



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.

8

Samenvatting en conclusies

8.1 Inleiding

De inhoud en betekenis van het werkgeverschap in situaties waarin sprake is van pluraliteit van werkgeverschap, dat wil zeggen dat aan de kant van de werkgever verschillende partijen betrokken zijn bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst met de werknemer, vormen de rode draad in deze studie. De beantwoording van de vraag wie in deze situaties kan worden gekwalificeerd als de werkgever in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW speelt hierbij telkens een centrale rol. Niet alleen in Titel 10 Boek 7 BW, maar ook in veel publiekrechtelijke arbeidswetgeving fungeert de civielrechtelijke werkgever jegens de werknemer als 'geadresseerde' van de in deze wetgeving neergelegde of op basis van deze wetgeving vastgestelde voorschriften. In de hoofdstukken 2 en 3 is aan de hand van de wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur onderzocht op welke wijze de werkgever in Titel 10 Boek 7 BW en in arbeidswetgeving buiten het BW wordt gekwalificeerd. Daarbij is eveneens aandacht besteed aan de betekenis van de wilsautonomie en de contractsvrijheid uit het algemene vermogens- en verbintenissenrecht en aan de invloed van het internationale en communautaire recht op de wijze waarop de werkgever wordt gekwalificeerd. In de daarna volgende hoofdstukken 4 tot en met 7 zijn situaties onderzocht waarin aan werkgeverskant verschillende partijen gelijktijdig en/of opvolgend betrokken zijn bij de arbeidsovereenkomst van de werknemer. In deze situaties is gelijktijdige of opvolgende pluraliteit van werkgeverschap het gevolg van:

- i. de omstandigheid dat de werknemer zich in een arbeidsovereenkomst heeft verbonden met een ander dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht;
- ii. een verandering van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht;
- iii. het groepslidmaatschap van de werkgever;
- iv. een vennootschapsrechtelijke structuurwijziging van de werkgever in de vorm van een fusie of splitsing.

De hoofdstukken zijn telkens afgesloten met een conclusie. In deze conclusies is een inventarisatie gemaakt van de in deze situaties voorkomende pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid en van gronden van deze aansprakelijkheid. De conclusies bevatten tevens een analyse van het werkgeverschap in deze situaties en van de

invulling die hieraan in de wet en in de rechtspraak wordt gegeven. Bij de beantwoording van de in paragraaf 1.4 geformuleerde onderzoeksvragen worden de daarop betrekking hebbende (delen uit de) conclusies bij de voorgaande hoofdstukken herhaald voordat de vragen worden beantwoord. Het hoofdstuk wordt afgesloten met enkele slotbeschouwingen.

8.2 Beantwoording onderzoeksvragen

De eerste vraag

Wat is in situaties van pluraliteit van werkgeverschap de betekenis van de door partijen gemaakte contractuele afspraken bij de kwalificatie van de werkgever en welke gevolgen heeft deze pluraliteit voor de verplichtingen van de werkgever jegens de werknemer op grond van arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving in en buiten het BW?

Wanneer de verhouding tussen partijen voldoet aan de definitie van artikel 7:610 lid 1 BW is tussen hen sprake van een arbeidsovereenkomst en zijn hierop de bepalingen van Titel 10 Boek 7 BW van toepassing. De definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 lid 1 BW is van dwingend recht omdat op dit punt de wilsautonomie en de contractsvrijheid uit het algemene vermogens- en verbintenissenrecht niet verenigbaar zijn met de in Titel 10 Boek 7 BW beoogde bescherming van de werknemer als de sociaal-economisch zwakkere wederpartij van de werkgever. Als partijen zouden kunnen afspreken dat tussen hen geen arbeidsovereenkomst bestaat terwijl uit de wijze waarop zij zich tegenover elkaar gedragen blijkt dat zij dit in werkelijkheid wel hebben beoogd, zou van de met Titel 10 Boek 7 BW beoogde werknemersbescherming in de praktijk weinig terecht komen.

Als gevolg van economische en maatschappelijke ontwikkelingen gedurende met name het laatste kwart van de afgelopen eeuw zijn de rol en de hoedanigheid van de werkgever en de werknemer als partijen bij de arbeidsovereenkomst echter ingrijpend gewijzigd. Daardoor is de werkgever nu vaak vooral een contractueel begrip. De sociaal-economische positie van de werknemer is sterk verbeterd en hij is in toenemende mate zelfstandig en flexibel werkzaam. Deze ontwikkelingen hebben eraan bijgedragen dat binnen de arbeidsovereenkomst in steeds mindere mate sprake is van een 'persoonlijke' betrokkenheid van de werkgever bij de door de werknemer verrichte arbeid waardoor bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst de door partijen gemaakte contractuele afspraken een belangrijkere rol zijn gaan spelen. Dat staat echter op gespannen voet met artikel 7:610 lid 1 BW dat fungeert als dwingendrechtelijke toegangspoort tot de regeling van de arbeidsovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW. Die spanning bestaat niet alleen bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst, maar ook bij de kwalificatie van de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW als partij bij de arbeidsovereenkomst. Aan artikel 7:610 lid 1 BW waarin de werkgever is gedefinieerd als de partij in wier dienst de werknemer de arbeid verricht, ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werkgever de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Thans sluit dit uitgangspunt in verschillende situaties niet meer aan bij de realiteit. Dat kan ten koste gaan van in Titel 10 Boek 7 BW beoogde arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer

wanneer deze is gekoppeld aan de door de werknemer in de onderneming van de werkgever verrichte arbeid. Deze heeft dan immers niet het daarmee beoogde effect omdat de werkgever op grond van de door partijen gemaakte contractuele afspraken een ander is dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. In enkele situaties wordt hiermee rekening gehouden in of op basis van Titel 10 Boek 7 BW. Daarmee wordt dan beoogd te voorkomen dat arbeidsrechtelijke bescherming verloren gaat die is gekoppeld aan de door de werknemer in de onderneming van de werkgever verrichte arbeid.

