

ANNOTATIE

Wanneer is sprake van de overgang van een deel van een onderneming in verband met de toerekening van WGA-lasten?

J.P.M. van Zijl

*Annotatie bij Centrale Raad van Beroep, 04-12-2019,
ECLI:NL:CRVB:2019:3920 (AR-2020-0049, SZR-2019-0058)*

Korte samenvatting

De Centrale Raad van Beroep heeft in deze uitspraak geoordeeld dat de vraag of sprake is van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming, bepaald moet worden aan de hand van de vraag of de hele loonsom dan wel een deel van de loonsom is overgegaan. Daarmee wijkt de Centrale Raad van Beroep af van twee eerdere uitspraken uit 2016 en 2017.

Het antwoord op deze vraag is van belang indien de WGA-uitkering vóór de overgang door de werkgever als eigenrisicodragers moet worden betaald, omdat dan van het antwoord op die vraag afhankelijk is of de werkgever die de onderneming overdraagt die uitkering na de overgang moet blijven betalen dan wel of de werkgever die de onderneming verkrijgt de uitkering voortaan moet gaan betalen.

1 Financiering van WGA-uitkeringen

De lasten van WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers worden gedragen door hun (ex-)werkgevers. De manier waarop die uitkeringen door werkgevers worden gedragen verschilt echter al naar gelang of

de werkgever eigenrisicodragers is of niet;
de werkgever een grote, middelgrote of kleine werkgever is.

Werkgevers die eigenrisicodragers zijn, dragen het risico van de betaling van de WGA-uitkering zelf. De werkgever kan de uitkering daarbij zelf betalen maar doorgaans betaalt het

UWV de uitkering en verhaalt het UWV de betaalde uitkering op de eigenrisicodrager.

De WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers van werkgevers die geen eigenrisicodrager zijn, worden door het UWV betaald. Deze betaling leidt dan echter twee kalenderjaren later tot een verhoogde vaststelling van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas die werkgevers aan de Belastingdienst betalen. Bij kleine werkgevers vindt de toerekening van de WGA-uitkering van (ex-)werknemers aan de werkgever niet op individuele basis plaats, maar per sector. Kleine werkgevers betalen daarom een sectorpremie waaruit de WGA-uitkeringen van de ex-werknemers worden bekostigd. Bij grote werkgevers is de hoogte van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas geheel afhankelijk van het bedrag dat twee kalenderjaren eerder aan (ex-)werknemers is betaald. Voor middelgrote werkgevers wordt de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas, afhankelijk van de hoogte van de loonsom, vastgesteld op een gewogen gemiddelde van de gedifferentieerde premie die op basis van de uitkeringen van (ex-)werknemers zou gelden voor grote werkgevers en de sectorpremie die zou gelden voor kleine werkgevers.

In alle gevallen vindt de toerekening van de WGA-uitkering van een (ex-)werknemer aan een bepaalde werkgever plaats aan de hand van de eerste dag van de wachttijd voor de WIA (voor werkgevers die eigenrisicodrager zijn) c.q. de eerste dag van arbeidsongeschiktheid (voor werkgevers die geen eigenrisicodrager zijn). Aangenomen mag worden dat met deze verschillende wijze van formuleren steeds dezelfde dag is bedoeld: de werkgever bij wie de werknemer op de eerste dag van de wachttijd c.q. op de eerste dag van arbeidsongeschiktheid in dienst is, is de werkgever voor wiens rekening de WGA-uitkering gedurende de eerstkomende tien jaren komt.

2 Gevolgen van overgang van onderneming

Deze wijze van toerekening van de lasten van WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers (hierna: 'WGA-lasten') aan werkgevers vraagt om een regeling van de gevolgen van de overgang van een onderneming voor de verplichtingen van de (ex-)werkgever om de lasten van de WGA-uitkeringen te dragen. Immers: de werkgever die als eigenrisicodrager de WGA-uitkering zou moeten betalen kan na een overgang van onderneming ophouden te bestaan. En nadat de werkgever de onderneming heeft overgedragen is er geen loonsom meer waarover de verhoogd vastgestelde gedifferentieerde premie Werkhervattingskas kan worden berekend. Voorkomen moet worden dat werkgevers lasten die zij individueel zouden moeten dragen, afwentelen op het collectief.

De vraag wie na de overgang van een onderneming de WGA-lasten draagt van de (ex-)werknemer die werkzaam was in de overgedragen onderneming, is op grond van de getroffen wettelijke regeling afhankelijk van:

de vraag of de werkgever die de onderneming overdraagt eigenrisicodrager is of niet; de vraag of de werkgever die de onderneming verkrijgt eigenrisicodrager is of niet; de vraag of een hele

onderneming wordt overgedragen dan wel een deel van de onderneming.

Schematisch kan de wettelijke regeling als volgt worden weergegeven

Bij de overgang van een gehele onderneming:

1. De overdrager is geen eigenrisicodragers:

Optie a: De verkrijger is geen eigenrisicodragers: artikel 2.15 lid 1 Besluit Wfsv: De gedifferentieerde premie van de verkrijger wordt hoger vastgesteld.

