



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Over het werkgeverschap van de personeelsvennootschap en groepsaansprakelijkheid bij het intra-concern detacheren van werknemers

Zwemmer, J.P.H.

Published in:
Ondernemingsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2016). Over het werkgeverschap van de personeelsvennootschap en groepsaansprakelijkheid bij het intra-concern detacheren van werknemers. *Ondernemingsrecht*, 2016(10/11), 371-381. [78].

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.

Over het werkgeverschap van de personeelsvennootschap en groepsaansprakelijkheid bij het intra-concern detacheren van werknemers

Ondernemingsrecht 2016/78

Omdat een concern geen zelfstandig rechtssubject is, heeft de binnen een concern werkzame werknemer geen arbeidsovereenkomst met het concern als zodanig, maar met één van de tot het concern behorende groepsmaatschappijen. Als de werknemer een arbeidsovereenkomst heeft gesloten met een als centrale werkgever binnen het concern opererende (personeels)vennootschap en feitelijk werkzaam is in de in een andere groepsmaatschappij ondergebrachte ondernemingsactiviteit, wordt gesproken van intra-concern detachering. In artikel 7:610 BW is de arbeidsovereenkomst gedefinieerd als een tweepartijenovereenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen betaling van loon arbeid te verrichten. Deze definitie is van dwingend recht en vormt de toegangspoort naar de regeling van de arbeidsovereenkomst in titel 10 van Boek 7 BW. Aan het feit dat de werknemer de arbeid in dienst van de werkgever verricht (dat wil zeggen in een gezagsverhouding), ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werkgever de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Omdat bij intra-concern detachering sprake is van een driehoeksverhouding waarbij verschillende juridische entiteiten tegelijkertijd fungeren als contractuele en feitelijke werkgever, sluit dit niet aan bij artikel 7:610 BW. In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag of de personeelsvennootschap kwalificeert als de civielrechtelijke werkgever van de intra-concern gedetacheerde werknemer. Daarna wordt geanalyseerd op welke wijze in arbeidsrechtelijke wetgeving en jurisprudentie wordt omgegaan met de werkgeversverplichtingen indien wordt aangenomen dat de personeelsvennootschap de civielrechtelijke werkgever is. Daaruit blijkt dat de werknemer de groepsmaatschappij waarbij hij feitelijk werkzaam is naast of in plaats van de personeelsvennootschap kan aanspreken op de belangrijkste uit zijn arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. Tot slot wordt aan de hand van de zogenoemde 'doorbraak-jurisprudentie' in het ondernemingsrecht de vraag beantwoord of de moedermaatschappij een bijzondere zorgplicht heeft jegens de werknemers indien deze in dienst zijn van een personeelsvennootschap die financieel afhankelijk is van de andere groepsmaatschappijen.

1. Inleiding

Binnen groepen van vennootschappen wordt niet zelden gekozen voor een organisatiemodel waarbij de werknemers die werkzaam zijn bij de in de verschillende groepsmaatschappijen ondergebrachte ondernemingsactiviteiten in dienst zijn van één groepsmaatschappij. Dat kan zo zijn gegroeid omdat in de loop der tijd ondernemingsactiviteiten werden ingebracht in nieuw opgerichte groepsmaatschappijen, terwijl de bij deze activiteiten werkzame werknemers in dienst bleven van de 'oudere' groepsmaatschappij (en deze ook fungeerde als contractuele werkgever van nieuwe werknemers). Ook kan op grond van organisatorische en bedrijfseconomische motieven bewust zijn gekozen voor dit centrale werkgeverschap van één groepsmaatschappij binnen het concern of de groep (ik hanteer hierna het wettelijke begrip groep). Zo zijn de personeelsadministratie en salarisbetaling centraal georganiseerd en kan hiermee worden bewerkstelligd dat alle binnen de groep werkzame werknemers onder dezelfde cao vallen. Ook vergemakkelijkt dit de tewerkstelling van de werknemer bij andere groepsmaatschappijen, al dan niet op basis van een in de arbeidsovereenkomst met de werknemer overeengekomen mobiliteitsclausule. In dat geval hoeft immers niet telkens een nieuwe arbeidsovereenkomst te worden gesloten met de betrokken groepsmaatschappij. Naarmate de groep groter is, zal vaker sprake zijn van een speciale personeelsvennootschap. Deze personeelsvennootschap fungeert dan als contractuele werkgever van de bij de andere groepsmaatschappijen werkzame werknemers. Vanuit de personeelsvennootschap worden doorgaans geen andere activiteiten verricht dan de administratieve, wervings- en begeleidingstaken ten behoeve van de bij de andere groepsmaatschappijen werkzame werknemers.

De werknemer zal zichzelf in dienst beschouwen van de groepsmaatschappij waarbij hij feitelijk werkzaam is, of van de groep als zodanig indien de groepsmaatschappijen onder intensieve centrale leiding van de moedermaatschappij staan en in onderling verband opereren. De vraag is hoe de door de werknemer met een personeelsvennootschap gesloten arbeidsovereenkomst wordt gekwalificeerd in het arbeidsovereenkomstenrecht. Na een bespreking van het werkgeverschap van de personeelsvennootschap aan de hand van het arbeidsovereenkomstenrecht, wordt in deze bijdrage geanalyseerd op welke wijze in arbeidsrechtelijke wetgeving en jurisprudentie werkgeversverplichtingen worden toegerekend aan de groepsmaatschappij waarbij de werknemer feitelijk werkzaam is. Ook wanneer wordt aangenomen dat de personeelsvennootschap de civielrechtelijke werkgever is van de feitelijk bij een andere groepsmaatschappij werkzame werknemer, is deze an-

¹ Mr. dr. J.P.H. Zwemmer is docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat te Amsterdam.

dere groepsmaatschappij aansprakelijk voor bepaalde uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. Daarna wordt aan de hand van de zogenoemde 'doorbraakjurisprudentie' in het ondernemingsrecht – in het bijzonder het Comsys-arrest – stilgestaan bij de vraag of kan worden aangenomen dat de moedermaatschappij een bijzondere zorgplicht heeft jegens de werknemer van de personeelsvennootschap wanneer deze personeelsvennootschap wat haar financiering betreft volledig afhankelijk is van de andere groepsmaatschappijen.

2. De kwalificatie van de werkgever in het arbeidsrecht

De in 1909 in werking getreden definitie van de arbeidsovereenkomst in (thans) artikel 7:610 BW vormt tot op de dag van vandaag in een vrijwel ongewijzigde redactie de toegangspoort tot de in titel 7.10 BW opgenomen regeling van de arbeidsovereenkomst.² In artikel 7:610 BW wordt de arbeidsovereenkomst gedefinieerd als een tweepartijenovereenkomst "waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten." De werknemer verricht de arbeid persoonlijk³ (en is dus een natuurlijk persoon) en in de woorden "in dienst van" moet worden gelezen dat de werknemer de arbeid onder het gezag van de werkgever (in een ondergeschiktheidsverhouding) verricht.⁴ Hieraan ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de werkgever de eigenaar of exploitant is van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht en deze in die hoedanigheid ook het economisch risico draagt van de door de werknemer verrichte arbeid.⁵ Deze werkgever fungeert in titel 7.10 BW als 'geadresseerde' van de hierin neergelegde voorschriften waarmee is beoogd de sociaal-economisch zwakkere positie van de werknemer als contractspartij van de werkgever te compenseren. Daarom is niet alleen het merendeel van deze voorschriften, maar ook de definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW van dwingend recht.⁶ Dat betekent dat wanneer een relatie of rechts-

verhouding tussen partijen de elementen uit deze definitie bevat, tussen hen sprake is van een arbeidsovereenkomst, ook als zij deze relatie of rechtsverhouding zelf niet (contractueel) als arbeidsovereenkomst betitelden.

De hoedanigheid van de werkgever als wederpartij van de werknemer bij de arbeidsovereenkomst is sinds de inwerkingtreding van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1909 ingrijpend gewijzigd. In het begin van de twintigste eeuw had de factor kapitaal nog een duidelijk, herkenbaar gezicht dat gemakkelijk geïdentificeerd kon worden met een persoon van vlees en bloed en een daarmee bestaande gezagsverhouding. Sindsdien zijn werkgevers hun (ondernemings)activiteiten steeds vaker gaan onderbrengen in rechtspersonen. Binnen die rechtspersonen kan sprake zijn van verschillende managementlagen die belast zijn met het bestuur van de afdelingen, divisies of bedrijfsonderdelen waarin de (ondernemings)activiteiten zijn opgedeeld.⁷ Bovendien nam na de Tweede Wereldoorlog als gevolg van schaalvergroting en (internationale) concentratie van ondernemingen door bedrijfsovernames groepsvorming een hoge vlucht.⁸ Na de introductie van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid in 1971 werd het voor ondernemingen gemakkelijker risico's en aansprakelijkheden te kanaliseren en zichzelf op te delen in juridisch zelfstandige onderdelen. Daardoor konden ondernemers beter de strijd aan met concurrenten en sneller een strategischere of dominantere rol in de bedrijfskolom of branche verwerven. Deze ontwikkelingen hebben eraan bijgedragen dat binnen de arbeidsovereenkomst in steeds mindere mate sprake is van een 'persoonlijke' betrokkenheid bij of gezag van de werkgever over de door de werknemer verrichte arbeid. Daardoor zijn bij de kwalificatie van de juridische werkgever de door partijen gemaakte contractuele afspraken een belangrijker rol gaan spelen.

