



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Aandelenovername en daaropvolgende integratie in onderneming nieuwe aandeelhouder: het arrest Klarenberg toegepast

Zwemmer, J.P.H.

**Publication date**

2012

**Document Version**

Final published version

**Published in**

ArbeidsRecht

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Zwemmer, J. P. H. (2012). Aandelenovername en daaropvolgende integratie in onderneming nieuwe aandeelhouder: het arrest Klarenberg toegepast. *ArbeidsRecht*, 19(8/9), 8-12. [37].

**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.

# Aandelenovername en daaropvolgende integratie in onderneming nieuwe aandeelhouder: het arrest Klarenberg toegepast

37

Casus

Op 8 november 2011 oordeelde het Hof Amsterdam dat sprake was van overgang van onderneming in een situatie waarin na een aandelenovername de ondernemingsactiviteit van de overgenomen vennootschap werd geïntegreerd in de eigen werkmaatschappijen van de nieuwe aandeelhouder. Het hof voegde hieraan toe dat, ook als zou moeten worden geconcludeerd dat geen sprake is van overgang van onderneming, de werknemers er gerechtvaardigd op mochten vertrouwen dat zij na de aandelenovername in dienst waren gekomen bij één van de werkmaatschappijen van de nieuwe aandeelhouder. Naar aanleiding van het arrest van het hof bespreek ik de verbreding van het potentiële toepassingsgebied van art. 7:662 e.v. BW als gevolg van het door het hof aangehaalde arrest *Klarenberg* van het Hof van Justitie uit 2009. Daarna wordt het oordeel van het Hof Amsterdam geanalyseerd.

## Integratie

De integratie hield in casu in dat de werknemers van de overgenomen vennootschap na de aandelenovername in naam en ten bate van de eigen werkmaatschappijen van de nieuwe aandeelhouder klanten gingen werven en werkzaamheden gingen verrichten voor klanten van deze werkmaatschappijen. Onder verwijzing naar het arrest *Klarenberg* van het Hof van Justitie van 12 februari 2009<sup>2</sup> overweegt het Hof Amsterdam<sup>3</sup> dat de economische activiteit van de overgenomen vennootschap is voortgezet binnen de werkmaatschappijen van de nieuwe aandeelhouder en daarbij de functionele band tussen de productiefactoren die de onderneming vormen behouden is gebleven. Het hof voegt hieraan toe dat, ook wanneer zou worden geconcludeerd dat geen sprake is van overgang van onderneming, de werknemers er op basis van de berichtgeving van de nieuwe aandeelhouder naar aanleiding van de aandelenovername gerechtvaardigd op mochten vertrouwen dat zij in dienst zijn gekomen bij (de werkmaatschappijen van) de nieuwe aandeelhouder. In deze berichtgeving was gesproken over de 'overname' van de vennootschap en meegedeeld dat de werknemers in de onderneming van de nieuwe aandeelhouder zouden worden geïntegreerd. De casus was als volgt.

IT Alignment Associates B.V. (ITAA) was een ICT-bedrijf met twaalf werknemers. ITAA was door IBM aangemerkt als 'IBM Premier Business Partner'. Deze certificering leidde tot naamsbekendheid, leverde inkoopvoordelen op en bood ITAA de mogelijkheid bepaalde IBM-producten exclusief te verkopen. Begin 2010 trad ITAA over een mogelijke overname in onderhandeling met i3 Groep, die evenals ITAA in de ICT-branche opereerde en als IBM Business Partner was aangemerkt. Deze onderhandelingen resulteerden op 31 mei 2010 in een overname van 100% van de aandelen in ITAA door zSolutions B.V.; een tot de i3 Groep behorende groepsmaatschappij. In een persbericht van mei 2010 deelde i3 Groep mee dat zij in april met ITAA was overeengekomen door te gaan als één bedrijf en alle werknemers van ITAA in i3 Groep zouden worden geïntegreerd. In brieven aan klanten en de werknemers van ITAA van mei en juni 2010 deelde i3 Groep mee dat zij met ingang van 31 mei 2010 alle activiteiten en mensen van ITAA overnam. De werkwijze van ITAA werd in de daaropvolgende maanden op die van i3 Groep afgestemd. In december 2010 ontvingen de ITAA-werknemers een brief van i3 Groep en het document 'Harmonisatie arbeidsvoorwaarden medewerkers ITAA per 1 januari 2011'. In deze brief werd meegedeeld dat hun arbeidsvoorwaarden zouden worden geharmoniseerd met die van i3 Groep en zij in dat kader begin 2011 een arbeidsovereenkomst met i3 Groep zouden ontvangen. Daar is het echter niet van gekomen. In februari 2011 faillleerde ITAA en zegde de curator de arbeidsovereenkomsten met de werknemers op. De werknemers stelden zich in kort geding op het standpunt dat deze opzegging geen effect sorteerde, omdat zij op grond van art. 7:663 BW inmiddels in dienst waren van i3 Groep.

