

ANNOTATIE

Overgang van een hele onderneming of deel van een onderneming: de Centrale Raad van Beroep op drift?

J.P.M. van Zijl

*Annotatie bij Centrale Raad van Beroep, 25-08-2021,
ECLI:NL:CRVB:2021:2138 (AR-2021-1295)*

Toerekening van Ziektewet- en WGA-uitkeringen aan werkgevers

Ziektewetuitkeringen van (ex-)werknemers en de eerste tien jaar van WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers zijn geheel of grotendeels voor rekening van de (ex-)werkgever waarbij de (ex-)werknemer op de eerste dag van arbeidsongeschiktheid in dienst was. Deze toerekening aan werkgevers geschiedt op een van de twee volgende manieren:

- (1) ofwel de werkgever heeft ervoor gekozen om eigenrisicodragers te zijn en betaalt de uitkeringen zelf;
- (2) ofwel de werkgever betaalt aan de Belastingdienst over een kalenderjaar een hogere gedifferentieerde premie Werkhervattingskas indien twee jaar eerder door het UWV een Ziektewet- of WGA-uitkering aan een (ex-)werknemer is uitbetaald. Voor kleine werkgevers geldt dat overigens niet en voor middelgrote werkgevers maar gedeeltelijk.[1]

Overgang van onderneming

Het Besluit Wfsv,[2] de Ziektewet[3] en de WIA[4] kennen een samenstel van regels dat ten doel heeft om te voorkomen dat de toerekening van Ziektewet- en WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers achterwege blijft als gevolg van het feit dat de werkgever zijn onderneming aan een derde heeft overgedragen.[5] Het samenstel van regels is ingewikkeld omdat zich in de praktijk verschillende situaties kunnen voordoen, al naar gelang enerzijds de overdragende partij en anderzijds de verkrijgende partij wel of geen eigenrisicodragers is.

Sluitend zijn die regels overigens niet. In de wet ontbreekt bijvoorbeeld een bepaling die regelt wat de gevolgen zijn voor de toerekening van Ziektewetuitkeringen aan de werkgever als de overdragende partij geen eigenrisicodragers is en de verkrijgende partij wel. De lasten van de

Ziekte- en WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers van de overgedragen onderneming worden in dat geval niet gedragen door de overdragende partij (die heeft na de overgang geen loonsom meer waarover de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas kan worden berekend) en ook niet door de verkrijgende partij (omdat de wet geen regeling bevat die de verkrijgende partij belast met de betaling van de Ziekte- en WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers van de overgedragen onderneming). Ook maakt het feit dat bij de toerekening van uitkeringen aan de werkgever soms wordt uitgegaan van de uitkeringslasten van twee jaar eerder (voor werkgevers die gedifferentieerde premie Werkhervattingskas betalen) en soms van de uitkeringslasten van het lopende jaar (voor werkgevers die eigenrisicodragers zijn) dat over bepaalde jaren uitkeringslasten soms niet aan werkgevers worden toegerekend. Tegenover dat laatste staat dan wel dat in andere gevallen uitkeringslasten over een bepaald jaar dubbel aan werkgevers worden toegerekend (eerst omdat de werkgever die als eigenrisicodrager zelf heeft betaald en later, nadat het eigenrisicodragen is beëindigd, nog eens bij de berekening van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas die de werkgever dan gaat betalen, omdat die premie afhankelijk is van de uitkeringen die twee jaar eerder zijn betaald).

Overgang van hele onderneming of deel van een onderneming?

Het samenstel van regels dat moet zorgen dat Ziekte- en WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers aan een werkgever toegerekend blijven worden, wordt verder gecompliceerd doordat de wetgever er, in het geval de overdragende partij eigenrisicodrager is, voor heeft gekozen om verschil te maken tussen de situatie waarin een hele onderneming is overgedragen en de situatie waarin maar een deel van de onderneming is overgedragen. Het verschil is groot: bij de overgang van een hele onderneming moet de verkrijgende partij de Ziekte- en WGA-uitkeringen gaan betalen,[6] terwijl bij de overgang van een deel van een onderneming de overdragende partij de uitkeringen blijft betalen.[7] [8]

Wie bedenkt dat het verschil tussen wel en niet maximaal twaalf jaar betalen voor de Ziekte- en WGA-uitkeringen per werknemer kan oplopen tot enkele honderdduizenden euro's kan zich voorstellen dat overdragende partijen er belang bij hebben om te stellen dat een hele onderneming is overgegaan (zodat de verkrijgende partij de uitkeringen moet gaan betalen) en dat omgekeerd verkrijgende partijen er belang bij hebben om te stellen dat slechts een deel van een onderneming is overgegaan (zodat de verkrijgende partij de uitkeringen moet blijven betalen).[9]

Eerdere jurisprudentie van Centrale Raad van Beroep

Uitspraak van 11 november 2016

Tot voor kort had de Centrale Raad van Beroep zich driemaal uitgesproken over de vraag of in een bepaalde casus sprake was van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming.