3. Is de personeelsvennootschap uitzendwerkgever ex artikel 7:690 BW?

Intra-concern detachering is geen wettelijk gedefinieerd begrip. Bij intra-concern detachering is op basis van de met de werknemer gemaakte afspraken sprake van een driehoeksverhouding waarbij de werknemer een arbeidscontract sluit met de ene groepsmaatschappij en feitelijk werkzaam is bij een andere groepsmaatschappij. De contractuele werkgever is in deze situatie dus een andere juridische entiteit dan die waarin de onderneming is ondergebracht waarin de werknemer de arbeid verricht. Als de groepsmaatschappij waarmee de werknemer een arbeidscontract sluit uitsluitend fungeert als personeelsvennootschap waarbij de binnen de groep werkzame werknemers in dienst zijn, betaalt deze personeelsvennootschap met behulp van de financiële middelen die zij in dat kader ontvangt van de moeder- en/of

2 KB van 21 oktober 1908, *Stb.* 1908/324 (inwerkingtreding op 1 februari 1909). Bij de invoering van titel 7.10 BW op 1 april 1997 werd in artikel 7:610 lid 1 BW het woord arbeider uit artikel 1637a BW (oud) vervangen door het woord werknemer. In de memorie van toelichting merkte de regering hierover op dat in het dagelijks spraakgebruik de term werknemer gebruikelijk was en het woord arbeider vrijwel nooit meer gebruikt werd. *Kamerstukken II* 1993/94, 23438, 3, p. 14.

3 Artikel 7:659 lid 1 BW.

4 Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet op de arbeidsovereenkomst van 1907 is verschillende malen benadrukt dat de woorden in dienst van impliceren dat de arbeid onder het gezag van de werkgever wordt verricht. Zie A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, deel I, 's-Gravenhage: Belinfante 1907, p. 314.

5 Zie hierover nader paragraaf 2.3.1 van mijn dissertatie: *Pluraliteit van werkgeverschap*, Deventer: Kluwer 2012.

6 De wilsautonomie en de contractsvrijheid uit het algemene vermogens- en verbintenissenrecht zijn niet verenigbaar met de in titel 7.10 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 7.10 BW beoogde werknemersbescherming in de praktijk weinig terecht komen.

7 Zie over de gewijzigde rol en hoedanigheid van de werkgever (en de werknemer) binnen de arbeidsovereenkomst ook paragraaf 2.3.3 van mijn dissertatie.

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

(andere) groepsmaatschappijen het loon en andere vergoedingen aan de werknemer in verband met de door hem bij de groepsmaatschappij verrichte arbeid. Op grond van het dwingendrechtelijke artikel 7:610 BW is dan de vraag welke groepsmaatschappij de civielrechtelijke werkgever is van de intra-concern gedetacheerde werknemer.

De enige arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding die – sinds 1999 – in titel 7.10 BW is gereguleerd, is de uitzendovereenkomst. In artikel 7:690 BW wordt deze gedefinieerd als “de arbeidsovereenkomst waarbij de werknemer door de werkgever, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever ter beschikking wordt gesteld van een derde om krachtens een door deze aan de werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde.” Met de wettelijke duiding van de uitzendovereenkomst als arbeidsovereenkomst tussen de uitzendwerkgever en de uitzendwerknemer is sinds 1999 onbetwist dat de uitzendwerkgever, en niet de opdrachtgever in wiens onderneming de uitzendwerknemer de arbeid verricht, kwalificeert als de civielrechtelijke werkgever van de uitzendwerknemer.⁹ Artikel 7:690 BW fungeert als toegangspoort voor het in artikel 7:691 BW opgenomen verlichte ontslagregime voor de uitzendovereenkomst, op basis waarvan meer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden aangegaan met de uitzendwerknemer en de arbeidsovereenkomst gemakkelijker (tussentijds) kan worden beëindigd. Met dit verlichte ontslagregime wordt recht gedaan aan de flexibiliteit die zo kenmerkend is voor uitzendarbeid en die inherent is aan de door de uitzendwerkgever op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie. Deze allocatiefunctie – het bij elkaar brengen van de vraag naar en het aanbod van arbeid op de arbeidsmarkt – was de grond voor het in 1999 opnemen van een regeling van de uitzendovereenkomst in titel 7.10 BW. Hoewel de allocatiefunctie niet is opgenomen in de tekst van artikel 7:690 BW, heeft de regering bij de parlementaire behandeling van de regeling van de uitzendovereenkomst verschillende malen op eenduidige wijze medegedeeld dat deze regeling alleen geldt voor werkgevers die daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervullen.¹⁰

9 Voorafgaand aan de inwerkingtreding van artikel 7:690 BW werd de rechtsverhouding tussen de uitzendwerkgever en de door hem aan diens opdrachtgevers ter beschikking gestelde werknemers verschillend geïdentificeerd. In arresten uit 1977, 1980 en 1988 (HR 14 oktober 1977, *NJ* 1978/31, HR 23 mei 1980, *NJ* 1980/633, m.nt. Stein en HR 18 november 1988, *NJ* 1989/344) oordeelde de Hoge Raad dat bij uitzending of detachering door uitzendbureaus of detacheerbedrijven sprake kon zijn van een arbeidsovereenkomst met de uitzendwerkgever wanneer de uitzendwerknemer op grond van de door hem gemaakte afspraken met de uitzendwerkgever verplicht was arbeid te verrichten onder het gezag van de opdrachtgevers van de uitzendwerkgever. In deze situatie delegeerde de uitzendwerkgever het zogenoemde feitelijke werkgeversgezag aan die opdrachtgevers. Bij het aannemen van een arbeidsovereenkomst van de uitzendwerknemer met de uitzender (en niet met de opdrachtgever) achtte de Hoge Raad van belang dat de uitzendwerkgever voor zichzelf optrad bij de werving en selectie van de uitzendwerknemer, en de opdrachtgever geen beslissende inspraak had bij welke werknemer door de uitzendwerkgever aan hem ter beschikking werd gesteld. Zie hierover nader paragraaf 4.3 van mijn dissertatie.

10 *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, 3, p. 10 en 33 en nr. 6, p. 16. Zie ook *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, B, p. 12.

De regeling zou volgens de regering weliswaar ook van toepassing kunnen zijn op andere organisaties, zoals detacheerbedrijven en arbeidspools. Ook bij de kwalificatie als uitzendwerkgever van zulke detacheerbedrijven en arbeidspools was echter, zo benadrukte de regering verschillende malen, van doorslaggevende betekenis dat zij daadwerkelijk een allocatiefunctie op de arbeidsmarkt vervulden.¹¹ In de (lagere) rechtspraak wordt desalniettemin wisselend geoordeeld over betekenis van de allocatiefunctie bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW.¹² Ook in de literatuur lopen hierover de visies uiteen. Dit vindt zijn grond in het feit dat de allocatiefunctie niet expliciet wordt genoemd in de tekst van artikel 7:690 BW en/of de hiervoor aangehaalde mededeling van de regering dat de regeling van de uitzendovereenkomst niet alleen van toepassing zou zijn op (klassieke) uitzendbureaus.¹³ De Hoge Raad zal naar verwachting dit najaar duidelijkheid geven over de vraag hoe de allocatiefunctie moet worden uitgelegd bij de kwalificatie van de uitzendovereenkomst.¹⁴

11 *Kamerstukken II 1996/97*, 25263, 3, p. 10. Zie over de rol die de toelichting op een wetsbepaling speelt bij de uitleg van deze bepaling o.a. F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming: een rechtstheoretisch onderzoek naar wetsinterpretatie en rechtsvorming door de rechter in het bestuursrecht en het privaatrecht* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Bju 2006 en J.W.A. Fleuren, *Wetshistorische interpretatie en 'de bedoeling van de wetgever'*, in: *De staat van wetgeving* (liber amicorum C.A.J.M. Kortmann), Deventer: Kluwer 2009, p. 153-174.

12 In de meeste gevallen werd geoordeeld dat het op de arbeidsmarkt vervullen van een allocatiefunctie een vereiste is voor het van toepassing zijn van artikel 7:690 BW. Zie *Ktr. Enschede* 21 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108, *Ktr. Amsterdam* 1 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6257, *Ktr. Amsterdam* 3 september 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6063, *Ktr. Amsterdam* 22 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6356, *Ktr. Almelo* 11 maart 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1214, *Hof Arnhem-Leeuwarden* 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:670, *Ktr. Assen* 30 april 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2205, *Hof Den Haag* 29 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3820 en *Ktr. Assen* 23 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:692. In andere uitspraken werd echter op basis van de tekst van artikel 7:690 BW geoordeeld dat de allocatiefunctie geen vereiste is. Zie *Rb. Amsterdam* 1 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BN0820, *Ktr. Amsterdam* 4 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5783, *Hof Amsterdam* 9 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4616 en *Hof Amsterdam* 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4547.