In eerste aanleg oordeelde de kantonrechter te Utrecht op 12 april 2011<sup>4</sup> dat op basis van de hem ter beschikking staande gegevens niet, althans in onvoldoende mate, kon worden vastgesteld of, en zo ja, per wanneer sprake was van een overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 BW. De kantonrechter wees echter wel de door de werknemers gevorderde loondoorbetaling en wedertewerkstelling bij i3 Groep toe. Daartoe overwoog de kantonrechter, met toepassing van art. 25 Rv<sup>5</sup>, dat de werknemers er op grond van de voormelde berichtgeving door i3 Groep en het feit dat zij in de loop van 2010 meer en meer werkzaamheden voor i3 Groep waren gaan verrichten, gerechtvaardigd op hadden kunnen vertrouwen dat zij op 31 mei 2010, althans

1 Mr. J.P.H. Zwemmer is advocaat bij Boekel De Nerée N.V. te Amsterdam en promovendus bij het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam.

2 HvJ EG 12 februari 2009, JAR 2009/92 (*Klarenberg/Ferrotron Technologies GmbH*).

3 Hof Amsterdam 8 november 2011, JAR 2012/9.

4 Ktr. Utrecht 12 april 2011, LJN BQ0909.

5 Art. 25 Rv verplicht de rechter tot aanvulling van de rechtsgronden.

met ingang van 1 januari 2011, in dienst waren getreden bij i3 Groep.

### Oordeel Hof Amsterdam

Het Hof Amsterdam overweegt in hoger beroep dat de voormelde berichtgeving van ITAA en i3 Groep een aanwijzing vormt dat sprake is van overgang van onderneming. Hoewel na de aandelenovername geen klanten van ITAA aan i3 Groep zijn overgedragen, werden werknemers van i3 Groep ingezet om werkzaamheden voor ITAA-klanten te verrichten, werden de algemene voorwaarden van ITAA met ingang van 1 juni 2010 vervangen door die van i3 Groep en gingen de ITAA-werknemers klanten werven voor i3 Groep, waarbij de omzet en de winstmarge aan i3 Groep toevielen. Gelet op deze omstandigheden gaat het hof er op voorhand vanuit dat sprake is van overgang van onderneming. Omdat de ICT-branche naar zijn aard een arbeidsintensieve sector is, staat hier niet aan in de weg dat geen materiële activa van ITAA zijn overgegaan, zo overweegt het hof. Evenmin is naar het oordeel van het hof sprake van identiteitsverlies van de onderneming van ITAA als gevolg van de integratie van i3 Groep en ITAA omdat, zoals door het Hof van Justitie is bevestigd in het arrest *Klarenberg*, een wijziging van de organisatorische structuur van de overgedragen eenheid niet in de weg staat aan de toepassing van art. 7:662 e.v. BW wanneer de functionele band tussen de verschillende overgegangene productiefactoren behouden is gebleven. Naar het oordeel van het hof is dat het geval en is de economische activiteit van ITAA na de integratie op dezelfde voet voortgezet, zij het dat daarbij de naam i3 Groep is gehanteerd. Dientengevolge zijn naar het voorlopig oordeel van het hof de arbeidsovereenkomsten van de werknemers van ITAA ingevolge art. 7:663 BW van rechtswege overgegaan naar i3 Groep. Dat het juridisch gezien onmogelijk is bij i3 Groep in dienst te treden, zoals i3 Groep stelt, maakt dit voor het hof niet anders. i3 Groep heeft zelf de indruk gewekt dat dit wel mogelijk was door in haar voormelde berichtgeving als eenheid naar buiten te treden. Het hof gaat er daarom vanuit dat de rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomsten met ITAA zijn overgegaan op één van de werkmaatschappijen van i3 Groep. Het hof voegt hieraan toe dat ook als zou moeten worden geconcludeerd dat geen sprake is van een overgang van onderneming, de werknemers er – zoals de kantonrechter in eerste aanleg had geoordeeld – op grond van de handelwijze van i3 Groep in het kader van de aandelenovername gerechtvaardigd op mochten vertrouwen dat zij met ingang van 31 mei 2010 bij i3 Groep, althans bij één van de werkmaatschappijen van i3 Groep, in dienst waren gekomen.

