

Overgang van werknemers binnen het concern

Soms bestaat de behoefte of noodzaak om werknemers binnen het concern bij een ander onderdeel in dienst te laten treden. Dit kan bijvoorbeeld het gevolg zijn van een reorganisatie of een sollicitatie van de werknemer op een nieuwe baan binnen het concern. De werknemer krijgt als gevolg van de contractswissel een andere formele werkgever en inhoudingsplichtige. Bij een dergelijke overgang spelen belangrijke juridische en fiscaalrechtelijke aspecten, vooral als er buitenlandse werknemers bij zijn betrokken.

Instemming werknemer?

Vanuit juridisch oogpunt rijst de vraag op welke wijze de contractwissel kan plaatsvinden. Dit kan allereerst op basis van een contractovername. In dat geval gaan alle rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst van rechtswege over op de nieuwe werkgever. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor de functie van de werknemer. Dus als de werkgever beoogt om na overplaatsing de functie van de werknemer te wijzigen, is contractovername niet de aangewezen route. Voor contractovername is in beginsel ook instemming van de werknemer vereist. De kantonrechter Zaandam oordeelde hierover in een zaak waarbij een werknemer nooit had geprotesteerd tegen een contractovername, waarbij hij jarenlang loonstroken en pensioenoverzichten had ontvangen waarop de 'overnemende' werkgever vermeld stond. De rechter hechtte in deze kwestie waarde aan het feit dat de contractovername niet meer dan een formele herlocatie betrof waarbij de materiële band met het concern werd gehandhaafd. Bij het oordeel van de kantonrechter kunnen vraagtekens worden geplaatst, omdat een werkgeverswisseling verstrekende gevolgen kan hebben voor de werknemer, bijvoorbeeld ingeval van reorganisatie of faillissement.

De Hoge Raad heeft in 2009 geoordeeld over een contractwissel in concernverband. In deze zaak mocht de werkgever niet vertrouwen op de uitdrukkelijke instemming van de werknemer met een contractwissel omdat de werknemer onvoldoende was geïnformeerd over zijn rechtspositie. Het beginsel van goed werkgeverschap brengt met zich mee dat de werkgever de werknemer zorgvuldig dient te informeren over de juridische consequenties van de contractovername. Indien de werkgever hierin tekortschiet, kan de oorspronkelijke werkgever aansprakelijk zijn voor eventuele schade van de werknemer.

Overgang van onderneming

De contractwissel kan ook plaatsvinden op basis van een overgang van onderneming, ook als die overgang binnen het concern plaatsvindt. Dit kan bijvoorbeeld het

geval zijn indien bedrijfsonderdelen op basis van een activa-passivatransactie overgaan naar een ander bedrijfsonderdeel. Hiervoor is wel van belang dat het betreffende onderdeel dat overgaat haar identiteit behoudt. Ook als gevolg van overgang van onderneming gaan alle rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst op het verkrijgende bedrijfsonderdeel over.

Wat zijn de juridische gevolgen voor de werknemer die overgaat naar ander concernonderdeel? De werknemer ziet uiteraard graag dat hij zijn, bij zijn oorspronkelijke werkgever opgebouwde, arbeidsverleden (anciënniteit) kan behouden. Hierbij dient echter te worden bedacht dat anciënniteit niet een 'recht' is dat mee overgaat in geval van overgang van onderneming of contractovername. Wel kunnen er aan anciënniteit financiële rechten verbonden zijn die meetellen in het kader van de overgang naar een ander concernonderdeel, mits dit financiële recht al bestond bij de oorspronkelijke werkgever ten tijde van de overgang. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij dienstjubileumvergoeding op basis waarvan de werknemer bij zijn oorspronkelijke werkgever aanspraak kan maken bij 25 dienstjaren.

Daarnaast verbindt de wet soms financiële rechten aan anciënniteit, zoals onder meer het geval is bij de transitievergoeding en de opzegtermijn. Hoewel de wet en Europese richtlijn spreken over overgang van rechten en plichten 'die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst', is op basis van de beschermingsgedachte achter voormelde regelingen goed verdedigbaar dat ook dergelijke rechten mee overgaan na de overgang naar het andere concernonderdeel.