Wanneer de contractuele werkgever op grond van de door partijen gemaakte contractuele afspraken een ander is dan de feitelijke werkgever, wordt in de (lagere) rechtspraak bij de toepassing van bepalingen uit Titel 10 Boek 7 BW in beginsel aangeknoopt bij de in dat kader door partijen gemaakte contractuele afspraken. Dat wil zeggen, dat in deze situatie als werkgever wordt beschouwd de partij die zich in die hoedanigheid in een (schriftelijk) arbeidscontract heeft verbonden met de werknemer. Mijns inziens zou een puur contractueel werkgeverschap, ondanks de gewijzigde rollen van werkgever en werknemer binnen de arbeidsovereenkomst, niet verenigbaar zijn met het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 lid 1 BW. Ook thans zijn werkgever en werknemer niet elkaars gelijken op sociaal-economisch niveau. Uit de in paragraaf 2.3.4 besproken jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat wezen voor schijn gaat bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW. Mijns inziens geldt dit ook voor de kwalificatie van de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW wanneer de werkgever op basis van de door partijen gemaakte contractuele afspraken een ander is dan de feitelijke werkgever, de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. In dat geval kan de contractuele werkgever worden gekwalificeerd als de werkgever van de werknemer in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW wanneer zijn rol bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft om aan te kunnen nemen dat werkelijk een arbeidsovereenkomst tussen hem en de werknemer werd beoogd. In situaties van gelijktijdige pluraliteit van werkgeverschap waarin het werkgeverschap van de contractuele werkgever onvoldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft, moet mijns inziens worden heengekeken door de tussen partijen gemaakte contractuele afspraken. Dat laatste is met name aan de orde wanneer uit de wijze waarop de arbeidsovereenkomst tot stand kwam en de wijze waarop hieraan vervolgens uitvoering is gegeven blijkt dat hiermee uitsluitend of in hoofdzaak werd beoogd te voorkomen dat de werknemer op grond van een arbeidsovereenkomst in dienst zou zijn bij de feitelijke werkgever.

In de hoofdstukken 4 en 5 bleek dat in situaties van pluraliteit van werkgeverschap waarin de contractuele werkgever wordt gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW in de rechtspraak en in arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving, rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat de werkgever niet dezelfde is of blijft als de eigenaar of exploitant van de onderneming. Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat in deze situaties arbeidsrechtelijke bescherming verloren gaat en/of deze arbeidswetgeving niet het daarmee beoogde effect heeft.

Uitzending

De contractuele werkgever die in het kader van zijn beroep of bedrijf werknemers ter beschikking stelt aan opdrachtgevers om bij en onder het gezag van die opdrachtgevers arbeid te verrichten, wordt in artikel 7:690 BW geduid als de werkgever van deze werknemers. De door uitzendbureaus op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie vormde de reden voor het opnemen van de bijzondere regeling van de uitzendovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW. Hoewel deze allocatiefunctie geen deel uitmaakt van de definitie van artikel 7:690 BW, heeft de regering gedurende de parlementaire behandeling benadrukt dat de regeling van de uitzendovereenkomst alleen geldt voor die contractuele werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie vervullen op de arbeidsmarkt. Binnen die gedachte fungeert artikel 7:690 BW als toegangspoort voor het in afdeling 11 van Titel 10 Boek 7 BW opgenomen verlichte arbeidsrechtelijke regime waarmee recht wordt gedaan aan de flexibiliteit die zo kenmerkend is voor uitzendarbeid en die inherent is aan de allocatieve functie van de uitzendwerkgever. Daar staat tegenover dat met de Waadi wordt gewaarborgd dat het ontbreken van een contractuele band tussen de opdrachtgever en de uitzendwerknemer er niet toe leidt dat de uitzendwerknemer minder loon ontvangt (en andere minder gunstige essentiële arbeidsvoorwaarden heeft) dan werknemers die in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst zijn van de opdrachtgever.

Bij de toepassing van bepalingen in Titel 10 Boek 7 BW inzake de zorgplicht voor veiligheid en het welzijn van de werknemer en de opbouw van ontslagbescherming bij het aangaan van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is bij uitzending sprake van pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid. Bovendien kan de inlener, wanneer hij de uitzendwerknemer betreft van een niet-gecertificeerd uitzendbureau, op grond van artikel 7:692 BW door de uitzendkracht worden aangesproken tot voldoening van het voor hem geldende loon op grond van de WMM. In arbeidswetgeving buiten het BW op het gebied van de veiligheid en het welzijn van de werknemer en de bestrijding van illegaliteit en misbruik bij de tewerkstelling van derdelanders geldt de inlener als werkgever van de uitzendwerknemer in plaats van of naast de uitzendwerkgever. Nu in, of op basis van deze wetgeving regels zijn gesteld met betrekking tot de wijze of de voorwaarden waarop feitelijk arbeid wordt of mag worden verricht, sluit het in deze wetgeving gehanteerde werkgeversbegrip niet aan bij het werkgeversbegrip bij uitzending op grond van artikel 7:690 BW.

Detachering

Verricht de werknemer, anders dan in het kader van de door zijn contractuele werkgever op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie, arbeid in de onderneming van een ander dan de contractuele werkgever, dan is, zo volgt uit de wetsgeschiedenis, geen sprake van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. Bij dergelijke arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen, die veelal onder de noemer detachering worden geschaard (al wordt bij langdurige terbeschikkingstelling van de uitzendkracht aan een opdrachtgever van het uitzendbureau ook wel van detachering gesproken), wordt door partijen vanaf het begin een meer bestendige, langdurige driehoeksverhouding beoogd. Dit is bijvoorbeeld aan de orde bij intra-concern detachering door een personeels-BV (of andere centrale werkgever binnen een groep)

en bij payrolling. Op de voet van het hiervoor door mij gestelde ten aanzien van de kwalificatie van de werkgever zou in een situatie als deze de detacherende werkgever kunnen worden gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW wanneer uit de rol die hij speelt bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst kan worden afgeleid dat in werkelijkheid een arbeidsovereenkomst tussen hem en de werknemer is beoogd. Indien uit de feiten en omstandigheden volgt dat het werkgeverschap van de detacherende werkgever niet een dergelijke zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft, moet naar mijn mening door de contractuele afspraken worden heengekeken en in plaats daarvan de feitelijke werkgever worden gekwalificeerd als werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW.

Wanneer de detacherende werkgever die geen allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt wel kan worden gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW, is het verlichte arbeidsrechtelijke regime van artikel 7:691 BW (en Bijlage B Ontslagbesluit) niet van toepassing omdat dan geen sprake is van uitzending in de zin van artikel 7:690 BW. Anderzijds kan de werknemer de feitelijke werkgever, de eigenaar of exploitant van de onderneming waarbij hij is gedetacheerd, ook niet aanspreken tot voldoening van het minimumloon op grond van artikel 7:692 BW. Wel geldt de feitelijke werkgever op grond van artikel 7:658 lid 4 BW en op basis van het werkgeversbegrip in arbeidswetgeving buiten het BW op het gebied van de veiligheid en de bestrijding van illegaliteit en misbruik bij de tewerkstelling van derdelanders als werkgever van de gedetacheerde werknemer in plaats van of naast de detacherende werkgever. Voorts sluiten de ruime definitiebepalingen van de Waadi niet uit dat de Waadi eveneens van toepassing zou kunnen zijn in de situatie waarin de detachering niet zou kunnen worden gekwalificeerd als uitzending ex artikel 7:690 BW. Wanneer de gedetacheerde werknemer de arbeid verricht onder toezicht en leiding van de feitelijke werkgever zou hij op grond van de Waadi onder meer recht hebben op hetzelfde loon als door de feitelijke werkgever wordt betaald aan eigen werknemers in gelijke of gelijkwaardige functies en geldt op grond van artikel 9a een belemmeringsverbod. De gevolgen van het van toepassing zijn van de Waadi zullen echter beperkt zijn wanneer alle in de onderneming van de feitelijke werkgever werkzame werknemers (of alle werknemers in bepaalde functiecategorieën) in dienst zijn van de detacherende contractuele werkgever. In dat geval is immers geen sprake van werknemers die (in gelijke of gelijkwaardige functies) in dienst zijn van de feitelijke werkgever met wier arbeidsvoorwaarden de arbeidsvoorwaarden van de gedetacheerde werknemer moeten worden gelijkgesteld. Dat zal bij detachering vaker aan de orde kunnen zijn, gelet op het meer bestendige, langdurige karakter hiervan.

