

TAP

TIJDSCHRIFT
ARBEIDSRECHT
PRAKTIJK

Van de uitgever van «JAR»

Evaluatieonderzoek ontbindingspraktijk WWZ 2015-2018

Prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. dr. P. Kruit en mr. I.H. Kersten

Doorstart van de doorstart?

Mr. J. van der Pijl

WWW.OPMAAT.SDU.NL

2018/7

Sdu

oprecht
de beste
keuze

INHOUD

INHOUDSOPGAVE TIJDSCHRIFT ARBEIDSRECHTPRAKTIJK
NUMMER 7, JAARGANG 11, NOVEMBER 2018

ONTBINDINGSPRAKTIJK WWZ

266. Evaluatieonderzoek ontbindingspraktijk WWZ 2015-2018

4

Prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. dr. P. Kruit en mr. I.H. Kersten

De Wet werk en zekerheid (WWZ) heeft per 1 juli 2015 het ontslagrecht ingrijpend veranderd. De invoering van het limitatieve grondenstelsel, de transitievergoeding en billijke vergoeding moesten bijdragen aan een eenvoudiger, goedkoper, eerlijker en sneller ontslag. Tijdens het parlementaire debat is de vrees geuit dat het grondenstelsel weleens zou kunnen leiden tot een verstarring van het ontslagrecht. De rechter zou niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst (kunnen) overgaan omdat niet aan alle elementen van een ontslaggrond is voldaan, terwijl voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet redelijk is.

OVERNAME/REORGANISATIE

267. Doorstart van de doorstart?

20

Mr. J. van der Pijl

In deze bijdrage wordt de eerste rechtspraak in Nederland besproken die is geweest na het geruchtmakende *Smallsteps*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Onderzocht wordt in hoeverre de voorbereide doorstart, al dan niet onder toezicht van een stille bewindvoerder, zich in de eerste gepubliceerde nationale rechtspraak nog verdraagt met artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG (overgang van onderneming). Wanneer is een procedure die leidt tot een doorstart nog gestart 'met het oog op liquidatie van het vermogen van de onderneming'? Of is inmiddels sneller sprake van een op voortzetting gerichte procedure, waarna alle werknemers aanspraak kunnen maken op een arbeidsovereenkomst bij de doorstarter?

TAP Signalerings

28

Aansprakelijkheid

28

Bijzondere bedingen

30

Cao-recht

31

Europees en internationaal

33

Gelijke behandeling

34

Medezeggenschapsrecht

35

Ontslag

37

Overname/reorganisatie

41

Pensioen

42

Ziekte en arbeidsongeschiktheid

43

Overig

46

WETGEVINGSOVERZICHT

48

267. Doorstart van de doorstart?

MR. J. VAN DER PIJL

In deze bijdrage wordt de eerste rechtspraak in Nederland besproken die is gewezen na het geruchtmakende *Smallsteps*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Onderzocht wordt in hoeverre de voorbereide doorstart, al dan niet onder toezicht van een stille bewindvoerder, zich in de eerste gepubliceerde nationale rechtspraak nog verdraagt met artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG (overgang van onderneming). Wanneer is een procedure die leidt tot een doorstart nog gestart 'met het oog op liquidatie van het vermogen van de onderneming'? Of is inmiddels sneller sprake van een op voortzetting gerichte procedure, waarna alle werknemers aanspraak kunnen maken op een arbeidsovereenkomst bij de doorstarter?

1. Inleiding

Ruim een jaar geleden beantwoordde het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) in het *Smallsteps*-arrest prejudiciële vragen van de Nederlandse rechter over de arbeidsrechtelijke gevolgen van de doorstart via een pre-pack.¹ De uitspraak deed veel stof opwaaien en is bijzonder uitgebreid becommentarieerd in de literatuur.² De commentatoren verschilden van mening over die gevolgen: door enkelen werd het arrest beschouwd als de doodsteek voor de pre-pack en mogelijk zelfs ook voor vormen van de 'gewone'³ doorstart,⁴ terwijl anderen de reikwijdte van het

arrest beperkten tot slechts met de *Smallsteps*-zaak vergelijkbare casusposities.⁵

Het aantal pre-packaanvragen is opgedroogd. Voorzichtigheid lijkt troef

Uit het informele circuit⁶ komt het beeld naar voren dat het aantal pre-packaanvragen is opgedroogd en dat dit insolventierechtelijke hulpmiddel niet of nauwelijks meer wordt ingezet. Voorzichtigheid lijkt troef. Daarbij wordt ook met een schuin oog naar de politiek gekeken vanwege het op de pre-pack betrekking hebbende wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I, dat in behandeling is bij de Eerste Kamer.⁷

Voor de doorstartpraktijk is hoe dan ook van groot belang binnen afzienbare termijn te weten wat er nog wél mag, zonder dat de regels omtrent overgang van onderneming (artikel 7:662 e.v. BW) op de doorstart van toepassing zijn, en waar de grens precies ligt. Interessant is daarom de vraag hoe de rechtspraak in Nederland met het *Smallsteps*-arrest omgaat: in hoeverre heeft het arrest consequenties voor de overnamepraktijk waar het door middel van een pre-pack of anderszins in enigerlei mate voorbereide doorstarts betreft, en hoe strikt past de Nederlandse rechter dit

- 1 HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, «JAR» 2017/189, m.nt. Loesberg en «JOR» 2017/210, m.nt. Verburg.
- 2 Een niet-volledige greep uit de publicaties: F.M.J. Verstijlen, 'De dubbele natuur van de doorstart', *Tvl* 2017/20; J.R. Hurenkamp, 'Overgang van onderneming door de pre-pack?', *Tvl* 2017/21; P.R.W. Schaïnk, 'Het arrest van het Gerechtshof van Justitie inzake FNV c.s./Smallsteps', *Tvl* 2017/22 (tevens in aangepaste vorm verschenen in *ArbeidsRecht* 2017/34 onder de titel 'Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?'); annotator E. Loesberg bij «JAR» 2017/189, annotator L.G. Verburg bij «JOR» 2017/217; L.G. Verburg, 'Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft', *FIP* 2017/334; J. van der Pijl, 'Het Smallsteps-arrest van het Gerechtshof van Justitie van de Europese Unie - ECLI:EU:C:2017:489', *TAO* 2017/3; P. Huffman, 'Overgang van onderneming bij de pre-pack: een blik vooruit', *TvO* 2017/44; N.M.Q. van der Neut, 'Pre-pack is overgang van onderneming, hoe nu verder?', *TRA* 2017/88; Ph.W. Schreurs, 'Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden', *ArA* 2017 (11), 3; J.F. Fliëk & F.M.J. Verstijlen, 'De eerste stappen voorbij Estro', *TRA* en *Tvl* 2018/16 (in de gezamenlijke special van *TRA* en *Tvl* over de 'Pre-packxit').
- 3 Waarmee ik in dit verband doel op de niet door middel van een pre-pack (en met een beoogd curator) voorbereide doorstart.
- 4 Zie bijv. de bijdragen van Schaïnk en van Van der Pijl, genoemd in voetnoot 2.

- 5 Zie bijv. Loesberg in zijn annotatie onder het arrest in «JAR» 2017/189.
- 6 Contacten met faillissementsgriffies en curatoren.
- 7 *Kamerstukken I* 2017/18, 34218. Laatste wapenfeit is een brief van de vaste commissie voor Veiligheid & Justitie van 28 mei 2018 met vragen aan de minister, nadat laatstgenoemde de Eerste Kamer in april 2018 heeft geïnformeerd over het overleg dat hij met vertegenwoordigers uit de faillissementspraktijk aangaat naar aanleiding van het *Smallsteps*-arrest.

arrest toe op aan hem voorgelegde casus waarin een faillissementsdoorstart heeft plaatsgevonden?

Aan de hand van drie gepubliceerde ‘*post-Smallsteps*’-uitspraken uit 2018 over doorstarts, probeer ik in deze bijdrage een eerste antwoord op die vragen te vinden.

2. Smallsteps – de implicaties

Voor een goed begrip is het nuttig eerst in herinnering te roepen wat het Europese Hof in juni 2017 precies heeft geoordeeld naar aanleiding van de prejudiciële vragen van de Rechtbank Midden-Nederland.

