



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

JAR Verklaard 25 februari 2005

Beltzer, R.M.; Vegter, M.S.A.

Published in:
Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Beltzer, R. M., & Vegter, M. S. A. (2005). JAR Verklaard 25 februari 2005. *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 2005.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <http://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

JAR Verklaard 13 december 2004

CAO-recht

Tot het arrest Gerritse/Has uit september 1993 ging men ervan uit dat de Haviltex-norm voor de uitleg van alle overeenkomsten – individueel of collectief – van toepassing was. Die norm luidt: “Voor de beantwoording van de vraag hoe bepalingen van een overeenkomst moeten worden uitgelegd komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.” In september 1993 besliste de Hoge Raad dat voor de uitleg van CAO-bepalingen een andere norm geldt dan deze Haviltex-formule. Bij de uitleg van CAO-bepalingen zijn de bewoordingen ervan, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis. De ratio van deze maatstaf is, zo valt uit dit arrest en latere arresten af te leiden, dat de individuele werknemers op wie de CAO-bepalingen van toepassing zijn, niet bij de totstandkoming ervan betrokken zijn. De bedoelingen die aan de onderhandelingstafel een rol gespeeld hebben en de verwachtingen die daar gewekt zijn, zijn hun niet bekend. Daarom moeten de werknemers kunnen vertrouwen op de tekst van de CAO.

In de tussentijd was er nog wat onzekerheid over de vraag of het er nu toe deed wie een beroep de op de CAO-bepaling deed. Zo stelde de Haagse Rechtbank tot twee maal toe dat dit inderdaad uitmaakte. In de eerste zaak waren aan werknemerskant vakbonden partij in het geding en in de tweede zaak waren dat individuele werknemers. Volgens deze rechtbank moest in de eerste zaak daarom de CAO-norm worden toegepast en in de tweede zaak de Haviltex-norm. De Hoge Raad had het immers in de zaak Gerritse/Has zo duidelijk over de positie van de werknemer en wat die allemaal wel en niet kon weten over de uitleg van een CAO-bepaling. Dat vond weer geen genade bij de Hoge Raad in het arrest Akzo Nobel/FNV, omdat het niet aanvaardbaar is dat een bepaling op verschillende wijze zou moeten worden uitgelegd al naar gelang wie om de uitleg vroeg.

Al snel werd de CAO-norm bekend onder de naam “grammaticale uitleg”. In een aantal arresten uit 2002 en 2003 heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat het predikaat “grammaticaal” misplaatst is. De voor CAO-bepalingen voorgeschreven norm, aldus de Hoge Raad is geen grammaticale maatstaf. Veeleer houdt die norm in dat moet worden vastgesteld welke betekenis *naar objectieve maatstaven* volgt uit de bewoordingen waarin de CAO en de toelichting daarop zijn gesteld. Daarbij komt het – anders dan in het kader van de Haviltex-norm – niet aan op de subjectieve bedoelingen van de partijen, maar kan blijkens het arrest van 31 mei 2002 wel acht worden geslagen op de elders in de CAO gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.

Maar wanneer gold nu welke maatstaf? Volgens de Hoge Raad moest een sociaal plan in ieder geval volgens de CAO-norm worden uitgelegd. Maar hoe zit dat met een pensioenregeling? Algemene voorwaarden? Een vaststellingsovereenkomst? De literatuur heeft zich uitbundig met deze vraag beziggehouden. Het lijkt erop alsof de Hoge Raad nu met het arrest DSM/Fox meer duidelijkheid heeft geschapen. De Raad gaat namelijk niet alleen in op de hem voorliggende zaak, maar geeft bijna college.

