

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 43, 2014

Nummer 43, 2014

Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. L. Kirkpatrick, mr. M. Assenberg van Eijssen, mr. R. van Hemert, mr. P.H. de Jongh, mr. C.P. Kuijer, mr. drs. T.J. Post, I.J. Schipper, mr. S.A. Slootweg, mr. V. Twilt, mr. R.R.T. van de Ven en mr. S. Wiersma-Helal.

INHOUDSOPGAVE

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:8066 21-10-2014

Tandartsenpraktijk/werkneemster

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:8068 21-10-2014

Bouwonderneming X/zelfstandig betonstort Y

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2014:3035 30-09-2014

V.O.F. Vitesse Agrarisch Loonbedrijf/Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:6672 26-08-2014

Allianz Nederland Schadeverzekering en Ridder Metalen Dak- en Wandsystemen/A BV

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:1888 20-05-2014

Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (SNCU)/werkgevers

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:1757 13-05-2014

werkneemster/PNO

Rechtbank

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:8636 22-10-2014

Eye Media Solutions Ltd./A. c.s.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:4859 07-10-2014

X/Enexis B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:6895 03-10-2014

werknemer/Nyenrode New Business School B.V. c.s.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2014:8625 22-09-2014

Stichting Max Kinderopvang c.s./werkneemster

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:5237 19-09-2014

X

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2014:4491 16-09-2014

Connexxion Openbaar Vervoer N.V./werknemer

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:4438 10-09-2014

werknemer/werkgeefster

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Oost-Brabant 15-09-2014

werknemer/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Overgang van onderneming en faillissement – van schot in de roos tot koude douche

prof. mr. dr. S.S.M. Peters

ANNOTATIE

Overgang van onderneming en faillissement – van schot in de roos tot koude douche

prof. mr. dr. S.S.M. Peters

1. Inleiding

Jan de Roos is gespecialiseerd in exceptioneel transport, hoogwerkers en mobiele kranen. Een ander specialisme van deze ondernemer is, hoewel zijn website dát niet vermeldt, het laten failleren en doorstarten van BV's. De onderhavige zaak, die eind augustus door de Kantonrechter Leeuwarden werd beslist, betreft niet zo maar een faillissement annex doorstart. De onderhavige faillissementen en doorstarts van drie Jan de Roos BV's zijn de zoveelste in een lange reeks (maart 2011, februari 2013, mei 2014). Het werd Jan de Roos deze keer echter moeilijk gemaakt. De curator wenste niet mee te werken aan de doorstart van de drie BV's en weigerde het personeel te ontslaan. Vervolgens weigerde het UWV de loonbetalingsverplichtingen van de gefailleerde vennootschappen over te nemen, omdat sprake zou zijn van overgang van onderneming. Ten slotte bleek het betoog van werknemers dat zij in casu, ondanks de faillissementen, bescherming ontlenen aan de regels inzake overgang van onderneming, een schot in de roos. De kantonrechter veroordeelde de op 27 mei 2014 opgerichte vennootschappen, de doorstarters alias verkrijgers, tot betaling van het achterstallige loon.

Nog geen maand later eindigt de zaak alsnog – of vooralsnog? – in een koude douche voor de werknemers. De doorgestarte BV's zijn op 16 september jongstleden alweer failliet verklaard. De uitspraak van de Kantonrechter Leeuwarden zou ten grondslag liggen aan deze laatste faillissementen. Volgens zijn advocaat kon De Roos het benodigde bedrag, ca. € 100.000, niet opbrengen. 'Voor de werknemers zat er toen weinig anders op dan faillissement aanvragen. Toen de Roos dat hoorde, zei hij: "dat wil ik ze niet aandoen. Dan vraag ik het zelf wel aan"' (Nieuwsbericht 18 september 2014, www.transport-online.nl/site/51449/opnieuw-drie-bvs-van-jan-de-roos-failliet-verklaard/). Kennelijk is deze keer niet in een (gelijktijdige) doorstart van de BV's voorzien. De werknemers zijn weer terug bij af. Zij zullen wederom bij het UWV moeten aankloppen en zijn, zo lijkt het, deze keer definitief hun baan bij Jan de Roos kwijt.

De onderhavige zaak ziet (dus) op de voorlaatste faillissementsronde van 27 mei 2014. De Kantonrechter Leeuwarden zag zich gesteld voor een situatie die alle schijn heeft van misbruik van faillissement. Hij biedt de werknemers bescherming door te oordelen dat, ondanks de faillissementen, de regels inzake overgang van onderneming van toepassing zijn. In deze bijdrage wordt de uitspraak op haar juridische merites beoordeeld.

2. De zaak

Eisers in deze zaak zijn twintig werknemers die in dienst waren van drie (van de vele) Jan de Roos BV's. Deze vennootschappen zijn op 27 mei 2014 failliet verklaard. Op dezelfde dag zijn drie nieuwe Jan de Roos BV's opgericht, met namen die vrijwel identiek zijn als die van de oude BV's. De werknemers zijn volgens de ook op 27 mei opgemaakte arbeidsovereenkomsten per 28 mei in dienst getreden van de nieuwe vennootschappen. De curator weigerde, zoals gezegd, mee te werken aan de doorstartoperatie en het UWV weigerde de loonbetalingsverplichtingen van de gefailleerde vennootschappen over te nemen. De werknemers vorderen daarom in deze kortgedingprocedure achterstallig loon c.a. van hun nieuwe werkgevers – de doorstartende BV's.

3. Oordeel kantonrechter

De kantonrechter oordeelt dat sprake is van overgang van onderneming. De identiteit van de drie ondernemingen is behouden gebleven, nu de exploitatie in feite is voortgezet door de verkrijgers. Daarbij wijst de rechter in de eerste plaats op het feit dat Jan de Roos het oogmerk had de drie BV's te laten failleren en de activiteiten onder de vlag van gedaagden (de doorstartende BV's) voort te zetten met medeneming van de werknemers. Dit blijkt onder andere uit de mededeling van Jan de Roos op 24 mei aan vier werknemers dat het faillissement van de drie BV's aanstaande was, maar dat dit voor de werknemers geen problemen zou opleveren omdat het werk door zou gaan en zij direct weer in dienst zouden worden genomen. In de tweede plaats stelt de rechter vast dat de bij de gefailleerde vennootschappen onderhanden werkzaamheden na de faillissementen ook daadwerkelijk zijn voortgezet door de nieuwe BV's. Zij maken daarbij gebruik van dezelfde, door gelieerde vennootschappen ter beschikking gestelde, bedrijfsmiddelen en van de aan de gefailleerde BV's verleende vergunningen.

Vervolgens oordeelt de kantonrechter dat de uitzondering van artikel 7:666 lid 1 BW – de regels inzake overgang van onderneming vinden kort gezegd geen toepassing in geval van faillissement – in casu niet geldt. Hij overweegt daartoe dat uit jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat een reden voor de in artikel 7:666 BW neergelegde uitzondering was 'om de curator meer mogelijkheden te geven om een doorstart van een gefailleerde onderneming te

bewerkstelligen teneinde zoveel mogelijk werkgelegenheid te kunnen behouden'. Voorts leidt hij uit HR 30 oktober 1987 (*NJ* 1988/191) af, 'dat in een geval als het onderhavige, waarbij is aangestuurd op een faillissement met het voortzetten van de feitelijke activiteiten met dezelfde bedrijfsmiddelen en hetzelfde personeel, dit alles buiten de curator om, deze uitzondering niet van toepassing is'. Het beroep van de doorstartende vennootschappen op artikel 7:666 faalt daarom. Zij zijn derhalve op grond van artikel 7:663 BW gehouden de gevorderde achterstallige bedragen aan loon en overige emolumenten aan werknemers te voldoen.

4. Commentaar

Dat de (hierboven vermelde) feitelijke gang van zaken rond de drie Jan de Roos BV's inderdaad, zoals de kantonrechter oordeelt, kwalificeert als overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW, behoeft mijns inziens geen nadere toelichting. Het wordt spannend bij de volgende stap: de uitschakeling van artikel 7:666 BW. Voordat ik naar de argumentatie van de kantonrechter kijk, eerst een korte schets van de achtergrond van laatstgenoemd artikel.

Het behoud van rechten dat artikel 3 Richtlijn 2001/23/EG werknemers bij overgang van onderneming garandeert, geldt niet indien de vervreemder in een faillissementsprocedure is verwickeld. Hetzelfde geldt voor het recht op ontslagbescherming ex artikel 4 richtlijn. Deze in artikel 5 lid 1 richtlijn neergelegde faillissementsuitzondering is een codificatie van de arresten die het Hof van Justitie EG op 7 februari 1985 wees (zaak 135/83, ECLI:EU:C:1985:55; *NJ* 1985/900 (*Abels*), *NJ* 1985/901 en *NJ* 1985/902). Het Hof overwoog in de Nederlandse *Abels*-zaak dat het faillissementsrecht wordt gekenmerkt door bijzondere procedures die tot doel hebben de diverse belangen, vooral die van de verschillende categorieën schuldeisers, met elkaar in evenwicht te brengen. Daartoe bestaan er in alle lidstaten bijzondere voorschriften die ertoe kunnen leiden dat geheel of gedeeltelijk wordt afgeweken van onder andere sociaalrechtelijke bepalingen. Het Hof besliste dat er ook een uitzondering moet gelden voor de ovo-regels: de richtlijn mist toepassing in een faillissementssituatie waarbij de onderneming van de vervreemder in de boedel valt. Met die uitzondering worden niet alleen de belangen van de schuldeisers het beste gewaarborgd, aldus het Hof, maar uiteindelijk ook de belangen van de werknemers als collectiviteit. Toepasselijkheid van de richtlijn zou een potentiële verkrijger ervan kunnen weerhouden de onderneming op voor de boedel aanvaardbare voorwaarden – dus tegen een redelijke prijs – over te nemen. Dit zou kunnen resulteren in een liquidatie van het bedrijf waarbij alle arbeidsplaatsen verloren gaan, in plaats van een doorstart met een deel van het personeel. Artikel 5 van de richtlijn is geïmplementeerd in artikel 7:666 BW. Nederland heeft dus geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid die de richtlijn biedt (in art. 5 lid 1) om artikel 3 en 4 van de richtlijn wél van

toepassing te verklaren (al dan niet geclausuleerd) in faillissementssituaties.

Niet-toepasselijkheid artikel 7:666 BW

De kantonrechter oordeelt in de Jan de Roos-zaak dat de faillissementsuitzondering niet van toepassing is. De argumentatie daarvoor is echter dun. In de eerste plaats wordt gesteld, onder verwijzing naar het Abels-arrest van het Hof van Justitie, dat ‘een reden’ voor de uitzondering van artikel 7:666 BW was om de curator meer mogelijkheden te geven een doorstart te bewerkstelligen teneinde zo veel mogelijk werkgelegenheid te kunnen behouden. Het feit dat de toepasselijkheid van de ovo-regels in een faillissementssituatie uiteindelijk juist averechts zou kunnen uitpakken voor de betrokken werknemers, was de achtergrond voor de uitzondering van artikel 5 lid 1 richtlijn (en dus van art. 7:666 BW). Het betekent echter niet dat, indien die situatie zich niet voordoet, de uitzonderingsbepaling dus niet van toepassing is. Dat is uiteraard ook niet in de genoemde bepalingen te lezen. Sterker nog, uit de richtlijn blijkt dat de Europese wetgever voor bepaalde gevallen van misbruik een andere oplossing heeft voorzien. Daar kom ik hierna op terug. In de tweede plaats wijst de kantonrechter op een arrest van de Hoge Raad uit 1987, gewezen voordat artikel 7:666 BW werd ingevoerd. Dit arrest behelst niet veel meer dan de vaststelling dat de Nederlandse regeling van overgang van onderneming niet geldt indien de vervreemder in staat van faillissement is gesteld. Hetgeen de kantonrechter daaruit afleidt, namelijk dat indien is aangestuurd op een faillissement terwijl in wezen sprake is van voortzetting van het bedrijf (‘technisch faillissement’) artikel 7:666 BW niet van toepassing is, valt in het arrest niet te lezen. De rechtbank suggereerde iets in die richting, maar de Hoge Raad laat zich daar niet over uit.