Optie b: De verkrijger is wel eigenrisicodragers: artikel 82 lid 3 onder a WIA (tot 1 januari 2017: artikel 84 lid 3 onder a WIA): De verkrijger betaalt de WGA-uitkering.

2. De overdrager is wel eigenrisicodragers.

Optie a: De verkrijger is geen eigenrisicodragers: artikel 82 lid 3 onder b WIA (tot 1 januari 2017: artikel 84 lid 3 onder b WIA): De verkrijger betaalt de WGA-uitkering.

Optie b: De verkrijger is wel eigenrisicodragers: artikel 82 lid 3 onder b WIA (tot 1 januari 2017: artikel 84 lid 3 onder b WIA): De verkrijger betaalt de WGA-uitkering.

Bij de overgang van een deel van een onderneming:

1. De overdrager is geen eigenrisicodragers:

Optie a: De verkrijger is geen eigenrisicodragers: artikel 2.15 lid 2 Besluit Wfsv: De gedifferentieerde premie van de overdrager en de verkrijger wordt verhoogd vastgesteld (naar evenredigheid van loonsom).

Optie b: De verkrijger is wel eigenrisicodragers: artikel 82 lid 4 WIA (tot 1 januari 2017: artikel 84 lid 4 WIA): De gedifferentieerde premie van de overdrager wordt verhoogd vastgesteld waarbij slechts een deel van de WGA-uitkering (naar evenredigheid van het niet overgegangene deel van de loonsom) in aanmerking wordt genomen. De verkrijger betaalt een deel van de WGA-uitkering (naar evenredigheid van het wel overgegangene deel van de loonsom). (Tot 1 januari 2017: Het UWV verhaalt een deel van de WGA-uitkering op de verkrijger (naar evenredigheid van het wel overgegangene deel van de loonsom).)

2. De overdrager is wel eigenrisicodragers.

Optie a: De verkrijger is geen eigenrisicodragers: artikel 82 lid 5 WIA (tot 1 januari 2017: artikel 84 lid 5 WIA): De overdrager betaalt de WGA-uitkering.

Optie b: De verkrijger is wel eigenrisicodragers: artikel 82 lid 5 WIA (tot 1 januari 2017: artikel 84 lid 5 onder b WIA): De overdrager betaalt de WGA-uitkering.

Voor de vraag wanneer sprake is van de overgang van een onderneming knopen de in het

hierboven weergegeven schema genoemde wettelijke bepalingen aan bij de bepaling van artikel 7:662 van het Burgerlijk Wetboek (BW). In die bepaling is gedefinieerd wanneer sprake is van de overgang van een onderneming, die op grond van het bepaalde in artikel 7:663 BW tot gevolg heeft dat de rechten en verplichtingen van werknemers die op het tijdstip van die overgang voor de werkgever voortvloeiden uit arbeidsovereenkomsten met in die onderneming werkzame werknemers, van rechtswege overgaan op de verkrijger van die onderneming. Een verschil met de arbeidsrechtelijke bepaling van artikel 7:662 BW is daarbij dat de gevolgen voor de toerekening van de WGA-lasten ook optreden als de overgang van onderneming in faillissement plaatsvindt.

3 Overgang van een deel van een onderneming

Het schema laat zien dat er, voor het geval de overdrager eigenrisicodrager is, een belangrijk verschil is tussen de rechtsgevolgen van de overgang van een hele onderneming en de rechtsgevolgen van de overgang van een deel van een onderneming. Immers: bij de overgang van een hele onderneming moet de verkrijger de uitkering voortaan gaan betalen en bij de overgang van een deel van een onderneming moet de overdrager blijven betalen. Dat roept de vraag op wanneer sprake is van de overgang van een deel van een onderneming.

De Belastingdienst (als het gaat om de vaststelling van de hoogte van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas) en het UWV (als het gaat om de betaling van een WGA-uitkering die door een eigenrisicodrager moest worden betaald) stellen zich in de praktijk op het standpunt dat sprake is van de overgang van een hele onderneming als de hele loonsom is overgegaan (en de overdrager na de overgang dus geen loonsom meer heeft) en dat sprake is van de overgang van een deel van een onderneming als niet de hele loonsom is overgegaan (en de overdrager na de overgang dus nog wel een (kleinere) loonsom heeft). De belastingdienst en het UWV koppelen die loonsommen daarbij in de praktijk bovendien steeds aan 'loonheffingenummers'.

De Centrale Raad van Beroep had tot voor kort tweemaal moeten oordelen over de vraag of sprake was van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming.

