

De uitleg van artikel 43 van de schoonmaak-cao: geen misbruik, geen overgang van onderneming?

HR 8 juni 2007, JAR 2007/213 (ISS/Lavos)

Heraanbesteding schoonmaakwerkzaamheden; uitleg schoonmaak-cao; vereenzelviging in geval van omzeilingsconstructies; overgang van onderneming

1 Feiten

Circa 400 werknemers van ISS Aviation B.V. (hierna: ISS) verrichtten op grond van drie opdrachtovereenkomsten met Transavia, Martinair en KLM zowel schoonmaakwerkzaamheden in als board supply- en magazijnwerkzaamheden ten behoeve van vliegtuigen op de luchthaven Schiphol. Op basis van de opdrachtovereenkomst met KLM verrichtte ISS tevens schoonmaak- en board supplywerkzaamheden in en ten behoeve van vliegtuigen van NorthWest Airlines (hierna: Northwest) op de luchthaven Schiphol.

Naar aanleiding van tegenvallende resultaten besloot ISS in september 2002 deze opdrachtovereenkomsten op te zeggen en haar onderneming te liquideren. Nadat ISS de opdrachtovereenkomsten met Transavia, Martinair en KLM opzegde met ingang van 2 december 2002, besteedde Transavia de voorheen door ISS verrichte werkzaamheden uit aan Lavos Schoonmaakbedrijf B.V. (hierna: Lavos). Martinair besteedde de werkzaamheden uit aan Asito, en KLM besteedde de schoonmaakwerkzaamheden uit aan Kluh en de board supply- en magazijnwerkzaamheden aan Asito. Northwest besteedde de schoonmaak- en board supplywerkzaamheden in en ten behoeve van haar vliegtuigen op de luchthaven Schiphol nu zelf, als contractspartij, uit aan Lavos. In het kader van deze laatste aanbesteding bood Lavos alleen aan de werknemers van ISS die voorheen de vliegtuigen van Northwest schoonmaakten een arbeidsovereenkomst aan. Dit betekende dat de twaalf werknemers van ISS die voorheen de board supplywerkzaamheden verrichtten ten behoeve van vliegtuigen van Northwest, van Lavos geen aanbod ontvingen om in dienst te treden en aldus achterbleven bij ISS.

ISS verzette zich hiertegen en stelde zich op het standpunt dat de beëindiging van de opdrachtovereenkomst tussen KLM en ISS, gevolgd door het door Northwest aangaan van een opdrachtovereenkomst met Lavos, als een contractswisseling ten gevolge van heraanbesteding als bedoeld in artikel 43 van de op dat moment algemeen verbindend verklaarde cao voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf (hierna: de cao) was aan te merken.

Op grond van artikel 43 lid 3 van de cao zou Lavos dan verplicht zijn ook aan deze twaalf werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Omdat Lavos weigerde deze twaalf werknemers in dienst te nemen, ondanks haar door ISS gestelde verplichting daartoe op grond van de cao, stelde ISS dat zij jegens haar schadelijktig was geworden wegens 'toerekenbaar tekortkomen c.q. onrechtmatig handelen'. Uit dien hoofde vorderde ISS schadevergoeding van Lavos, bestaande uit de door haar vanaf 2 december 2002 ten behoeve van de twaalf werknemers gemaakte loonkosten en de rente daarover. Zowel de rechtbank als het hof wees de vordering van ISS af.

1.1 Hof Amsterdam

Het hof stelde vast dat de zaak draaide om de uitleg van een cao-bepaling en herhaalde het in de jurisprudentie ontwikkelde uitgangspunt, dat in beginsel de letterlijke tekst van de desbetreffende cao-bepaling van doorslaggevende betekenis is, zij het dat bij die uitleg ook betekenis kan worden toegekend aan de bedoeling van cao-partijen indien die bedoeling naar objectieve maatstaven volgt uit de tekst van de hele cao en/of de eventueel daarbij behorende schriftelijke toelichting. Op basis van deze uitleg oordeelde het hof dat van heraanbesteding van een contract in de zin van artikel 43 lid 1 van de cao sprake was wanneer – na de beëindiging van het contract tussen de opdrachtgever en het schoonmaakbedrijf – het project waarop het contract betrekking had door dezelfde opdrachtgever opnieuw bij een andere opdrachtgever werd aanbesteed.