De verwijzing naar de achtergrond van artikel 7:666 BW levert, evenmin als genoemd arrest van de Hoge Raad, een valide argument op om deze bepaling weg te lezen teneinde de werknemers ovo-bescherming te bieden. Niettemin is er wel degelijk een juridische weg waarlangs dit resultaat kan worden bereikt. Voordat ik daaraan toekom, terzijde nog het volgende.

Het Hof oordeelde in Abels dat de richtlijn geen toepassing vindt op een overgang die plaatsvindt ‘in het kader van een faillissement, dat gericht is op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie’. De richtlijn geldt daarentegen wel bij surseance van betaling, nu die procedure *primaire* gericht is ‘op het behoud van de boedel en, zo mogelijk, de voortzetting van de onderneming’. Sommigen betogen, onder verwijzing naar onder ander Abels, dat in doorstartgevallen, in het bijzonder met een pre-pack, artikel 7:666 BW niet van toepassing zou moeten zijn. Er zou dan in feite geen sprake zijn van een procedure gericht op liquidatie (vereffening), maar een procedure gericht op continuïteit van de onderneming (zie bijv. de noot van P. Huffman bij de

onderhavige uitspraak, *JAR* 2014/234; P. Huffman en I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', *TAP* 2014/98; J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38). Het is de vraag of dit juist is. In geval van een pre-pack is de (beoogd) curator vroegtijdig betrokken bij de noodlijdende onderneming teneinde eventuele doorstartmogelijkheden af te tasten. Zijn handelingen in het pre-packstadium zullen uiteindelijk vaak bepalend zijn voor het faillissement. Niettemin vervult hij in dat (aanstaande) faillissement zijn gebruikelijke rol. Hij treedt primair op voor de gezamenlijke crediteuren van de noodlijdende onderneming, in wier belang de onderneming zal worden geliquideerd. Hij beoogt in hun belang een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren en, in het algemeen belang, zo mogelijk een deel van de werkgelegenheid te behouden. Uiteraard zal de curator zijn medewerking niet (mogen) verlenen indien hij een misbruik vermoedt (zie daarover hieronder). Het doel van de faillissementsprocedure, ongeacht de (doorstart)bedoelingen van de vervreemder en/of verkrijger en/of curator, blijft gelijk. Het is niet duidelijk of de bedoelingen van betrokkenen (blijkend uit de feitelijke gang van zaken) überhaupt een rol zouden moeten spelen volgens het Europese recht (vgl. F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack', preadvies voor Vereniging Handelsrecht, 2014, p. 60). Indien men aanneemt dat die bedoelingen wel degelijk relevant zijn, dan zal dat ook moeten gelden voor een doorstart/overgang na faillissement *zonder* pre-pack. Dat is de situatie waarmee een 'geprepackte doorstart' in de eerste plaats moet worden vergeleken (en dus niet in de eerste plaats met een herstructurering buiten faillissement, vgl. pre-advies Verstijlen, p. 55). Mij lijkt dat men dan in beide situaties de intenties van betrokkenen – streeft men primair naar continuering van de onderneming of is veeleer sprake van 'redden wat er te redden valt' na een onvermijdelijk faillissement? – moet onderzoeken. Ik betwijfel of daarmee de rechtszekerheid en de rechtspositie van de betrokken werknemers wordt gediend. Voorts is natuurlijk de vraag of deze bedoelingentoets te scharen valt onder artikel 7:666 BW, dat nu eenmaal simpelweg bepaalt dat de regels inzake overgang van onderneming niet van toepassing zijn in geval van faillissement. Mocht de relevantie van de intenties al uit artikel 5 van de richtlijn, zoals uitgelegd door het Hof, voortvloeien, dan kan richtlijnconforme interpretatie geen oplossing bieden (aldus ook Huffman, *JAR* 2014/234).

Hoe dit ook zij, het onderhavige geval is onvergelijkbaar met een 'geprepackte' doorstart. Er was niet alleen geen sprake van een pre-pack, er werd door de curator zelfs helemaal niet meegewerkt. Gesteld kan worden dat in casu het hele door Jan de Roos geschreven scenario volledig op continuïteit van de BV's was gericht – maar dan onder *nét* iets andere namen. De oude BV's zijn echter gefailleerd en daarmee is aan de voorwaarden van artikel 7:666 BW voldaan. De oplossing van het probleem moet mijns inziens niet in de voorgekookte doorstart worden gezocht, maar in het oneigenlijke gebruik van het aanvragen van het eigen

faillissement.

De werknemers staan gelukkig niet met lege handen. De Europese wetgever heeft voorzien dat de faillissementsuitzondering kan leiden tot misbruik. Het feit dat in geval van faillissement allerlei werknemersbeschermende regels niet gelden, maakt het aanvragen van eigen faillissement nu eenmaal aantrekkelijk. De onderneming kan worden voortgezet met alleen dat deel van het personeel waarin de ondernemer gelooft. Bovendien kan in Nederland de rest van het personeel eenvoudig en goedkoop worden ontslagen, aangezien de normale ontslagregels evenmin van toepassing zijn. Daarom bepaalt artikel 5 lid 4 richtlijn dat de lidstaten de nodige maatregelen treffen om misbruik van insolventieprocedures, met het doel de werknemers van de in de richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen. Deze bepaling is in 2002 geïmplementeerd via artikel 13a Fw. In dat artikel is bepaald dat indien de faillietverklaring wordt vernietigd, de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator in afwijking van artikel 13 Fw met terugwerkende kracht beheerst wordt door de gewone ontslagrechtelijke regels die buiten faillissement gelden. Dit betekent met name dat de opzegging vernietigbaar is wegens het ontbreken van een ontslagvergunning. Met deze bepaling schieten de werknemers van Jan de Roos echter niet veel op, alleen al omdat zij allen in dienst van de verkrijger zijn gekomen. In zoverre is de onderhavige casus atypisch: de werknemers zijn wel in dienst genomen door de nieuwe BV's en hadden dus geen ontslagbescherming nodig (waarschijnlijk op een of twee werknemers na, maar daarover ontbreken nadere gegevens, ik laat dat hier buiten beschouwing). Zij hadden wel, nu UWV had geweigerd de loondoorbetalingsverplichting van de gefailleerde BV's over te nemen, een partij nodig die zij aansprakelijk konden stellen voor het achterstallige loon. Daartoe bestaan echter wel mogelijkheden, namelijk met behulp van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid en/of bestuurdersaansprakelijkheid.

Misbruik van bevoegdheid

Artikel 3:13 BW bepaalt dat degene aan wie een bevoegdheid toekomt, haar niet kan inroepen voor zover hij haar misbruikt. Volgens het tweede lid kan een bevoegdheid onder meer worden misbruikt 'door haar uit te oefenen (...) met een ander doel dan waarvoor zij is verleend' (*détournement de pouvoir*). Dit leerstuk geldt in het faillissementsrecht, ook indien het de schuldenaar zelf is die het faillissement aanvraagt. Aangenomen kan worden dat wanneer de faillissementsaanvraag uitsluitend of hoofdzakelijk is geschied teneinde daarmee de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers te omzeilen en/of op anderen af te wentelen, de aanvrager van het faillissement misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt (vgl. HR 29 juni 2001, JOR 2001/169 (Multi-Terminals Waalhaven/FNV Bondgenoten), met name de conclusie daarbij van P-G Langemeijer). Van dergelijk misbruik kan ook sprake zijn als er op zichzelf wel een financiële aanleiding is voor het aanvragen van het faillissement: die

aanleiding – betalingsonmacht – kan immers worden gearrangeerd. Deze zogenoemde ruime leer kan impliciet worden afgeleid uit HR 28 mei 2004, *JOR* 2004/216, ECLI:NL:HR:2004:AP0084 (Digicolor). Zie hierover uitgebreid M.L. Lennarts en S.N. de Valk, 'Aansprakelijkheid van bestuurders jegens werknemers wegens misbruik van faillissement', *ArA* 2004/2, p. 108-123.

In casu is duidelijk sprake van het orkestreren van de betalingsonmacht van de drie BV's waarbij de werknemers in dienst waren. Het zijn min of meer lege BV's, de contracten en de bedrijfsmiddelen zitten elders in het concern. Op elk moment kan Jan de Roos (en/of Jan de Roos Lemmer B.V.) 'de stekker eruit trekken', om zo de normale arbeidsrechtelijke verplichtingen te ontlopen en het UWV op te laten draaien voor achterstallige lonen. Dat sprake is van misbruik wordt onderstreept door de weigering van de curator de werknemers te ontslaan en mee te werken aan de doorstarts. (NB: de vraag of de werknemers wellicht nog een arbeidsovereenkomst bij de gefailleerde BV's hebben laat ik rusten, uiteindelijk schieten ze daar ook niets mee op.)

In de Multi-Terminals Waalhaven-zaak was door FNV Bondgenoten binnen acht dagen verzet aangetekend tegen de faillietverklaring ex artikel 10 Fw en was vervolgens de faillietverklaring door de rechtbank vernietigd wegens misbruik van bevoegdheid (art. 13 Fw). Die vernietiging hield tot en met cassatie stand. Deze weg had naar mijn mening in casu moeten worden gevolgd, maar kennelijk is er geen verzet aangetekend tegen de faillietverklaring. Indien dat wél was gebeurd, en de faillietverklaringen wegens misbruik van bevoegdheid zouden zijn vernietigd, dan waren de rechtsgevolgen als volgt geweest. Krachtens artikel 13 Fw blijven alle door de curator verrichte handelingen geldig en verbindend voor de schuldenaar. Op deze hoofdregel is slechts een uitzondering gemaakt voor de opzeggingen door de curator: deze worden met terugwerkende kracht beheerst door de gewone ontslagrechtelijke regels (art. 13a Fw). Voor het overige geldt de hoofdregel van artikel 13 Fw, hetgeen impliceert dat, ondanks de vernietiging van de faillietverklaring, de rechtsgevolgen van artikel 7:662 e.v. BW wel in stand blijven. Ten opzichte van een verkrijger te goeder trouw is dat ook goed te verdedigen. In de onderhavige zaak ligt dat anders. Van belang daarbij is in de eerste plaats dat in casu het faillissement van de drie BV's werd gearrangeerd teneinde de activiteiten voort te zetten in drie nieuwe – en speciaal daartoe opgerichte – BV's. Er is met andere woorden geen sprake van een verkrijger te goeder trouw. Daarnaast is van belang dat de curator zijn handen van de zaak heeft afgetrokken, en kennelijk noch de werknemers heeft ontslagen, noch aan de overgang heeft meegewerkt. Onder die omstandigheden kan op grond van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid worden betoogd dat noch de Jan de Roos-vervreemders, noch de Jan de Roos-verkrijgers zich op de aan de faillissementen van de vervreemders verbonden bevoegdheid – i.e. het kunnen bewerkstelligen van een overgang van onderneming zonder dat

daarvoor de regels van artikel 7:662 e.v. BW gelden – kunnen beroepen (vgl. W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 296-297).