13 Zie voor een overzicht van de verschillende standpunten in de literatuur: *Praktijkboek Flexibele Arbeidsrelaties*, Deventer: Kluwer (losbl.), onderdeel I 5.2.5.

14 In hun conclusies van 14 en 15 april 2016 voor de in dit kader door de Hoge Raad te wijzen arresten (ECLI:NL:PHR:2016:239 en ECLI:NL:PHR:2016:238) lijken A-G Wattel en A-G Van Peurseem twee soorten uitzendovereenkomsten te willen onderscheiden en introduceren zij in dat kader een zogenoemde ‘traditionele’ of ‘klassieke’ allocatiefunctie die zoals gesteld door A-G Van Peurseem zou inhouden: “het actief bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt van (in de regel) werk van tijdelijke aard, ook wel aangeduid als het opvangen van ‘ziek of piek’” en een ‘ruime’ allocatiefunctie die zou inhouden dat de werkgever zich “bedrijfs- of beroepsmatig bezighoudt met de terbeschikkingstelling van werknemers aan opdrachtgevers” (punt 3.8). Ook bij deze ruime allocatiefunctie moet volgens de A-G “wel een vorm overblijven van allocatie op de arbeidsmarkt in deze ruim opgevatte zin”. Dat is volgens de A-G bijvoorbeeld niet aan de orde wanneer sprake is van payrollrolling “waarbij de payrolller in feite alle – oneerbiedig gezegd – “personeelssoorten” overneemt van de “inlener”, waar geen allocatieve functie op de arbeidsmarkt in welke ruime zin dan ook meer valt te ontwaren, maar er sprake is van een formeel werkgeverschap van de payrolller volgens de arbeidsvoorwaarden van de opdrachtgever/“inlener” (permanente overname van arbeidscontracten)” (punt 3.30). Bij deze vorm van payrollrolling zou volgens de A-G geen sprake zijn van uitzending ex artikel 7:690 BW. In de woorden van de A-G: “De payrolllerwerkgever speelt dan geen enkele rol bij het bij elkaar brengen van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, zo zou men kunnen zeggen, maar slecht bij de formele en administratieve uitvoering van de overeenkomsten.”

Op grond van artikel 7:691 lid 6 BW is het in dit artikel opgenomen verlichte ontslagregime bij uitzending niet van toepassing op “uitzendovereenkomsten waarbij de werkgever en de derde in een groep zijn verbonden als bedoeld in artikel 24b van Boek 2 dan wel de één een dochtermaatschappij is van de ander als bedoeld in artikel 24a van Boek 2.” Bij de totstandkoming van de regeling van de uitzendovereenkomst in het BW deelde de regering mee dat met het niet van toepassing verklaren van het verlichte ontslagregime bij uitzending werd beoogd te voorkomen dat “arbeidsorganisaties” via een eigen uitzendbureau personeel ter beschikking konden stellen aan de eigen organisatie, maar dan met minder verplichtingen. “Van een allocatiefunctie voor de arbeidsmarkt kan in dat geval niet worden gesproken”, zo deelde de regering hierbij mee.¹⁵ De vraag is dan nog of intra-concern detachering wel kan kwalificeren als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. Een bevestigend antwoord op deze vraag op basis van de redenering van onder meer de kantonrechter te Arnhem in zijn uitspraak van 4 november 2015¹⁶ dat intra-concern detachering in artikel 7:691 lid 6 BW als “uitzendovereenkomst” wordt uitgesloten van de bijzondere regels van artikel 7:691 BW – en daardoor (dus) wel als uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW kan worden gekwalificeerd – acht ik op basis van de wetsgeschiedenis niet aannemelijk.¹⁷ Als hiervoor gesteld onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis, is met de definitie van artikel 7:690 BW niet beoogd alle arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen van een juridische basis te voorzien. Artikel 7:690 BW fungeert uitsluitend als toegangspoort naar het verlichte ontslagregime in artikel 7:691 BW waarmee recht is gedaan aan de flexibiliteit die zo kenmerkend is voor uitzendarbeid en die inherent is aan de door de uitzendwerkgever op de arbeidsmarkt vervulde allocatiefunctie. Daarbij komt nog dat het aan artikel 7:690 BW gekoppelde verlichte ontslagregime bij uitzending sinds de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid op 1 juli 2015 niet meer alleen is vastgelegd in artikel 7:691 BW, maar

ook in artikel 7:668a lid 5 sub a BW.¹⁸ Een verklaring voor de expliciete uitsluiting van intra-concern detachering in artikel 7:691 lid 6 BW vormt de hiervoor aangehaalde mededeling van de regering dat in de situatie waarin de werkgever personeel ter beschikking stelt aan de eigen groepsmaatschappij geen sprake is van de door hem beoogde allocatiefunctie. De werkgever vervult dan uitsluitend een allocatiefunctie binnen de eigen groep en niet op de arbeidsmarkt.¹⁹ Bovendien kan de groepsmaatschappij waarbij de werknemer intra-concern wordt gedetacheerd, dan niet worden aangemerkt als “een derde” in de zin van artikel 7:690 BW.²⁰

4. Is de personeelsvennootschap werkgever op grond van artikel 7:610 BW?

Als intra-concern detachering niet kwalificeert als een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW, dan resteert de vraag of een personeelsvennootschap op grond van artikel 7:610 BW kan worden gekwalificeerd als de werkgever van de werknemer. Als hiervoor gesteld is artikel 7:610 BW van dwingend recht. Dat de personeelsvennootschap en de intra-concern gedetacheerde werknemer zich in een schriftelijke ‘arbeidsovereenkomst’ met elkaar hebben verbonden, is op zichzelf niet voldoende om de personeelsvennootschap te kwalificeren als de werkgever voor de toepassing van titel 7.10 BW. De Hoge Raad heeft sinds 1997 in verschillende arresten bevestigd dat wanneer de contractuele afspraken van meet af aan niet corresponderen met de feitelijke uitvoering, hier bij de kwalificatie van de arbeidsovereenkomst doorheen moet worden gekeken.²¹ Dat de werknemer uitsluitend met de personeelsvennootschap contracteert en zich niet (contractueel) met de groepsmaatschappij verbindt waarbij

15 *Kamerstukken II* 1996/97, 25263, 3, p. 10.

16 Ktr. Arnhem 4 november 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:6807. Zie ook Hoge Raad (Belastingkamer) 17 juni 2011, *BNB* 2011/235, waarin het ging om de vraag of intra-concern detachering (door een personeelsvennootschap) kon worden gekwalificeerd als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW bij de sectorindeling voor de premieheffing werknemersverzekeringen. Overigens betoogde A-G Van Ballegooijen in zijn conclusie bij dit arrest, dat op grond van de wetsgeschiedenis bij de artikel 7:690 en 691 BW uitsluitend sprake is van terbeschikkingstelling in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van de werkgever in de zin van artikel 7:690 BW, wanneer die werkgever een allocatiefunctie vervult op de arbeidsmarkt. In dit arrest ging het om de vraag of intra-concern detachering gekwalificeerd kon worden als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW bij de sectorindeling voor de premieheffing werknemersverzekeringen in het kader van de Wet financiering sociale verzekeringen (Wfsv).

17 Zo ook: R.M. Beltzer in *Concernwerkgeverschap*, Preadvies Levenbachinstituut & VvA, *Reeks VvA* 43, Deventer: Kluwer 2015, p. 30/31. Anders: L.G. Verburg, *Payrolling: over duiding en verbinding*, AA december 2013/12, p. 911.

18 Als intra-concern detachering wordt gekwalificeerd als uitzending in de zin van artikel 7:690 BW, dan zou de personeelsvennootschap premies moeten afdragen aan het verplicht gestelde pensioenfonds in de uitzendbranche (StiPP) en zou de personeelsvennootschap de ABU-cao en de cao SFU moeten naleven (bij algemeenverbindendverklaring), maar zonder dat daarbij gebruik kan worden gemaakt van de op artikel 7:691 BW gebaseerde fase A in de ABU-cao. Op de intra-concern gedetacheerde werknemer zou dan echter nog wel steeds een verlicht ontslagregime van toepassing zijn omdat wel gebruik kan worden gemaakt van de op artikel 7:668a lid 5 sub a BW gebaseerde fase B van de ABU-cao. In fase B van de ABU-cao kunnen in afwijking van artikel 7:668a lid 1 BW gedurende een periode van vier jaar, zes opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd worden aangegaan met de werknemer. Zie hierover ook mijn noot bij Ktr. Arnhem 4 november 2015 in *JAR* 2015/303.

