GROEPSWERKGEVERSCHAP EN VEREENZELVIGING BIJ OVERGANG VAN ONDERNEMING

1. Inleiding

Een onderneming in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW kan in verschillende rechtsvormen worden gedreven. Zij hoeft geen rechtspersoon te zijn, zoals ook blijkt uit de definitie van het ondernemingsbegrip uit Richtlijn 1998 (zie het artikel van Holtzer hiervóór). Een structuur-N.V. met tweeduizend werknemers kan evengoed een onderneming zijn als de afdeling klantenservice van een warenhuis.
In de meeste commentaren over overgang van onderneming gaat men er (om utiliteitsredenen) van uit dat sprake is van één onderneming die wordt gedreven binnen één rechtsvorm. De werkelijkheid is dikwijls anders. Een onderneming of een samenstel van ondernemingen wordt vaak in stand gehouden door meerdere, economisch, organisatorisch en juridisch in meer of mindere mate met elkaar verweven rechtsvormen. Ter aanduiding van dit geheel van samenhangende rechtsvormen worden de termen "concern" en "groep" door elkaar gebruikt. In navolging van artikel 2:24b BW zal ik mij in dit artikel alleen van de term "groep" bedienen.
De verwevenheid van de entiteiten binnen de groep brengt mee dat ten aanzien van bepaalde, met name aansprakelijkheidsrechtelijke, onderwerpen voor de groep soms andere overwegingen een rol spelen dan bij "enkelvoudige" entiteiten. Wetgever en rechtspraak hebben dat ook erkend. Zo is in het verleden - al dan niet met succes - gepleit voor de gedachte dat onder bepaalde omstandigheden naast de groepsmaatschappij die juridisch gezien als debiteur van een bepaalde vordering moet worden beschouwd, ook andere groepsmaatschappijen – in het bijzonder de moedermaatschappij – aansprakelijk moeten worden gehouden. De genuanceerde rechtspraak over doorbraak van aansprakelijkheid door middel van een actie uit onrechtmatige daad tegen de moeder in plaats van tegen de formeel-juridisch handelende dochter is in dit verband illustratief.[1]
Deze en andere overwegingen spelen ook een rol bij de vaststelling van de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer binnen een groep, ook in geval van overgang van een onderneming in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW. Het is binnen een groep geen onbekend verschijnsel dat een werknemer in dienst is bij een andere groepsmaatschappij dan die waar hij gewoonlijk zijn werkzaamheden verricht: gaat de onderneming van de laatste over, dan gelden de artikelen 7:662 e.v. BW niet ten aanzien van hem. Weliswaar gaat de "materiële" werkgever van de werknemer over, doch de artikelen 7:662 e.v. BW gaan uit van een formeel werkgeversbegrip. Hierdoor verliest de werknemer zijn baan – de onderneming waar hij zijn werkzaamheden verricht gaat immers over – en blijft de werkgever zitten met een werknemer die hij maar moet zien te herplaatsen.
Om aan dit gevolg te ontkomen zijn verschillende juridische constructies denkbaar. Steeds gaat het er daarbij om de artikelen 7:662 e.v. BW via een omweg toch in de zojuist genoemde situatie van toepassing te laten zijn. Twee van die constructies – het beschouwen van de groep als rechtspersoon en het vereenzelvigen van verschillende groepsmaatschappijen – staan in dit artikel centraal.
In de volgende paragraaf ga ik in op enkele motieven voor groepsvorming. Vervolgens behandel ik in paragraaf 3 de toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW op de overgang

---

[1] Voor een uitvoerige analyse van de rechtspraak over de aansprakelijkheid van de moeder voor het handelen van de dochter verwijs ik naar A.P. Schoonbrood-Wessels, "De aansprakelijkheid van de moeder voor schulden van de dochter: de stand van zaken" (I en II), *De N.V.* 74, p. 2-7 en 37-48.

van een onderneming die zich binnen een groep bevindt. In de paragrafen 4 en 5 behandel ik de twee voornoemde constructies. Ik sluit het artikel af met een conclusie.
Een opmerking ten slotte: in dit artikel ga ik (tevens om utiliteitsredenen) uit van de situatie dat zich binnen de groep alleen rechtspersonen bevinden: een moedermaatschappij en een aantal dochtermaatschappijen, waarbij de moedermaatschappij alleen - dus niet samen met een dochter- of zustermaatschappij - meer dan de helft van de stemrechten in al haar dochtermaatschappijen bezit dan wel meer dan de helft van de bestuurders of commissarissen van al haar dochtermaatschappijen kan benoemen of ontslaan.[2]

2. Motieven voor groepsvorming

Er zijn verschillende redenen aan te geven waarom ervoor wordt gekozen een of meer ondernemingen in een groepsstructuur te drijven.[3] Er zijn bedrijfseconomische motieven, zoals risicospreiding. Daarnaast zijn er organisatorische motieven. Hierbij kan gedacht worden aan het motief door middel van de groepsstructuur het (continue) proces van inkrimping en uitbreiding op snelle en efficiënte wijze vorm te geven.
Voor juristen is met name een derde categorie motieven van belang: risico- en aansprakelijkheidsmotieven. Het drijven van een onderneming in de vorm van een rechtspersoon brengt reeds een zekere risico- en aansprakelijkheidsbeperking mee. De voor de rechtspersoon handelende personen zijn immers in principe niet zelf aansprakelijk, dat is de rechtspersoon als zelfstandig rechtssubject. Door groepsvorming wordt in feite een tweede, of, beter, meervoudige beperking aangebracht: doordat de onderneming die de groep als geheel drijft is opgedeeld in meerdere rechtspersonen, worden ondernemersrisico en aansprakelijkheid van de groep als geheel eveneens opgedeeld over de in de groep aanwezige rechtspersonen.
Deze risicokanalisering wordt veelal ook weergegeven door de wijze waarop de contractuele verhouding tussen de groep en de daarin werkzame werknemers is vormgegeven. Dat een of meer (samenhangende) ondernemingen in een groepsstructuur worden gedreven, betekent naar huidig recht immers niet dat een werknemer in dienst is van de groep en dus ook de groep als zodanig kan aanspreken tot nakoming van de arbeidsovereenkomst. Een groep is geen zelfstandige juridische entiteit en kan daardoor niet als werkgever optreden.[4] Een werknemer zal in het algemeen slechts bij één van de entiteiten die samen de groep vormen in dienst zijn. In dat geval kan de groepsstructuur dus meebrengen dat een werknemer feitelijk voor een andere entiteit binnen de groep werkzaam is dan de entiteit die als zijn juridische werkgever is te beschouwen. Deze constructie heeft voor de groep als voordeel dat personeelsadministratie en dergelijke in een hand worden gehouden; als nadeel voor de werknemer geldt dat in het algemeen ook slechts die ene entiteit tot nakoming van de arbeidsovereenkomst kan worden aangesproken.