De eerste uitspraak is van 11 november 2016.[10] Daarbij ging het om de verkoop van één van zeven door een bv geëxploiteerde vestigingen van een uitzendbureau. De bv bleef na de

verkoop de zes andere vestigingen exploiteren. Bijna twee jaar na de verkoop beslist het UWV dat de koper van de vestiging een deel (evenredig aan het deel van de loonsom dat van de bv is overgenomen) van de WGA-uitkering moet betalen van een (ex-)werknemer van de bv, die bij een andere vestiging werkzaam was dan de vestiging die door de bv verkocht was.[11] De koper van de vestiging voert met succes het verweer dat de overgenomen vestiging een zelfstandige onderneming was en dat dus een hele onderneming en niet een deel van de onderneming is overgenomen.

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

De Centrale Raad van Beroep refereert eraan dat het begrip overgang van onderneming in artikel 84 lid 3 en 4 WIA 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 heeft 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 werknemster 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 de inhoudingsplichtige was voor de loonheffing van de vestiging tot de datum van de verkoop. 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.

Uitspraak van 21 april 2017

De tweede zaak waarin de Centrale Raad van Beroep zich heeft uitgesproken over de vraag of een hele onderneming dan wel een deel daarvan was overgegaan, dateert van 21 april 2017.[12] In die zaak ging het om de overgang van supermarkten.

Een supermarktbedrijf was sinds 2008 eigenrisicodrager voor de WGA. Het bedrijf was daaraan voorafgaand al bij diverse overnames betrokken. Op 10 december 2012 stuurt het UWV een besluit waarin het UWV aangeeft welke WGA-uitkeringen door het bedrijf als eigenrisicodrager moeten worden betaald en voor welke periode en voor welk deel dat het geval is.

Het supermarktbedrijf maakt bezwaar tegen dit toerekeningsbesluit, stellend dat niet is gebleken dat de door het UWV gehanteerde overnamepercentages overeenkomen met die van de Belastingdienst. Daarop stuurt het UWV Excelbestanden toe waaruit kan worden berekend hoe het verhaal van de WGA-uitkeringen op de werkgever kan worden berekend. Bij die Excelbestanden heeft het UWV dan ook nog een bestand 'Wovon-tekeningen' (NB Wovon = Wet overgang van ondernemingen) gevoegd. Het bezwaar wordt ongegrond verklaard. Het UWV beroept zich op gegevens van de Belastingdienst waaruit blijkt dat steeds sprake is geweest van gedeeltelijke overnames door derden: de loonsom van de onderneming werd steeds met kleine percentages verlaagd. Op deze percentages heeft het UWV de toerekeningsbeslissing gebaseerd.

Het supermarktbedrijf stelt beroep in bij de rechtbank, maar de rechtbank verklaart dit beroep ongegrond. Volgens de rechtbank is het UWV terecht uitgegaan van de door de Belastingdienst vastgestelde overnamepercentages. Volgens de rechtbank heeft het supermarktbedrijf geen begin van bewijs aangedragen van de onjuistheid van de gehanteerde percentages doordat het supermarktbedrijf heeft nagelaten om de overnamegegevens op te vragen bij de Belastingdienst.

In hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep heeft het supermarktbedrijf meer succes. Het bedrijf heeft zijn stellingen dan aangevuld en heeft zich erop beroepen dat het de onder een bepaalde handelsnaam uitgeoefende supermarkten in 2006 heeft verkocht. Die supermarkten hadden een eigen management, een eigen inkoop- en marketingafdeling en maakten een zelfstandig onderdeel uit van het concern van het supermarktbedrijf. Ook was de zelfstandige exploitatie van die supermarkten na de verkoop voortgezet en hadden zij aldus hun eigen identiteit behouden. Naar de mening van het supermarktbedrijf was daarom sprake van een volledige en niet van een gedeeltelijke overgang van onderneming. Het gevolg daarvan zou zijn dat de WGA-uitkeringen van (ex-)werknemers geheel aan de koper van de onderneming zouden dienen te worden toegerekend en niet aan het supermarktbedrijf. Voor het geval deze overname echter moet worden gezien als een gedeeltelijke overgang van een onderneming stelt het supermarktbedrijf dat het toerekeningspercentage niet of onvoldoende is gemotiveerd.