19 Daarnaast kan de expliciete uitsluiting van intra-concern detachering van de toepassing van artikel 7:691 BW worden verklaard aan de hand van de omstandigheid dat dit destijds in de jaren '90 (anders dan bijvoorbeeld payrollrolling) ook al een gangbare praktijk was. Zie p. 274 van mijn dissertatie.

20 Om die reden is ook de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) niet van toepassing op intra-concern detachering (artikel 1 lid 3 sub c Waadi). De groep wordt in dit verband als één werkgever beschouwd (vgl. *Kamerstukken II* 1987/88, 20569, 3, p. 57 en 77).

21 Zie o.a. HR 14 november 1997, *NJ* 1998/149 (Groen/Schoevers), HR 10 oktober 2003, *NJ* 2007/446 (Van der Male B.V./Den Hoedt), HR 14 april 2006, *NJ* 2007/447 (Beurspromovendi/UvA), HR 10 december 2004, *NJ* 2005/239 (Diosynth B.V./Groot-van Veen), HR 15 december 2006, *NJ* 2007/448 (Van Houdts/BBO International), HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/449 (STR/PGGM) en meer specifiek met betrekking tot de kwalificatie van de werkgever: HR 9 oktober 2015, *JAR* 2015/277 (Logidex).

hij feitelijk werkzaam is, zou op basis van deze jurisprudentie geen belemmering zijn voor het aannemen van een arbeidsovereenkomst met deze groepsmaatschappij. In het arrest Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM²² waarin de arbeidsverhouding zo was ingericht dat een manager als zelfstandige werkzaam was voor een thuiszorgorganisatie op basis van een opdrachtsovereenkomst tussen zijn management-bv en de thuiszorgorganisatie, oordeelde de Hoge Raad dat sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen de manager en de thuiszorgorganisatie. De gemaakte contractuele afspraken dienden uitsluitend ter omzeiling van de juridische en financiële consequenties van een arbeidsovereenkomst met de thuiszorgorganisatie en uit de feitelijke uitvoering hiervan bleek dat partijen in werkelijkheid een arbeidsovereenkomst hadden beoogd. Dat de manager en de thuiszorgorganisatie zich niet met elkaar hadden verbonden, maar met de management-bv was gecontracteerd, vormde voor de Hoge Raad geen hinderpaal bij zijn oordeel dat de manager en de thuiszorgorganisatie zich op grond van artikel 7:610 BW in een arbeidsovereenkomst met elkaar hadden verbonden.²³ In mijn dissertatie heb ik onder verwijzing naar de hiervoor aangehaalde jurisprudentie betoogd dat ook bij de kwalificatie van de werkgever in arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen alleen dan betekenis toekomt aan de door partijen gemaakte contractuele afspraken wanneer deze corresponderen met de wijze waarop hieraan vervolgens feitelijk uitvoering is gegeven.²⁴ Dat betekent dat de contractuele werkgever binnen de arbeidsrechtelijke driehoeksverhouding naar mijn mening slechts als de werkgever ex artikel 7:610 BW kan worden gekwalificeerd wanneer deze een voldoende zelfstandige en inhoudelijke rol speelt bij de totstandkoming en de uitvoering van de arbeidsovereenkomst.

In de rechtspraak wordt vrijwel eensluidend aangenomen dat in geval van intra-concern detachering door een personeelsvennootschap of andere centrale werkgever binnen de groep een arbeidsovereenkomst bestaat met de groepsmaatschappij waarmee de werknemer zich in een (schriftelijke) arbeidsovereenkomst verbindt.²⁵ In zijn hierna besproken arrest in de Albron-zaak nam de Hoge Raad, zonder daarbij enige juridische kanttekening te plaatsen, aan dat de intra-concern gedetacheerde werknemer in dienst was van de personeelsvennootschap en niet van de

groepsmaatschappij waarbij hij feitelijk werkzaam was.²⁶ Slechts wanneer geen schriftelijke arbeidsovereenkomst werd gesloten, of uit de schriftelijke arbeidsovereenkomst niet blijkt welke groepsmaatschappij de werkgever is, bestaat de kans dat de rechter oordeelt dat de groepsmaatschappij waarbij de werknemer feitelijk werkzaam is, de werkgever is in de zin van artikel 7:610 BW.²⁷ Een argument voor deze benadering kan worden gevonden in het arrest Kenkhuis/Fugro van 1 december 2000.²⁸ In deze procedure beriep de werknemer zich op het werkgeverschap van een andere groepsmaatschappij dan die waarmee hij een schriftelijke arbeidsovereenkomst had gesloten. De Hoge Raad wees deze vordering af onder wijzing naar de conclusie van de A-G waarin deze onder meer betoogde dat bij de kwalificatie van de werkgever binnen de groep aangesloten diende te worden bij de daarover door partijen gemaakte schriftelijke afspraken.

Ook in de literatuur wordt doorgaans zonder veel nadere motivering aangenomen dat de personeelsvennootschap op grond van het door haar met de intra-concern gedetacheerde werknemer gesloten arbeidscontract kwalificeert als de civielrechtelijke werkgever.²⁹ In een op 21 mei 2015 aan de Vereniging voor Arbeidsrecht gepresenteerd preadvies 'Concernwerkgeverschap' neemt Beltzer echter een ander standpunt in.³⁰ Onder verwijzing naar de hiervoor besproken wetsgeschiedenis en jurisprudentie betoogt Beltzer in dit preadvies dat de personeelsvennootschap niet als de werkgever kan worden gekwalificeerd – noch op grond van artikel 7:690 BW, noch op grond van artikel 7:610 BW. In plaats daarvan dient naar zijn mening elke groepsmaatschappij “die zich feitelijk heeft gedragen als werkgever” voor de toepassing van titel 7.10 BW als werkgever te worden beschouwd.³¹ Volgens Beltzer verhoudt het werkgeverschap ‘op papier’ van een verder activiteitsloze personeelsvennootschap zich niet met de aan het

22 HR 13 juli 2007, NJ 2007/449.

23 A-G Timmerman betoogde hierover het volgende in zijn conclusie voor het arrest Stichting Thuiszorg Rotterdam/PGGM: “De betrokken partijen kunnen een constructie met tussenschakeling van een andere partij op papier hebben gezet die – alle omstandigheden in aanmerking nemend – niet in overeenstemming is met hetgeen zij werkelijk bedoelden af te spreken. In zo'n geval is niet de schriftelijke tekst waarin de betrokken rechtsverhoudingen zijn weergegeven, maar de bedoeling van partijen doorslaggevend. Hierbij speelt ook een rol dat de definitie van de arbeidsovereenkomst in art. 7:610 BW van dwingend recht is. Om die definitie kunnen partijen niet zomaar heen wandelen.”

24 Zie paragraaf 2.3.5 van mijn dissertatie.

25 Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 8 juni 2009, JAR 2009/180, Hof Amsterdam 14 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV8922 en Hof Amsterdam 10 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2223.

26 HR 5 april 2013, NJ 2013/389, m.nt. Verhulp (Albron/FNV c.s.). Zie r.o. 3.1 onder i en 3.10 van het arrest.

27 Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 10 oktober 2002, JAR 2002/266. De kantonrechter te Zaandam nam echter ook in een dergelijke situatie een arbeidsovereenkomst met de personeelsvennootschap aan (Ktr. Zaandam 12 mei 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ4250). Al in 1978 betoogde Van Maanen dat wanneer in de schriftelijke arbeidsovereenkomst niet een bepaalde groepsmaatschappij was aangewezen als werkgever, de intra-concern gedetacheerde werknemer op grond van het leerstuk van de toerekenbare schijn (artikel 3:35 BW jo. artikel 3:61 lid 2 BW) zou kunnen stellen dat de groepsmaatschappij waarbij hij werkzaam was de schijn wekte en bestendige zijn werkgever te zijn. Op die grond zou de werknemer deze groepsmaatschappij dan kunnen aanspreken op uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. C.J.J. van Maanen, Concern-verhoudingen en individuele arbeidsovereenkomst, *De NV* 1978/9, p. 157-164.

28 HR 1 december 2000, JAR 2001/12.

29 Zie o.a. S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2013, p. 157 en 166, E. Verhulp, in J.M. van Slooten e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Achtste druk, Deventer: Kluwer 2014, artikel 7:610 BW aant. 2, p. 7, W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2015, p. 14 en L.G. Verburg in: *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing (liber amicorum A.T.J.M. Jacobs)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2011.