Het is ten eerste van belang dat het Hof, in navolging van de zeer uitgebreid gemotiveerde conclusie van de advocaat-generaal (A-G),⁸ expliciet als startpunt neemt dat artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG (‘de richtlijn’) ‘noodzakelijkerwijze strikt [moet] worden uitgelegd’. Het Hof benadrukt dat deze bepaling (die de regels omtrent overgang van onderneming in beginsel buiten toepassing laat in bepaalde (insolventie)procedures) een uitzondering op het hoofddoel van de richtlijn vormt.⁹ Dit mag niet uit het oog worden verloren: er worden in de uitzonderingssituatie die artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG creëert, rechten aan werknemers ontnomen die zij nu juist aan de richtlijn ontleen. Daar past terughoudendheid.

Een tweede essentieel gezichtspunt bij de behandeling van de pre-packproblematiek is de veranderde benadering in het moderne insolventierecht. Ook de A-G heeft hierop gewezen:

“Het succes van de pre-pack is het gevolg van een groeiende neiging in het moderne insolventierecht om de voorkeur te geven aan benaderingen die, anders dan de klassieke benadering die gericht is op liquidatie van de in moeilijkheden verkerende onderneming, gericht zijn op de redding van de onderneming, althans het behoud van de economisch nog levensvatbare onderdelen daarvan.”¹⁰

Het is, zoals vaker, sowieso zinvol bij de uitleg van het arrest óók aandacht te besteden aan de conclusie van de A-G. Waar het Hof zich vanzelfsprekend heeft moeten beperken tot de voorgelegde vragen¹¹ en tot de onderliggende casuspositie, waagt de A-G zich aan (veel) uitgebreidere bespiegelingen die het enkele aspect van de Nederlandse pre-pack overstijgen en ook behulpzaam kunnen zijn bij de uitleg van het recht zoals dat moet worden toegepast op de gewone doorstart. Cruciaal lijkt in dit verband te zijn de vraag wanneer nu sprake is van een procedure die enerzijds voortzetting respectievelijk liquidatie of anderzijds vereffening van de onderneming beoogt. Uit de bestaande rechtspraak van het Europese Hof mag worden afgeleid dat in

dit kader twee criteria moeten worden toegepast, te weten het *doel* dat met de betrokken procedure wordt nagestreefd en de zogenoemde *modaliteiten* ervan, alles rekening houdend met de doelstellingen van de richtlijn.¹² Maar is dat onderscheid wel altijd even goed te maken, en gaan de verschillende doelstellingen veelal niet hand in hand, nu voortzetting vaak tevens leidt tot opbrengstmaximalisatie, een begrip dat door velen nadrukkelijk wordt gekoppeld aan het liquideren van het vermogen van de failliete onderneming? De A-G doet een dappere poging tot duiding:

“57. Mijns inziens kan dienaangaande in het algemeen worden aangenomen dat een overgang plaatsvindt in het kader van een procedure die de voortzetting van de onderneming beoogt, wanneer die procedure precies bedoeld is of toegepast wordt om het operationele karakter van de onderneming (of de levensvatbare onderdelen daarvan) veilig te stellen zodat de waarde kan worden behouden die voortvloeit uit de ononderbroken voortzetting van de exploitatie daarvan. Procedures die de liquidatie van het vermogen beogen, zijn daarentegen niet ingevoerd om specifiek dat doel te verwezenlijken, maar zorgen enkel voor een zo hoog mogelijke uitbetaling van de gezamenlijke schuldeisers.”

Dat een zwart-witbenadering (‘het is óf liquidatie, óf voortzetting’) niet altijd mogelijk is, brengt de A-G aansluitend tot een nuancerende overweging:

“58. Uiteraard kan er sprake zijn van een zekere overlapping tussen het doel om het operationele karakter van het onderdeel van de overgedragen onderneming veilig te stellen en dat om de uitbetaling van de gezamenlijke schuldeisers te maximaliseren. De waarde van een onderneming die nog normaal operationeel is, is in de regel immers duidelijk hoger, zowel wat de waarde van haar activa afzonderlijk genomen betreft als wat de waarde betreft die dezelfde onderneming zou hebben indien bekend werd dat zij in een situatie van ernstige financiële problemen verkeert. Het veiligstellen van het operationele karakter van het levensvatbare onderdeel van een in moeilijkheden verkerende onderneming waardoor potentieel een veel hogere prijs zal kunnen worden verkregen voor haar overdracht, kan er dus voor zorgen dat de schuldeisers een hogere uitbetaling krijgen. In procedures die de voortzetting van de onderneming beogen, vormt haar behoud echter het centrale element, het ultieme doel van de procedure als zodanig of van de toepassing daarvan in concreto. In procedures die de vereffening beogen, dient dat behoud daarentegen louter ter uitbetaling van de schuldeisers.”

Het woordje ‘louter’ in de laatste volzin wijst erop dat zijns inziens niet snel sprake kan zijn van een op liquidatie gerichte procedure, nu veelal (op zijn minst: ook) onderzocht zal worden of levensvatbare onderdelen van de onderneming behouden kunnen blijven.

De A-G komt uiteindelijk tot de resolute conclusie dat een procedure “zoals die welke zich in Nederland heeft ontwikkeld en die tot de sluiting van een pre-pack leidt, rekening

8 Separaat gepubliceerd en geannoteerd: Conclusie A-G (Mengozzi) 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241, «JOR» 2017/184, m.nt. Schainik.

9 R.o. 41 van het arrest.

10 Punt 4 van de conclusie.

11 Het Hof heeft de prejudiciële vragen overigens grotendeels grondig geherformuleerd, zie over dit aspect: S.S.M. Peters & H.C.F.J.A. de Waele, ‘Het Europese failliet van de Nederlandse pre-pack. *Estro* herbekeken door de lens van het EU-recht – met bijzondere aandacht voor doorwerkingsaspecten’, *TRA/TvI* 2018/12.

12 Zie voor een analyse van de rechtspraak van het HvJ EU, met vindplaatsen van de betrokken arresten van het Hof, de conclusie van de A-G in deze zaak, m.n. punt 53.

houdend met het beoogde doel en de uitvoeringswijze ervan en ofschoon deze ten dele kan plaatsvinden in het kader van een faillissementsprocedure, niet kan worden aangemerkt als een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23.¹³

Het Hof volgt per saldo deze conclusie, al wordt daarbij wel gekozen voor een iets andere insteek: het Hof neemt artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG tot startpunt en legt uit dat daaruit drie cumulatieve voorwaarden kunnen worden gedestilleerd, waaraan moet worden voldaan wil een procedure (in dit geval de Nederlandse pre-pack) kunnen profiteren van de hier geregelde uitzondering.

Deze drie voorwaarden zijn:

1. De vervreemder moet verwickeld zijn in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure.
2. Deze procedure moet zijn ingeleid met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder.
3. De procedure moet onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie.

Over de eerste voorwaarde zegt het Hof, in navolging van de A-G, dat daarvan bij de pre-pack sprake is, nu de pre-pack naar zijn aard altijd zijn beslag krijgt door middel van een formele faillietverklaring. Bovendien heeft de A-G de pre-pack dan al gekenschetst als één procedure, bestaande uit twee fasen: de voorfase en de faillissementsfase.

Over de tweede voorwaarde oordeelt het Hof dat een procedure die voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt ‘vanzelfsprekend’ niet aan deze voorwaarde voldoet. Onder verwijzing naar de hiervoor geciteerde analyse van de A-G (het Hof omarmt in r.o. 48 de analyse van de A-G, zoals weergegeven in de punten 57 en 58 van diens conclusie, die ik hiervoor integraal citeerde) constateert het Hof dat sprake kan zijn van een overlapping tussen de twee doelen die een bepaalde procedure nastreeft, maar het vervolgt dan met de volgende zinsnede:

“(...) het hoofddoel van een procedure die de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt, blijft in elk geval het behoud van de onderneming.”¹⁴

De vraag is wat het Hof hier nu precies zegt. Een ruime uitleg van de zinsnede zou erop neerkomen dat als er sprake is van het (mede) beogen van het voortzetten van een onderneming daarmee dan meteen het hoofddoel is gegeven: behoud van de onderneming. Een kritischer uitleg is ook mogelijk en komt erop neer dat dit aspect uit het arrest weinig doordacht is en niet meer dan een lege huls vormt: als sprake is van een procedure die de voortzetting van de onderneming op het oog heeft, dan is daarmee dus het hoofddoel gegeven: behoud van de onderneming.