Casus DSM/Fox

Fox is in april 1954 in dienst getreden bij de Staatsmijnen. Sinds zijn indiensttreding heeft Fox pensioenaanspraken opgebouwd. Aanvankelijk geschiedde die opbouw op basis van de pensioenregeling van het Algemeen mijnwerkersfonds. In de jaren '70 is Fox in dienst gekomen van de rechtsoptvolgster van de Staatsmijnen, DSM Limburg B.V. Per 1 januari 1973 is de pensioenopbouw voortgezet bij het Pensioenfonds van DSM-Chemie – PDC. De pensioenopbouw geschiedde op grond van het door PDC gehanteerde reglement. Ergens in de jaren zeventig is Fox arbeidsongeschikt geraakt. Met ingang van maart 1977 ontving hij een arbeidsongeschiktheidsuitkering op basis van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80 tot 100%. Per 1 november 1978 werd het dienstverband van Fox beëindigd. Na beëindiging van zijn dienstverband is Fox “passief” lid gebleven van PDC, hetgeen inhield dat zijn pensioenopbouw werd voortgezet zonder dat premies behoeften te worden afgedragen. Fox is kort daarop werkzaam geworden in de Sociale Werkvoorziening. Omdat de Wet Sociale Werkvoorziening tot 1990 geen pensioenregeling kende, konden WSW-werknemers tot die datum deelnemen aan een individuele spaarregeling, de zogenaamde Aanvullende OudedagsVoorziening – AOV. Deze regeling voorzag erin dat de deelnemer een spaarrekening kreeg bij een fonds, waarop maandelijks een deel van het WSW-loon werd gestort. Het fonds beheerde het tegoed en keerde dat, vanaf het moment dat de spaarder 65 werd, in termijnen uit. Per 1 januari 1990, toen ook in het kader van de WSW een pensioenregeling tot stand kwam, kreeg Fox de mogelijkheid het saldo van zijn spaarrekening in te brengen in het WSW-pensioen. Daarvan heeft Fox geen gebruik gemaakt. Per 1 december 1999 is Fox vervolgens pensioengerechtigd geworden. Doordat zijn pensioenopbouw na beëindiging van het dienstverband bij DSM door PDC was voortgezet, had Fox bij dat fonds een maximaal pensioen opgebouwd. Naast dit pensioen had Fox vanaf de pensioengerechtigde leeftijd tot 1 januari 2006 uit hoofde van zijn AOV-rekening aanspraak op een maandelijks uitkering van NLG 137,65. Fox zal dit hebben beschouwd als een extraatje bovenop zijn reguliere PDC-pensioen; PDC dacht daar anders over en kortte het pensioen van Fox met het bedrag dat hij maandelijks van zijn AOV-rekening ontving en beriep zich daartoe op art. 16 lid 5 van de bij het pensioenreglement behorende overgangsbepalingen, waarin de navolgende anti-cumulatieregeling was vervat (p. 475):

“Op het pensioen ingevolge dit reglement voorzover verworven over de jaren na beëindiging van het lidmaatschap welke ingevolge het bepaalde in art. 5 lid 1 voor 100% in aanmerking zijn genomen, komt, wanneer het betrokken gewezen lid geen gebruik heeft gemaakt van de bestaande mogelijkheid het lidmaatschap van het fonds te continueren, in mindering het pensioen dat betrokkene over die jaren elders op grond van een arbeidsverhouding heeft verkregen.”

De uitkeringen die Fox ontving uit hoofde van zijn AOV-rekening waren volgens PDC aan te merken als “pensioen” in de zin van art. 16 lid 5, zodat het haar vrijstond om die uitkeringen in mindering te brengen op het pensioen. Fox heeft de toelaatbaarheid van de korting bestreden; hij zag zijn AOV-gelden als spaarcenten en niet als pensioen.

De Hoge Raad overwoog dat tussen de Haviltex-norm en de CAO-norm geen tegenstelling, maar een vloeiende overgang bestaat. Bij de toepassing van de Haviltex-norm geldt dat, indien de inhoud van een overeenkomst in een geschrift is vastgelegd – nog afgezien van het bepaalde in art. 3:36 BW in de verhouding tot derden – de argumenten voor een uitleg van dat geschrift naar objectieve maatstaven aan gewicht winnen in de mate waarin de daarin belichaamde overeenkomst naar

haar aard meer is bestemd de rechtspositie te beïnvloeden van derden die de bedoeling van de contracterende partijen uit dat geschrift en een eventueel daarbij behorende toelichting niet kunnen kennen en het voor de opstellers voorzienbare aantal van die derden groter is, terwijl het geschrift ertoe strekt hun rechtspositie op uniforme wijze te regelen.