30 Concernwerkgeverschap, Preadvies Levenbachinstituut & VvA, *Reeks VvA* 43, Deventer: Kluwer 2015.

31 R.M. Beltzer in Concernwerkgeverschap, Preadvies Levenbachinstituut & VvA, *Reeks VvA* 43, Deventer: Kluwer 2015, p. 52.

arbeidsrecht ten grondslag liggende beschermingsgedachte.³² Hoewel ik onderschrijf dat het werkgeverschap van de personeelsvennootschap voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis moet hebben om haar te kunnen kwalificeren als de civielrechtelijke werkgever van de intra-concern gedetacheerde werknemer, deel ik het standpunt van Beltzer niet. In de voorgaande paragrafen beschreef ik dat intra-concern detachering het gevolg is van een ontwikkeling waarbij ondernemingsactiviteiten in groepsverband worden uitgeoefend. Deze ontwikkeling wordt gefaciliteerd in het ondernemingsrecht. Dat (eveneens) in groepsverband wordt geopereerd om aansprakelijkheden te beperken en risico's te spreiden wordt geoorloofd en zelfs wenselijk geacht. Daardoor kunnen ondernemingsactiviteiten worden ontplooid – en werkgelegenheid gecreëerd – die anders niet mogelijk of haalbaar zouden zijn geweest.³³ Van der Grinten sprak hierbij van de economische realiteit van de groep en meende dat niet alleen in het ondernemingsrecht, maar ook in het arbeidsrecht moest worden erkend dat werkgevers in groepsverband opereren.³⁴ De omstandigheid dat de werkgever deel uitmaakt van een groep kan dan leiden tot het aangaan van arbeidsovereenkomsten die afwijken van het aan artikel 7:610 BW ten grondslag liggende uitgangspunt. Mijns inziens geeft de economische realiteit van de groep voldoende zelfstandige en inhoudelijke betekenis aan het contractuele werkgeverschap van de personeelsvennootschap om haar te kunnen kwalificeren als de civielrechtelijke werkgever van de feitelijk bij de andere groepsmaatschappijen werkzame werknemers.³⁵ Daarbij komt dat de toedeling van het werkgeverschap aan een personeelsvennootschap of andere centrale werkgever die deel uitmaakt van dezelfde groep niet gepaard gaat met een uitholling van de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer. In de volgende paragrafen ga ik hier nader op in.

5. Toerekening van werkgeverschap bij intra-concern detachering in het arbeidsrecht

Wanneer wordt aangenomen dat bij intra-concern detachering sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de personeelsvennootschap, is tussen deze werknemer en de groepsmaatschappij waarbij hij werkzaam is slechts sprake van een feitelijke relatie. Desondanks heeft deze groepsmaatschappij – naast of in plaats van de personeelsvennootschap waarbij de werknemer in dienst is – op grond van arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving in en buiten titel 7.10 BW wel verplichtingen jegens de werknemer.

32 R.M. Beltzer in *Concernwerkgeverschap*, Preadvies Levenbachinstituut & VvA, *Reeks VvA* 43, Deventer: Kluwer 2015, p. 34 en 38.

33 Zie paragraaf 6.8 van mijn dissertatie.

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

35 Zie paragraaf 6.7.2 van mijn dissertatie.

5.1 Hoofdelijke aansprakelijkheid voor de voldoening van het aan de werknemer verschuldigde loon

In het kader van de Wet aanpak schijnconstructies (WAS) is op 1 juli 2015 onder meer artikel 7:616a BW in werking getreden. In dit artikel is bepaald dat indien arbeid wordt verricht in dienst van de werkgever ter uitvoering van een overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk, de werkgever en diens opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de voldoening van het aan de werknemer verschuldigde loon. Tijdens de parlementaire behandeling van de WAS deelde de regering mee dat deze hoofdelijke aansprakelijkheid onder meer zou gelden “voor het op grond van de uitzendovereenkomst verschuldigde loon en voor andere vormen van ter beschikking stellen van arbeid.”³⁶ Dat betekent mijns inziens dat ook de intra-concern gedetacheerde werknemer de groepsmaatschappij waarbij hij gedetacheerd is, kan aanspreken tot betaling van het (juiste) loon indien de personeelsvennootschap nalaat of niet in staat is dit tijdig aan de werknemer te betalen.³⁷ Ik realiseer mij dat bij intra-detachering veelal geen sprake zal zijn van een (schriftelijke) overeenkomst van opdracht tussen de personeelsvennootschap en de betrokken groepsmaatschappij op grond waarvan de werknemer ter beschikking wordt gesteld aan de andere groepsmaatschappij. De kosten van de personeelsvennootschap zullen met een bepaalde verdeelsleutel worden doorbelast aan de andere groepsmaatschappijen. Echter, in de situatie waarin binnen een groep gebruik wordt gemaakt van intra-concern detachering door een personeelsvennootschap, mag naar mijn mening voor de toepassing van artikel 7:616a BW worden aangenomen dat dit krachtens een door de betrokken groepsmaatschappij aan de personeelsvennootschap verleende opdracht geschiedt.

5.2 De intra-concern gedetacheerde werknemer en overgang van onderneming

Op grond van artikel 7:663 BW gaan bij overgang van onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de eigenaar of exploitant van die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een in die onderneming werkzame werknemer van rechtswege over op de nieuwe eigenaar of exploitant van de onderneming. Dat zou betekenen dat de bij een groepsmaatschappij intra-concern gedetacheerde werknemer niet mee over zou gaan wanneer de ondernemingsactiviteit van die groepsmaatschappij wordt overgenomen door een nieuwe eigenaar of exploitant. De intra-concern gedetacheerde werknemer is

36 *Kamerstukken II* 2014/15, 34108, 3, p. 21.

37 De hoofdelijke aansprakelijkheid voor het aan de werknemer verschuldigde loon van artikel 7:616a BW geldt niet wanneer de opdrachtgever in rechte aannemelijk maakt dat hem niet kan worden verweten dat het (juiste) loon niet is voldaan aan de werknemer. Blijkens de parlementaire geschiedenis zal de opdrachtgever een beroep kunnen doen op deze disculpatiemogelijkheid wanneer hij preventieve maatregelen heeft genomen ter voorkoming van onderbetaling door de werkgever en adequaat heeft opgetreden bij geconstateerde misstanden. (zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34108, 3, p. 55). Nu de personeelsvennootschap en de groepsmaatschappij waarbij de werknemer werkzaam is onder de centrale leiding van dezelfde moeder- of (sub)holdingmaatschappij staan, zal een beroep door de groepsmaatschappij op deze disculpatiemogelijkheid niet snel slagen.

immers niet in dienst van deze groepsmaatschappij. Gevolg hiervan zou zijn dat deze werknemer zijn werk kwijt is en, als er geen herplaatsingsmogelijkheden zijn binnen de groep, een beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst onvermijdelijk zou zijn. Dit staat op gespannen voet met de aan artikel 7:663 BW ten grondslag liggende Richtlijn 2001/23/EG³⁸ die ten doel heeft te voorkomen dat de overgang van de onderneming waarbij de werknemer werkzaam is, leidt tot het ontslag van de werknemer of een verslechtering van zijn arbeidsvoorwaarden. In 2010 oordeelde het HvJ EU echter dat, hoewel tussen de intra-concern gedetacheerde werknemer en de groepsmaatschappij waarbij hij werkzaam is geen rechtsverhouding bestaat, hier wel sprake is van een 'arbeidsbetrekking' als genoemd in de Richtlijn. Op grond van deze arbeidsbetrekking gaat in deze situatie naar het oordeel van het HvJ EU de arbeidsovereenkomst van de werknemer met de personeelsvennootschap van rechtswege mee over naar de nieuwe eigenaar of exploitant van de onderneming van de groepsmaatschappij.³⁹ De Hoge Raad legde artikel 7:663 BW vervolgens richtlijnconform uit.⁴⁰ Daarbij overwoog de Hoge Raad dat, nu er vanuit moest worden gegaan dat met artikel 7:663 BW is beoogd ten volle uitvoering te geven aan de uit de Richtlijn voortvloeiende verplichtingen, aannemelijk was dat met dat artikel was bedoeld dat eveneens de intra-concern gedetacheerde werknemer die niet in dienst is bij de onderneming waarbij hij feitelijk werkzaam is (maar bij een zustermaatschappij) bij de overgang van die onderneming van rechtswege mee overgaat naar de nieuwe eigenaar of exploitant van deze onderneming.⁴¹

5.3 *Veilige werkomgeving en arbeidstijden*

In de Arbeidsomstandigheden- en Arbeidstijdenwet wordt in geval van de ter beschikkingstelling van de werknemer niet de uitlener, maar de ander aan wie de werknemer ter beschikking wordt gesteld als werkgever beschouwd, mits de werknemer arbeid verricht die gebruikelijk is in het bedrijf van die ander.⁴² De groepsmaatschappij waarbij de werknemer feitelijk werkzaam is, en niet de personeelsvennootschap, is dus verantwoordelijk voor de naleving van de in en op basis van deze wetgeving geldende voorschriften op het gebied van de arbeidsomstandigheden en arbeidstijden. In artikel 7:658 lid 4 BW zijn de zorgplicht van de werkgever voor een veilige werkomgeving en de aansprakelijkheid van de werkgever bij niet-nakoming van deze verplichting van overeenkomstige toepassing verklaard op degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft. Daardoor geldt hier voor de personeelsvennootschap

en de groepsmaatschappij waarbij de werknemer feitelijk werkzaam is een hoofdelijke aansprakelijkheid jegens de intra-concern gedetacheerde werknemer.