Concreter is het Hof in de volgende overweging, die daarna ook grotendeels (zij het niet letterlijk) terugkomt in het uiteindelijke antwoord van het Hof op de drie belangrijkste prejudiciële vragen in deze procedure:

“In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat een pre-pack zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, tot in de kleinste details de overdracht van de onderneming beoogt voor te bereiden om na de faillietverklaring een snelle doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de onderneming, teneinde op die manier de onderbreking te vermijden die het gevolg zou zijn van de plotselinge stopzetting van de activiteiten van die onderneming op de datum van de faillietverklaring, zodat de waarde van de onderneming en de werkgelegenheid behouden blijven.”¹⁵

In het antwoord op de betreffende prejudiciële vragen verwoordt het Hof het als volgt:

“(...) dat richtlijn 2001/23, en met name artikel 5, lid 1, ervan, aldus moet worden uitgelegd dat de door de artikelen 3 en 4 van die richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers behouden blijft in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack, in het kader waarvan een door een rechtbank aangestelde “beoogd curator” met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken. In dat verband is niet relevant dat de pre-pack tevens de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers van die onderneming beoogt.”

De niet-cursiveringen in de twee geciteerde passages zijn van mijn hand om daarop alvast, met het oog op de hierna te bespreken Nederlandse uitspraken, de aandacht van de lezer te vestigen.

Ten aanzien van de derde voorwaarde van het Hof, te weten dat sprake moet zijn van een onder overheidstoezicht staande procedure (wil van de uitzondering van artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG sprake kunnen zijn), is het Hof duidelijk: er is geen wettelijke grondslag voor de aan de faillietverklaring voorafgaande fase. Hof en A-G zijn van oordeel dat het hier bedoelde toezicht van overheidswege grotendeels wordt uitgehouden (beiden gebruiken deze term). De beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris staan volgens het Hof niet onder toezicht van een overheidsinstantie. Bijzonder is dat het Hof vervolgens als vaststaand aanneemt dat de beoogd rechter-commissaris, gezien de snelle manier van opereren rondom de faillietverklaring en de doorstart, niet pas ná de faillietverklaring en zijn formele benoeming tot rechter-commissaris, reeds kennis zal hebben genomen van de mogelijke overname en daaromtrent ook niet toen pas voor het eerst aangegeven zal hebben daartegen geen bezwaar te (zullen) hebben. Deze handelwijze voldoet volgens het Hof niet aan de betreffende voorwaarde dat de procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie.

¹³ Punt 84 van de conclusie.

¹⁴ R.o. 48, slotzin.

¹⁵ R.o. 49.

Daarmee zijn de niet altijd even heldere en werkbare spelregels voor een pre-pack als die in *Smallsteps* gegeven en dat brengt mij tot de vraag wat dit nu betekent voor andere gevallen. Ik bespreek de drie uitspraken die recent in andere (enigszins) vergelijkbare gevallen zijn gepubliceerd.¹⁶

3. Tuunte – doorstarten zonder pre-pack

Allereerst de *Tuunte*-zaak.¹⁷ Deze modeketen uit het oosten van Nederland, met 33 winkels en een webshop, ging op 7 augustus 2017 failliet. De winkels bleven open, zodat de curator de mogelijkheden van een doorstart kon onderzoeken. Eind augustus is overeenstemming bereikt over een overname van activa door twee vennootschappen, waarvan er één speciaal voor dit doel werd opgericht. Bij de doorstart waren (natuurlijke en rechts)personen betrokken die (indirect) aandeelhouder en/of bestuurder, althans leidinggevende waren bij zowel de failliet als nadien bij de verkrijgende onderneming(en).

Het ging hier overigens niet om een pre-pack: er was niet op voorhand al een beoogd curator aangewezen en aangeschoven. De curator heeft op basis van een bid-book, speciaal opgesteld ten behoeve van geïnteresseerde overnamekandidaten, meerdere aanbiedingen ontvangen. Hij heeft na overleg met de rechter-commissaris besloten die van de nu in deze procedure gedaagde vennootschappen te aanvaarden.¹⁸ Uiteindelijk zijn 24 van de 33 winkels blijven bestaan; aan 113 werknemers is geen nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden. Deze werknemers zijn een procedure tegen zowel de doorstartende ondernemingen als de curator begonnen. Zij hebben onder meer doorbetaling van loon gevorderd, zich baserend op het standpunt dat sprake is van een overgang van onderneming, waarbij artikel 7:666 BW (dat de regels omtrent overgang van onderneming buiten toepassing verklaart als de werkgever in staat van faillissement verkeert) niet van toepassing is, omdat al vóór het faillissement een plan voor de doorstart klaarlag.¹⁹ De kantonrechter wijst de vorderingen van de werknemers af. De rechter maakt daarbij weinig woorden vuil aan de gevolgen van *Smallsteps* voor deze zaak. Het enkele en op zichzelf genomen juiste en ook niet (voldoende) door de werknemers weersproken uitgangspunt dat er eenvoudigweg geen sprake was een pre-pack, brengt de kantonrechter tot de conclusie dat 'dus' artikel 7:666 BW in de weg staat aan de aanspraken van de werknemers. Dat lijkt mij te kort

door de bocht. Ik erken onmiddellijk dat hier niet de situatie aan de orde is van een 'tot in de kleinste details' voorbereide doorstart, die 'onmiddellijk' volgt op de faillietverklaring. Maar is daarmee de kous af? Naar mijn mening dient de rechter op grond van het *Smallsteps*-arrest ook in een situatie als deze na te gaan wat het doel van de procedure in kwestie was. Of nu sprake is van een pre-pack of niet, of sprake is van voorbereiding 'tot in de kleinste details' of niet: het gaat om het doel van de betreffende procedure. Ik vind het vervolgens te ver gaan op voorhand te stellen dat dat doel hier niet (mede) bestond uit voortzetting van de onderneming. Het faillissement werd door Tuunte zelf aangevraagd, terwijl op diezelfde dag al een nieuwe vennootschap werd opgericht die uiteindelijk de onderneming ook heeft voortgezet. Dit geeft een redelijk duidelijke indicatie omtrent de intenties van de ondernemer.

De rechter stelt ook wel vast dat:

"(...) evident is dat deze zelfde bestuurders al voor het uitspreken van het faillissement zijn nagegaan of het voor hen zakelijk gezien interessant was om delen van de onderneming (...) zelf al dan niet via nieuw op te richten vennootschappen te verkrijgen."

Maar vervolgt dan:

*"Deze enkele omstandigheid dwingt niet tot de conclusie dat niet voldaan is aan de vereisten voor toepasselijkheid van artikel 7:666 BW (artikel 5 Richtlijn 2001/EG)."*²⁰

Naar mijn mening kan echter op zijn minst voorzichtig getwijfeld worden aan de juistheid van deze benadering, niet in de laatste plaats vanwege het strikte uitzonderingskarakter van artikel 5 Richtlijn 2001/23/EG en de terughoudendheid die moet worden betracht bij het ontnemen van rechten aan werknemers uit de richtlijn. Juist het feit dat de onderneming is voortgezet door 'gelieerde' partij(en) wijst erop dat doel en modaliteiten op voortzetting waren gericht. In zoverre zou ik meer begrip voor het eindoordeel van de kantonrechter hebben gehad, in het geval sprake was van een niet-gelieerde overnemer, zodat gemakkelijker kan worden verdedigd dat het louter is gegaan om opbrengstmaximalisatie ten behoeve van de schuldeisers en dat in dat kader een overdracht van de onderneming het meest lucratief was.