De CAO-norm leidt daarentegen niet tot een louter taalkundige uitleg, maar tot een uitleg naar objectieve maatstaven, waarbij onder meer acht kan worden geslagen op de elders in de CAO (en de toelichting daarop) gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden.

Er is dus sprake van een glijdende schaal. Of de ene of de andere norm als *principe* wordt gehanteerd, is nog wel van belang: bij de CAO-norm lijken interpretatiefactoren die niet objectief kenbaar zijn per definitie geen rol te mogen spelen. Bij de Haviltex-norm kunnen dergelijke factoren aan belang winnen naarmate de regeling naar haar aard minder bestemd is een groeiende groep derden uniform te binden. Welke van de twee normen als uitgangspunt wordt gekozen, hangt af van het antwoord op de vraag of het gaat om een regeling met een regulier contractueel karakter (dan geldt de Haviltex-norm) of om een regeling waaraan later anderen dan contractspartijen contractueel gebonden worden, zoals een CAO of een pensioenreglement (dan geldt de CAO-norm).

De Hoge Raad kon in zijn arrest van 2 april 2004 (*JAR* 2004/255) daarom de Haviltex-norm toepassen op de uitleg van een tussen werkgever en werknemer gesloten vaststellingsovereenkomst.

Langs deze lijnen oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 9 juli 2004 (*JAR* 2004/189) dat op de uitleg van een in een arbeidsovereenkomst opgenomen CAO-bepaling de Haviltex-norm van toepassing is: het gaat immers om een bepaling met een regulier contractueel karakter – de door werkgever en werknemer zelf gesloten arbeidsovereenkomst. Dat het onderwerp van de overeenkomst vervolgens ontleend is aan een regeling waarop zelf de CAO-norm van toepassing is, doet niet ter zake. Daarentegen stelde de Kantonrechter te Hoorn dat de CAO-norm van toepassing is op de uitleg van een sociaal plan (24 mei 2004, *JAR* 2004/141, zie eerder HR 26 mei 2000, *NJ* 2000, 473) en oordeelde de Kantonrechter te Zwolle in gelijke zin over een VUT-regeling (16 juli 2004, *JAR* 2004/217). Ook op een afspraak tussen een curator en een potentiële koper van de failliete onderneming is de CAO-norm van toepassing, indien en voorzover derden rechten aan die overeenkomst kunnen ontleen (HR 1 oktober 2004, *JAR* 2004/257). Dat is misschien een wat bijzondere en daarom schets ik kort de casus. Het ging hier om een taxicentrale – altijd goed voor HR-uitspraken – die failliet was verklaard. De curator vindt een koper, TCM, die alle activa van het failliete bedrijf overneemt. In de overnameovereenkomst neemt de koper op zich al het personeel over te nemen. Dat vind ik redelijk bijzonder, omdat er geen sprake kan zijn van overgang van onderneming, want die regeling geldt nu juist niet in faillissement. Om te voorkomen dat iemand buiten de boot viel, heeft de curator deze afspraak aan alle werknemers gemeld. Een zekere mevrouw Gesink werkte bij de failliet als centraliste en moest nu bij TCM op de taxi. Daar had zij geen zin in. Moest TCM haar haar oude functie aanbieden? De eerste vraag was of Gesink überhaupt rechten kon ontleen aan de overeenkomst tussen TCM en de curator. Volgens de Hoge Raad wel, omdat sprake was van een derdenbeding. Voorts werd een parafrasering van de CAO-norm toegepast. Dat is te begrijpen, omdat het hier gaat om een overeenkomst tussen twee partijen die gevolgen heeft voor een duidelijk door partijen voorzienbare groep derden.