3. Toepasselijkheid van de richtlijn en de artikelen 7:662 e.v. BW

Soms zullen de verschillende werknemers in dienst zijn bij de verschillende werkmaatschappijen binnen de groep waar zij feitelijk hun werkzaamheden verrichten. Gaat

---

[2] In deze twee gevallen is sprake van een "moeder-dochterverhouding" als geregeld in artikel 2:24a BW.
[3] De hierna opgenomen motieven zijn ontleend aan S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern*, Arnhem: Gouda Quint 1997, paragraaf I.1.3.
[4] Hier kom ik in paragraaf 4 op terug.

een werkmaatschappij over in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW, dan gaan de daar in dienst zijnde werknemers mee over. In de vorige paragraaf gaf ik echter aan dat binnen veel groepen slechts één rechtspersoon op als werkgever optreedt. Soms is dat de moedermaatschappij, soms een "personeels-B.V.". Deze rechtspersonen ontplooien veelal zelf geen activiteiten. In de situatie dat alle werknemers binnen een groep in dienst zijn van een der rechtspersonen binnen de groep, maar de activiteiten worden ontplooid in werkmaatschappijen van de groep waarnaar de werknemers van de groep gedetacheerd worden en waar zij hun werkzaamheden verrichten, bestaat er geen arbeidsovereenkomst tussen de gedetacheerde werknemers en de werkmaatschappij. Dit betekent dat wanneer de activa en passiva van een werkmaatschappij worden overgedragen, de feitelijk in die werkmaatschappij werkzame werknemers niet automatisch overgaan naar de verkrijger. Zij gaan immers slechts over naar de verkrijger ingevolge de artikelen 7:662 e.v. BW indien (een onderdeel van) de onderneming van hún werkgever overgaat, en dat kan alleen het geval zijn indien de personeels-B.V. dan wel de moedermaatschappij zelf overgaat.[5] Tenzij deze werknemers op een andere wijze bij de verkrijger in dienst kunnen treden - en de verkrijger kan bij gebreke van toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW de hem meest welgevallige werknemers er uitpikken - verliezen zij als gevolg van de overgang hun werk, maar niet hun arbeidsovereenkomst. De rechtspersoon in de groep die als werkgever optreedt zal andere werkzaamheden voor hen moeten verzinnen of hen, bij gebleken overtolligheid, moeten ontslaan.
Dit laatste gebeurde in het kader van de veelbesproken Heidemij-sterfhuisconstructie in het begin van de jaren tachtig, een tijd waarin herstructureringen van ondernemingen aan de orde van de dag waren. Alle werknemers binnen de Heidemijgroep waren in dienst bij de moedermaatschappij. Zij waren gedetacheerd bij de dochtermaatschappijen van de groep. In het kader van een grondige reorganisatie, bedoeld om het voortbestaan van de gezonde delen van de groep te waarborgen, werd een aantal van deze dochters verzelfstandigd via aandelentransacties met speciaal daartoe opgerichte rechtspersonen. De werknemers bleven na deze verzelfstandiging achter in het insolvente sterfhuis en werden vervolgens daar ontslagen.[6] In kort geding vorderden zij van de nieuw opgerichte vennootschappen – waarin de gezonde onderdelen van de Heidemijgroep waren ondergebracht – erkenning als werknemer, waarbij zij primair betoogden dat de aandelentransacties als overgangen van ondernemingen in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW moesten worden beschouwd. De president van de rechtbank wees de vordering van de hand:

> "De (…) omschreven overdracht der aandelen (…) is op zichzelf beschouwd een aandelentransactie. Zij valt daarom blijkens de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever buiten het bereik van de art. 1639aa en 1639bb BW (*thans: art. 7:662 en 663 BW*, RMB). (…) Ook overigens valt niet goed in te zien hoe art. 1639bb BW op het onderhavige geval van toepassing kan zijn. In de door eiser voorgestane opvatting omtrent de toepassing van dat artikel zou namelijk de ene vennootschap als onderneming en de andere vennootschap als werkgever in die onderneming moeten worden beschouwd. Voor dat geval lijkt art. 1639bb niet geschreven, omdat de in dat artikel voorkomende woorden "werkgever in die onderneming" een geheel vormen."[7]

---

[5] Het doet er voor de toepasselijkheid van de richtlijn en de artikelen 7:662 e.v. BW niet toe of de onderneming wordt overgedragen aan een verkrijger binnen of buiten de groep. Zie HvJ EG 2 december 1999, *JAR* 2000/31 (Allen).
[6] Over de (toelaatbaarheid van de) sterfhuisconstructie is veel geschreven. Zie voor een specifieke beschrijving van de sterfhuisconstructie bij Heidemij: W.J. Slagter, "De sterfhuisconstructie I", *TVVS* 1983, p. 25-31.
[7] Pres. Rb. Arnhem 29 oktober 1982, *NJ* 1982, 619.