4. Bogra – doorstarten na een afgebroken pre-pack

De tweede uitspraak betreft een arrest van het Hof Amsterdam,²¹ dat het vonnis van de Rechtbank Noord-Holland uit oktober 2017 bekrachtigde.²²

Waar in *Tuunte* van een pre-pack geen sprake was, lag dat bij Bogra, een grote speler in de uitvaartkistenbranche, anders. De onderneming was zacht gezegd in zwaar weer komen te verkeren, nadat de Belastingdienst niet langer bereid was invorderingsmaatregelen op te schorten en de

16 Deze uitspraken worden eveneens geanalyseerd in een dit najaar in *ArbeidsRecht* te verschijnen bijdrage van de hand van N.Q.M van der Neut, met als titel: 'De doorstartpraktijk na Smallsteps: door het "oog" van de naald?'

17 Rb. Gelderland (Ktr Zutphen) 1 februari 2018, «JAR» 2018/40.

18 Cruciaal aspect is daarbij naar verluidt geweest dat een niet-gefaillieerde zustervenootschap van Tuunte over de merk- en handelsnaamrechten van Tuunte beschikte, zodat geïnteresseerde concurrerende spelers op de markt op een (onoverbrugbare) achterstand werden gezet ten opzichte van de oorspronkelijke onderneming, nu zij de onderneming niet *going concern*, met dezelfde naam, konden verwerven en voortzetten.

19 Subsidiar was (eveneens tevergeefs) aan de vordering ten grondslag gelegd dat sprake was van misbruik van faillissementsrecht; dit aspect blijft in het kader van deze bijdrage onbesproken.

20 R.o. 4.8.

21 Hof Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339, «JAR» 2018/216.

22 Rb. Noord-Holland (Ktr. Alkmaar) 12 oktober 2017, «JAR» 2017/281, m.nt. Van der Pijl.

bank daarna de kredietfaciliteit met onmiddellijke ingang had opgezegd. Daarop werd op verzoek van de onderneming, in overleg met de rechtbank, op 22 juni 2017 een stille bewindvoerder aangesteld. De nauwkeurige lezer zal het daarbij opvallen dat dit dezelfde datum is als die waarop het Europese Hof zijn *Smallsteps*-arrest wees. Het zal dan ook geen toeval zijn geweest dat reeds op de daaropvolgende dag de beoogde curator zijn opdracht beëindigde, terwijl in die periode al gesprekken plaatsvonden, inclusief bedrijfsbezoek, met de uiteindelijke overnemer, het Belgische Funico. De onderneming vroeg na enkele dagen surseance aan, met benoeming van de aanvankelijk aangewezen beoogd curator tot bewindvoerder; deze surseance werd alweer enkele dagen later, op 30 juni 2017, op verzoek omgezet in het faillissement. In de tussentijd waren alle werknemers geïnformeerd en werd hen verzocht zo goed mogelijk door te werken, omdat alles bleef doordraaien, waarbij werd verwezen naar de maatschappelijke rol die de onderneming in de uitvaartbranche had. Bij het verzoek werd ook gewezen op de mogelijkheid van een nieuw contract bij de nieuwe eigenaren, onder toevoeging van de zin: “Continuïteit staat voorop”.

De activiteiten worden door de curator voortgezet en, na ontvangst van biedingen van diverse geïnteresseerden, wordt de onderneming overgenomen door de eerste geïnteresseerde die zich al voor de faillietverklaring had gemeld: Funico. Van de circa 59 werknemers zijn er vervolgens, aldus het gerechtshof, ongeveer 39 bij de nieuwe vennootschap, met de naam Bogra Uitvaartkisten BV, in dienst gekomen. Zes van de andere werknemers stellen dat zij van rechtswege in dienst zijn gekomen bij het nieuwe Bogra, maar rechtbank en gerechtshof gaan hier niet in mee. Hoewel de rechtbank zich aanzienlijk meer moeite getroost om dit oordeel te motiveren, beperk ik mij om praktische redenen tot de motivatie van het gerechtshof.

Het gerechtshof stelt allereerst vast, net als de kantonrechter in de *Tuunte*-zaak, dat ook hier geen sprake was van een pre-pack. Het feit dat, overigens om niet nader in vonnis en arrest genoemde redenen, de pre-pack wel in gang was gezet doch reeds na een dag werd beëindigd, blijft daarbij onbesproken (terwijl dat wel inzicht geeft of had kunnen geven in het kennelijke doel van de procedure). Het gerechtshof gaat vervolgens wel na of er aanleiding bestaat voor ‘analoge toepassing van *Smallsteps*’. Daarbij knoopt het gerechtshof aan bij een aantal in *Smallsteps* gehanteerde en hiervoor door mij onder de aandacht gebrachte termen. Er lag, aldus het gerechtshof, geen ‘tot in de kleinste details uitgewerkt plan’ klaar en de overdracht heeft niet ‘onmiddellijk na de faillietverklaring’ plaatsgevonden. Dat is op zichzelf juist, in *Smallsteps* lagen de kaarten anders. Maar is dat doorslaggevend? Ik meen van niet. Het komt aan op het antwoord op de vraag wat het doel van de procedure was, alsook op de modaliteiten van de procedure in dit geval. Het gerechtshof gaat daar in zoverre op in dat het overweegt dat ‘niet uit de feiten kan worden afgeleid dat het hoofddoel van het faillissement was de continuïteit van de onderneming’. Dat is echter niet de juiste maatstaf, naar mijn mening. Het gerechtshof stapt hier te lichtvaardig over

de overwegingen van het Europese Hof (en de A-G) heen. Ik lees in het *Smallsteps*-arrest namelijk niet de eis dat het ‘hoofddoel’ voortzetting van de onderneming moet zijn. Gezien het vervolg van arrest van het Amsterdamse hof, dat verwijst naar de ernstige financiële problemen waarin Bogra verkeerde, lijkt het te willen zeggen dat het bedrijf niet te redden was (hetgeen mij juist voorkomt) en dat daarmee het faillissement onvermijdelijk was. Met dat laatste wekt het gerechtshof de suggestie dat het meent dat in zo’n geval nu eenmaal altijd sprake is van de uitzondering van artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG (en van liquidatie), terwijl dat toch echt niet uit *Smallsteps* kan worden afgeleid.

In deze zaak waren voldoende feiten en omstandigheden voorhanden, zo lijkt het, om te stellen dat de procedure niet louter was ingeleid om tot liquidatie en opbrengstmaximalisatie voor de schuldeisers te komen. Integendeel, continuïteit stond voorop, mede gezien de kennelijk belangrijke maatschappelijke rol die de onderneming zichzelf toedichtte en er was ook een pre-packprocedure gestart, hetgeen evenzeer de intenties duidelijk maakt. Tot slot zou het gegeven dat uiteindelijk slechts een kleine drie weken later alsnog met de oorspronkelijke, althans eerste overnamekandidaat in zee is gegaan kunnen bevestigen wat in feite het doel (inclusief modaliteiten) van deze procedure was: voortzetting van het bedrijf.

5. Heiploeg – doorstarten via een pre-pack

Op dezelfde dag als het Gerechtshof Amsterdam deed ook het Gerechtshof Leeuwarden-Arnhem uitspraak in een doorstartkwestie: namelijk in de *Heiploeg*-zaak.²³ Het gerechtshof bekrachtigde een uitspraak van de Rechtbank Overijssel uit 2015.²⁴ Het appel was, naar verluidt, tijdelijk stilgezet, in afwachting van de antwoorden op prejudiciële vragen in *Smallsteps*, gezien de overeenstemmende elementen in beide zaken. Het ging hier namelijk wel onmiskenbaar om een pre-pack.

In deze zaak ging het om een garnalenverwerker met zo’n 300 medewerkers, dat het hoofd niet boven water kon houden na een door de Europese Commissie eind 2013 opgelegde boete van 27 miljoen euro vanwege het maken van verboden kartelafspraken. Banken wilden dit bedrag niet financieren en het faillissement was onafwendbaar. De beoogd curatoren, die daarop via de rechtbank waren aangezocht, zijn in stilte in gesprek gegaan met de inmiddels aangezochte overnamekandidaten. Drie daarvan hebben een bod gedaan en er is door de beoogd curatoren, in overleg met de beoogd rechter-commissaris, besloten het hoogste bod te aanvaarden. Op 28 januari 2014 is daarop het faillissement uitgesproken en in de nacht van 28 op 29 januari is definitief overeenstemming bereikt door de curatoren: Heiploeg (nieuw) startte via een speciaal daarvoor opgerichte vennootschap door, met behoud van werkgelegenheid voor circa twee derde van het personeel.

