij de groepsmaatschappij een beëindigingsovereenkomst liet aangaan met de werknemer terwijl zij inmiddels de activa en bedrijfsactiviteiten naar andere groepsmaatschappijen had overgeheveld. De moedermaatschappij had hier naar het oordeel van het hof onrechtmatig gehandeld omdat zij wist, of had moeten weten dat de groepsmaatschappij de beëindigingsovereenkomst niet na zou kunnen komen en

158 In een procedure waarin sprake was van vergelijkbare omstandigheden oordeelde de Rechtbank Zutphen dat de moedermaatschappij aansprakelijk was op grond van onrechtmatige daad jegens de werknemer van haar groepsmaatschappij. Zie Rb. Zutphen 18 juli 1995, JAR 1995/245.

159 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 31 maart 2009, JOR 2009/157.

160 Zie Rb. Zutphen 18 juli 1995, JAR 1995/245.

161 Zie HR 17 juni 2005, JAR 2005/188 (De Hoge Raad verwierp het door de moedermaatschappij tegen het arrest van het hof ingestelde cassatieberoep op grond van artikel 81 Wet RO).



geen verhaal zou bieden. Het Hof Amsterdam<sup>162</sup> kwam tot eenzelfde oordeel in een vergelijkbare casus. Ook hier had de moedermaatschappij alle activiteiten (waaronder ook de schulden) weggehaald bij de groepsmaatschappij en ondergebracht bij andere groepsmaatschappijen. De enige nog resterende schuld van de groepsmaatschappij was die bestaande uit een op grond van een beschikking van de kantonrechter aan de werknemer te betalen ontbindingsvergoeding. In deze omstandigheden en gelet op het feit dat de groep als zodanig goede resultaten boekte, oordeelde het hof dat sprake was van betalingsonwil en de moedermaatschappij onrechtmatig handelde jegens de werknemer door zijn vordering onbetaald te laten. De Rechtbank 's-Gravenhage<sup>163</sup> oordeelde dat een moedermaatschappij onrechtmatig handelde jegens een werknemer van haar groepsmaatschappij door het faillissement van deze groepsmaatschappij aan te vragen, uitsluitend met het doel de betaling van een (neutrale) ontslagvergoeding aan de werknemer te voorkomen. De moedermaatschappij werd door de rechtbank veroordeeld tot betaling van het equivalent van een vergoeding die door de werknemer zou zijn ontvangen wanneer zijn arbeidsovereenkomst op de gebruikelijke wijze zou zijn beëindigd door de groepsmaatschappij.

Dat de moedermaatschappij de groepsmaatschappij niet de middelen verschafft om de uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen na te kunnen komen, brengt op zichzelf niet mee dat zij zich schuldig maakt aan selectieve betaling of betalingsonwil.<sup>164</sup> Dat is anders wanneer de moedermaatschappij wel middelen beschikbaar stelde en blijft stellen ter voldoening van andere schuldeisers van deze groepsmaatschappij, zo volgt uit arresten van het Hof 's-Hertogenbosch uit 2000 en 2001.<sup>165</sup> In deze arresten constateerde het Hof 's-Hertogenbosch dat, hoewel de groepsmaatschappij niet over middelen beschikte de vordering van de werknemer te voldoen, zij haar overige kosten en uitgaven steeds met financiële hulp van andere groepsmaatschappijen bleef financieren. Op grond van die omstandigheid oordeelde het hof dat de moedermaatschappij zich jegens de werknemer van de dochtermaatschappij schuldig had gemaakt aan betalingsonwil. In de collectieve (ontbindings) verzoekschriftprocedure waarbij de dochtermaatschappij de kantonrechter te Amersfoort in 2009<sup>166</sup> om ontbinding van de arbeidsovereenkomsten van 26 werknemers verzocht omdat zij in zeer zwaar weer verkeerde, achtte de kantonrechter aannemelijk dat dit mede werd veroorzaakt door een aanzienlijke dividenduitkering ten laste van de dochtermaatschappij aan de aandeelhouders van de moedermaatschappij. Kennelijk ter voorkoming van nieuwe procedures op grond van onrechtmatige daad van deze werknemers tegen de moedermaatschappij en haar aandeelhouders, riep deze proactieve kantonrechter de aandeelhouders op een deel van deze dividendbetaling terug te storten ter financiering van de ten laste van de dochtermaatschappij aan de werknemers toe te kennen ontslagvergoedingen.

162 Hof Amsterdam 12 juli 2007, RO 2008, 2.

163 Rb. 's-Gravenhage 28 maart 2012, LJN: BW2957.

164 Rb. Amsterdam 1 februari 1995, JAR 1995/48.

165 Hof 's-Hertogenbosch 29 februari 2000, JOR 2001/150 en Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2001, JOR 2001/150A. Zie ook Hof 's-Gravenhage 19 augustus 2005, LJN: AU3117.

166 Ktr. Amersfoort 3 april 2009, JAR 2009/112.

*Aansprakelijkheid moedermaatschappij jegens werknemers wegens het wekken van een schijn van kredietwaardigheid of schending van een zorgplicht*

Een beroep van de werknemer van een groepsmaatschappij op de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad in de eerste twee hiervoor onderscheiden situaties is slechts een enkele maal aan de orde geweest in de lagere jurisprudentie, maar werd dan telkens afgewezen.<sup>167</sup> In het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 31 maart 2009<sup>168</sup> beriepen werknemers van een (klein)dochtermaatschappij zich onder meer op aansprakelijkheid van de (groot)moedermaatschappij omdat zij de schijn van kredietwaardigheid van de financieel van haar afhankelijke (klein)dochtermaatschappij zou hebben gewekt en omdat zij hen onvoldoende had geïnformeerd over haar slechte financiële situatie. Het hof oordeelde dat de omstandigheid, dat de (groot)moedermaatschappij de financieel van haar afhankelijke en verlieslijdende (klein)dochtermaatschappij was blijven financieren, niet zonder meer meebracht dat zij daarmee onrechtmatig had gehandeld jegens deze werknemers. De werknemers waren hiervan van meet af aan op de hoogte geweest. Ook waren de werknemers naar het oordeel van het hof voldoende geïnformeerd over de toestand van de (klein)dochtermaatschappij. De (klein)dochtermaatschappij had de werknemers meegedeeld dat haar situatie zorgwekkend was en hen in dat kader geadviseerd elders werk te zoeken. Daarnaast overwoog het hof dat niet viel in te zien in welke zin de werknemers van de (klein)dochtermaatschappij baat zouden hebben gehad bij een situatie waarin de (groot)moedermaatschappij eerder aan hen zou hebben meegedeeld dat zij de financiering zou stopzetten. De werknemers hadden niet een prestatie verricht of een dienst geleverd die zij achterwege zouden hebben gelaten indien zij (eerder) hadden geweten dat de (groot)moedermaatschappij de financiering had stopgezet, aldus het hof.

De laatste hiervoor aangehaalde overweging van het hof maakt duidelijk dat een causaal verband tussen de door de werknemer van een groepsmaatschappij geleden schade als gevolg van het door de moedermaatschappij wekken van een schijn van kredietwaardigheid van de groepsmaatschappij, of het door haar niet informeren van de werknemer over de slechte financiële situatie van de groepsmaatschappij, vaak moeilijk zal zijn aan te tonen. Het door de moedermaatschappij wekken van een schijn van kredietwaardigheid, of het niet informeren van de werknemers van de groepsmaatschappij over de slechte financiële situatie van de groepsmaatschappij, impliceert veelal een langere voortzetting van de (verlieslijdende) activiteiten van de groepsmaatschappij. Dit zal doorgaans echter niet in het nadeel zijn van de werknemer. De arbeidsovereenkomst duurt dan langer zodat de werknemer gedurende een langere periode recht heeft op loon. Als de groepsmaatschappij uiteindelijk failliet zou gaan, bevindt hij zich in een bevoorrechte positie.<sup>169</sup> Waar deze bevoorrechte positie hem niet baat, zoals bij het niet ontvangen van een ontslagvergoeding na opzegging door de curator, zal een causaal verband met het

167 Zie Rb. Amsterdam 1 februari 1995, JAR 1995/48, Rb. 's-Hertogenbosch 21 juli 1995, JAR 1997/116 en Hof 's-Hertogenbosch 31 maart 2009, JOR 2009/157.

168 Hof 's-Hertogenbosch 31 maart 2009, JOR 2009/157.

169 Artikel 3:288 sub e BW.

handelen van de moedermaatschappij moeilijk aantoonbaar zijn. Het blijft dan immers speculeren of de werknemer, wanneer hij op de hoogte was geweest van de slechte of afhankelijke financiële staat waarin de groepsmaatschappij verkeerde, (tijdig) een ontslagvergoeding bij de groepsmaatschappij had kunnen afdwingen. Mijns inziens kan de werknemer slechts in uitzonderlijke omstandigheden met succes een beroep doen op aansprakelijkheid van de moedermaatschappij in deze situaties. Hierbij denk ik aan de omstandigheid dat de werknemer van de groepsmaatschappij met een zogenoemde 'sign-on bonus' werd weggelokt bij een andere werkgever en de moedermaatschappij daarbij de schijn van kredietwaardigheid van de groepsmaatschappij wekte, of haar zorgplicht schond door deze werknemer niet te waarschuwen voor het gevaar van niet-nakoming door de financieel van haar afhankelijke (en/of verlieslijdende) groepsmaatschappij waarbij de werknemer in dienst trad. Indien deze groepsmaatschappij kort daarna failliet zou gaan, zou deze werknemer de moedermaatschappij mijns inziens kunnen aanspreken tot schadevergoeding voor de niet-betaling van de sign-on bonus en de verloren anciënniteit bij zijn vorige werkgever.

Bij andere reguliere uit arbeidsovereenkomsten van werknemers van de groepsmaatschappij voortvloeiende verplichtingen zal in deze twee situaties een causaal verband tussen het handelen van de moedermaatschappij en de door de werknemer gestelde schade wegens de niet-nakoming door de groepsmaatschappij vaak niet kunnen worden aangetoond. Van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de moedermaatschappij jegens de werknemer van haar groepsmaatschappij zou dan in deze situaties uitsluitend sprake zijn wanneer zij bij deze werknemer de gerechtvaardigde verwachting heeft gewekt dat uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen zouden worden voldaan. Op deze grond oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Middelburg<sup>170</sup> op 18 augustus 2011 dat een (groot) moedermaatschappij onrechtmatig handelde jegens werknemers van haar groepsmaatschappij door na het faillissement van de groepsmaatschappij niet verder te onderhandelen over een sociaal plan voor de werknemers van deze groepsmaatschappij.

In deze zaak had de (groot)moedermaatschappij, Delta N.V., zich naar het oordeel van de voorzieningenrechter in de hoogst mogelijke mate ingelaten met het beleid van haar (klein)dochtermaatschappij, Delta Biovalue Nederland B.V. Delta was enig aandeelhouder en Biovalue werd bestuurd door een vennootschap die op haar beurt werd bestuurd door Delta. De bedrijfsdirecteur van Biovalue was in dienst van Delta en had geen vennootschapsrechtelijke functie bij Biovalue, maar opereerde op basis van een beperkte volmacht van Delta. Biovalue leed verlies. In april 2010 werd besloten te proberen Biovalue 'going concern' te verkopen. Vanaf augustus 2010 werd de verkoop/sluiting van Biovalue gecoördineerd door het hoofd Strategic Decisions Support van Delta. Dit hoofd Strategic Decisions Support en de eveneens in dienst van Delta zijnde bedrijfsdirecteur van Biovalue onderhandelden met een vakbond over een sociaal plan voor de werknemers van Biovalue. De onderhandelingen over een sociaal plan werden

<sup>170</sup> Rb. Middelburg (vzr.) 18 augustus 2011, JAR 2011/237 en JOR 2011/325 m.nt. Holtzer. Zie ook de noot van Ruizeveld in TRA 2011/11, p. 20-22.

steeds namens Delta gevoerd. Het hoofd Strategic Decisions Support en de bedrijfsdirecteur van Biovalue hadden de vakbond voorts toegezegd dat de onderhandelingen over een sociaal plan ook na een sluiting van Biovalue zouden worden voortgezet. Nadat een 'going concern' verkoop niet mogelijk bleek, vroeg Delta het faillissement aan van Biovalue en weigerde zij verder te onderhandelen/uitvoering te geven aan een sociaal plan. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter handelde Delta onrechtmatig jegens de vakbond en de werknemers van Biovalue door na de sluiting van Biovalue niet verder te onderhandelen over een sociaal plan omdat zij bij de werknemers van Biovalue de gerechtvaardigde verwachting had gewekt dat ook in geval van de sluiting van Biovalue (al dan niet als gevolg van faillissement) verder zou worden onderhandeld. Daarbij passeerde de voorzieningenrechter het verweer van Delta dat de personen die namens haar onderhandelden over een sociaal plan niet bevoegd waren Delta te vertegenwoordigen bij het aangaan van een sociaal plan. Deze personen hadden in dat kader nooit een voorbehoud gemaakt en van de vakbond kon niet worden verwacht dat hij in het kader van de onderhandelingen over het sociaal plan onderzoek had verricht naar de vraag of degenen die kennelijk namens Delta de onderhandelingen voerden daartoe wel bevoegd waren, aldus de voorzieningenrechter.