4 CRvB 11 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4322

In deze uitspraak ging het om de overgang van een vestiging van een uitzendbureau. Deze vestiging werd samen met zes andere vestigingen geëxploiteerd door de overdrager, die daarbij optrad als franchisenemer van een derde. Na de overgang werd de exploitatie van deze vestiging op grond van een overeenkomst overgenomen door de verkrijger, die deze eveneens als franchisenemer voor de derde ging exploiteren. De exploitatie van de andere zes vestigingen werd daarbij onverminderd door de overdrager voortgezet. Bij één van de andere zes vestigingen was een werknemer ziek uitgevallen, waarna aan die werknemer een WGA-uitkering was toegekend. Bijna twee jaar na de overgang besluit het UWV dat de verkrijger een deel van de WGA-uitkering, evenredig aan het overgenomen deel van de loonsom, moet betalen. Hieruit kan worden afgeleid dat de overdrager eigenrisicodrager moet zijn geweest en

de verkrijger niet en dat het UWV uitging van de overgang van een deel van de onderneming.

De verkrijger stelt zich op het standpunt dat de overgenomen vestiging een hele onderneming (want een zelfstandige onderneming) is en dat de lasten van de WGA-uitkering van de zieke werknemer moeten worden gedragen door de vestiging waar de zieke werknemer in dienst was, als zijnde een andere zelfstandige, hele onderneming.

De Centrale Raad van Beroep verwerpt in zijn uitspraak het verweer van het UWV op grond waarvan het UWV van mening was dat de overgedragen vestiging niet als een zelfstandige onderneming te beschouwen was. In zijn verweer beriep het UWV zich op informatie van de Belastingdienst volgens welke de overdrager een zelfstandige rechtspersoon en inhoudingsplichtige voor de loonheffingen was met zeven vestigingen.

De Centrale Raad van Beroep refereert eraan dat het begrip overgang van onderneming in artikel 84 lid 3 en 4 WIA (tekst tot 1 januari 2017) is ontleend aan artikel 7:662 BW, in welk artikel is bepaald dat onder overgang wordt beschouwd: 'de overgang van een geheel van georganiseerde middelen, dat bestemd is tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, welk geheel bij die overgang zijn identiteit als een economische eenheid behoudt'. De rechtbank had volgens de Centrale Raad van Beroep terecht geoordeeld dat de overgang van de vestiging als de overgang van een zelfstandige economische eenheid moet worden aangemerkt, omdat de bedrijfsactiviteiten van de vestiging economisch voldoende bepaalbaar en identificeerbaar waren. Er was sprake van de vervreemding van een lopende zelfstandige onderneming, doordat dezelfde bedrijfsactiviteiten door een nieuwe ondernemer werden voortgezet, terwijl de werkneemster met de WGA-uitkering niet in die economische eenheid werkzaam was.

Uitdrukkelijk overweegt de Centrale Raad van Beroep dat niet van doorslaggevend belang is dat de diverse vestigingen door één rechtspersoon werden geëxploiteerd en dat die rechtspersoon tot aan de overgang de inhoudingsplichtige was voor de loonheffing van de vestiging. Niet de vraag op welke rechtspersoon bepaalde verplichtingen van fiscale of andere aard rusten, is volgens de Centrale Raad van Beroep van belang, maar de vraag welke economische eenheid de maatschappelijke bron van arbeidsverhoudingen is.

5 Centrale Raad van Beroep 21 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1608

In deze uitspraak ging het om een supermarktbedrijf dat eigenrisicodragers was en dat een deel van zijn supermarkten, dat onder een bepaalde handelsnaam werd uitgeoefend, had verkocht. Het UWV had zich op het standpunt gesteld dat sprake was van overgang van een deel van de onderneming. Het supermarktbedrijf stelde echter dat de verkochte supermarktketen een zelfstandige onderneming was die in zijn geheel was overgedragen. Het supermarktbedrijf wees er daartoe op dat de supermarkten een eigen management en een eigen inkoop- en marketingafdeling hadden en dat de zelfstandige exploitatie van die supermarkten na de verkoop was voortgezet, waarbij zij hun eigen identiteit hadden behouden.

Voor de vraag of sprake is van de overgang van een gehele of gedeeltelijke onderneming

verwijst de Centrale Raad van Beroep naar het begrip overgang van onderneming in artikel 7:662 BW en de uitleg die het Hof van Justitie van de Europese Unie (ten aanzien van de Europese Richtlijn betreffende het behoud van rechten door werknemers bij overgang van ondernemingen) en de Hoge Raad in hun jurisprudentie geven aan het begrip 'overgang van onderneming'. De Centrale Raad van Beroep wijst met name naar het arrest van het Hof van Justitie EG in de zaak Spijkers/Benedik. Volgens dat arrest is voor de vraag of sprake is van de overgang van een onderneming van belang of de identiteit van de onderneming is behouden. Dat is het geval als de exploitatie in feite wordt voortgezet of na een korte periode van oponthoud wordt hervat. Daarbij dient te worden gelet op kenmerkende feiten en omstandigheden zoals:

de aard van de onderneming; al dan niet overgedragen bedrijfsmiddelen; waarde van de immateriële activa; al dan niet overdragen van de klantenkring; het overnemen van nagenoeg al het personeel; de mate waarin bedrijfsactiviteiten voor en na de overdracht gelijk zijn; de duur van de eventuele onderbreking van de activiteiten.