Overgang van onderneming

Bij overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW is op grond van artikel 7:663 BW sprake van opvolgend werkgeverschap. De arbeidsovereenkomst van de in de overgaande onderneming werkzame werknemer met de exploitant van die onderneming gaat van rechtswege over naar de nieuwe exploitant van de onderneming. Het enkel door een ander dan de werkgever voortzetten van de onderneming waarin de werknemer werkzaam is, leidt tot de overgang

van rechtswege van de arbeidsovereenkomst van de werknemer naar de nieuwe exploitant van de onderneming. Daarnaast is bij overgang van onderneming sprake van gelijktijdige pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid omdat de overgegane werknemer zijn voormalige werkgever gedurende een jaar na de overgang van de arbeidsovereenkomst naast de nieuwe werkgever hoofdelijk kan aanspreken voor de tot het tijdstip van de overgang uit zijn arbeidsovereenkomst voortgevloede verplichtingen.

Nergens in Titel 10 Boek 7 BW gaat pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid zo ver als bij overgang van onderneming. De opvolgende (werkgevers)aansprakelijkheid bij overgang van onderneming is niet beperkt tot bepaalde uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, maar heeft betrekking op alle uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen. Omdat echter op grond van de redactie van artikel 7:663 BW de arbeidsovereenkomst van de werknemer met de voormalige exploitant van de onderneming overgaat, zou de werknemer die anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst met de exploitant van de onderneming werkzaam is in de onderneming, geen bescherming ontlenen aan de artikelen 7:662 e.v. BW bij de overgang van die onderneming. Dat geldt niet voor de uitzendkracht die in het kader van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW feitelijk werkzaam is in de onderneming van de opdrachtgever van het uitzendbureau. Voor de toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW wordt de uitzendkracht beschouwd als een in de onderneming van het uitzendbureau werkzame werknemer. Dat betekent dat zijn arbeidsovereenkomst van rechtswege overgaat op grond van artikel 7:663 BW wanneer de onderneming van het uitzendbureau overgaat. Deze onderneming hangt samen met de door het uitzendbureau vervulde allocatiefunctie op de arbeidsmarkt, dat wil zeggen, het door het uitzendbureau bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van (een bepaald type) arbeid. Daarbij gaat het volgens het Hof van Justitie om knowhow op het gebied van uitzending, een op de organisatie van het uitlenen van werknemers toegesneden administratie en een bestand aan uitzendkrachten die in de inlenende ondernemingen passen en voor de inleners de gewenste werkzaamheden kunnen verrichten.

Wanneer de contractuele werkgever geen allocatiefunctie (meer) vervult op de arbeidsmarkt en uitsluitend fungeert als de juridische en administratieve werkgever van de werknemer, zou de in de onderneming van een feitelijke werkgever tewerkgestelde werknemer nooit van rechtswege mee overgaan op grond van artikel 7:663 BW. Dit omdat de activiteiten van de contractuele werkgever dan voor de toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW niet kunnen worden beschouwd als de onderneming waarin de werknemer werkzaam is en omdat hij geen arbeidsovereenkomst heeft met de exploitant van de onderneming waarbij hij is tewerkgesteld. Dat was tot voor kort onder meer aan de orde bij intra-concern detachering door een personeels-BV. In het Albron-arrest oordeelde het Hof van Justitie echter dat de permanent bij een door een andere groepsmaatschappij dan zijn contractuele werkgever geëxploiteerde onderneming tewerkgestelde werknemer van rechtswege mee overgaat bij de overgang van de onderneming van die groepsmaatschappij op grond van de tussen hen bestaande "arbeidsbetrekking" in de zin van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn overgang van

onderneming. Omdat de relatie tussen de intra-concern gedetacheerde werknemer en de groepsmaatschappij waarbij hij gedetacheerd is geen juridische status heeft in het Nederlandse arbeidsrecht impliceert dit dat de uit de arbeidsovereenkomst van de werknemer met de intra-concern detacherende groepsmaatschappij voortvloeiende rechten en verplichtingen van rechtswege overgaan naar de verkrijger van de onderneming van de groepsmaatschappij waarbij hij is tewerkgesteld.

Als gevolg van het Albron-arrest is dus voor het van rechtswege overgaan van de arbeidsovereenkomst van de in de overgaande onderneming werkzame werknemer niet (meer) vereist dat een arbeidsovereenkomst bestaat met de exploitant van de onderneming. Het Hof Amsterdam heeft het oordeel van het Hof van Justitie in zijn verwijzingsarrest zo uitgelegd dat onder werkgever in artikel 7:663 BW zowel de contractuele werkgever, de intra-concern detacherende groepsmaatschappij, als de niet-contractuele werkgever, de groepsmaatschappij waarbij de werknemer is tewerkgesteld, kan worden verstaan. Het ruimere werkgeversbegrip op grond van artikel 7:663 BW bij overgang van onderneming vormt daarmee de meest recente uitbreiding van het werkgeversbegrip voor de toepassing van een bepaling in Titel 10 Boek 7 BW. Mijns inziens geldt deze uitbreiding niet alleen in geval van intra-concern detachering, maar kan deze ook van toepassing zijn in situaties waarin de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW en de exploitant van de onderneming waarbij de werknemer permanent is tewerkgesteld niet behoren tot dezelfde groep. Bepalend hierbij is naar mijn mening het antwoord op de vraag of de werknemer voor de toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW kan worden aangemerkt als werkzaam in de onderneming van de contractuele werkgever. Wanneer dit het geval is (zoals bij uitzending door een uitzendbureau met een allocatiefunctie) gaat de werknemer niet mee over bij de overgang van de onderneming van de niet-contractuele werkgever. Luidt dit antwoord ontkennend (zoals het geval is bij intra-concern detachering), dan gaat de arbeidsovereenkomst van de bij de niet-contractuele werkgever tewerkgestelde werknemer wel van rechtswege mee over bij de overgang van de onderneming van de niet-contractuele werkgever. Dat laatste kan mijns inziens eveneens aan de orde zijn bij payrolling, als aangenomen zou worden dat het payrollbedrijf de werkgever is ex artikel 7:610 lid 1 BW, en bij uitzending of detachering door een uitzendbureau dat op het tijdstip van de overgang van de onderneming van de inlener geen allocatiefunctie meer vervult op de arbeidsmarkt en uitsluitend nog fungeert als de juridische en administratieve werkgever van de bij haar in dienst zijnde werknemers.