Het hof overwoog dat KLM in het kader van de op dat moment bestaande joint venture met Northwest volledig verantwoordelijk was voor de afhandeling van de vliegtuigen van Northwest op de luchthaven Schiphol. Uit hoofde van die verantwoordelijkheid gaf KLM ISS de opdracht tot het verrichten van de werkzaamheden ten behoeve van de vliegtuigen van Northwest. Verder stond vast dat Northwest op de bij die aanbesteding tussen KLM en ISS overeengekomen voorwaarden geen enkele invloed had kunnen uitoefenen. Dat Northwest belang had bij de door ISS verrichte werkzaamheden en de kosten hiervan indirect voor haar rekening kwamen via haar joint venture met KLM, wettigde volgens het hof niet de conclusie dat KLM de opdracht tot het verrichten van de werkzaamheden (mede) namens Northwest gaf. Andere feiten of omstandigheden die tot het oordeel zouden kunnen leiden dat ook Northwest als opdrachtgever van ISS beschouwd diende te worden, waren volgens het hof gesteld noch gebleken. Het feit dat Lavos de overname van de schoonmaakwerkzaamheden voor Transavia van ISS wel als een heraanbesteding in de zin van de cao beschouwde, deed daar volgens het hof niet aan af. Ook de omstandigheid dat Lavos aan een aantal werknemers van ISS die zich voorheen bezighielden met het schoon-

maken van de vliegtuigen van Northwest wel arbeidsovereenkomsten had aangeboden, kon ISS niet baten. Anders dan het geval was bij de werknemers van ISS die voorheen de vliegtuigen van Transavia schoonmaakten, werd aan deze werknemers naar aanleiding van hun sollicitaties bij Lavos een arbeidsovereenkomst aangeboden.

1.2 Hoge Raad

In cassatie voerde ISS als eerste klacht aan dat het hof met zijn uitleg van het begrip heraanbesteding in de zin van artikel 43 van de cao ten onrechte de onaannemelijke gevolgen van die uitleg uit het oog had verloren, althans daar onvoldoende gewicht aan had toegekend. Volgens ISS zou deze formele uitleg van het hof, als gevolg van de misbruikgevoeligheid hiervan, leiden tot een bijzonder onaannemelijk resultaat. De opdrachtgever zou dan namelijk – al dan niet in samenspraak met het schoonmaakbedrijf dat de opdracht zou gaan overnemen – de werking van artikel 43 van de cao kunnen omzeilen door bij de heraanbesteding van de opdracht niet zelf als opdrachtgever op te treden, maar daartoe een aan hem gelieerde (dochter-)vennootschap/onderneming of een andere daartoe anderszins door hem ingeschakelde (tussen)persoon te laten optreden. Op die manier zou volgens ISS de opdrachtgever aan de in het kader van die opdracht werkzame werknemers – of bij splitsing van dat project een deel van hen – de bescherming van artikel 43 van de cao ontnemen. Hierbij moet worden bedacht dat de werkzaamheden voor en na de heraanbesteding gelijk zijn en ten behoeve van dezelfde opdrachtgever/entiteit als daarvóór worden verricht.

De Hoge Raad oordeelde echter dat de wijze waarop het hof artikel 43 van de cao had uitgelegd juist was en van een contractswisseling ten gevolge van heraanbesteding in de zin van artikel 43 van de cao slechts sprake kon zijn indien de heraanbesteding werd verricht door dezelfde opdrachtgever die deze opdracht eerder aanbesteedde. De Hoge Raad constateerde dat ISS zich niet op het standpunt stelde dat in deze zaak sprake was geweest van misbruik of dat tussen KLM en Northwest dan wel tussen Northwest en Lavos overleg had plaatsgevonden over het omzeilen van artikel 43 van de cao. ISS beklaagde zich slechts over de in het algemeen onaannemelijke resultaten als gevolg van de door het hof gehanteerde uitleg van artikel 43 van de cao. Wat het door ISS gestelde misbruik in de zin van het omzeilen van artikel 43 van de cao betrof, leek de Hoge Raad te veronderstellen dat dit zo'n vaart niet zou lopen. Volgens de Hoge Raad diende de opdrachtgever dan immers een schoonmaakbedrijf zo ver te krijgen aan een omzeilingsconstructie mee te werken. Omdat dat schoonmaakbedrijf anders dan de aanbestedende opdrachtgever aan de cao zou zijn gebonden, 'zodat het hem niet is toegestaan aan een dergelijke constructie mee te werken', zou dat volgens

de Hoge Raad niet eenvoudig zijn. Mocht een overnemend schoonmaakbedrijf toch meewerken aan een dergelijke constructie, dan bestaan volgens de Hoge Raad – naast middelen tot handhaving van de cao – verschillende mogelijkheden om de gevolgen daarvan ongedaan te maken. De Hoge Raad noemde vervolgens twee mogelijkheden. Allereerst zou een zijdelings bij het beëindigde contract betrokken rechtspersoon die tot aanbesteding van de werkzaamheden waarop het beëindigde contract zag overging, in feite mede als partij bij het beëindigde contract kunnen worden aangemerkt. Als tweede mogelijkheid overwoog de Hoge Raad dat onder omstandigheden de mogelijkheid bestaat de nieuwe opdrachtgever voor de toepassing van artikel 43 van de cao te vereenzelvigen met de oude opdrachtgever.