Deze aspecten moeten niet afzonderlijk worden beoordeeld. Het globale totaalbeeld is beslissend. De Centrale Raad van Beroep verwijst daarbij naar een uitspraak die hij reeds onder de WAO had gewezen.

Op grond van deze inhoudelijke criteria moet het UWV volgens de Centrale Raad van Beroep beoordelen of sprake is van een gehele of gedeeltelijke overgang van onderneming. De uit de Algemene wet bestuursrecht voortvloeiende motiveringsverplichting brengt volgens de Centrale Raad van Beroep met zich dat het UWV zorgvuldig dient te onderzoeken onder welke omstandigheden de verkoop van de winkels heeft plaatsgevonden en dat het UWV op basis hiervan tot een inzichtelijk en deugdelijk gemotiveerd besluit dient te komen. Omdat een dergelijk onderzoek niet heeft plaatsgevonden wordt de beslissing op het bezwaarschrift van het UWV vernietigd.

Het UWV heeft volgens de Centrale Raad van Beroep zijn oordeel ten onrechte gebaseerd op een interpretatie van gegevens die zijn verkregen van de Belastingdienst. De Centrale Raad van Beroep verwijst naar zijn uitspraak van 11 november 2016. De omstandigheid dat de supermarkten over één loonadministratie beschikten is volgens de Centrale Raad van Beroep slechts één van de feitelijke omstandigheden die door het UWV moeten worden vastgesteld en getoetst.

De Centrale Raad van Beroep draagt het UWV op in zijn nieuwe beslissing op het bezwaarschrift tevens aan te geven of de overnemende onderneming eigenrisicodragers is of niet, aangezien de vraag welke onderneming het risico van betaling van de WGA-uitkeringen draagt mede daarvan afhankelijk is.

Ten slotte overweegt de Centrale Raad van Beroep uitdrukkelijk dat het belastende karakter van het toerekeningsbesluit met zich brengt dat het UWV aannemelijk moet maken dat aan de

inhoudelijke criteria is voldaan. Als het UWV daarbij gebruikmaakt van gegevens van de Belastingdienst moet het UWV die gegevens zodanig presenteren dat de werkgever en de rechter de juistheid daarvan kunnen toetsen. Daarmee corrigeert de Centrale Raad van Beroep het standpunt van de rechtbank die het aan de werkgever wilde overlaten om informatie bij de Belastingdienst op te vragen.

6 Centrale Raad van Beroep 4 december 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3920

In de uitspraak van 4 december 2019 ging het om een onderwijsinstelling (een vereniging) die eigenrisicodragers was en die een school had overgedragen aan een andere onderwijsinstelling (een stichting). Toen aan een werknemer van deze school een WGA-uitkering werd toegekend besloot het UWV dat de vereniging de WGA-uitkering als eigenrisicodragers moest betalen. In bezwaar motiveerde het UWV dat door te stellen dat sprake was van de overgang van een deel van de onderneming van de vereniging. Als de vereniging beroep bij de rechtbank instelt, laat het UWV op grond van de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 11 november 2016 de Belastingdienst nader onderzoek verrichten. Ook daarna handhaaft het UWV echter zijn standpunt dat sprake is van de overgang van een deel van de onderneming van de vereniging. De rechtbank past de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 11 november 2016 toe en oordeelt op grond van de feiten en omstandigheden van het geval dat sprake was van de overgang van een zelfstandige onderneming. Bij een onderneming in een arbeidsintensieve sector zoals het onderwijs wordt de identiteit van de onderneming vooral bepaald door het personeel en daarnaast door het schoolgebouw en het soort onderwijs. Al deze elementen zijn bij de overgang behouden gebleven, zodat volgens de rechtbank sprake is van de overgang van een onderneming.

Het UWV stelt tegen de uitspraak van de rechtbank hoger beroep in bij de Centrale Raad van Beroep en stelt dan dat de rechtbank weliswaar terecht heeft geoordeeld dat sprake is van de overgang van onderneming maar dat de vraag of sprake was van de gehele dan wel gedeeltelijke overgang van onderneming niet moet worden beantwoord aan de hand van de vraag of datgene wat wordt overgedragen een zelfstandige eenheid is. Daarbij stelt het UWV uitdrukkelijk de juistheid van de uitspraak van 11 november 2016 ter discussie. Volgens het UWV moet de vraag of sprake is van de overgang van een onderneming dan wel van een deel van een onderneming niet worden beantwoord aan de hand van het arbeidsrecht, omdat het arbeidsrecht geen onderscheid kent tussen de gehele en gedeeltelijke overgang van een onderneming. Volgens het UWV is een beantwoording op grond van eigen, sociaalverzekeringsrechtelijke criteria aan de orde, waarbij vanuit de overdragende werkgever bezien zou moeten worden of sprake is van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van de onderneming. Omdat de vereniging na de overgang als werkgever is blijven bestaan, zou sprake zijn van de overgang van een deel van de onderneming.