De overwegingen van de voorzieningenrechter sluiten aan bij het oordeel van de Hoge Raad in het hiervoor besproken arrest NBM/Securicor. De vakbond en de werknemers van de groepsmaatschappij mochten aan de door het hoofd Strategic Decisions Support en de bedrijfsdirecteur namens de (groot)moedermaatschappij gedane mededelingen het vertrouwen ontleen dat de onderhandelingen over een sociaal plan ook na het faillissement van de groepsmaatschappij zouden worden voortgezet. Dat laatste was niet aan de orde in de Nacap-zaak waarin de voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen<sup>171</sup> en, in hoger beroep, het Hof Leeuwarden<sup>172</sup> oordeelden dat de (groot)moedermaatschappij onrechtmatig handelde jegens werknemers van haar groepsmaatschappij door na het faillissement van de groepsmaatschappij geen uitvoering te geven aan een sociaal plan voor de werknemers van deze groepsmaatschappij. In deze zaak had de (groot)moedermaatschappij, KHE Group B.V., zich naar het oordeel van de voorzieningenrechter en het hof intensief bemoeid met de financiering en het beleid van haar (klein)dochtermaatschappijen; Nacap Montage B.V. en Hogenboom Benelux B.V. (hierna gezamenlijk aangeduid als Nacap Benelux). KHE Group had als indirect aandeelhouder en bestuurder doorslaggevende zeggenschap over Nacap Benelux. Verder controleerde zij de financiering van deze groepsmaatschappijen doordat binnen de groep een cashpoolregeling werd toegepast. Daarbij kwamen alle betalingen door klanten aan Nacap Benelux binnen op één door KHE Group gecontroleerde bankrekening. Vanaf deze bankrekening werden bedragen doorgestort naar Nacap Benelux ter dekking van de door hen gemaakte

171 Rb. Groningen (vzr.) 5 augustus 2011, JAR 2011/236 en JOR 2011/324 m.nt. Holtzer. Zie ook de noot van Ruizeveld in TRA 2011/11, p. 20-22.

172 Hof Leeuwarden 6 december 2011, JAR 2012/15 en JOR 2012/39 m.nt. Holtzer. Zie over dit arrest en over de uitspraak in kort geding van de voorzieningenrechter ook J.P.H. Zwemmer, Intensieve bemoeienis moedermaatschappij met bedrijfsvoering groepsmaatschappij brengt verantwoordelijkheid mee jegens werknemers groepsmaatschappij, TAO 2012/1, p. 5-12.

kosten. In de jaren 2009 en 2010 werden de winstgevende onderdelen van Nacap Benelux verzelfstandigd of overgeheveld naar andere groepsmaatschappijen van KHE Group en eind 2010 besloot KHE Group dat de activiteiten van Nacap Benelux zouden worden beëindigd. Daarop trad Nacap Benelux in onderhandeling met vakbonden over een sociaal plan voor haar werknemers. In het kader van deze onderhandelingen deelde de managing director van Nacap Benelux de ondernemingsraad van Nacap Benelux mee dat “de holding” garant bleef staan. In een concept sociaal plan dat Nacap Benelux de vakbonden op 27 april 2011 toezond, werd aan de vakbonden een groeps Garantie verstrekt voor de uitvoering van het sociaal plan. Voordat het sociaal plan werd overeengekomen faillieerde Nacap Benelux echter. Daarna weigerde KHE Group met de vakbonden te onderhandelen over een sociaal plan voor de werknemers van Nacap Benelux of uitvoering te geven aan het concept sociaal plan van 27 april 2011. Daarop vorderden de vakbonden in kort geding dat door KHE Group uitvoering zou worden gegeven aan het concept sociaal plan. Zij legden aan hun vordering ten grondslag dat Nacap Benelux zonder de substantiële onttrekkingen aan haar vermogen op instigatie van KHE Group bij een bedrijfsbeëindiging wel had kunnen voorzien in een sociaal plan en dat KHE Group de schijn had gewekt dat zij zou instaan voor de gevolgen voor de werknemers van de beëindiging van de activiteiten van Nacap Benelux.

Hoewel de voorzieningenrechter en het hof constateren dat de besluiten van KHE Group tot overdracht en verzelfstandiging van winstgevende onderdelen van Nacap Benelux en de onttrekkingen aan het vermogen van Nacap Benelux via de door haar uitgevoerde cashpoolregeling hadden geleid tot de verslechterde vermogenspositie van Nacap Benelux, impliceert dit naar hun oordeel niet dat sprake is van misbruik van vennootschapsrecht. Of KHE Group gehouden zou zijn uitvoering te geven aan het sociaal plan op grond van een in die zin door haar bij de vakbonden en de werknemers van Nacap Benelux gewekt vertrouwen, komt niet aan de orde in de overwegingen van de voorzieningenrechter en het hof. In plaats daarvan overwegen de voorzieningenrechter en het hof dat de intensieve bemoeienis van KHE Group met het beleid en de financiering van Nacap Benelux meebrengt dat zij ten aanzien van de arbeidsrechtelijke gevolgen van deze bemoeienis een eigen verantwoordelijkheid heeft jegens de werknemers van Nacap Benelux. Naar hun oordeel zou KHE Group deze verantwoordelijkheid ook hebben aangevoeld omdat zij moet hebben ingestemd met de in het concept sociaal plan opgenomen groeps Garantie. Door zich na de sluiting/het faillissement van Nacap Benelux aan deze verantwoordelijkheid te onttrekken, handelde KHE Group naar het oordeel van de voorzieningenrechter en het hof onrechtmatig jegens de betrokken werknemers van Nacap Benelux. KHE Group wordt door hen veroordeeld uitvoering te geven aan het concept sociaal plan voor de werknemers van Nacap Benelux.

De voorzieningenrechter en het hof oordelen aldus dat het handelen van KHE Group onrechtmatig is jegens de werknemers van Nacap Benelux, maar achten de wijze waarop KHE Group invloed had uitgeoefend op het beleid en de financiering van Nacap Benelux niet ongeoorloofd. Evenmin wordt door hen overwogen dat de werknemers van Nacap Benelux er op basis van toezeggingen van KHE Group op hadden mogen vertrouwen dat KHE Group een sociaal plan zou uitvoeren. In plaats

daarvan introduceren zij in hun overwegingen een eigen verantwoordelijkheid van KHE Group voor de arbeidsrechtelijke gevolgen van haar intensieve bemoeienis met het beleid en de financiering van Nacap Benelux. Door zich aan deze verantwoordelijkheid te onttrekken, handelt KHE Group naar hun oordeel onrechtmatig jegens de werknemers van Nacap Benelux. Anders dan in de hiervoor besproken Biovalue-zaak kon de voorzieningenrechter de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van KHE Group mijns inziens niet baseren op de schending van het gerechtvaardigde vertrouwen van de werknemers van Nacap Benelux. Hoewel kon worden voorzien dat Nacap Benelux de verplichtingen op grond van een sociaal plan niet zelf zou kunnen nakomen, werd niet namens KHE Group onderhandeld en waren door KHE Group zelf geen toezeggingen gedaan aan de vakbonden of aan de werknemers van Nacap Benelux. Voor het bestaan van een gerechtvaardigd vertrouwen bij de vakbonden en de werknemers van de groepsmaatschappijen, dat de (groot)moedermaatschappij de arbeidsrechtelijke gevolgen van de bedrijfsbeëindiging voor haar rekening zou nemen, acht ik niet voldoende dat de managing director van de groepsmaatschappijen in het overleg met de ondernemingsraad meedeelde dat “de holding” garant bleef staan en in het concept sociaal plan een groepsgarantie was opgenomen. Dat verklaart mijns inziens waarom de voorzieningenrechter en het hof in hun overwegingen een eigen verantwoordelijkheid van KHE Group voor de arbeidsrechtelijke gevolgen van haar intensieve bemoeienis met het beleid en de financiering van Nacap Benelux introduceerden. Daarmee hebben de voorzieningenrechter en het hof een grond voor aansprakelijkheid in groepsverhoudingen gecreëerd die specifiek geldt jegens de werknemers van groepsmaatschappijen. De verantwoordelijkheid van de moedermaatschappij voor de arbeidsrechtelijke gevolgen van haar intensieve bemoeienis met de bedrijfsvoering van haar groepsmaatschappijen resulteert in haar aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad wanneer zij zich aan deze verplichtingen onttrekt. Hoewel dit niet duidelijk blijkt uit de overwegingen van de voorzieningenrechter en het hof, neem ik aan dat de werknemers van de groepsmaatschappijen de moedermaatschappij pas kunnen aanspreken op deze verantwoordelijkheid als de groepsmaatschappijen deze niet nakomen of deze niet na kunnen komen.

De in de Nacap-zaak aangenomen verantwoordelijkheid van de moedermaatschappij jegens werknemers van haar groepsmaatschappijen heeft inmiddels navolging gekregen in de lagere rechtspraak. In een uitspraak in kort geding van 11 april 2012<sup>173</sup> overwoog de kantonrechter te Heerenveen onder verwijzing naar de Nacap-zaak dat een verzwaarde zorgplicht geldt van de moedermaatschappij jegens de werknemers van haar groepsmaatschappijen in het geval dat er voorafgaand sprake is geweest van een intensieve beleidsbemoeienis door de moedermaatschappij. In deze zaak handelde de moedermaatschappij naar het oordeel van de kantonrechter onrechtmatig jegens een arbeidsongeschikte werknemer van haar inmiddels activiteitenloze en geen verhaal biedende groepsmaatschappij door geen uitvoering te geven aan de verlengde loondoorbetalingsverplichting van de groepsmaatschappij en door na te laten vorm te geven aan de reïntegratie van de werknemer. Ook in deze uitspraak

173 Ktr. Heerenveen 11 april 2012, LJN: BW2244.

werd niet geoordeeld dat de wijze waarop de moedermaatschappij invloed uitoefende op haar groepsmaatschappij ongeoorloofd was dan wel dat de werknemer van de groepsmaatschappij erop had mogen vertrouwen dat de moedermaatschappij deze verplichtingen zou nakomen.<sup>174</sup>

Mijns inziens vormt de in de Nacap-zaak aangenomen verantwoordelijkheid van de moedermaatschappij jegens werknemers van haar groepsmaatschappijen een vorm van toerekening van werkgeversaansprakelijkheid. Het is de vraag of deze toerekening van werkgeversaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad zich verhoudt met de voorwaarden die de Hoge Raad heeft verbonden aan een doorbraak van aansprakelijkheid in groepsverhoudingen. De in de Nacap-zaak aangenomen verantwoordelijkheid van de moedermaatschappij jegens werknemers van haar groepsmaatschappijen is immers in feite uitsluitend gebaseerd op haar intensieve bemoeienis met de bedrijfsvoering van de groepsmaatschappijen. Hoewel de Hoge Raad zich nog niet heeft uitgelaten over specifieke omstandigheden of situaties waarin sprake kan zijn van een doorbraak van aansprakelijkheid in groepsverhoudingen in het kader van uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen, heeft hij wel verschillende malen geoordeeld dat het hebben van invloed op de bedrijfsvoering van de groepsmaatschappij op zichzelf niet voldoende is voor aansprakelijkheid van de moedermaatschappij jegens schuldeisers of contractspartijen van haar niet nakomende groepsmaatschappij.