### Identiteitsbehoud en behoud functionele band

Bij overgang van onderneming gaan op grond van art. 7:662 e.v. BW de arbeidsovereenkomsten van de in de onderneming werkzame werknemers van rechtswege mee over wanneer de onderneming met behoud van identiteit wordt

voortgezet door de nieuwe exploitant. Art. 7:662 e.v. BW zijn gebaseerd op de Europese Richtlijn inzake het behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (de Richtlijn).<sup>6</sup> In het arrest *Klarenberg* van 12 februari 2009 overwoog het Hof van Justitie dat identiteitsbehoud niet impliceert dat het zo moet zijn dat de onderneming als organisatorisch zelfstandige (of zelfstandig onderdeel van een) onderneming wordt voortgezet door de nieuwe exploitant. De voorwaarde inzake het behoud van identiteit houdt naar het oordeel van het Hof van Justitie niet in dat de specifieke wijze waarop de voormalige ondernemer de diverse overgegangene productiefactoren had georganiseerd moet worden gehandhaafd, maar wel 'dat de functionele band die deze onderling samenhangende, elkaar aanvullende factoren verenigt, moet worden behouden'. Voorafgaand aan het arrest *Klarenberg* werd aangenomen dat, wilde sprake kunnen zijn van overgang van onderneming, de organisatie van de onderneming na de overgang min of meer gehandhaafd moest blijven. Dat droeg het gevaar in zich dat partijen het van toepassing zijn van de regeling bij overgang van onderneming konden beïnvloeden.<sup>7</sup> Door een ontmanteling of een ingrijpende wijziging van de organisatie in het kader van de overgang van de onderneming zouden partijen namelijk kunnen bewerkstelligen dat deze regeling niet van toepassing zou zijn.<sup>8</sup>

Dat de nieuwe exploitant de onderneming integreert in zijn eigen onderneming staat dus niet in de weg aan het van toepassing zijn van de Richtlijn. Het door de verkrijger opdelen van de overgegangene onderneming en het vervolgens samenvoegen van deze delen – productiefactoren – van deze onderneming met vergelijkbare activiteiten binnen zijn eigen onderneming, zou dan niet meebrengen dat daardoor de onderneming haar identiteit verliest. Wel moet de functionele band tussen deze productiefactoren na de integratie hiervan in de onderneming van de verkrijger behouden zijn gebleven. Mijns inziens bedoelt het Hof van Justitie met deze betrekkelijk abstracte formulering te zeggen dat de rol van deze productiefactoren en de wijze waarop deze

6 Richtlijn 77/187/EEG van 14 februari 1977, vervangen door Richtlijn 98/50/EG van 29 juni 1998 en daarna door Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001.

7 Zie R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 24-26. Zie ook L.G. Verburg, 'Europese invloeden op het Nederlandse arbeidsrecht: de overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2010/11, p. 35-36.