Naar aanleiding van het hoger beroep van het UWV onderzoekt de Centrale Raad van Beroep allereerst de wetsgeschiedenis. Die gaat terug tot de Wet Pemba, omdat bij die wet voor het eerst (per 1 januari 1998) premiedifferentiatie en eigenrisicodragers werd ingevoerd, toen nog in de WAO.

Uit de memorie van toelichting haalt de Centrale Raad van Beroep het uitgangspunt van de wetgever aan dat het moment van het ontstaan van ziekte bepalend moet zijn voor de vraag of de betaling van de WAO-uitkering voor rekening van de eigenrisicodragende werkgever moet komen. Als de werknemer op dat moment in dienst was van de werkgever moet de eigenrisicodragende werkgever de WAO-uitkering (blijven) betalen. Daardoor moet voorkomen worden dat de uitkering alsnog voor rekening van de collectief gefinancierde regeling komt, waarvoor de werkgever als eigenrisicodrager geen premie heeft betaald.

Uit de Nota naar aanleiding van het verslag wordt dan nog eens aangehaald dat afwenteling van de lasten van de uitkering op het publieke stelsel moet worden voorkomen door de werkgever zelf verantwoordelijk te laten zijn voor de arbeidsongeschiktheidslasten die zijn gegenereerd toen de werkgever eigenrisicodrager was.

Uit een nota van wijziging bij de Aanpassingswet nieuwe en gewijzigde arbeidsongeschiktheidsregelingen (die de invoering van de Wet Pemba regelde) citeert de Centrale Raad van Beroep dan nog dat bij een gedeeltelijke overname van de onderneming van een eigenrisicodragende werkgever de verplichting tot het betalen van de uitkeringen moet blijven berusten bij deze werkgever en de daarbij gedane overweging dat bij de overgang van de onderneming kan worden afgesproken dat de overnemende werkgever een deel van de lasten van de overdragende werkgever voor zijn rekening neemt.

Met betrekking tot de uitspraak van 11 november 2016 stelt de Centrale Raad van Beroep dat daarin bepaald is dat voor de vraag of sprake is van een zelfstandige, economische eenheid, bepalend is of de bedrijfsactiviteiten economisch voldoende bepaalbaar en identificeerbaar zijn. Als vraag die nog moet worden beantwoord formuleert de Centrale Raad van Beroep de vraag of met de (tussen partijen vaststaande) vaststelling dat sprake is van de overgang van een economische eenheid die bij de overgang zijn identiteit behoudt, ook vaststaat dat geen sprake is van de overgang van een deel van de onderneming in de zin van artikel 84 lid 5 WIA (tekst tot 1 januari 2017).

Ten aanzien van die vraag stelt de Centrale Raad van Beroep dat het socialeverzekeringsrecht niet op één lijn gesteld kan worden met het arbeidsrecht en dat de keuze van de werkgever om eigenrisicodrager te worden gebaseerd is op de socialeverzekeringswetgeving. Daarom is volgens de Centrale Raad van Beroep niet alleen bepalend of, in het geval waarin een in civielrechtelijke zin zelfstandige economische eenheid overgaat, sprake is van de overgang van een onderneming, maar ook of sprake is van de overgang van een deel van de onderneming in sociaalverzekeringsrechtelijke zin. Met het UWV is de Centrale Raad van Beroep van mening dat die laatste vraag moet worden beantwoord vanuit het perspectief van de overdragende werkgever. De Centrale Raad van Beroep beroept zich voor dat standpunt op de wetsgeschiedenis en op de definitie van het begrip werkgever in artikel 1 WIA, waar wordt verwezen naar de werkgever in de zin van de Wet financiering sociale verzekeringen. Omdat de overdragende werkgever na de overgang van onderneming als werkgever is blijven bestaan, is volgens de Centrale Raad van Beroep sprake van de overgang van een deel van de onderneming. Daarbij wordt aangegeven dat daarmee wordt afgeweken van de eerdere

uitspraak van 11 november 2016.

Voor de onderwijsinstelling (de vereniging) die een school had overgedragen aan de andere onderwijsinstelling (de stichting) betekent dat, dat het UWV terecht heeft besloten dat de vereniging de WGA-uitkering van de (ex-)werknemster moest blijven betalen. Immers: als sprake is van de overgang van een deel van een onderneming blijft de vereniging als overdragende werkgever het risico van betaling van de WGA-uitkering dragen.

7 Commentaar

Belastingrechter

De uitspraak van de Centrale Raad van Beroep heeft invloed op alle gevallen van overgang van onderneming waarbij ofwel de overdragende werkgever ofwel de verkrijgende werkgever eigenrisicodrager is. Indien beide werkgevers dat niet zijn, moet de belastingrechter beslissen of sprake is van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van de onderneming, met als gevolg dat bij de vaststelling van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers van de overgedragen onderneming volledig aan de verkrijgende werkgever worden toegerekend (maar dan alleen als ze werkzaam waren in datgene wat dan als de overgedragen onderneming wordt beschouwd) dan wel of een deel (evenredig aan het overgenomen deel van de loonsom) van alle WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers van de overdragende werkgever aan de verkrijgende werkgever worden toegerekend, waarbij het andere deel dan onverminderd aan de overdragende werkgever wordt toegerekend.