En zo is het ook: de artikelen 7:662 e.v. BW laten in hun huidige redactie geen andere conclusie toe dan dat alleen de werknemers die een arbeidsovereenkomst hebben met de persoon wiens onderneming overgaat, met die onderneming mee overgaan.[8]
Het zal duidelijk zijn dat de constructie waarbij werknemers in dienst zijn bij de ene rechtspersoon, maar feitelijk werkzaam zijn bij een andere rechtspersoon binnen de groep, voor deze werknemers bittere gevolgen kan hebben. Het zijn deze gevolgen die de roep om versterking van de positie van werknemers bij overgangen als die bij Heidemij heeft versterkt.
Zo was de uitspraak in de Heidemij-zaak voor de FNV reden zich tot de ministers van Justitie en SZW te wenden met het verzoek een wetswijziging te overwegen om voor de werknemers uiterst nadelige situaties zoals in de Heidemijzaak in de toekomst te kunnen voorkomen. In zijn brief van 6 april 1983[9] antwoordde de Minister van Justitie aan de FNV dat de door Heidemij gebruikte sterfhuisconstructie niet als zodanig ten opzichte van de werknemers onrechtmatig was. Uit de brief blijkt dat de minister in het behoud van een deel van het concern een rechtvaardiging vond voor het gebruik van de sterfhuisconstructie. De Liagre Böhl merkte naar aanleiding van de Heidemij-uitspraak op, dat de eisers er beter aan hadden gedaan zich te concentreren op de stelling dat de detachering bij de dochters een feitelijk werknemerschap aldaar opleverde.[10] Ik neem aan dat hij daarmee op niet anders doelt dan de stelling dat geen arbeidsovereenkomst bestond tussen de werknemers en de moedermaatschappij, maar tussen de werknemers en de respectievelijke dochtermaatschappijen waar zij hun werkzaamheden verrichtten. In dit kader moet ook de benadering van Van Vliet worden genoemd, die naar eigen zeggen een "materiële benadering" van de artikelen 7:662 e.v. BW voorstaat, in tegenstelling tot de "formele benadering" van de wetgever.[11] Hij meent dat het geen grote sprong is onder "werkgever in de onderneming" tevens in bepaalde gevallen een andere groepsmaatschappij te beschouwen dan de formele vervreemder van de onderneming, ofwel, de vervreemder hoeft niet noodzakelijk de formele werkgever te zijn.
Hiernaast zijn er verschillende andere constructies te verzinnen op basis waarvan de gedachte dat de verhouding tussen de werknemer en de gehele groep verder dient te gaan dan alleen de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de ene groepsmaatschappij die (toevallig) zijn werkgever is, kan worden vormgegeven. Twee daarvan - de gedachte dat de gehele groep als een en dezelfde werkgever wordt beschouwd en de vereenzelviging van rechtspersonen - zal ik in de nu volgende twee paragrafen behandelen.

4. De groep als werkgever

In de literatuur is de vraag gesteld of, en zo ja, onder welke omstandigheden, door de rechtspersoonlijkheid van de verschillende groepsmaatschappijen mag dan wel moet worden heengekeken, in die zin dat recht zou worden gedaan aan de gedachte dat de als economische eenheid fungerende groep ook als juridische eenheid zou moeten worden beschouwd. Zo heeft Slagter gepleit voor rechtspersoonlijkheid van de groep (waarbij tussen

---

[8] Dit volgt ook uit o.a. HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 901 en HvJ EG 11 juli 1985, *NJ* 1988, 907.
[9] Opgenomen in *Stcrt.* 1983, 67.
[10] E.W.J.H. de Liagre Böhl, "De wet van overgang van ondernemingen: achtergronden en wettekst", in: R.J. de Folter (red.), *Overdracht van een onderneming*, Deventer: Kluwer 1983, p. 163-175.
[11] M.J. van Vliet, *Overgang van een Onderneming*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 28-29.

de groepsmaatschappijen een lidmaatschapsverhouding bestaat)[12] en Jacobs voor een "concernwerkgeverschap".[13] Gevolg van het erkennen van rechtspersoonlijkheid van de groep zou kunnen zijn dat de werknemer er een debiteur – te weten: de groep - bij krijgt waar het gaat om de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Daar staat tegenover dat hij er een crediteur bij krijgt wat zijn eigen verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst betreft. Toegepast op overgang van onderneming betekent dit dat een werknemer in dienst is van de groep als rechtspersoon, zodat hij altijd mee overgaat met de onderneming waar hij feitelijk zijn werkzaamheden verricht.
Slagter heeft erop gewezen dat een groep ook vanuit juridisch oogpunt niet simpelweg als een verzameling van zelfstandige rechtspersonen kan worden beschouwd. Hoewel sommige groepen zeker een grote mate van decentralisatie zullen nastreven, zal de moedermaatschappij immers niettemin bij tijd en wijle ten behoeve van het groepsbelang in het dagelijks beleid van een dochter moeten ingrijpen. In de praktijk gebeurt dat ook regelmatig. Dat ingrijpen is nooit (louter) formeel gelegitimeerd door de wettelijke bevoegdheden die de moeder als aandeelhouder van de dochter bezit. Ware dat wel zo, dan zou dat betekenen dat telkens voor elk dagelijks besluit van de dochter (indien dat een B.V. of N.V. is) een algemene vergadering van aandeelhouders zou moeten worden gehouden, hetgeen een pure fictie is, zowel bij een dochter waarvan de moeder niet 100% van de aandelen houdt, als bij een dochter waarvan de moeder alle aandelen houdt.[14] Vervolgens zocht Slagter naar de rechtsgrond voor de bevoegdheid van dit buitenvennootschapsrechtelijk orgaan om gezag binnen de dochter uit te oefenen en kwam tot de conclusie dat het erkennen van rechtspersoonlijkheid van de groep een dergelijke rechtsgrond kan opleveren. De deelgenoten van de groep staan dan in een lidmaatschapsverhouding tot elkaar op grond waarvan de moeder instructies kan geven aan de andere groepsleden. Die andere groepsleden hebben dan dus niet alleen te maken met hun eigen interne structuur (bestuur, algemene vergadering van aandeelhouders), maar ook met de externe structuur waarvan zij deel uitmaken.[15]
Een minder uitgewerkt voorstel deed Jacobs in 1994 toen hij pleitte voor de introductie van een "groepswerkgeverschap".[16] Zijn pleit voor juridische eenheid van de groep is vooral ingegeven door gedachten over de werking van het arbeidsovereenkomstenrecht in groepsstructuren. Hij stelde voor in de wet de volgende bepaling op te nemen:

> "Tenzij de overeenkomst anders bepaalt worden onder werkgever mede verstaan alle (rechts)personen waarmee de werkgever verbonden is in een groep in de zin van artikel 2:24b NBW."

