

Grootmoeder; wat doet u nu? Over toerekening en medeondernemerschap

ArbeidsRecht 2020/34

'And what you do not know is the only thing you know'.² Dit citaat van T.S. Eliot is uitstekend van toepassing op medezeggenschap in concernverband. Wat wél met zekerheid kan worden gezegd, is dat de WOR niet goed aansluit op de vennootschapsrechtelijke werkelijkheid. De WOR gaat immers uit van een één op één benadering: de ondernemer neemt een besluit en als dat voldoet aan de in de WOR opgenomen criteria moet door hem advies worden gevraagd aan zijn ondernemingsraad. De praktijk laat echter zien dat in concernverband het juist vaak zo is dat de besluitvorming op diverse niveaus hoger plaatsvindt en de WOR-ondernemer zich feitelijk daarnaar dient te schikken. De medezeggenschap heeft hiermee eigenlijk het nakijken, maar de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (OK) heeft daar iets op gevonden: de leerstukken van toerekening en medeondernemerschap.

Beide leerstukken zijn sterk casuïstisch van aard en in dat kader is het frappant dat een wettelijke basis met enig houvast nog altijd ontbreekt: het is het schoolvoorbeeld van *ius in causa positum*. Er is in de parlementaire geschiedenis slechts één opmerking over medezeggenschap in concernverband te vinden die erop neerkomt dat het belang van de uitoefening van het adviesrecht vóór het belang van de concerntop bij het zonder inspraak van de werknemers kunnen doorvoeren van uniform concernbeleid ging. Verder zwijgt de wetgever. Dit staat in schril contrast met de voortdurende zoektocht van de praktijk om op een pragmatische en dogmatisch juiste wijze uitleg te geven aan beide leerstukken. Dit klemt te meer nu ook de OK en de Hoge Raad beide begrippen naast elkaar gebruiken. In deze bijdrage doe ik een duit in het zakje om de kluwen te ontwarren met behulp van een praktische checklist.

1. Toerekening

Het leerstuk van toerekening was er als eerste en verscheen ten tonele in de beschikking Howson Algraphy.³ In deze zaak stelde de OR dat de dochtermaatschappij waarvoor hij was ingesteld ten onrechte had nagelaten advies te vragen over een

bedrijfsfusie waartoe was besloten door de Engelse moedermaatschappij. Volgens de OR was hierdoor geen besluit van de dochtervennootschap meer nodig. De OK oordeelde echter dat een besluit tot bedrijfsfusie een feitelijk besluit van het bestuur van de dochtervennootschap is. Het besluit van de moedermaatschappij betrof slechts een aanwijzing en voor toerekening was dus ook geen plaats omdat de dochtermaatschappij nog geen besluit had genomen. De gedachte van de OK was hier nog dat het leerstuk van de toerekening een (te) grote inbreuk vormt op de vennootschapsrechtelijke autonomie van de dochtermaatschappij en dat dit leerstuk daarom terughoudend moet worden toegepast. In latere rechtspraak lijkt de OK enigszins op dit standpunt te zijn teruggekomen.

Inmiddels lijken er voor toerekening twee voorwaarden te gelden:

- (i) het door de (groot)moeder genomen besluit moet rechtstreeks ingrijpen in de onderneming waarvoor de OR is ingesteld; en
- (ii) de WOR-bestuurder is op een bepaalde manier betrokken bij deze door de (groot)moeder geïnitieerde besluitvorming.

1.1 Ad (i) Aard en strekking van het besluit

Het voorgenomen besluit moet direct doorwerken in de onderneming waarvoor de OR is ingesteld en zou adviesplichtig zijn als de WOR-bestuurder het besluit zelf zou hebben genomen.