Om te voorkomen dat een situatie zou ontstaan waarbij WGA-lasten bij de vaststelling van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas aan geen enkele werkgever zouden worden toegerekend dan wel waarbij WGA-lasten tegelijkertijd aan twee werkgevers zouden worden toegerekend, zou de belastingrechter de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep moeten overnemen. Dergelijke situaties zouden kunnen ontstaan als in één en hetzelfde geval de belastingrechter (in het kader van de vaststelling van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas, ten aanzien van een werkgever die geen eigenrisicodrager is) en de socialeverzekeringsrechter (in het kader van de vraag wie (een deel van) een WGA-uitkering moet betalen, ten aanzien van een werkgever die eigenrisicodrager is of die (een deel van) een onderneming heeft overgenomen van een eigenrisicodrager) verschillend zouden oordelen over de vraag of een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming is overgegaan.

Omgaan van de Centrale Raad van Beroep

Wie de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep leest met kennis van de twee eerdere uitspraken uit 2016 en 2017, blijft lang in de veronderstelling dat de Centrale Raad van Beroep probeert om zijn nieuwe uitspraak in lijn te brengen met zijn eerdere twee uitspraken. Het onderscheid dat de Centrale Raad van Beroep maakt tussen de arbeidsrechtelijk te beoordelen vraag of sprake is van de overgang van een onderneming en de sociaalverzekeringsrechtelijk te beoordelen vraag of bij de overgang een hele onderneming dan wel een deel van een

onderneming is overgegaan, doet gekunsteld aan. Pas aan het einde van zijn uitspraak, in rechtsoverweging 4.9, geeft de Centrale Raad van Beroep met de woorden ‘anders dan de Raad heeft overwogen in zijn onder 2.2 genoemde uitspraak van 11 november 2016’ aan dat hij op zijn eerdere twee uitspraken terugkomt.

Niet-overtuigende motivering

De motivering die de Centrale Raad van Beroep daarbij geeft voor dit gewijzigde standpunt kan niet overtuigen.

De tekst van de wet verwijst slechts naar de bepaling van artikel 7:662 BW. Enige bedoeling van de wetgever voor een eigen, sociaalverzekeringsrechtelijke uitleg van het begrip ‘overgang van een deel van een onderneming’ blijkt daaruit niet. In lid 2 van het genoemde artikel is bovendien bepaald dat een onderdeel van een onderneming voor de toepassing van de daarna volgende arbeidsrechtelijke bepalingen als een onderneming beschouwd moet worden, zodat duidelijk is dat arbeidsrechtelijk ook de mogelijkheid van een gedeeltelijke overgang van een onderneming door de wetgever onder ogen is gezien.

Het beroep op de wetsgeschiedenis overtuigt niet omdat daaruit niet volgt dat ten aanzien van het begrip ‘overgang van een deel van een onderneming’ een eigen sociaalverzekeringsrechtelijke benadering dient plaats te vinden in plaats van een arbeidsrechtelijke benadering. De eerste twee (hierboven genoemde) passages uit de wetsgeschiedenis wijzen er immers slechts op dat de wetgever heeft willen voorkomen dat werkgevers die eigenrisicodrager zijn de lasten van de uitkeringen die zij zelf zouden moeten betalen afwentelen op het publieke stelsel, terwijl zij niet hebben bijgedragen aan het publieke stelsel. Maar van afwenteling op het publieke stelsel is geen sprake als de verkrijgende werkgever verplicht is om de WGA-uitkeringen van de overdragende werkgever te gaan betalen. En waar uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de overdragende en verkrijgende werkgever afspraken kunnen maken over de vraag wie de uitkeringslasten uiteindelijk draagt, geldt dat natuurlijk ook indien de verkrijgende werkgever verplicht wordt de WGA-uitkeringen te gaan betalen omdat sprake is van de overgang van een hele onderneming. De derde (hierboven genoemde) passage geeft slechts aan dat de wetgever gewild heeft dat bij de overgang van een deel van een onderneming de overdragende eigenrisicodragende werkgever de WGA-uitkeringen moet blijven betalen (wat al duidelijk uit de tekst van de wet blijkt), niet waarom dat het geval is.