Mijns inziens kan dit laatste zelfs worden betoogd, indien, zoals waarschijnlijk in casu, niet op tijd verzet is aangetekend tegen de faillietverklaring en deze dus niet is vernietigd. Iemand die een bevoegdheid misbruikt, kan zich niet op die bevoegdheid beroepen, zo bepaalt het eerste lid van artikel 3:13 BW. De wetgever merkte hierover op: 'Degene aan wie de bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen – d.w.z. noch haar uitoefening afdwingen, noch haar inroepen ter rechtvaardiging van een reeds voltrokken "uitoefening" –, voor zover hij die bevoegdheid misbruikt' (Parl. gesch. Inv. Boeken 3, 5 en 6, Boek 3 (MvT Inv.), p. 1048). Hij zal een rechtsvordering dus niet kunnen afweren onder verwijzing naar die bevoegdheid. Men zou dus – onder de hierboven genoemde specifieke omstandigheden – kunnen betogen dat de werkgever zich niet kan beroepen op de bijzondere regels die in geval van faillissement gelden. De faillietverklaring komt in zoverre geen rechtskracht toe (vgl. m.b.t. de opzeggingsbevoegdheid HR 11 december 2009, *JAR* 2010/17 (Van Hooff Elektra), r.o. 3.5). Per saldo kan zo op grond van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid 'sec' tot een vergelijkbare uitkomst worden gekomen als via de vernietiging van de faillietverklaring ex artikel 10 Fw wegens misbruik. Uiteraard is dit laatste de koninklijke (en zekerste) weg.

Het leerstuk van misbruik van bevoegdheid biedt dus de mogelijkheid het resultaat te bereiken waarnaar de kantonrechter op zoek was: het bieden van ovo-bescherming aan de werknemers. Beide wegen – die van misbruik van bevoegdheid en die van de kantonrechter – lopen in casu echter dood voor werknemers. Zij waren reeds in dienst van de nieuwe BV's en hun achterstallige loon zullen ze niet meer door die 'nieuwe' werkgevers vergoed krijgen, aangezien ... ook de nieuw opgerichte BV's zoals gezegd op 16 september alweer failliet zijn verklaard.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Wat resteert is de mogelijkheid van bestuurdersaansprakelijkheid. De werknemers kunnen proberen de kwade genius achter de gefailleerde en nieuw opgerichte Jan de Roos BV's aan te spreken tot vergoeding van de door hen geleden schade op grond van onrechtmatige daad. Enig aandeelhouder en bestuurder van de nieuwe vennootschappen is Jan de Roos Materieel BV, waarvan Jan de Roos directeur is. Ik vermoed dat Jan de Roos (persoonlijk) enig (in)direct bestuurder/aandeelhouder is van en volledige zeggenschap heeft in vrijwel alle Jan de Roos BV's. Dat betekent dat hij persoonlijk aansprakelijk kan zijn uit onrechtmatige daad voor het hierboven beschreven misbruiken van de bevoegdheid tot het aanvragen van het eigen faillissement van de BV's (vgl. HR 28 mei 2004, *JAR* 2004/166 (Digicolor); Pres. Rb. Den Haag 26 januari 1996, *JAR* 1996/58 (Ammerlaan) en Lennarts en De Valk, *ArA* 2004/2, p. 118 e.v.).

Daarvoor zal moeten worden aangetoond dat de faillissementsaanvragen als vooropgezet doel hadden te bewerkstelligen dat de Jan de Roos BV's de facto op de oude voet zouden worden voortgezet, terwijl tegelijkertijd de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers werd omzeild (vgl. Digicolor, r.o. 3.5.3). Het is de vraag of er voldoende 'ligt' om te stellen dat Jan de Roos persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld jegens de werknemers. Dat direct aansluitend op de faillissementsaanvragen de ondernemingen door Jan de Roos op de oude voet zijn voortgezet en dat dit van meet af aan de bedoeling was, staat wel vast. Zijn mededelingen aan een aantal werknemers vlak voor het faillissement, dat het faillissement aanstaande was, maar 'dat dit voor de werknemers geen problemen zou opleveren omdat het werk door zou gaan en zij direct weer in dienst zouden worden genomen' is in dit verband veelzeggend. Maar anders dan in Digicolor lijken de faillissementsaanvragen van 27 mei 2014 door Jan de Roos niet in hoofdzaak gericht te zijn op het ontnemen van de arbeidsrechtelijke bescherming van de betrokken werknemers, maar vooral op het afwentelen van een deel van de daaraan verbonden kosten op anderen (UWV). De uitspraak biedt echter onvoldoende informatie om dat te beoordelen. Een aanwijzing voor de onrechtmatigheid is de weigering van de curator zijn medewerking aan de operatie te verlenen. Bovendien is duidelijk dat dit al de derde faillissements- annex doorstartronde is in een tijdsbestek van amper drie jaar, hetgeen eveneens in de richting wijst van – in de woorden van A-G Timmerman in zijn conclusie bij Digicolor – een kras geval van onbehoorlijk handelen jegens de betrokken werknemers.

De vraag is ten slotte tot welke schadevergoeding een succesvolle onrechtmatigedaadsvordering tegen Jan de Roos kan leiden. Indien de werknemers na de faillissementen van 16 september jongstleden inderdaad definitief hun baan kwijt zijn, dan is verdedigbaar dat de begroting van de schadevergoeding geschiedt overeenkomstig de door de Hoge Raad gegeven regels voor de artikel 7:681-vergoeding (kennelijk onredelijk ontslag) of overeenkomstig de kantonrechtersformule (dit laatste was de oplossing van Hof Den Bosch 17 oktober 2002 in de Digicolor-zaak). De schadevergoeding is dan gelijk aan het bedrag dat volgens die regels respectievelijk formule moet worden geplakt op een verwijtbare beëindiging van de betreffende arbeidsovereenkomsten.

5. Ten slotte

De argumentatie van de kantonrechter (in r.o. 5.6) waarom het beroep van Jan de Roos op artikel 7:666 BW faalt, is weliswaar kort, maar juridisch niet krachtig. Met het leerstuk van misbruik van bevoegdheid had de kantonrechter het resultaat kunnen bereiken waarnaar hij op zoek was, namelijk het bieden van ovo-bescherming aan de werknemers ondanks het faillissement van de vervreemder. Die ovo-bescherming zal de werknemers echter uiteindelijk niet verder helpen, nu de in mei jongstleden opgerichte nieuwe BV's in september alweer ter ziele zijn gegaan. Wat resteert is de mogelijkheid van bestuurdersaansprakelijkheid. Misbruik

van bevoegdheid noch bestuurdersaansprakelijkheid zijn gemakkelijk begaanbare paden, maar zo lang de wetgever artikel 7:666 BW niet wijzigt, zal men het hiermee in misbruiksituaties moeten doen.

RECHTSPRAAK

Tandartsenpraktijk/werkneemster

Werkgever heeft ten onrechte loonsanctie (art. 7:629 lid 3 BW) opgelegd aan werkneemster die bij re-integratiegesprek het voorbehoud van aanwezigheid advocaat stelt. Geheimhoudingsbeding uit inmiddels vijf jaar geëxpireerde CAO Tandartsassistenten werkt door in de arbeidsovereenkomst. Telefoneren tijdens werktijd leidt niet tot additionele schade ex artikel 7:661 BW.

Werkneemster, geboren 1971, is van 1 januari 2003 tot 15 januari 2011 werkzaam geweest als tandartsassistente in dienst van de Tandartsenpraktijk. Werkneemster is op 18 februari 2009 uitgevallen wegens arbeidsongeschiktheid. In augustus 2009 zijn de medische belemmeringen weg, maar is vanwege een ernstig verstoorde arbeidsverhouding nog steeds sprake van een situatie van situatieve arbeidsongeschiktheid. Per 10 september 2010 heeft de Tandartspraktijk een loonsanctie (art. 7:629 lid 3 BW) opgelegd aan werkneemster. Het UWV oordeelde dat geen sprake was van verwijtbare schending van re-integratieverplichtingen door werkneemster. Werkneemster heeft op 15 november 2010 ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht. Bij beschikking van 5 januari 2011 heeft de kantonrechter te Sneek dit verzoek toegewezen per 15 januari 2011 en een vergoeding van € 13.900 toegewezen gebaseerd op een C-factor van 0,5. Werkneemster heeft in eerste aanleg doorbetaling van loon gevorderd van 10 september 2010 tot 15 januari 2010, te vermeerderen met wettelijke verhoging en wettelijke rente. Voorts stelt werkneemster dat zij de 'was' voor de Tandartspraktijk deed en dat haar een vergoeding van € 15 per week was toegezegd, maar dat zij dit bedrag nimmer heeft ontvangen. In reconventie vordert de Tandartsenpraktijk schadevergoeding wegens schending van het geheimhoudingsbeding. Op 5 juni 2009 heeft werkneemster bij het Regionaal Tuchtcollege voor de gezondheidszorg te Groningen moeten getuigen tegen een van de maatschapsleden in een klachtprocedure door C. De inmiddels vijf jaar geëxpireerde CAO Tandartsassistenten (looptijd tot 1 januari 2005) kent een geheimhoudingsbeding. Deze cao is op de arbeidsovereenkomst van toepassing.

Het hof oordeelt als volgt. De centrale vraag is of de Tandartsenpraktijk terecht een

loonsanctie aan werkneemster heeft opgelegd, wegens onvoldoende meewerken aan het re-integratieproces. Deze klachten vallen op zich onder het bereik van artikel 7:629 lid 3 onder d en e BW. Behoudens dat de loonsanctie niet zodanig is geredigeerd dat werkneemster weer haar loon uitbetaald zou krijgen indien zij meewerkte aan een gesprek over re-integratie, blijkt niet dat werkneemster een dergelijk gesprek categorisch heeft geweigerd. Zij had aangedrongen op een gesprek met aanwezigheid van advocaten en begeleiding na 14 september 2010 in plaats van het door de Tandartsenpraktijk voorgestelde gesprek voor 8 september 2010. Gelet ook op het rapport van de deskundige A en diens aanbevelingen, mocht van de Tandartsenpraktijk worden verwacht dat zij bij het plannen van de bespreking met werkneemster iets meer welwillendheid had betoond en rekening had gehouden met het belang van werkneemster om zich te doen bijstaan. Dit is ook de strekking van het deskundigenadvies van het UWV. De loonsanctie is dus ten onrechte opgelegd.

Het hof neemt aan dat er inderdaad sprake was van 'praktijkwas' die door werkneemster werd verricht. Anders dan werkneemster in haar berekening laat zien, acht het hof niet aannemelijk dat deze was 52 keer per jaar plaatsvond. Er vindt derhalve een herberekening plaats.

Het feit dat werkneemster gedurende haar werktijd regelmatig met familie en vrienden belde, waardoor zij enerzijds hoge telefoonkosten genereerde en niet productief was, en anderzijds de Tandartsenpraktijk niet goed bereikbaar was, kan niet tot een veroordeling van € 10.000 leiden. Niet geoordeeld kan worden dat werkneemster verboden was te bellen en dat zij opzettelijk dan wel bewust roekeloos schade toebracht aan de praktijk (art. 7:661 BW).