Wat pensioenreglementen betreft, is het van belang op te merken dat deze soms wel en soms niet een regulier contractueel karakter hebben. Daarom kon de Hoge Raad in het arrest Pieterse/Nationale Nederlanden (18 oktober 2002, NJ 2003, 258) oordelen dat op de pensioenregeling de Haviltex-norm van toepassing was, terwijl in DSM/Fox de CAO-norm gold: in het eerste geval ging het namelijk om een regeling die werkgever en werknemer zelf waren overeengekomen; in DSM/Fox ging het om regeling tussen DSM en het pensioenfonds van DSM, waaraan Fox indirect – dus niet als contractspartij - gebonden werd.

AVV en afwijking

Het tussen de CNV Dienstenbond en FNV Kiem enerzijds en Smead Europe BV anderzijds haalde de nationale pers (Ktr. Groningen 6 augustus 2004, JAR 2004/198). Smead is een bedrijf dat zich bezighoudt met het maken van ordners, opbergmappen en hangmappen. Smead had in een enquête aan zijn werknemers de vraag voorgelegd of zij instemden met verlenging van hun werkweek van 36 naar veertig uur, overigens zonder enige compensatie. De reden voor de verlenging lag in de penibele situatie waarin Smead zou verkeren, reden waarom ook de ondernemingsraad met de verlenging instemde. Uit de enquête bleek dat de werknemer in de vestigingen in Hoogezand en Reuver met de veertigurige werkweek instemden, het personeel in de vestiging Coevorden was grotendeels tegen, reden waarom daar de 36-urige werkweek bleef gelden. De Grafimedia-CAO kent een werkweek van 36 uur. Deze CAO is algemeen verbindend verklaard. De bonden stelden dat Smead met de introductie van de veertigurige werkweek in twee van de drie vestigingen art. 3 Wet AVV overtrad, welke bepaling de nietigheidssanctie verbindt aan (voor de werknemer ongunstige) afwijkingen van algemeen verbindend verklaarde CAO-bepalingen. Smead probeerde het eerst met de stelling dat het niet onder de CAO viel, maar moest toch volgens de kantonrechter worden beschouwd als een grafisch nawerkingsbedrijf als bedoeld in die CAO. Dat Smead het niet zou redden met dit argument bleek al uit het feit dat het altijd die CAO had toegepast. Als u hier meer van wilt weten, lees overweging 2.1 op p. 1138-1139. Uiteraard past de kantonrechter voor de uitleg van de CAO de CAO-norm toe. Smead verweerde zich voorts met de stelling dat de werknemers (en de ondernemingsraad) zelf hadden ingestemd, en dat het toch niet aanging dat de bonden die democratische proces konden verstoren. Dit soort geluiden is ook in de kranten waarneembaar geweest. Ze hebben niet mogen baten. Zelfs als alle werknemers hadden ingestemd met een veertigurige werkweek, dan nog had de werkgever niet de vrijheid gehad af te wijken van de algemeen verbindend verklaarde bepaling omtrent de 36-urige werkweek. Het wezen van algemeenverbindendverklaring brengt dat mee, nu het overeenkomen een verslechtering van het arbeidsvoorwaardenpakket aan de macht van partijen bij de arbeidsovereenkomst is onttrokken. Daarbij merkte de kantonrechter op de werknemer veelal niet als serieuze onderhandelingspartner is aan te merken, gezien de ongelijke posities op bedrijfsniveau. Dat laatste is overigens koren op de molen van de voorstanders van de gedachte dat werknemers heel goed voor zichzelf kunnen opkomen. Het aanvaarden van de mogelijkheid van de werknemer vrijwillig afstand te doen van rechten die uit een CAO voortvloeien vormt volgens de kantonrechter 'de bijl aan de wortel van het algemeen als waardevol beschouwde collectieve arbeidsrecht, althans aan de CAO als instrument.'