De verwijzing ten slotte naar de definitie van het begrip ‘werkgever’ in artikel 1 WIA, waaronder de werkgever in de zin van de Wet financiering sociale verzekeringen verstaan zou moeten worden, is onduidelijk. In artikel 1 WIA is het begrip ‘werkgever’ niet gedefinieerd. Wel is de ‘eigenrisicodrager’ gedefinieerd als (kort samengevat) ‘de werkgever aan wie toestemming is verleend om eigenrisicodrager voor WGA-uitkeringen te zijn’. In artikel 11 WIA is wel een definitie van het begrip ‘werkgever’ opgenomen, waarbij wordt verwezen naar de Ziektewet. Via de definitie van artikel 9 Ziektewet komen wij dan uit bij ‘de natuurlijke persoon of het lichaam tot wie een natuurlijke persoon in dienstbetrekking staat’. Volgens

artikel 1 onder c van de Ziektewet zijn lichamen: ‘rechtspersonen, maat- en vennootschappen, samenwerkingsvormen zonder rechtspersoonlijkheid die met verenigingen maatschappelijk gelijk kunnen worden gesteld, ondernemingen van publiekrechtelijke rechtspersonen en doelvermogens’. Bij de Wet financiering sociale verzekeringen komt men alleen uit via de definitie van de eigenrisicodragers, omdat daarbij wordt verwezen naar de procedure voor de aanvraag van het eigenrisicodragen in artikel 40 van die wet. Verder verwijst de definitie van ‘werkgever’ in artikel 1 onder q van de Wet sociale verzekeringen juist naar de definitie in de werknemersverzekeringswetten. Als uit de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep al afgeleid zou moeten worden dat aan de definitie van het begrip ‘werkgever’ een argument te ontleen zou zijn voor de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep, dan is onduidelijk waarom dat het geval is.

Verlaging uitvoeringslasten UWV als motief?

Het lijkt erop dat voor de beslissing van de Centrale Raad van Beroep een andere, niet in de uitspraak genoemde reden bestaat, namelijk om de Belastingdienst en het UWV te verlossen van de uitvoeringslasten die verbonden waren aan de eerdere twee uitspraken van de Centrale Raad van Beroep. Daarbij moest immers een vaststelling plaatsvinden van alle feiten en omstandigheden van het geval, om te bepalen of een overgedragen deel van een onderneming al dan niet zelfstandige onderneming was. Van die uitvoeringslast zijn de Belastingdienst en het UWV nu bevrijd. Dat het UWV groot belang hechtte aan een andersluidende uitspraak van de Centrale Raad van Beroep moge wel blijken uit het feit dat twee eerdere recente uitspraken van de Centrale Raad van Beroep ter discussie werden gesteld en dat het UWV met maar liefst drie gemachtigden ter zitting verscheen.

Versplintering

Als beperking van de uitvoeringslasten van het UWV voor de Centrale Raad van Beroep inderdaad een belangrijke reden is geweest om terug te komen op zijn eerdere twee uitspraken, dient daarbij bedacht te worden dat deze beslissing voor werkgevers leidt tot een zeer bedenkelijke versplintering van WGA-lasten.

Een voorbeeld kan dat verduidelijken. Stel dat een schoonmaakbedrijf de opdracht verliest voor de schoonmaak van een ziekenhuis. Een ander schoonmaakbedrijf verkrijgt vervolgens de opdracht. Gelet op verplichtingen die voortvloeien uit de CAO voor het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf is het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt, verplicht om een deel van het personeel van het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verliest, over te nemen. Omdat het gaat om een bedrijf in de arbeidsintensieve sector, heeft de overname van een deel van het personeel meteen ook tot gevolg dat sprake is van de overgang van een onderneming. Als de overgang van de schoonmaakopdracht aldus betekent dat 5% van de loonsom van het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verliest overgaat naar het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt, is het gevolg dat voortaan 5% van alle WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers van het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verliest worden toegerekend aan het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt (in plaats van dat de WGA-uitkeringen van

alleen de (ex-)werknemers die in het overgedragen deel van de onderneming werkzaam waren volledig worden toegerekend aan het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt).

Om de lasten van de WGA-uitkering te beperken zou het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt kosten moeten maken. Zo zou het schoonmaakbedrijf kunnen proberen te achterhalen of er een verzekeraar is die het risico van betaling van de WGA-uitkering heeft verzekerd en die mogelijk die WGA-uitkering zou blijven betalen (zie hierna). Het schoonmaakbedrijf zou ook re-integratie-inspanningen kunnen doen om te bewerkstelligen dat de mate van arbeidsongeschiktheid van (ex-)werknemers daalt tot minder dan 35%. En het schoonmaakbedrijf zou als belanghebbende bij de WGA-uitkering bij het UWV herbeoordelingen kunnen aanvragen om het UWV te dwingen vast te stellen of nog steeds sprake is van recht op een WGA-uitkering, dan wel of intrekking van de WIA-uitkering of toekenning van een IVA-uitkering aan de orde is. Tegen een beslissing van het UWV omtrent het recht op WGA-uitkering zou het schoonmaakbedrijf misschien bezwaar willen maken, en later beroep en hoger beroep willen instellen. Vanwege het feit dat het belang van het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt maar 5% is van het totale belang, zullen de kosten al snel niet meer opwegen tegen het belang, zodat het schoonmaakbedrijf al snel van het treffen van deze maatregelen zal willen afzien. Dit alles is moeilijk in overeenstemming te brengen met het uitgangspunt van de wetgever, die werkgevers wil prikkelen om (ex-)werknemers met een WGA-uitkering te re-integreren.