Met betrekking tot de vermeende schending van het geheimhoudingsbeding uit de inmiddels ruim vijf jaar geëindigde CAO Tandartsassistenten, oordeelt het hof dat het zeer de vraag is of partijen aan dit beding zijn gebonden. Los daarvan oordeelt het hof dat het beding zelf ruimte laat voor werkneemster om voor het Tuchtcollege te verklaren zoals zij heeft gedaan. Er is derhalve geen sprake van een schending van het beding.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-10-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:8066

Zaaknummer: 200.109.430-01

Advocaten: R. Tamourt en J.S. Dallinga

Wetsartikelen: cao Tandartsassistenten

RECHTSPRAAK

Bouwonderneming X/zelfstandig betonstorter Y

Bouwonderneming is aansprakelijk voor schade op bouwplaats aan zzp'er die in onderaanneming betonstortwerk verrichtte. Toepassing criteria Davelaar/Allspan.

X is een bouwonderneming die zich bezighoudt met de planning, coördinatie en uitvoering van en het toezicht op bouwprestaties. In opdracht van A voert X de bouwtechnische werkzaamheden van het betonwerk uit bij de bouw van een afvalverbrandingsinstallatie met energieopwekking bij Farmsum. Voor de uitvoering van het betonwerk heeft X onder meer aannemer B ingeschakeld. Zzp'er Y heeft voor B betonwerkzaamheden verricht. Op 3 februari 2009 is hem op de bouwplaats een ongeval overkomen (een zogenoemde betonkubel is omgevallen en op de voet van Y terechtgekomen) als gevolg waarvan een gedeelte van zijn linkervoet is geamputeerd. In deze procedure vordert Y schadevergoeding van X krachtens artikel 7:658 lid 4 BW. In een andere procedure is de aansprakelijkheid van B jegens Y reeds vastgesteld (naar het oordeel van het onderhavige hof staat dit niet aan de vordering van Y in de weg).

Het hof oordeelt als volgt. Ingevolge artikel 7:658 lid 4 BW is hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, (mede) aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt. Het hof verwijst naar de uitspraak van de Hoge Raad van 23 maart 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BVo616) waarin de Hoge Raad op grond van een aantal passages uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 7:658 lid 4 BW oordeelt dat onder omstandigheden ook een zelfstandig ondernemer, zoals Y, een persoon in de zin van dit artikel kan zijn. Van belang is of Y voor de zorg van zijn veiligheid (mede) afhankelijk was van X. Hoewel uit een tussen X en B gesloten overeenkomst volgt dat B verantwoordelijk was voor de veiligheid en toezicht op de bouwplaats, oordeelt het hof dat de feitelijke uitvoering een andere was en dat ook medewerkers van X aanwijzingen verstrekten en toezicht uitoefenden. Het hof is op grond van de verschillende verklaringen van de door de inspecteur van de Arbeidsinspectie gehoorde personen van oordeel dat sprake was van een (feitelijke) situatie waarin het toezicht op de werkomstandigheden onder sturing en regie van X plaatsvond en

dat het X was die toezag op de naleving van de veiligheidsvoorschriften op de bouwplaats. Bovendien blijkt eruit dat Y als bouwvakker feitelijk geen bijzondere positie innam maar een van de vele arbeidskrachten was die de bouwplaats bevolkten, terwijl bij de uitvoering van die werkzaamheden gebruik werd gemaakt van door X ter beschikking gesteld materiaal en materieel. Onder die omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd, acht het hof de conclusie gerechtvaardigd dat Y voor de zorg van zijn veiligheid (mede) afhankelijk was van X.

Het hof overweegt met betrekking tot de uitoefening in beroep of bedrijf, dat de omstandigheid dat X het storten van het beton in het onderhavige geval heeft uitbesteed aan een onderaannemer, niet maakt dat deze werkzaamheden geen onderdeel zouden kunnen uitmaken van de bedrijfsuitoefening van X. Gelet op de omstandigheid dat X zich volgens haar bedrijfsomschrijving in het uittreksel van het register van de Kamer van Koophandel (onder andere) bezighoudt met de uitvoering van bouwprestaties en het vaststaande feit dat de bij het ongeval betrokken betonkubel aan X in eigendom toebehoort terwijl ook het gebruikte materiaal – het beton – door X werd aangeleverd, acht het hof voorshands voldoende aannemelijk dat het storten van beton dient te worden aangemerkt als werk dat wordt verricht in de uitoefening van het bedrijf van X. Het staat X vrij hiervan tegenbewijs te leveren. Het hof zal X tot dit tegenbewijs toelaten.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-10-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:8068

Zaaknummer: 200.119.802/01

Rechters: H. de Hek, J.H. Kuiper en A.M. Koene

Advocaten: M.R. Gans en A.P. Hovinga

Wetsartikelen: 7:658 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

**V.O.F. Vitesse Agrarisch Loonbedrijf/Stichting Naleving
CAO voor Uitzendkrachten**

***Oordeel Belastingdienst dat geen sprake is van
uitzendovereenkomsten is niet relevant voor de vraag of sprake is van
correcte naleving van de CAO Uitzendkrachten. Eigen toetsing civiele
rechter.***

SNCU (de stichting die tot doel heeft toezicht te houden op correcte naleving van de CAO voor Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche) heeft in oktober 2010 aan Vitesse aangekondigd dat haar is gebleken dat Vitesse 'een of meer werknemers ter beschikking heeft gesteld aan derden, om onder leiding en toezicht van deze derden arbeid te verrichten' en dat Vitesse is geselecteerd om onderzoek te verrichten naar de naleving van de CAO voor Uitzendkrachten en de verplichtingen vanuit StiPP. Vitesse werd verzocht over de periode 2008 en 2009 diverse bescheiden over te leggen ter zake van de uitzendkrachten die toen bij haar in dienst waren. Aan dit verzoek heeft Vitesse geen gehoor gegeven. Volgens werkgeefster hebben de werknemers van Vitesse een arbeidsovereenkomst met Vitesse en geen uitzendovereenkomst. Zij voeren al hun werkzaamheden uit in de agrarische sector, reden waarom de Belastingdienst Vitesse heeft ingedeeld in de sector 'Agrarisch bedrijf'. Vitesse is inmiddels ontbonden. Tussen partijen is in geschil of Vitesse onder de werkingssfeer van de CAO voor de Uitzendkrachten en de CAO Sociaal Fonds voor de Uitzendbranche valt. Indien dat het geval is, was Vitesse verplicht de door SNCU verzochte opgevraagde bescheiden toe te sturen en is zij aan SNCU een forfaitaire schadevergoeding verschuldigd indien zijn daarmee nalatig is.

Het hof oordeelt als volgt. Uit het rapport van de Belastingdienst volgt dat Vitesse zich bezighoudt met het ter beschikking stellen van arbeidskrachten aan derden. De arbeidskrachten verrichten de werkzaamheden in de regel onder leiding en toezicht van de derde (de opdrachtgever). Werkgeefster heeft deze vaststelling op zichzelf niet betwist. Naar het oordeel van het hof volgt hieruit dat sprake is van een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW. De omstandigheid dat Vitesse met haar werknemers

arbeidsovereenkomsten sloot is niet voldoende om te concluderen dat de cao's toepassing missen, omdat een uitzendovereenkomst in de zin van artikel 7:690 BW (en in de zin van de cao's) óók een arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:610 BW is. De vermelding in het rapport van de Belastingdienst dat wél sprake is van arbeidsovereenkomsten maar niet van uitzendovereenkomsten is in dit verband onvoldoende.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 30-09-2014

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2014:3035

Zaaknummer: 200.128.231/01

Rechters: R.S. van Coevorden, H.M. Wattendorff en C.A. Joustra

Advocaten: F.J.M. Hamers en M.H.D. Vergouwen

Wetsartikelen: 7:690 BW, 7:610 BW en CAO Uitzendkrachten

RECHTSPRAAK

Stichting Max Kinderopvang c.s./werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst bestuurder kinderopvangbranche. Vergoeding conform contractuele regeling met C=1 wordt gelet op de slechte financiële situatie en de WNT (hoewel niet van toepassing) niet billijk geacht.

Werkneemster is op 1 augustus 2001 in dienst getreden van Stichting Max Kinderopvang als lid van de raad van bestuur. Sinds augustus 2012 is zij arbeidsongeschikt. Thans verzoekt Max ontbinding van de arbeidsovereenkomst zonder toekenning van een vergoeding. De gewichtige redenen bestaan volgens Max uit bedrijfseconomische omstandigheden, het feit dat werkneemster niet binnen Max herplaatst kan worden, door werkneemster onbevoegd verrichte handelingen en het feit dat werkneemster reeds als statutair bestuurder van de stichting is ontslagen. Werkneemster concludeert primair tot afwijzing van het verzoek. Indien het verzoek tot ontbinding wordt toegewezen, verzoekt werkneemster subsidiair aan haar een vergoeding conform de kantonrechtersformule toe te kennen waarin C=1, zoals is omschreven in artikel 12 van de arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In de statuten is niet uitdrukkelijk opgenomen dat de bestuurder toestemming van de RvT behoeft voor het aangaan van huurovereenkomsten. Dat werkneemster niet bevoegd zou zijn voor het sluiten van deze overeenkomsten, is dan ook onvoldoende aannemelijk geworden. Werkneemster heeft inmiddels ruim twee jaar geen werkzaamheden voor Max verricht, terwijl Max wel het (hoge) salaris van werkneemster heeft doorbetaald. Daarbij is voldoende aannemelijk geworden dat werkneemster als gevolg van het vennootschapsrechtelijk ontslag en op basis van de conclusie van de arbeidsdeskundige niet in haar oude functie kan terugkeren. De arbeidsovereenkomst wordt derhalve ontbonden.