Als ik hem goed heb begrepen was Jacobs' voorstel bedoeld om de discussie op te starten. Het voorstel was niet het resultaat van een diepgaand onderzoek naar de problemen die kunnen worden opgelost of juist kunnen rijzen bij het aannemen van een groepswerkgeverschap. Jacobs wees alleen op het feit dat het klassiek werkgeversbegrip kwestieus is geworden, nu binnen groepsverband werknemers in dienst zijn van een rechtspersoon die niet op zichzelf staat, maar deel uitmaakt van een groep. Hij wees op

---

[12] W.J. Slagter, *Enkele rechtsvergelijkende beschouwingen over moeder-dochterverhoudingen. Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 1986 (in het bijzonder paragraaf 1.3).
[13] A.T.J.M. Jacobs, "De arbeidsovereenkomst in het NBW", *NJB* 1994, p. 1035-1044.
[14] Voor de goede orde: artikel 2:128/238 BW maakt het mogelijk dat besluitvorming van aandeelhouders buiten de algemene vergadering van aandeelhouders geschiedt.
[15] Zie voor een commentaar op de gedachtegang van Slagter: M.J.G.C. Raaijmakers, "Dient een concern te worden beschouwd als rechtspersoon?", *TVVS* 1990, p. 25-28.
[16] Jacobs t.a.p., p. 1043-1044.

enkele problemen die inherent zijn aan de spanning die bestaat vanwege het feit dat binnen een groep sprake is van werkgeverschap van één rechtspersoon terwijl werknemers in de praktijk niet alleen met deze ene rechtspersoon, maar met de groep als geheel of een deel daarvan van doen hebben.
Een reactie op Jacobs artikel bleef niet uit: Van Lent formuleerde korte tijd later bezwaren tegen het groepswerkgeverschap. Hoewel zij vond dat het hoog tijd zou worden dat de wetgever het begrip "werkgever" eens onder de loep neemt, meende zij op basis van enige door haar genoemde kritiekpunten dat de door Jacobs voorgestelde bepaling een onvoldoende oplossing biedt voor de problemen die rijzen bij een groepswerkgeverschap. Zij stelde dat door de groep als werkgever te beschouwen, een fictie wordt gecreëerd die geen stand kan houden. Het concern wordt nergens ter wereld als juridische eenheid beschouwd en kan daardoor onmogelijk zelfstandig drager van rechten en verplichtingen zijn en dus ook niet werkgever zijn. Daarbij geeft het groepsbegrip uit artikel 2:24b BW – waarnaar Jacobs verwijst – zelf problemen. De mate waarin een groep als de door Jacobs bedoelde eenheid kan worden gezien hangt af van factoren als de mate waarin de top van de groep gebruik maakt van de hem toekomende instructiebevoegdheid en de mate van decentralisatie binnen de groep. Van Lent behandelde naast het door Jacobs genoemde groepswerkgeverschap eveneens de mogelijkheid van hoofdelijke aansprakelijkheid van alle groepsmaatschappijen voor verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten van de binnen de groep werkzame werknemers. Maar ook dat gaat haar te ver: hiermee wordt een risicoaansprakelijkheid gecreëerd die haaks staat op het belangrijkste motief voor groepsvorming, namelijk aansprakelijkheidsbeperking en risicospreiding. Dat doorkruist het wezen van het vennootschapsrecht waarbij iedere maatschappij slechts voor de eigen verbintenissen instaat. Ook wees Van Lent op de verwarring die kan ontstaan omtrent de uitoefening van rechten en verplichtingen aan zowel werkgevers- als werknemerszijde. Zo zal een antwoord moeten worden gegeven op vragen als voor welk groepsonderdeel de bedongen arbeid moet worden verricht en wie de werknemer feitelijk tot nakoming van de arbeidsovereenkomst kan aanspreken.[17] Ten slotte wees Van Lent op het gegeven dat gedifferentieerd zou moeten worden naar de mate van "interne mobiliteit" van de werknemer. Zou al voor werknemers binnen een groep op enige wijze een extra bescherming worden gegeven, dan zou die bescherming voorbehouden moeten zijn aan die werknemers die daadwerkelijk gedurende hun loopbaan in het belang van de groep voor meerdere dochters werkzaam zijn geweest. Er is geen enkele reden werknemers die slechts bij één dochter werkzaam zijn geweest tot meer gerechtigd te achten dan werknemers bij een enkelvoudige onderneming, louter en alleen vanwege het feit dat hun onderneming deel uitmaakt van een groep.
In zijn reactie op Van Lent bleef Jacobs[18] erbij dat het een juridische kunstgreep is de economische en sociale eenheid die de groep is in mootjes te hakken en, geparafraseerd, dat daarom gestreefd moest worden naar een manier om die mootjes tot een juridisch geheel te maken. In dit verband is het aardig te wijzen op de opmerking van Raaijmakers dat niet voor bestrijding vatbaar is dat een groep een rechtens relevante realiteit vormt, maar dat dat net zo min opzienbarend is als het gegeven dat het begrip "familie" een juridische realiteit is.[19] En ook een familie is in mootjes gehakt.

---

[17] In deze zin kan werknemer zowel als subject als als direct object worden gelezen.
[18] C.M.E.P. van Lent, Reactie op: A.T.J.M. Jacobs, "Het concern als werkgever?", met naschrift A.T.J.M. Jacobs, *NJB* 1994, p. 1424-1426.
[19] M.J.G.C. Raaijmakers, "Dient een concern te worden beschouwd als rechtspersoon?", *TVVS* 1990, p. 25.

Ook Bartman en Dorresteijn staan aarzelend tegenover erkenning van rechtspersoonlijkheid van de groep. Daar zij mijns inziens met hun argumentatie de spijker op zijn kop slaan, is het de moeite waard die te citeren:

> "Omdat – uitzonderingen als het EESV daargelaten – rechtspersoonlijkheid en afgescheiden vermogen nauw met elkaar samenhangen, zal ook aan het concern als rechtspersoon een zeker eigen vermogen moeten worden toebedeeld. Het kan niet anders of dit vermogen wordt geheel of ten dele gevormd door de – tot nu toe strikt van elkaar gescheiden – vermogens der concernmaatschappijen. Evenmin is dan ontkoombaar, tenzij men de erkenning van het concern als rechtspersoon ten koste wil laten gaan van de belangen der crediteuren, dat dit concernvermogen tot op zekere hoogte verhaalsobject wordt voor de schuldeisers van die concernmaatschappijen. Aldus treedt een verwatering op van de verhaalssegmentering binnen het concernverband. De vennootschappelijke schotten worden ten dele weggenomen en in gelijke mate wordt de eigenschap van risicokanalisering – en daarmee het concern zelf – bedreigd. Anders gezegd, door erkenning van de rechtspersoonlijkheid van het concern, wordt de spanningsverhouding tussen economische eenheid en juridische veelheid opgeheven althans aangepast, hetgeen ons, in het licht van het economische succes van het concern als ondernemingsvorm, niet wenselijk voorkomt. In elk geval niet zolang niet duidelijk is welke praktische voordelen met de erkenning van de rechtspersoonlijkheid worden behaald."[20]