Met het van rechtswege mee overgaan van de uit de arbeidsovereenkomst van de werknemer voortvloeiende rechten en verplichtingen wordt beoogd te voorkomen dat de overgang van de onderneming leidt tot zijn ontslag of tot een verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden. Mijns inziens zijn eveneens situaties denkbaar waarin de werknemer niet gebaat is bij het van rechtswege mee overgaan van zijn arbeidsovereenkomst naar de nieuwe exploitant van de onderneming. Dat kan aan de orde zijn bij (i) de overgang van de onderneming naar een minder solvante nieuwe exploitant (dan wel een stroman), (ii) wanneer de werknemer gedeeltelijk werkzaam is in het overgaande onderdeel van een onderneming en/of bij (iii) de overgang van een onderneming die deel uitmaakt van een groep. Deze situaties vormen naar mijn

mening redenen voor de wetgever om na te denken over de introductie van een Nederlandse variant van het in het Duitsland geldende “Widerspruchsrecht” van de werknemer bij overgang van onderneming. Op grond van een dergelijk Widerspruchsrecht zou de werknemer er in deze situaties voor kunnen kiezen in dienst te blijven bij de vervreemder omdat hij dan niet gebaat is bij het van rechtswege mee overgaan van zijn arbeidsovereenkomst naar de nieuwe exploitant van de onderneming.

De tweede vraag

Wat is voor werknemers de betekenis van de bescherming van schuldeisers en contractspartijen in het ondernemingsrecht in geval van het groepslidmaatschap of de fusie of splitsing van de werkgever en hoe verhoudt deze vennootschapsrechtelijke bescherming zich tot de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers in deze situaties?

Een rechtspersoon is als juridische fictie zelfstandig drager van rechten en verplichtingen. De wilsautonomie en de contractsvrijheid uit het algemene vermogens- en verbintenissenrecht zijn onverkort van toepassing op overeenkomsten waarbij één of meer rechtspersonen partij zijn. Hoewel in bepaalde situaties op grond van bepalingen in Boek 2 BW, of op grond van onrechtmatige daad sprake kan zijn van bestuurdersaansprakelijkheid, is de bestuurder (of feitelijke beleidsbepaler) van de rechtspersoon in beginsel niet aansprakelijk jegens schuldeisers en contractspartijen van de rechtspersoon. Ook de arbeidsovereenkomst met een rechtspersoon creëert derhalve uitsluitend rechten en verplichtingen voor de rechtspersoon die partij is bij de overeenkomst. Dat is op zich niet anders wanneer de rechtspersoon deel uitmaakt van een groep. Een andere natuurlijke of rechtspersoon kan in beginsel slechts worden gehouden tot nakoming van verplichtingen van de rechtspersoon wanneer hij deze aansprakelijkheid aanvaardt, of wanneer hij partij wordt bij de overeenkomst waaruit deze verplichtingen voor de rechtspersoon voortvloeien. Dat laatste geschiedt dan in de vorm van partijopvolging onder bijzondere of algemene titel, of door de aanvaarding van een in de overeenkomst opgenomen derdenbeding door die natuurlijke of rechtspersoon.

Pluraliteit van aansprakelijkheid op grond van Boek 2 BW in groepsverhoudingen

Hoewel aansprakelijkheidsbeperking de belangrijkste reden vormt voor deelname aan het economische verkeer in de hoedanigheid van een kapitaalvennootschap, dient het rechtspersonenrecht van Boek 2 BW niet uitsluitend als facilititeit voor ondernemers. In Boek 2 BW worden eveneens de belangen van onder meer schuldeisers en contractspartijen van de rechtspersoon beschermd. Met de in Boek 2 BW neergelegde kapitaalbescherming en voorschriften inzake de openbaarmaking van de jaarstukken wordt aan schuldeisers en contractspartijen van de rechtspersoon zekerheid en inzicht gegeven omtrent de financiële positie van hun wederpartij. Wanneer de rechtspersoon deel uitmaakt van een groep kan gebruik worden gemaakt van vrijstellingen van enkele van deze voorschriften. Daar staat tegenover dat door de moedermaatschappij aansprakelijkheid moet worden aanvaard voor uit rechtshandelingen van de vrijgestelde groepsmaatschappij voortvloeiende schulden. Met deze aansprakelijkheid van de moedermaatschappij worden de schuldeisers en

contractspartijen van de vrijgestelde groepsmaatschappij gecompenseerd voor het gebrek aan inzicht in de financiële situatie van hun wederpartij. Onder uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden vallen ook verplichtingen die voortvloeien uit door de groepsmaatschappij aangegane arbeidsovereenkomsten. De moedermaatschappij is dan naast de groepsmaatschappij (hoofdelijk) aansprakelijk jegens deze werknemers. Wanneer werknemers van de groepsmaatschappij zich in rechte beriepen op deze aansprakelijkheid ging het telkens om de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van een door haar gedeponeerde 403-verklaring. Rechters legden de omvang en reikwijdte van deze aansprakelijkheid dan ruim uit. Elke verplichting die de groepsmaatschappij had als werkgever van de betrokken werknemers werd geacht te vallen onder de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van de door haar gedeponeerde 403-verklaring.

'Pluraliteit van aansprakelijkheid' op grond van onrechtmatige daad in groepsverhoudingen

Ofschoon risicospreiding op zichzelf een geoorloofd motief kan zijn voor groepsvorming, mag dit niet leiden tot het ontlopen van aansprakelijkheid in de vorm van het misbruik maken van (de grenzen van de) rechtspersoonlijkheid van de verschillende groepsmaatschappijen, of van de zeggenschapsverhoudingen binnen de groep. In dat geval kan sprake zijn van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de moedermaatschappij jegens de schuldeiser of contractspartij van haar groepsmaatschappij indien haar een ernstig verwijt kan worden gemaakt van de niet-nakoming door de groepsmaatschappij. Anders dan bij de voormelde aansprakelijkheid van de moedermaatschappij als voorwaarde voor het gebruik maken van een vrijstelling uit Boek 2 BW is hier sprake van een schadeaansprakelijkheid. De moedermaatschappij is dus niet hoofdelijk aansprakelijk naast de groepsmaatschappij, maar aansprakelijk voor de schade die een schuldeiser of contractspartij leidt als gevolg van de niet-nakoming door de groepsmaatschappij. In de lagere rechtspraak is verschillende malen geoordeeld dat de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk was jegens een werknemer van haar groepsmaatschappij. Evenals bij de hiervoor besproken hoofdelijke aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van haar 403-verklaring ging het hierbij meestal om door de groepsmaatschappij aan haar werknemers verschuldigde ontslagvergoedingen.