23 Hof Arnhem-Leeuwarden (locatie Arnhem) 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539, «JAR» 2018/218.

24 Rb. Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589, «JAR» 2015/220.

Overigens werd de doorstart al in de ochtend van 28 januari 2014 via een persbericht wereldkundig gemaakt, een detail dat in het eindarrest merkwaardig genoeg geheel onbesproken blijft, terwijl het wel een ander licht werpt op het dooronderhandelen op de dag van de faillietverklaring. Tegen de gang van zaken hebben FNV en CNV zich verzet, ook naar het oordeel van het gerechtshof tevergeefs.

Dit mag een verrassende uitkomst worden genoemd: door de pre-pack was met *Smallsteps* toch een streep gehaald? Niet volgens dit gerechtshof, dat is nagegaan wat hier het hoofddoel van de procedure was en heeft vastgesteld dat dit toch echt de liquidatie van de onderneming was. Ik kan mij in zijn algemeenheid nog wel vinden in een dergelijke benadering, nu ik eerder constateerde dat niet per definitie beslissend is of nu sprake is van een pre-pack of niet, maar dat het altijd om toetsing van de drie door het Europese Hof geformuleerde criteria gaat, en dan in de praktijk vooral om de tweede daarvan: de vaststelling van het doel. Bij een pre-pack zal dat veelal voortzetting van (delen van de) onderneming zijn, maar het is aan de rechter dit van geval tot geval te onderzoeken.

Bij het bepalen van het doel van deze procedure is door het gerechtshof vervolgens aangeknoopt bij onder meer de ‘benoemingsbrief’ van de rechtbank, waarin expliciet het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de schuldeisers als doel aangegeven. Maar wat zegt dat nu eigenlijk precies? Wordt dit ‘streven naar een maximale opbrengst’ niet te gemakkelijk volledig op één lijn gesteld met ‘liquidatie’ als doelstelling? Bovendien: het Europese Hof heeft nu juist in de slotzin van zijn antwoord op de prejudiciële vragen gezegd: “In dat verband is niet relevant dat de pre-pack tevens de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers van die onderneming beoogt.”

Twee andere aspecten waaraan dit gerechtshof waarde toekent bij het bepalen van het doel van de procedure, maken evenmin een erg overtuigende indruk. Het feit dat ook de banken graag een zo hoog mogelijke opbrengst wensten, lijkt mij nogal voor de hand liggend, en is de wens van derden, in dit geval de banken, van enige invloed op het vaststellen van het doel dat de onderneming voor ogen had? Dezelfde twijfel koester ik ten aanzien van (de waarde van) de ten behoeve van deze rechtszaak afgegeven verklaring van de toenmalige curatoren, inhoudend dat zij zich uitsluitend gericht hebben op liquidatie van de onderneming. Is het aan de curatoren om te bepalen welk doel de ingestelde procedure had/heeft? Bovendien hebben zij zich kennelijk van meet af aan gericht op overnamegesprekken met potentiële doorstarters, waarna de onderneming ook daadwerkelijk is voortgezet.

Zo bezien – en nu wreekt zich het ontbreken van een duidelijke definitie van de begrippen ‘liquidatie’ en ‘voortzetting’ – is iedere voortzetting in wezen hetzelfde als liquidatie, omdat het bij een voortzetting c.q. doorstart nu eenmaal vrijwel steeds zal gaan om een maximale opbrengst. Een zijstap: de Hoge Raad heeft in 2017 in zijn DA-beschikking in een ander verband, namelijk in antwoord op de vraag wanneer een curator nu advies dient te vragen aan de onder-

nemingsraad over een besluit tot verkoop van (een belangrijk deel van) de onderneming, overwogen dat een curator in beginsel gewoon als ondernemer wordt aangemerkt en de betreffende medezeggenschaprechtelijke verplichtingen moet naleven, tenzij zijn handelingen als liquidatiehandelingen moeten worden aangemerkt, waarbij door de Hoge Raad wordt verwezen naar artikel 176 Faillissementswet (Fw), dat regels geeft voor verkoop van goederen door de curator in de zogenoemde executiefase van het faillissement.²⁵ Een doorstart vindt echter in de regel plaats in de eerdere fase, te weten de zogenoemde beheerfase, en is daarmee niet te kwalificeren als een verkoop op de voet van genoemd artikel 176 Fw. Kortom, de Hoge Raad is – weliswaar in het kader van een andersoortige zaak – betrekkelijk strikt geweest in wat volgens hem als liquidatiehandeling is aan te merken.

De redenering van dit hof is echter juist zeer ruim. Deze redenering volgend kan zelfs in de casuspositie van *Smallsteps*, met een tot in de kleinste details voorbereide doorstart die naadloos en onmiddellijk volgt op de faillietverklaring, nog volgehouden worden dat het doel de liquidatie van de onderneming is geweest. Mijns inziens rekt het gerechtshof hier de spanwijdte van *Smallsteps* te ver op.

Dat geldt ook voor een ander aspect: de derde *Smallsteps*-voorwaarde, te weten dat de procedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie moet staan. Het gerechtshof sanctioneert het ontbreken van enig (formeel) toezicht in de fase voorafgaand aan het faillissement met de stelling dat er uiteindelijk wel een benoeming plaatsvond en dat de uiteindelijke transactie pas daarna zijn beslag kreeg, terwijl er op dat moment inmiddels wel sprake was van een bevoegde overheidsinstantie die toezicht hield.

Ik kan niet anders zeggen dan dat ik dit onbegrijpelijk acht in het licht van hetgeen A-G en Hof in *Smallsteps* hebben overwogen. Ik citeer het Hof:

“55. Ofschoon de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris op verzoek van de failliete onderneming door de rechtbank worden aangesteld, beschikken zij formeel immers over geen enkele bevoegdheid. Zij staan derhalve niet onder toezicht van een overheidsinstantie.

56. Aangezien de curator zeer snel na de inleiding van het faillissement de rechter-commissaris om toestemming vraagt voor de overdracht van de onderneming en deze ook krijgt, moet de rechter-commissaris bovendien vóór de faillietverklaring op de hoogte zijn gesteld en in feite hebben aangegeven daartegen geen bezwaar te hebben.

57. Zoals de advocaat-generaal in punt 82 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, kan deze handelwijze elk eventueel toezicht van een bevoegde overheidsinstantie op de faillissementsprocedure grotendeels uithollen, zodat deze niet kan voldoen aan de voorwaarde van toezicht door een dergelijke instantie zoals genoemd in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23.”

Mijn onbegrip betreft het gegeven dat het gerechtshof kennelijk in het toezicht dat gedurende minder dan 24 uur is uitgeoefend (terwijl het persbericht al voor de faillietver-

25 HR 2 juni 2017, «JAR» 2017/172, m.nt. Nekeman.

klaring was verspreid) al voldoende aanleiding ziet om de op dit punt zeer duidelijke overwegingen van de Europese rechter terzijde te stellen. Dit zou in de hand werken dat voortaan een middag of avond voor de bühne moet worden ‘dooronderhandeld’ om zodoende de rechten van werknemers, gewaarborgd in de richtlijn, te kunnen omzeilen. Hopelijk mag de Hoge Raad zich hier nog over uitspreken in een cassatieprocedure.

6. Conclusies en aanbevelingen

In het voorgaande manifesteert zich, niet voor het eerst, het gedwongen en weinig gelukkige huwelijk tussen het arbeidsrecht en het insolventierecht. Waar het Hof van Justitie van de Europese Unie veel gewicht toekent aan de sociale bescherming die werknemers aan richtlijnen ontleenen, hebben de rechters in de hiervoor besproken zaken telkens de doorstart het voordeel van eventuele twijfel gegund.