De tweede klacht van ISS in cassatie kwam erop neer dat de uitleg van het begrip heraanbesteding die het hof hanteerde, zich niet zou verdragen met de kennelijke strekking van artikel 43 van de cao. Volgens ISS diende artikel 43 van de cao aldus te worden uitgelegd dat op grond van deze bepaling alle werknemers die op een bepaald project werkzaam zijn, bij de overdracht van dat project hun werkgelegenheid op dat project behouden en de nieuwe opdrachtgever hun daartoe een nieuwe arbeidsovereenkomst dient aan te bieden. Daarom was volgens ISS tevens sprake van heraanbesteding van een opdracht in de zin van artikel 43 van de cao wanneer (een deel van) een specifiek project werd aanbesteed door een andere opdrachtgever dan de opdrachtgever die het project daarvoor had uitbesteed, indien de werkzaamheden voor en na de heraanbesteding materieel ten behoeve van dezelfde onderneming werden verricht. De Hoge Raad overwoog dat met artikel 43 van de cao werd beoogd tegemoet te komen aan de moeilijkheid dat blijkens de jurisprudentie de met de artikelen 7:662 e.v. BW beoogde bescherming tekortschiet in sectoren, zoals de schoonmaakbranche, waarin een contractswisseling veelal niet kan worden beschouwd als ‘overgang van een economische eenheid die haar identiteit behoudt’, doordat daarbij geen materiële activa of ondernemingsactiviteiten van betekenis worden overgedragen. Op grond van de door de Hoge Raad gesanctioneerde uitleg van artikel 43 van de cao door het hof is echter vereist dat dezelfde opdrachtgever is betrokken bij de heraanbesteding. Dat de bij de totstandkoming van de cao betrokken partijen een verdergaande betekenis van deze bepaling voor ogen zou hebben gestaan, waarbij voldoende zou zijn dat een aanbesteding betrekking had op werkzaamheden die voorheen ten behoeve van de aanbestedende onderneming werden verricht maar niet op basis van een contract waarbij die onderneming (mede) partij was, bleek volgens de Hoge Raad niet uit voor derden kenbare stukken. Daarbij diende volgens de Hoge Raad nog in aanmerking te worden genomen dat een bescherming van de werknemers van het bedrijf dat een project verliest (en van dat bedrijf zelf, doordat dit op eenvoudige wijze wordt bevrijd van de met die werknemers

samenhangende doorlopende loonkosten) die verder gaat dan in artikel 43 van de cao is neergelegd, een keerzijde heeft. Deze keerzijde bestaat er volgens de Hoge Raad in dat het bedrijf dat het project als gevolg van een nieuwe aanbesteding door een andere opdrachtgever verwerft, mogelijk meer of anders geschoolde werknemers een arbeidsovereenkomst moet aanbieden dan in zijn bedrijfsuitoefening past.

2 Annotatie – inleiding

De overwegingen van de Hoge Raad zijn ons inziens om twee redenen in het bijzonder van belang. Ten eerste wijzen wij op de twee mogelijkheden die de Hoge Raad noemt om in collectieve contractuele relaties als deze omzeiling van de contractuele verplichtingen te voorkomen. Het tweede, daarna te behandelen, aspect ziet op het oordeel van de Hoge Raad dat in casu geen overgang van onderneming kan worden aangenomen en in het bijzonder op de overwegingen die de Hoge Raad daarbij formuleert.

3 Twee mogelijkheden om de gevolgen van een omzeilingsconstructie ongedaan te maken

De eerste door de Hoge Raad genoemde manier om de gevolgen van een omzeilingsconstructie in een ISS/Lavos-situatie ongedaan te maken is door de zijdelings bij het beëindigde contract betrokken rechtspersoon, die daarna tot aanbesteding van de werkzaamheden waarop het beëindigde contract zag overgaat, ‘in feite’ mede als partij bij het beëindigde contract aan te merken. Deze zijdelingse betrokkenheid zou inhouden dat Northwest invloed had gehad op de destijds tussen ISS en KLM overeengekomen voorwaarden, zoals bijvoorbeeld de prijs en de wijze waarop de werkzaamheden werden verricht.

Betoogd kan worden dat in een dergelijke situatie sprake zou zijn geweest van een meerpartijenovereenkomst, waarbij de door KLM met ISS overeengekomen werkzaamheden ten behoeve van de vliegtuigen van Northwest als een door Northwest aanvaard derdenbeding dienen te worden beschouwd.¹ Northwest zou in deze situatie geacht moeten worden het derdenbeding te hebben aanvaard als bedoeld in artikel 6:253 lid 1 BW, omdat zij invloed zou hebben gehad op de tussen ISS en KLM overeengekomen voorwaarden en