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 leidde de omstandigheid dat een werknemer zich beriep op aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de moedermaatschappij, niet tot een snellere toewijzing van de vordering. In dit opzicht kan de in paragraaf 6.6.5 besproken Nacap-zaak (vooralsnog) als een witte raaf worden beschouwd. Hierin werd geoordeeld dat de moedermaatschappij een eigen verantwoordelijkheid had jegens werknemers van haar groepsmaatschappijen terzake van uit hun arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen die waren ontstaan als gevolg van haar bemoeienis met de bedrijfsvoering van deze groepsmaatschappijen. Omdat de moedermaatschappij geen ernstig verwijt werd gemaakt van de niet-nakoming

door de groepsmaatschappijen, werd de in de Nacap-zaak aangenomen doorbraak van aansprakelijkheid in feite uitsluitend gebaseerd op de (intensieve) invloed van de moedermaatschappij op de bedrijfsvoering van haar groepsmaatschappijen. Daarom komt de in de Nacap-zaak geïntroduceerde eigen verantwoordelijkheid van de moedermaatschappij voor de arbeidsrechtelijke gevolgen van haar intensieve bemoeienis met de bedrijfsvoering van haar groepsmaatschappij naar mijn mening neer op een vorm van toerekening van werkgeversaansprakelijkheid. Toerekening van werkgeversaansprakelijkheid vindt in groepsverhoudingen ook plaats zonder dat daarbij sprake is van een doorbraak van aansprakelijkheid. Deze komt er dan op neer dat bij de toepassing van arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving op het gebied van ontslag, rekening wordt gehouden met – de financiële situatie van – de groep in haar geheel of met eerdere arbeidsovereenkomsten met andere groepsmaatschappijen. Dit rekening houden met het groepslidmaatschap van de werkgever geschiedt in deze situaties op grond van de redelijkheid en billijkheid en/of in het kader van een redelijke wetstoepassing.

Intra-concern detachering

Als de binnen een groep werkzame werknemers op basis van arbeidsovereenkomsten met een personeels-BV (of andere centrale werkgever binnen een groep) worden tewerkgesteld bij de andere tot de groep behorende werkmaatschappijen, wordt deze personeels-BV beschouwd als werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW (zie hierover paragraaf 6.7.2 en 6.7.3). In deze situatie is geen sprake van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, maar worden, zoals hiervoor aan de orde kwam, in arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving in en buiten het BW wel consequenties verbonden aan de omstandigheid dat de werknemer de arbeid verricht in de onderneming van een ander dan zijn contractuele werkgever. Bovendien kan ook in deze situatie sprake zijn van pluraliteit van aansprakelijkheid op grond van Boek 2 BW, op grond van een doorbraak van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, of op grond van de hiervoor besproken toerekening van werkgeversaansprakelijkheid in groepsverhoudingen.

Pluraliteit van aansprakelijkheid en fusie en (af)splitsing

Niet alleen het groepslidmaatschap van de werkgever kan meebrengen dat sprake is van pluraliteit van aansprakelijkheid op basis van bepalingen in Boek 2 BW. Dat is eveneens aan de orde bij een vennootschapsrechtelijke structuurwijziging in de vorm van een fusie of splitsing. De vermogensovergang onder algemene titel bij fusie of splitsing leidt ertoe dat de schuldeisers en contractspartijen van de bij een fusie of (af)splitsing betrokken rechtspersoon, zonder dat zij hier invloed op hebben, te maken krijgen met een (andere) wederpartij met een ingrijpend gewijzigde vermogenspositie. Daarom bevat Boek 2 BW enkele specifieke bepalingen waarin de belangen worden beschermd van schuldeisers en contractspartijen van de rechtspersonen die betrokken zijn bij een fusie of splitsing.

Ook de werknemer die een arbeidsovereenkomst heeft (of heeft gehad) met een bij een fusie of (af)splitsing betrokken rechtspersoon komt als schuldeiser of contractspartij van deze rechtspersoon een beroep toe op deze schuldeisersbescherming in

Boek 2 BW. In hoofdstuk 7 constateerde ik dat in de rechtspraak geen voorbeelden zijn te vinden van een beroep op deze bepalingen door of namens (ex)werknemers van een bij een fusie of (af)splitsing betrokken rechtspersoon. Nu ook een beroep door andere schuldeisers of contractspartijen op deze bepalingen slechts een enkele maal aan de orde is geweest in de rechtspraak, is betoogd dat de normerende werking die van deze bepalingen uitgaat, maakt dat in de fusie- en (af)splitsingsvoorstellen voldoende rekening wordt gehouden met de positie van schuldeisers en contractspartijen van de bij de fusie of (af)splitsing betrokken rechtspersonen. Wat de positie van de werknemer betreft, komt daar (behalve dat de onbekendheid van deze bepalingen bij arbeidsrechtjuristen wellicht onbemind maakt) bij dat wanneer de arbeidsovereenkomst bij de fusie of (af)splitsing overgaat naar een verkrijgende rechtspersoon vrijwel altijd sprake zal zijn van overgang van onderneming. De arbeidsovereenkomst gaat dan (eveneens) van rechtswege over bij de fusie of (af)splitsing op grond van de artikelen 7:662 e.v. BW. Hoewel de arbeidsovereenkomst van de werknemer op grond van beide regelingen automatisch overgaat, hebben de gelijktijdig van toepassing zijnde fusie of splitsingsregeling en de artikelen 7:662 e.v. BW niet dezelfde gevolgen voor de overgaande werknemer. Op grond van de fusie- en splitsingsregeling in Boek 2 BW wordt de werknemer na de overgang van zijn arbeidsovereenkomst niet beschermd tegen ontslag of een verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden wegens de fusie of (af)splitsing. Ook een recht op informatie als in artikel 7:665a BW voor de werknemer bij overgang van onderneming ontbreekt in de fusie- en splitsingsregeling. Daar staat tegenover dat op grond van de fusie- en splitsingsregeling, anders dan bij overgang van onderneming (op grond van artikel 7:664 BW), de pensioentoezeggingen en spaarregelingen van de overgaande werknemers onder algemene titel overgaan.

