



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Pluraliteit van werkgeverschap

Zwemmer, J.P.H.

[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.

SAMENVATTING

De arbeidsovereenkomst is als bijzondere overeenkomst met een eigen regeling opgenomen in het BW. In artikel 7:610 lid 1 BW wordt de werkgever gedefinieerd als de partij in wier dienst de werknemer de arbeid verricht. Dit artikel fungeert als toegangspoort voor de regeling van de arbeidsovereenkomst in Titel 10 Boek 7 BW. Aan het door de werknemer in dienst van de werkgever verrichten van de arbeid ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werkgever de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. In verschillende situaties sluit dit uitgangspunt niet meer aan bij de realiteit. Daarvoor bestaan verschillende oorzaken. De belangrijkste zijn de opkomst van uitzending en andere detacheringsvarianten, groepsvorming en de omstandigheid dat het overdragen van ondernemingen eenvoudiger is geworden. Daardoor is (of blijft) de werkgever als gevolg van de met de werknemer gemaakte contractuele afspraken, de wet, of de wijze waarop de werkgever zich vennootschapsrechtelijk organiseert, niet dezelfde als de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. In deze situaties is sprake van pluraliteit van werkgeverschap, dat wil zeggen dat aan werkgeverskant gelijktijdig of opvolgend verschillende partijen zijn betrokken bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. Het onderwerp van deze studie is een onderzoek naar de gevolgen die deze pluraliteit van werkgeverschap heeft voor de betekenis van het juridische werkgeverschap en voor de aan het werkgeverschap gekoppelde aansprakelijkheid voor uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. Daarbij wordt een antwoord gegeven op drie uit dit thema voortvloeiende onderzoeksvragen.

In hoofdstuk 2 komen de historie van de definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 lid 1 BW en de veranderingen in de wijze waarop de arbeidsovereenkomst in de loop van de afgelopen eeuw werd geduid aan de orde. Daarbij wordt de veranderde rol en hoedanigheid van de werkgever en de werknemer als partijen bij de arbeidsovereenkomst onderzocht en besproken wat hiervan de mogelijke gevolgen zijn voor de kwalificatie van de werkgever als partij bij de arbeidsovereenkomst. In dat kader wordt tevens aandacht besteed aan de voorwaarden voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst en aan de betekenis van algemene bepalingen betreffende rechtshandelingen en overeenkomsten uit Boek 3 en Boek 6 BW voor de gebondenheid van partijen en derden aan uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen in geval van pluraliteit van werkgeverschap. Ook komt aan de orde de invloed die uitgaat van Europese en (andere) internationale verdragen op de kwalificatie van de werkgever bij de toepassing van verdragsbepalingen (of op basis daarvan uitgevaardigde richtlijnen) betreffende het verrichten van arbeid of de

inrichting van de arbeidsovereenkomst. In hoofdstuk 3 komt het werkgeversbegrip in publiekrechtelijke arbeidswetgeving aan de orde en wordt onderzocht welke functie het civielrechtelijke werkgeversbegrip heeft bij de toepassing van deze wetgeving. In de hoofdstukken 4 tot en met 7 worden situaties onderzocht waarin sprake is van pluraliteit van werkgeverschap als gevolg van de met de werknemer gemaakte contractuele afspraken, de overgang van de onderneming van de werkgever, het groeps-lidmaatschap van de werkgever en de betrokkenheid van de werkgever bij een fusie of splitsing. Aan de hand van wetgeving, wetsgeschiedenis en rechtspraak wordt onderzocht wie in deze situaties als werkgever wordt gekwalificeerd en welke andere bij de arbeidsovereenkomst betrokken partijen jegens de werknemer gehouden (kunnen) zijn tot nakoming van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.

In hoofdstuk 8 worden de in hoofdstuk 1 geformuleerde onderzoeksvragen beantwoord. Daarbij wordt aan de hand van het in de hoofdstukken 2 en 3 onderzochte werkgeversbegrip in het civiele en publieke arbeidsrecht en de in de hoofdstukken 4 tot en met 7 onderzochte situaties van pluraliteit van werkgeverschap geïnventariseerd op welke wijze rekening wordt gehouden met pluraliteit van werkgeverschap. Voorts wordt aandacht besteed aan factoren die van belang zijn of kunnen zijn bij de kwalificatie van de werkgever in deze situaties.