Maar de ondernemingsraad had ook ingestemd? Die vertegenwoordigt toch het personeel? Dat kun je je afvragen, maar wat je daar ook van vindt: hier zit denk ik art. 27 lid 3 WOR in de weg. Aan de ondernemingsraad komt simpelweg niet de bevoegdheid toe iets met de ondernemer te regelen indien de betreffende zaak al in de CAO is afgedicht. Dat was in dit geval zo.

Saillant is hier overigens dat met de bonden heel goed te praten was geweest over een 40-urige werkweek. De CAO bood die mogelijkheid ook. Volgens FNV Kiem had Smead echter categorisch overleg geweigerd.

Deze uitspraak heeft overigens een precedent in de zaak FNV/Kuypers. Ook daar had zelfs het gehele personeel ingestemd met het afzien van een persoonlijke toeslag, bovendien zou een deel van het personeel worden teruggeschaald. Complicatie was hier dat er een CAO-loze periode was waarin de afspraak wel had kunnen gelden, maar dat werd meteen teniet gedaan door een volgende CAO die met terugwerkende kracht ging gelden, waardoor de afspraak alsnog nietig was. Hier ging het overigens om art. 12 Wet CAO, maar dat bevat dezelfde absolute nietigheid als art. 3 WAVV.

Overgang van onderneming

SHEET overgang van onderneming

In de vorige *JAR Verklaard* is aan de hand van het arrest Sodexho (HvJEG 6 november 2003, *JAR* 2003/298) uitgebreid ingegaan op het vereiste van identiteitsbehoud bij overgang van onderneming. Daar kwam de zogenaamde cirkelredenering aan de orde: indien een werkgever een onderneming overneemt in de arbeidsintensieve sector, is het voor het antwoord op de vraag of sprake is van een overgang van onderneming in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW van belang of een wezenlijk deel van het personeel is overgegaan. Is dat zo, dan is het resultaat dat ál het personeel is overgegaan. Kiest vreemde situatie dat indien deze overnemer ervoor kiest juist geen wezenlijk deel van het personeel over te nemen, het gevolg is dat er geen overgang van onderneming plaatsvindt. De redenering dat indien een onderneming overgaat, vervolgens het personeel mee overgaat, wordt dus als het ware tevens omgedraaid: gaat (een wezenlijk deel van) het personeel over, dan gaat de onderneming over en gaat alsnog ál het personeel over. Dat deed zich voor bij een zaak die de Rechtbank Arnhem op 11 augustus 2004 beoordeelde. Mesos Medisch Centrum liet schoonmaken door schoonmaakbedrijf ISS. Op enig moment zegde Mesos de overeenkomst met ISS op omdat het zelf ging schoonmaken ('insourcing' dus). De rechtbank stelde, in navolging van hetgeen het Europese Hof hierover meerdere malen heeft gesteld, dat de groep werknemers van ISS een economische eenheid vormt, nu de onderneming zich in de schoonmaakbranche bevindt en personeel daar in het algemeen de belangrijkste productiefactor is. Nu Mesos niet een wezenlijk deel van deze werknemers had overgenomen, was geen sprake van een overgang van onderneming. Het beroep van ISS op overname van materiële activa door Mesos, zoals in de zaak Sodexho was geschied, kon niet slagen, nu 'de omstandigheden van (dat) geval speelden tegen de achtergrond van een sector waar arbeidskrachten in tegenstelling tot de schoonmaakbranche niet de voornaamste productiefactor zijn'. Kortom: indien u te maken krijgt met een overnamesituatie - en u weet dat out- en insourcing daar ook onder vallen - en het gaat om werkzaamheden in de arbeidsintensieve sector - schoonmaken, bewakingsdiensten - en u treedt op voor de verkrijger die niet al het personeel wil, druk hem dan op het hart dat hij altijd minder dan de helft van het personeel overneemt. Neemt hij

namelijk meer over, dan zal dat snel een wezenlijk deel van het personeel zijn en zit hij dientengevolge vast aan al het personeel, dat ook nog eens de oude arbeidsvoorwaarden houdt. Soms heb je weinig keus, zoals in een zaak voor het Hof Den Bosch van 7 september 2004 (*JAR* 2004/175). Zie het cursieve stukje bij de uitspraak (p. 1542-1543).