Het gaat er zowel bij toerekening als bij medeondernemerschap om of het besluit van relevant belang is voor de onderneming waarvoor de OR is ingesteld. Dat zal bij een reorganisatiebesluit van de moedermaatschappij dat direct sociale gevolgen heeft voor de dochtermaatschappij, zoals in VNU Publitec,⁴ niet moeilijk voor te stellen zijn. Bij een aandelenoverdracht kan dit echter lastiger te beoordelen zijn omdat er door de aandelenoverdracht op hoger niveau in principe niets hoeft te veranderen bij de onderneming waarvoor de OR is ingesteld. Een en ander krijgt in dat geval handen en voeten met de *substance*-leer waarbij moet worden gekeken naar de positie van de onderneming waarvoor de OR is ingesteld ten opzichte van het grotere geheel.⁵ Hierbij zijn de activiteiten van alle vennootschappen in het concern in het bijzonder hoe de activiteiten van de onderneming waar de OR is ingesteld zich verhouden tot de activiteiten van de eerdergenoemde vennootschappen van belang. Hoe meer vennootschappen er tussen de onderneming waarvoor de

1 Mevr. mr. C.L.C. Reynaers, advocaat arbeidsrecht bij Houthoff.

2 Vrij naar K.W.M. Bodewes die dit citaat in 2010 ook gebruikte in een reactie op een artikel van R.A.A. Duk over het verschil tussen de ontslagformules bij kennelijk onredelijk ontslag en ontbinding van de arbeidsovereenkomst naar oud recht: K.W.M. Bodewes, 'And what you do not know is the only thing you know', *ArbeidsRecht* 2010/37.

3 HR 11 juli 1984, NJ 1985/212, m.nt. Maeijer (*Howson Algraphy I*).

4 Hof Amsterdam (OK) 15 april 2004, JOR 2004/165 (*VNU Publitec*).

5 L.G. Verburg, *Het territorium van de (Nederlandse) ondernemingsraad in het internationale bedrijfsleven*, Monografieën Sociaal Recht, nr. 40, Deventer Kluwer, 2007, p. 91.

OR is ingesteld en de (groot)moeder zitten, hoe minder snel het besluit rechtstreeks zal ingrijpen. Is hiervan geen sprake, dan kan er geen sprake kan zijn van toerekening (en overigens ook niet van medeondernemerschap, hierover later meer).⁶

1.2 Ad (ii): betrokkenheid WOR-bestuurder

De WOR-bestuurder moet op een bepaalde wijze zijn betrokken bij de besluitvorming op hoger niveau wil het besluit kunnen worden toegerekend. Of dit zo is, blijkt uit de omstandigheden van het geval. Zo rekende de OK in Shell Research een besluit van de aandeelhouder Shell Research tot budgetreductie bij Shell International Research Maatschappij toe aan laatstgenoemde maatschappij hoofdzakelijk op basis van het feit dat een bestuurder van Shell Research als commissaris grote invloed had op de besluitvorming en ook bij het besluit was betrokken via een personele unie.⁷ Dat medewerking van de WOR-bestuurder is vereist, blijkt ook uit Brinks waarin een aandelenoverdracht door de dochtervennootschap werd geïnitieerd (door middel van een management buy-out). Toen de OR vervolgens de eigenaar van de aandelen (een Duitse subholding) aansprak, werd hij niet ontvankelijk verklaard. In deze zaak is het echter overigens maar de vraag of toerekening enig soelaas had kunnen bieden omdat de Duitse subholding de aandelen al had overgedragen. Dit had eigenlijk alleen gekund via medeondernemerschap, mits aan de hierna te bespreken vereisten zou zijn voldaan. In die zin is PUEM,⁸ over een besluit van de provincie Utrecht tot aandelenoverdracht in PUEM, waarbij de provincie 99,6% van de aandelen in PUEM bezat en ook invloed had op de samenstelling van de organen van PUEM, een vreemde eend in de bijt nu ook daar toerekening werd aangenomen terwijl het bestuur van PUEM niet bij het besluit was betrokken. Zaal heeft in dat verband terecht opgemerkt dat PUEM eigenlijk feitelijk gezien het eerste voorbeeld van medeondernemerschap is.⁹

