



# “Piercing” de personeels-BV

Prof. Mr. Loes Lennarts  
Instituut voor  
Insolventierecht  
/Instituut voor  
Ondernemingsrecht RUG



# Inleiding

- › Personeels-BV ingeburgerd als onderdeel van concern
- › Motieven voor gebruik?
  - Zwemmer (Ondernemingsrecht 2016/78):
    - centralisering personeelsadministratie en salarisbetaling
    - alle w.n. onder één cao brengen
    - vergemakkelijken intra-concerndetachering
  - Bartman (noot bij HR Comsys):
    - fiscale redenen

# Inleiding

- › Uitgangspunt arbeidsrecht:  
*personeelsvennootschap* is *werkgever*, niet de  
'inlener(s)' (*formele* benadering)
  - Van belang voor o.m.:
    - alle werkgeversverplichtingen Boek 7 Titel 10
    - gelding CAO
    - heffing LB, premies WNV, pensioenpremies
  
- › Vragen: 1) *wanneer* behoeft dit uitgangspunt correctie en 2) *op welke wijze* moet worden gecorrigeerd?

# Inleiding

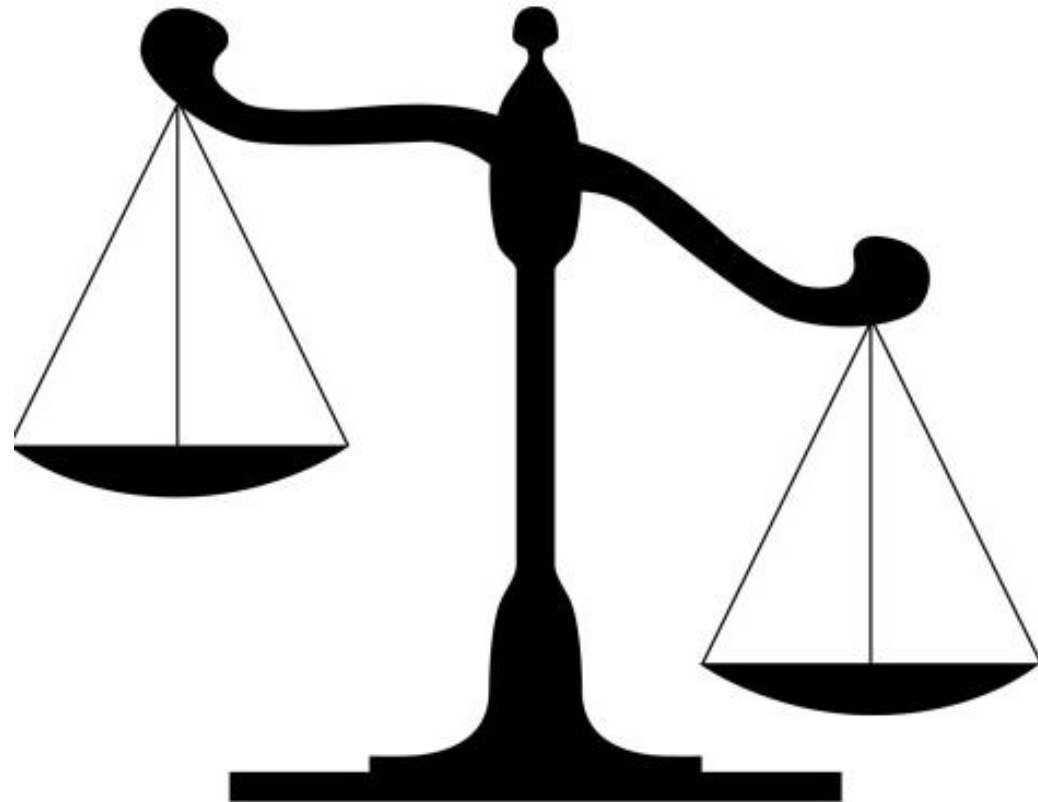
- › Relatief weinig aandacht voor deze vragen
- › M.n. 'arbeidsrechtelijke' auteurs:
  - Zwemmer, 'Pluraliteit van werkgevers', diss. UvA, 2012
  - VvA 2015: Preadvies Concernwerkgeverschap
    - Hierin ook aandacht voor heffing/betaling premies WNV
  - Zwemmer, Ondernemingsrecht 2016/78