Om aan deze situatie een eind te maken is wetgeving nodig

In de landelijke media signaleert Verstijlen een patroon: door Nederlandse rechters wordt ‘zo weinig mogelijk betekenis toegekend’ aan de *Smallsteps*-uitspraak. Verstijlen vervolgt: ‘Alle ruimte om anders te beslissen, wordt benut. Men lijkt te zoeken naar mogelijkheden om de doorstartpraktijk of zelfs de pre-pack overeind te houden.’²⁶ Tegelijkertijd is begrijpelijkerwijze de praktijk uiterst voorzichtig: ofwel er wordt geen pre-pack aangevraagd maar zo ver mogelijk weggebleven van een naadloze doorstart (*Tuunte*), ofwel de pre-pack wordt alsnog gecancelled (zoals bij *Bogra*) of als de spreekwoordelijke pest gemeden (de huidige praktijk). Dat is jammer, omdat een al dan niet via een pre-pack voorbereide doorstart absoluut ook voordelen kan hebben, ook voor de betrokken werknemers.

Laat de regels omtrent overgang van onderneming van toepassing zijn op alle doorstart, zodat geen grijs gebied meer blijft bestaan

Probleem bij dit alles is dus, vanaf welke kant ook bekeken (curator, werknemer, doorstarter), dat de huidige situatie hoe dan ook ongewenst is. De informele pre-packprak-

tijk, met haar ook positieve aspecten, is in het afgelopen jaar compleet tot stilstand gekomen en de minister lijkt te worstelen met het wetsvoorstel dat aan die informele praktijk een wettelijke basis zou moeten geven. Intussen zullen adviseurs van in deconfiture verkerende ondernemingen en van potentiële overnemende partijen zich uitputten in het maken van voorbehouden bij het voorbereiden van eventuele doorstartscenario’s en het schetsen van allerhande risico’s, zoals met name de aanspraak van het voltallige personeelsbestand op een dienstverband (met behoud van anciënniteit) bij de doorstarter. Ik kan mij niet voorstellen dat van deze situatie enig productief effect uitgaat, noch dat dit voordelen heeft voor ondernemers of voor behoud van werkgelegenheid.

Om aan deze situatie een eind te maken is wetgeving nodig. Ik herhaal mijn voorstel om artikel 7:666 BW af te schaffen: laat de regels omtrent overgang van onderneming van toepassing zijn op alle doorstart, zodat geen grijs gebied meer blijft bestaan.²⁷ Maak daarbij gebruik van de mogelijkheden die de richtlijn en de Nederlandse wet geven om de overname voor de verkrijger aantrekkelijker te maken, door een iets soepeler ontslagregime (denk ook aan ontslag op grond van ETO-redenen) en andere regels omtrent bijvoorbeeld de berekening van de transitievergoeding (thans tellen de dienstjaren bij de failliete werkgever mee bij de berekening van de transitievergoeding in geval van ontslag in een later stadium door de nieuwe werkgever). Voordeel is dat ook de pre-pack opeens weer bestaansrecht krijgt.

Ik voorvoel hier enig koudwatervrees bij de insolventiepraktijk, maar als men eenmaal gewend is aan het gegeven dat werknemers in beginsel nu eenmaal mee overgaan bij een faillissementsdoorstart (zoals in ons omringende landen betrekkelijk probleemloos het geval is²⁸) lijkt dat tot helderheid en (rechts)zekerheid. Ik stel mij zo voor dat bij de invoering van de regels omtrent overgang van onderneming in 1998 ooit ook gedacht is dat dit het aantal bedrijfsovernames ernstig zou laten afnemen, terwijl deze regels nu een vanzelfsprekendheid zijn geworden, waarmee alle marktdeelnemers vrede lijken te hebben.

Over de auteur



Mr. J. van der Pijl
Advocaat bij DingemansVanderKind.

26 Prof. F.M.J. Verstijlen, geciteerd in *NRC Handelsblad* van 23 juli 2018, in een bijdrage van T. van der Heiden met de titel ‘Flitsfaillissement’ toch in orde.

27 J. van der Pijl, ‘Het Smallsteps-arrest van het Gerechtshof van Justitie van de Europese Unie - ECLI:EU:C:2017:489’, TAO 2017/3.

28 Zie ook P. Hufman, *Arbeidsrecht en insolventie, een rechtsvergelijking* (diss. Amsterdam UvA), 2015, die de situaties in België en Duitsland in kaart heeft gebracht en met Nederland vergeleken.

TAP Signaleringen

MR. N. BAKKER (CAO-RECHT), MR. L. BROUWER (OVERNAME/REORGANISATIE), MR. M.E.J. VAN DEN BRAND (ONTSLAGRECHT), MR. B. FILIPPO (CAO-RECHT), MR. E.G. HOORN (AANSPRAKELIJKHEID EN BIJZONDERE BEDINGEN), MR. A.A.W. HUIGEN (ZIEKTE EN ARBEIDSONGESCHIKTHEID), MR. S. VAN IJSENDOORN (ZIEKTE EN ARBEIDSONGESCHIKTHEID), MR. B.C.L. KANEN (PENSIOEN), MR. D. MAATS (OVERIG), MR. H.J. MAKS (MEDEZEGGENSCHAPSRECHT), MR. M.M.E.C. MEULENBROEKS (AANSPRAKELIJKHEID EN BIJZONDERE BEDINGEN), MR. E.C.A. PRONK (EUROPEES EN INTERNATIONAAL), MR. E.M.B. VAN DER SCHALK (ONTSLAGRECHT), MR. M.J.E. STUUIROP (GELIJKE BEHANDELING), MR. P.G. VESTERING (MEDEZEGGENSCHAPSRECHT), MR. E. DE WIND (EUROPEES EN INTERNATIONAAL), MR. K. VAN ZANTEN-VAN BREUGEL (AANSPRAKELIJKHEID EN BIJZONDERE BEDINGEN)

Aansprakelijkheid

JURISPRUDENTIE

268. Bij signaleringen over ongewenst gedrag door een docent kan een studieloopbaanbegeleider dat gedrag bespreken met de klas van de docent, maar is er sprake van aansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen als hij specifieke ongeverifieerde uitlatingen doet over een vermeende pornocollectie van de docent

(Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6341)

Een docent heeft tussen 2010 en 2013 als freelance docent journalistiek gewerkt voor Windesheim. In die jaren is hij door zijn leidinggevende aangesproken op de vrijpostige wijze waarop hij met zijn studenten zou omgaan. Verder is de docent medegedeeld dat er signalen van grensoverschrijdend gedrag waren. Op 14 januari 2013 had de docent een gesprek met zijn leidinggevende waarbij gemeld werd dat hij zijn werkzaamheden niet hoefde voort te zetten. De docent heeft daarop een klacht ingediend bij het college van bestuur. Vervolgens heeft de Klachtencommissie Ongewenste Omgangsvormen onderzoek gedaan waaruit is gebleken dat een collega van de docent en tevens studieloopbaanbegeleider aan de klas van de docent heeft medegedeeld dat hij een pornocollectie bezat.

De docent heeft in eerste aanleg gevorderd voor recht te verklaren dat de studieloopbaanbegeleider zich onrechtmatig heeft gedragen (lees: op grond van een onrechtmatige daad, art. 6:162 BW) en haar te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding van € 25.000 en de kosten van de procedure. De kantonrechter vond dat er geen sprake was van onrechtmatig handelen en wees de vorderingen af.