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 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. De vraag is of een dergelijk puur contractueel werkgeverschap, ondanks de als gevolg van economische en maatschappelijke ontwikkelingen van de afgelopen eeuw gewijzigde rollen van werkgever en werknemer binnen de arbeidsovereenkomst, verenigbaar is met het dwingendrechtelijke karakter van artikel 7:610 lid 1 BW. Ook thans zijn werkgever en werknemer op sociaal-economisch niveau niet elkaars gelijken. Daarbij heeft de Hoge Raad sinds 1997 verschillende malen geoordeeld dat wezen voor schijn gaat bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW. Denkbaar is dat dit laatste ook geldt 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 eigenaar of exploitant van de onderneming waarin werknemer de arbeid verricht. In dat geval zou de contractuele werkgever slechts dan kunnen worden beschouwd als werkgever in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW wanneer zijn rol bij de totstandkoming en de uitvoering van

de arbeidsovereenkomst voldoende betekenis heeft om aan te kunnen nemen dat werkelijk een arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever werd beoogd. In situaties van gelijktijdige pluraliteit van werkgeverschap waarin geoordeeld wordt dat het werkgeverschap van de contractuele werkgever onvoldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis heeft, zou dan moeten worden heengekeken door de contractuele afspraken die partijen maakten. Dat zou het geval zijn wanneer voornamelijk ter omzeiling van juridische en financiële consequenties van een arbeidsovereenkomst met de feitelijke werkgever een arbeidscontract werd gesloten met de contractuele werkgever.

In de hoofdstukken 4 en 5 blijkt 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.

In de definitie van de uitzendovereenkomst in artikel 7:690 BW is 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 gekwalificeerd 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 artikel 7:691 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 Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) onder meer wordt gewaarborgd dat het ontbreken van een contractuele band met de opdrachtgever voor de uitzendwerknemer niet leidt tot een lager loon in vergelijking met werknemers die in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst zijn van de opdrachtgever. Bij de toepassing van bepalingen in Titel 10 Boek 7 BW op het gebied van 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 wordt eveneens rekening gehouden met de arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding tussen de uitzendwerkgever, de opdrachtgever en de uitzendwerknemer. 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.

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 zijn 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, 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. De detacherende werkgever zou in deze situatie kunnen worden gekwalificeerd als werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW wanneer uit de rol die hij speelt bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst blijkt dat werkelijk 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, zou door de contractuele afspraken kunnen worden heengekeken en in plaats daarvan de feitelijke werkgever kunnen worden gekwalificeerd als werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW. Wanneer een dergelijke detacherende werkgever 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. Wel wordt bij de toepassing van de hiervoor genoemde bepalingen in Titel 10 Boek 7 BW en binnen het werkgeversbegrip in – voormelde – arbeidswetgeving buiten het BW rekening gehouden met de arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding tussen de detacherende werkgever, de feitelijke werkgever en de gedetacheerde werknemer. Voorts zou de Waadi van toepassing kunnen zijn wanneer de gedetacheerde werknemer de arbeid verricht onder toezicht en leiding van de feitelijke werkgever. 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.

Nergens in Titel 10 Boek 7 BW gaat pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid zo ver als bij overgang van onderneming in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW. Deze artikelen zijn gebaseerd op de Europese richtlijn inzake het behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan. Bij overgang van onderneming is de opvolgende (werkgevers)aansprakelijkheid niet beperkt tot bepaalde uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, maar heeft deze betrekking op alle uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat de overgang van de onderneming leidt tot het ontslag of een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden van de werknemer. Het enkele 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. Omdat echter op grond 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. 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.

Als de contractuele werkgever echter 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 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 andere groepsmaatschappij dan zijn contractuele werkgever tewerkgestelde werknemer op grond van zijn "arbeidsbetrekking" met die groepsmaatschappij van rechtswege overgaat bij de overgang van de onderneming van die groepsmaatschappij. 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. Deze uitbreiding van het werkgeversbegrip bij overgang van onderneming zou ook van toepassing kunnen 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 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) gaat de werknemer niet mee over bij de overgang van de onderneming van de niet-contractuele werkgever. Is dit niet het geval, 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 behalve bij intra-concern detachering ook 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.

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?

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 faciliteit 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 op het gebied van 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 hoofdelijke aansprakelijkheid wordt aanvaard voor uit rechtshandelingen van de vrijgestelde groepsmaatschappij voortvloeiende schulden. Daaronder vallen ook verplichtingen die voortvloeien uit door de groepsmaatschappij aangegane arbeidsovereenkomsten. Wanneer werknemers van de groepsmaatschappij een beroep deden op deze aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ging het telkens om aansprakelijkheid in verband met het door de groepsmaatschappij gebruikmaken van de vrijstelling van het openbaar maken van de jaarstukken. Rechter 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.