8 Verburg acht overigens op zichzelf niets tegen een dergelijke regievoering van partijen op het gebied van het van toepassing zijn van art. 7:662 e.v. BW. 'Rechtsregels zijn er om gebruikt te worden', aldus Verburg. 'Zolang geen misbruik aan de orde is, men het recht niet verbuigt, sorteren partijen slechts voor ten aanzien van het feitencomplex dat later in een dispuut maatgevend zal zijn.' L.G. Verburg, 'invloeden op het Nederlandse arbeidsrecht: de overgang van onderneming', *ArbeidsRecht* 2010/11, p. 35.

zich binnen de onderneming van de verkrijger tot elkaar verhouden hetzelfde moet blijven om te kunnen spreken van identiteitsbehoud in de zin van de Richtlijn.<sup>9</sup> Of dat het geval is, zal met name afhangen van de wijze waarop de in de onderneming van de verkrijger geïntegreerde productiefactoren – personeel en/of activa – na de overgang functioneren en of deze kan worden vergeleken met de wijze waarop deze bij de vervreemder werden ingezet. Het door de verkrijger betalen van goodwill voor de overgenomen vermogensbestanddelen en/of activiteiten kan volgens Even<sup>10</sup> een aanwijzing zijn dat na de overgang de functionele band tussen de productiefactoren behouden is gebleven. Ook een met de voormalige exploitant van de overgegang vermogensbestanddelen en/of activiteiten gemaakte afspraak dat hij diens activiteiten op dit gebied – tijdelijk – staakt, zou een aanwijzing in deze richting kunnen vormen.

Beltzer<sup>11</sup> meent dat de overwegingen van het Hof van Justitie in het arrest *Klarenberg* meebrengen dat de functionele band tussen de productiefactoren ook behouden zou kunnen blijven indien deze zouden overgaan op verschillende rechtspersonen. Ook indien de productiefactoren zouden overgaan naar verschillende verkrijgers zou dan sprake kunnen zijn van overgang van onderneming. Denkbaar is eveneens dat van het behoud van de functionele band als voorwaarde voor het van toepassing zijn van de Richtlijn uitsluitend sprake zou kunnen zijn wanneer deze productiefactoren na de overgang in één hand zijn gebleven (en de verkrijger van deze productiefactoren dus één en dezelfde (rechts)persoon is). De bescherming van de Richtlijn ziet op het behoud van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen indien de exploitatie van de onderneming wordt voortgezet door een andere ondernemer.<sup>12</sup> Wanneer de productiefactoren die tezamen de onderneming vormen, overgaan naar verschillende ondernemers zou weliswaar de functionele band tussen deze productiefactoren behouden kunnen blijven, maar ontbreekt een ondernemer die fungeert als de nieuwe exploitant van de onderneming. Op de vraag of in een dergelijke situatie voor de toepassing van de Richtlijn de verschillende (rechts)personen waarbij de productiefactoren terecht zijn gekomen gezamenlijk (of ieder voor een deel) zouden kunnen worden aangemerkt als verkrijger geeft het Hof van Justitie in het arrest *Klarenberg* geen antwoord. Het Hof Amsterdam lijkt zich in zijn arrest aan te sluiten bij de voormelde gedachte van Beltzer. Hij overweegt dat de arbeids-

overeenkomsten van de werknemers van ITAA 'op één van de werkmaatschappijen van i3 Groep zijn overgegaan' waardoor zij in feite gezamenlijk fungeren als verkrijger van de onderneming van ITAA.