Het hof stelt vast dat de studieloopbaanbegeleider signalen van ongewenst gedrag over de docent bereikte afkomstig van studenten en collega-docenten. Het hof benadrukt dat een goede school en goede docent voor een veilige studieomgeving dient te zorgen. Toen er signalen van ongewenste gedragingen waren, was het voor de studieloopbaanbegeleider niet onrechtmatig om die gedragingen met de klas van de docent te bespreken. Tijdens de bespreking van het gedrag van de docent met de klas is een student naar voren gekomen die het voor de docent opnam en opmerkte dat hij bij de docent thuis is geweest en diens whiskeycollectie had gezien. De studieloopbaanbegeleider merkte toen op of de student soms ook de pornocollectie van de docent had gezien. Het hof is van oordeel dat de studieloopbaanbegeleider met die opmerking uit haar rol schoot van inventarisatie van ongewenst gedrag van de docent en het bespreekbaar maken van de wijze van omgaan van docenten met studenten. Dat de docent een vermeende pornocollectie zou hebben is alleen afkomstig van een collega-docent die dat heeft medegedeeld aan de studieloopbaanbegeleider. Er zijn verder geen andere mededelingen gedaan door anderen daarover waardoor de studieloopbaanbegeleider dit ten onrechte als feit heeft gepresenteerd. Deze uitlating van de studieloopbaanbegeleider is dan ook nodeloos beschadigend voor de docent en onrechtmatig. Het hof oordeelt dat de onrechtmatigheid aan de studieloopbaanbegeleider kan worden toegerekend en wijst de vordering van de docent toe om voor recht te verklaren dat er door de studieloopbaanbegeleider onrechtmatig is gehandeld. De studieloopbaanbegeleider is aansprakelijk voor de schade van de docent als gevolg van het onrechtmatig handelen. De docent stelt

dat zijn schade bestaat uit het beëindigen van zijn werkzaamheden bij Windesheim en uit een trauma met een diagnose van posttraumatische stressstoornis. Het hof oordeelt dat de gestelde schade door de docent niet gekoppeld is aan de opmerking van de studieloopbaanbegeleider over de pornocollectie, maar aan de gehele gebeurtenissen bij Windesheim. De docent heeft niet onderbouwd dat die ene onrechtmatige opmerking over de pornocollectie in enigszins relevante mate heeft bijgedragen aan de schade. Het hof oordeelt daarom dat er geen grond is voor de verwijzing naar de schadestaatprocedure.

269. Een onderwijsinstelling is niet aansprakelijk voor schade die een ex-werknemer lijdt ten gevolge van een verstrekte referentie indien er geen afspraken zijn gemaakt over het verstrekken van een referentie en de verstrekte informatie niet onjuist is

(Hof Arnhem-Leeuwarden 21 augustus 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:7492)

Een werknemer was van 14 december 2012 tot het begin van de zomervakantie in 2013 werkzaam in de functie van invaldocent op basis van een met 02G2 gesloten arbeidsovereenkomst. Bij deze werkgever kwam na een tip naar boven dat de werknemer bij een vorige werkgever op staande voet ontslagen was wegens zijn gedrag richting vrouwelijke docenten en leerlingen. De werknemer maakte daarna zijn dienstverband bij 02G2 af. Vervolgens solliciteerde hij bij een andere school waar hij zonder voorafgaand overleg 02G2 als referent op gaf. Die school heeft toen informatie opgevraagd over de werknemer bij 02G2 en vervolgens is zijn negatieve verleden aan die school doorgegeven. De werknemer kreeg te horen dat hij niet werd aangeworven wegens die ingewonnen informatie.

De werknemer heeft daarom aan de kantonrechter gevraagd om voor recht te verklaren dat het handelen van 02G2 onrechtmatig was (lees op grond van een onrechtmatige daad, art. 6:162 BW) en dat 02G2 veroordeeld wordt tot betaling van een bedrag van € 12.600. De kantonrechter heeft de vorderingen van de werknemer afgewezen.

Als het gaat om de vraag welke feitelijke informatie bij het afgeven van een referentie mag worden verstrekt, oordeelt het hof als volgt. Wanneer een sollicitant bepaalde negatieve informatie van de referentie wil uitsluiten, dan dient hij dat expliciet bij de referent aan te geven. De referent kan dan afwegen of hij dan wel een referentie wil afgeven. De referent moet namelijk een correct beeld van de werknemer verstrekken. Als de referent noodzakelijke informatie achterhoudt, dan kan dat betekenen dat er sprake is van onzorgvuldig handelen en dus aansprakelijkheid voor schade ten opzichte van de nieuwe potentiële werkgever. Daarom moet bij het verstrekken van een referentie zo veel mogelijk relevante informatie die van belang is voor het functioneren van de sollicitant worden verstrekt. Dat geldt ook voor negatieve informatie die ertoe kan leiden dat de sollicitant niet in dienst wordt genomen. Bij het oordelen of er sprake is van relevante informatie moet gekeken worden naar: de inhoud van gestelde vragen door de 'potentiële werkgever', de ernst van bepaalde gedragingen (zoals wangedrag), de aard van de functie, de betrokken belangen van derden, het tijdsverloop nadat zich bepaalde negatieve gebeurtenissen hebben voorgedaan en de eventueel getoonde verbetering. Het hof oordeelt op basis van de hiervoor genoemde criteria dat 02G2 belastende informatie mocht doorgeven aan de potentiële nieuwe werkgever van de werknemer. Volgens het hof is cruciaal in deze situatie dat de werknemer, in het cv dat hij destijds overlegde tijdens de sollicitatie met 02G2, het dienstverband met een vorige werkgever had verzwegen. Daarnaast speelt mee dat het dienstverband tussen 02G2 en de werknemer van korte duur was, dat de informatie over de werknemer een impact had op de schoolgemeenschap en dat er een noodzaak is om leerlingen te beschermen tegen ongewenst gedrag van docenten. Het hof oordeelt op basis daarvan dat de informatie over de werknemer met de

school gedeeld mocht worden en er geen sprake was van onzorgvuldig handelen. Het hof wijst de vorderingen van de werknemer af en veroordeelt de werknemer in de proceskosten van het geding.

270. De zorgplicht van artikel 7:658 lid 4 BW is ook van toepassing op de overeenkomst van opdracht, maar niet indien er geen sprake is van een arbeidsongeval. Wel blijft een algemene zorgplicht bestaan als opdrachtgever om zorgvuldig om te gaan met de belangen van de opdrachtnemer, waarbij schending met deze zorgplicht een onrechtmatige daad kan opleveren (Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6333)

Een docent heeft op 20 juli 2012 een overeenkomst gesloten met een onderwijsinstelling, Windesheim, om van 1 augustus 2012 tot 1 februari 2013 werkzaamheden voor Windesheim te verrichten. Op 12 september 2012 hebben de leidinggevende van de docent en de docent een gesprek gehad over signalen die waren binnengekomen van grensoverschrijdend gedrag van de docent richting vrouwelijke studenten. In dat gesprek is aangegeven dat bij nieuwe signalen de overeenkomst zal worden beëindigd. Op 14 januari 2013 vond opnieuw een gesprek plaats waarin werd aangegeven dat er nieuwe signalen waren en dat daarom de overeenkomst niet zou worden verlengd. De docent heeft op 25 maart 2013 per brief zijn klacht gedaan en vervolgens is er een onderzoek ingesteld door de klachtencommissie. De docent heeft primair gevorderd voor recht te verklaren dat de arbeidsrelatie tussen de docent en Windesheim als een arbeidsovereenkomst moet worden gekwalificeerd en subsidiair dat Windesheim aansprakelijk is voor de geleden schade wegens het niet voldoen aan de zorgplicht op grond van artikel 7:658 lid 4 BW. De docent vordert een bedrag van € 137.000 als voorschot wegens inkomens verlies en € 25.000 als voorschot op immateriële schade als mede alle overige schade. De kantonrechter oordeelde dat er sprake is van een overeenkomst van opdracht en niet van een arbeidsovereenkomst waardoor niet de kantonrechter bevoegd is om kennis te nemen van de zaak maar de handelskamer. De zaak is daarom verwezen naar de handelskamer. Op 25 november