#### 6.6.6 Toerekening van werkgeverschap binnen de groep

In de hiervoor besproken Nacap-zaak introduceerden de voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen en het Hof Leeuwarden een verantwoordelijkheid van de moedermaatschappij voor de arbeidsrechtelijke gevolgen van haar intensieve bemoeienis met de bedrijfsvoering van haar groepsmaatschappijen. Onttrekt de moedermaatschappij zich aan deze verantwoordelijkheid nadat haar groepsmaatschappijen niet meer nakomen, dan handelt zij naar het oordeel van de voorzieningenrechter en het hof onrechtmatig jegens de betrokken werknemers van haar groepsmaatschappijen. Ook zonder dat daarbij sprake is van een doorbraak van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, worden bij de toepassing van arbeidswetgeving consequenties verbonden aan het groepslidmaatschap van de werkgever. Dit rekening houden met het groepslidmaatschap van de werkgever kan mijns inziens worden gekwalificeerd als toerekening van werkgeverschap op grond van de redelijkheid en billijkheid van artikel 7:611 BW en/of in het kader van een redelijke wetstoepassing op grond van artikel 3:12 BW. Daarbij worden de grenzen van de rechtspersoonlijkheid binnen de groep opgerekt zonder dat sprake is van een doorbraak van aansprakelijkheid.

<sup>174</sup> In zijn arrest van 28 augustus 2012 (LJN: BX6187) vernietigde het Hof Leeuwarden de uitspraak van de kantonrechter. In plaats daarvan oordeelde het hof dat de onderneming van de groepsmaatschappij was overgegaan naar de moedermaatschappij en de uit de arbeidsovereenkomst van de arbeidsongeschikte werknemer voortvloeiende rechten en verplichtingen (waaronder de verlengde loondoorbetalingsverplichting) op grond van artikel 7:663 BW van rechtswege waren overgegaan op de moedermaatschappij.

*Toerekening proeftijd*

In 1986<sup>175</sup> oordeelde de Hoge Raad dat de door de werkgever met de werknemer overeengekomen proeftijd niet geldig was omdat de werknemer voorafgaand aan deze arbeidsovereenkomst ruim twee jaar in dienst was geweest van een zustermaatschappij van de werkgever en aldaar vergelijkbare werkzaamheden had verricht. De Hoge Raad overwoog dat de werkgever, gelet op de eerdere arbeidsovereenkomst met de zustermaatschappij en op het feit dat de werknemer vergelijkbare werkzaamheden bleef verrichten, “geacht moet worden met het bedingen van een proeftijd andere doeleinden te hebben nagestreefd dan waarvoor de wetgeving het instituut van een proeftijd heeft bedoeld.”<sup>176</sup> In een dergelijke situatie waarin, zo vervolgde de Hoge Raad, “een arbeidsovereenkomst wordt gesloten met een werkgever die redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn, kan het bedingen van een proeftijd onder omstandigheden zozeer ongerechtvaardigd zijn dat nietigheid van het proeftijdbeding daaruit volgt.” De Hoge Raad oordeelt ten slotte dat sprake zal zijn van een niet rechtsgeldige proeftijd met een nieuwe werkgever als “enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever”.<sup>177</sup>

*Toerekening bij beëindiging arbeidsovereenkomst: indienstneming- en herplaatsingsverplichting voor andere groepsmaatschappij*

In de lagere rechtspraak werd in verschillende situaties rekening gehouden met de omstandigheid dat de werkgever deel uitmaakte van een groep. Zo overwoog het Hof te Amsterdam in 2008<sup>178</sup> dat het goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW mee kan brengen dat de op basis van een ontslagvergunning met wederindiensttredingsvoorwaarde ontslagen werknemer tewerkgesteld dient te worden bij een groepsmaatschappij die deel uitmaakt van dezelfde groep als zijn voormalige werkgever, helemaal nu deze destijds de situatie bij andere groepsmaatschappijen betrok bij de ontslagaanvraag. Ook bij de beoordeling van de (on)mogelijkheid tot herplaatsing van de werknemer en de door de werkgever gehanteerde selectiemethode in het kader van een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst betrokken lagere rechters soms andere rechtspersonen binnen de groep waarvan de werkgever deel

175 HR 24 oktober 1986, NJ 1987, 293 (Slijkoord/Hekkema).

176 Uit de wetsgeschiedenis volgt dat aan de werkgever en de werknemer de mogelijkheid werd gegeven een proeftijd overeen te komen zodat zij de gelegenheid hebben zich gedurende een beperkte periode proefondervindelijk op de hoogte te stellen van elkaars hoedanigheden en de geschiktheid van de werknemer voor de bedongen arbeid, zonder daarbij gebonden te zijn aan de algemene wettelijke regels betreffende de beëindiging van de arbeidsovereenkomst.

177 De Hoge Raad herhaalde deze overwegingen in zijn arrest van 1 mei 1987 waarin sprake was van ongeveer dezelfde omstandigheden. HR 1 mei 1987, NJ 1988, 20 (Waterman/Demu). Recentelijk werden deze overwegingen nog herhaald in Ktr. Amsterdam 14 december 2010, RAR 2011, 128.

178 Hof Amsterdam 16 december 2008, RAR 2009, 98.



uitmaakte.<sup>179</sup> In de hiervoor reeds aangehaalde Volker Wessels-procedure<sup>180</sup> overwoog de Hoge Raad dat van de werkgever in beginsel een extra inspanning verwacht mag worden om een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt binnen het hem “vertrouwde concern” te herplaatsen. De Beleidsregels ontslagtaak UWV bepalen dat de deel van een groep uitmakende werkgever dient te onderzoeken of herplaatsing van de voor ontslag in aanmerking komende werknemer herplaatst kan worden bij een andere groepsmaatschappij.<sup>181</sup> Ook volgt uit deze beleidsregels dat bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel soms meerdere groepsmaatschappijen kunnen worden betrokken.<sup>182</sup> Op basis van beschikkingen van het UWV WERKbedrijf stel ik vast<sup>183</sup> dat dit sneller het geval zal zijn (i) wanneer aan de bij het UWV WERKbedrijf verzochte toestemming tot het verlenen van ontslag meer beleidsmatige dan financiële redenen ten grondslag liggen, (ii) bij langdurige dienstverbanden en (iii) wanneer de activiteiten van andere groepsmaatschappijen verwant zijn aan die van de werkgever en de groepsmaatschappijen in sterke(re) mate centraal geleid worden.<sup>184</sup>

Weigert de werknemer een andere passende functie binnen de groep dan dient dit eveneens in aanmerking te worden genomen bij de vaststelling van een (lagere) vergoeding ex artikel 7:681 BW, zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 3 september 2010.<sup>185</sup> Anderzijds oordeelde het Hof te 's-Hertogenbosch<sup>186</sup> het ontslag van een werknemer van een groepsmaatschappij kennelijk onredelijk omdat de werkgever geen enkele poging had gedaan te onderzoeken of de werknemer herplaatsbaar was bij één van de andere groepsmaatschappijen. Het hof overwoog dat het uitblijven van een onderzoek naar een mogelijke herplaatsing van de werknemer bij een andere groepsmaatschappij niet getuigde van goed werkgeverschap. Aan de andere kant benadrukte het hof echter dat bij de beoordeling van een ontslag op bedrijfseconomische gronden door een werkgever die deel uitmaakt van een groep, in beginsel moet worden gekeken naar de afzonderlijke situatie van de werkgever. Wanneer deze werkgever zelfstandig opereert en haar eigen activiteiten én identiteit heeft, behoort het naar het oordeel van het hof tot de beleidsvrijheid

179 Zie o.a. Rb. Rotterdam 31 maart 1992, JAR 1992/48, Ktr. Gouda 15 juni 1995, Prg. 1995, 4356, Ktr. Maastricht 25 juli 2002, JAR 2002/285, Ktr. Sneek 21 maart 2008, RAR 2008, 84 en Ktr. 's-Hertogenbosch 7 april 2011, LJN: BQ3527.

180 HR 21 mei 2010, NJ 2010, 495 m.nt. Heerma van Voss en JAR 2010/163.

181 Beleidsregels ontslagtaak UWV, hoofdstuk 20-2, versie september 2012. Zie hierover ook paragraaf 3.4.4.

182 Beleidsregels ontslagtaak UWV, hoofdstuk 11-3/4, versie september 2012.

183 Ik leid dit af uit de door Martens en Kenens en Koster-Mulder besproken beschikkingen van het UWV WERKbedrijf (en CWI en RDA). R.A.C.G. Martens, Anciënniteit en concernverband, *Arbeids-Recht* 1997/6/7, p. 32 en J.L.R. Kenens en R.A. Koster-Mulder, To whom it may concern, *Arbeids-Recht* 2010/1, p. 22/23.

184 Een mooi voorbeeld van het door de rechter betrekken van twee groepsmaatschappijen bij de toepassing van het Ontslagbesluit vormt de uitspraak van de kantonrechter te Bergen op Zoom van 22 juli 2009, RAR 2009, 140. De kantonrechter oordeelde dat twee, deel van dezelfde groep uitmakende BV's voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel moesten worden gezien als één bedrijfsvestiging, omdat geen sprake was van twee, in organisatorisch verband apart opererende, zelfstandige eenheden. Zie ook Ktr. Amersfoort 16 september 2010, RAR 2010, 170.

185 HR 3 september 2010, JAR 2010/250.

186 Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, LJN: BH5994.

van de werkgever de verliesgevendheid van het bedrijf te verminderen door te besparen op de personeelskosten.<sup>187</sup> Het Hof Leeuwarden<sup>188</sup> betrok de eventuele mogelijkheid van herplaatsing van de werknemer bij een andere groepsmaatschappij niet bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag van de werknemer omdat hem niet was gebleken dat de werkgever enige zeggenschap had over de andere groepsmaatschappijen.

*Toerekening bij beëindiging arbeidsovereenkomst: afwijzing 'habe  
wenig-verweer' groepsmaatschappij*

Soms wordt de financiële situatie van de (buitenlandse) moedermaatschappij betrokken bij de vaststelling van een aan de werknemer van de (Nederlandse) groepsmaatschappij toe te kennen ontslagvergoeding. In de rechtspraak werd een 'habe weinig-verweer' gepasseerd omdat de groep als geheel winst maakte, of omdat de moedermaatschappij eerder tekorten van de groepsmaatschappij had aangevuld, of omdat de moedermaatschappij (op basis van de resultaten van de groep als geheel) besloot tot de reorganisatie van de groepsmaatschappij, of omdat vorderingen op andere groepsmaatschappijen niet volledig werden geïnd en aan het bestuur van de moedermaatschappij een aanzienlijke managementfee werd uitgekeerd door de groepsmaatschappij.<sup>189</sup> In een uitspraak uit 2009<sup>190</sup> oordeelde de kantonrechter te Lelystad dat de financiële relatie met de moeder- en zustermaatschappijen relevant was voor de beoordeling van de vraag of de werkgever-groepsmaatschappij een ontslagvergoeding kon betalen, maar betrok de kantonrechter de financiële situatie van de moeder- en zustermaatschappijen niet bij het vaststellen van de hoogte van de ontslagvergoeding omdat door de moedermaatschappij geen verklaring ex artikel 2:403 lid 1 sub f BW werd gedeponereerd en niet een andere groepsmaatschappij dan de werkgever-groepsmaatschappij wederpartij was bij de arbeidsovereenkomsten en derhalve alleen zij verplicht was tot betaling van de ontslagvergoedingen aan de werknemers.

*Toerekening van ontslagbescherming: opvolgend werkgeverschap in groepsverhoudingen*

Van toerekening van werkgeverschap in groepsverhoudingen kan eveneens sprake zijn op grond van de in hoofdstuk 4 besproken artikelen 7:668a lid 2 (en 7:691 lid 5) BW en 7:667 lid 4 jo. lid 5 BW die in 1999 in werking traden in het kader van de Wet flexibiliteit en zekerheid.<sup>191</sup> Wanneer de werknemer op grond van opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende groepsmaatschappijen dezelfde of vrijwel

187 Op dezelfde lijn ligt het oordeel van de kantonrechter te Eindhoven van 18 december 2008, LJN: BH0395. Dat de groep in haar geheel in een florissante positie verkeerde, vormde in deze zaak naar het oordeel van de kantonrechter niet een omstandigheid die het ontslag van de werknemer als gevolg van de reorganisatie van een verliesgevende groepsmaatschappij kennelijk onredelijk maakte.