2. Medeondernemerschap

De techniek van toerekening bereikt echter niet dat de OR ook een rechtstreeks adviesrecht heeft ten aanzien van de derde, deze in rechte kan aanspreken en dus ook een gebod of verbod tegen deze derde kan verkrijgen. Toerekening zorgt er immers alleen voor dat het adviesrecht zich uitstrekt tot de medewerking die de WOR-bestuurder verleent aan het adviesplichtige besluit, het daadwerkelijke besluit kan hiermee niet worden aangepakt.¹⁰ Hierop bedacht de Hoge Raad¹¹ het leerstuk van medeondernemerschap waarvan inmiddels sprake is indien:

- (i) de aard en strekking van het besluit rechtstreeks ingrijpen in de onderneming waarvoor de OR is ingesteld; en
- (ii) de derde die het besluit neemt een zodanige stelselmatische zeggenschap uitoefent dat deze derde wordt geacht de onderneming mede in stand te houden.

2.1 Ad (i) Aard en strekking van het besluit

De voorwaarde dat het besluit naar aard en strekking rechtstreeks moet ingrijpen in de onderneming waarvoor de OR is ingesteld is een voorwaarde die eveneens relevant is voor het leerstuk van toerekening. Hier overlappen beide technieken elkaar dus en ik verwijs dan ook naar de elementen die ik eerder bij toerekening heb genoemd. Ik voeg hieraan toe dat de substance-leer evenwel enigszins lijkt te zijn afgezwakt door de OK in SHL.¹² Het ging in die zaak om een besluit tot aandelenoverdracht van de aandelen in de grootmoeder SHL Cyprus Holding Ltd. De OK oordeelde dat dit gelet op de onderlinge verhoudingen in het concern ook een besluit was tot overdracht van de aandelen in de Nederlandse kleindochter SHL Engineering en dat de grootmoeder over het inschakelen van adviseurs bij de verkoop advies had moeten vragen aan de OR. De OK keek hierbij echter niet naar de activiteiten van de overige vennootschappen in het concern maar enkel naar de vraag of de onderneming waarvoor de OR is ingesteld een belangrijke asset is. Het lijkt mij juist dat dit gezichtspunt ook wordt meegenomen bij de beoordeling van de vraag of een besluit relevant is voor de onderneming waarvoor de OR is ingesteld, maar het lijkt mij onjuist indien dit het enige is dat van belang zou zijn: de *substance* gezichtspunten dienen immers holistisch tegen elkaar te worden afgewogen.

2.2 Ad (ii) Stelselmatische invloed

Wordt voldaan aan voorwaarde (i), dan dient nog de drempel van voorwaarde (ii) stelselmatische invloed te worden genomen. Deze voorwaarde is voor het eerst aan de orde gekomen in Heuga en vervolgens aangescherpt in Grenscorrecties Den Haag.¹³ In Heuga ging het om een besluit van de moedervernootschap, Interface Heuga, tot afschaffing van het vrijwillige structuurregime binnen het concern. Hierdoor had de OR bij de dochtervennootschap geen bevoegdheden meer bij de samenstelling van de raad van commissarissen. De Hoge Raad betrok bij zijn oordeel dat Interface Heuga "grote zeggenschap" uitoefende over de dochtermaatschappij. In Grenscorrecties Den Haag werkt de Hoge Raad deze voorwaarde vervolgens nader uit tot het innemen van een positie waardoor sprake is van stelselmatische invloed. Van belang is dat de Hoge Raad spreekt over het innemen van een positie waardoor stelselmatische invloed wordt verschaft en niet over het kunnen innemen van een dergelijke positie. Er bestaat in de literatuur discussie of deze overweging zo moet worden uitgelegd dat de mogelijkheid om stelselmatische invloed uit te oefenen leidend

6 Hof Amsterdam (OK) 19 februari 2008, JAR 2008/106 (Packard Bell) en Hof Amsterdam (OK) 17 januari 2008, ARO 2008/36 (Honeywell).
 7 Hof Amsterdam (OK) 2 april 1987, NJ 1988/382 (Shell Research).
 8 Hof Amsterdam (OK) 27 juli 1989, NJ 1990/734 (PUEM).
 9 I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Deventer, Kluwer: 2014, p. 160.
 10 Zie ook: I. Zaal, 'De Rol van de OR bij (aandelen)overnames: lessons learned uit de recente jurisprudentie', *Onderneming en Financiering* 2018 (26) 2.
 11 HR 26 januari 1994, NJ 1994/545 (Heuga) en HR 26 januari 2000, JAR 2000/30 (Grenscorrecties Den Haag).