# Inleiding

- › Arbeidsrecht corrigeert soms uitgangspunt dat w.g.-verplichtingen alleen rusten op personeels-BV :
  - Bv. art. 9 lid 2 Ontslagregeling:  
*concernrechtelijke* invulling herplaatsingsplicht
  - Zie verder Preadvies Laagland VvA 2015 en Zwemmer 2016 over rekening houden met concern bij de invulling arbeidsrechtelijke normen (*materiële* benadering)
  
- › Mijn focus ligt op de *verhaalsvraag*: correctie uitgangspunt dat personeels-BV als w.g. exclusief aansprakelijk is voor vorderingen verband houdend met de arbeidsovereenkomst (ruim opgevat, dus ook LH, premies WNV en pensioenpremies)

# Vertrekpunt

- > Personeels-BV = intern 'detacheringbureau'
- > Maakt dus (net als extern bureau) bedrijf van detacheren werknemers
- > Voornaamste *kosten*: lonen werknemers (incl. *alle werkgeverlasten*)
- > Te dekken uit *opbrengsten*: vergoedingen die inlenende concernvennootschappen betalen
- > **Mismatch kan leiden tot inzet correctiemechanismen: verhaal op anderen dan personeels-BV**



# HR 11-09-2009 (Comsys)

Holding (best. en 100%  
adh.)



```
graph TD; A[Holding (best. en 100% adh.)] --- B[Comsys (verkoop produkt)]; A --- C[Comsys Services (personeel+inko op materialen)];
```

Comsys  
(verkoop  
produkt)

Comsys Services  
(personeel+inko  
op materialen)

# Feiten Comsys

- › At arm's length beginsel structureel geschonden
  - < 50% kosten doorberekend
- › Hierdoor lijdt Services vanaf 1999 structureel verlies
- › Verliescompensatie door Holding en Comsys gestaakt in 2003, faillissement aangevraagd
- › Alle activa Services verpand aan de bank ihkv concernkrediet
- › Curator claimt volledige tekort van Holding en Comsys o.g.v. 2:248 BW en 6:162 BW



# Arrest Hof Comsys

- › Hof concludeert tot o.d-aansprakelijkheid Holding *én Comsys* voor het *tekort* (m.u.v. faillissementskosten) o.g.v.:
  - Nauwe *bestuurlijke* en *bedrijfsmatige* verwevenheid Holding, Comsys en Services
  - *Financiële afhankelijkheid* Services van Holding en Comsys
  - *Wetenschap van benadeling crediteuren S door gekozen concernstructuur* terwijl H en C *intentie tot in stand houden S hadden uitgesproken jgs accountant*

# Arrest HR (m.b.t. Holding)

- › HR laat veroordeling Holding in stand:
  - “Volgens het *kennelijke* oordeel van het hof had Holding onder die omsth een *bijzondere zorgplicht* jgs de crediteuren van Services, welke zorgplicht berustte *op de door Holding opgezette structuur met inherente risico’s voor crediteuren*, in samenhang met (...)”
  - “het hof is verder *kennelijk* er van uitgegaan dat (...), *nu Holding geen verweer heeft gevoerd* (...), het *gehele tekort* moet worden aangemerkt als schade die door het onrechtmatig handelen is veroorzaakt”

# Onder die omstandigheden...

HR, r.o. 5.2.1:

- › H heeft *als houdstermij en bestuurder* van S en C het concern *zo opgezet*
- › “dat in wezen Comsys en services *één onderneming vormden*, waarbij de kostenkant bij Services lag en de inkomstenkant bij Comsys”
- › terwijl *kosten niet volledig werden doorbelast*
- › S was *sinds 1999 verliesgevend*
- › Kon schulden *slechts* voldoen door *verliesfinanciering* door H en C
- › Inherente risico's nog vergroot door *verpanding alle activa* S aan de bank
- › Keuze voor laten *doorgaan S als 'going concern'*



# Onder die omstandigheden...

- › Vraag: zijn alle genoemde omstandigheden cruciaal voor aannemen zorgplicht Holding?
  - Wat als
    - Holding geen bestuurder?
    - niet alle activa aan de bank verpand?
    - niet jgs accountant going concern intentie is uitgesproken?
  - Barneveld: opzetten financieringsstructuur waaraan benadeling inherent is (onderkapitalisatie wgs negatieve rentabiliteit), triggert zorgplicht holding
    - Vraag: hoe vaak komt personeels-BV als stroppenpot voor?