Naast de met name door Van Lent hiervoor genoemde praktische bezwaren tegen het erkennen van rechtspersoonlijkheid en werkgeverschap van de groep als geheel, staat het mijns inziens belangrijkste bezwaar van dogmatische aard, namelijk dat het erkennen van rechtspersoonlijkheid en werkgeverschap van de groep als zodanig - naast het aannemen van rechtspersoonlijkheid van de groepsmaatschappijen - a priori strijdt met het wezen van rechtspersoonlijkheid. De erkenning van rechtspersoonlijkheid - hetgeen een juridische zelfstandigheid meebrengt, een subjectiviteit voor het recht - van de moedermaatschappij en de verschillende groepsmaatschappijen is niet te rijmen met het tegelijkertijd accepteren van rechtspersoonlijkheid - en dus ook: aansprakelijkheid voor verbintenissen, zoals uit arbeidsovereenkomst - van de verschillende entiteiten als geheel.[21] Dit is in feite dezelfde verwatering waarover Bartman & Dorresteijn spreken.
Het moge zo zijn dat in feite sprake is van een fictie van onafhankelijkheid van de dochtermaatschappijen, maar hoe dit ook zij, het is een fictie, of, zo men wil, een "kunstgreep" die de wetgever mogelijk maakt en die bovendien een van de belangrijkste pijlers van de groepsstructuur vormt: de mogelijkheid risico en aansprakelijkheid te kanaliseren. Reeds hierom wijs ik de rechtspersoonlijkheid van de groep af.
De praktijk heeft voorbeelden laten zien van omstandigheden waarin het vasthouden aan de juridische zelfstandigheid van groepsmaatschappijen tot voor de justitiabelen ongewenste uitkomsten heeft geleid. Ik wil niet beweren dat aan die ongewenste uitkomsten niets zou moeten of kunnen worden gedaan; erkenning van rechtspersoonlijkheid van de groep als geheel is echter naar mijn mening niet de juiste weg.

5. Vereenzelviging

Onder vereenzelviging versta ik de juridische fictie dat twee of meer rechtssubjecten voor de toepassing van bepaalde regels als een en hetzelfde rechtssubject moeten worden beschouwd, ongeacht het feit dat de betreffende rechtssubjecten voor het overige als

---

[20] S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteijn, *Van het concern*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 20.
[21] Waarbij meteen weer aan het door Van Lent genoemde praktische bezwaar moet worden gedacht dat niet eenvoudig is uit te maken wanneer een onderneming als groepsmaatschappij heeft te gelden.

zelfstandige rechtssubjecten zijn te beschouwen. Met andere woorden: bij toepassing van een bepaalde norm wordt voorbijgegaan aan het verschil in identiteit tussen rechtspersonen. Toegepast op overgang van onderneming zou dit kunnen meebrengen dat de werkmaatschappij waar de werknemer feitelijk werkt, maar niet in dienst is, voor de toepassing van de artikelen 7:662 e.v. BW wordt vereenzelvigd met de werkgever binnen de groep. Op die manier gaat een werknemer toch mee over indien de betreffende werkmaatschappij overgaat in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW.
Vereenzelviging moet worden onderscheiden van het zojuist behandelde groepswerkgeverschap. Dat is in feite een vereenzelviging "in het groot": de hele groep wordt als één juridische actor gezien, maar de afzonderlijke rechtspersonen verliezen hun rechtspersoonlijkheid niet. In het hiernavolgende ga ik ervan uit dat slechts enkele (meestal twee) rechtssubjecten als één rechtssubject worden beschouwd.
Uit vereenzelviging kan dus voortvloeien dat een ander dan de oorspronkelijke debiteur naast die debiteur aansprakelijk wordt gesteld als ware hij zelf debiteur. Dit is een inbreuk op de algemene regel dat slechts de debiteur aansprakelijk is voor zijn schulden.[22]
In de wetgeving en de rechtspraak zijn verschillende voorbeelden van vereenzelviging of "vereenzelvingsachtige figuren" te vinden. Zo bepaalt artikel 2:11 BW dat de aansprakelijkheid van een rechtspersoon als bestuurder van een andere rechtspersoon tevens hoofdelijk rust op ieder die ten tijde van het ontstaan van de aansprakelijkheid van de rechtspersoon daarvan bestuurder is. De artikelen 2:95/205 BW in combinatie met de artikelen 2:98d/207d BW bepalen dat de N.V. of B.V. geen eigen aandelen mag nemen. Dit verbod geldt ook voor dochtermaatschappijen van de N.V. of B.V. Met andere woorden: voor de toepassing van de regel over het nemen van eigen aandelen gaat de wetgever uit van een gebonden groepsvermogen in die zin, dat de vermogens van de N.V.- of B.V.-moeder en de dochtermaatschappijen als een gebonden groepsvermogen worden beschouwd. Artikel 2:98c/207c eerste lid BW zegt dat de N.V. of B.V. niet met het oog op het nemen of verkrijgen door anderen van aandelen in haar kapitaal of certificaten daarvan zich sterk mag maken of zich hoofdelijk of anderszins naast of voor anderen verbinden. Dit verbod geldt ook voor dochtermaatschappijen.
Uit het arbeidsrecht zijn onder andere de volgende voorbeelden bekend. Artikel 7:668a, tweede lid BW geeft aan dat arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tussen een werknemer en werkgevers die "redelijkerwijs geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn" meetellen als schakels in de ketting van arbeidsovereenkomsten. Een vergelijkbare woordkeus gebruikte de Hoge Raad in HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 293: wanneer door de werknemer een arbeidsovereenkomst wordt gesloten met een nieuwe werkgever die redelijkerwijs geacht moeten worden ten aanzien van de te verrichten arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn, kan het bedingen van een proeftijd onder omstandigheden zo onredelijk zijn, dat nietigheid van de proeftijd daaruit volgt. De kennis van de oude werkgever omtrent het functioneren van de werknemer en de kennis van de nieuwe werkgever worden als het ware vereenzelvigd. Waar het gaat om de opbouw van anciënniteit wordt in de rechtspraak en door de RDA regelmatig afgeweken van het principe dat anciënniteit bij elke nieuwe juridische werkgever van het begin af aan moet worden opgebouwd.[23] Ook in het medezeggenschapsrecht zijn voorbeelden te vinden. De