5.4 *Recht op (weder)tewerkstelling van de werknemer bij de groepsmaatschappij*

De werkgever is verplicht de werknemer in staat te stellen de bedongen arbeid te verrichten, tenzij de werkgever kan aantonen dat hij een goede reden heeft om de werknemer niet toe te laten tot de werkzaamheden. Dit recht op werk van de werknemer vindt zijn grond in de in artikel 7:611 BW opgenomen verplichting van de werkgever om zich tegenover zijn werknemer als een 'goed werkgever' te gedragen. Een vordering tot (weder)tewerkstelling van de (op non-actief gestelde) werknemer bij de groepsmaatschappij waarbij hij normaliter feitelijk werkzaam is, zou dan nooit kans van slagen hebben. De werknemer is immers in dienst van de personeelsvennootschap en de betrokken groepsmaatschappij heeft daarmee niet als (goed) werkgever de verplichting de werknemer tewerk te stellen.⁴³ Uit de (lagere) rechtspraak volgt echter dat bij een vordering tot wedertewerkstelling van de intra-concern gedetacheerde werknemer, de omstandigheid dat de werknemer geen arbeidsovereenkomst heeft met de groepsmaatschappij waarbij hij feitelijk werkzaam is, geen belemmering vormt voor de toewijzing van een vordering tot wedertewerkstelling bij die groepsmaatschappij. In de overwegingen van de rechter vormt dit zelfs geen punt van aandacht.⁴⁴ Dat de werkgever en de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer werkzaam is deel uitmaken van dezelfde groep lijkt hier voldoende grond voor toewijzing van de vordering tot wedertewerkstelling bij die groepsmaatschappij indien geen goede grond bestaat voor de op non-actiefstelling van de werknemer.

5.5 *De ontslagbescherming van de intra-concern gedetacheerde werknemer*

In de Ontslagregeling⁴⁵ heeft de Minister van SZW, op grond van de hem in dat kader in artikel 7:669 lid 5 BW gegeven bevoegdheid, nadere regels opgenomen bij ontslag. In artikel 3 van deze Ontslagregeling is bepaald dat wanneer arbeidsplaatsen vervallen bij een werkgever wiens onderneming deel uitmaakt van een groep, of die meer dan één onderneming in standhoudt, de noodzaak voor het vervallen van arbeidsplaatsen wordt beoordeeld aan de hand van de omstandigheden die van toepassing zijn op de onderneming waar de arbeidsplaatsen vervallen. Aan de hand van de omstandigheden bij de groepsmaatschappij waarbij de werknemer intra-concern is gedetacheerd wordt dus door het UWV beoordeeld of sprake is van een redelijke grond voor ontslag in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub a BW. Hoe-

38 Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan.

39 HvJ EU 21 oktober 2010, NJ 2010/576, m.nt. Mok (Albron/FNV c.s.).

40 HR 5 april 2013, NJ 2013/389, m.nt. Verhulp (Albron/FNV c.s.).

41 Zie hierover nader R.M. Beltzer en J.P.H. Zwemmer, Albron/Roest – All's well that ends well, O&F 2013/2.

42 Artikel 1 lid 1 sub a Arbeidsomstandighedenwet en artikel 1:1 lid 1 sub a Arbeidstijdenwet.

43 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1938 en Hof Arnhem-Leeuwarden 14 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2690 en mijn noot bij deze uitspraken onder AR 2015-0264 en AR 2015-0371 op www.ar-updates.nl.

44 Vgl. o.a. Hof Amsterdam 10 juni 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:2223 en Hof Amsterdam 14 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV8922.

45 *Scrt.* 2015, 12685.

wel daarover niets is bepaald in de Ontslagregeling, zal dit eveneens gelden bij de beoordeling door de rechter van de vraag of sprake is van een redelijke grond voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub c tot en met h BW. Daarbij schrijft de Ontslagregeling voor dat in de situatie waarin de werkgever deel uitmaakt van een groep, bij de vaststelling of een passende functie beschikbaar is, mede de arbeidsplaatsen in andere tot de groep behorende ondernemingen moeten worden betrokken.⁴⁶ Dat betekent dat bij het komen te vervallen van de arbeidsplaats van de intra-concern gedetacheerde werknemer bij de groepsmaatschappij waarbij hij werkzaam is, door het UWV geen toestemming voor ontslag wordt verleend wanneer herplaatsingsmogelijkheden bestaan bij andere groepsmaatschappijen.⁴⁷ Daarmee geldt voor de personeelsvennootschap die als werkgever van de werknemer toestemming voor ontslag vraagt een grotere herplaatsingsverplichting dan voor de werkgever die geen deel uitmaakt van een groep (en heeft de binnen een groep werkzame werknemer dus een ruimere ontslagbescherming dan een gewone werknemer).

6. Toerekening van werkgeversaansprakelijkheid binnen de groep buiten het arbeidsrecht

De personeelsvennootschap is als rechtspersoon zelfstandig drager van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en plichten. Hoewel de arbeidsovereenkomst in beginsel uitsluitend rechten en plichten creëert voor de rechtspersoon waarmee de werknemer deze is aangegaan, blijkt uit de in de vorige paragraaf besproken arbeidsrechtelijke wet- en regelgeving (en jurisprudentie) dat de intra-concern gedetacheerde werknemer de groepsmaatschappij waarbij hij feitelijk werkzaam is naast of in plaats van de personeelsvennootschap kan aanspreken op nakoming van belangrijke uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. In deze situatie kan bovendien sprake zijn van aansprakelijkheid van de moeder- of (sub)holdingmaatschappij jegens de werknemer op grond van schuldeisersbeschermende bepalingen in Boek 2 BW. Wanneer binnen de groep bijvoorbeeld gebruik wordt gemaakt van de jaarrekeningvrijstelling voor afhankelijke groepsmaatschappijen van artikel 2:403 BW, heeft de moedermaatschappij in een zogenoemde 403-verklaring hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaard voor alle uit rechtshandelingen voortvloeiende

schulden van haar vrijgestelde groepsmaatschappijen.⁴⁸ Onder uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden vallen ook verplichtingen uit door de groepsmaatschappijen – waaronder de personeelsvennootschap – gesloten arbeidsovereenkomsten. Uit de lagere rechtspraak volgt dat rechters de omvang en reikwijdte van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van een door haar gedeponeerde 403-verklaring jegens werknemers van groepsmaatschappijen ruim uitleggen.⁴⁹ Dat neemt niet weg dat deze aansprakelijkheid uitsluitend aan de orde is wanneer de groep gebruikmaakt van de jaarrekeningvrijstelling. De moedermaatschappij is dan aansprakelijk op grond van de door haarzelf gedeponeerde 403-verklaring. In bepaalde situaties kan de moedermaatschappij echter ook zonder dat zij daar zelf voor heeft gekozen, aansprakelijk worden gehouden jegens crediteuren van haar groepsmaatschappij. De aansprakelijkheid van de moedermaatschappij is dan gebaseerd op onrechtmatige daad. In de hiernavolgende paragrafen wordt ingegaan op deze aansprakelijkheid van de moedermaatschappij en wordt geanalyseerd wanneer hierop een beroep kan worden gedaan in de situatie waarin de binnen de groep werkzame werknemers in dienst zijn van een personeelsvennootschap.

6.1 Aansprakelijkheid moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad

Hoewel het spreiden van risico's en het daarmee beperken van aansprakelijkheid, een geoorloofd motief 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. De Hoge Raad heeft in de afgelopen 35 jaar in verschillende arresten uitgewerkt in welke situaties bij een dergelijk misbruik sprake kan zijn van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de moedermaatschappij jegens de crediteur van de groepsmaatschappij.⁵⁰ De moedermaatschappij is dan niet hoofdelijk aansprakelijk naast de groepsmaatschappij, maar aansprakelijk voor de schade die de crediteur leidt als gevolg van de niet-nakoming door de groepsmaatschappij. Hoofdelijke aansprakelijkheid van de moeder- of een andere

⁴⁶ Artikel 9 lid 2 Ontslagregeling.

⁴⁷ Bovendien regelt artikel 15 lid 3 Ontslagregeling dat voor de toepassing van het afspiegelingsbeginsel opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende groepsmaatschappijen worden samengeteld, indien bij cao is overeengekomen dat van de werknemer wordt verwacht dat hij regelmatig van functie verandert binnen deze groep. Wanneer sprake is van een dergelijk employability-beleid acht de minister het redelijk om eerdere dienstverbanden binnen dezelfde groep mee te tellen bij de berekening van de duur van het dienstverband ook als er geen sprake is van geheel andere werkzaamheden bij de verschillende groepsmaatschappijen (zie toelichting Ontslagregeling, *Stcrt.* 2015, 12685, p. 22/23).