In het kader van artikel 7:685 BW kan slechts een vergoeding naar billijkheid worden toegekend, al zal de kantonrechter de door partijen overeengekomen beëindigingsvergoeding gelet op HR 24 mei 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO1939 (Drankencentrale/Blakborn) wel als relevante omstandigheid in haar oordeel over de ontbindingsvergoeding meewegen. De contractuele regeling houdt in dat werkneemster recht heeft op een beëindigingsvergoeding

gelijk aan de neutrale kantonrechtersformule. Een vergoeding met $C=0,5$ wordt in dit geval billijk geacht. Hiertoe wordt onder meer de slechte financiële situatie van Max meegewogen. Het klemmt dat – nu er bij Max al veel werknemers zijn ontslagen zonder toekenning van enige vergoeding – aan werkneemster als bestuurder een hoge vergoeding toegewezen zou worden (een vergoeding met $C=1$ bedraagt ruim € 132.000). Als gevolg van het maatschappelijk breed gedragen gevoelen dat in de (semi)publieke sector in beginsel geen plaats meer is voor hoge ontslagvergoedingen die betaald worden uit de publieke middelen, is de ontslagvergoeding voor bestuurders in deze sector gemaximeerd op € 75.000 door middel van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT). Deze wet is weliswaar niet van toepassing op Max (omdat de jaarlijkse inkomsten niet voor ten minste 50% afkomstig zijn van overheidssubsidie), maar dat neemt niet weg dat de kinderopvangbranche sterk afhankelijk is van door overheid uitgekeerde toeslagen aan ouders en dus indirect wel voor een belangrijk deel in stand wordt gehouden uit publieke middelen. Ook in dat licht is een hoge vergoeding voor werkneemster – ondanks het feit dat de zaak buiten het bereik van de WNT valt – moeilijk te rechtvaardigen. Tot slot is van belang dat werkneemster sinds haar herstel op 20 september 2013 tot heden thuis is gebleven met behoud van salaris. Hierdoor is aan werkneemster over deze periode bijna een jaarsalaris (ruim € 100.000) uitgekeerd, welk bedrag niet met de beëindigingsvergoeding kan worden verdisconteerd. Max heeft tijdens de mondelinge behandeling verzocht om bij het toekennen van een vergoeding tevens te bepalen dat hierin een eventuele aanspraak van werkneemster op uitbetaling van de contractueel overeengekomen beëindigingsvergoeding is verdisconteerd. Uit HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905 (Baijings) volgt dat een op grond van artikel 7:685 lid 8 BW toegekende billijke vergoeding slechts aan een nieuwe aanspraak op grond van redelijkheid en billijkheid of goed werkgeverschap in de weg staat. De toegekende ontbindingsvergoeding doet dus niet af aan de rechten die een werknemer aan een contractuele bepaling over een beëindigingsvergoeding kan ontleen. Dat neemt overigens niet weg dat de door Max naar voren gebrachte verweren met betrekking tot haar financiële situatie en de maatschappelijke (on)aanvaardbaarheid van een dergelijke vordering (gedeeltelijk) aan toewijzing hiervan in de weg zouden kunnen staan. Voorts wordt opgemerkt dat de op grond van artikel 12.2 van de arbeidsovereenkomst toegekende ontbindingsvergoeding in ieder geval verrekend moet worden met de contractuele beëindigingsvergoeding, hetgeen de kantonrechter billijk acht.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-09-2014

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:8625

Zaaknummer: 3257571 VZ VERZ 14-9217

Advocaten: J.C. Bröckling en D.A. Wahid-Manusama

RECHTSPRAAK

Connexxion Openbaar Vervoer N.V./werknemer

***Buschauffeur niet aansprakelijk voor verdwijning
consignatievoorraad ten bedrage van € 1.940. Geen opzet of bewuste
roekeloosheid.***

Werknemer is voor onbepaalde tijd in dienst van Connexxion als buschauffeur. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Openbaar Vervoer (hierna: de cao) van toepassing. Artikel 73 van de cao bepaalt dat indien door de werkgever kan worden aangetoond dat vermissing of beschadiging van de in gebruik ontvangen voertuigen, werktuigen en/of gereedschappen het gevolg is van onzorgvuldig gebruiken of bewaren door de werknemer, deze kan worden verplicht een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding te voldoen. Dit is eveneens van toepassing ten aanzien van aan de werknemer door de werkgever toevertrouwde of door derden afgedragen gelden. Werknemer had van Connexxion, zoals iedere chauffeur, een consignatievoorraad ter beschikking gekregen. Deze voorraad bestond uit vervoersbewijzen en (wisselgeld). Uit de tas van werknemer zijn contant geld en vervoersbewijzen ten bedrage van € 1.940 verdwenen. Connexxion stelt werknemer aansprakelijk voor de schade.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu gesteld noch gebleken is dat werknemer betreffende de onderhavige schade is verzekerd, kan in het midden blijven of het bepaalde in artikel 73 van de cao als een schriftelijke overeenkomst waarbij wordt afgeweken van het bepaalde in artikel 7:661 lid 1 BW beschouwd kan worden. Voor bewust roekeloos handelen is op grond van artikel 7:661 BW vereist dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan het voorval daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van zijn gedraging. Uit de stellingen van werknemer blijkt dat hij zijn consignatievoorraad na het eerste deel van zijn dienst uit zijn kluis gehaald heeft om zijn voorraad thuis te gaan tellen met het oog op het feit dat hij zijn consignatievoorraad aan het eind van zijn werkdag moest inleveren nu zijn dienstverband bij Connexxion die dag eindigde. Verder heeft werknemer gesteld dat hij zijn tas (met daarin zijn consignatievoorraad) slechts bij toiletbezoek toen hij zich in de kantine bevond gedurende enkele minuten uit het oog heeft verloren en dat het onder collega's gebruikelijk is om de tas op de tafel te zetten in een ruimte die slechts voor collega's met een pasje toegankelijk is. Onder deze omstandigheden kan Connexxion weliswaar worden toegegeven dat het

onvoorzichtig was om de tas bij het toiletbezoek op de tafel achter te laten en de consignatievoorraad reeds na het eerste deel van de dienst uit zijn kluis te halen in plaats van na het tweede deel van zijn dienst en de consignatievoorraad daarna te tellen, maar dit alles impliceert nog niet dat werknemer zich toen daadwerkelijk bewust was van het roekeloze van zijn gedragingen en dat hem daarmee bewuste roekeloosheid kan worden verweten. De door Connexxion gestelde waarschuwingen en mededelingen op het publicatiebord maken het voorgaande niet anders. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 16-09-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:4491

Zaaknummer: 3136274 - CV EXPL 14-6485

Rechters: R. Giltay

Advocaten: J.G. van der Wal en D. Cau

Wetsartikelen: 7:661 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Ontbinding arbeidsovereenkomst langdurig arbeidsongeschikte werknemer na dienstverband 45 jaar zonder toekenning vergoeding. Ondanks feit dat UWV een loonsanctie heeft opgelegd, wordt geoordeeld dat werkgeefster voldoende aan re-integratieverplichtingen heeft voldaan.

Werknemer (61 jaar) is sinds 1969 in dienst. Laatstelijk is hij werkzaam geweest als chef werkplaats. Op 17 januari 2011 is werknemer door rugklachten arbeidsongeschikt geraakt. Aan werkgeefster is na de loondoorbetalingsperiode van twee jaar een loonsanctie opgelegd, omdat de re-integratieverplichtingen onvoldoende zijn nagekomen. Volgens het UWV heeft de bedrijfsarts de functionele mogelijkheden van werknemer niet adequaat ingeschat. In februari 2013 is gestart met werkhervatting voor 1 uur per dag. Per 13 januari 2014 is de loonsanctie beëindigd. Werknemer ontvangt sindsdien een WGA-uitkering. Werknemer heeft na 13 januari 2014 geen werkzaamheden meer verricht, werkgeefster heeft geen loon meer betaald. Werknemer verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder toekenning van een vergoeding van € 209.000. Werkgeefster heeft een tegenverzoek ingediend.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu beide partijen van mening zijn dat de arbeidsovereenkomst dient te eindigen, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Werknemer stelt dat werkgeefster onvoldoende aan haar re-integratieverplichtingen heeft voldaan. Ten aanzien van de vergoeding wordt geoordeeld dat werkgeefster drie jaar lang het loon heeft doorbetaald, zonder dat daar in die periode substantiële, loonvormende arbeid tegenover heeft gestaan. Er zijn geen bijzondere omstandigheden gebleken die leiden tot het toekennen van een vergoeding. Gesteld noch gebleken is dat de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid is gelegen in de aard van de werkzaamheden. Anders dan werknemer stelt, is niet aannemelijk geworden dat werkgeefster zich in het licht van de omstandigheden van het geval onvoldoende heeft ingespannen voor de re-integratie van werknemer. De loonsanctie die het UWV heeft opgelegd, doet daaraan niet af. De onvolkomenheden die het UWV heeft geconstateerd in het re-integratietraject zijn met het extra derde jaar waarin de loondoorbetaling tijdens ziekte heeft plaatsgevonden in voldoende mate weggenomen. Tot

slot wordt voorbijgegaan aan de stelling dat werkgeefster zich niet als goed werkgever heeft gedragen door na afloop van de loonsanctie geen ontslagvergunning aan te vragen bij het UWV. Werkgeefster kan niet worden verplicht de arbeidsovereenkomst op te zeggen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 15-09-2014

Zaaknummer: 3272812

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Werkgever gehouden tot terugboeking vakantiedagen over periode arbeidsongeschiktheid en tot afgifte gespreksverslag over functioneren werknemer (exhibitieplicht).

Werknemer is in 1995 in dienst getreden van Autoschadehuis. Na het faillissement in 2005 is hij in dienst getreden van A. A heeft het onderdeel schadeherstel in oktober 2012 beëindigd. Werknemer is vervolgens op 1 november 2012 in de functie van autospuiter bij werkgeefster gestart. Op 6 juni 2013 is werknemer in verband met het overlijden van zijn echtgenote vanwege ernstige psychische klachten arbeidsongeschikt geraakt. De psychiater heeft onder meer het volgende verklaard: 'In de maand augustus van 2013, was hij nog zodanig depressief dat er alleen sprake was van overleven. Een depressie maakt het namelijk moeilijk om van dingen te kunnen genieten. Het aangaan van een vakantie was dan ook uit den boze.' Thans vordert werknemer te bepalen dat werkgeefster gehouden is de afgeschreven vakantiedagen in de periode van 5 augustus 2013 tot en met 22 augustus 2013 te corrigeren en weer bij te schrijven op zijn huidige tegoed, inzage in een gespreksverslag en inzage in overeenkomsten die mogelijk hebben geleid tot fusie tussen zijn voormalige en huidige werkgeefster.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Op de voet van artikel 7:638 lid 8 BW gelden dagen of gedeelten van dagen waarop de werknemer tijdens een vastgestelde vakantie ziek is niet als vakantie, tenzij de werknemer in een voorkomend geval daarmee instemt. Van instemming door werknemer is geen sprake. Nu de juistheid van de verklaring van de psychiater niet ter discussie is gesteld, is voorshands voldoende aannemelijk dat werknemer in ieder geval in de periode van 5 augustus 2013 tot en met 22 augustus 2013 ziek was. Naar de kantonrechter begrijpt beroept werkgeefster zich er tevens op dat ook na het intreden van de arbeidsongeschiktheid reeds afgesproken vakantiedagen als opgenomen vakantiedagen dienen te worden aangemerkt, nu werknemer in die 'vakantieperiode' anders re-integratiewerkzaamheden zou hebben moeten verrichten. Nu de verklaring van de arboarts, waaruit volgt dat werknemer op geen enkele manier in staat was te starten met re-integratie, onvoldoende is weersproken is het voldoende aannemelijk dat de bodemrechter tot toewijzing van dit onderdeel van de vordering zal overgaan, zodat de terugboeking van twaalf niet

genoten vakantiedagen zal worden toegewezen.