---

[22] Hoewel ik mij hiermee wellicht overgeef aan een woordenspel, is het bij vereenzelviging strikt genomen niet langer juist te spreken van "een ander": vereenzelviging brengt nu juist teweeg dat er ten aanzien van een bepaald rechtsgevolg van wordt uitgegaan dat sprake is van één rechtssubject.
[23] Rb. Amsterdam 27 juli 1988, *Praktijkgids* 1989, 3013, RDA Dordrecht 10 mei 1993, *JAR* 1993/209, RDA Rijnmond 28 augustus 1995, *JAR* 1995/218, Ktg. Amsterdam 10 september 1996, *Praktijkgids* 1996, 4666 en Ktg. Utrecht 15 januari 1997, *JAR* 1997/45. Zie over deze uitspraken R.A.C.G. Martens, "Anciënniteit en concernverband", *ArbeidsRecht* 1997/6/7, 48.

rechtspraak heeft ten aanzien van de vraag aan wie binnen de groep medezeggenschapsrechten toekomen regelmatig voor pragmatische oplossingen gekozen om te voorkomen dat ten aanzien van belangrijke besluiten aan geen enkele ondernemingsraad advies of instemming zou behoeven te worden gevraagd, of om te bewerkstelligen dat medezeggenschap zou plaatsvinden op het niveau waar het besluit daadwerkelijk was genomen. In beide gevallen kan gedacht worden aan de situatie dat de moedermaatschappij een besluit neemt dat ingrijpende gevolgen voor de dochter heeft en dat aan de ondernemingsraad van de dochter op basis van artikel 25 van de WOR ter advies zou moeten zijn voorgelegd indien de dochter het besluit zelf had genomen.[24]
Vereenzelviging bij contractuele aansprakelijkheid is schaars in de rechtspraak. Als zij al voorkomt, is dat alleen in lagere rechtspraak en dan met name – voor zover ik heb kunnen nagaan – in het arbeidsrecht,[25] wanneer het gaat om onderwerpen als de vaststelling van anciënniteit van een werknemer of de bepaling van de hoogte van een ontslagvergoeding en wie tot betaling daarvan kan worden aangesproken.[26]
Hoewel de lagere rechtspraak enige voorbeelden heeft laten zien van acceptatie (in meer of mindere mate) van vereenzelviging van rechtspersonen binnen een groep,[27] blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad dat hij niet genegen is vereenzelviging als middel tot doorbraak van aansprakelijkheid te accepteren, ook niet als tussen twee ondernemingen een grote verwevenheid bestaat, bijvoorbeeld doordat directie en aandeelhouder van beide ondernemingen een en dezelfde natuurlijke persoon zijn.[28] Bij mijn weten heeft de Hoge Raad een hem voorgelegde uitspraak van een lagere rechter die vereenzelviging aannam slechts eenmaal niet gecasseerd, namelijk in het Krijger/Citco-arrest,[29] een zaak die op Curaçao speelde. Om te benadrukken dat het hier om een uitzonderlijke situatie ging - volgens Mohr was sprake van een "geniepig gebruik van vennootschapsrecht"[30] - zet ik hieronder de casus uiteen.
Krijger had aan Lorimar N.V. de opdracht gegeven een huis te bouwen. Een schuldeiser van Lorimar, Citco Bank, legde derdenbeslag onder Krijger voor hetgeen deze aan Lorimar verschuldigd zou zijn. Krijger zegde de aannemingsovereenkomst met Lorimar meteen op, naar eigen zeggen om niet lastig te worden gevallen met derdenbeslagen. Op dezelfde dag sloot Krijger een overeenkomst met Interieur Vormgeving N.V. (verder: Intervorm) voor het

---

[24] Zie o.a. OK 2 juni 1983, opgenomen in HR 11 juli 1984, *NJ* 1985, 212 (Howson Algraphy), OK 2 april 1987, *NJ* 1988, 382, OK 10 mei 1990, *SR* 1990, p. 228 en *SMA* 1990, p. 520 (HSA), Hof Amsterdam 27 juli 1989, *NJ* 1990, 734 (PUEM), HR 26 januari 1994, *NJ* 1994, 545 (Heuga). In het laatste arrest gebruikte de Hoge Raad voor het eerst – en tot nu toe als enige keer – de term "vereenzelviging" in plaats van "toerekening".
[25] Timmerman meent op basis van HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 970 dat niets erop wijst dat de Hoge Raad bij claims uit hoofde van een arbeidsovereenkomst op lichtere gronden doorbraak van aansprakelijkheid toestaat dan het geval is bij gewone handelsvorderingen (L. Timmerman, "Doorbraak van aansprakelijkheid; de kern van enige recente ontwikkelingen", *TVVS* 1996, p. 135).
[26] Soms wordt door de rechter overwogen dat sprake is van feitelijk medewerkgeverschap, zie bijvoorbeeld CRvB 11 november 1980, *RSV* 1981, 87, Ktg. 's-Gravenhage 8 september 1992, *Praktijkgids* 1992, 3744 en Ktg. Utrecht 30 maart 1993, *Praktijkgids* 1993, 3985. In Ktg. Schiedam 13 februari 1996, *Praktijkgids* 1996, 4505 overwoog de kantonrechter dat aangezien de houdstermaatschappij de feitelijke beslissingsmacht had over haar dochter, beide vennootschappen dusdanig met elkaar te vereenzelvigen waren dat zij voor elkaars schulden aansprakelijk waren.
[27] Voor een overzicht van deze rechtspraak verwijs ik S.M. Bartman, "Vereenzelviging als methode van rechtsvinding; lange slagen, snel thuis?", *WPNR* 96/6248, p. 877, noot 3.
[28] Zie o.a. HR 2 november 1984, *NJ* 1985, 446, HR 16 juni 1996, *NJ* 1996, 214, HR 3 november 1995, *NJ* 1996, 215.
[29] HR 9 juni 1995, *NJ* 1996, 213.
[30] A.L. Mohr, "Vereenzelviging, beperkt speelveld voor een nieuwe tak van sport", *WPNR* 96/6243, p. 790.