1 Een dergelijke constructie zou ook als lastgeving kunnen worden beschouwd, waarbij KLM dan op eigen naam en voor eigen rekening in het kader van de met Northwest gesloten joint ventureovereenkomst – waarin KLM en Northwest de lastgeving zouden zijn overeengekomen – de opdrachtovereenkomst met ISS aanging. In zo'n geval zou Northwest echter geen partij zijn (of worden) bij de opdrachtovereenkomst en daar is het hier nu juist om te doen.

omdat zij ISS de werkzaamheden ten behoeve van haar vliegtuigen liet verrichten. Met die aanvaarding zou Northwest dan op grond van artikel 6:254 lid 1 BW partij zijn geworden bij de overeenkomst. De enige andere manier waarop het zijn van partij van Northwest bij de overeenkomst tussen KLM en ISS zou kunnen worden geconstrueerd, is door middel van de door de Hoge Raad als tweede mogelijkheid genoemde vereenzelviging.

3.1 Vereenzelviging: van Krijger/Citco tot Rainbow

Vereenzelviging in het kader van doorbraak van aansprakelijkheid is een door de rechter gecreëerde fictie waarbij het identiteitsverschil tussen een rechtspersoon en één of meer andere bij die rechtspersoon betrokken (rechts)-personen wordt weggedacht en die andere (rechts)persoon aansprakelijk is als ware hij de rechtspersoon zelf.² Gevolg is dat de ene (rechts)persoon aansprakelijk wordt voor de schuld van een andere rechtspersoon. In de literatuur wordt dit wel aangeduid als een directe doorbraak van aansprakelijkheid. Tegenhanger van deze directe doorbraak van aansprakelijkheid is de indirecte doorbraak van aansprakelijkheid, waarbij geen sprake is van het wegdenken van identiteit tussen (rechts)personen, maar een andere (rechts)persoon dan de aansprakelijke rechtspersoon naast deze aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad in verband met het schenden van een zorgplicht. In de rechtspraak wordt buitengewoon terughoudend omgegaan met vereenzelviging als middel voor doorbraak van aansprakelijkheid. Aansprakelijkheidsbeperking en risicospreiding vormen immers de pijlers van het Nederlandse rechtspersonenrecht, naast én voortbouwend op de algemene verbintenisrechtelijke pijler dat de rechtspersoon als zelfstandig rechtssubject in beginsel uitsluitend zelf aansprakelijk is voor zijn eigen schulden. Voorts dient bij toepassing van vereenzelviging als middel voor doorbraak van aansprakelijkheid rekening te worden gehouden met vele uiteenlopende dimensies, zoals de betekenis van de rechtspersoonlijkheid, het doel dat met de vereenzelviging wordt nagestreefd, de redelijkheid en billijkheid en het zorgvuldig aftasten van feiten. Ook de aanwezigheid van andere instrumenten dan vereenzelviging speelt een rol.³

In het Rainbow-arrest⁴ overwoog de Hoge Raad dat door degene die (volledige of overheersende) zeggenschap heeft over twee rechtspersonen, mis-

2 Vereenzelviging wordt in de rechtspraak ook toegepast buiten het kader van doorbraak van aansprakelijkheid. Zo bevestigde de Hoge Raad in het Heuga-arrest (HR 26 januari 1994, NJ 1994, 545) dat een moeder en een dochtermaatschappij wat het vragen van advies over een voorgenomen besluit ex artikel 25 WOR betreft met elkaar vereenzelvigd dienden te worden.

3 Zie: L. Timmerman, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2001-2002*, deel 68, 2002, p. 19.

4 HR 13 oktober 2000, NJ 2000, 698.

bruik kan worden gemaakt van het identiteitsverschil tussen deze rechtspersonen en dat hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd in rechte niet behoeft te worden gehonoreerd. Een dergelijk misbruik dient volgens de Hoge Raad in de regel te worden aangemerkt als een onrechtmatige daad die verplicht tot het vergoeden van de schade die door het misbruik aan derden wordt toegebracht. Deze verplichting tot schadevergoeding zal dan niet alleen rusten op de (rechts)persoon die met gebruikmaking van zijn zeggenschap de betrokken rechtspersonen tot medewerking aan dat onrechtmatig handelen heeft gebracht, maar ook op deze rechtspersonen zelf, omdat het ongeoorloofde oogmerk van degene die hen beheerst rechtens dient te worden aangemerkt als een oogmerk ook van henzelf. De Hoge Raad overwoog ten slotte dat de omstandigheden van het geval evenwel ook zo uitzonderlijk van aard kunnen zijn dat vereenzelviging van de betrokken (rechts)personen de meest aangewezen vorm van redres is. Ter illustratie van zo'n uitzonderlijk geval verwijst de Hoge Raad dan naar het arrest *Krijger/Citco*.⁵ Dit laatste arrest is tevens het enige voorbeeld van een geval waarin de Hoge Raad een in de lagere rechtspraak toegepaste vereenzelviging als middel voor doorbraak van aansprakelijkheid in stand liet.