Op de voet van artikel 843a Rv kan degene die daarbij een rechtmatig belang heeft van degene die deze bescheiden onder zich heeft (onder andere) inzage of afschrift vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij partij is. Werknemer vordert afgifte van een gespreksverslag dat door (een medewerker van) werkgeefster is opgesteld aan de hand van een gesprek over zijn functioneren, zodat aan dit vereiste is voldaan. Werknemer heeft ook een rechtmatig belang bij de gevorderde afgifte. Werknemer is van mening is dat het gesprek positiever is verlopen dan in de brief van 25 maart 2014 staat beschreven. Hoewel werkgeefster, zonder haar belang daarbij kenbaar te maken, afgifte van het gespreksverslag heeft geweigerd, heeft zij niet weersproken dat de inhoud van het gesprek verschilt van de inhoud van de brief van 25 maart 2014. Nu reeds is vastgesteld dat dergelijke arbeidsgerelateerde conflicten een voorspoedig herstel van werknemer in de weg staan, heeft werknemer zeker een rechtmatig belang bij de gevorderde afgifte. Recht op inzage (en dus ook recht op een kopie) heeft werknemer overigens als er geen verschil van mening zou zijn over het gesprek (art. 35 en 36 WBP in verband met art. 7:611 BW). De gevorderde inzage in de overeenkomsten met betrekking tot de fusie wordt afgewezen. Hoewel werknemer zich heeft beroepen op de website van werkgeefster, die volgens hem daadwerkelijk aanwijzingen bevat in het kader van overgang van onderneming, kan gelet op het uitdrukkelijke verweer van werkgeefster in dit kort geding niet met voldoende zekerheid worden vastgesteld dat werkgeefster inderdaad over stukken als door werknemer gesteld beschikt. Hoewel het onder omstandigheden in beginsel niet ondenkbaar is dat in dit geval aan de vereisten van artikel 843a Rv voor afgifte dan wel inzage is voldaan, is voor verder feitenonderzoek in een kortgedingprocedure geen plaats.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 10-09-2014

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:4438

Zaaknummer: 3248639 UV EXPL 14-321

Rechters: P. Krepel

Advocaten: M.L. Sterrenberg-Ellerbroek en R. de Rijk

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:638 BW, 843a Rv, 35 WBP en 36 WBP

RECHTSPRAAK

Allianz Nederland Schadeverzekering en Ridder Metalen Dak- en Wandsystemen/A BV

Hoofdaannemer dient 20% van de schadevergoeding aan een uitzendkracht van de onderaannemer te vergoeden, na een val van een dak. Toepassing criteria Davelaar/Allspan.

Op 11 februari 2003 is B, die als uitzendkracht werkzaam was voor Ridder, bij zijn werkzaamheden van een hoogte van ongeveer zeven meter op een betonnen vloer ten val gekomen. De werkzaamheden vonden plaats in het kader van een onderaannemingsovereenkomst tussen A als hoofdaannemer en Ridder als onderaannemer. Allianz, de verzekeraar van Ridder, vordert schadevergoeding van A. De centrale vraag is of A op grond van artikel 7:658 lid 4 BW aansprakelijk is voor de schade aan B. A stelt zich op het standpunt dat hij in het geheel geen verantwoordelijkheid draagt voor de veiligheid van het bouwproject, maar dit geheel en al bij Ridder ligt.

Het hof oordeelt als volgt. Aan de orde is de vraag of een hoofdaannemer jegens een medewerker (dat hier sprake is van een uitzendkracht doet niet ter zake) van een onderaannemer op grond van artikel 7:658 lid 4 BW aansprakelijk kan zijn. Dat is mogelijk indien is voldaan aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van artikel 7:658 lid 4 BW, te weten dat de medewerker voor de zorg voor zijn veiligheid mede afhankelijk is van de hoofdaannemer en dat de werkzaamheden hebben plaatsgevonden in de uitoefening van het bedrijf van de hoofdaannemer (HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BVo616 (Davelaar/Allspan)). Het hof is van oordeel dat de werkzaamheden die B moest verrichten hebben plaatsgevonden in de uitoefening van het bedrijf van A. A is een landelijk opererend bouwbedrijf dat, naar zij stelt, bij grotere bouwprojecten optreedt als hoofdaannemer/uitvoerder. Op het desbetreffende project waren ongeveer veertig onderaannemers werkzaam. Hieruit volgt dat het inschakelen van onderaannemers juist deel uitmaakte van de bedrijfsvoering van A. Voorts waren er op het bouwobject eigen werknemers van A actief. De werkzaamheden die B verrichtte betroffen werkzaamheden aan het door A als bouwproject aangenomen hoofdkantoor van De Unie, te weten het bekleden van de dakpiramides met koper. Het zijn werkzaamheden aan het te bouwen gebouw, die dus niet

perifeer aan de 'core-business' van A zijn. Kortom, er is voldaan aan het criterium dat A in de uitoefening van haar bedrijf arbeid liet verrichten door B.

De volgende vraag is of B voor zijn veiligheid mede afhankelijk was van A. Ook dat is naar het oordeel van het hof het geval. Als vaststaand kan worden aangenomen dat er op het moment dat B zijn werkzaamheden verrichtte, geen doorvalbeveiliging was aangebracht achter het kozijn, terwijl het zicht was belemmerd door ondoorzichtig folie. Een dergelijke situatie, waarin in het dak, op een hoogte van ongeveer zeven meter boven een betonnen vloer, koepels zijn aangebracht met open kozijnen die zijn afgedekt met ondoorzichtig folie, maar zonder doorvalbeveiliging, is gevaarlijk. Het is A, niet Ridder, die de piramides op het dak heeft aangebracht en die het ondoorzichtige folie heeft aangebracht. Het was dan ook A die jegens degenen die het dak zouden betreden, onder wie haar eigen werknemers, werknemers van onderaannemers en derden, ervoor had te zorgen dat sprake was van een doorvalbeveiliging. De 'uitgangssituatie' mag niet gevaarlijk zijn. In zoverre was B voor zijn veiligheid mede afhankelijk van A. Over die 'uitgangssituatie' had A ook zeggenschap. Daarmee is dus tevens voldaan aan het tweede criterium voor toepasselijkheid van artikel 7:658 lid 4 BW.

Op Ridder en A rust de verplichting tot vergoeding van dezelfde schade, namelijk de schade van B. Zij zijn dus hoofdelijk verbonden. Voor de bepaling van hetgeen zij krachtens artikel 6:10 BW in hun onderlinge verhouding jegens elkaar moeten bijdragen, wordt de schade over hen verdeeld met overeenkomstige toepassing van artikel 6:101 BW, zo bepaalt artikel 6:102 BW. Het hof is van oordeel dat de schade grotendeels aan Ridder is toe te rekenen. Op Ridder als werkgever rustte primair de verantwoordelijkheid om voor de veiligheid van haar werknemers zorg te dragen. Die verantwoordelijkheid was bovendien in de verhouding met A vastgelegd in de door Ridder ondertekende overeenkomst, waarin is bepaald dat de opdracht inclusief veiligheid is. De verdeling die door het hof wordt aangebracht is 80% voor Ridder en 20% voor A.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 26-08-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:6672

Zaaknummer: 200.108.319

Rechters: H. van Loo, A.E.B. ter Heide en D. Aarts

Advocaten: F.A.M. Knuppe en A.E. Krispijn

Wetsartikelen: 7:658 BW en 6:101 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (SNCU)/werkgevers

SNCU bevoegd na het verstrijken van de AVV-periode handhavend en controlerend op te treden. Bevoegdheden SNCU niet in strijd met artikel 10 Wet AVV.

In de onderhavige procedure vordert SNCU van werkgevers dat zij de CAO voor Uitzendkrachten op correcte wijze naleven en met terugwerkende kracht alsnog op hun personeel (juist) toepassen. Voorts vordert SNCU betaling van de forfaitaire schadevergoeding wegens het niet tijdig overleggen van benodigde informatie. Onder meer staat de vraag centraal of SNCU bevoegd is op te treden na afloop van de algemeen verbindend verklaarde cao.

Het hof oordeelt als volgt. Gedurende de duur van de algemeenverbindendverklaring was werkgever gehouden de verplichtingen van de cao jegens zijn werknemers na te komen. De artikelen 45 en 46 van deze cao strekken ertoe te verzekeren dat de door deze cao gebonden werkgevers, waartoe gedurende de duur van de algemeenverbindendverklaring ook werkgever behoorde, hun cao-verplichtingen daadwerkelijk nakomen. De in die bepalingen neergelegde controlebevoegdheid van SNCU kan (in elk geval voor een deel) slechts achteraf wanneer alle relevante gegevens beschikbaar zijn, waaronder loongegevens over de voorbije periode, worden uitgeoefend. Met het Hof Den Haag in de zaak SNCU/Tido Vesta (arrest van 26 februari 2013, zaaknummer 200.074.770/01) is het hof van oordeel dat indien zou moeten worden aangenomen dat de bevoegdheden van SNCU zouden eindigen bij het verstrijken van de duur van de algemeenverbindendverklaring, deze bevoegdheden deels illusoir worden en de handhaafbaarheid van de cao sterk zou verminderen. De verplichting van de werkgever om de (materiële) cao-bepalingen jegens haar werknemers na te leven, betrekkelijk op – uitsluitend – de periode waarin de cao algemeen verbindend is, eindigt niet na afloop van de algemeenverbindendverklaring. De in en – uitsluitend – over die periode verkregen rechten van de werknemers dienen door de werkgever te worden gehonoreerd. Nakoming van die rechten kan ook nadat de algemeenverbindendverklaring waarop ze zijn gebaseerd is geëindigd, worden afgedwongen. Dit geldt mutatis mutandis ook voor de controlebevoegdheid

van SNCU en de in artikel 46 cao neergelegde bevoegdheid van SNCU om aanspraak te maken op een schadevergoeding.

Werkgevers hebben voorts aangevoerd dat de bevoegdheden van SNCU in strijd zijn met de wet en met name artikel 10 van de Wet AVV omdat controles naar de naleving van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen dienen te worden uitgevoerd door ambtenaren van de Arbeidsinspectie, voor welke ambtenaren een ambtsgeheim geldt en welk onderzoek niet het risico meebrengt dat persoonsgevoelige informatie van werknemers en concurrentiegevoelige gegevens over klanten, waar de betreffende werkgever actief is, terechtkomt bij bijvoorbeeld concurrenten of branchegenoten van de werkgever. Ook dit verweer moet worden verworpen. Evenals het Hof Den Haag in het hiervoor genoemde arrest van 26 februari 2013 acht het hof het stelsel van de algemeen verbindend verklaarde cao waarin aan SNCU diverse mogelijkheden tot het doen van onderzoek en het vorderen van (forfaitaire) schadevergoeding zijn toegekend, niet strijdig met de bepalingen van de Wet AVV. SNCU is, anders dan werkgevers stellen, niet aan te merken als een 'particuliere politiemacht' maar als een door werkgevers en werknemers gezamenlijk in het leven geroepen controleorgaan. Een dergelijk controleorgaan is niet in strijd met de bedoelingen van de wetgever. De stellingen van werkgevers laten zich overigens ook moeilijk rijmen met het gegeven dat de artikelen 45 en 46 van de cao en de Statuten en Reglementen van SNCU, door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid algemeen verbindend zijn verklaard. De stelling dat SNCU en/of CNCU bij de uitoefening van haar controlebevoegdheden de bepalingen van de Wet bescherming persoonsgegevens overtreedt, dan wel anderszins onzorgvuldig met de verkregen informatie omgaat, hebben werkgevers niet voldoende onderbouwd. De artikelen 1, 2 en 7 van Reglement II bevatten overigens waarborgen ten aanzien van het omgaan met privacygevoelige gegevens.

De stelling dat de Wet AVV zich verzet tegen het vorderen van schadevergoeding door SNCU voor haarzelf, faalt. Ten eerste is zoals ook het Hof Den Haag in zijn arrest van 26 februari 2013 heeft overwogen, SNCU geen 'derde' bij de cao aangezien zij is opgericht door de bij de cao betrokken partijen en haar bevoegdheden heeft verkregen op grond van de cao, middels delegatie en/of volmacht door deze partijen. Ten tweede faalt deze bestrijding omdat in deze procedure dient te worden uitgegaan van de rechtmatigheid van het besluit van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 13/15 september 2005 tot algemeenverbindendverklaring van de cao.