Uit de gepubliceerde rechtspraak is mij, naast het in deze bijdrage centraal staande arrest van het Hof Amsterdam, maar een enkel voorbeeld bekend van een zaak waarin met een beroep op het arrest *Klarenberg* werd geoordeeld dat sprake was van identiteitsbehoud (en daarmee van overgang van onderneming), ondanks de wijziging van de organisatie van de onderneming. Op 22 september 2010 oordeelde de kantonrechter te Nijmegen<sup>13</sup> onder verwijzing naar het arrest *Klarenberg* dat de omstandigheid dat de voorheen door de vervreemder verrichte activiteiten niet als herkenbare organisatorische entiteit bij de verkrijger terugkeerden niet relevant was bij de beoordeling van de vraag of sprake is van overgang van onderneming. In deze zaak waren de werknemers in dienst van de Stichting ZZG Zorggroep (ZZG) en ontving ZZG een subsidie van de gemeente Nijmegen voor de ondersteuning van mantelzorg. Omdat deze subsidie vanaf 1 juni 2010 werd toegekend aan de Stichting Welzijnswerk Ouderen Nijmegen (SWON) stelde ZZG zich op het standpunt dat haar werknemers met ingang van die datum van rechtswege in dienst waren getreden van SWON. De kantonrechter overweegt dat het Hof van Justitie in het arrest *Sophie Redmond Stichting*<sup>14</sup> heeft geoordeeld dat 'het begrip "overgang van onderneming" ziet op de overdracht van ondernemingsactiviteiten in ruime zin, waarbij niet alleen gedacht moet worden aan de overgang van gebouwen, inventaris en klantenkring, maar ook aan vergunningen, know how, goodwill et cetera.' De kantonrechter wijst erop dat het Hof van Justitie in dit arrest oordeelde dat het door twee gesubsidieerde stichtingen meewerken aan de overdracht van het cliënten/patiëntenbestand een overgang van onderneming impliceerde. Naar het oordeel van de kantonrechter is in deze zaak sprake van een vergelijkbare situatie. Dat de voorheen door ZZG verrichte activiteiten ter ondersteuning van mantelzorg na de overgang van de subsidie naar SWON niet als herkenbare organisatorische entiteit bij SWON terugkeerden, acht de kantonrechter op grond van de overwegingen van het Hof van Justitie in het arrest *Klarenberg* niet relevant bij de beoordeling van de vraag of sprake is van overgang van onderneming.

### Analyse arrest Hof Amsterdam

Naar het voorlopig oordeel van het hof is sprake van een overgang van onderneming op grond van de berichtgeving van i3 Groep naar aanleiding van de aandelenovername en omdat de werknemers van ITAA na de aandelenovername ten bate van i3 Groep klanten gingen werven en werkzaamheden gingen verrichten voor klanten van i3 Groep. Deze omstandigheden en het feit dat de algemene voorwaarden

9 Even komt in andere bewoordingen tot een vgl. invulling van het begrip functionele band. Zie J.H. Even, 'Van overgang van onderneming en doelredeneringen: twee recente uitspraken van het Hof van Justitie', *TAP* 2009/5, p. 182. Zie anders F.B.J. Grapperhaus, 'Overgang van onderneming en de na overgang niet gehandhaafde organisatorische eenheid', *Ondernemingsrecht* 2009/5, p. 276.

10 J.H. Even, 'Van overgang van onderneming en doelredeneringen: twee recente uitspraken van het Hof van Justitie', *TAP* 2009/5, p. 182.

11 R.M. Beltzer, 'Verlies van eenheid en overgang van onderneming', *Ar* 2009/2, p. 60.

12 In de considerans van de Richtlijn werd meegedeeld dat hiermee wordt beoogd 'de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen'.

13 Ktr. Nijmegen 22 september 2010, *LJN* BN8299.

14 HvJ EG 19 mei 1992, *NJ* 1992/476.

van ITAA een maand na de aandelenovername werden vervangen door die van i3 Groep brachten naar het oordeel van het hof mee dat sprake was van meer dan een op een aandelenoverdracht volgende integratie. Uit dit laatste volgt dat het na een aandelenovername samenvoegen van bepaalde taken binnen de in de overgenomen vennootschap ingebrachte onderneming met gelijksoortige taken binnen de eigen onderneming van de nieuwe aandeelhouder naar het oordeel van het hof niet sowieso meebrengt dat op de voet van het arrest *Klarenberg* sprake is van overgang van onderneming. Omdat de activiteiten van ITAA na de aandelenovername volledig werden geïntegreerd in i3 Groep was dat naar het oordeel van het hof in deze zaak wel het geval. Het hof overweegt dan eerst dat de werknemers van ITAA zijn overgegaan naar i3 Groep omdat de berichtgeving in het kader van de aandelenovername namens i3 Groep geschiedde. Omdat i3 Groep als zodanig geen juridische entiteit is, gaat het hof er vervolgens echter vanuit dat de werknemers van ITAA zijn overgegaan naar één van de werkmaatschappijen van i3 Groep. Mijns inziens is deze tussentap niet nodig omdat de werknemer van rechtswege overgaat naar de partij die de ondernemingsactiviteit voortzet. In casu zijn dit de werkmaatschappijen waarin de ondernemingsactiviteiten van ITAA werden geïntegreerd. Deze werkmaatschappijen fungeren daarmee als verkrijger van de onderneming bij de toepassing van art. 7:662 e.v. BW. De berichtgeving van i3 Groep in het kader van de aandelenovername is niet doorslaggevend bij de beantwoording van de vraag wie als verkrijger van de onderneming en in het verlengde daarvan als nieuwe werkgever moet worden aangemerkt.<sup>15</sup>