afbouwen van het inmiddels in aanbouw zijnde huis. De enig bestuurder en enig aandeelhouder van Intervorm was dezelfde als die van Lorimar (hetgeen Krijger wist). Intervorm voltooide vervolgens de bouw van het huis met dezelfde materialen en dezelfde werknemers als Lorimar dat zou hebben gedaan. Citco Bank begon een procedure en wenste dat voor de werking van het gelegde beslag Lorimar en Intervorm met elkaar zouden worden vereenzelvigd, waardoor het gelegde derdenbeslag zich zou uitstrekken tot hetgeen Krijger aan beide vennootschappen verschuldigd zou zijn. In zijn tussenvonnis overwoog het Gemeenschappelijk Hof van Justitie Nederlandse Antillen en Aruba dat uit de omstandigheden bleek dat Krijger op de datum van beslaglegging weliswaar in naam een nieuwe overeenkomst met een andere contractspartner was aangegaan, maar in feite dezelfde rechtsverhouding met dezelfde persoon voortzette. Na een uiteenzetting over de reden die Krijger voor zijn handelen moet hebben gehad (namelijk het ontlopen van het derdenbeslag), vervolgde het Hof met de overweging dat het opzeggen van de oude aannemingsovereenkomst en het aangaan van de nieuwe als schijnhandelingen zijn aan te merken. Volgens het Hof duidde de wijziging van de statutaire doelomschrijving van Intervorm één week tevoren op een weloverwogen actie. Naar het oordeel van het Hof wettigden de bijzondere omstandigheden de conclusie dat de door Krijger aan Intervorm verschuldigde aanneemsom zijn grondslag vindt in de door Krijger en Lorimar aangegane aannemingsovereenkomst, en dat Intervorm en Lorimar in die zin moeten worden vereenzelvigd. De Hoge Raad bevestigde het arrest van het Hof:

> "Deze gedachtengang berust op het juiste uitgangspunt dat van het identiteitsverschil tussen twee door dezelfde persoon beheerste rechtspersonen misbruik kan worden gemaakt, en op de eveneens juiste gedachte dat hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd (…) in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd."

Één zwaluw maakt echter nog geen zomer. Over het antwoord op de vraag of, en zo ja, onder welke omstandigheden vereenzelviging als middel tot doorbraak van aansprakelijkheid moet worden toegestaan, is het laatste woord nog lang niet gesproken. In zijn noot onder een arrest van de Hoge Raad uit 1991[31] merkte Van Schilfgaarde op dat de meest plausibele grondslag voor vereenzelviging is dat geen aanspraak kan worden gemaakt op het respecteren van de grenzen van rechtspersoonlijkheid indien de leidinggevende organen van de betrokken rechtspersoon zelf, ten detrimente van de schuldeisers, deze grenzen hebben genegeerd. Volgens Mohr is de Hoge Raad met het Krijger/Citco-arrest van het rechte pad afgeweken. Hij acht vereenzelviging in het kader van financiële aansprakelijkheidsstelling uit den boze. Onrechtmatig gedrag zoals in het Krijger/Citco-arrest dient zijns inziens met de daarop toegesneden, op vergoeding van schade gerichte actie ex artikel 6:162 BW te worden bestreden. Bartman heeft bezwaar tegen het gebruik van "het bodemloze vuilnisvat van de onrechtmatige daad", waarvan hij in de zaak Krijger/Citco ook geen heil verwachtte. Zijns inziens heeft de Hoge Raad in het arrest juist een stap in de goede richting gedaan. Dat de Hoge Raad is afgeweken van de dogmatiek van het vennootschapsrecht getuigt volgens hem "van moed en van de visie dat de onrechtmatige daad geen panacee is voor alle problemen die zich voordoen bij manipulatie met rechtspersonen."[32] Timmerman ten slotte verwacht dat de techniek van de vereenzelviging voor doorbraak van aansprakelijkheid betrekkelijk onbelangrijk zal blijven.

---

[31] HR 4 oktober 1991, *NJ* 1992, 47.

[32] Gezien Bartmans positieve visie op vereenzelviging is het niet verwonderlijk - doch mijns inziens niet juist - dat Bartman en Dorresteijn in hun *Van het concern* uit 1997 zonder omhaal de vereenzelviging als aanvaarde methode van rechtsvinding behandelen. Dat doen zij zowel bij de behandeling van doorbraak van aansprakelijkheid (p. 190 e.v.) als bij de behandeling van het medezeggenschapsrecht (p. 144 e.v.).

Deze techniek wordt immers overschaduwd door het leerstuk van de onrechtmatige daad, welk leerstuk het mogelijk maakt genuanceerdere oplossingen te vinden dan de vereenzelviging. Bij vereenzelviging is het alles of niets, terwijl bij de onrechtmatige daad de in de dogmatiek ontwikkelde vereisten gelden die een genuanceerde beoordeling mogelijk maken.[33]
De discussie omtrent vereenzelviging bij contractuele aansprakelijkheid spitst zich in wezen toe op de vraag op welke wijze moet worden opgetreden tegen beweerdelijk normoverschrijdend handelen dat in directe relatie staat tot de mogelijkheden tot aansprakelijkheidsbeperking en risicokanalisering die een groepsstructuur biedt. Toegespitst op overgang van onderneming kan men denken aan situaties zoals bij de Heidemijzaak of aan de manipulaties binnen de Ammerlaangroep.[34] Zoals is aangetoond, zien sommigen de oplossing in het negeren van de juridische zelfstandigheid van rechtssubjecten door middel van vereenzelviging, anderen houden vast aan het principe van rechtspersoonlijkheid van de verschillende entiteiten binnen een groep (en een scheiding tussen de rechtspersoon en de natuurlijke personen die de organen van de rechtspersoon vormen) en zoeken de oplossing in aansprakelijkheidsstelling op grond van onrechtmatige daad. Tot die laatste categorie reken ik mijzelf.
Het mag niet ontkend worden dat vereenzelviging als methode van rechtsvinding soms interessante, vooral praktische mogelijkheden biedt. Door in een voorliggende casus vereenzelviging van rechtssubjecten aan te nemen, behoeft men zich niet meer te bekommeren om de soms lastige bewijsrechtelijke problemen die het kiezen voor de weg van onrechtmatige daad meebrengt. Een voorbeeld van zo'n praktische oplossing is het vereenzelvigen van de boedels van failliete rechtspersonen indien de activa van die rechtspersonen zozeer verweven zijn en zo onduidelijk is welke rechtspersoon nu welke activa bezit, dat hun vermogens niet meer van elkaar te scheiden zijn. Overigens hoeft het in dat geval in het geheel niet om "normoverschrijdend handelen" te gaan. Deze situatie deed zich voor de in de casus die uiteindelijk leidde tot het arrest Zilfa/DCW van de Hoge Raad uit 1987.[35] Zilfa en DCW, twee volle dochters van VKB, waren failliet. Aan de curatoren bleek dat drie jaar vóór de faillissementen de activiteiten en administraties krachtens een besluit van VKB samengevoegd waren. De activiteiten, het personeel en de activa waren voornamelijk ondergebracht bij Zilfa. De curatoren meenden op grond van hetgeen zij aantroffen dat er in feite sprake was van één boedel die te gelde moest worden gemaakt ten behoeve van de crediteuren van zowel Zilfa als DCW. Tegen dit besluit kwam VKB in het geweer: zij eiste dat de twee boedels gescheiden zouden worden afgewikkeld. VKB beweerde een grote vordering op DCW te hebben en wilde niet dat de crediteuren van Zilfa zouden meedelen in de – naar de mening van VKB – substantiële activa van DCW. De rechter-commissaris in het faillissement en vervolgens de rechtbank wezen de eis van VKB af. De rechtbank overwoog dat er weliswaar twee faillissementen waren – er waren overigens ook twee verificatievergaderingen gehouden – maar dat die moesten worden afgewikkeld als ware er één faillissement; het was immers feitelijk onmogelijk de boedels te scheiden. De Hoge Raad casseerde de beschikking van de rechtbank, maar dan met name omdat hij meende dat in dat geval ook maar één verificatievergadering had moeten worden gehouden.