Nieuwe arbeidsovereenkomst

De wisseling van werkgeverschap binnen het concern kan ook plaatsvinden door beëindiging van de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst en het aangaan van een nieuw arbeidscontract met een ander concernonderdeel. Hiervoor zal in principe de instemming van de werknemer vereist zijn. Volgens de Hoge Raad is van een geruisloze overgang van de arbeidsovereenkomst niet

gauw sprake. Dit betekent ook dat er in juridische zin een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand komt met het andere concernonderdeel, en niet een zogenaamde voortgezette arbeidsovereenkomst. Het aangaan van een nieuwe arbeidsovereenkomst zorgt er niet automatisch voor dat de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst eindigt. De betrokken werkgevers doen er daarom verstandig aan om met de werknemer af te spreken (en vast te leggen) dat de arbeidsovereenkomst met de oorspronkelijke werkgever binnen het concern met wederzijds goedvinden wordt beëindigd per de datum van indiensttreding bij het andere concernonderdeel. Indien een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, dan mag de nieuwe werkgever er niet vanuit gaan dat alle verplichtingen die de werknemer opgelegd had gekregen in zijn oorspronkelijke arbeidsovereenkomst ook na de contractwissel van toepassing blijven. Dit geldt bijvoorbeeld ook voor een overeengekomen concurrentiebeding. Een dergelijk beding zal dus bij de nieuwe werkgever binnen het concern expliciet opnieuw moeten worden overeengekomen.

In de situatie waarin een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangegaan dient de nieuwe werkgever wel rekening te houden met eerdere dienstverbanden vanwege het leerstuk van opvolgend werkgeverschap. Dit heeft onder meer betrekking op de wettelijke ketenregeling voor arbeidscontracten voor bepaalde tijd, alsmede op de berekening van de transitievergoeding. Vanaf 1 juli 2015 vereist de wet voor de ketenregeling voor bepaalde tijd contracten en de berekening van de transitievergoeding niet langer dat er 'zodanige banden tussen de oude en nieuwe werkgever bestaan, dat het door de vorige werkgever verkregen inzicht in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer in redelijkheid kan worden toegerekend aan de nieuwe werkgever'. Er moet wel een aanleiding zijn om te kunnen spreken van opvolgend werkgeverschap, zoals bijvoorbeeld een organisatorische of andere wijziging die zich bij een van de werkgevers voordoet. Dit kan het geval zijn bij uitzendconstructies en detachering via een gelieerde vennootschap. Van opvolgend werkgeverschap is in beginsel geen sprake als de werknemer op eigen initiatief dezelfde arbeid bij een nieuwe werkgever binnen hetzelfde concern gaat verrichten.

(Loon)belasting

Een werkgeverswisseling betekent uitdiensttreding bij de ene en indiensttreding tot een andere inhoudingsplichtige. De nieuwe inhoudingsplichtige moet een (nieuw) personeelsdossier aanmaken en moet een werknemer opnieuw identificeren. Het kan noodzakelijk zijn om opnieuw een paspoortkopie te maken en deze in het personeelsdossier op te nemen, de oude kopie is immers mogelijk niet meer geldig op het indiensttredingsmoment bij de nieuwe inhoudingsplichtige. Indien sprake is van een SGI (samenhangende groep inhoudingsplichtigen) hoeft een werknemer niet opnieuw geïdentificeerd te worden en is geen nieuwe loonbelastingverklaring nodig. Een ander administratief voordeel van een SGI is dat voor werknemers met een 30%-regeling geen

nieuwe aanvraag ingediend hoeft te worden. Zonder SGI moet er vanwege wisseling van inhoudingsplichtige een volledige nieuwe aanvraag worden ingediend. Omdat de Belastingdienst er veel belang aan hecht dat de toepassing van de 30%-regeling arbeidsrechtelijk moet zijn overeengekomen, is het – ongeacht of sprake is van een SGI – raadzaam om een nieuw addendum overeen te komen tussen de nieuwe inhoudingsplichtige of specifiek in de overeenkomst van overgang te voorzien in de toepassing van de 30%-regeling. Vanwege de administratieve voordelen van de SGI (en geen nadelen) en ter voorkoming van risico's bij niet-naleving van enkele formele indiensttredingszaken zoals hierboven uiteengezet, kunnen inhoudingsplichtigen die te maken hebben of krijgen met overgang van werknemers zekerheidshalve een SGI aanvragen.