188 Hof Leeuwarden 3 april 2012, LJN: BW0809.

189 Zie Rb. Amsterdam 4 februari 1987, Prg. 1987, 2694, Rb. Amsterdam 26 juni 1996, JAR 1996/148, Ktr. Eindhoven 23 juli 2003, JAR 2003/203, Ktr. Middelburg (11 oktober 2004 en) 24 januari 2005, Prg. 2005, 58, Ktr. Sittard-Geleen 17 mei 2005, JAR 2005/143, Ktr. Haarlem 18 juni 2007, JAR 2007/200, Ktr. Amsterdam 28 december 2007, JAR 2008/78, Ktr. Dordrecht 11 september 2008, Prg. 2008, 186 en Ktr. Zaandam 6 mei 2010, JAR 2010/156.

190 Ktr. Lelystad 2 juni 2009, LJN: BI9289.

191 Zie paragraaf 4.8.4.

dezelfde werkzaamheden blijft verrichten, behoudt hij de tijdens de eerdere arbeidsovereenkomst met een andere groepsmaatschappij opgebouwde ontslagbescherming. Deze toerekening van werkgeverschap heeft uitsluitend betrekking op de bij de eerdere werkgever opgebouwde ontslagbescherming. De opvolgende werkgever wordt op grond van de artikelen 7:668a lid 2 en 7:667 lid 4 jo. lid 5 BW niet aansprakelijk voor andere verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst met de eerdere werkgever. Dat is niet anders wanneer de opgevolgde en de opvolgende werkgever deel uitmaken van dezelfde groep.<sup>192</sup>

Hoewel deze artikelen de codificatie waren van jurisprudentie van de Hoge Raad waarin de werknemer afwisselend als uitzendkracht en op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met de (eerdere) inlener dezelfde werkzaamheden bleef verrichten, deelde de regering tijdens de parlementaire behandeling mee dat ook in groepsverhoudingen sprake kon zijn van opvolgend werkgeverschap op grond van artikel 7:668a lid 2 BW.<sup>193</sup> Daarbij haalde de regering de visie van de STAR aan. De STAR, die de invoering van artikel 7:668a lid 2 BW had bepleit ter ondervanging van de zogenoemde 'draaideurconstructie,' ging ervan uit dat onder opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW "mede de situatie wordt begrepen waarin het dienstverband van een ter beschikking gestelde arbeidskracht overgaat van een werkgever op een andere werkgever die tot dezelfde groep (als bedoeld in artikel 24b Boek 2 BW) behoort."<sup>194</sup> Als voorbeeld noemde de STAR daarbij de situatie waarin binnen een uitzendonderneming, bestaande uit meerdere organisatorische/juridische eenheden (dus groepsmaatschappijen), uitzendkrachten van de ene naar de andere BV worden geschoven om opbouw van rechten te voorkomen.<sup>195</sup> Van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW kan echter eveneens sprake zijn in groepen die zich niet op uitzending richten indien sprake is van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende groepsmaatschappijen en de werknemer steeds dezelfde of vrijwel dezelfde werkzaamheden bleef verrichten.

De toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW in groepsverhoudingen is een paar maal aan de orde geweest in de rechtspraak. De kantonrechter te Amsterdam<sup>196</sup> en de kantonrechter te Heerlen<sup>197</sup> oordeelden in procedures waarin werknemers achtereenvolgens op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in dienst waren geweest van

192 Vgl. HR 10 februari 2012, JAR 2012/72 en RAR 2012, 61.

193 Zie Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 26.

194 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 9.

195 Deze situatie was aan de orde in het arrest van het Hof Leeuwarden van 26 september 2007, JAR 2007/267 en RAR 2007, 162. In dit arrest ontstond geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd omdat op beide uitzend-BV's de ABU-cao van toepassing was en daarin werd afgeweken van artikel 7:668a BW op grond van artikel 7:668a lid 5 BW. Het hof oordeelde dat sprake was van misbruik van recht en de uitzondering in de cao buiten toepassing diende te blijven. Het geschuif met een werknemer tussen twee uitzendondernemingen behorende tot dezelfde groep met geen ander doel dan het voorkomen van een vast dienstverband mag niet ten nadele van de werknemer strekken, zo overwoog het hof.

196 Ktr. Amsterdam 30 augustus 2010, JAR 2010/237.

197 Ktr. Heerlen (vzr.) 2 november 2011, LJN: BW8463 en Prg. 2012, 201.

verschillende groepsmaatschappijen, dat voor het van toepassing zijn van artikel 7:668a lid 2 BW slechts van belang was dat de werkzaamheden niet wezenlijk van elkaar verschillen en/of dat daarbij niet wezenlijk andere vaardigheden worden verlangd. Of sprake was van een nauwe band tussen de groepsmaatschappijen achtten deze kantonrechters niet relevant bij de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW. Het Hof Leeuwarden<sup>198</sup> oordeelde tweemaal dat sprake was van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW omdat de werkzaamheden van de werknemers hetzelfde waren gebleven en omdat de werknemers eerder werkzaam waren geweest bij een groepsmaatschappij van de werkgever. De kantonrechter te Nijmegen<sup>199</sup> overwoog dat ondanks de groepsband van de werkgever met de eerdere werkgever van de werknemer geen sprake was van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW omdat de werkzaamheden van de werknemer bij de groepsmaatschappijen op belangrijke punten van elkaar verschilden. Zowel in de arresten van het hof als in de uitspraak van de kantonrechter werd verwezen naar de hiervoor in paragraaf 4.8.4 besproken arresten van de Hoge Raad van 11 en 25 mei 2012.<sup>200</sup> In deze arresten oordeelde de Hoge Raad dat bij de uitleg van artikel 7:668a lid 2 BW aansluiting dient te worden gezocht bij de jurisprudentie op het gebied van de geldigheid van een proeftijd bij een opvolgende werkgever. Op grond van die jurisprudentie is, zo oordeelde de Hoge Raad, pas sprake van opvolgend werkgeverschap indien enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst en anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan, dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. In groepsverhoudingen zal mijns inziens sprake zijn van dergelijke banden wanneer sprake is van een nauwe band tussen de elkaar als werkgever opvolgende groepsmaatschappijen en/of wanneer de moedermaatschappij grote invloed uitoefent op de bedrijfsvoering van de elkaar als werkgever opvolgende groepsmaatschappijen.

Een voorbeeld van een onjuiste toepassing door de rechter van artikel 7:668a lid 2 BW vormt de uitspraak van de kantonrechter te Terneuzen uit 2001.<sup>201</sup> In deze uitspraak was de werknemer eerst op basis van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in dienst geweest van Vedior Projecten Employment B.V. (Vedior) en sloot de werknemer, nadat zijzelf ontslag nam bij Vedior, een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een groepsmaatschappij van Vedior. De kantonrechter oordeelde dat artikel 7:668a lid 2 BW in casu niet van toepassing was omdat de werknemer eerder zelf ontslag had genomen bij Vedior. Voor de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW is echter niet van belang op welke wijze de voorgaande arbeidsovereenkomst eindigde en of dat op initiatief van de werkgever of van de werknemer gebeurde.

198 Hof Leeuwarden 26 juni 2012, JAR 2012/206 en Hof Leeuwarden 10 juli 2012, LJN: BX1976.

199 Ktr. Nijmegen 26 juni 2012, LJN: BW9944 en Prg. 2012, 212.

200 HR 11 mei 2012, JAR 2012/150 m.nt. Beltzer en HR 25 mei 2012, LJN: BV9601.

201 Ktr. Terneuzen 18 juli 2001, JAR 2001/167 m.nt. Verhulp. Zie ook Ktr. Zwolle 14 maart 2006, JAR 2006/150.

In groepsverhoudingen kan ook sprake zijn van een voortgezette arbeidsovereenkomst met een andere groepsmaatschappij in de zin van artikel 7:667 lid 4 jo. lid 5 BW. Denkbaar is de situatie waarin de werknemer eerst voor onbepaalde tijd in dienst is van de groepsmaatschappij waarbij hij tevens feitelijk werkzaam is en hij deze werkzaamheden vervolgens gaat verrichten op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de personeels-BV binnen de groep. Voorts denk ik aan de situatie waarin de bij een groepsmaatschappij gedetacheerde werknemer die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had met een externe detacheerder een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangaat deze groepsmaatschappij of met de personeels-BV binnen de groep en ondertussen min of meer dezelfde werkzaamheden blijft verrichten. In zijn arrest van 26 juli 2011 oordeelde het Hof Arnhem<sup>202</sup> dat sprake was van een voortgezette arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:667 lid 4 jo. lid 5 BW met een aan de eerdere werkgever van de werknemer gelieerde vennootschap. Het hof kwam tot dit oordeel op basis van de omstandigheid dat de werkzaamheden weinig van elkaar verschilden en sprake was van een nauwe band tussen de opvolgende werkgevers. Daarmee hanteert het hof dus eenzelfde toets als door de Hoge Raad werd gehanteerd bij de uitleg van artikel 7:668a lid 2 BW in zijn hiervoor aangehaalde arresten van 11 en 25 mei 2012.

*Meenemen opgebouwde dienstjaren bij andere groepsmaatschappijen bij vaststelling ontslagvergoeding*

Indien de werknemer opeenvolgende arbeidsovereenkomsten sloot met verschillende (tot dezelfde groep behorende) groepsmaatschappijen, neemt de rechter soms de tijdens die eerdere arbeidsovereenkomsten opgebouwde dienstjaren mee bij de berekening van de ontslagvergoeding. In verschillende uitspraken waarin de werknemer achtereenvolgens in dienst was geweest van verschillende Rabobanken oordeelden kantonrechters soms wel en soms niet dat bij de berekening van de in een procedure ex artikel 7:685 BW aan de werknemer toe te kennen ontslagvergoeding rekening diende te worden gehouden met de door de werknemer bij die andere Rabobanken opgebouwde dienstjaren.<sup>203</sup> In de eerste categorie beschikkingen<sup>204</sup> namen de kantonrechters billijkheidshalve de door de werknemer bij de andere Rabobanken opgebouwde dienstjaren mee in het kader van de vaststelling van de ontslagvergoeding. Hoewel elk van deze Rabobanken als coöperatie een zelfstandige juridische entiteit vormde, achtten deze kantonrechters het meenemen van de door de werknemer bij de andere Rabobanken opgebouwde dienstjaren billijk omdat zij deel uitmaakten van één Rabobankorganisatie, zij zich afficheerden als onderdeel van de Rabobank Groep, zij een gemeenschappelijke cao en pensioenregeling hadden en zij jaarlijks een gemeenschappelijk jaarverslag uitbrachten. In de tweede categorie

202 Hof Arnhem 26 juli 2011, LJN: BR4945 en AR 2011/668.

203 Zie over de Rabobank-uitspraken ook P. Kruit, Voorliggende dienstjaren en het bepalen van de anciënniteit, *ArbeidsRecht* 2012/3, p. 10/11.

204 Ktr. Amsterdam 10 september 1996, Prg. 1996, 4666, Ktr. Alphen aan den Rijn 5 juli 2005, JAR 2005/254, Ktr. Utrecht 11 mei 2009, LJN: BJ4005, Ktr. Roermond 27 januari 2010, LJN: BL1876 en Ktr. Roermond 27 augustus 2010, LJN: BN6766.

beschikkingen<sup>205</sup> oordeelden kantonrechters echter dat bij het vaststellen van de ontslagvergoeding geen reden bestond rekening te houden met dienstjaren bij andere vestigingen binnen de organisatie aangezien steeds sprake was van als zelfstandig juridische entiteit opererende Rabobankfilialen.