Ofschoon risicospreiding op zichzelf een geoorloofd motief kan zijn voor groepsvorming, mag dit niet leiden tot het ontlopen van aansprakelijkheid door middel 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 het gebruik maken van de jaarrekeningsvrijstelling uit Boek 2 BW door de groepsmaatschappij 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 waarin een werknemer zich beriep op aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de moedermaatschappij, leidde de omstandigheid dat hierop door een werknemer en niet door een gewone handelscrediteur van de groepsmaatschappij een beroep werd gedaan niet tot een snellere toewijzing van de vordering. Dat was anders in de in hoofdstuk 6 besproken Nacap-zaak. In deze zaak oordeelde de rechter dat de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk was jegens de werknemers van haar groepsmaatschappijen omdat zij zich had onttrokken aan haar verantwoordelijkheid voor 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, was de in deze procedure aangenomen doorbraak van aansprakelijkheid in feite uitsluitend gebaseerd op haar (intensieve) invloed op de bedrijfsvoering van haar groepsmaatschappijen. Om die reden kan 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 worden aangemerkt als 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.

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. In deze situatie is geen sprake van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, maar worden 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 voormelde pluraliteit aansprakelijkheid op grond van Boek 2 BW, van een doorbraak van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad of van de hiervoor besproken toerekening van werkgeversaansprakelijkheid in groepsverhoudingen.

Niet alleen het groepslidmaatschap van de werkgever kan meebrengen dat sprake is van pluraliteit van aansprakelijkheid op basis van bepalingen in Boek 2 BW. In hoofdstuk 7 kwam aan de orde dat dit eveneens het geval is 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 werknemers als 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. Geconstateerd werd 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. Eén van de redenen hiervoor zal zijn 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 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.

In hoofdstuk 8 is onder verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis en de uiteenlopende doelstellingen van de fusierichtlijn en de richtlijn overgang van

onderneming geconstateerd 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 exclusief te regelen in de richtlijn overgang van onderneming. Op grond hiervan is betoogd dat met een exclusieve toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW bij fusie of (af)splitsing een beter evenwicht zou worden gebracht in de belangen van werkgever en werknemer in deze situaties. De arbeidsovereenkomst van de als gevolg van een fusie of (af)splitsing overgaande werknemer zou dan niet onder algemene titel overgaan op grond van Boek 2 BW, maar van rechtswege op grond van artikel 7:663 BW en hij zou zich dan ook niet 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. 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 wel moeten kunnen (blijven) 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 moet worden aangemerkt. In verschillende bepalingen in Titel 10 Boek 7 BW is de daarin neergelegde arbeidsrechtelijke bescherming gekoppeld aan het werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Deze arbeidsrechtelijke bescherming heeft niet het daarmee beoogde effect wanneer de werkgever niet dezelfde is of blijft als die eigenaar of exploitant van de onderneming.

Dat de werknemer zich in een arbeidsovereenkomst verbindt met een ander dan de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht, heeft op zich geen consequenties voor de in de hoofdstukken 6 en 7 besproken vennootschapsrechtelijke bescherming die hij geniet als schuldeiser of contractspartij van een groepsmaatschappij of van een fuserende of (af)splitsende wederpartij. 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 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.

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 arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving. Voor zover de wetgeving in deze situaties geen oplossing biedt, bestaat zowel bij de Europese als de nationale rechter vaak de 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. De contractuele werkgever wordt dan wel gekwalificeerd als de werkgever ex artikel 7:610 lid 1 BW. In hoofdstuk 8 is betoogd dat met deze pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid 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, op adequate wijze wordt 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 intrac 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.

Bij arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen waarin de contractuele werkgever geen zelfstandige en inhoudelijke rol speelt bij de totstandkoming en uitvoering van de arbeidsovereenkomst wordt met deze pluraliteit van (werkgevers)aansprakelijkheid echter niet voorkomen dat arbeidsrechtelijke bescherming wordt uitgehold. Het werkgeverschap van de contractuele werkgever staat dan op gespannen voet 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. 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 dergelijke arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding is payrollrolling.

Bij de thans meest gebruikelijke vorm van payrollrolling 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. Bij payrollrolling 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. 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 plaats daarvan kunnen oordelen dat de payrollwerknemer in dienst is (gebleven) van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid verricht.