De kantonrechter heeft de vorderingen van SNCU uiteindelijk afgewezen op grond van 'algemene beginselen van behoorlijk toezicht' (waarmee hij kennelijk de in het verband van dit toezicht te hanteren normen van tijdigheid en zorgvuldigheid bedoelt) afgewezen. Het hof komt tot een ander oordeel en laat in het midden of 'algemene beginselen van behoorlijk toezicht' wel of niet rechtstreeks op SNCU van toepassing zijn.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-05-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:1888

Zaaknummer: 200.122.705/01

Rechters: A.M.A. Verscheure, J.E. Molenaar en L.A.J. Dun

Advocaten: M.D.H. Vergouwen en P.J.L.J. Duijsens

Wetsartikelen: 45 CAO Uitzendkrachten, 10 Wet AVV en Algemene beginselen van behoorlijk toezicht

RECHTSPRAAK

werkneemster/PNO

Uitleg concurrentiebeding. Verwijzing in het concurrentiebeding naar 'informatie hoe werkgever in de praktijk met het concurrentiebeding omgaat in het Handboek Arbeidsvoorwaarden' leidt tot inkleuring van het concurrentiebeding.

PNO ondersteunt bedrijven en instellingen met subsidiegerelateerde advisering over onder meer kennis, innovatie, technologie en strategie. Veel van de regelingen waarover PNO adviseert hebben een fiscale grondslag, zoals de S&O-aftrekvermindering (WVA), energie-investeringsaftrek (EIA/IB) en de Innovatiebox (VpB). Werkneemster is per 1 september 1999 als subsidieadviseur in dienst getreden van Arthur Andersen te Amsterdam. De subsidieactiviteiten van Arthur Andersen zijn in het geheel verkocht aan de maatschap Ernst & Young Belastingadviseurs (verder: Ernst & Young). Met ingang van 1 juli 2004 is werkneemster in dienst getreden van Ernst & Young. Per 1 augustus 2007 heeft Ernst & Young haar subsidieactiviteiten verkocht aan PNO. Werkneemster is krachtens overgang van onderneming in dienst getreden van PNO. Bij brief van 3 februari 2009 heeft PNO een concurrentiebeding voorgelegd ter ondertekening. Werkneemster heeft dit beding op 9 februari 2009 voor akkoord ondertekend. In januari 2010 is een nieuw concurrentiebeding getekend. Werkneemster heeft de arbeidsovereenkomst per 1 augustus 2010 opgezegd en is in dienst getreden van Deloitte. PNO heeft in eerste aanleg gevorderd, kort gezegd, werkneemster te bevelen het tussen partijen overeengekomen concurrentiebeding vastgesteld bij brief van 7 december 2009 onder Q en R (het concurrentiebeding) volledig na te komen en haar te verbieden haar werkzaamheden ter zake van de WBSO en/of WVA/S&O en de Innovatiebox en aanverwante regelingen voort te zetten, voor recht te verklaren dat werkneemster toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van het concurrentiebeding en diensgevolge schadeplichtig is jegens PNO. Zij heeft daartoe gesteld, kort gezegd, dat het werkneemster op grond van het concurrentiebeding niet is toegestaan gedurende een periode van twee jaar na einde dienstverband, derhalve tot 1 augustus 2012, werkzaamheden voor een zaak te verrichten die gelijk, gelijksoortig dan wel aanverwant zijn aan de werkzaamheden van PNO. De kantonrechter leidde uit de enkele

indiensttreding van werknemer bij Deloitte overtreding van het concurrentiebeding af en heeft de vordering van PNO toegewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Werknemer wijst erop dat het door haar getekende concurrentiebeding, de volgende toevoeging kent: 'Voor informatie over de vraag hoe PNO in de praktijk omgaat met het concurrentiebeding, wordt verwezen naar een apart artikel hierover in het Handboek Arbeidsvoorwaarden PNO.' Voor de uitleg van het concurrentiebeding is derhalve de inhoud van dit handboek van belang. Dit standpunt brengt, kort gezegd, mee dat niet van belang is of, wat PNO en Deloitte betreft, sprake is geweest van gelijke, gelijksoortige of aanverwante bedrijven, maar dat relevant is of advisering ten aanzien van subsidies (mede) deel uitmaakte van de inhoud van de nieuwe functie van werknemer bij Deloitte. Daaraan heeft werknemer echter toegevoegd dat zij bij PNO nimmer werkzaamheden heeft verricht in het kader van de zogenoemde Innovatiebox – een project waarmee werknemer volgens PNO na haar vertrek bij PNO het concurrentiebeding in het bijzonder heeft overtreden – en in dat kader in haar periode bij PNO evenmin enigerlei opleiding of training heeft genoten, zodat ook niet is voldaan aan het gestelde in het genoemde Handboek dat het concurrentiebeding dient om 'te voorkomen dat medewerkers na hun vertrek bij PNO met de opgedane kennis en/of vaardigheden de organisatie gaan beconcurreren ten aanzien van de werkzaamheden die bij PNO werden verricht'. Deze uitdrukkelijke toevoeging kan, gelet op de plaats waar deze wordt gegeven, op de wijze waarop deze is geformuleerd en op de ter bescherming van de werknemer strekkende regel dat de schriftelijk overeengekomen inhoud van een concurrentiebeding bepalend is voor de inhoud van dat beding, redelijkerwijs niet anders worden begrepen – en door werknemer dus redelijkerwijs niet anders zijn begrepen – dan als een nadere precisering van de inhoud van het concurrentiebeding. In die nadere precisering wordt allereerst de strekking van het beding weergegeven, te weten het voorkomen dat medewerkers na hun vertrek bij PNO met de opgedane kennis en/of vaardigheden de organisatie gaan beconcurreren ten aanzien van de werkzaamheden die bij PNO werden verricht. Daaraan wordt vervolgens onder meer toegevoegd dat voor consultants – waartoe werknemer behoorde – geldt dat zij niet in dienst kunnen treden bij een ander bureau dat zich (mede) richt op advisering ten aanzien van subsidies, voor zover dit adviesaspect een onderdeel uitmaakt van de nieuwe functie. Dit laatste komt er naar het oordeel van het hof op neer dat voor de beantwoording van de vraag of en, zo ja, in hoeverre werknemer het verbod van het beding heeft overtreden, allereerst van belang is of haar nieuwe functie bij Deloitte (mede) de advisering ten aanzien van subsidies inhield. Daar komt echter bij dat dit (nader gepreciseerde) verbod – naar partijen over en weer redelijkerwijs hebben moeten begrijpen – moet worden gelezen in de context van voornoemde strekking van het concurrentiebeding. Dit betekent dat het concurrentiebeding aldus moet worden begrepen dat het werknemer bij indiensttreding

van Deloitte gedurende één jaar verboden was te adviseren ten aanzien van subsidies, voor zover haar nieuwe functie bij Deloitte (mede) de advisering ten aanzien van subsidies inhield en voor zover zij in haar werkzaamheden bij PNO op dit punt kennis had opgedaan en/of vaardigheden had geleerd waarmee zij, als zij deze zelfde werkzaamheden voor Deloitte zou gaan verrichten, PNO na haar overstap zou beconcurreren. Op basis van deze uitleg komt het hof tot de slotsom dat geen sprake van schending van het concurrentiebeding is.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-05-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:1757

Zaaknummer: 200.109.886/01

Rechters: D.J. van der Kwaak, D. Kingma en W.H.F.M. Cortenraad

Advocaten: R.E.N. Ploum en Y.A.E. Vlassenroot

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Eye Media Solutions Ltd./A. c.s.

Overtreding concurrentie- of relatiebeding door voormalig werknemers die voor bepaalde in dienst zijn geweest van een audiovisueel producent en voor zichzelf zijn begonnen. Belangenafweging in voordeel werknemers.

Eye Media is een audiovisueel producent die is gespecialiseerd in multimedia-activiteiten in de meest brede zin van het woord. Vier werknemers (A, B, C en D) zijn voor bepaalde tijd in de functie van Programma Manager in dienst geweest van Eye Media. De arbeidsovereenkomsten bevatten een relatiebeding (A) of een concurrentiebeding (B, C en D). A en C hebben de arbeidsovereenkomst opgezegd, de arbeidsovereenkomsten van B en D zijn van rechtswege geëindigd. De werknemers zijn na het einde van de arbeidsovereenkomst met Eye Media voor zichzelf begonnen. Zij hebben allen een eenmanszaak opgericht, van waaruit zij diverse opdrachten uitvoeren, waaronder voor Stims Media. Eye Media stelt dat de werknemer hiermee in strijd handelen met het concurrentie- en/of relatiebeding. Eye Media vordert A, B en C te verbieden werkzaamheden voor Stims Media te verrichten en vordert van de vier werknemers betaling van verbeurde boetes.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De spoedeisendheid van de zaak vloeit voort uit de door Eye Media gestelde structurele overtreding van het relatie- dan wel concurrentiebeding door gedaagden. Ook wordt in aanmerking genomen dat, gelet op de nog beperkte geldigheidsduur van de bedingen, de uitkomst van een bodemprocedure niet kan worden afgewacht. De enkele omstandigheid dat Eye Media geruime tijd heeft stilgezeten, doet niet af aan haar spoedeisend belang bij haar vorderingen. De vordering jegens A wordt afgewezen. Smits (bestuurder en aandeelhouder van Stims Media) heeft werkzaamheden verricht voor Eye Media en kan daarom niet worden aangemerkt als een relatie zoals bedoeld in het relatiebeding. Voorts is niet gesteld of gebleken dat werknemer relaties van Eye Media heeft benaderd. Ten aanzien van B en C wordt geoordeeld dat zij het concurrentiebeding hebben overtreden. Daartegenover staat dat het concurrentiebeding van B en C geldig is voor één jaar. Gedurende deze periode is het niet toegestaan om in heel Nederland voor een bedrijf te werken dat zich bezighoudt met 'branded content', hetgeen hen aanzienlijk zal belemmeren in het vinden van

werk in de mediabranche. B en C zijn slechts negen respectievelijk dertien maanden voor Eye Media werkzaam geweest op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde, vrij korte tijd. Stims Media is de grootste opdrachtgever en het verlies daarvan zou dan ook leiden tot een groot inkomensverlies. In aanmerking nemende dat Eye Media niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij concreet schade heeft geleden als gevolg van de werkzaamheden van B en C bij Stims Media, wordt geoordeeld dat B en C onbillijk worden benadeeld door het concurrentiebeding. De gevorderde betaling van verbeurde boetes wordt onder verwijzing naar HR 14 april 2000, *NJ* 2000/489 afgewezen, omdat een spoedeisend belang bij deze vordering ontbreekt.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-10-2014

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2014:8636

Zaaknummer: 3271432 / VV EXPL 14-436

Rechters: G.J. Heevel

Advocaten: R.P. Zieltjens en R.E.M. Vink-Dijkstra

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

X/Enexis B.V.

Werknemer is in dienst van payrollonderneming EasyStaff, wordt uitgeleend aan Energie Register en doorgeleend aan Enexis. Enexis is geen formeel werkgever.