In een aantal meer recente procedures waarin geen sprake was van opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende Rabobanken betrokken kantonrechters eveneens het arbeidsverleden van de werknemer bij een aan de werkgever gelieerde rechtspersoon bij de berekening van de ontslagvergoeding. De kantonrechter te Eindhoven<sup>206</sup> hield bij de berekening van de vergoeding ex artikel 7:681 BW rekening met de door de werknemer bij een andere groepsmaatschappij van de werkgever opgebouwde dienstjaren omdat naar zijn oordeel het feit dat de werkgever er bij het opzeggen van de arbeidsovereenkomst aan voorbij was gegaan dat de werknemer binnen de groep anciënniteit had opgebouwd, een omstandigheid vormde die in aanmerking moest worden genomen bij de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag. De kantonrechter te Nijmegen<sup>207</sup> hield bij de berekening van de ontbindingsvergoeding rekening met de eerdere arbeidsovereenkomst van de werknemer met een aan de werkgever gelieerde stichting omdat de gedurende deze arbeidsovereenkomst opgebouwde anciënniteit uitdrukkelijk was opgenomen in de opvolgende arbeidsovereenkomst met de werkgever.<sup>208</sup> De kantonrechter te Wageningen<sup>209</sup> telde de eerdere arbeidsovereenkomst van de werknemer met een groepsmaatschappij van de werkgever mee bij de berekening van de ontbindingsvergoeding omdat de werkgever in de motivering van het ontbindingsverzoek ook het functioneren van de werknemer op basis van deze eerdere arbeidsovereenkomst had betrokken. De kantonrechter te Arnhem<sup>210</sup> telde daarentegen uitdrukkelijk niet het arbeidsverleden van de werknemer bij een groepsmaatschappij van de werkgever mee bij de berekening van de ontbindingsvergoeding omdat hier naar zijn oordeel sprake was van twee volledig zelfstandige entiteiten en de werknemer zelf de overstap had gemaakt van de ene naar de andere groepsmaatschappij. Zo ook de kantonrechter te Groningen.<sup>211</sup> De kantonrechter oordeelde dat ook wanneer sprake zou zijn van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW, dit niet zou meebrengen dat de eerdere arbeidsovereenkomsten van de werknemer met een aan de werkgever gelieerde partij zouden worden meegenomen bij de berekening van de ontbindingsvergoeding.

205 Ktr. Roermond 19 december 2003, JAR 2004/37, Ktr. Apeldoorn 7 december 2004, JAR 2005/53 en Ktr. Leeuwarden 16 juni 2011, AR 2011/508 en LJN: BQ8986. Ook de kantonrechter te Eindhoven telde in zijn beschikking van 15 juni 2005 (JAR 2005/180) alleen de dienstjaren bij de laatste Rabobank waarbij de werknemer in dienst was geweest mee bij de berekening van de vergoeding omdat deze Rabobank een zelfstandige rechtspersoon was. Wel kon naar het oordeel van de kantonrechter in voorkomende gevallen een lange verbondenheid aan de groep tot uitdrukking worden gebracht in een hogere correctiefactor bij de berekening van een ontslagvergoeding.

206 Ktr. Eindhoven 23 juni 2011, JAR 2011/196.

207 Ktr. Nijmegen 17 april 2012, LJN: BW3233.

208 Vgl. ook Ktr. Amsterdam 13 november 2008, LJN: BG5105.

209 Ktr. Wageningen 6 juli 2012, LJN: BX0577.

210 Ktr. Arnhem 4 augustus 2010, zaaknr. 696788\HA VERZ10-1215\MB/24/AS (n.g.). Besproken door N.M. Wolters in Sdu Nieuws Arbeidsrecht 2010/553.

211 Ktr. Groningen 1 februari 2010, Prg. 2010, 64.

Op basis van voormelde rechtspraak kan niet worden gesteld dat rechters bij de berekening van de ontslagvergoeding snel geneigd zijn rekening te houden met door de werknemer bij andere groepsmaatschappijen opgebouwde dienstjaren.<sup>212</sup> Doorgaans zullen echter afspraken worden gemaakt over het behoud of de afkoop van de door de werknemer opgebouwde anciënniteit wanneer hij een (opvolgende) arbeidsovereenkomst aangaat met een andere groepsmaatschappij.<sup>213</sup> Als dat niet is gebeurd, kunnen naar mijn mening in bepaalde situaties wel gronden bestaan voor het meenemen van de door de werknemer bij een andere groepsmaatschappij opgebouwde dienstjaren bij de berekening van een ontslagvergoeding. Dat zou aan de orde kunnen zijn wanneer de werkgever de werknemer niet informeerde over het (mogelijke) verlies van anciënniteit als gevolg van het door de werknemer aangaan van een opvolgende arbeidsovereenkomst met een andere groepsmaatschappij en van de werknemer ook niet mocht worden verwacht dat hij wist dat dit het gevolg zou (kunnen) zijn van het aangaan van een arbeidsovereenkomst met een andere groepsmaatschappij.

### 6.7 Intra-concern detachering

Omdat de groep geen zelfstandig rechtssubject is, heeft de werknemer geen arbeidsovereenkomst met de groep als geheel, maar met één groepsmaatschappij. Tot nu toe ging ik uit van de situatie waarin de groepsmaatschappij waarmee de werknemer zich verbindt – een arbeidsovereenkomst sluit – tevens de rechtspersoon is waarin de onderneming of activiteit is ondergebracht waarbij de werknemer de arbeid verricht. Vaak is dat echter niet het geval en zijn alle binnen de groep werkzame werknemers in dienst van één groepsmaatschappij. Dat kan zo zijn gegroeid omdat in de loop der tijd ondernemingsactiviteiten werden ingebracht in daartoe nieuw opgerichte groepsmaatschappijen, terwijl de werknemers die bij deze activiteiten werkzaam waren in dienst bleven van de 'oudere' groepsmaatschappij. Ook werknemers die nadien werkzaam werden bij deze in afzonderlijke groepsmaatschappijen ondergebrachte activiteiten sloten dan arbeidscontracten met de 'oudere' groepsmaatschappij. De in paragraaf 6.2 genoemde organisatorische en bedrijfseconomische motieven voor groepsvorming droegen bij aan de centralisering van het werkgeverschap binnen de groep. Niet alleen de uit de arbeidsovereenkomsten voortvloeiende risico's en aansprakelijkheden worden zo 'gekanaliseerd', maar hiermee wordt tevens bereikt dat binnen de groep werkzame werknemers onder dezelfde cao vallen, de personeelsadministratie en salarisbetaling centraal geschiedt door de centrale werkgever, en door haar voordeliger collectieve ziektekosten- en pensioenverzekeringen afgesloten kunnen worden. Vaak vormen deze voordelen ook het motief voor de oprichting van een personeels-BV die als centrale contractuele werkgever van alle bij de

212 Ook uit het hiervoor en in paragraaf 4.8.4 aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 10 februari 2012 (HR 10 februari 2012, JAR 2012/72 en RAR 2012, 61) volgt dat het feit dat de werknemer opeenvolgende arbeidsovereenkomsten aanging met verschillende groepsmaatschappijen, niet meebrengt dat een groepsmaatschappij als opvolgend werkgever aansprakelijk wordt voor uit de eerdere arbeidsovereenkomst van de werknemer met haar groepsmaatschappij voortvloeiende verplichtingen.

213 Vgl. HR 3 september 2010, JAR 2010/252.

andere groepsmaatschappijen werkzame werknemers gaat fungeren. Naast het binnen de groep (intra-concern) detacheren van de werknemers en het verrichten van aan het werkgeverschap verbonden financiële en administratieve verplichtingen, worden door of vanuit de personeels-BV geen (ondernemings) activiteiten verricht. Slechts een klein deel van de binnen de groep werkzame werknemers zal, al dan niet in het kader van zogenoemde ‘management development programs’, achtereenvolgens of tegelijkertijd bij verschillende groepsmaatschappijen gedetacheerd zijn. De meeste van de door de personeels-BV (of andere centrale werkgever binnen de groep) intra-concern gedetacheerde werknemers zijn vanaf het moment van hun indiensttreding bij de personeels-BV permanent en exclusief werkzaam bij één groepsmaatschappij.

### 6.7.1 Intra-concern detachering en artikel 7:690 BW

Op grond van artikel 7:691 lid 6 BW zijn de in dit artikel opgenomen bijzondere regels voor de uitzendovereenkomst niet van toepassing op “uitzendovereenkomsten waarbij de werkgever en de derde in een groep zijn verbonden als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 dan wel de één een dochtermaatschappij is van de ander als bedoeld in artikel 24a van Boek 2.”<sup>214</sup> Dit betekent dat de intra-concern detacherende groepsmaatschappij geen gebruik kan maken van de bijzondere faciliteiten die in artikel 7:691 BW aan de werkgever binnen een uitzendovereenkomst worden geboden. Uit de memorie van toelichting<sup>215</sup> bij deze bepaling blijkt dat met deze uitsluiting werd beoogd te voorkomen dat “arbeidsorganisaties” via een eigen uitzendbureau personeel aan de eigen organisatie ter beschikking konden stellen, maar dan met minder verplichtingen, en werknemers van de ene naar de andere eenheid konden worden verschoven om zodoende opbouw van rechten te voorkomen. De reden van deze uitsluiting bestond erin dat de in artikel 7:691 lid 6 BW genoemde arbeidsorganisaties geen allocatiefunctie vervulden op de arbeidsmarkt en juist die allocatiefunctie de grondslag vormde van de bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst.<sup>216</sup>

Valt intra-concern detachering, hoewel als uitzendovereenkomst expliciet uitgesloten van de bijzondere regels van de uitzendovereenkomst in artikel 7:691 BW, wel onder de definitie van artikel 7:690 BW? Een bevestigend antwoord op deze vraag op basis van de redenering van onder meer de Belastingkamer van de Hoge Raad<sup>217</sup> dat intra-concern detachering in artikel 7:691 lid 6 BW als “uitzendovereenkomst” wordt

214 Artikel 1 lid 3 sub c Waadi bevat een bepaling waarmee hetzelfde werd beoogd voor de toepassing van de Waadi. Zie hierover paragraaf 4.6.

215 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10.

216 Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 10 en p. 34.

217 Hoge Raad (Belastingkamer) 17 juni 2011, BNB 2011/235. In zijn conclusie voor dit arrest betoogt A-G Van Ballegooijen op grond van de wetsgeschiedenis bij artikelen 7:690 en 691 BW dat uitsluitend sprake is van terbeschikkingstelling in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever in de zin van artikel 7:690 BW, wanneer die werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. In dit arrest ging het om de vraag of intra-concern detachering gekwalificeerd kon worden als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW bij de sectorindeling voor de premieheffing werknemersverzekeringen in het kader van de Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv). De Hoge Raad volgde de A-G niet in zijn oordeel.



uitgesloten van de bijzondere regels van artikel 7:691 BW en (dus) wel als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW zou kunnen worden gekwalificeerd, acht ik op basis van de wetsgeschiedenis niet aannemelijk. In paragraaf 4.12.1 wees ik erop dat met de bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst, waarvoor de definitie van artikel 7:690 BW als toegangspoort fungeert, niet werd beoogd in één moeite door ook arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarbij de terbeschikkingstelling van werknemers niet plaatsvindt in het kader van een door de werkgever op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie van een juridische basis te voorzien. Op basis van de wets-systematiek en de wetsgeschiedenis van artikel 7:690 BW dient de allocatiefunctie naar mijn mening gelezen te worden in de definitie van artikel 7:690 BW. Als gevolg hiervan zou niet alleen payrolling, maar ook intra-concern detachering door een personeels-BV niet vallen onder de definitie van artikel 7:690 BW.<sup>218</sup> Dat intra-concern detachering in artikel 7:691 lid 6 BW expliciet werd uitgesloten van de toepassing van artikel 7:691 BW kan mijns inziens verklaard worden aan de hand van de omstandigheid dat dit destijds ook al een gangbare praktijk was.

### 6.7.2 De personeels-BV en het werkgeverschap

Wanneer intra-concern detachering niet als een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW kan worden gekwalificeerd, is de vraag of dan een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW bestaat met de personeels-BV krachtens de met de werknemer gesloten (schriftelijke) arbeidsovereenkomst. In de literatuur wordt deze vraag zonder veel omhaal bevestigend beantwoord. Verhulp<sup>219</sup> betoogt onder verwijzing naar het hiervoor in paragraaf 6.6.3 besproken Fugro-arrest dat de partij waarmee de overeenkomst is gesloten de werkgever is en dit niet anders is indien de werkgever deel uitmaakt van een groep. In geval van intra-concern detachering is de partij waarmee de arbeidsovereenkomst is gesloten de werkgever in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW indien deze in de arbeidsovereenkomst een detacheringsbevoegdheid bedong, aldus Verhulp. Volgens de Van der Grinten<sup>220</sup> wijkt een dergelijke arbeidsovereenkomst weliswaar af van het normale type, maar doet dit aan de rechtsgeldigheid niet af.<sup>221</sup> Mijns inziens verdraagt deze puur contractuele benadering van het werkgeverschap van de personeels-BV zich niet met het dwingendrechtelijke

218 Zie anders: Grapperhaus, die echter zonder dit te motiveren betoogt dat intra-concern detachering "wel degelijk" valt onder de definitie van artikel 7:690 BW. F.B.J. Grapperhaus in P.F. van der Heijden e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Zesde druk, Deventer: Kluwer 2010, aant. 2, bij inleidende opmerkingen afdeling 11 Titel 10 Boek 7 BW, p. 213.