3.2 De omstandigheden in het *Krijger/Citco*-arrest

Alvorens te kunnen vaststellen in welke omstandigheden de nieuwe opdrachtgever voor de toepassing van artikel 43 van de cao zou kunnen worden vereenzelvigd met de oude opdrachtgever, gaan wij eerst na waarom de omstandigheden in het *Krijger/Citco*-arrest zo uitzonderlijk waren. In deze zaak ging het om de frustratie van een derdenbeslag. De feiten waren als volgt. *Krijger*, een natuurlijk persoon, gaf aannemingsbedrijf *Lorimar Construction N.V.* (hierna: *Lorimar*) opdracht een huis te bouwen. Vervolgens legde een schuldeiser van *Lorimar*, *Citco Bank Antilles N.V.* (hierna: *Citco*), derdenbeslag onder *Krijger* voor het bedrag dat *Krijger* aan *Lorimar* verschuldigd was in verband met het te bouwen huis. Op diezelfde dag zegde *Krijger* de overeenkomst met *Lorimar* op omdat hij 'niet verder lastig gevallen wil worden met beslagen van derden', waarop *Lorimar* diezelfde dag per brief antwoordde met de mededeling dit besluit van *Krijger* ten zeerste te betreuren. Over en weer werden vervolgens geen schadeclaims ingediend. Ten slotte sloten *Krijger* en *Interieur Vormgeving N.V.* (hierna: *Intervorm*) een overeenkomst – wederom op de dag van het leggen van het derdenbeslag – op basis waarvan *Intervorm* het huis zou afbouwen. Een week voor de beslaglegging had *Intervorm* haar statutaire doelomschrijving in die zin gewijzigd dat daaronder voortaan, naast verbouwings- en inrichtings-

⁵ HR 9 juni 1995, NJ 1996, 213.

activiteiten, tevens bouwactiviteiten waren begrepen. Deze overeenkomst kwam tot stand op initiatief van de heer Van Ooyen, die zowel directeur en enig aandeelhouder van Intervorm als van Lorimar was en die namens deze beide vennootschappen als contactpersoon van Krijger fungeerde. Daarna bouwden dezelfde bouwvakkers met dezelfde gereedschappen en dezelfde bouwmaterialen het huis af. Toen Citco bleek dat haar derdenbeslag werd gefrustreerd door de nieuwe overeenkomst tussen Krijger en Intervorm, startte zij een procedure. In deze procedure betoogde Citco dat al hetgeen Krijger op de datum van de beslaglegging verschuldigd was en na die datum verschuldigd was geworden uit hoofde van de bouw van het huis, door het door haar gelegde derdenbeslag werd getroffen. Volgens Citco waren de opzegging van de overeenkomst met Lorimar en de daaropvolgende overeenkomst met Intervorm schijnhandelingen om de gevolgen van het derdenbeslag te ontlopen en dienden Lorimar en Intervorm te worden vereenzelvigd.

Het Gemeenschappelijke Hof van Justitie Nederlandse Antillen en Aruba oordeelde dat Krijger weliswaar een nieuwe overeenkomst aanging met een andere contractspartner, maar in feite dezelfde rechtsverhouding met dezelfde rechtspersoon voortzette. Volgens het Hof waren de opzegging van de eerste aannemingsovereenkomst en het aangaan van de nieuwe aannemingsovereenkomst als schijnhandelingen aan te merken en wettigden de bijzondere omstandigheden in deze zaak de conclusie dat de door Krijger aan Intervorm verschuldigde aanneemsom zijn grondslag vond in de door Krijger en Lorimar aangegane aannemingsovereenkomst en dat Intervorm en Lorimar in die zin moesten worden vereenzelvigd. De Hoge Raad bevestigde het arrest van het Hof, overwegende dat deze gedachtegang op het juiste uitgangspunt berustte dat van het identiteitsverschil tussen twee door dezelfde persoon beheerste rechtspersonen misbruik kon worden gemaakt en hetgeen met zodanig misbruik werd beoogd in rechte niet behoefde te worden gehonoreerd.

3.3 Alleen vereenzelviging in uitzonderlijke omstandigheden

Hoewel de Hoge Raad de vereenzelviging als middel voor het doorbreken van aansprakelijkheid noemde in het Rainbow-arrest, heeft hij daarvoor geen algemene regels gegeven maar volstaan met de overweging dat voor een succesvol beroep op vereenzelviging sprake moet zijn van uitzonderlijke omstandigheden als aan de orde waren in het Krijger/Citco-arrest. In dat arrest was sprake van een schijnhandeling, omdat de nieuwe overeenkomst qua inhoud en de wijze waarop deze werd uitgevoerd hetzelfde bleef én de aandeelhouder/bestuurder van de rechtspersoon waarmee de eerdere overeenkomst werd aangegaan tevens aandeelhouder/bestuurder was van

de rechtspersoon waarmee de nieuwe overeenkomst werd aangegaan. Voorts was van belang dat sprake was van een weloverwogen actie van de aandeelhouder/bestuurder en de contractspartij waarmee zij beoogden de crediteur buiten spel te zetten. Voor een succesvol beroep op vereenzelviging dient dus sprake te zijn van het op eenzelfde wijze uitvoering blijven geven aan de eerdere overeenkomst en een doorslaggevende zeggenschap die de aandeelhouder krachtens aandelenbezit in de met elkaar te vereenzelvigen vennootschappen kan uitoefenen. Daarnaast dient sprake te zijn geweest van een (weloverwogen) vennootschapsrechtelijke kunstgreep waarmee uitsluitend werd beoogd de crediteur te benadelen in diens verhaal.