# Arrest HR (m.b.t. Comsys)

- › HR vernietigt veroordeling Comsys:
  - *enkele medewerking* van Comsys aan verdeling van taken, werkzaamheden en inkomstenbronnen kan niet als onrechtmatig (LL: jgs (crediteuren) Services) worden aangemerkt
  - enkele feit dat Holding zowel *bestuurder van Comsys als van Services* was brengt niet mee *handelingen van Holding, verricht in een andere hoedanigheid dan van die van bestuurder van Comsys* aan Comsys kunnen worden *toegerekend* (LL: Comsys was ook enig adh van beiden)

# Arrest HR (m.b.t. Comsys)

- › Basis voor aansprakelijkheid Comsys voor (aandeel in) *tekort* te construeren?
  - HR Rainbow, r.o. 3.5:
    - *misbruik* van identiteitsverschil door Holding (*volledig zeggenschapshouder* Services + Comsys)?
    - toerekenen “oogmerk” Holding aan Comsys?
    - *schade die door het misbruik* aan derden wordt toegebracht? (tekort?)
  - Art. 6:166 BW (groepsaansprakelijkheid (voor gelijke delen))?
    - o.d. jegens gelaedeerde?
    - handelen in groepsverband (objectief en subjectief)?
    - Hadden groepsdeelnemers moeten beseffen dat het groepsgedrag het gevaar schiep voor de schade zoals die in concreto is geleden?
    - toerekenbaar?
- › Of: Comsys o.g.v. o.d. aansprakelijk voor (slechts) de *schade veroorzaakt door afnemen diensten zonder marktconforme vergoeding*?
  - › Bewijslast *exacte schade/causaal verband*

## Zorgplicht jgs *werknemers* (als bijzondere categorie schuldeisers)?

- › HR Comsys gaat over aansprakelijkheid jegens (gezamenlijke) *schuldeisers*
  - Barneveld: onderkapitalisatie vanwege negatieve rentabiliteit
  
- › Zwemmer (2016): binnen groepsstructuur waarbij sprake is van geïntegreerde splitsing van het contractuele en feitelijke werkgeverschap bestaat aanleiding voor *bijzondere zorgplicht moedervenn. voor nakoming verplichtingen uit a.o. van bij haar groepsvenn. werkzame w.n.*



Zorgplicht jgs *werknemers* (als bijzondere categorie schuldeisers)?

Zwemmer

- › “Het niet doorbelasten van de kosten aan de groepsvenn. waaraan de opbrengsten van de door de w.n. verrichte arbeid ten goede komen zou een schending van *de bijzondere* zorgplicht van de *moedervenn. jgs de gedetacheerde w.n.* kunnen impliceren.”
- › Maar: “is geen sprake van *specifieke* benadeling van *de personeelsvenn.* (ook *andere crediteuren van de groepsmaatschappijen kunnen niet volledig worden voldaan*), dan zou geen sprake zijn van een schending van deze *bijzondere* zorgplicht”

# Zorgplicht jgs *werknemers* (als bijzondere categorie schuldeisers)?

Ik lees dit zo:

- › als alleen de personeels-BV als stroppenpot is gebruikt, dan is daarmee (tevens) een zorgvuldigheidsnorm geschonden die strekt tot bescherming belangen *werknemers*
- › Maar: zodra ook een of meer werkmaatschappijen failleren is geen bijzondere zorgplicht jgs *werknemers* geschonden

Zorgplicht jegens werknemers (als bijzondere categorie schuldeisers)?

Andere casus:

- › Z Holding is enig bestuurder en enig aandeelhouder van X BV en Y BV
- › X BV is formeel en materieel werkgever van A. Mbv contractswissel wordt A ondergebracht in Y BV, terwijl zij werkzaam blijft voor X BV
- › Kort na contractswissel failleert Y BV, A wordt zonder vergoeding ontslagen
- › Claim o.g.v. o.d. tegen Z Holding en X BV (uitgaande van voorzienbaarheid van benadeling)
- › Of: A werknemer van X BV gebleven (7:610 BW)?