Het verwijt dat het UWV zijn beslissing onvoldoende heeft gemotiveerd, treft echter bij de Centrale Raad van Beroep doel. 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 van het Burgerlijk Wetboek en de uitleg die het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU/EG) (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 HvJ EG in de zaak *Spijkers/Benedik*.^[13] 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:

- (1) de aard van de onderneming;
- (2) al dan niet overgedragen bedrijfsmiddelen;
- (3) waarde van de immateriële activa;
- (4) al dan niet overdragen van de klantenkring;
- (5) het overnemen van nagenoeg al het personeel;
- (6) de mate waarin bedrijfsactiviteiten voor en na de overdracht gelijk zijn;
- (7) 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: CRvB 19 juli 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AD5002.

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 (Awb) voortvloeiende motiveringsverplichting (art. 3:2 Awb voor wat betreft de primaire beslissing en art. 7:12 Awb voor wat betreft de beslissing op het bezwaarschrift) brengt volgens de Centrale Raad van Beroep met zich mee 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 daarbij naar eerdere uitspraak van 11 november 2016 en stelt uitdrukkelijk dat het belastende karakter van het toerekeningsbesluit met zich mee 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.

Uitspraak van 4 december 2019

In een uitspraak van 4 december 2019 had het UWV de juistheid van de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 11 november 2016 uitdrukkelijk betwist. Op basis daarvan was de Centrale Raad van Beroep gekomen tot een uitspraak, waarbij met zoveel woorden werd

afgeweken van de uitspraak van 11 november 2016.

In de uitspraak van 4 december 2019 ging het om een onderwijsinstelling (een vereniging) die eigenrisicodrager was en die een school had overgedragen aan een andere onderwijsinstelling (een stichting). Toen aan een werknemster van deze school een WGA-uitkering werd toegekend besloot het UWV dat de vereniging de WGA-uitkering als eigenrisicodrager 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 hele 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,[14] omdat bij die wet voor het eerst (per 1 januari 1998) premiedifferentiatie en eigenrisicodragen werd ingevoerd, toen nog in de WAO.

Uit de memorie van toelichting[15] 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 eigenrisicodragers geen premie heeft betaald.

Uit de nota naar aanleiding van het verslag^[16] 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 eigenrisicodragers was.

Uit een nota van wijziging^[17] bij de Aanpassingswet nieuwe en gewijzigde arbeidsongeschiktheidsregelingen (die de invoering van de Wet Pemba regelde) citeert de Centrale Raad van Beroep vervolgens 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 haar 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 eigenrisicodragers 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-)werknemers 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.

Uitspraken van 25 augustus 2021

Op 25 augustus 2021 heeft de Centrale Raad van Beroep zich in twee zaken opnieuw uitgesproken over de vraag of sprake was van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming. Dat was voor het eerst sinds de Centrale Raad van Beroep in zijn uitspraak van 4 december 2019 onderscheid was gaan maken tussen enerzijds de civielrechtelijk te beoordelen vraag of bij de overgang van een zelfstandige economische eenheid sprake is van de overgang van een onderneming en anderzijds de sociaalverzekeringsrechtelijk te beoordelen vraag of daarbij sprake is van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming.

Eerste zaak

In de eerste zaak waarover de Centrale Raad van Beroep moest oordelen^[18] was aan een (ex-)werknemer een WGA-uitkering toegekend. Vervolgens ging de werkgever failliet. Kort na het faillissement ging de bedrijfsvoering over naar een derde. Deze derde was eigenrisicodragers voor de WGA. Het UWV stelde vervolgens vast dat deze derde het risico draagt van de betaling van de WGA-uitkering (toerekeningsbesluit).

De overnemende partij verweerde zich in bezwaar met de stelling dat slechts een deel van de bedrijfsactiviteiten en een deel van het personeel naar haar was overgegaan en dat dus sprake was van de overgang van een deel van een onderneming. Dat zou tot gevolg hebben dat de WGA-uitkering niet voor rekening van de overnemende partij zou dienen te komen. Het UWV zou de WGA-uitkering maar moeten verhalen op de garantsteller van de overdragende partij, die kennelijk dus ook eigenrisicodragers was voor de WGA.

Het UWV had het bezwaar ongegrond verklaard, verwijzend naar het feit dat uit gegevens van de Belastingdienst was gebleken dat sprake was van de overgang van een volledige onderneming. Het beroep van de overnemende partij werd door de rechtbank ongegrond verklaard.

In hoger beroep voert de overnemende partij onder meer aan dat van een volledige overname geen sprake is omdat niet alle personeelsleden zijn overgenomen.

De Centrale Raad van Beroep beantwoordt de vraag of de onderneming geheel dan wel gedeeltelijk is overgegaan. De Centrale Raad van Beroep begint daarbij met een verwijzing naar het begrip overgang van onderneming zoals dat in het arbeidsrecht wordt gehanteerd.^[19] Dat betekent dat de vraag is of bij de overgang de identiteit van de onderneming behouden is gebleven. De Centrale Raad van Beroep verwijst daarbij naar de jurisprudentie van het HvJ EG, waaronder het arrest *Spijkers/Benedik*.

Vervolgens concludeert de Centrale Raad van Beroep dat sprake is geweest van de overgang van een hele onderneming op basis van het feit dat:

- (1) de bedrijfsactiviteiten van de overdragende partij en de overnemende partij in grote mate overeenkomen;
- (2) de bedrijfsactiviteiten in hetzelfde pand plaatsvinden als waarin de overdragende partij was gevestigd;
- (3) de overnemende partij de nog niet afgeronde opdrachten van de overdragende partij heeft overgenomen;
- (4) de overnemende partij de inventaris, gereedschappen en goodwill van de overdragende partij heeft overgenomen;
- (5) de overname heeft plaatsgevonden kort na het faillissement;
- (6) de overnemende partij 18 van de 29 werknemers in dienst heeft genomen.

De Centrale Raad van Beroep verwerpt daarbij het standpunt van de overnemende partij dat slechts sprake is van een volledige overname als een bedrijf in zijn geheel, inclusief alle werknemers, wordt overgenomen.

Het UWV heeft aldus volgens de Centrale Raad van Beroep terecht geoordeeld dat de overnemende partij het risico van betaling van de WGA-uitkering draagt.

Tweede zaak

In deze zaak[20] was sprake van een ingewikkelder casus. Het hoger beroep was in deze zaak ingesteld door de overdragende partij, die wilde bereiken dat niet zij maar de overnemende partij de WGA-uitkering moest betalen. Het ging om een bedrijf dat werknemers bij een opdrachtgever had gedetacheerd voor het verrichten van logistieke werkzaamheden. Toen deze werkzaamheden in omvang gingen toenemen, werden de werkzaamheden ondergebracht in een afzonderlijke bv, die tot hetzelfde concern behoorde als waartoe ook het bedrijf zelf behoorde. De werknemers die bij de opdrachtgever waren gedetacheerd werden door het bedrijf gedetacheerd bij de nieuw opgerichte bv, die de werknemers ongewijzigd bij de opdrachtgever liet werken. Materieel was de nieuw opgerichte bv de werkgever, maar de werknemers bleven op de loonlijst van het bedrijf staan, dat dus de formele werkgever bleef. Vervolgens werd bij een nieuwe aanbesteding de opdracht verloren, waarna de werknemers die bij de opdrachtgever gedetacheerd waren, in dienst kwamen van het bedrijf dat de opdracht had gewonnen. Het UWV stelde dat geen sprake was van de overgang van een onderneming omdat het bedrijf niet was overgenomen door de nieuwe opdrachtnemer en omdat het bedrijf formeel de werkgever is gebleven van de werknemer met de WGA-uitkering.

Het bedrijf had onder verwijzing naar het *Albron*-arrest van de Hoge Raad[21] in hoger beroep gesteld dat voor de overgang van een onderneming niet vereist is dat de werkgever een

arbeidsovereenkomst heeft met de werknemer die overgaat, als hij permanent bij die onderneming te werk is gesteld en hij in dienst is van een onderneming binnen het concern waartoe ook de overgedragen onderneming behoort. Verder had het bedrijf gesteld dat de logistieke activiteiten zoals die door de nieuw opgerichte bv voor de opdrachtgever werden verricht, in zijn geheel waren overgenomen door de nieuwe opdrachtnemer.

Het UWV had zich in hoger beroep verweerd door, onder verwijzing naar de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 4 december 2019, te stellen dat bij de overname van de interne logistieke activiteiten van de nieuw opgerichte bv door de nieuwe opdrachtnemer sprake was van de overname van een deel van een onderneming. Daarbij had het UWV er tevens op gewezen dat de door het bedrijf gestelde overgang van onderneming niet bij de Belastingdienst was gemeld. Het UWV achtte dat in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel.

Ook in deze zaak begint de Centrale Raad van Beroep de beantwoording van de vraag of sprake was van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming met een verwijzing naar de arbeidsrechtelijke jurisprudentie, waarbij beslissend is of bij de overgang sprake is geweest van identiteitsbehoud. Vervolgens oordeelt de Centrale Raad van Beroep dat de overgang van onderneming die heeft plaatsgevonden tussen de nieuw opgerichte bv en de nieuwe opdrachtnemer de overgang van een hele onderneming is geweest. Daartoe overweegt de Centrale Raad van Beroep dat sprake is van identiteitsbehoud omdat:

- (1) bij de nieuw opgerichte bv in het geheel geen activiteiten zijn achtergebleven;
- (2) bij de overgang sprake is geweest van een volstrekt objectiveerbaar activiteitenpakket.

Dat de werknemer met de WGA-uitkering formeel een dienstverband had met het bedrijf is volgens de Centrale Raad van Beroep gelet op het *Albron*-arrest niet van belang, omdat het bedrijf en de nieuw opgerichte bv tot hetzelfde concern behoren en de werknemer al langdurig feitelijk via de nieuwe bv bij de opdrachtgever werkzaam was.

De conclusie van de Centrale Raad van Beroep is dat het UWV ten onrechte heeft vastgesteld dat het bedrijf het risico van de betaling van de WGA-uitkering moet dragen. Het toerekeningsbesluit wordt daarom door de Centrale Raad van Beroep herroepen.

Het beroep van het UWV op het rechtszekerheidsbeginsel wordt door de Centrale Raad van Beroep afgewezen, omdat de melding bij de belastingdienst van een overgang van onderneming geen doorslaggevende rol speelt bij de uitleg van de bepaling van artikel 84 WIA (oud) betreffende de toerekening van de WGA-uitkering bij overgang van onderneming.

Commentaar

Verhouding tot de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep 4 december 2019

Wonderlijk genoeg maakt de Centrale Raad van Beroep in beide uitspraken van 25 augustus

2021 geen onderscheid tussen de vraag of sprake is van een overgang van een onderneming (civielrechtelijk te beoordelen) en de vraag of daarbij een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming is overgegaan (sociaalverzekeringsrechtelijk te beoordelen). In beide gevallen hanteert de Centrale Raad van Beroep voor de vraag of sprake is van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming uitsluitend de civielrechtelijke benadering, blijkend uit verwijzingen naar artikel 7:662 BW en de jurisprudentie van het HvJ EG. Waar de Centrale Raad van Beroep in zijn uitspraak van 4 december 2019 uitdrukkelijk ‘om was gegaan’ en terug was gekomen op zijn uitspraak van 11 november 2016 (en daarmee ook op die van 21 april 2017), zou men verwachten dat de Centrale Raad van Beroep zou hebben vastgehouden aan de lijn van de uitspraak van 4 december 2019, maar het tegendeel lijkt het geval. In mijn annotatie in AR Updates van 14 januari 2020[22] heb ik aangegeven dat de uitspraak van 4 december 2019 ondeugdelijk gemotiveerd was. Als het al zo zou zijn dat de Centrale Raad van Beroep zich iets van die kritiek zou hebben aangetrokken, dan blijkt dat in elk geval nergens uit. Enige aanwijzing dat de Centrale Raad van Beroep terugkomt op zijn uitspraak van 4 december 2019 ontbreekt. De uitspraak van 4 december 2019 kan in elk geval niet over het hoofd zijn gezien (dat zou ook wel heel sullig zijn), want in de tweede uitspraak wordt een beroep van het UWV op die uitspraak genoemd.

Aldus lijkt de Centrale Raad van Beroep in zijn jurisprudentie ten aanzien van de vraag wanneer sprake is van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming op drift te zijn. Voorlopig laat de Raad de praktijk daarmee in verwarring achter. Te hopen valt dat er voor de Raad snel een gelegenheid komt om duidelijkheid te scheppen en dat de Raad die gelegenheid dan ook te baat neemt. Zowel werkgevers als de Belastingdienst en het UWV moeten kunnen weten wanneer de rechtsgevolgen intreden die de wet verbindt aan de overgang van een hele onderneming en wanneer de rechtsgevolgen intreden die de wet verbindt aan de overgang van een deel van een onderneming.

Verwijzing naar standpunt van de Belastingdienst

Als het gaat om de vraag of sprake is geweest van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming, verwijst het UWV in de praktijk vrijwel steeds naar informatie die daarover is verkregen van de Belastingdienst. Het UWV stelt dan gehouden te zijn om deze informatie te volgen, hetgeen dus in de weg zou staan aan een zelfstandige beoordeling door het UWV van de vraag of sprake is geweest van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming. Als dit standpunt zou worden gevolgd, zou een werkgever in het geheel geen verweermogelijkheden hebben. Van een besluit van de Belastingdienst waartegen de werkgever bezwaar kan maken, is immers geen sprake.

Het is dan ook terecht dat de Centrale Raad van Beroep inhoudelijk toetst of het UWV terecht is uitgegaan van de overgang van een hele onderneming dan wel een deel van een onderneming. Als er één constante is in alle bovengenoemde uitspraken van de Centrale Raad van Beroep, dan is het wel dat het UWV zich niet achter de informatie van de Belastingdienst kan verschuilen. Daar zou het UWV zichzelf langzamerhand wel rekenschap van mogen geven.

Rechtszekerheidsbeginsel

Terecht verwerpt de Centrale Raad van Beroep in de tweede zaak het verweer van het UWV dat geen sprake kan zijn van de overgang van een onderneming omdat geen melding bij de Belastingdienst heeft plaatsgevonden. Hoewel een formulier bestaat waarmee deze overgang kan worden gemeld, is van een meldingsplicht (nog) geen sprake.[23] De Centrale Raad van Beroep beperkt zich tot de vaststelling dat een melding geen rol speelt bij de uitleg van de wettelijke bepalingen ter zake van de gevolgen van een overgang van onderneming voor de toerekening van een WGA-uitkering aan de werkgever.

Wat mij betreft had de Centrale Raad van Beroep het UWV er ook nog wel op mogen wijzen dat aan het UWV geen beroep op het rechtszekerheidsbeginsel toekomt. Het rechtszekerheidsbeginsel is een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en als zodanig dient dat beginsel ertoe om beperkingen te stellen aan het optreden van een bestuursorgaan. Een beroep door een bestuursorgaan op een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is derhalve sowieso niet aan de orde.

Ten slotte

In een brief van het UWV aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 3 juni 2021[24] vraagt het UWV aandacht voor wetsonderdelen die voor het UWV moeilijk zijn uit te voeren. De problematiek betreffende de gevolgen van de overgang van onderneming voor de toerekening van Ziektewet- en WGA-uitkeringen aan werkgevers wordt daarbij ook genoemd. Het UWV vraagt om vereenvoudiging van de wetgeving. De Minister laat een reactie daarop aan het nieuwe kabinet.[25]

Inderdaad gaat het bij de gevolgen van de overgang van onderneming voor de toerekening van Ziektewet- en WGA-uitkeringen om ingewikkelde problematiek. Buiten de problematiek die hierboven besproken is, leiden bijvoorbeeld juridische fusies tot onduidelijkheid over de gevolgen voor de toerekening van uitkeringslasten aan werkgevers. Maar zolang de wetgever werkgevers financieel wil prikkelen om re-integratie van arbeidsongeschikte werknemers te bevorderen door Ziektewet- en WGA-uitkeringen voor hun rekening te brengen, zullen er vragen zijn rondom de toerekening van die uitkeringen aan werkgevers. En zolang de wetgever het hybride systeem wil handhaven waarbij (uitvoerders en verzekeraars van) werkgevers concurreren met het UWV als het gaat om de uitvoering van de Ziektewet en de WGA, zullen die vragen complex blijven. De wetgever kan natuurlijk proberen om op onderdelen meer en duidelijkere regels te stellen. Maar eenvoudig zullen die regels nooit worden. Daarvoor is de problematiek te complex en te praktisch te divers.

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

3 oktober 2021

[1] Vanaf 2022 gaat het daarbij om werkgevers met een premieplichtige loonsom in 2020 van

niet meer dan € 882.500. Art. 2.5 lid 1 onder b respectievelijk c Besluit Wfsv (tekst vanaf 1 januari 2022) jo. art. 1 Besluit gedifferentieerde premie Werkhervattingskas 2022, besluit van UWV van 20 juli 2021, *Stcrt.* 2021, 38068.

[2] Art. 2.15 Besluit Wfsv.

[3] Art. 63 b lid 3 en 4 Ziektewet.

[4] Art. 82 lid 3, 3 en 5 WIA.

[5] Zie de toelichting op het Besluit premiedifferentiatie WAO (*Stb.* 1997, 338, p. 23), waar de gevolgen van de overgang van onderneming voor het eerst werden geregeld.

[6] Art. 63b lid 3 Ziektewet en art. 82 lid 3 WIA.

[7] Art. 63b lid 4 Ziektewet en art. 82 lid 5 WIA.

[8] Oorspronkelijk was geregeld dat de uitkeringslasten bij de overgang van een deel van de onderneming naar rato van de loonsom aan de overdrager en de verkrijger werden toegerekend. Omdat niet zou kunnen worden vastgesteld welke WAO-uitkeringen door de overdrager moesten worden betaald en welke door de verkrijger, hetgeen problemen zou opleveren bij eigenrisicodragers die de uitkeringen zelf moeten betalen, is in de Nota van wijziging van de Aanpassingswet nieuwe en gewijzigde arbeidsongeschiktheidsregeling (*Kamerstukken II* 1997/98, 25415, nr. 7, p. 38) in art. 75b lid 8 WAO de huidige regeling geïntroduceerd waarbij de uitkeringslasten ofwel geheel bij de overdrager bleven (overgang hele onderneming) ofwel geheel bij de verkrijger terechtkwamen (overgang deel van een onderneming). Opmerkelijk daarbij is dat in art. 82 lid 4 WIA dan weer een regeling is opgenomen die er bij de overgang van een deel van een onderneming door een niet-eigenrisicodrager aan een eigenrisicodrager juist weer wel in voorziet dat WGA-uitkeringen naar rato van de overgegangane loonsom gedeeltelijk door de verkrijger moeten worden betaald.

[9] Overigens moet hierbij worden vermeld dat het risico dat als eigenrisicodrager WGA-uitkeringen moeten worden betaald, doorgaans verzekerd is bij een verzekeringsmaatschappij en dat die maatschappijen in de praktijk meestal ook bereid zijn om die uitkeringen te blijven betalen nadat de verzekerde werkgever als gevolg van overgang van onderneming niet langer verplicht is om de WGA-uitkering te betalen.

[10] CRvB 11 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4322.

[11] Uit de beslissing van het UWV kan worden afgeleid dat de overdrager geen eigenrisicodrager was en de verkrijger wel. Uitsluitend in dat geval immers kan sprake zijn van de gedeeltelijke toerekening van een WGA-uitkering aan de verkrijgende partij.

[12] CRvB 21 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1608.

[13] HvJ EG 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127 (*Spijkers/Benedik*).

[14] Wet premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, *Stb.* 1997, 391.

[15] *Kamerstukken II* 1995/96, 24698, nr. 3, p. 25.

[16] *Kamerstukken II* 1996/97, 24698, nr. 9, p. 93.

[17] *Kamerstukken II* 1997/98, 25415, nr. 7, p. 38.

[18] CRvB 25 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2136.

[19] Zie art. 7:662 BW.

[20] CRvB 25 augustus 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:2138.

[21] HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780.

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

[23] Op 29 mei 2020 is een concept voor een wetsvoorstel gepubliceerd in het kader van internetconsultatie (Voorstel van wet tot wijziging van de Wet financiering sociale verzekeringen, de Ziektewet en de Wet Werk en inkomen naar arbeidsvermogen in verband met nadere regels inzake een overgang van onderneming). Bij dat wetsvoorstel zou een meldingsplicht in de wet worden ingevoerd. Het wetsvoorstel is tot heden echter niet ingediend.

[24] Knelpuntenbrief Wet en Regelgeving UWV van 3 juni 2021, Eerste Kamer 26448, nummer B, Bijlage 1.2.

[25] Stand van de uitvoering sociale zekerheid (Ministerie van SZW, 2 juli 2021, Eerste Kamer 26448, nummer B, Bijlage 1.1.