Stel nu dat in het ISS/Lavos-arrest wel sprake was geweest van een als misbruik aan te merken constructie met als doel de omzeiling van artikel 43 van de cao. Dan zou op basis van de feiten in het Krijger/Citco-arrest sprake zijn van uitzonderlijke, een vereenzelviging rechtvaardigende, omstandigheden wanneer de werkzaamheden ten behoeve van de vliegtuigen van Northwest – na opzegging van de eerste overeenkomst door KLM – niet door Northwest zélf maar door een dochter- of zustermaatschappij van KLM waren uitbesteed aan Lavos én dit was geschied in het kader van een weloverwogen actie (met als doel de omzeiling van artikel 43 van de cao). KLM had dan bijvoorbeeld kort daarvoor met dat doel een dochtermaatschappij opgericht dan wel kort daarvoor met dat doel de statuten van een dochter- of zustermaatschappij aangepast.

Eengegarandeerd succesvol beroep op vereenzelviging ligt in deze (misbruik) situatie desondanks niet voor de hand. Als hiervoor gesteld heeft de Hoge Raad sinds zijn arrest in de zaak Krijger/Citco nooit meer een in de lagere rechtspraak toegepaste vereenzelviging als middel voor doorbraak van aansprakelijkheid in stand gelaten. Dit kan onzes inziens niet uitsluitend verklaard worden door een gebrek aan 'uitzonderlijke omstandigheden' in de aan de Hoge Raad voorgelegde zaken. Als hiervoor gesteld kende de Hoge Raad in het Rainbow-arrest aan de vereenzelviging uitdrukkelijk een subsidiair karakter toe, overwegende dat uitbreiding van aansprakelijkheid via de indirecte weg van de onrechtmatige daad dient te geschieden. Meestal zal in zaken waarin een beroep op vereenzelviging tot de mogelijkheden behoort tevens sprake zijn van schending van een zorgplicht en loopt de weg van uitbreiding van aansprakelijkheid dan op grond van het Rainbow-arrest via de onrechtmatige daad. Wanneer in het ISS/Lavos-arrest sprake was geweest van een omzeilingsconstructie als hiervoor door ons geconstrueerd in lijn met de feitelijke omstandigheden in het Krijger/Citco-arrest, was er ook sprake geweest van een schending van een zorgplicht door Lavos (en KLM) jegens ISS en had dus de indirecte weg van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad geprevaleerd. Of de Hoge Raad, met diens overweging in het ISS/Lavos-arrest over de vereenzelviging van partijen in

het kader van het ongedaan maken van de gevolgen van een omzeilingsconstructie, een 'slip of the pen' maakte óf daarmee daadwerkelijk bedoelde de deur naar vereenzelviging – in afwijking van het Rainbow-arrest – weer wat wijder open te zetten zal moeten blijken.

4 Overgang van onderneming

4.1 Overname van personeel en overgang van onderneming

Of een onderneming op grond van artikel 7:662 e.v. BW overgaat, hangt van een aantal factoren af. De belangrijkste factor is of de onderneming haar identiteit behoudt, voor de vaststelling waarvan het Hof in het Spijkers-arrest⁶ een aantal elementen heeft genoemd die de nationale rechter zal moeten wegen. De twee belangrijkste factoren lijken te zijn of de verkrijger, afhankelijk van de sector waarin hij zich bevindt, een wezenlijk deel van het personeel heeft overgenomen van de vervreemder, dan wel of materiële activa van betekenis zijn overgegaan.