12 Hof Amsterdam (OK), ECLI:NL:GHAMS:2016:4156 (SHL).
 13 HR 26 januari 1994, NJ 1994/545 (Heuga) en HR 26 januari 2000, JAR 2000/30 (Grenscorrecties Den Haag).

is. Ingelse¹⁴ meent van wel, onder meer Van Mierlo¹⁵ meent van niet.

Het pleit lijkt te zijn beslecht met het hiervoor genoemde SHL¹⁶ waarin de OK bespreekt of de aandeelhouders de *mogelijkheid* hebben gehad om stelselmatige invloed uit te kunnen oefenen. De vraag is echter of er niet te veel taalkundige betekenis wordt toegekend aan de wijze van opschrijven afgezet tegen de feiten in SHL. Uit de feitelijke motivering volgt immers, althans dit is door de ondernemingen onvoldoende weersproken, dat de invloed ook daadwerkelijk stelselmatig werd uitgeoefend en dus niet op de invulling van die norm als theoretische mogelijkheid. De OK had er wellicht goed aan gedaan zijn oordeel anders te verwoorden als inderdaad niet is bedoeld om een *theoretische mogelijkheid* als voldoende te achten. Heeft de OK desalniettemin wel bedoeld om een theoretische mogelijkheid als voldoende te zien voor het uitoefenen van stelselmatige invloed dan kan dit tot gevolg hebben dat in beginsel elke (groot)moeder als medeondernemer kan worden aangemerkt nu de mogelijkheid tot het uitoefenen van invloed in concernverhoudingen vaak een gegeven zal zijn.¹⁷

3. Verschil toerekening en medeondernemerschap

Het kenmerkende verschil tussen beide leerstukken heeft met name een procedureel effect, daar lijkt iedereen het in de literatuur wel over eens: in geval aan de criteria van medeondernemerschap is voldaan, dan kan de medeondernemer door de OR op grond van artikel 26 WOR in rechte worden betrokken. Zo bezien valt er bij medeondernemerschap voor de OR strategisch meer te halen. Ik ben het dan ook niet met Verburg eens die de mening is toegedaan dat medeondernemerschap voor de praktijk van geringer belang is dan toerekening.¹⁸

Het materiële verschil is niet eenduidig aan te geven omdat tussen beide leerstukken enige mate van overlap bestaat. Zo geldt voor beide technieken het vereiste dat het besluit van een derde rechtstreeks dient door te werken in de onderneming waarvoor de OR is ingesteld. Het zijn daarbij beide abstracte technieken die desalniettemin tot hetzelfde gevolg leiden: een adviesrecht voor de OR wanneer dit niet direct voortvloeit uit de wijze van besluitvorming (omdat dit besluit niet direct door de WOR-bestuurder wordt genomen).

Je zou kunnen zeggen dat toerekening alleen aan de orde kan zijn bij feitelijke handelingen van de (groot)moeder die hebben te gelden als rechtshandelingen van de WOR-bestuurder, die eigenlijk feitelijk gezien juist nog niet heeft gehandeld maar

wel betrokken is bij die feitelijke handelingen op hoger niveau die gevolgen hebben voor de onderneming waarvoor de OR is ingesteld.¹⁹ Bij medeondernemerschap doet dit er niet toe; het gaat hier om het besluit van de (groot)moeder die eigenlijk de onderneming waarvoor de OR is ingesteld in stand houdt.