2015 heeft de handelskamer de vorderingen van de werknemer afgewezen. De docent stelt dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst en niet een overeenkomst van opdracht omdat er sprake was van een gezagsverhouding die verder ging dan het geven van aanwijzingen. Het hof constateert dat het op grond van Hoge Raad 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP2651 bij de kwalificatie van een overeenkomst rekening dient te houden met hetgeen partijen voor ogen stond bij het sluiten van de overeenkomst, maar dat het niet voor de kwalificatie doorslaggevend is. De overeenkomst tussen de docent en Windesheim hield in dat hij onderwijs verzorgde op het vakgebied waarvoor hij was aangetrokken. Die situatie wijst niet noodzakelijkerwijs in de richting van een arbeidsovereenkomst, omdat de afspraak over het vakgebied ook past binnen een overeenkomst van opdracht. Daarnaast past de verplichting van Windesheim om als onderwijsinstelling te waken over de veiligheid van de studenten evengoed binnen het kader van een overeenkomst van opdracht als binnen het kader van een arbeidsovereenkomst. Verder is de overeenkomst uitdrukkelijk als een overeenkomst van opdracht aangemerkt, is de eenmanszaak van de docent als opdrachtnemer aangemerkt en wordt er gefactureerd door de docent. De rechtsverhouding tussen de docent en Windesheim is daarom volgens het hof terecht niet als een arbeidsovereenkomst gekwalificeerd. Ten aanzien van de bevoegdheid van de kantonrechter stelt de werknemer dat op grond van artikel 7:658 lid 4 BW, de kantonrechter ook bevoegd is indien het gaat om arbeidsongevallen van anderen dan werknemers. Het hof volgt die redenering, maar oordeelt dat de handelskamer bevoegd werd om kennis te nemen van de zaak doordat er, desondanks dat de kantonrechter bevoegd was, is verwezen naar de handelskamer. Ten aanzien van de zorgplicht van artikel 7:658 lid 4 BW stelt de docent dat op grond hiervan er schending is van de zorgplicht. De docent stelt dat toen hij aangesproken werd op ongewenst gedrag, zijn leidinggevende hier niet een waarschuwing aan mocht koppelen dat bij volgende signalen van ongewenst gedrag zijn overeenkomst werd beëindigd. De docent stelt verder dat er geen deugdelijk onderzoek heeft plaatsgevonden, omdat hij niet gehoord is in dat

onderzoek. Het hof constateert dat artikel 7:658 BW ook in een geval waar sprake is van een overeenkomst van opdracht de verplichting geeft aan de werkgever om maatregelen te nemen die voorkomen dat een werknemer, of in dit geval opdrachtgever, in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Het hof oordeelt dat de docent heeft betoogd dat hij geen schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, maar schade heeft geleden door onzorgvuldig handelen van Windesheim over ongewenst gedrag van hem, waardoor hij psychisch beschadigd is en zijn overeenkomst ten onrechte niet

werd verlengd. Daarmee beroept de docent zich niet op enig 'arbeidsongeval' dat hem tijdens zijn werkzaamheden zou zijn overkomen en waardoor hij schade heeft geleden. Het hof oordeelt daarom dat Windesheim op grond van artikel 7:658 lid 4 BW geen zorgplicht heeft geschonden. Het hof benadrukt echter dat Windesheim wel een zorgplicht heeft in haar rol van opdrachtgever om de belangen van de docent te bewaken en daar zorgvuldig mee om te gaan. Schending van die zorgplicht kan een onrechtmatige daad opleveren waarvoor Windesheim aansprakelijk kan zijn jegens de docent voor de geleden schade.

Ten aanzien daarvan stelt de docent dat Windesheim, nadat er opnieuw signalen waren van grensoverschrijdend gedrag, diepgaand onderzoek had moeten doen daarnaar.

Het hof oordeelt dat er beperkte tijd was waarbinnen Windesheim moest beslissen over het wel of niet beëindigen van de overeenkomst. Gezien die beperkte tijd kan niet worden geoordeeld dat die procedure onzorgvuldig was. Het verrichten van diepgaand onderzoek was ook niet vereist, omdat er een te groot risico was om de overeenkomst te verlengen.

Bijzondere bedingen

JURISPRUDENTIE

271. Een werkgever kan een leaseauto niet terugvorderen van een werknemer indien het gebruik daarvan tot een arbeidsvoorwaarde is geworden en er geen omstandigheden zijn die een reden vormen om van de werknemer te verlangen om mee te werken aan het wijzigen van die arbeidsvoorwaarde

(Rb. Midden-Nederland 25 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3624)

Een werknemer is op 11 februari 2002 in dienst getreden bij een werkgever in de functie van office manager. De werknemer heeft van de werkgever een leaseauto in bruikleen gekregen. Op 5 maart 2018 meldt de werknemer zich ziek. De werkgever heeft toen aan de werknemer gevraagd om de leaseauto terug te geven. De werknemer is hiermee niet akkoord gegaan. Op 5 juni is de lease auto ingevorderd door de werkgever.

De werknemer stelt dat door het lange gebruik daarvan, de leaseauto als loon is aan te merken en daarmee is geworden tot een arbeidsvoorwaarde. Er is geen eenzijdig wijzigingsbeding opgenomen in de arbeidsovereenkomst, dus mocht de werkgever de leaseauto niet invorderen. De werknemer eist daarom dat op grond van strijd met het goed werkgeverschap, hij de schade vergoed krijgt die hij heeft geleden ten gevolge van de onrechtmatige invordering van de werkgever van de leaseauto ten bedrage van € 40 per dag vanaf 5 juni 2018. De werkgever stelt dat het gebruik van de leaseauto niet is opgenomen in de arbeidsovereenkomst en daarom niet is aan te

merken als arbeidsvoorwaarde. Daarnaast staat in de toepasselijke cao dat wanneer de werkgever een in bruikleen gegeven zaak terugvordert, de werknemer daar gehoor aan moet geven.

In het kort geding dat is aangespannen oordeelt de voorzieningenrechter op grond van *FNV/Pontmeyer* (ECLI:NL:HR:2018:976), dat ondanks dat het gebruik van een zaak niet als arbeidsvoorwaarde is opgenomen, een arbeidsvoorwaarde kan ontstaan op basis van de wijze waarop een werkgever en een werknemer zich gedurende een zekere periode jegens elkaar gedragen en de verwachtingen die daarbij geschapen worden. In deze situatie geldt dat aangezien de werknemer lange tijd gebruikmaakte van de leaseauto, hij ervan uit mocht gaan dat het gebruik van de leaseauto een arbeidsvoorwaarde was. Dat was anders geweest indien de werkgever de werknemer voorwaarden aan het gebruik van de leaseauto had gesteld of dat hij de werknemer erop had gewezen dat er sprake was van bruikleen in de zin van de toepasselijke cao.

Ten aanzien van de vraag of de werkgever de arbeidsvoorwaarde eenzijdig mocht wijzigen, oordeelt de voorzieningenrechter het volgende. Ondanks dat er geen eenzijdig wijzigingsbeding is opgenomen, kan op grond van *Van der Lely/Taxi Hofman* (HR 26 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2688) en *Stoof/Mammoet* (HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847) van de werknemer bereidheid verlangd worden om mee te werken aan de aanpassing van zijn arbeidsovereenkomst. In deze situatie is de omstandigheid dat de werknemer de leaseauto vanwege ziekte niet meer nodig

had voor zijn werkzaamheden, geen reden om tot wijziging van de arbeidsovereenkomst over te gaan. Er was aan de kant van de werknemer geen sprake van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid.

De omstandigheid dat de werkgever de leaseauto nodig had wegens de overname van een ander koeriersbedrijf is ook geen reden om van de werknemer te verlangen dat hij meewerkt aan de wijziging van zijn arbeidsovereenkomst.

De voorzieningenrechter oordeelt daarom dat het in hoge mate waarschijnlijk is dat in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat er sprake is van een ontoelaatbare eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarde door de werkgever en dat de vordering tot schadevergoeding van de werknemer zal worden toegewezen. Daarnaast wordt de gevorderde schadevergoeding van € 40 per dag vanaf 5 juni 2018 toegewezen.

272. Een overeengekomen relatiebeding blijft geldig indien de werkgever twee verschillende namen heeft gevoerd die dezelfde juridische entiteit zijn en als niet gebleken is dat het relatiebeding dermate zwaarder is gaan wegen

(Hof 's-Hertogenbosch 24 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:3211)

Een werknemer heeft op 1 november 2002 een arbeidsovereenkomst gesloten met een maatschap, de werkgever. Eind 2011 zijn er wijzigingen in de maatschap geweest die hebben geleid tot een nieuwe naam van de werkgever. Op 31 januari 2013 hebben de werknemer en de werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigd middels