---

[33] Timmerman 1996.
[34] Zie voor de zaak Ammerlaan Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, *JOR* 1996/16 en Pres. Rb. 's-Gravenhage 26 januari 1996, *JAR* 1996/58
[35] HR 25 september 1987, *NJ* 1988, 136.

In zijn bespreking van het arrest wees Van Schilfgaarde[36] erop dat de Hoge Raad vooral een praktische oplossing heeft gekozen, die andere praktische, maar ook dogmatische vragen oproept:

> "Ik vermoed dat het vrij veel voorkomt dat bij faillissement van vennootschappen, die in een concern verboden zijn, een chaotische boedel wordt aangetroffen, waarvan de onderdelen moeilijk te scheiden zijn. De oplossing die de Hoge Raad nu tolereert is natuurlijk prachtig, maar zij leidt wel tot dogmatische en, naar ik aanneem, ook tot praktische puzzels. Hoe moet het bijvoorbeeld gaan indien ten aanzien van sommige vermogensbestanddelen wel, ten aanzien van andere niet is vast te stellen bij welke vennootschap ze horen?"

Het zijn de in de vorige paragraaf aangevoerde dogmatische bezwaren tegen vereenzelviging van de rechtspersonen binnen de groep - vereenzelviging "in het groot" - die mij tevens tot de conclusie brengen dat vereenzelviging van enkele – meestal twee - rechtspersonen - vereenzelviging "in het klein" - om principiële redenen onjuist is en daarom ook geen geschikte methode van rechtsvinding is. Die bezwaren gelden immers voor beide vormen van vereenzelviging op gelijke wijze. Ook al wordt het recht "geniepig" gebruikt, wordt misbruik gemaakt van identiteitsverschillen, blijken boedels onontwarbaar te zijn gemaakt, vereenzelviging mag niet het antwoord zijn op dergelijk handelen. Ik kan niet anders oordelen dan dat niet eens zozeer door de gewraakte handelingen, als wel door het toepassen van het leerstuk van de vereenzelviging in feite buiten de wet wordt getreden. De uitdrukking "lange slagen, snel thuis" die Mohr heeft gehanteerd om de leer van de vereenzelviging te karakteriseren zou ik ten aanzien van de vereenzelvigingsgedachte zo willen herformuleren dat uitkomt dat het niet alleen om lange slagen gaat, maar om slagen die buiten het uitgezette parcours – en dus ongeoorloofd - worden gemaakt. Nogmaals: praktische oplossingen die meebrengen dat het recht "creatief wordt geïnterpreteerd" kunnen heel wel navolging verdienen, maar de leer van de vereenzelviging druist mijns inziens zozeer in tegen zowel het wezen van rechtssubjectiviteit als een van de belangrijkste motieven achter groepsvorming – risicokanalisering - en roept vooral daardoor zoveel lastig te beantwoorden vragen op, dat het niet als methode van rechtsvinding kan dienen, waarbij het er wat mij betreft niet eens toe doet of het nu wel of niet om het tegengaan van "normoverschrijdend handelen" gaat. Als het gaat om het aansprakelijk stellen van een ander dan het rechtssubject dat heeft gehandeld, dient naar mijn mening een beroep op andere, binnen het systeem van het recht blijvende leerstukken (lees: onrechtmatige daad) te worden gedaan.

Conclusie

Het komt bij groepen van ondernemingen regelmatig voor dat werknemers in dienst zijn bij de ene rechtspersoon (bijvoorbeeld de moedermaatschappij) terwijl zij feitelijk werkzaam zijn bij de andere rechtspersoon (een werkmaatschappij). Gaat de onderneming van de laatste over, dan gaat de werknemer niet automatisch mee. Dit gevolg kan als een leemte in de bescherming van deze werknemers worden ervaren indien hun eigen werkgever (de moedermaatschappij of een "personeels-B.V.") vervolgens geen andere werkzaamheden voor hen heeft. De sterfhuisconstructie bij de Heidemijgroep is illustratief voor de bittere gevolgen die dat voor deze werknemers kan hebben. Om deze leemte op te vullen zijn verschillende constructies te verzinnen. Twee van die constructies – groepswerkgeverschap en vereenzelviging - zijn in dit artikel ter sprake gekomen. Zij hebben gemeen dat de

[36] *Ars Aequi* 1988, p. 107-110.

werknemer meer zekerheid ten aanzien van het behoud van zijn baan én zijn werkzaamheden wordt verschaft. Voor de werkgever zal het bovendien veelal voordelig zijn dat werknemers die feitelijk, doch niet juridisch aan een bepaalde onderneming zijn verbonden, met die onderneming mee overgaan.
Niet zozeer de gevolgen, als wel de methoden van rechtsvinding spreken mij bij deze voorstellen niet aan. Nog afgezien van de vele praktische bezwaren die ertegen bestaan, strijden deze methoden mijns inziens met het wezen van rechtspersoonlijkheid. De erkenning van rechtspersoonlijkheid van afzonderlijke rechtspersonen is niet te rijmen met het tegelijkertijd accepteren van rechtspersoonlijkheid - en dus ook: aansprakelijkheid voor verbintenissen - van de verschillende entiteiten als geheel. Bovendien wordt met deze voorstellen een van de belangrijkste pijlers onder de groepsstructuur ondermijnd: de mogelijkheid risico en aansprakelijkheid te kanaliseren. Een andere oplossing dan de werknemers toch daar in dienst te laten zijn waar zij hun werkzaamheden feitelijk verrichten, zie ik daarom niet. Is sprake van “normoverschrijdend gedrag”, dan zou een actie uit onrechtmatige daad een oplossing kunnen bieden.