3.1 *Species van vereenzelviging?*

Naast toerekening en medeondernemerschap bestaat ook de rechtsfiguur vereenzelviging, in de rechtspraak ook wel omschreven als een methode van rechtsvinding waarbij wordt voorbijgegaan aan het identiteitsverschil tussen twee rechtssubjecten.²⁰ De algemene opvatting is dat er voor vereenzelviging geen plaats bestaat naast de technieken van toerekening en medeondernemerschap. De technieken hebben echter vrijwel hetzelfde effect. Er wordt voorbijgegaan aan de juridische vormgeving en in plaats daarvan geldt op basis van een herkwalificerende interpretatie een andersluidende economische werkelijkheid: het resultaat is een buitenwettelijk recht.²¹ Zaal merkt op dat hoewel dezelfde vereisten gelden, het leerstuk van vereenzelviging veel verder gaat omdat het identiteitsverschil wordt weggedacht.²² Volgens mij is dat echter nu juist precies wat toerekening en medeondernemerschap ook tot gevolg hebben. Vereenzelviging wordt echter in de rechtspraak zeer terughoudend toegepast.²³ Dat kan van de toepassing van toerekening en medeondernemerschap door de OK niet worden gezegd. Ik vind dat moeilijk te rijmen nu het effect dus vergelijkbaar is. Het is mij echter niet duidelijk waarom eenzelfde terughoudendheid niet betracht zou moeten worden als het op toerekening en medeondernemerschap aankomt. Is het dan zo dat voor de OK het doel de middelen heiligt om de OR tanden te geven? Dat lijkt inderdaad het geval: waar in Howson Algraphy nog werd uitgegaan van enige relatieve autonomie, lijkt daar met SHL niets meer van over. De vraag is of dat terecht is.

4. Praktische checklist

Nu het gaat om abstracte begrippen waarbij de casuïstiek leidend is en waarbij de OK de doelredenering niet lijkt te schuwen, is het voor de praktijk nuttig om bij toepassing enige handvatten te hebben om te kunnen bepalen of de OR om advies moet worden gevraagd en tegen wie de OR eventueel kan ageren. In een stroomschema ziet dit er als volgt uit:

¹⁴ P. Ingelse, 'Medeondernemen en concernenquete', *AOM* 2012, p. 27-33.

¹⁵ J.J.M. van Mierlo, *Medezeggenschap en de spanning tussen de WOR en ondernemingsrecht* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 117), Deventer: Kluwer 2013, p. 200-202.

¹⁶ Hof Amsterdam (OK) 19 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4156 (SHL).

¹⁷ Hof Amsterdam (OK) 8 december 2018, *JOR* 2018/122, m.nt. L.G. Verburg.

¹⁸ L.G. Verburg, 'Toerekening van besluitvorming en medeondernemerschap', *ArbeidsRecht* 2014/9.

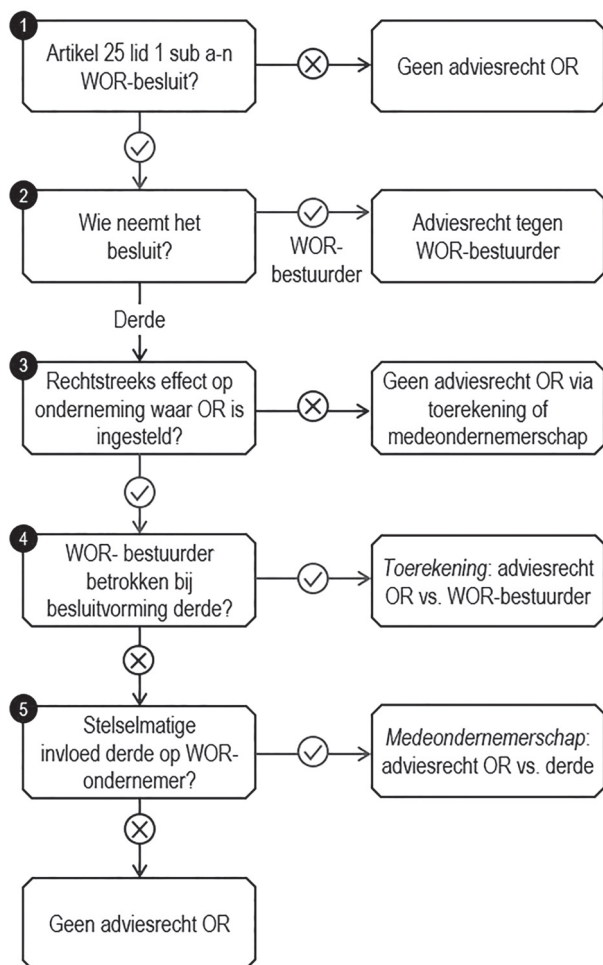
¹⁹ Zie in gelijke zin: J.H.M. Willems, 'Toerekening, medeondernemerschap en vereenzelviging: een enkele kanttekening', *ArbeidsRecht* 2015/13.