Verleggingsregeling

Als uit het buitenland afkomstige werknemers in Nederland werken en formeel in dienst zijn van het buitenlandse concernonderdeel, kan het Nederlandse concernonderdeel de inhoudingsplicht overnemen op grond van art. 6 lid 6 Wet LB 1964 (verleggingsregeling). Om deze regeling toe te mogen passen, moeten de formele buitenlandse werkgever en het (nieuwe) Nederlandse concernonderdeel een verzoek indienen bij de Belastingdienst die daaraan enkele nadere voorwaarden verbindt. De Belastingdienst geeft, afhankelijk van hetgeen wordt verzocht, een individuele of een algemene goedkeuring af. In het laatste geval hoeft er niet opnieuw een verzoek om toepassing van de verleggingsregeling te worden ingediend voor een nieuwe werknemer van het buitenlandse concernonderdeel naar het Nederlandse concernonderdeel. Als er dus een wijziging van inhoudingsplichtige plaatsvindt naar een nieuw onderdeel dan dient dus mogelijk (opnieuw) de verleggingsregeling te worden aangevraagd indien de Belastingdienst nog niet eerder een algemene goedkeuring voor die nieuwe inhoudingsplichtige met betrekking tot dat specifieke buitenlandse concernonderdeel heeft afgegeven. De status van SGI doet hier niet aan af, een verleggingsregeling die bij de oude inhoudingsplichtige gold, gaat niet over. Indien een goedkeuring van de verleggingsregeling ontbreekt of wanneer niet aan de nadere voorwaarden is voldaan, kan de Belastingdienst stellen dat het nieuwe Nederlandse concernonderdeel niet als inhoudingsplichtige kwalificeert en dat enkel de buitenlandse werkgever als inhoudingsplichtige kwalificeert. Ook kan zelfs gesteld worden dat de 30%-regeling niet van toepassing is, omdat het nieuwe Nederlandse concernonderdeel niet als inhoudingsplichtige kwalificeert. Extra alertheid is dus geboden voor buitenlandse werknemers die via een andere (buitenlandse) inhoudingsplichtige in de salarisadministratie zijn opgenomen.

Uitdiensttreding

Hierboven ging het vooral om aandachtspunten ten aanzien van de indiensttreding tot een nieuw concernonderdeel, maar er kunnen evenwel gevolgen zijn aan de uitdiensttreding bij het oude concernonderdeel. Denk

bijvoorbeeld aan de pseudo-eindheffing voor excessieve beloningen (75%-strafheffing, art. 32bb Wet LB) die ook voor hoogbetaalde werknemers, zijnde werknemers die meer dan € 540.000 (2017) aan fiscaal loon hebben genoten in het toepasselijke toetsjaar, ook van toepassing kan zijn bij een wisseling van werkgever. De parlementaire behandeling en de rechtspraak is over de toepasselijkheid van deze regeling bij werkgeverswisseling binnen concernverband niet eenduidig. Verstandige werkgevers vragen dan voorafgaand goedkeuring bij de fiscus dat de 75%-strafheffing niet van toepassing is hetgeen de Belastingdienst onder bepaalde voorwaarden zal kunnen accepteren. Stemmen ze er niet mee in, dan kan mogelijk alsnog overwogen worden om de werknemer niet te laten wisselen van werkgever of het wisselingsmoment te bespoedigen of vertragen, afhankelijk van hoe de berekening uitwerkt.

Overige aandachtspunten

Naast arbeids- en fiscaalrechtelijke aandachtspunten, zijn er mogelijk ook gevolgen op het gebied van sociale zekerheid, pensioen en immigratie. Voor de sociale zekerheid beperken deze zich veelal tot een noodzakelijke aanpassing c.q. mededeling ten behoeve van de A1-verklaring of Certificate of Coverage. Het kan ook zijn dat een werkgeverswisseling leidt tot een wijziging van sectorpremie door verschillen in sectorcodes tussen de oude en nieuwe inhoudingsplichtige of omdat een overgang van werknemers gepaard gaat met een wijziging van sectorpremie indien de overwegende bedrijfsactiviteiten wijzigen. Wat pensioen betreft zal het in de praktijk vaak neerkomen op een omzetting van de werknemer mits natuurlijk zowel de oude als de nieuwe inhoudingsplichtige dezelfde pensioenregeling kent. Anders moet bij een volledig gelijke voortzetting van arbeidsvoorwaarden eenzelfde pensioenregeling bij de nieuwe inhoudingsplichtige worden aangeboden zoals gold bij de oude inhoudingsplichtige.