Contractswisselingen binnen de schoonmaaksector kunnen leiden tot een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW. Dat vervreemder en verkrijger niet direct met elkaar hebben gecontracteerd, maar de overgang via de opdrachtgever verloopt, is daarbij geen bezwaar.⁷ Het overnemen van 'een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel dat zijn voorganger speciaal voor deze schoonmaakopdracht had ingezet' is in de rechtspraak een belangrijke – en soms zelfs de enige – voorwaarde gebleken voor het bewerkstelligen van een overgang van onderneming.⁸ Sagel spreekt in dit verband van een cirkelredenering: de redenering dat indien een onderneming overgaat, vervolgens het personeel mee overgaat, wordt tevens omgedraaid: gaat (een wezenlijk deel van) het personeel over, dan gaat ingevolge artikel 7:662 e.v. BW de onderneming over en gaat alsnog ál het personeel over.⁹ Deze redenering gaat op voor ondernemingen die zich in de zogenoemde arbeidsintensieve sector bevinden: sectoren waarbij het personeel de belangrijkste productiefactor vormt.¹⁰

In de lagere rechtspraak is, ongetwijfeld in navolging van de rechtspraak van het Hof, naar onze smaak soms te veel nadruk komen te liggen op de vraag of een overgang zich wel of niet in de arbeidsintensieve sector heeft

6 HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502.

7 HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990, 423.

8 Dit kan worden afgeleid uit verschillende arresten van het Hof van Justitie, beginnend bij het arrest Süzen/Zehnacker (HvJ EG 11 maart 1997, JAR 1997/91).

9 S.F. Sagel, Overname van personeel en overgang van onderneming: oorzaak of gevolg?, SR 2004, p. 158-162.

10 Het valt niet mee dergelijke sectoren af te bakenen. Zie over dit probleem recent: R.M. Beltzer, JAR Verklaard 19 januari 2008, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, par. 1.2.2 en verder.

voorgedaan. Hierbij worden de andere factoren uit het Spijkers-arrest – of de klantenkring is overgedragen, in welke mate de ondernemingsactiviteiten voor en na de overgang met elkaar overeenkomen en of die activiteiten zijn onderbroken – van secundair belang geacht, althans, de rechter geeft er in zijn uitspraak geen blijk van alle factoren te hebben gewogen, maar behandelt louter de vraag of de verkrijger een wezenlijk deel van het personeel dan wel activa van betekenis heeft overgenomen. Een voorbeeld hiervan biedt een uitspraak van de Kantonrechter Utrecht van 27 oktober 2004.¹¹ Ten aanzien van een opdrachtwisseling in de schoonmaakbranche oordeelde de kantonrechter dat '(...) ter zake van het behoud van de identiteit (zie het al oudere arrest van het HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987, 502) in een arbeidsintensieve sector als de schoonmaakbranche, de overname van een wezenlijk deel van de aan de onderneming verbonden werknemers (en soms kan dat één werknemer zijn), zonder overdracht van enig materieel activum, met zich brengt dat sprake kan zijn van een overgang ex 662 e.v. BW (zie HvJ EG 24 januari 2002, JAR 2002/47).' Tot zover zegt de kantonrechter niets opmerkelijks, omdat hij immers slechts op een *mogelijkheid* wijst. Vervolgens oordeelt de kantonrechter echter, zonder enige andere factor uit het Spijkers-arrest (in ieder geval expliciet) bij zijn oordeel te betrekken, dat sprake is van een overgang van onderneming. Daarbij wijst de kantonrechter louter op het feit dat artikel 43 van de schoonmaak-cao van toepassing is. Overigens betrokken de Rechtbank Utrecht, het Hof Den Bosch en de kantonrechter te Amersfoort¹² in hun oordelen in vergelijkbare zaken wel andere factoren.

Deze juridische realiteit heeft als groot bezwaar dat een overgang van onderneming geregistreerd kan worden. Een potentiële verkrijger van een schoonmaakopdracht zou ertoe bewogen kunnen worden zeker géén wezenlijk deel van het personeel over te nemen: het waarschijnlijke gevolg van het overnemen van een dergelijk wezenlijk deel is immers dat hij het gehele personeel krijgt. Omgekeerd zou de verkrijger soms gedwongen kunnen worden al het personeel over te nemen in een situatie dat dat door geen der contracterende partijen, noch door de vertegenwoordiging van het personeel, is voorzien. Zo bevatten sommige cao's – zoals de hier in het geding zijnde schoonmaak-cao – de bepaling dat de verkrijger, al dan niet onder bepaalde voorwaarden, een zeker percentage van het personeel van de vreemder in dienst moet nemen. De Hoge Raad wijst in deze zaak op het belang van dergelijke bepalingen, waar hij overweegt dat een contractswisseling ten aanzien van een schoonmaakopdracht anders geen overgang

11 JAR 2005/6.

12 Rb. Utrecht 11 augustus 2004, JAR 2004/218, Hof Den Bosch 7 september 2004, JAR 2004/275, Ktr. Amersfoort (Vzr.) 24 mei 2007, JAR 2007/182.

van personeel zou bewerkstelligen, doordat daarbij geen materiële activa of ondernemingsactiviteiten van betekenis worden overgedragen.