Ontslagvergunning en overgang

SHEET Overname rechten en plichten

Uitleg 7:663 BW.

Kun je misschien, als je toch al als vervreemder bezig bent met het verkopen van je onderneming en alvast een CWI-vergunning hebt aangevraagd, alvast de arbeidsovereenkomst met de werknemer opzeggen onder de opschortende voorwaarde dat je de CWI-vergunning krijgt? Dat is wel makkelijk, want anders moet de vervreemder, als die je kwijt wil, zelf nog zo'n vergunning vragen. Dat kost allemaal tijd. Het Hof Den Bosch oordeelde op 9 maart 2004 (*JAR* 2004/82) van niet. De werknemer, Engelen, was als monteur werkzaam bij SDN. Op 3 april 2003 wordt hem medegedeeld door de directeur van SDN, Roijackers, dat zijn arbeidsovereenkomst zal worden opgezegd wegens het sluiten van de onderneming van SDN per 1 mei. Eind april wordt aan de RDA toestemming voor deze opzegging gevraagd. Die toestemming wordt verkregen (uit de casus blijkt niet precies wanneer) en SDN zegt vervolgens in augustus 2003 de arbeidsovereenkomst met Engelen op. In de tussentijd was echter de onderneming van SDN reeds overgegaan naar TSR, van welke onderneming Roijackers tevens directeur was. Er was sprake geweest van een overgang van onderneming, aldus het hof.

Maar nu: kon de arbeidsovereenkomst van Engelen rechtsgeldig door SDN worden opgezegd? SDN was volgens Engelen op het moment van opzegging zelf geen werkgever meer – dat was TSR door de overgang geworden. Het hof maakt twee opmerkingen die van belang zijn. Ten eerste stelt het hof dat de vóór overgang van de onderneming van SDN gedane 'opzegging' (op 3 april 2003) niet als een geldige, voorwaardelijke opzegging kan worden beschouwd, waarbij de voorwaarde bestaat uit het ná overgang verkrijgen van toestemming van (toen nog) de RDA. Dat zou immers in strijd zijn 'met het gesloten ontslagstelsel en de wettelijke ontslagbescherming'. Naar wat het hof exact voor ogen heeft, blijft het gissen, al zou ik als schot voor de boeg willen stellen dat het hof mede het oog heeft gehad op het bepaalde in art. 7:670 lid 8 BW, dat een opzegging wegens de overgang verbiedt.

Uit de feiten blijkt immers dat Roijackers de activiteiten van SDN bijna 'één op één' heeft voortgezet in TSR. Al was hem bij de aanzegging van het ontslag aan Engelen niet direct duidelijk dat hij zélf de onderneming van SDN in TSR zou exploiteren, wel lijkt van meet af aan de bedoeling te zijn geweest dat de onderneming van SDN zou worden overgedragen (zie r.o. 4.7, p. 461). Een ontslag met een overgang in zicht dient extra goed beargumenteerd te worden, wil men niet tegen het opzegverbod van art. 7:670 lid 8 BW aanlopen.

De tweede opmerking van het hof betreft de overdraagbaarheid van de door het CWI gegeven ontslagvergunning. De ontslagvergunning was aan SDN verleend, maar SDN wilde de arbeidsovereenkomst met Engelen opzeggen op het moment dat

de onderneming reeds was overgegaan naar TSR. Dit betekent volgens het hof 'dat niet SDN maar zij (TSR) vanaf dat moment toestemming nodig heeft om de arbeidsovereenkomst met geïntimeerde op te zeggen. De aan SDN verleende toestemming is derhalve niet door TSR te gebruiken.' Deze stelling lijkt mij juist, niet zozeer omdat de voor ontslag gegeven redenen niet of in ieder geval niet in dezelfde mate voor de TSR zouden kunnen opgaan, maar omdat de toestemming van de RDA een publiekrechtelijk besluit is dat niet behoort tot de rechten en verplichtingen die op grond van artikel 7:663 BW overgaan. Dit artikel ziet immers slechts op rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst.