Met betrekking tot immigratie zijn er diverse aandachtspunten, vooral ten aanzien van niet-EU/EER onderdanen waarbij de inhoudingsplichtige erkend referent is (bijvoorbeeld voor kennismigranten). Als de nieuwe inhoudingsplichtige geen erkend referent is terwijl de oude inhoudingsplichtige dat wel is, dan kan een kennismigrant niet overgezet worden (tenzij dit kan op grond van de ICT-richtlijn die geen erkend referentschap vereist, bijvoorbeeld voor naar Nederland uitgezonden werknemers in dienst van het buitenland). Uitgaande van de kennismigrantenregeling, moet de nieuwe inhoudingsplichtige eerst erkend referent worden. Een werkgeverswisseling brengt mee dat sprake is van een uitdiensttreding bij de oude inhoudingsplichtige en van een indiensttreding bij de nieuwe inhoudingsplichtige die beiden binnen 28 dagen bij de IND moeten worden gemeld. Verder is nog van belang om te voorkomen dat een mogelijk verblijfsgeat ontstaat door de indiensttredingsdatum direct aan te laten sluiten op de uitdiensttreding. Dit is vooral belangrijk indien een werknemer in de toekomst in aanmerking wil komen voor een permanente verblijfsvergunning. Tot slot kan een overgang



ertoe leiden dat de werknemer een hoger salaris geboden moet worden vanwege in de tussentijd opgetreden indexering of cruciale leeftijdswijziging (30 jaar of ouder geworden). Er dient immers een nieuwe aanvraag te worden ingediend (kennismigrantenregeling of ICT-richtlijn) en de relevante toetsdatum voor de vraag welk salariscriterium geldt, is de datum van indiening van de aanvraag.

Conclusie

Een werkgeverswisseling binnen concernverband kent juridisch gezien diverse, van de toepasselijke situatie afhankelijke aandachtspunten. Het kan voor de werkgever arbeidsrechtelijk leiden tot ongewenste effecten, zoals het (eerder) omslaan van de arbeidsovereenkomst naar onbepaalde tijd als gevolg van opvolgend werkgeverschap, en schadeplichtigheid in geval van het onzorgvuldig informeren van personeel. Fiscaal kan het ook veel voeten in de aarde hebben. Het is raadzaam om een SGI aan te vragen vanwege de administratieve voordelen die het biedt, maar tegelijkertijd moet men er terdege van bewust zijn dat de SGI niet alle gevaren oplost ten aanzien van uit het buitenland afkomstige werknemers. Daarbuiten zijn er afzonderlijke aandachtspunten, zij het beperkt, voor sociale zekerheid en pensioen. Voor immigratie kan een werkgeverswisseling diverse beperkingen of gevolgen hebben voor inhoudingsplichtigen met werknemers buiten de EU/EER. Werkgevers doen er dan ook goed aan om niet te licht te denken over het overzetten van werknemers naar een nieuwe Nederlands concernonderdeel, temeer als het uit het buitenland afkomstige werknemers betreft. ■

mr. D. Reins, TTT-Group, www.ttt-group.com, **mr. M.A. de Vries**, Pallas Advocaten, www.pallasadvocaten.nl

Wet: 7:610, 7:662, 7:668a, 7:673 BW; art. 6 lid 6, 27e, 32bb Wet LB 1964

Jurisprudentie: HR 5-04-2002, C00/334HR (ECLI: NL:HR:2002:AD8186); HR 26-07-2009, 07/10953 (ECLI:NL:HR:2009:BH4043); Ktr. Zaandam 12-05-2011, 493038 / CV EXPL 10-9882 (ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ4250)

De bronnen bij dit artikel zijn te raadplegen via www.loonzaken.nl