Fusie- en splitsingsregeling en artikelen 7:662 e.v. BW niet naast elkaar van toepassing? Bij fusie en splitsing is sprake van pluraliteit van werkgeverschap als gevolg van de wijziging van de vennootschapsrechtelijke structuur van de werkgever. Aan de pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid die in deze situatie bestaat op grond van zowel de artikelen 7:662 e.v. BW als de fusie- en splitsingsregeling liggen in het BW geïmplementeerde Europese richtlijnen ten grondslag. Met de Richtlijn overgang van onderneming wordt uitgesloten dat de omstandigheid dat de onderneming wordt voortgezet door een andere exploitant een grond kan zijn voor het ontslag of een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden van de in die onderneming werkzame werknemer. In de aan de fusie- en splitsingsregeling ten grondslag liggende vennootschapsrichtlijnen wordt gewaarborgd dat een fusie of (af)splitsing niet een verslechtering van de contractuele en verhaalspositie van de schuldeisers en contractspartijen van de bij de fusie en (af)splitsing betrokken rechtspersonen impliceert. De bescherming van de overgaande werknemer bij fusie en (af)splitsing werd niet in de betrokken vennootschapsrichtlijnen zelf geregeld, maar in de Richtlijn overgang van onderneming. Bij de totstandkoming van de fusierichtlijn werd hierover meegedeeld dat de gevolgen voor de werknemers van de overgang van de arbeidsovereenkomsten als gevolg van de fusie te omvangrijk werden geacht om binnen het raamwerk van deze richtlijn te regelen. Om die reden werd besloten de gevolgen en de positie van de bij fusie overgaande werknemer in een aparte richtlijn te regelen

en deze ook van toepassing te laten zijn op andere situaties waarin de onderneming wordt voortgezet door een andere ondernemer. Op grond hiervan kan worden betoogd dat het de bedoeling van de Europese wetgever is geweest de positie van de als gevolg van een fusie (of splitsing) van hun werkgever overgaande werknemers te regelen in de Richtlijn overgang van onderneming. Op een als gevolg van een fusie of (af)splitsing overgaande werknemer zou dan uitsluitend de Richtlijn overgang van onderneming van toepassing zijn. De arbeidsovereenkomst van deze werknemer zou dan dus niet tevens onder algemene titel overgaan op grond van Boek 2 BW, maar uitsluitend van rechtswege op grond van artikel 7:663 BW en hij zou zich dan evenmin kunnen beroepen op de schuldeisersbeschermingsbepalingen in de fusie- of splitsingsregeling. Als gevolg van de wijze waarop de Richtlijn overgang van onderneming en de fusie- en splitsingsrichtlijn in het BW zijn geïmplementeerd, zou een dergelijke exclusieve toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW wel ingrijpen van de wetgever vergen. Voor dat laatste bestaan naar mijn mening goede gronden, gelet op de verschillende gevolgen die de gelijktijdige toepassing van deze regelingen heeft. Met een exclusieve toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW bij fusie of (af)splitsing zou mijns inziens een beter evenwicht worden gebracht in de belangen van werkgever en werknemer in deze situaties. De werknemer wiens arbeidsovereenkomst niet overgaat bij de fusie of (af)splitsing, en die dus niet van rechtswege overgaat op grond van artikel 7:663 BW, zou zich dan wel moeten kunnen beroepen op de schuldeisersbeschermingsbepalingen in de fusie- of splitsingsregeling.

De derde vraag

Wordt in het recht voldoende tegemoetgekomen aan de belangen van de werkgever en de werknemer in situaties waarin aan werkgeverskant gelijktijdig of opvolgend verschillende partijen zijn betrokken bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst?

De verandering in de rol en hoedanigheid van de werkgever en de werknemer als partijen bij de arbeidsovereenkomst hebben in de hand gewerkt dat de werknemer steeds vaker arbeid verricht in een onderneming die in eigendom is, of wordt geëxploiteerd door een ander dan de partij waarmee hij zich in een arbeidsovereenkomst verbond. Hoewel hier niet ter discussie staat dat sprake is van een arbeidsovereenkomst en de werknemer dientengevolge een werknemer is in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW, is van belang welke partij in deze situatie voor de toepassing van Titel 10 Boek 7 BW als de civielrechtelijke werkgever wordt gekwalificeerd. In verschillende bepalingen in Titel 10 Boek 7 BW is de daarin neergelegde arbeidsrechtelijke bescherming immers gekoppeld aan het werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Deze arbeidsrechtelijke bescherming zou niet het daarmee beoogde effect hebben wanneer de werkgever niet dezelfde is of blijft als die eigenaar of exploitant van de onderneming.

Voor de vennootschapsrechtelijke bescherming die de werknemer geniet als schuldeiser of contractspartij van een groepsmaatschappij of van een fuserende of (af)splitsende wederpartij heeft de omstandigheid dat hij zich in een arbeidsovereenkomst verbindt met een ander dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij

de arbeid verricht op zich geen consequenties. Schuldeisers en contractspartijen van de groepsmaatschappij worden beschermd tegen een gebrek aan inzicht in de financiële positie van de groepsmaatschappij wanneer gebruik wordt gemaakt van een groepsvrijstelling uit Boek 2 BW en tegen niet-nakoming door de groepsmaatschappij als gevolg van een door de moedermaatschappij gemaakt misbruik van haar invloed op de groepsmaatschappij. Schuldeisers en contractspartijen van een bij een fusie of splitsing betrokken rechtspersoon worden beschermd tegen de eventuele nadelige gevolgen die de, als gevolg van de fusie of splitsing, ingrijpend gewijzigde vermogenspositie van hun wederpartij voor hen heeft. Deze 'vennootschapsrechtelijke pluraliteit van aansprakelijkheid' heeft niet specifiek betrekking op uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen en hierbij is dus niet relevant of de werkgever als schuldenaar of contractuele wederpartij de eigenaar of exploitant is of blijft van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. De werknemer geniet deze vennootschapsrechtelijke bescherming als schuldeiser of contractspartij van de werkgever en deze komt, zoals bleek in de hoofdstukken 6 en 7, als het ware 'bovenop' de arbeidsrechtelijke bescherming die hij geniet als werknemer in de zin van Titel 10 Boek 7 BW. Desondanks legt de rechter deze vennootschapsrechtelijke bescherming soms ruimer uit in de situatie waarin een werknemer zich hier als schuldeiser of contractspartij van de rechtspersoon op beroept.