De omstandigheid dat geen materiële activa of klanten overgingen naar i3 Groep vormt voor het hof geen belemmering voor het oordeel dat sprake is van overgang van onderneming omdat naar zijn oordeel de ICT-branche waarbinnen ITAA opereerde naar zijn aard een arbeidsintensieve sector is. Een arbeidsintensieve onderneming kan echter slechts overgaan op grond van art. 7:662 BW wanneer een naar aantal en deskundigheid wezenlijk deel van de werknemers in dienst is getreden bij de verkrijger.<sup>16</sup> Als het hof op deze grond had geoordeeld dat geen sprake was van overgang van onderneming zou na de aandelenovername en de daaropvolgende integratie een arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding zijn ontstaan waarbij de werknemers in dienst waren gebleven bij ITAA en feitelijk werkzaam waren geworden bij de werkmaatschappijen van i3 Groep. Zonder dat dit expliciet volgt uit zijn arrest lijkt het hof aan te voelen dat de omstandigheid, dat na de aandelenovername geen werknemers van ITAA in dienst werden genomen door (de werkmaatschappijen van) i3 Groep, in de weg zou kunnen staan aan de overgang van de naar zijn oordeel arbeidsintensieve onderneming van ITAA. Ik leid dit af uit het feit dat het hof veel gewicht toekent aan de berichtge-

ving van i3 Groep in het kader van de aandelenovername en de daaropvolgende integratie van ITAA. Dat neemt echter niet weg dat het integreren van de werknemers van ITAA in i3 Groep iets anders is dan het door i3 Groep in dienst nemen van deze werknemers. Hoewel ik met het hof van mening ben dat in deze zaak sprake is van overgang van onderneming meen ik dat het juridisch juist geweest was wanneer het hof, zoals de kantonrechter te Nijmegen deed in de hiervoor besproken uitspraak, de integratie van ITAA in i3 Groep had aangemerkt als een overdracht van ondernemingsactiviteiten in ruime zin als bedoeld in het arrest *Sophie Redmond Stichting*. In dat geval had in het midden kunnen blijven of de onderneming van ITAA al dan niet als een arbeidsintensieve onderneming moet worden aangemerkt. Dat in casu sprake is van een overdracht van ondernemingsactiviteiten in ruime zin blijkt uit het door ITAA en i3 Groep meewerken aan de integratie van de werkzaamheden van de werknemers van ITAA in de werkmaatschappijen van i3 Groep, de gevolgen die dit had voor de klantenkring van ITAA en uit het feit dat de ITAA-werknemers de economische activiteit van ITAA na de aandelenovername onder de vlag van i3 Groep op dezelfde voet hadden voortgezet.

Aan het slot van zijn arrest overweegt het hof dat de werknemers van ITAA ook in dienst zijn gekomen bij (één van de werkmaatschappijen van) i3 Groep als zou moeten worden geconcludeerd dat geen sprake is van overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 e.v. BW. In navolging van de kantonrechter in eerste aanleg oordeelt het hof dat de werknemers van ITAA aan de berichtgeving van i3 Groep het gerechtvaardigd vertrouwen mochten ontleen dat hun arbeidsovereenkomsten met ingang van 31 mei 2010 onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als eerder met ITAA waren overgegaan. Op grond van dit door i3 Groep bij hen gewekte gerechtvaardigde vertrouwen zouden de werknemers dan dus op grond van de in art. 3:33 en 3:35 BW neergelegde wilsvertrouwensleer bij (één van de werkmaatschappijen van) i3 Groep in dienst zijn getreden.