²⁰ Rb. Rotterdam 2 november 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2307.

²¹ H. Koster, 'Vereenzelviging?', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2018/9.

²² I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Deventer, Kluwer: 2014, p. 163.

²³ De Hoge Raad heeft vereenzelviging zelfs slechts één keer aangenomen: HR 13 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7480 (*Rainbow*).



Stap 1: Is sprake van een naar zijn aard adviesplichtig besluit (in de zin van artikel 25 lid 1 sub a-n WOR)? Is dit het geval dan dient het stroomschema te worden gevolgd. Indien dit niet het geval is, dan is er vanzelfsprekend ook geen adviesrecht.

Stap 2: Na te hebben vastgesteld dat sprake is van een adviesplichtig besluit in de zin van artikel 25 lid 1 sub a-n WOR moet worden bepaald wie het besluit neemt. Is dat de WOR-bestuurder of een derde? Wanneer dit de WOR-bestuurder is, dan heeft de OR een adviesrecht jegens de eigen WOR-bestuurder. Het kan echter zo zijn dat er ook een besluit van een derde is.

Stap 3: Neemt de WOR-bestuurder niet het besluit maar een derde op hoger niveau, dan moet worden bepaald of dit besluit rechtstreeks effect heeft op de onderneming waarvoor de OR is ingesteld. Om dit te kunnen beoordelen moet de rechtstreekse binding tussen het besluit en de onderneming waarvoor de OR is ingesteld voldoende aanwezig zijn. De volgende gezichtspunten moeten holistisch worden afgewogen waarbij bij een aandelenoverdracht de *substance*-leer een rol dient te spelen:

- a. Is het besluit bepalend voor de toekomst en voortbestaan van de onderneming met andere woorden? Wordt de waarde van de onderneming door het besluit getroffen?

- b. Hoe is de formele vennootschapsstructuur ingericht en hoe komt de feitelijke besluitvorming in het licht van deze structuur tot stand?
- c. Hoe zien de activiteiten eruit van de andere vennootschappen van het concern en hoe verhouden deze activiteiten zich tot de activiteiten van de onderneming waarvoor de OR is ingesteld?
- d. In het geval van een aandelenoverdracht: wat is de rol van de onderneming waarvoor de OR is ingesteld? Gaat het om een belangrijke asset van het concern en in de transactie?

Stap 4: Vloeit uit deze kenmerken voort dat sprake is van een rechtstreeks effect dan moet worden bepaald of de WOR-bestuurder betrokken is bij de besluitvorming door de derde op hoger niveau. Hierbij kunnen in ieder geval de volgende vragen worden gesteld:

- a. Neemt de onderneming waarvoor de OR is ingesteld het initiatief?
- b. Zijn leden van het bestuur (al dan niet via een personele unie) betrokken bij de besluitvorming op hoger niveau?