Om te voorkomen dat in situaties van pluraliteit van werkgeverschap arbeidsrechtelijke bescherming verloren gaat, worden in of bij de toepassing van enkele bepalingen uit Titel 10 Boek 7 BW consequenties verbonden aan de omstandigheid dat de contractuele werkgever niet dezelfde is of blijft als de partij in wier onderneming de werknemer de arbeid verricht. Op grond van deze wetsbepalingen is dan sprake van gelijktijdige pluraliteit van aansprakelijkheid of opvolgende (werkgevers)aansprakelijkheid. Deze werd in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw aangenomen door de Hoge Raad en in het kader van de Wet flexibiliteit en zekerheid gecodificeerd in Titel 10 Boek 7 BW. Daarbij zal het waarschijnlijk niet blijven. Aanleiding hiervoor vormt het in hoofdstuk 5 besproken arrest van het Hof Amsterdam naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie in de Albron-zaak waarin bij overgang van onderneming de groepsmaatschappij waarbij de werknemer intra-concern was gedetacheerd, werd aangemerkt als werkgever in de zin van artikel 7:663 BW. Dit ruimere werkgeversbegrip bij overgang van onderneming is naar mijn mening niet verenigbaar met de redactie van artikel 7:663 BW. Bovendien kunnen de overwegingen van het Hof van Justitie in het Albron-arrest in geval van overgang van onderneming ook gevolgen hebben voor andere arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen dan intra-concern detachering waarbij de werknemer permanent is tewerkgesteld bij de onderneming van een feitelijke werkgever.

De toepassing van andere arbeidsrechtelijke bepalingen die gekoppeld zijn aan het werkgeverschap van de exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht in situaties van pluraliteit van werkgeverschap is tot dusver niet of nauwelijks aan de orde geweest in de rechtspraak. Ik noem in dat kader de verplichtingen van de werkgever op grond van artikel 7:611 BW, de reïntegratieverplichtingen van werkgever en werknemer bij arbeidsongeschiktheid op grond van

artikel 7:658a BW en 7:660a BW, de bijzondere opzegverboden van artikel 7:670 BW, de beoordeling van de kennelijke onredelijkheid van het ontslag ex artikel 7:681 BW of een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex artikel 7:685 BW en de toepassing van de WAA, de WAZO en de WMCO. Ik acht niet uitgesloten dat ook hier spanning kan ontstaan bij een verdere 'contractualisering' van de werkgever als partij bij de arbeidsovereenkomst en de 'ontkoppeling' van het contractuele en feitelijke werkgeverschap die hiervan het gevolg zal zijn. Dat geldt tevens voor de ontslagbescherming van de in de onderneming van een ander dan de contractuele werkgever tewerkgestelde werknemer. Bij een reorganisatie binnen die onderneming wordt deze werknemer minder beschermd omdat hij – anders dan de wél bij deze feitelijke werkgever in dienst zijnde werknemers – in beginsel geen anciënniteit opbouwt bij de feitelijke werkgever. Wanneer de feitelijke werkgever de tewerkstelling van de werknemer in zijn onderneming beëindigt, beschouwt het UWV WERKbedrijf dit doorgaans als een bedrijfseconomische grond voor het ontslag van de werknemer door de contractuele werkgever. De gronden voor de beëindiging van de tewerkstelling van de werknemer bij de feitelijke werkgever die de achterliggende redenen vormen voor het ontslag van de werknemer worden dan niet onderzocht. De werknemer die geen arbeidsovereenkomst heeft met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht, heeft dan minder ontslagbescherming dan de werknemer die wel in dienst is van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht.

Als een cao van toepassing is op grond van artikel 9 Wet CAO of op grond van artikel 2 Wet AVV, is de werkgever verplicht deze cao toe te passen op zijn eigen werknemers. Dat wil zeggen, op de werknemers met wie hij een arbeidsovereenkomst in de zin van Titel 10 Boek 7 BW is aangegaan. Daarmee is deze verplichting tot toepassing van de cao volledig afhankelijk van het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer. De ontkoppeling van het contractuele en het feitelijke werkgeverschap in situaties van gelijktijdige pluraliteit van werkgeverschap zou daardoor ook gevolgen hebben voor de werking van het cao-recht en daarmee voor het hele proces van collectieve arbeidsvoorwaardenvorming. De contractuele werkgever is slechts verplicht een cao toe te passen wanneer hij zelf aan de cao is gebonden of wanneer zijn onderneming of activiteit onder de werkingssfeer valt van een algemeen verbindend verklaarde cao. Ook wanneer de werknemers van de contractuele werkgever (langdurig en exclusief) werkzaam zijn in de onderneming van een feitelijke werkgever en deze feitelijke werkgever door lidmaatschap gebonden is aan een (bedrijfstak-)cao, ofwel een onderneming exploiteert die valt onder de werkingssfeer van een algemeen verbindend verklaarde (bedrijfstak-)cao, is deze cao op hen niet van toepassing omdat zij in dienst zijn van de contractuele werkgever. Daardoor komt deze werknemers in beginsel geen beroep toe op de in een bedrijfstak-cao gemaakte afspraken die specifiek betrekking hebben op het werken in een onderneming als die van de feitelijke werkgever. Zij kunnen dan bijvoorbeeld geen beroep doen op de voor die bedrijfstak geldende voorzieningen op het gebied van pensioenafspraken, kinderopvang en scholing. Deze werknemers zouden dan in eenzelfde positie komen te verkeren als de uitzendkracht, met dien verstande dat dit dan niet wordt gerechtvaardigd door het feit dat de werknemers werkzaam zijn in de 'eigen' op

allocatie van arbeidskrachten gerichte onderneming van de contractuele werkgever. Ook wanneer zou worden aangenomen dat de werknemer in deze situatie via de Waadi een beroep zou toekomen op arbeidsvoorwaarden uit de binnen de bedrijfstak van de feitelijke werkgever van toepassing zijnde cao, blijft dit beperkt tot de (essentiële) arbeidsvoorwaarden en tot de bedrijfsvoorzieningen van de feitelijke werkgever. Bovendien zal een mogelijk beroep op de Waadi bij een verdere ont koppeling van het contractuele en het feitelijke werkgeverschap minder relevant worden omdat dan in steeds mindere mate sprake zal zijn van werknemers die in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst zijn van de feitelijke werkgever.

8.3 Slot

In situaties van pluraliteit van werkgeverschap worden de nadelen, die de werknemer zou kunnen ondervinden van de wijze waarop de arbeidsovereenkomst contractueel is ingericht, in veel gevallen weggenomen in of bij de toepassing van de betrokken wet- en regelgeving. Voor zover de wetgeving in deze situaties geen oplossing biedt, bestaat zowel bij de Europese als de nationale rechter vaak bereidheid wetsbepalingen ruim te interpreteren of creatief uit te leggen. Daarmee wordt voorkomen dat de werknemer met de schade blijft zitten en wordt de partij die aan werkgeverskant voordeel heeft van de (afwijkende) wijze waarop de arbeidsovereenkomst contractueel is ingericht, aansprakelijk gehouden voor het als gevolg hiervan door de werknemer geleden nadeel. Bij de kwalificatie van de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW wordt in deze situaties wel aangesloten bij de in dat kader door partijen gemaakte contractuele afspraken.

In arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarin de contractuele werkgever een zelfstandige en inhoudelijke rol speelt bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, zoals bij uitzending en sommige andere vormen van detachering, wordt mijns inziens met de in de hoofdstukken 4 en 5 onderzochte pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid op adequate wijze gewaarborgd dat geen arbeidsrechtelijke bescherming verloren gaat die is gekoppeld aan het werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Dat geldt eveneens voor intra-concern detachering door een personeels-BV. Binnen deze arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding geeft de economische realiteit van de groep betekenis aan het werkgeverschap van de contractuele werkgever. In het verlengde hiervan zou kunnen worden betoogd dat bij de kwalificatie van de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW volledig kan worden aangesloten bij de daarover door partijen gemaakte contractuele afspraken. De werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW is dan de partij die zich in die hoedanigheid contractueel heeft verbonden met de werknemer. Mijns inziens is dit niet verenigbaar met het systeem van Titel 10 Boek 7 BW en met de functie die het civielrechtelijke werkgeversbegrip heeft in publiekrechtelijke arbeidswetgeving en in het cao-recht.

Hiervoor wees ik erop dat ook met de pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid in de situaties die in de vorige hoofdstukken zijn onderzocht, niet wordt voorkomen dat spanning kan ontstaan bij de toepassing van in andere arbeidswetgeving – in en

buiten Titel 10 Boek 7 BW – neergelegde voorschriften. Bij arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarin de contractuele werkgever geen zelfstandige en inhoudelijke rol speelt bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst kan dit als gevolg hebben dat arbeidsrechtelijke bescherming wordt uitgehold. Deze uitholling van arbeidsrechtelijke bescherming is met name aan de orde bij arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen die uitsluitend (of in hoofdzaak) zijn opgezet met het oog op het uit handen geven van het juridische en administratieve werkgeverschap aan een derde. Een voorbeeld van een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding waarbij dit aan de orde kan zijn, is payrolling. Bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrolling vormt het uit handen geven van het juridische en administratieve werkgeverschap aan een derde door de feitelijke werkgever de grond voor de arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding waarbij de werknemer een arbeidsovereenkomst aangaat met een payrollbedrijf. Payrolling is geen uitzending of een andere nieuwe vorm van arbeid, maar vormt een alternatief voor de arbeidsovereenkomst met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. De grond voor de payrollovereenkomst is de wens van die eigenaar of exploitant van de onderneming de door hem als belastend of belemmerend ervaren aan het werkgeverschap verbonden verplichtingen uit te besteden. Bij payrolling manifesteert de voormelde uitholling van arbeidsrechtelijke bescherming zich met name in een verminderde ontslagbescherming van de werknemer, maar deze strekt zich ook uit tot (andere) voorschriften in Titel 10 Boek 7 BW en in publiekrechtelijke arbeidswetgeving waarin wordt aangesloten bij het civielrechtelijke werkgeversbegrip. Van spanning met het cao-recht is sprake omdat het payrollbedrijf slechts verplicht is een cao toe te passen wanneer hij zelf aan die cao is gebonden of wanneer zijn onderneming of activiteit onder de werkingssfeer valt van een algemeen verbindend verklaarde cao. Daardoor zouden payrollwerknemers geen beroep kunnen doen op de voor de feitelijke werkgever geldende bedrijfstak-cao en de daarin gemaakte afspraken die specifiek betrekking hebben op het werken in een onderneming als die van de feitelijke werkgever (zoals voorzieningen op het gebied van pensioen, kinderopvang en scholing). Payrollwerknemers zouden dan in eenzelfde positie komen te verkeren als uitzendkrachten, met dien verstande dat dit niet wordt gerechtvaardigd door het feit dat de werknemers werkzaam zijn in de 'eigen' op allocatie van arbeidskrachten gerichte onderneming van de contractuele werkgever, en een beroep op de Waadi voor hen veelal geen zin zal hebben. Als gevolg hiervan heeft de arbeidsovereenkomst van de payrollwerknemer een flexibel karakter terwijl dit niet wordt gerechtvaardigd door een allocatiefunctie die de contractuele werkgever vervult op de arbeidsmarkt. Dit kan voorts als consequentie hebben dat bij payrolling aan werkgeverskant, zowel bij het payrollbedrijf als bij de feitelijke werkgever, minder bereidheid bestaat tijd en geld te investeren in de doorlopende (bij) scholing van de werknemer. Daarnaast leidt het werkzaam zijn op basis van een payrollovereenkomst ook buiten de directe sfeer van de arbeidsovereenkomst tot een nadeligere positie voor de werknemer. Een payrollwerknemer zal bijvoorbeeld als gevolg van het flexibelere karakter van zijn arbeidsovereenkomst minder snel in aanmerking komen voor een hypotheek dan een 'gewone' werknemer.

Nu wezen voor schijn gaat bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst zou de rechter door de payrollovereenkomst kunnen heen kijken bij de kwalificatie van de werkgever omdat het payrollbedrijf geen zelfstandige en inhoudelijke rol speelt bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst en deze dus in werkelijkheid niet kan zijn beoogd door partijen. De payrollwerknemer is dan in dienst (gebleven) van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht. Het ene payrollbedrijf is echter het andere niet en of bij de kwalificatie van de werkgever heengekeken zou kunnen worden door de gemaakte contractuele afspraken, zal dan per geval en met inachtneming van alle feitelijke omstandigheden moeten worden beoordeeld door de rechter. Met de rechtsonzekerheid die hiervan het gevolg zou zijn, is niemand gediend. Dat vormt mijns inziens echter geen argument om dan maar, uitsluitend op basis van die door partijen gemaakte contractuele afspraken, een arbeidsovereenkomst aan te nemen met het payrollbedrijf. Om voor de toepassing van Titel 10 Boek 7 BW als werkgever te kunnen worden gekwalificeerd, zal de payrollsector zichzelf, evenals uitzending destijds, opnieuw moeten uitvinden. Payrollbedrijven zouden betekenis kunnen geven aan het werkgeverschap door zorg te dragen voor, en knowhow te creëren op het gebied van, onder meer de (tussentijdse) scholing van de payrollwerknemer, de herplaatsing en, in geval van arbeidsongeschiktheid, de reïntegratie van de payrollwerknemer. Een verlicht arbeidsrechtelijk regime – als bij uitzending – op basis waarvan de payrollwerknemer minder ontslagbescherming heeft dan een gewone werknemer acht ik ook dan echter niet gerechtvaardigd. Anders dan bij uitzending gaat het bij payrolling om een in beginsel langdurige en exclusieve tewerkstelling bij dezelfde feitelijke werkgever en geschiedt deze niet in het kader van een door het payrollbedrijf op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie. Een verlicht arbeidsrechtelijk regime bij payrolling zou mijns inziens slechts gerechtvaardigd zijn wanneer dit deel uitmaakt van een algemene versoepeling van het ontslagrecht.