⁴⁸ Een ander (minder alledaags) voorbeeld van aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van schuldeisers beschermende bepalingen in Boek 2 BW vormt de verplichting tot aanvaarding van aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor de schulden van een groepsmaatschappij wanneer bij de oprichting van deze groepsmaatschappij in natura wordt ingebracht en gebruik wordt gemaakt van de vrijstelling van de daarbij op grond van artikel 2:94a BW geldende beschrijvings- en controlevereisten. Zie hierover nader paragraaf 6.5.9 e.v. van mijn dissertatie.

⁴⁹ Zie hierover nader paragraaf 6.5.1 e.v. van mijn dissertatie en mijn eerdere bijdrage aan dit tijdschrift; de 403-verklaring en de aansprakelijkheid voor uit arbeidsovereenkomsten (en andere duurovereenkomsten) voortvloeiende verplichtingen, *OR* 2011/45. Die ruime uitleg heeft wel zijn grenzen, zo bleek in de uitspraak van de Rb Midden-Nederland van 30 januari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0341 en bevestigd in het arrest van de Hoge Raad van 11 april 2014, *NJ* 2014/309, m.nt. Van Schilfgaarde.

⁵⁰ Deze arresten werden uitvoerig besproken en geanalyseerd in de literatuur. Zie o.a. M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 185-243, *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009, nr. 839-845 en S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2013, p. 304-321.

groepsmaatschappij jegens de crediteur van de niet nakomende groepsmaatschappij kan wel worden bewerkstelligd met een zogenoemde doorbraak van aansprakelijkheid waarbij deze groepsmaatschappijen met elkaar worden vereenzelvigd. Bij vereenzelving wordt het identiteitsverschil tussen de groepsmaatschappijen volledig weggedacht zodat een rechtsvordering eveneens tegen de met de andere groepsmaatschappij vereenzelvigde groepsmaatschappij worden ingesteld. De Hoge Raad beschouwt vereenzelving van rechtspersonen echter als een vorm van 'redres' die slechts in uitzonderlijke gevallen toelaatbaar is. In het Rainbow-arrest⁵¹ oordeelde de Hoge Raad dat door degene die volledige of overheersende zeggenschap heeft over twee rechtspersonen misbruik kan worden gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen, maar dat dit in beginsel moet worden aangemerkt als een onrechtmatige daad die verplicht tot het door de betrokken (rechts)personen vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Bij een beroep op vereenzelving gelden voor werknemers dezelfde voorwaarden als voor andere creditoren van de groepsmaatschappij.⁵² Een beroep op aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor uit arbeidsovereenkomsten van haar groepsmaatschappijen voortvloeiende verplichtingen zal derhalve moeten worden gebaseerd op een onrechtmatige daad van de moedermaatschappij jegens de werknemer van een groepsmaatschappij. Voor het doen slagen van een dergelijke vordering is niet voldoende dat de moedermaatschappij zich intensief bemoeit met de bedrijfsvoering van de groepsmaatschappij waarbij de werknemer in dienst is, maar zou haar tevens een ernstig verwijt moeten kunnen worden gemaakt van de niet-nakoming door haar groepsmaatschappij.⁵³

Binnen de rechtspraak van de Hoge Raad kunnen vier situaties worden onderscheiden waarin het handelen van de invloed en zeggenschap over haar groepsmaatschappij uitoefenende moedermaatschappij kan worden gekwalificeerd als een onrechtmatige daad jegens een schuldeiser of contractspartij van deze groepsmaatschappij.⁵⁴ De eerste situatie is die waarin de moedermaatschappij zelf naar buiten toe bij schuldeisers van de groepsmaatschappij het vertrouwen heeft gewekt dat deze haar verplichtingen na zal komen.⁵⁵ In de tweede situatie verzuimde de moedermaatschappij de crediteur van haar groepsmaatschappij te

waarschuwen voor het risico van mogelijke niet-nakoming door haar verlieslijdende groepsmaatschappij die in grote mate financieel van haar afhankelijk is, terwijl zij wist of behoorde te voorzien dat deze crediteur door dit nalaten werd benadeeld.⁵⁶ In de derde situatie handelt de moedermaatschappij onrechtmatig jegens de schuldeiser van haar niet-nakomende groepsmaatschappij wanneer deze er op grond van een toezegging van de moedermaatschappij gerechtigd op had mogen vertrouwen dat de verplichtingen van de groepsmaatschappij zouden worden nagekomen.⁵⁷ In de vierde situatie frustreert de moedermaatschappij de nakoming aan een schuldeiser van de groepsmaatschappij. In deze situatie werd de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk gehouden tegenover de schuldeiser van de groepsmaatschappij omdat zij zich schuldig maakte aan het veroorzaken van selectieve betaling door en/of betalingsonwil door de groepsmaatschappij.⁵⁸

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 dergelijke vordering van de werknemer aan de orde was⁵⁹, beoordeelde de rechter dit op dezelfde wijze als wanneer door een gewone (handels) crediteur een beroep zou zijn gedaan op deze aansprakelijkheid.⁶⁰ Vast staat dat het hebben van invloed op de bedrijfsvoering van de groepsmaatschappij op zichzelf niet voldoende is voor aansprakelijkheid van de moedermaatschappij jegens de werknemer van haar niet nakomende groepsmaatschappij.

51 HR 13 oktober 2000, *NJ* 2000/698, m.nt. Maeijer (Rainbow).
 52 Zie het hiervoor aangehaalde arrest Kenkhuis/Fugro, HR 1 december 2000, *JAR* 2001/12.
 53 Zie HR 16 januari 1987, *NJ* 1987/970 (Euro-Advertising B.V.).
 54 Zie paragraaf 6.6.4 van mijn dissertatie. In de literatuur zijn verschillende indelingen gemaakt van situaties waarin de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk kan worden gehouden door schuldeisers van haar groepsmaatschappij. M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1999, p. 186-234, *Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009, nr. 841, S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, Van het concern, Deventer: Kluwer 2013, p. 304-321 en F.G. Laagland in *Concernwerkgeverschap, Preadvies Levenbachinstituut & VvA, Reeks VvA 43*, Deventer: Kluwer 2015, p. 104. Zie ook de conclusie van A-G Timmerman voor HR 12 september 2008, *JOR* 2008/297, m.nt. Van Maanen (Coutts).
 55 HR 25 september 1981, *NJ* 1982/443, m.nt. Maeijer (Osby) en HR 19 februari 1988, *NJ* 1988/487, m.nt. Van der Grinten (Albada Jelgersma).

56 HR 21 december 2001, *NJ* 2005/96, m.nt. Kortmann (Sobi/Hurks) en HR 11 september 2009, *NJ* 2009/565, m.nt. Van Schilfgarde (Comsys).
 57 HR 18 november 1994, *NJ* 1995/170, m.nt. Maeijer (NBM/Securicor).
 58 HR 12 juni 1998, *NJ* 1998/727, m.nt. Van Schilfgarde (Coral/Stalt) en HR 8 november 1991, *NJ* 1992/174, m.nt. Maeijer (Nimox), waarin de curator van de gefailleerde groepsmaatschappij zich beriep op de aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad van de moedermaatschappij. Zie ook HR 9 mei 1986, *NJ* 1986/792, m.nt. Van der Grinten (Keulen/BLG). De rol van de beheersende publiekrechtelijke rechtspersoon die in dit laatste arrest aansprakelijk werd gehouden op grond van onrechtmatige daad is vergelijkbaar met die van de moedermaatschappij in een groep.
 59 Zie over deze rechtspraak F.G. Laagland in *Concernwerkgeverschap, Preadvies Levenbachinstituut & VvA, Reeks VvA 43*, Deventer: Kluwer 2015, p. 103-116 en paragraaf 6.6.5 van mijn dissertatie.
 60 De Nacap-zaak vormt in dit opzicht een uitzondering. In deze procedure oordeelden de voorzieningenrechter van de Rechtbank Groningen en, in hoger beroep, het Hof Leeuwarden dat de (groot)moedermaatschappij jegens de werknemers van haar groepsmaatschappijen een eigen verantwoordelijkheid had voor de arbeidsrechtelijke gevolgen van haar intensieve bemoeienis met deze groepsmaatschappijen en handelde zij onrechtmatig door zich na het faillissement van de groepsmaatschappijen aan deze verantwoordelijkheid te onttrekken. Rb. Groningen (vzr.) 5 augustus 2011, *JOR* 2011/324, m.nt. Holtzer en Hof Leeuwarden 6 december 2011, *JOR* 2012/39, m.nt. Holtzer. Zie over de Nacap-zaak: R.J. van der Ham, *Moeder help! Aansprakelijkheidsrisico's voor sociale maatregelen bij reddingsoperaties van een dochter, ArbeidsRecht 2013/26*, R.G.J. de Haan, *De Nacap- en Delta Biovalue-uitspraken, TOP 2012/7* en J.P.H. Zwemmer, *Intensieve bemoeienis moedermaatschappij met bedrijfsvoering groepsmaatschappij brengt verantwoordelijkheid mee jegens werknemers groepsmaatschappij, Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming 2012/1*.