Doorstart en misbruik

SHEET Doorstart en misbruik

Ten slotte heeft de Hoge Raad een interessante uitspraak gedaan over misbruik van faillissementsrecht. Men zou kunnen spreken van een Ammerlaan II. Misbruik schijnt nogal eens voor te komen. Sommigen van u zullen wel eens hebben gehoord van de beschuldigingen die aan het adres van de heer Kooistra zijn geuit; de gemeente Amsterdam heeft zelfs een onderzoek gedaan naar zijn handel en wandel naar aanleiding van het faillissement van de Oesterbar. Inmiddels voert de UvA in opdracht van justitie een onderzoek uit naar

Even kort: wat lokt misbruik uit? Dat hangt samen met de mogelijkheid tot het doorstarten van de eigen onderneming. U ziet hier op sheet staan wat dat voor voordelen heeft. De curator moet natuurlijk wel meewerken en je moet als werkgever geen domme dingen doen, want dan is het faillissement vernietigbaar en worden de arbeidsovereenkomsten met terugwerkende kracht beheerst door de normale regels van het ontslagrecht. Krijg je als doorstarter dus toch nog al je personeel.

Niet voorzichtig genoeg was de doorstarter in de zaak De Boek/Van Gorp (28 mei 2004, JAR 2004/166). Net als in de zaak Ammerlaan (Hof Den Haag 10 januari 1996, JOR 1996, 16) was sprake van een ontbindingsverzoek dat werd afgewezen, waarna binnen korte tijd met succes het eigen faillissement door de werkgever werd aangevraagd die daarna binnen een nieuwe entiteit dezelfde werkzaamheden bleef verrichten, maar dan zonder het vervolgens procederende personeel. De werknemer, Van Gorp, sprak de (in)direct directeur/aandeelhouder van beide ondernemingen, De Boek, aan op grond van onrechtmatige daad. Daartoe stelde Van Gorp een aantal feiten, zoals de mislukte ontbinding van de arbeidsovereenkomst, het niet-gebruiken van een aangeboden krediet en de opmerking van De Boek aan Van Gorp dat hij voor de (inmiddels) failliete onderneming geen toekomst meer zag, terwijl hij niettemin zeven dagen met de onderneming verder gaat, maar dan alleen zonder Van Gorp. Op basis van deze feiten bevestigt stelt het hof vast dat De Boek zijn recht het eigen faillissement aan te vragen voor een ander doel heeft gebruikt dan waarvoor zij is verleend (*détournement de pouvoir*), welk oordeel de Hoge Raad in stand laat. Deze grond is als 'misbruikgrond' opgenomen in art. 3:13 BW. In de literatuur bestaat verschil van mening over de reikwijdte van deze grond. Zo oordeelde Kortmann in zijn noot onder de Ammerlaanzaak dat slechts sprake is van misbruik indien het faillissement *met geen ander doel* is aangevraagd dan de arbeidsrechtelijke bescherming te ontlopen. Anderen, onder wie A-G Langemeijer in deze zaak, menen dat dit een te strenge maatstaf is en hanteren de zogenaamde ruime leer: ook als een dergelijk ontlopen een *hoofdzakelijk* doel of zelfs alleen maar

mede het doel is geweest, komt *détournement de pouvoir* al in zicht. De Hoge Raad geeft uitdrukkelijk aan dat het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is in het licht van wat De Boek omtrent de financiële situatie van de inmiddels failliete onderneming heeft aangevoerd, 'welke omstandigheden in het algemeen een rechtvaardiging van de faillissementsaanvraag zouden hebben kunnen vormen.' Kortom: je komt niet meer toe aan een beoordeling van de financiële situatie indien misbruik vaststaat. Dat lijkt op een ruime uitleg van misbruik.