Is de WOR-bestuurder betrokken, dan is sprake van toerekening en heeft de OR in ieder geval op basis daarvan een adviesrecht jegens de eigen WOR-bestuurder. Is de WOR-bestuurder niet betrokken, dan kan nog niet worden geconcludeerd dat de OR geen adviesrecht toekomt. Er zal dan eerst moeten worden bepaald of geen sprake is van medeondernemerschap, zie hierna bij stap 5.

Stap 5: Voor medeondernemerschap moet nog de bijkomende stap worden gezet dat de derde stelselmatige invloed uitoefent. Indien sprake is van een mogelijkheid tot het uitoefenen van stelselmatige invloed, dan zal mijns inziens alsnog uit de feiten moeten blijken dat dit daadwerkelijk het geval is. Het gaat er in de kern om of de derde verantwoordelijk is voor het beleid van de onderneming waarvoor de OR is ingesteld én de strategische beslissingen neemt.²⁴ Om dit te bepalen is een holistische afweging van in ieder geval de volgende elementen noodzakelijk:

- a. Benoemings- en ontslagbevoegdheid door de (groot)moedervernootschap die het besluit neemt.
- b. Een personele unie tussen het bestuur van de onderneming waarvoor de OR is ingesteld en de (groot)moeder die het besluit neemt.
- c. Aard en activiteiten van de tussenholdings in het concern (overlap met stap 3 a t/m d).
- d. Statutair instructierecht of goedkeuringsrecht.
- e. Vertegenwoordigingsbevoegdheid bestuur en reikwijdte mandaat bestuur: oftewel is er voor de bestuurders van de onderneming waarvoor de OR is ingesteld

²⁴ I. Zaal 'De rol van de OR bij (aandelen)overnames: lessons learned uit de recente jurisprudentie', *Onderneming en Financiering* 2018 (26) 2.

nog enige ruimte om belangrijke strategische beslissingen te nemen?²⁵

Kan op basis van bovenstaande criteria worden geoordeeld dat de derde inderdaad stelselmatige invloed uitoefent, dan is sprake van een adviesrecht van de OR (mede) jegens de derde. Is dit niet het geval, dan komt de OR geen adviesrecht jegens de derde toe.

5. Conclusie: hoe nu verder?

Ik ben me ervan bewust dat deze praktische checklist geen hard and fast rules geeft, maar de conclusie is dat de abstractheid van de begrippen toerekening en medeondernemerschap dat op dit moment ook niet mogelijk maakt. De vraag is of dit door codificatie wel zou kunnen worden gerealiseerd. Voordeel is dat codificatie enige rechtszekerheid zou kunnen scheppen, waarbij het vestigingsklimaat mijns inziens geen valide tegenargument kan zijn. De technieken worden immers nu ook zonder wettelijke basis gehanteerd en daar heeft de buitenlandse (groot)moeder zich toch maar gewoon naar te schikken. Het bezwaar zit hem wat mij betreft veel meer in de vraag wat er dan gecodificeerd moet worden zonder dat een multi-interpretabele open norm wordt vastgelegd.

Is het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad dan de oplossing? Er is immers sprake van een rechtsvraag die in een aanzienlijk aantal zaken aan de orde is. Complicerende factor is evenwel de casuïstische aard in het kader waarvan die rechtsvragen worden gesteld: het is de vraag of wordt voldaan aan het vereiste dat het moet gaan om beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, waarin dezelfde vraag zich voordoet. Wat in elk geval wél aan de Hoge Raad zou kunnen worden voorgelegd, is de vraag of voor het aannemen van medeondernemerschap voldoende is dat sprake is van de (theoretische) mogelijkheid tot het uitoefenen van stelselmatige invloed dan wel of sprake moet zijn van het daadwerkelijk uitoefenen van die stelselmatige invloed. De praktijk zou met het antwoord op deze vraag in ieder geval enige mate van houvast hebben.

De knoop zal in het belang van de rechtszekerheid toch een keer moeten worden doorgehakt. Tot die tijd is het laveren tussen onzekerheden en gezichtspunten.

25 Hof Amsterdam (OK) 19 oktober 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:4156 (SHL).