6.2 *Bijzondere zorgplicht moedermaatschappij jegens werknemers in dienst van een personeelsvennootschap die financieel afhankelijk is van de andere groepsmaatschappijen?*

Zou bij intra-concern detachering door een personeelsvennootschap door de werknemer sneller een beroep op aansprakelijkheid van de moedermaatschappij op grond van onrechtmatige daad mogelijk moeten zijn? Hoewel de personeelsvennootschap als zelfstandig rechtssubject aansprakelijk is voor de nakoming van de uit de arbeidsovereenkomsten van deze werknemers voortvloeiende verplichtingen, neemt dit mijns inziens niet weg dat binnen een groepsstructuur waarbij sprake is van een geïntegreerde splitsing van het contractuele en het feitelijke werkgeverschap, wel aanleiding bestaat voor het aannemen van een bijzondere zorgplicht van de moedermaatschappij voor de nakoming van de uit de arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen door de personeelsvennootschap.⁶¹ De grond hiervoor vormt het feit dat de personeelsvennootschap ten aanzien van haar nakomingsmogelijkheden volledig afhankelijk is van financiering door de andere – door de moedermaatschappij aangestuurde – groepsmaatschappijen.

De overwegingen van de Hoge Raad in het Comsys-arrest⁶² vormen een inspiratiebron voor deze benadering. Hier was sprake van een groepsstructuur waarbij alle werknemers in dienst waren van Comsys Services BV en werkzaam waren bij Comsys BV. De aandelen in beide BV's werden gehouden door Comsys Holding BV, dat als bestuurder fungeerde van beide vennootschappen. Omdat de inkomsten volledig ten goede kwamen aan Comsys en Comsys Holding en de hieraan verbonden kosten – waaronder het salaris van de werknemers – voor rekening van Comsys Services kwamen, maakte Comsys Services verlies en failliede zij uiteindelijk nadat Comsys Holding en Comsys besloten deze verliezen niet meer aan te zuiveren. De Hoge Raad overwoog dat Comsys Holding als houdstermaatschappij en bestuurder van Comsys en Comsys Services “dit deel van haar concern aldus had opgezet dat in wezen Comsys en Services tezamen één onderneming voerden, waarbij de kostenkant bij Services lag en de inkomstenkant bij Comsys, terwijl de door Services ten behoeve van Holding en Comsys gemaakte kosten niet volledig werden doorbelast.” Vervolgens bevestigde de Hoge Raad het oordeel van het hof, dat Comsys Holding op grond hiervan “een bijzondere zorgplicht [had] jegens de crediteuren van Services, welke zorgplicht berustte op de door Holding opgezette structuur met inherente risico's voor crediteuren van Services, in samenhang met haar keuze [...] om de activiteiten van Services ‘going concern’ voort te zetten hoewel zij wist dat door de gevolgde wijze van handelen binnen de Comsys Groep de crediteuren van Services zouden worden benadeeld zodra de financiering in rekening-courant door Holding en Comsys zou worden beëindigd.” Onder die omstandigheden had Comsys Holding

zich naar het oordeel van de Hoge Raad de belangen van “bestaande en toekomstige schuldeisers” van Comsys Services moeten aantrekken. Omdat Comsys Holding te dien aanzien geen enkele maatregel had genomen, handelde zij onrechtmatig jegens de crediteuren van Comsys Services.⁶³

Ik lees in de overwegingen van de Hoge Raad in het Comsys-arrest argumenten voor het aannemen van een bijzondere zorgplicht van de moedermaatschappij voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten van de bij haar groepsmaatschappijen werkzame werknemers. Deze bijzondere zorgplicht zou bestaan wanneer sprake is van een intensieve bemoeienis van de moedermaatschappij met de bedrijfsvoering van de groepsmaatschappijen én de binnen de groep werkzame werknemers in dienst zijn van een personeelsvennootschap die wat haar financiering betreft volledig afhankelijk is van de andere groepsmaatschappijen. In dat geval zou het niet doorbelasten van de kosten van de personeelsvennootschap aan de groepsmaatschappijen waaraan de opbrengsten van de door de werknemers verrichte arbeid ten goede komen, een schending van de bijzondere zorgplicht van de moedermaatschappij jegens de intra-concern gedetacheerde werknemers kunnen impliceren. Deze bijzondere zorgplicht impliceert geen risicoaansprakelijkheid van de moedermaatschappij. Is sprake van buiten haar macht liggende oorzaken die maken dat een volledige doorbelasting van de kosten van de personeelsvennootschap aan de andere groepsmaatschappijen niet meer mogelijk is (zoals een slechte marktsituatie) en is evenmin sprake van een specifieke benadeling van de personeelsvennootschap (ook andere crediteuren van de groepsmaatschappijen kunnen niet volledig worden voldaan), dan zou geen sprake zijn van een schending van deze bijzondere zorgplicht. De omstandigheid, dat de werknemer is gewaarschuwd voor de mogelijke niet-nakoming door de personeelsvennootschap, in verband met het door haar niet (volledig) kunnen doorbelasten van kosten aan de andere groepsmaatschappijen, zou mijns inziens niet kunnen meebrengen dat de moedermaatschappij daarmee aan deze bijzondere zorgplicht heeft voldaan. Anders dan een (handels)crediteur zal de werknemer immers niet in de (sociaaleconomische) positie verkeren consequenties te verbinden aan een dergelijke waarschuwing. De werknemer kan weliswaar dreigen met ontslag of met het staken van zijn werkzaamheden, maar zou daarmee meteen ook zijn eigen inkomenspositie in gevaar brengen.

7. Conclusie

Bij intra-concern detachering door een personeelsvennootschap zijn de binnen de groep werkzame werknemers op basis van arbeidscontracten met een personeelsvennootschap werkzaam bij de andere groepsmaatschappijen. De contractuele werkgever is in deze situatie een andere juridische en-

61 Vgl. F.G. Laagland in Concernwerkgeverschap, Preadvies Levenbachinstuut & VvA, *Reeks VvA* 43, Deventer: Kluwer 2015, p. 107/108.

62 HR 11 september 2009, NJ 2009/565, m.nt. Van Schilfgaarde.

63 De Hoge Raad achtte Comsys niet medeaansprakelijk omdat daarvoor eigen handelen van Comsys noodzakelijk was en het enkele door haar meewerken aan de door Comsys Holding geïnitieerde groepsstructuur naar het oordeel van de Hoge Raad niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt.

titeit dan de feitelijke werkgever. Hoewel deze contractuele vormgeving van de arbeidsovereenkomst niet aansluit bij de dwingendrechtelijke definitie van de arbeidsovereenkomst in artikel 7:610 BW, bestaan naar mijn mening goede argumenten om de personeelsvennootschap te kwalificeren als de civielrechtelijke werkgever van de intra-concern gedetacheerde werknemers. Het werkgeverschap van de personeelsvennootschap gaat niet ten koste van de arbeidsrechtelijke positie van deze werknemers (tenzij zou worden aangenomen dat bij intra-concern detachering sprake is van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW). Zo blijkt uit de hiervoor in paragraaf 5 besproken arbeidswetgeving en jurisprudentie dat (ook) de groepsmaatschappij waarbij de intra-concern gedetacheerde werknemer feitelijk werkzaam is, verantwoordelijk is voor verscheidene uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen. In sommige situaties is de intra-concern gedetacheerde werknemer daardoor zelfs beter af dan de werknemer die 'gewoon' een arbeidsovereenkomst heeft met de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin hij de arbeid feitelijk verricht.

Is sprake van een personeelsvennootschap die ten aanzien van haar nakomingsmogelijkheden volledig afhankelijk is van financiering door de andere groepsmaatschappijen, dan zou de werknemer van de personeelsvennootschap de moedermaatschappij in de hiervoor in paragraaf 6.2 beschreven omstandigheden op grond van haar bijzondere zorgplicht kunnen aanspreken wanneer de personeelsvennootschap niet nakomt. De moedermaatschappij zou deze aansprakelijkheid dan slechts kunnen afweren door aan te tonen dat sprake is van externe oorzaken die meebrengen dat volledige financiering van de personeelsvennootschap niet meer mogelijk is én geen sprake is van een specifieke benadeling van de personeelsvennootschap omdat ook andere crediteuren van de groepsmaatschappijen niet volledig konden worden voldaan. De aansprakelijkheid van de moedermaatschappij jegens de werknemers van de personeelsvennootschap bij een schending van deze bijzondere zorgplicht zou met name relevant zijn bij het niet door de personeelsvennootschap kunnen betalen van een (transitie- of billijke) vergoeding bij het ontslag van de werknemer. De werknemer kan de groepsmaatschappij waarbij hij feitelijk werkzaam is immers reeds op grond van de in paragraaf 5 besproken arbeidswetgeving en jurisprudentie naast of in plaats van de personeelsvennootschap aanspreken op nakoming van de andere belangrijke uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen.