

ANNOTATIE

Is er sprake van de overgang van een gehele onderneming dan wel van een deel van de onderneming?

J.P.M. van Zijl

*Annotatie bij Centrale Raad van Beroep, 11-11-2016,
ECLI:NL:CRVB:2016:4322 (SZR-2016-1126)*

In de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 11 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4322, was de vraag aan de orde of sprake was van de overgang van een gehele onderneming dan wel van een deel van de onderneming.

Deze vraag was voor de werkgever die het hoger beroep instelde relevant omdat:

aan een (ex-)werknemer een WGA-uitkering was toegekend; een dergelijke toekenning hierna te bespreken gevolgen heeft voor een werkgever; die gevolgen ook optreden in geval van de overgang van een onderneming; het daarbij verschil maakt of sprake is van de overgang van een gehele onderneming dan wel van een deel van een onderneming.

De casus

In de casus waar de Centrale Raad van Beroep over moest beslissen was sprake van de overgang van een vestiging van een uitzendbureau. Tot 1 juli 2011 werd de vestiging samen met zes andere vestigingen geëxploiteerd door een bv (hierna: 'de overdrager'), die daarbij optrad als franchisenemer van een derde. Per 1 juli 2011 was deze vestiging op grond van een overeenkomst overgenomen door de betrokkene (hierna: de 'verkrijger'), die deze eveneens als franchisenemer voor de derde ging exploiteren. De exploitatie van de andere zes

vestigingen werd na 1 juli 2011 onverminderd door de overdrager voortgezet.

De vestigingsmanager van een andere vestiging dan de overgenomen vestiging was op 15 september 2009 ziek uitgevallen. Aan haar was door het UWV met ingang van 13 september 2011 een WGA-uitkering toegekend. Eerst in april 2013 leidt de overname van de vestiging tot een reactie van het UWV, die dan twee besluiten neemt. Op 25 april 2013 besluit het UWV dat de WGA-uitkering van de werknemer voor 14,37 procent voor rekening van de verkrijger komt (het 'toerekeningsbesluit'). Op 26 april 2013 besluit het UWV dat op de verkrijger een bedrag van € 7.414,68 wordt verhaald betreffende de WGA-uitkering over de periode van 13 september 2011 tot 1 mei 2013 (het 'verhaalsbesluit').

De verkrijger maakt bij het UWV bezwaar. Het UWV vat dat bezwaar op als uitsluitend gericht tegen het verhaalsbesluit en verklaart het bezwaar ongegrond. In beroep oordeelt de rechtbank echter dat het bezwaar ook tegen het toerekeningsbesluit gericht was. Omdat het UWV zich daar in hoger beroep niet tegen verzet, speelt dit aspect geen rol meer in de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep.

Gevolgen voor de werkgever van de WGA-uitkering van een (ex-)werknemer

De toekenning van een WGA-uitkering aan een (ex-)werknemer heeft doorgaans gevolgen voor een werkgever. Die gevolgen treden in beginsel op doordat de WGA-uitkering van de (ex-)werknemer de hoogte van de door de werkgever aan de belastingdienst te betalen premiecomponent WGA-lasten van de gedifferentieerde premie Werkhervattingskas beïnvloedt (art. 38 Wet financiering sociale verzekeringen jo. art. 2.11 Besluit Wfsv).

Deze verhoging van de gedifferentieerde premie geldt overigens niet voor kleine werkgevers (premieplichtige loonsom in 2015 beneden € 322.000) en in verminderde mate voor middelgrote werkgevers (premieplichtige loonsom in 2017 tussen € 322.000 en € 3.220.000). De werkgever kan er echter ook voor kiezen om eigenrisicodrager te worden. Dan betaalt de werkgever de WGA-uitkering zelf (art. 82 e.v. WIA), een risico dat vervolgens doorgaans verzekerd wordt. De gedifferentieerde premie hoeft dan niet te worden betaald.

Gevolgen van overgang van onderneming

Indien een onderneming of een deel daarvan wordt overgedragen, gaan in beginsel ook de gevolgen die de WGA-uitkering van de (ex-)werknemer voor de werkgever heeft (de 'WGA-lasten') mee over van de overdrager van de onderneming naar de verkrijger van de onderneming. De overgang van deze gevolgen verschilt echter al naar gelang sprake is van de overgang van een gehele onderneming respectievelijk overgang van een deel van een onderneming. In beide gevallen maakt het verder verschil of de overdrager van de

onderneming al dan niet eigenrisicodragers is en of de verkrijger van de onderneming al dan niet eigenrisicodragers is. Schematisch weergegeven zijn de gevolgen van de overgang voor de WGA-lasten als volgt:

Bij de overgang van een gehele onderneming:

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

De overdrager is geen eigenrisicodragers en de verkrijger is wel eigenrisicodragers: artikel 84 lid 3 onder a WIA (per 1 januari 2017: artikel 82 lid 3 onder a WIA): De verkrijger betaalt de WGA-uitkering.

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

De verkrijger betaalt de WGA-uitkering.

Bij de overgang van een (zelfstandig) deel van een onderneming:

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

De overdrager is geen eigenrisicodragers en de verkrijger is wel eigenrisicodragers: artikel 84 lid 4 WIA (per 1 januari 2017: artikel 82 lid 4 WIA): Het UWV verhaalt een deel van de WGA-uitkering op de verkrijger (naar evenredigheid van loonsom). Per 1 januari 2017: De verkrijger betaalt een deel van de WGA-uitkering (naar evenredigheid van loonsom).

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

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

Wat bij een vergelijking van de situatie bij overgang van een gehele onderneming met de overgang van een deel van een onderneming vooral opvalt, is dat, in het geval waarin de overdrager eigenrisicodrager is, de WGA-uitkering door de verkrijger moet worden betaald als sprake is van een hele onderneming en door de overdrager als sprake is van een deel van een onderneming. De verkrijger van de onderneming heeft er dan alle belang bij te stellen dat sprake is van de overgang van een deel van een onderneming.

Eigenrisicodrager of niet?

Uit de beslissing van het UWV kan worden afgeleid dat de overdrager geen eigenrisicodrager was en de verkrijger wel. Uitsluitend in dit geval immers kan sprake zijn van de gedeeltelijke toerekening van een WGA-uitkering. Deze constatering betekent twee dingen.

Op de eerste plaats is er geen verzekeraar die het risico van de betaling van de WGA-uitkering door de overdrager heeft verzekerd. De overdrager is immers geen eigenrisicodrager. In de praktijk kan een dergelijke verzekeraar worden aangesproken tot betaling van de WGA-uitkering, ook als de verzekerde wettelijk niet langer verplicht is die WGA-uitkering te betalen. Verzekeraars beschouwen dit risico als een verzekerd uitlooprisko. De verkrijger in deze zaak had dus niet de mogelijkheid om de verzekeraar van de overdrager aan te spreken tot betaling van de WGA-uitkering.

Op de tweede plaats betekent dit dat de verkrijger de hele WGA-uitkering moet betalen bij de overname van een gehele onderneming en een deel van de WGA-uitkering als sprake is van de overname van een gedeelte van een onderneming. Het UWV gaat in deze casus uit van de overname van een gedeelte van de onderneming (van 14,37 procent). Het UWV spreekt daarbij over een inlooprisko. De vraag is of die aanduiding wel zo zuiver is. Als inlooprisko wordt doorgaans aangemerkt het in artikel 84 lid 1 WIA genoemde geval dat een werkgever eigenrisicodrager wordt en dat hij dan ook de WGA-uitkering moet betalen van een werknemer waarvan de eerste dag van de wachttijd al is ingegaan ('die al arbeidsongeschikt is geworden') vóór de dag waarop de werkgever eigenrisicodrager werd. In dit geval gaat het echter niet om een werknemer die al arbeidsongeschikt was toen de werkgever eigenrisicodrager werd maar om een werknemer waarvan de WGA-uitkering gedeeltelijk op de werkgever wordt verhaald vanwege de gedeeltelijke overgang van een onderneming. Omdat de term 'inlooprisko' niet in de wet voorkomt, kunnen daaraan geen consequenties worden verbonden. Ook dit aspect is voor de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep daarmee niet van belang.

Beslissing van de casus

Hoewel de werkgever slechter af zou zijn bij de overgang van een gedeelte van een

onderneming (verhaal door het UWV van een deel van de WGA-uitkering) dan bij de overgang van een hele onderneming (betaling van de gehele WGA-uitkering), stelt de werkgever zich op het standpunt dat sprake is van de overname van een gehele onderneming. Hij stelt daarbij echter dat dat betekent dat de WGA-uitkering van de vestigingsmanager niet aan die onderneming zou moeten worden toegerekend zodat de WGA-uitkering in het geheel geen gevolgen zou hebben voor de verkrijger.

Zowel de Rechtbank Overijssel als de Centrale Raad van Beroep stelt de verkrijger in het gelijk.

De rechtbank stelt dat de verkrijger de vestiging in zijn geheel heeft overgenomen, omdat de verkrijger alle uitzendactiviteiten van de betreffende vestiging ging uitoefenen en alle activa van deze vestiging van de overdrager heeft overgenomen. De rechtbank acht verder van belang dat elke vestiging volledig zelfstandig en los van de andere vestigingen opereerde, omdat sprake was van eigen omzet, een eigen administratie en eigen management en omdat de vestigingen onderling geen contact hadden. De enkele omstandigheid dat blijkens de polisadministratie van het UWV het aansluitingsnummer van de verkrijger gelijk was aan het aansluitingsnummer van de overdrager, doet volgens de rechtbank aan dit oordeel niet af.

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, waarin 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 1 juli 2011. 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.

Gevolgen van de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep

De uitspraak van de Centrale Raad van Beroep zal voor de belastingdienst en het UWV als een onaangename verrassing komen. Het UWV pleegt zich bij het bepalen van de gevolgen voor de overgang van een onderneming te baseren op gegevens die de belastingdienst aanlevert en de belastingdienst baseert zich uitsluitend op administratieve gegevens betreffende aansluitingsnummers/loonheffingnummers en daaraan gekoppelde loonsommen en uitkeringsbedragen. Dit aansluitingsnummer wordt wel genoemd in artikel 3.5 lid 1 onder b Regeling SUWI als gegeven van de werkgever dat het UWV in de verzekerdenadministratie ten aanzien van elke werknemer dient vast te leggen, maar een verdere regeling van dit aansluitingsnummer/loonheffingnummer in de wet ontbreekt. Het verbinden van rechtsgevolgen aan de wijze waarop loonsommen en uitkeringsbedragen administratief aan deze nummers zijn gekoppeld lijkt daarom niet terecht. Het zou moeten gaan om de vraag aan welke *werkgevers* de loonsommen en uitkeringsbedragen toe te rekenen zijn.

In de praktijk komen situaties voor waarin de lasten als gevolg van WGA-uitkeringen door de overname van een deel van de onderneming versnipperd raken over meerdere werkgevers. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor als een werkgever een deel van een onderneming overneemt van een werkgever die geen eigenrisicodrager is, ongeacht of de verkrijger eigenrisicodrager is of niet. De situatie van de overgang van een deel van een onderneming doet zich met name vaak voor in sectoren zoals schoonmaak, bedrijfscatering en beveiliging, omdat het verlies van een opdracht voor een bepaald project en de gunning van die opdracht aan een andere ondernemer vaak geldt als de overgang van een deel van een onderneming. Ook het eindigen van een concessie en de gunning van die concessie aan een andere ondernemer kan gelden als de overgang van een deel van een onderneming. In die situaties rekenen de belastingdienst en het UWV aan de verkrijger van het deel van die onderneming een, mogelijk klein, deel van de loonsommen en WGA-uitkeringen (als de verkrijger geen eigenrisicodrager is) respectievelijk een deel van de WGA-uitkeringen (als de werkgever wel eigenrisicodrager is) toe. Verdere versnippering kan optreden als een opdracht of concessie in de loop van de tijd meer dan eens is overgegaan. Dan rekenen de belastingdienst en het UWV aan de werkgever 'een deel van een deel' van de loonsommen en WGA-uitkeringen respectievelijk de WGA-uitkeringen toe. De toerekening van WGA-uitkeringen aan werkgevers kan daardoor complex worden.

Voortaan zal de belastingdienst respectievelijk het UWV zich eerst een inhoudelijk oordeel moeten vormen over de vraag wanneer sprake is van een onderneming in plaats van af te gaan op uitsluitend de administratieve koppeling van een WGA-uitkering aan een aansluitingsnummer/loonheffingsnummer. Als sprake is van de overgang van een onderneming en niet van de overgang van een deel van een onderneming, moet de WGA-uitkering in zijn geheel de onderneming volgen en niet worden versnipperd. Administratief zal dat voor de belastingdienst en het UWV waarschijnlijk alleen uitvoerbaar zijn door dan aan die onderneming ook een zelfstandig aansluitingsnummer/loonheffingsnummer toe te kennen.

De uitspraak van de Centrale Raad van Beroep zorgt niet alleen voor extra werk voor de belastingdienst en het UWV, maar roept ook de nodige vragen op.

Als niet de administratieve vraag beslissend is aan welk aansluitingsnummer/loonheffingsnummer de WGA-uitkering is gekoppeld maar de inhoudelijke vraag welke economische eenheid de maatschappelijke bron van de arbeidsverhoudingen is, dan is niet alleen voorstelbaar dat één rechtspersoon meerdere ondernemingen voert maar ook het omgekeerde geval dat meerdere rechtspersonen samen één onderneming voeren. Stel dat de feitelijke situatie in het onderhavige geval precies omgekeerd was geweest en dat elke vestiging van het uitzendbureau geëxploiteerd werd door een afzonderlijke rechtspersoon, maar dat elke rechtspersoon c.q. vestiging niet zelfstandig opereerde, dat geen sprake was van eigen omzet maar van gezamenlijke omzet, dat geen sprake was van een eigen administratie maar van een gezamenlijke administratie en dat de vestigingen wel onderling contact zouden hebben gehad, is dan de verkoop van de activiteiten van één vestiging de overgang van een gedeelte van een onderneming, hoewel alle activa en alle werknemers van de rechtspersoon die de vestiging exploiteert worden overgenomen? Voor de verkrijger maakt dat verschil, met name als de overdrager eigenrisicodragers is. Bij de overgang van een gehele onderneming dient immers de verkrijger de WGA-uitkering te betalen terwijl de overdrager dat moet doen bij de overgang van een gedeeltelijke onderneming.

De vraag zou kunnen rijzen welke ruimte er na de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep nog is om überhaupt nog aan te nemen dat sprake is van de overgang van een deel van een onderneming. De Centrale Raad van Beroep hecht in zijn uitspraak immers groot belang aan de verwijzing in artikel 84 WIA (inmiddels art. 83 lid 3 WIA) naar de bepaling van artikel 7:662 BW. En in artikel 7:662 BW is het onderscheid tussen een gehele onderneming en een deel van een onderneming niet van belang. Het derde lid bepaalt eenvoudigweg dat een vestiging of onderdeel van een onderneming voor de toepassing van de wettelijke bepalingen inzake de overgang van een onderneming als een onderneming wordt beschouwd. Zodra het mogelijk

blijkt om een deel van een onderneming af te splitsen en dat deel over te dragen, zijn de wettelijke regels met betrekking tot de overgang van onderneming van toepassing. Betekent de verwijzing naar artikel 7:662 BW dan niet ook dat de overgang van een deel van een onderneming vanwege het derde lid van artikel 7:662 BW steeds als de overgang van een hele onderneming dient te worden beschouwd? Deze conclusie zou wel volgen uit de verwijzing naar artikel 7:662 BW maar lijkt niet voor de hand te liggen als het gaat om de toerekening van WGA-uitkeringen. Hierboven zagen wij al dat de gevolgen van de overgang van een gehele onderneming en van de overgang van een deel van een onderneming voor de toerekening van de lasten als gevolg van een WGA-uitkering wel verschillend zijn. Toepassing van artikel 7:662 lid 3 BW ten aanzien van de gevolgen voor de toerekening van WGA-uitkeringen zou betekenen dat van de overgang van een deel van een onderneming geen sprake kan zijn. Ook het feit dat de Centrale Raad van Beroep inhoudelijke criteria (eigen omzet, eigen administratie, geen onderling contact tussen de vestigingen) hanteert om te beslissen dat sprake is van de overgang van een hele onderneming, doet veronderstellen dat er ruimte is om te beslissen dat sprake is van de overgang van een deel van een onderneming als de feiten anders liggen. Zou in de casus waarover de Centrale Raad van Beroep moest beslissen juist geen sprake zijn geweest van eigen omzet en eigen administratie en juist wel van onderling contact tussen de vestigingen, dan ligt voor de hand dat de Centrale Raad van Beroep zou hebben besloten dat sprake was van de overgang van een deel van een onderneming. Het besluit dat de WGA-uitkering van de werknemer voor 14,37 procent voor rekening van de verkrijger komt, zou dan in stand zijn gebleven.

J.P.M. (Joop) van Zijl

advocaat te Tilburg