Het zij herhaald: wanneer het percentage over te nemen personeel gelijk aan of groter is dan 'een (qua aantal en deskundigheid) wezenlijk deel van het personeel', ontstaat voor de verkrijger van een schoonmaakopdracht vrij snel een overgang van onderneming. Het is daarbij alles of niets: is er een overgang van onderneming, dan krijgt de verkrijger al het betrokken personeel, wat sociale partners ook hebben beoogd. Ook al hadden de laatsten het bij het cao-overleg redelijk gevonden bij contractswisseling de verkrijger niet met al het personeel op te zadelen, rechtspraak bepaalt dus (meestal) anders. Cao-bepalingen die melding maken van een verplichte overname van bijvoorbeeld 60%, twee derde, of 75% van het personeel, werken als het ware als een *trigger* voor overname van niet het genoemde percentage, maar van al het personeel. Het is de vraag of van de verplichting ook bij een contractswisseling al het personeel over te nemen niet al te zeer een marktversturende werking uitgaat. De verkrijger die de opdracht heeft verworven, kon wellicht goedkoper opereren omdat zijn loonkosten lager waren dan die van de vervreemder die de opdracht om die reden juist heeft verloren. Wordt de verkrijger vervolgens geconfronteerd met de plicht al het personeel over te nemen, dan zou hem dat ervan kunnen weerhouden mee te dingen naar de opdracht. Beseft hij de verplichte personeelsovergang te laat, dan zal hij in ieder geval proberen de aan deze overname verbonden kosten (denk aan het ontslag van overtollig personeel) op zijn opdrachtgevers af te wentelen. A-G Geelhoed is op deze problematiek uitvoerig ingegaan in zijn conclusie bij het Temco-arrest.¹³ Helaas heeft het Hof dit deel van de conclusie laten liggen.

Dit alles in ogenschouw nemende, komt ons de opmerking van de Hoge Raad, dat de opdrachtgever een schoonmaakbedrijf zo ver dient te krijgen aan een omzeilingsconstructie mee te werken en dat dit niet eenvoudig zou zijn, al te optimistisch over. Het belang aan een dergelijke constructie mee te werken is immers evident: wel of niet al het personeel in loondienst krijgen.

4.2 Het nadeel van overgang van al het personeel

Bij de vraag naar de uitleg van artikel 43 cao hechtte de Hoge Raad belang aan het feit dat een al te vergaande bescherming van de werknemers van het bedrijf dat een project verliest een keerzijde heeft. Deze keerzijde bestaat er volgens de Hoge Raad in dat het bedrijf dat het project als gevolg van een nieuwe aanbesteding door een andere opdrachtgever verwerft, mogelijk

¹³ HvJ EG 24 januari 2002, JAR 2002/47.

meer of anders geschoolde werknemers een arbeidsovereenkomst moet aanbieden dan in zijn bedrijfsuitoefening past.

Hoe deze opmerking te interpreteren? Wij gaan ervan uit dat de Hoge Raad deze opmerking slechts maakt voor het geval een contractsovername met overname van personeel géén overgang van onderneming heeft bewerkstelligd – wat, zoals gezegd, nog geen sinecure zal zijn. Anders is de opmerking namelijk niet te begrijpen: zoals wij hiervoor reeds meldden, zal overname van een wezenlijk deel van het personeel in een arbeidsintensieve sector als de schoonmaaksector al snel tot gevolg hebben dat al het personeel overgaat: ook het door de Hoge Raad genoemde anders geschoolde en/of overtollige personeel. Dat is echter precies de reeds door de Europese wetgever voorziene keerzijde van de artikelen 7:662 e.v. BW, en het is mede om die reden dat het de werkgever vrijstaat om economische, technische of organisatorische redenen personeel te ontslaan, conform het niet in Nederlandse wetgeving voorkomende artikel 4 van de Richtlijn overgang van ondernemingen.¹⁴ Een ontslag wegens de overgang, of het uitsluiten van personeel van de overgang om die reden, is niet mogelijk.¹⁵

Ten slotte: het feit dat de verkrijger na een selectie- en sollicitatiefase heeft besloten bepaalde personeelsleden over te nemen en andere uit te zonderen van overname – zoals in casu was geschied – is op zichzelf beschouwd niet van belang voor het antwoord op de vraag of een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Deze situatie deed zich voor in het Verbeek/Process House-arrest.¹⁶ Zoals A-G Verkade in zijn conclusie bij het arrest stelt (r.o. 5.5):

‘Het gaat er niet om hóé het personeel is overgenomen, doch dát het personeel is overgegaan. Aan het doel dat met de richtlijn wordt beoogd (...) wordt afbreuk gedaan indien door een dergelijke omstandigheid de personeelsovername niet als factor zou kunnen meewegen.’

*R.M. Beltzer en J.P.H. Zwemmer**

14 Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001, PbEG 22 maart 2001, L 82/16.

15 Zie voor het opzegverbod artikel 7:670 lid 8 BW, voor Europese rechtspraak verwijzen wij naar de Bork-uitspraak (HvJEG 15 juni 1988, NJ 1990, 247).

16 HR 10 december 2004, JAR 2005/13.

* Promovendus bij het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam en tevens advocaat bij Boekel De Nerée N.V