Bedacht dient vervolgens te worden dat een verdere versplintering van de WGA-lasten plaatsvindt als de opdracht voor de schoonmaak van het ziekenhuis enkele jaren later opnieuw naar een ander schoonmaakbedrijf kan gaan. Als het verlies van die opdracht opnieuw zou gaan om 5% van de loonsom van het bedrijf dat dan de opdracht verliest, zou nog maar $5\% \times 5\% = 0,25\%$ van de oorspronkelijke WGA-lasten worden toegerekend aan het schoonmaakbedrijf dat de opdracht dan weer verkrijgt terwijl 4,75% van de WGA-lasten zou achterblijven bij het schoonmaakbedrijf dat de opdracht eerst verkreeg en later weer verloor.

Als een overgang vaker als de overgang van een hele onderneming zou worden gezien, zou versplintering van WGA-lasten vaker achterwege blijven. De vraag is of de Centrale Raad van Beroep zich heeft gerealiseerd dat het vaker optreden van versplintering van WGA-lasten een gevolg van zijn uitspraak zou zijn.

8 Gevolgen voor de praktijk

Waar aldus de nodige kritiek mogelijk is op de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep, zijn de gevolgen van de uitspraak duidelijk.

De vraag of de overdragende eigenrisicodragers de WGA-uitkeringen moet blijven betalen omdat sprake is van de overgang van een deel van de onderneming, dan wel of de verkrijgende werkgever de WGA-uitkeringen moet gaan betalen omdat sprake is van de overgang van een hele onderneming, hangt af van de vraag of een deel van de loonsom van de overdragende eigenrisicodragers is overgegaan naar de verkrijgende werkgever dan wel of de hele loonsom is overgegaan. Dat is in afwijking van de eerdere uitspraken van de Centrale Raad van Beroep en

conform de handelwijze die de Belastingdienst en het UWV desondanks in de praktijk hanteerden.

Als de verplichting tot betaling van WGA-uitkeringen bij de overdrager blijft, is daarvan een belangrijk voordeel dat deze werkgever vaak verzekerd is voor het risico van betaling van deze uitkeringen. Niet-overheidswerkgevers behoeven een garantie van een bank of verzekeraar om eigenrisicodrager te kunnen worden (art. 40 lid 2 en 3 Wet financiering sociale verzekeringen). In de meeste gevallen krijgen zij deze garantie alleen als ze het risico van betaling van de WGA-uitkeringen verzekeren. Maar ook als de verplichting tot betaling van de WGA-uitkering op grond van de wet niet langer bij de verzekerde overdragende werkgever ligt, maar bij de niet verzekerde overnemende werkgever, blijken verzekeraars op verzoek vaak uitkering te blijven verstrekken, omdat zij dit risico zien als een verzekerd 'uitlooprisico'. Het loont dus voor de verkrijgende werkgever in voorkomend geval de moeite te achterhalen of de overdragende werkgever het risico van betaling van de WGA-uitkering verzekerd had, en zo ja, bij welke verzekeraar, om vervolgens deze verzekeraar aan te spreken tot betaling.

Voor de verkrijgende werkgever is het vooral van belang dat voorafgaand aan de overgang aandacht wordt geschonken aan de gevolgen die die overgang heeft voor Ziektewet- en WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers. Ter zake zouden door de verkrijger garanties en vrijwaringen kunnen worden bedongen. Deze zouden niet alleen dienen te zien op de verplichting om WGA-uitkeringen zelf te betalen, maar ook op de verplichting om als gevolg van deze WGA-uitkeringen een hogere gedifferentieerde premie Werkhervattingskas te betalen. De overnemer zou er daarbij alert op moeten zijn dat zich soms ook een samenloop van deze beide varianten kan voordoen. Indien de overdrager eigenrisicodrager was, kan bovendien de verplichting om WGA-uitkeringen zelf te moeten gaan betalen worden voorkomen door ervoor te zorgen dat de overdrager nog (mogelijk voor een klein deel en mogelijk tijdelijk) werkgever blijft, zodat niet de hele loonsom overgaat op de verkrijger.

Ook voor de overdragende werkgever zou aandacht voor de gevolgen die een overgang heeft voor de financiering van Ziektewet- en WGA-uitkeringen kunnen lonen. Deze werkgever zou bijvoorbeeld kunnen zorgen dat een entiteit die zich leent voor afzonderlijke overgang is ondergebracht in een afzonderlijke rechtspersoon, waardoor de overgang van die entiteit later als volledige onderneming kan plaatsvinden, met als gevolg dat de betalingsverplichting dan wel over zou gaan naar die derde.

Helaas blijkt in de praktijk dat er bij fusies en overnames maar zelden aandacht is voor de complexe gevolgen van de overgang van onderneming voor de financiering van de Ziektewet- en WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers. Gegeven het feit dat het per zieke (ex-)werknemer kan gaan om een belang van enkele honderdduizenden euro's, is dat verbazingwekkend.

Mr. J.P.M. (Joop) van Zijl

advocaat te Tilburg

januari 2020