219 E. Verhulp in P.F. van der Heijden e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Zesde druk, Deventer: Kluwer 2010, artikel 7:610 BW aant. 2, p. 6.

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

221 Ook Verburg en Bartman en Dorresteyn gaan ervan uit dat de intra-concern detacherende groepsmaatschappij de werkgever van de werknemer is in de zin van Titel 10 Boek 7 BW. Zie L.G. Verburg, *Het werkgeversbegrip in concernverband: transparantie gezocht*, *ArbeidsRecht* 2001/1; *Concernwerkgeverschap*, in *Concernverhoudingen. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres op vrijdag 9 en zaterdag 10 november 2001*. Serie vanwege het Van der Heijden Instituut te Nijmegen deel 69, Deventer: Kluwer 2002, p. 48 en *Concernwerkgeverschap*, in: *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing (liber amicorum A.T.J.M. Jacobs)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011 en S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 157.

karakter van artikel 7:610 lid 1 BW. Dat de personeels-BV en de intra-concern gedetacheerde werknemer zich in een schriftelijke 'arbeidsovereenkomst' met elkaar verbonden, ook wanneer de werknemer hiermee goed geïnformeerd instemde, kan naar mijn mening op zichzelf niet voldoende zijn om de personeels-BV te kwalificeren als de werkgever voor de toepassing van Titel 10 Boek 7 BW. Als hiervoor door mij betoogd in paragraaf 2.6 meen ik dat bij de kwalificatie van de werkgever eenzelfde betekenis toekomt aan wat partijen in werkelijkheid hebben beoogd als bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst in situaties waarin tegen beloning arbeid wordt verricht, maar partijen hun rechtsverhouding niet als arbeidsovereenkomst betitelden. Dan zou ook bij de kwalificatie van de personeels-BV als de werkgever op de voet van de in paragraaf 2.3.4 besproken kwalificatie-arresten moeten worden beoordeeld of de rol van de personeels-BV bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft. Naar mijn mening geeft de economische realiteit van de groep voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis aan het werkgeverschap van de personeels-BV om haar te kunnen kwalificeren als werkgever van de intra-concern gedetacheerde werknemer.

Dat de aanvaarding van het werkgeverschap van de personeels-BV als gevolg van groepsvorming in het verleden niet zonder slag of stoot werd aangenomen, wordt op treffende wijze geïllustreerd met de discussie tussen Naber en Van der Grinten uit 1986 in *De NV*. Naber<sup>222</sup> betoogde dat bij intra-concern detachering<sup>223</sup> geen sprake kan zijn van werkgeverschap ex artikel 7:610 lid 1 BW van de personeels-BV omdat in dit geval, al dan niet op grond van een derdenbeding, een arbeidsovereenkomst tot stand kwam met de groepsmaatschappij waarbij en onder wier gezag de werknemer werkzaam werd. Van werkgeverschap ex artikel 7:610 lid 1 BW op grond van delegatie van werkgeversgezag van de personeels-BV<sup>224</sup> kon volgens Naber evenmin sprake zijn omdat het uitoefenen van gezagsbevoegdheid zijns inziens rechtstreeks was gekoppeld aan het verrichten van arbeid en als zodanig niet overdraagbaar is.<sup>225</sup> Volgens Van der Grinten<sup>226</sup> miskende Naber met zijn betoog de gecompliceerdheid van het "ondernemingsgebeuren." Het burgerlijk recht moest volgens Van der Grinten niet voorbijgaan aan de economische realiteit van de groep. Niet alleen in

222 H. Naber, *Onduidelijke arbeidsverhoudingen in ondernemingsland*, *De NV* 1986/3, p. 95.

223 Naber duidde intra-concern detachering aan als de "Amro-constructie" omdat, zoals hij stelde, "met name bij de Amrobank door de hoofdzetel in Amsterdam arbeidsovereenkomsten worden aangegaan met werknemers die niet bij de bank werkzaam zullen zijn maar bij dochterondernemingen met rechtspersoonlijkheid." H. Naber, *Onduidelijke arbeidsverhoudingen in ondernemingsland*, *De NV* 1986/3, p. 94. Inmiddels is intra-concern detachering zeer gebruikelijk geworden en allang niet meer beperkt tot grote groepen als ABN-AMRO.

224 Op de voet van de in paragraaf 2.3.5 en paragraaf 4.3 besproken arresten van de Hoge Raad, waarin werd geoordeeld dat een arbeidsovereenkomst kon bestaan tussen uitzendbureau en uitzendkracht of uitlener en uitgeleende werknemer op grond van de delegatie van het werkgeversgezag door het uitzendbureau of de uitlener aan de inlener.

225 Zie ook H. Naber, *Is het gezag van de werkgever overdraagbaar?*, *NJB* 28 januari 1984, nr. 4, p. 106-111.

226 W.C.L. van der Grinten, *Naschrift bij H. Naber, Onduidelijke arbeidsverhoudingen in ondernemingsland*, *De NV* 1986/3, p. 97/98.

het vennootschapsrecht, maar ook in het arbeidsovereenkomstenrecht moest worden erkend dat werkgevers in groepsverband opereren.<sup>227</sup> In die gedachte kan volgens Van der Grinten de omstandigheid dat de werkgever onderdeel uitmaakt van een groep leiden tot het aangaan van arbeidsovereenkomsten die enigszins afwijken van de gebruikelijke enkelvoudige arbeidsovereenkomst. Van der Grinten achtte het op die grond volstrekt aanvaardbaar dat, wanneer de werknemer gaat werken bij een deel van een groep uitmakende ondernemingsactiviteit, de juridische werkgever een andere groepsmaatschappij is en ten behoeve van die feitelijke werkgever arbeidsprestaties worden bedongen. In dit geval is geen sprake van een derdenbeding, maar van een beding ten behoeve van de groep waarvan de juridische werkgever deel uitmaakt, aldus Van der Grinten. Ik kan mij goed vinden in deze redenering van Van der Grinten. 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.

### 6.7.3 *Intra-concern detachering en werkgeverschap in de rechtspraak*

Ook in de rechtspraak<sup>228</sup> wordt bij de duiding van de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW van de intra-concern gedetacheerde werknemer bijna automatisch aangeknoopt bij de in het (schriftelijke) arbeidscontract genoemde werkgever.<sup>229</sup> Slechts wanneer geen schriftelijke arbeidsovereenkomst werd gesloten, of uit de schriftelijke arbeidsovereenkomst niet blijkt welke groepsmaatschappij de werkgever is, bestaat de kans dat de rechter oordeelt dat de groepsmaatschappij waarbij de werknemer feitelijk

227 Ook Van Maanen meende dat het door werkgevers in groepsverband opereren betrokken moest worden bij de rechtsvinding op het gebied van het werkgeverschap binnen de groep. Dat zou dan volgens Van Maanen kunnen leiden tot een rechtsonwikkeling, gericht op aanpassing van het recht aan het nieuwe maatschappelijke verschijnsel van werkgeverschap binnen een groep. C.J.J. van Maanen, *Concern-verhoudingen en individuele arbeidsovereenkomst*, De NV 1978/9, p. 157-164.

228 Zie o.a. HR 28 september 1984, RvdW 1984, 159, HR 3 januari 1986 n.g. (dit arrest werd door M.G. Rood besproken in TVVS 1986/4, p. 96/97), Ktr. Rotterdam 5 juli 1994, JAR 1994/220, Rechtbank Utrecht 8 januari 1997, JAR 1997/35, Pres. Rb. Utrecht 13 oktober 1998, JAR 1998/248 (Hoewel in deze uitspraak de werknemer de arbeidsovereenkomst met de groepsmaatschappij die hem intra-concern ging detachieren in dit geval niet ondertekende, oordeelde de President dat toch sprake was van een arbeidsovereenkomst omdat deze groepsmaatschappij het loon van de werknemer betaalde en voorzag in de deelname aan VUT-opbouw en spaarloonregeling.), Pres. Rb. 's-Gravenhage 22 december 1999, JAR 2000/27, Ktr. Utrecht 29 december 2004, JAR 2004/92, HR 9 juni 2006, BNB 2006/285 m.nt. Kavelaars, HR 11 juli 2008, JAR 2008/203, Hof Amsterdam 8 juni 2009, JAR 2009/180 en HR 8 oktober 2010, JAR 2010/277.

229 Vgl. A.A.H. van Hoek, *Internationale mobiliteit van werknemers: een onderzoek naar de interactie tussen arbeidsrecht, EG-recht en IPR aan de hand van de Detacheringsrichtlijn* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 2000, p. 425.

werkzaam is, de werkgever is in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW.<sup>230</sup> In deze laatste situatie is het rechtsvermoeden van artikel 7:610a BW niet van nut omdat niet de vraag is óf sprake is van een arbeidsovereenkomst, maar welke groepsmaatschappij de werkgever is. Artikel 7:610a BW bevat een weerlegbaar rechtsvermoeden waarmee de werknemer tegemoet wordt gekomen in zijn bewijspositie ter zake van het bestaan van een arbeidsovereenkomst en niet ter zake van het aanwijzen van degene die als werkgever partij is bij de arbeidsovereenkomst.

Mij is geen jurisprudentie bekend waarin werd ingegaan op vraag of verenigbaar is met artikel 7:610 lid 1 BW dat bij intra-concern detachering de personeels-BV fungeert als de werkgever van de bij en onder het gezag van de andere groepsmaatschappij(en) werkzame werknemers. Anders dan voor 1999 het geval was bij het werkgeverschap van de uitlener of het uitzendbureau bij in- en uitlening en uitzending, wordt de contractuele toedeling van het werkgeverschap aan een personeels-BV, zonder dat daarbij juridische kanttekeningen worden geplaatst, aanvaard in de rechtspraak. Ook in het kader van de toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW inzake overgang van onderneming wordt telkens uitgegaan van het werkgeverschap in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW van de personeels-BV wanneer de vraag aan de orde was of de intra-concern gedetacheerde werknemer overging bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij hij feitelijk werkzaam was.<sup>231</sup> In de Heidemij-uitspraak uit 1982<sup>232</sup> overwoog de President van de Rechtbank Arnhem dat de intra-concern gedetacheerde werknemer een arbeidsovereenkomst had met de personeels-BV. Delegatie van instructiebevoegdheid bracht naar het oordeel van de President nog niet mee dat de groepsmaatschappij waarbij de werknemer feitelijk arbeid verrichtte, de werkgever was in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW. Ook de kantonrechter te Utrecht ging in zijn van de Heidemij-uitspraak afwijkende vonnis

230 Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 10 oktober 2002, JAR 2002/266. De kantonrechter te Zaandam nam echter ook in een dergelijke situatie een arbeidsovereenkomst met de personeels-BV aan (Ktr. Zaandam 12 mei 2011, LJN: BQ4250 en Prg. 2011, 199). Jacobs heeft in 1994 gepleit voor het opnemen van een bepaling van regeland recht in Titel 10 Boek 7 BW op grond waarvan "tenzij de overeenkomst anders bepaalt (...) onder werkgever mede (werden) verstaan alle (rechts)personen waarmee de werkgever verbonden is in een groep in de zin van artikel 2:24b NBW." A.T.J.M. Jacobs, De arbeidsovereenkomst in het NBW, NJB 2 september 1994, nr. 30, p. 1044. Van Lent meent dat de fictie dat de gehele groep als werkgever kan worden aangemerkt uitsluitend dient te zijn voorbehouden aan degenen die gedurende hun loopbaan in het belang en op verzoek van de groep voor meerdere groepsonderdelen werkzaam zijn geweest. C.M.E.P. van Lent, Internationale intra-concernmobiliteit (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2000, p. 345. Al in 1978 betoogde Van Maanen dat wanneer in de schriftelijke arbeidsovereenkomst niet een bepaalde groepsmaatschappij was aangewezen als werkgever, de intra-concern gedetacheerde werknemer op grond van het leerstuk van de toerekenbare schijn (artikel 3:35 jo 3:61 lid 2 BW) zou kunnen stellen dat de groepsmaatschappij waarbij hij werkzaam was de schijn wakte en bestendigde zijn werkgever te zijn. Op die grond zou de werknemer deze groepsmaatschappij dan kunnen aanspreken op uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. C.J.J. van Maanen, Concern-verhoudingen en individuele arbeidsovereenkomst, De NV 1978/9, p. 157-164.