X is in de periode van 4 januari 2010 tot 1 augustus 2013 via Tempo-Team tewerkgesteld bij Enexis op basis van een uitzendovereenkomst. Enexis is sedert 1 januari 2009 actief als transporteur van gas en elektriciteit. Enexis als opdrachtgever en Energie Register als opdrachtnemer hebben op 30 augustus 2013 een overeenkomst gesloten ten behoeve van de inleen/detachering van X gedurende de periode van 2 september 2013 tot en met 31 december 2013. Daarnaast hebben Energie Register en X afspraken gemaakt omtrent loon en overige arbeidsvoorwaarden. Per 2 september 2013 heeft X via bemiddeling van Energie Register een zogeheten payrollovereenkomst gesloten met EasyStaff dat maandelijks zorg heeft gedragen voor de uitbetaling van het loon aan X en aan hem periodiek loonspecificaties heeft verstrekt. Bij e-mail d.d. 7 juli 2014 heeft Energie Register aan EasyStaff meegedeeld dat de overeenkomst betreffende de inleen van X niet wordt verlengd. X stelt dat hij op grond van artikel 7:668a BW voor onbepaalde tijd in dienst is van Enexis.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Over de payrollconstructie bestaat wisselende rechtspraak. X is de eerste twee jaar door uitzendbureau Tempo-Team uitgeleend aan Enexis. Daarna heeft hij een payrollovereenkomst gesloten met EasyStaff welk bedrijf hem heeft uitgeleend aan Energie Register. Energie Register heeft X op haar beurt doorgeleend aan Enexis. Anders dan te doen gebruikelijk heeft X zijn vordering niet ingesteld tegen Energie Register of EasyStaff, maar tegen Enexis. Alleen de vraag of tussen X en Enexis een arbeidsovereenkomst is ontstaan dient in een voorlopig oordeel te worden beantwoord. Onder verwijzing naar onder andere het arrest Groen/Schoevers (HR 14 november 1997, NJ 1998/149) wordt geoordeeld dat vooralsnog genoegzaam aannemelijk is dat het niet de bedoeling van partijen is geweest om een arbeidsovereenkomst met elkaar aan te gaan. Zo heeft X gedurende de eerste twee jaar op basis van een uitzendovereenkomst gewerkt voor Enexis, zodat er in het licht van artikel 7:690 BW geen twijfel over kan bestaan dat Tempo-Team en niet Enexis toen als werkgever had te gelden. Na ommekomst van twee jaar hadden

partijen het voornemen om hun materiële werkrelatie te continueren. Ook toen was het evident dat Enexis in het kader van het door haar gevoerde personeelsbeleid in verband met sterke veranderingen in de markt geen arbeidsovereenkomst met X wenste aan te gaan. Bovendien kon van een geruisloze vervanging van de inleenovereenkomst door een arbeidsovereenkomst ingevolge de heersende jurisprudentie (ABN AMRO/Malhi, HR 5 april 2002) evenmin sprake zijn. Voorts wordt meegewogen dat Enexis niet betrokken is geweest bij de onderhandelingen tussen X en Energie Register, dat de hoogte van het door X ontvangen loon via EasyStaff niet was gebaseerd op het bij Enexis gehanteerde cao-loon en dat X zich met vragen over zijn arbeidsvoorwaarden diende te wenden tot Energie Register en niet tot Enexis. Niet kan worden gezegd dat er een gerede kans bestaat dat de bodemrechter de relatie van partijen zal kwalificeren als een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:610 BW en de vorderingen van X zal toewijzen. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 07-10-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:4859

Zaaknummer: 3372872 VV EXPL 14-110

Rechters: A. Fokkema

Advocaten: S. Scheltinga en M.O. de Bont

Wetsartikelen: 7:610 BW en 7:668a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Nyenrode New Business School B.V. c.s.

Hoewel schorsing bestuurder NNBS wegens een onherstelbare vertrouwensbreuk op onbehoorlijke wijze heeft plaatsgevonden, weegt het belang van bestuurder bij wedertewerkstelling tot de datum van de AVA niet op tegen het belang van NNBS bij handhaving van de schorsing.

Werknemer heeft op 28 oktober 2005 met twee anderen de New Business School B.V. (hierna: NNBS) opgericht. Deze vennootschap is sinds 29 december 2010 een zelfstandige dochtermaatschappij van Nyenrode en heeft sindsdien ook de naam Nyenrode gedragen. Nyenrode is een dochtermaatschappij van Universiteit Nyenrode B.V. (hierna Universiteit Nyenrode). Werknemer is sinds 2005 Dean van NNBS. Als zodanig is hij laatstelijk werkzaam op basis van een op 29 december 2010 met NNBS overeengekomen arbeidsovereenkomst. Tijdens een gesprek op 18 september 2014 is werknemer door een lid van de RvC van NNBS per direct geschorst als Dean en bestuurder van NNBS. In het schriftelijke schorsingsbesluit, dat werknemer ter plaatse is aangereikt, is als reden voor de schorsing gegeven een door de RvC geconstateerde ‘incompatibilité des humeurs’ tussen werknemer, de RvC en de aandeelhouder van NNBS (Nyenrode). Werknemer is ten slotte uitgenodigd voor een algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) van NNBS van 6 oktober 2014, alwaar hij zal worden gehoord over het voornemen van Nyenrode om hem als bestuurder en werknemer van NNBS te ontslaan. Werknemer vordert opheffing van de schorsing, dat aan alle betrokkenen wordt bericht dat hij ten onrechte is geschorst en dat de AVA waarop onder meer zijn ontslag is geagendeerd wordt uitgesteld.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. De schorsing van werknemer als bestuurder van NNBS heeft niet op behoorlijke wijze plaatsgevonden. Uit de correspondentie die tussen partijen direct voorafgaand aan 18 september 2014 is gevoerd blijkt niet dat werknemer had behoeven te vermoeden dat de door het bestuur voorgestelde bespreking om de geschilpunten nogmaals met Nyenrode door te nemen, door Nyenrode en de RvC van NNBS zou worden aangegrepen om hem te schorsen. Hij heeft zich daarop derhalve niet kunnen voorbereiden. Werknemer is voorts na de schorsing tot 11:00 uur de tijd gegund om op het hem ter hand

gestelde conceptcommuniqué te reageren. Dat is gelet op de impact van de beslissing voor werknemer onredelijk kort. De schorsing van werknemer heeft op een onbehoorlijke wijze en in strijd met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 2:8 BW plaatsgevonden.

Echter, gelet op de aangekondigde datum van de AVA op 6 oktober 2014 weegt het belang van werknemer om vóór die datum weer aan het werk te kunnen, niet op tegen het belang dat de RvC, althans Nyenrode heeft bij het handhaven van de schorsing. De RvC heeft werknemer geschorst omdat volgens Nyenrode sprake is van een vertrouwensbreuk die heeft geleid tot een acuut onhoudbare situatie. Nyenrode heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat op 18 september 2014 van een dergelijke situatie sprake was. Nyenrode heeft daartoe gewezen op de correspondentie die tussen partijen in de afgelopen anderhalf jaar heeft plaatsgevonden in het kader van de pogingen die partijen hebben ondernomen om de bestaande geschilpunten over de (mate van) bemoeienis van Nyenrode met NNBS en (het uitblijven van) een loonsverhoging voor het bestuur op te lossen. Aangezien Nyenrode de enige aandeelhouder is van NNBS, is op grond van de onherstelbare vertrouwensbreuk zeer aannemelijk dat op de AVA van 6 oktober 2014 tot het ontslag van werknemer zal worden besloten. Derhalve valt niet te verwachten dat werknemer nog als bestuurder bij NNBS zal terugkeren. Werknemer heeft niet weersproken dat de oproeping van de AVA met inachtneming van alle formele vereisten heeft plaatsgevonden. Voor een afkoelingsperiode, zoals door werknemer bepleit, bestaat voorshands op gronden van redelijkheid en billijkheid geen aanleiding. Voor uitstel van de AvA bestaat dan ook geen grond. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 03-10-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:6895

Zaaknummer: C/13/572529 / KG ZA 14-1174 JA/MRSB

Wetsartikelen: 2:8 BW, 2:257 BW en 2:15 BW

RECHTSPRAAK

X

Vennoot van werkgeefster is niet ontvankelijk in wrakingsverzoek, omdat het verzoek pas enkele dagen na de mondelinge behandeling is ingediend.

X is als vennoot van de werkgeefster en daarom als partij, betrokken geweest bij de behandeling van een arbeidszaak. Hij ervaart tijdens de mondelinge behandeling die plaatsvond op 26 augustus 2014, dat de rechter partijdig is en wil daarom de rechter wraken. Dat doet hij in zijn op 31 augustus 2014 gedateerde brief die door de rechtbank op 1 september 2014 is ontvangen. X stelt dat mr. Terpstra tijdens die mondelinge behandeling van aanvang af kenbaar maakte dat hij vond dat de werkgeefster een verwijt kon worden gemaakt van het arbeidsgeschil met de werknemer en dat mr. Terpstra daaraan ook de conclusie verbond dat de werkgeefster in ieder geval een bepaalde vergoeding aan de werknemer zou moeten gaan betalen. X stelt verder dat daaruit blijkt dat mr. Terpstra de zaak niet goed had voorbereid en dat hij de zaak daarom ook niet objectief en neutraal heeft behandeld. Bovendien is de onderhandelingspositie van X daardoor verzwakt. Volgens X blijkt uit een en ander een ernstige schijn van partijdigheid.

De rechtbank oordeelt als volgt. Artikel 37 Rv brengt met zich dat het verzoek tot wraking moet worden gedaan zodra de feiten die aanleiding geven tot het verzoek aan de verzoeker bekend zijn geworden. Het borgt daarmee dat het ernstige gebrek dat aan de behandeling van een zaak kleeft wanneer de onpartijdigheid van een rechter in twijfel wordt getrokken, direct kenbaar wordt gemaakt. In de memorie van toelichting (*Kamerstukken II* 1999/2000, 26855, 3, p. 66) staat dienaangaande dat een wrakingsverzoek kan worden ingediend in elke stand van het geding, dus ook nog na afloop van de behandeling. Het is namelijk zeer wel mogelijk dat dan pas feiten of omstandigheden blijken waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden. De rechtbank leest de toelichting aldus dat de mogelijkheid om na afloop van de behandeling een wrakingsverzoek in te dienen niet geboden hoeft te worden indien terstond tijdens de zitting zich dergelijke feiten of omstandigheden voordoen. De rechtbank vindt hiervoor steun in de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 7 april 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AW1287, waarin de Raad van State heeft geoordeeld

dat indien de feiten en omstandigheden die aan het wrakingsverzoek ten grondslag zijn gelegd zich ten laatste tijdens de zitting hebben voorgedaan, dit betekent dat indien het verzoek enige tijd na de zitting wordt gedaan, niet is voldaan aan het vereiste van een tijdige indiening. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is gebleken dat de feiten en omstandigheden waarop X zijn wrakingsverzoek heeft gebaseerd zich alle ten laatste tijdens de zitting van 26 augustus 2014 hebben voorgedaan, zodat van X mocht worden gevergd dat hij tijdens de mondelinge behandeling of kort daarna kenbaar had gemaakt dat hij de rechter wilde wraken en niet zoals hij heeft gedaan, pas enige dagen nadien. X wordt niet-ontvankelijk verklaard in zijn verzoek.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 19-09-2014

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2014:5237

Zaaknummer: C18/150711/PR RK 14-316

Rechters: B.R. Tromp, E.M. Visser en P.G. Wijtsma

Wetsartikelen: 36 Rv en 37 Rv