# Benadeling pensioenfonds, UWV

## *Casus Sneep Groep/SKB Groep*

Kenbaar uit:

> faillissementsverslagen

Personeel Montage BV, Personeel Machinefabriek BV, Personeel Machine & Apparatenbouw BV

> faillissementsverslagen

Metaal I BV, Metaal II BV, Algemene Personeelsdienst DHTB BV

> faillissementsverslagen

SKB Vierpolders BV, SKB Machinefabriek BV, SKB Direct Management BV, SKB Piping en Constructie BV en SKB Projecten BV

# Feiten

- › 11 maart 2015: Sneep Industries BV (indirect enig adh: A. Sneep) draagt aandelen in de (drie) Personeel M-vennootschappen (voor 1 euro) over aan de daartoe opgerichte Personeels Beheer Strijen BV (PBS)
- › De werkmaatschappijen binnen de Sneep-groep worden (ook voor 1 euro) verkocht aan Den Hartog
- › De hr. Sneep houdt het vastgoed en verhuurt dat aan kopers

# Feiten

- › Tot 1 september 2015 lenen de door Den H. overgenomen werkmaatschappijen werknemers in van de drie Personeel M-venn
- › Daarna wordt het merendeel van de w.n. ondergebracht in ondernemingen van Den H.
- › 9 februari 2016: faillietverklaring van de (lege) Personeel M-vennootschappen *op verzoek van Pensioenfonds Metaal en Techniek*
- › 18 oktober 2016: faillietverklaring Sneep Industries BV (heet inmiddels: Inkoop Centrale Technische bedrijven)
- › 18 november 2016: faillietverklaring PBS

# Feiten

- › Activiteiten Sneep Industries BV worden voortgezet vanuit de SKB-groep te Strijen
- › SKB-groep leent personeel in van Personeelsdienst Metaal I BV, DHTB BV en Personeelsdienst Metaal II
- › Deze personeelsvennootschappen failleren op 20/12/16, 18/04/17 en 30/05/17
- › Werknemers ondergebracht in SKB Vierpolders BV, SKB Machinefabriek BV, SKB Direct Management BV, SKB Projecten BV en SKB Piping en Constructie
- › Deze vijf personeelsvennootschappen failleren op 20 juni 2017

# Wat lijkt hier aan de hand te zijn?

## Faillissementsverslagen Curator Nuiten:

- > grote groep personeelsleden wordt steeds van de ene naar de andere vennootschap overgezet
- > steeds dezelfde handelwijze:
  - Personeels-BV leent werknemers uit aan gelieerde vennootschap
  - Facturering inclusief loonbelasting en premies
  - Inlener betaalt nettosalaris aan personeelsvennootschap, dat wordt uitbetaald aan werknemers
  - Fiscus en pensioenfondsen worden niet betaald
  - Betalingsonmacht wordt soms wel/soms niet gemeld
  - Bij de personeels-BV's zijn meestal dezelfde bestuurders betrokken



# Benadeling fiscus en pensioenfonds

- › Art. 36 Iw en art. 23 wet Bpf (niet genoemd in faillissementsverslag: art. 34 Iw (inlenersaansprakelijkheid)
- › Maar daarnaast ook: 2:248 BW, onrechtmatige daad, Pauliana
- › Probleem:
  - nergens verhaal, Garantstellingregeling curatoren afgewezen
  - (36 Iw/23 Wet Bpf: er zou voldaan zijn aan meldingsplicht betalingsonmacht)

# Benadeling fiscus en pensioenfonds

- › Conclusie: civielrechtelijke weg loopt dood, dus strafrechtelijk vervolgen
- › Zaak is in 2018 gemeld bij fraudemeldpunt
- › In september 2019 is aangifte gedaan
- › Vraag is wat er mee gebeurt
- › Financieel belang is groot genoeg (meer dan 250.000 euro)
- › Maar: onderzoek zal veel tijd vergen, geldstromen moeten in kaart worden gebracht, veel (rechts)personen bij betrokken, er is inmiddels veel tijd verstreken

# Benadeling fiscus en pensioenfonds

## Curator:

- › Duurde lang voordat men een goed beeld had van de fraude
- › Vennootschappen verspreid over Nederland
- › Verschillende curatoren
- › Alarmbellen gingen niet direct af omdat:
  - Indruk werd gewekt dat het alleen om een klunzige herstructurering ging
  - Er wel een administratie was
  - (op enig moment melding is gedaan van betalingsonmacht)

# Benadeling fiscus en pensioenfonds

## > Vragen:

- hoe vaak komt dit voor?
- preventieve controle op personeels-BV's nodig? Zo ja, hoe dan?
- rol adviseur/notaris?