231 De toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW op de intra-concern gedetacheerde werknemer kwam aan de orde in paragraaf 5.10 van het vorige hoofdstuk.

232 Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, NJ 1982, 619.

van 15 maart 2006 in de Albron-zaak uit van het werkgeverschap in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW van de intra-concern detacherende groepsmaatschappij.<sup>233</sup>

Hoewel in de rechtspraak altijd een arbeidsovereenkomst met de intra-concern detacherende groepsmaatschappij wordt aangenomen mits daarover duidelijke contractuele afspraken met de werknemer werden gemaakt, werd in de lagere jurisprudentie enkele malen geoordeeld dat de groepsmaatschappij waarbij de werknemer gedetacheerd was als medewerkgever moest worden aangemerkt en zij als zodanig jegens de intra-concern gedetacheerde werknemer medeaansprakelijk was voor uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.<sup>234</sup> In deze uitspraken oordeelden de rechters dat de groepsmaatschappij waarbij de werknemer feitelijk werkzaam was als medewerkgever, medeaansprakelijk was voor uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen op grond van de verwevenheid van deze groepsmaatschappij met de groepsmaatschappij waarmee de werknemer een arbeidsovereenkomst had gesloten.<sup>235</sup> Een rechtsgrond voor deze medeaansprakelijkheid op grond van medewerkgeverschap wordt in deze uitspraken niet gegeven. Vereenzelviging van groepsmaatschappijen was in deze uitspraken niet aan de orde omdat niet voorbij werd gegaan aan het identiteitsverschil tussen de groepsmaatschappijen. Ook berustte de medeaansprakelijkheid niet op een onrechtmatige daad. Mijns inziens kan het in deze uitspraken aangenomen medewerkgeverschap, op grond waarvan aansprakelijkheid voor uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen werd toegerekend aan de groepsmaatschappij waarbij de werknemer feitelijk werkzaam was, worden aangemerkt als een vorm van vereenzelviging. Dat deze rechters hiertoe overgingen ondanks de door de werknemers met de intra-concern detacherende groepsmaatschappij gesloten arbeidsovereenkomsten, kan mijns inziens zeer wel in verband worden gebracht met de omstandigheid dat het hier ging om de toerekening van aansprakelijkheid voor uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen. De laatste mij bekende uitspraak waarin de rechter oordeelde dat op grond van een dergelijk medewerkgeverschap sprake was van medeaansprakelijkheid binnen de groep dateert echter alweer uit 1993. In de enige mij bekende uitspraak van recentere datum,<sup>236</sup> waarin in een vergelijkbare situatie<sup>237</sup> werd geoordeeld dat op grond van onderlinge verwevenheid een andere rechtspersoon naast de werkgever aansprakelijk was tegenover de werknemer,

233 Ktr. Utrecht 15 maart 2006, JAR 2006/80.

234 Rb. Haarlem 21 december 1982, Prg. 1983, 1925, Ktr. 's-Gravenhage 8 september 1992, Prg. 1992, 3744 en Ktr. Utrecht 30 maart 1993, Prg. 1993, 3985.

235 Zie over deze uitspraken ook H.C. Bijleveld, *Wie is de werkgever binnen het concern?*, *Arbeids-Recht* 2005/4.

236 Rb. Middelburg 22 juni 2011, LJN: BR3763.

237 De in dit vonnis naar het oordeel van de Rechtbank Middelburg onderling verweven rechtspersonen behoorden niet tot dezelfde groep, maar werden opgericht door dezelfde persoon die in eerste instantie ook als bestuurder van beide rechtspersonen fungeerde. Later fungeerde deze persoon alleen nog als bestuurder van de rechtspersoon waarbij de werknemer door de andere rechtspersoon werd gedetacheerd.

baseerde de rechter deze aansprakelijkheid op het onrechtmatig handelen van de bestuurder van deze andere rechtspersoon.<sup>238</sup> In deze zaak had het er alle schijn van dat sprake was van misbruik van rechtspersoonlijkheid omdat de detachering van de werknemer bij een andere door dezelfde persoon gecontroleerde rechtspersoon uitsluitend plaatsvond ter omzeiling van arbeidsrechtelijke bescherming van en aansprakelijkheid jegens de werknemer.

Een verklaring voor een terughoudende(r) opstelling van de rechter bij het aannemen van aansprakelijkheid op grond van het medewerkgeverschap van de groepsmaatschappij waarbij de werknemer intra-concern gedetacheerd is, vormen allereerst de hiervoor in paragraaf 6.6.3 besproken overwegingen van de Hoge Raad in de Rainbow- en Fugro-arresten uit 2000. Een tweede verklaring kan mijns inziens worden gevonden in de overwegingen van de Hoge Raad in het in paragraaf 2.3.5 besproken arrest ABN AMRO/Malhi uit 2002.<sup>239</sup> In dit arrest overwoog de Hoge Raad dat voor het ontstaan van een arbeidsovereenkomst tussen een uitzendkracht en de inlener waarbij deze langdurig werd tewerkgesteld beslissend is of zij zich op enig moment met elkaar hebben verbonden. De inlener kan het uitzendbureau niet geruisloos vervangen als werkgever van de uitzendkracht. Omdat bij intra-concern detachering de personeels-BV wordt aangemerkt als de werkgever van de intra-concern gedetacheerde werknemer en deze werknemer zich niet op enig moment verbindt met de groepsmaatschappij waarbij hij feitelijk werkzaam is, staan deze overwegingen er eveneens aan in de weg dat deze groepsmaatschappij wordt aangemerkt als medewerkgever van de werknemer (als dat al mogelijk zou zijn op grond van artikel 7:610 lid 1 BW).

#### **6.7.4 Toerekening van werkgeverschap bij intra-concern detachering**

Omdat intra-concern detachering mijns inziens niet kan worden gekwalificeerd als uitzending ex artikel 7:690 BW kan de intra-concern gedetacheerde werknemer de groepsmaatschappij waarbij hij gedetacheerd is niet aanspreken voor het minimumloon op grond van artikel 7:692 BW. Ten aanzien van intra-concern detachering is in artikel 7:691 lid 6 BW expliciet bepaald dat het in dit artikel neergelegde verlichte regime bij uitzending niet van toepassing is bij intra-concern detachering. Daardoor is de ketenregeling van artikel 7:668a BW direct van toepassing en kan met de intra-concern gedetacheerde werknemer geen uitzendbeding worden overeengekomen. Ook de Waadi is niet van toepassing bij intra-concern detachering.<sup>240</sup> Zoals reeds aan de orde kwam in paragraaf 4.6 wordt de groep voor de toepassing van de Waadi

238 De Rechtbank overwoog dat deze bestuurder, in de hoedanigheid van bestuurder van de rechtspersoon waarbij de werknemer gedetacheerd was, had meegewerkt aan de totstandkoming van een beëindigingsovereenkomst waarvan hij wist of had moeten weten dat de contractuele werkgever die niet na zou kunnen komen.

239 HR 5 april 2002, NJ 2003, 124 m.nt. Heerma van Voss en JAR 2002/100 (ABN AMRO Bank N.V./Malhi).

240 Artikel 1 lid 3 sub c Waadi.

gezien als één werkgever.<sup>241</sup> Overigens zou het van toepassing zijn van de Waadi in geval van de in deze paragraaf besproken intra-concern detachering door een speciaal daartoe in stand gehouden personeels-BV mijns inziens in de praktijk weinig relevant zijn omdat de bij de groepsmaatschappijen werkzame werknemers dan allen in dienst zijn van een personeels-BV. In deze situatie zou geen sprake zijn van werknemers werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de opdrachtgever in de zin van de Waadi.

Evenals bij uitzending in de zin van artikel 7:690 BW bestaat tussen de intra-concern gedetacheerde werknemer en de groepsmaatschappij waarbij hij is gedetacheerd geen rechtsverhouding, maar is slechts sprake van een feitelijke relatie. De in hoofdstuk 4 besproken aansprakelijkheid van de inlener op grond van artikel 7:658 lid 4 BW geldt eveneens voor de groepsmaatschappij waarbij de intra-concern gedetacheerde werknemer de arbeid verricht. Wel moet dan sprake zijn van werkzaamheden die de intra-concern gedetacheerde verricht in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de groepsmaatschappij waarbij hij de werkzaamheden verricht. In geval van intra-concern detachering door een personeels-BV zullen de personeels-BV en de groepsmaatschappij waarbij de werknemer feitelijk werkzaam is, altijd hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de in artikel 7:658 BW neergelegde zorgverplichting van de werkgever op grond van respectievelijk het tweede en het vierde lid van dat artikel. Door de personeels-BV worden geen andere (ondernemings)activiteiten uitgeoefend en de groepsmaatschappij waarbij de werknemer feitelijk werkzaam is, heeft zelf geen werknemers in dienst. Dan is bijna altijd gegeven dat sprake is van een in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de inlenende groepsmaatschappij verrichten van werkzaamheden. Dat zou anders kunnen zijn wanneer de werknemers niet intra-concern worden gedetacheerd door een personeels-BV en de activiteiten van de verschillende groepsmaatschappijen volledig op zichzelf staan en geen onderling verband hebben.<sup>242</sup>

Bij de overgang van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij de intra-concern gedetacheerde werknemer permanent is tewerkgesteld, gaat de arbeidsovereenkomst van deze werknemer van rechtswege mee over.<sup>243</sup> Hoewel tussen de intra-concern gedetacheerde werknemer en de groepsmaatschappij waarbij hij is tewerkgesteld geen rechtsverhouding bestaat, gaat de arbeidsovereenkomst van deze werknemer naar het oordeel van het Hof van Justitie in het Albron-arrest<sup>244</sup> op grond van de tussen hen bestaande “arbeidsbetrekking” in de zin van artikel 3 lid 1 van

241 In paragraaf 4.6 heb ik erop gewezen dat de tekst van artikel 1 lid 3 sub c Waadi niet de daarmee beoogde lading dekt en een letterlijke uitleg van dit artikel zou kunnen leiden tot het van toepassing zijn van de Waadi op de in deze paragraaf besproken intra-concern detachering door een personeels-BV.

242 Als – hypothetisch – voorbeeld noem ik de situatie waarin een advocatenkantoor en een bouwbedrijf elk zijn ondergebracht in dochtermaatschappijen van dezelfde moedermaatschappij en de werknemers van het bouwbedrijf het advocatenkantoor renoveren. De renovatiewerkzaamheden zijn geen werkzaamheden in de uitoefening van het beroep of bedrijf van het advocatenkantoor waardoor de zorgplicht en aansprakelijkheid van artikel 7:658 niet voor het advocatenkantoor zullen gelden op grond van artikel 7:658 lid 4 BW.

243 Zie hierover paragraaf 5.10.

244 HvJ EU 21 oktober 2010, NJ 2010, 576 m.nt. Mok en JAR 2010/298 (Albron/FNV en Roest).

de Richtlijn overgang van onderneming van rechtswege over. Het Hof Amsterdam heeft het oordeel van het Hof van Justitie zo uitgelegd dat onder werkgever in artikel 7:663 BW zowel de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW als de groepsmaatschappij waarbij hij is tewerkgesteld kan worden verstaan.

Als werkgever in de zin van de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet is de groepsmaatschappij waarbij de werknemer is gedetacheerd verantwoordelijk en aansprakelijk voor de naleving van de op basis van die wetten geldende voorschriften op het gebied van de veiligheid en het welzijn van deze werknemer.<sup>245</sup> Bovendien is deze groepsmaatschappij als werkgever in de zin van de WAV, naast de personeels-BV, verantwoordelijk voor het aanvragen van een tewerkstellingsvergunning voor een bij haar intra-concern gedetacheerde derdelander en kan deze derdelander de groepsmaatschappij aanspreken voor het in de WAV genoemde loon wanneer de personeels-BV niet betaalt.<sup>246</sup>

In paragraaf 4.10.1 kwam reeds aan de orde dat op grond van artikel 1 lid 3 sub a WOR alleen de uitzendwerknemer ex artikel 7:690 BW in aanmerking komt voor medezeggenschap in de onderneming van de inlener, waardoor onder andere de intra-concern gedetacheerde werknemer geen medezeggenschapsrechten zou hebben in de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij hij gedetacheerd is. Omdat met de uitbreiding van de personele werkingssfeer van de WOR in artikel 1 lid 3 uitdrukkelijk<sup>247</sup> werd beoogd intra-concern gedetacheerde werknemers eveneens medezeggenschapsrechten te geven in de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij zij gedetacheerd zijn, meen ik dat in artikel 1 lid 3 sub a WOR de verwijzing naar artikel 7:690 BW zou moeten worden geschrapt.<sup>248</sup> Vink en Van het Kaar<sup>249</sup> vinden er veel voor te zeggen de 24 maanden-voorwaarde van artikel 1 lid 3 sub a WOR niet te laten gelden bij payrollrolling omdat payrollwerknemers worden geworven door de onderneming waarin zij feitelijk werkzaam zijn, maar formeel in dienst zijn van het payrollbedrijf. Mijns inziens zouden binnen deze gedachte ook intra-concern gedetacheerde werknemers die permanent tewerkgesteld zijn bij één groepsmaatschappij direct, en niet pas na 24 maanden, als werkzaam in de onderneming van de groepsmaatschappij moeten worden aangemerkt voor de toepassing van de WOR.