In het arrest *ABN AMRO/Malhi*<sup>17</sup> oordeelde de Hoge Raad dat het antwoord op de vraag of partijen zich met elkaar in een arbeidsovereenkomst hebben verbonden afhankelijk is van hetgeen zij over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en redelijkerwijze mochten afleiden. In de lagere rechtspraak is aangenomen dat dit het geval is wanneer aan de werknemer wordt meegedeeld dat hij voortaan volledig ten behoeve van de feitelijke werkgever werkzaam zal zijn en de feitelijke werkgever de loonbetalingsverplichting aan de werknemer op zich heeft genomen.<sup>18</sup> In deze zaak was weliswaar sprake van dergelijke mededelingen, maar bleef ITAA het loon van de werknemers betalen en stond zij op hun loonstroken vermeld als werkgever. Pas in december 2010

15 Vgl. HvJ EG 26 mei 2005, JAR 2005/205 (*Celtec Ltd./Astley e.a.*).

16 HvJ EG 11 maart 1997, NJ 1998/377 en JAR 1997/91 (*Süzen/Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, Lefarth GmbH*).

17 HR 5 april 2002, NJ 2003/124, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss en JAR 2002/100.

18 Vgl. Ktr. Heerenveen 18 januari 2012, L/JN BV2617.

werd aan de werknemers van ITAA een arbeidsovereenkomst met i3 Groep in het vooruitzicht gesteld in het kader van een harmonisatie van hun arbeidsvoorwaarden met die van de binnen i3 Groep werkzame werknemers. Mijns inziens zou in casu op grond van de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *ABN AMRO/Malhi* geen sprake kunnen zijn van een indiensttreding van de werknemers van ITAA bij i3 Groep, althans bij één van de tot de i3 Groep behorende werkmaatschappijen. Uit de mededelingen van i3 Groep naar aanleiding van de aandelenovername en de overige hiervoor genoemde omstandigheden kan naar mijn mening niet worden afgeleid dat tussen de ITAA-werknemers en i3 Groep een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Daarmee is moeilijk te verenigen dat de werknemers er op grond van de in art. 3:33 en 3:35 BW neergelegde wilsvertrouwensleer gerechtvaardigd op mochten vertrouwen dat zij in mei 2010 in dienst waren getreden bij i3 Groep. Het faillissement van ITAA in februari 2011 verandert daar niets aan, ook wanneer zou worden aangenomen dat dit een direct gevolg is geweest van de integratie van de onderneming van ITAA in i3 Groep. Wel zou naar mijn mening, wanneer zou moeten worden geconcludeerd dat geen sprake is van overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 e.v. BW, op grond van onrechtmatige daad sprake kunnen zijn van aansprakelijkheid van de moedermaatschappij binnen i3 Groep jegens de werknemers van ITAA. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat een dergelijke doorbraak van aansprakelijkheid in groepsverhoudingen geoorloofd is wanneer sprake is van beslissende zeggenschap van de moedermaatschappij over de betrokken groepsmaatschappij en haar een ernstig verwijt kan worden gemaakt van de niet-nakoming door de groepsmaatschappij.<sup>19</sup> Dat zou in deze zaak bijvoorbeeld aan de orde zijn wanneer zou worden aangenomen dat (de moedermaatschappij binnen) i3 Groep met haar voormelde berichtgeving bij de werknemers van ITAA het vertrouwen wekte dat zij bij i3 Groep in dienst zouden worden genomen of i3 Groep de uit de hun arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen zou nakomen wanneer ITAA geen verhaal zou bieden.<sup>20</sup>

19 Zie o.a. HR 16 januari 1987, *NJ* 1987/970 (*Euro-Advertising*) en HR 14 november 1997, *NJ* 1998/270, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Henkel/JMG*). Zie over de doorbraak van aansprakelijkheid in ten aanzien van uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen: J.P.H. Zwemmer, 'Intensieve bemoeienis moedermaatschappij met bedrijfsvoering groepsmaatschappij brengt verantwoordelijkheid mee jegens werknemers groepsmaatschappij', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2012/1.

20 Vgl. HR 18 november 1994, *NJ* 1995/170, m.nt. J.M.M. Maeijer (*NBM/Securicor*). Zie voor een toepassing van dit arrest in een arbeidsrechtelijke context Rb. Middelburg (vzr.) 18 augustus 2011, *JAR* 2011/237 en *JOR* 2011/325, m.nt. Holtzer.