## 6.8 Conclusie

Aansprakelijkheidsbeperking vormt voor ondernemers de belangrijkste reden om de onderneming vanuit een kapitaalvennootschap te exploiteren. Door ondernemingen of delen van ondernemingen onder te brengen in verschillende rechtspersonen, wordt een verdere aansprakelijkheidsbeperking bewerkstelligd omdat op die manier ondernemingsrisico's worden verspreid over verschillende rechtspersonen. Die

<sup>245</sup> Zie paragraaf 3.2.1 en 3.2.2.

<sup>246</sup> Zie hierover paragraaf 3.3.1.

<sup>247</sup> Kamerstukken II 1995/1996, 24 615, nr. 3, p. 37.

<sup>248</sup> Zie ook paragraaf 4.10.1.

<sup>249</sup> F.W.H. Vink en R.H. van het Kaar, *Inzicht in de ondernemingsraad*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, 23e druk, p. 36.



rechtspersonen vormen een groep wanneer een meerderheid van de aandelen in de rechtspersonen worden gehouden door één moeder- of (sub)holding)maatschappij. Wanneer de werkgever als rechtspersoon deel uitmaakt van een groep, heeft de moedermaatschappij als aandeelhouder en vaak ook als bestuurder zeggenschap over de bedrijfsvoering van de werkgever. De moedermaatschappij kan in die hoedanigheid invloed uitoefenen op de bedrijfsvoering van de werkgever en daarmee op de nakoming door de werkgever van uit de arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen. Omdat elke groepsmaatschappij als zelfstandig rechtssubject drager is van eigen rechten en plichten, brengt deze invloed niet mee dat de moedermaatschappij naast de werkgever kan worden aangesproken voor uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. In bepaalde situaties kan het groepslidmaatschap van de werkgever echter meebrengen dat de moeder- of een andere groepsmaatschappij (mede)aansprakelijk is voor de uit de arbeidsovereenkomst van de werknemer voortvloeiende verplichtingen. In dat geval is sprake van pluraliteit van aansprakelijkheid op basis van schuldeisers en contractspartijen beschermende bepalingen in Boek 2 BW.

In Boek 2 BW zijn vrijstellingen opgenomen op het gebied van de inrichting, controle en openbaarmaking van de jaarrekening en het jaarverslag van een groepsmaatschappij, en van de beschrijving en de controle van de waarde van de inbreng in natura bij de oprichting van een groepsmaatschappij. Ter compensatie van het verminderde zicht van schuldeisers en contractspartijen van een van deze controle- en openbaarmakingsverplichtingen vrijgestelde groepsmaatschappij op de financiële positie van hun wederpartij, is aan gebruikmaking van deze vrijstellingen de voorwaarde verbonden dat de moedermaatschappij aansprakelijkheid aanvaardt jegens schuldeisers en contractspartijen van haar vrijgestelde groepsmaatschappij. In de weinige (lagere) rechtspraak waarin een beroep door werknemers op deze op grond van Boek 2 BW verplichte aansprakelijkheid centraal stond, ging het telkens om een beroep op de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van een door haar gedeponeerde 403-verklaring. In die gevallen legde de rechter de omvang en reikwijdte van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van haar 403-verklaring ruim uit. In elke uitspraak werd dit echter op een andere en soms ook weinig consistente wijze gemotiveerd. Dat het hier ging om vorderingen van werknemers en niet van gewone handelscrediteuren speelde nimmer expliciet een rol in de motivering, maar droeg mijns inziens wel bij aan de door deze rechters gehanteerde ruime uitleg. Zo werd een op grond van artikel 7:685 lid 8 BW aan de werknemer toegekende ontbindingsvergoeding telkens geacht te vallen onder het bereik van de door de moedermaatschappij gedeponeerde 403-verklaring. Dat het hier niet gaat om een uit de beëindiging van arbeidsovereenkomst voortvloeiende schadevergoeding, maar om een vergoeding die naar billijkheid wordt vastgesteld door de kantonrechter waardoor deze strikt genomen niet onder het bereik van de 403-verklaring zou vallen, kwam zelfs niet aan de orde in de overwegingen van deze rechters.

Waar de voormelde pluraliteit van aansprakelijkheid in groepsverhoudingen een gevolg is van de keuze van de groepsmaatschappij gebruik te gaan maken van vrijstellingen van in Boek 2 BW neergelegde kapitaalbescherming- of openbaarmakingsvoorschriften,

kan tevens sprake zijn van onvrijwillige pluraliteit van aansprakelijkheid in groepsverhoudingen. De moedermaatschappij is dan op grond van de wijze waarop zij ge- of misbruik maakt van haar zeggenschap over de bedrijfsvoering van haar niet-nakomende groepsmaatschappij aansprakelijk jegens een schuldeiser of contractspartij van deze groepsmaatschappij. Een dergelijke doorbraak van aansprakelijkheid in groepsverhoudingen kan worden bewerkstelligd door het handelen van de moedermaatschappij aan te merken als een onrechtmatige daad jegens de schuldeiser of contractspartij van haar groepsmaatschappij of door verschillende groepsmaatschappijen met elkaar te vereenzelvigen. Dat groepsmaatschappijen tot een samenhangend geheel van rechtspersonen horen en/of onderling nauw met elkaar verweven zijn, brengt op zichzelf niet mee dat de ene groepsmaatschappij aansprakelijk is jegens schuldeisers of contractspartijen van een andere groepsmaatschappij en evenmin dat zij in dat kader met elkaar kunnen worden vereenzelvigd. De Hoge Raad beschouwt vereenzelviging van rechtspersonen als een vorm van redres die slechts in uitzonderlijke gevallen toelaatbaar is. Dat is slechts dan aan de orde wanneer het door de schuldeiser of contractspartij van de groepsmaatschappij geleden nadeel niet zou kunnen worden gecompenseerd met schadeaansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. In situaties waarin binnen de groep misbruik wordt gemaakt van het identiteitsverschil tussen de verschillende groepsmaatschappijen, moet dit misbruik naar het oordeel van de Hoge Raad in beginsel worden aangemerkt als een onrechtmatige daad die verplicht tot het door de betrokken (rechts)personen – de moedermaatschappij en/of de bestuurders van de moedermaatschappij – vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht.

Bij een beroep op vereenzelviging van groepsmaatschappijen gelden voor werknemers dezelfde voorwaarden als voor andere schuldeisers en contractspartijen. Daardoor zal een doorbraak van aansprakelijkheid in groepsverhoudingen vrijwel altijd uitsluitend kunnen worden gebaseerd op een onrechtmatige daad van de moedermaatschappij jegens de schuldeiser of contractspartij van de groepsmaatschappij. Voor een succesvol beroep op aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de moedermaatschappij is niet voldoende dat sprake is van een sterke onderlinge verwevenheid van de groepsmaatschappijen. De moedermaatschappij moet als aandeelhouder en/of bestuurder grote invloed hebben op de bedrijfsvoering van die groepsmaatschappij én haar moet tevens een ernstig verwijt kunnen worden gemaakt van de niet-nakoming door haar groepsmaatschappij. De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over specifieke omstandigheden of situaties waarin de moedermaatschappij jegens werknemers van haar groepsmaatschappij aansprakelijk kan zijn op grond van onrechtmatige daad. In de lagere rechtspraak waarin een beroep door een werknemer van een groepsmaatschappij op de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de moedermaatschappij aan de orde was, beoordeelde de rechter dit op dezelfde wijze als wanneer door een gewone handelscrediteur een beroep zou zijn gedaan op deze aansprakelijkheid. De Nacap-zaak vormt in dit opzicht een uitzondering. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen en het Hof Leeuwarden baseren hier de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de moedermaatschappij jegens de werknemers van haar groepsmaatschappijen op haar intensieve bemoeienis met de bedrijfsvoering van deze groepsmaatschappijen.

Zij oordelen niet dat de moedermaatschappij een ernstig verwijt kan worden gemaakt van de niet-nakoming door de groepsmaatschappij, maar dat zij haar verantwoordelijkheid jegens de werknemers van de groepsmaatschappij voor de arbeidsrechtelijke gevolgen van haar intensieve bemoeienis met deze groepsmaatschappij niet nakwam. Hier is mijns inziens sprake van een vorm van toerekening van (werkgevers) aansprakelijkheid in groepsverhoudingen.

Toerekening van arbeidsrechtelijke verplichtingen in groepsverhoudingen komt ook voor buiten de sfeer van doorbraak van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. In dat geval worden consequenties verbonden aan het groepslidmaatschap van de werkgever in of bij de toepassing van arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving. Dit geschiedt op grond van (beleid bij de uitvoering van) arbeidsrechtelijke regelgeving zelf en op grond van de redelijkheid en billijkheid, of op grond van een redelijke wetstoepassing wanneer de rechter dit gerechtvaardigd acht. Het gaat hierbij om de mogelijkheid een proeftijd af te spreken met een werknemer die eerder in dienst is geweest van een andere groepsmaatschappij en om het aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een werknemer die daarvoor in dienst was van een andere groepsmaatschappij. Voorts worden consequenties verbonden aan het groepslidmaatschap van de werkgever bij de toepassing van voorschriften met betrekking tot het vaststellen van de anciënniteit van de werknemer en de beoordeling van de herplaatsingsmogelijkheden voor de werknemer (in verband met een eventueel ontslag). Ten slotte betreft de rechter in situaties waarin de werkgever deel uitmaakt van een groep in veel gevallen de financiële situatie van andere groepsmaatschappijen of van de groep in haar geheel bij de vaststelling van (de hoogte van) een aan de werknemer toe te kennen ontslagvergoeding. In een enkel geval betreft de rechter ook de door de werknemer bij andere groepsmaatschappijen opgebouwde dienstjaren bij het berekenen van de ontslagvergoeding.

#### *Intra-concern detachering*

In de rechtspraak en literatuur wordt vrijwel eensluidend aangenomen dat in geval van intra-concern detachering door een personeels-BV (of andere centrale werkgever binnen de groep) een arbeidsovereenkomst bestaat met de groepsmaatschappij waarmee de werknemer zich (contractueel) in een arbeidsovereenkomst verbindt. Omdat intra-concern detachering geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt kan de personeels-BV mijns inziens niet op grond van artikel 7:690 BW worden gekwalificeerd als de werkgever van de intra-concern gedetacheerde werknemer. Tussen de personeels-BV en de intra-concern gedetacheerde werknemer zou dan sprake moeten zijn van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:610 lid 1 BW. Ik meen dat de economische realiteit van de groep voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis geeft aan het werkgeverschap van de personeels-BV om haar te kunnen kwalificeren als werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW van de intra-concern gedetacheerde werknemer. Intra-concern detachering is het gevolg van een maatschappelijke realiteit waarin ondernemingsactiviteiten in groepsverband worden uitgeoefend. Dat ondernemers (onder meer) in groepsverband opereren om aansprakelijkheden te beperken en risico's te spreiden wordt geoorloofd en zelfs wenselijk geacht. Daardoor kunnen ondernemingsactiviteiten worden ontplooid – waardoor werkgelegenheid wordt gecreëerd – die

anders niet mogelijk of haalbaar zouden zijn geweest. De toedeling van het werkgeverschap van de bij de groep werkzame werknemers aan één groepsmaatschappij maakt hier deel van uit. De grond voor de arbeidsovereenkomst met de personeels-BV is dan niet het uit handen geven van het juridische en administratieve werkgeverschap aan een derde of het creëren van een flexibelere arbeidsverhouding.