

**A**  
ADVOCATENBLAD

**KRONIEK**

Kronieken | nr. 1/2014

*Kronieken*  
**PENSIOENRECHT**  
**VENNOOTSCHAPSRECHT**  
**ARBEIDSRECHT**

**Sdu** UITGEVERS

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN



## Pensioenrecht

- 5 Pensioenovereenkomst
- 5 Wijziging pensioenovereenkomst
- 6 Uitvoeringsovereenkomst
- 7 Toeslagverlening
- 8 Bedrijfstakpensioenfondsen
- 8 Gelijke behandeling
- 9 Evenredige verwerving en financiering van pensioen
- 10 Pensioen en faillissement
- 10 Pensioen en scheiding
  - 10 De pensioenuitkeringstoets in het kader van alimentatierekenen
  - 11 Externe uitvoering van de rechten van de ex
  - 12 Internationaal privaatrecht
- 12 Advisering
- 13 Herstel van fouten door pensioenuitvoerders
- 13 Waardeoverdracht
- 13 Procesrecht
- 13 Tot besluit

## Vennootschapsrecht

- 15 Wetgeving
- 16 Bestuurdersaansprakelijkheid
- 16 Overschrijding termijn publicatie jaarrekening
- 17 Arrest Spaanse vakantievilla
- 18 Enquêtebevoegdheid
- 20 Responstijd
- 22 Slot

## Arbeidsrecht

- 24 Garantieloon ex art. 7:628a BW
- 25 Omzeiling ketenregeling
- 26 Schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag
- 26 Rechtsgeldige opzegging
- 27 Overgang van onderneming
- 28 Arbeidsrechtelijke omkeringsregel
- 28 Deskundigenoordeel
- 29 Payrollconstructies
- 30 WNT
- 30 Wet werk en zekerheid
- 31 Ziektewet
- 31 Overige ontwikkelingen
  - 31 Afschaffing stamrechtvrijstelling
  - 31 Declaratiegedrag



## COLOFON

### Colofon

94e jaargang

Het *Advocatenblad*, het maandblad voor de Nederlandse advocatuur, verschijnt 12 keer per jaar (elke laatste donderdag van de maand) en wordt uitgegeven door Sdu Uitgevers. De van de Nederlandse Orde van Advocaten onafhankelijke redactie stelt de inhoud samen.

**Hoofdredacteur**  
Robert Stiphout

**Samenstelling**  
Mark Maathuis

**Advocaat-redactieleden**  
Koert Boshouwers, Anneke Groenewoud, Martijn Maathuis, Robert Malewicz, Christiaan Oberman, Marc Padberg, Leonie Rammeloo, Theo van Schagen, Bart van Tongeren

**Beeldredactie**  
Charlotte Helmer

**Contact**  
Reacties kunnen naar mailadres redactie@advocatenblad.nl

**Vormgeving**  
Dimdim, Den Haag

**Correctie**  
Sandra Braakmann

**Illustraties**  
Floris Tilanus

**Druk**  
Senefelder Misset, Doetinchem

**Citeerwijze**  
*Adv.bl.* Kroniek 2014-1, p.

**Sdu Uitgevers**  
Gert Jan Schinkel (uitgever)  
Sandra Kroon (directeur Legal, Tax & Regulatory)

**Advertenties**  
Fenneke van der Schee en Angela Bruins (media adviseurs) 070-378 05 62  
www.sduadvertiser.nl, advertentie.juridisch@sdu.nl, Inzendtermijn: nr. 5, 9 april 2014 nr. 6, 14 mei 2014

**Abonnementen**  
Per jaar: 222,50 euro (incl. verzend- en administratiekosten). Studenten: 111,25 euro. Jaarbanden: 39,95 euro (excl. verzendkosten). Losse nummers: 30 euro (excl. verzendkosten). Alle bedragen zijn excl. btw.

**Adreswijzigingen**  
Sdu Uitgevers klantenservice, 070-378 98 80, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag, www.sdu.nl/service; adreswijzigingen van advocaten: adres@advocatenorde.nl

**Bureau van de Orde**  
Neuhuyskade 94, 2596 XM Den Haag Postbus 30851, 2500 GW Den Haag info@advocatenorde.nl

070-335 35 35  
Helpdesk: helpdesk@advocatenorde.nl  
070-335 35 54  
ISSN 2214-4935

Behoudens door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veeleenvoudigd of openbaar gemaakt zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie

aanbieden van artikelen aan het *Advocatenblad* impliceert toestemming voor openbaarmaking en veeleenvoudiging t.b.v. de (elektronische) ontsluiting van (delen van) *Advocatenblad* in enige vorm.

**HOI**  
KEURMERK

Nederlands  
**uitgeversverbond**  
Groep uitgevers voor vak en wetenschap

# Kroniek Pensioenrecht

Voor de pensioenwetgeving waren in de periode 2012-2013 de *highlights* het aannemen van de Wet versterking bestuur pensioenfondsen, de verhoging van de AOW-leeftijd in combinatie met de beperking van het fiscale Witteveen-kader voor pensioenverwerving, de internetconsultatie voor het voorontwerp van de Wet invoering reële ambitieovereenkomst en Vraag & Antwoord 12-008 van de Belastingdienst inzake pensioen/stamrecht eigen beheer en terugbetalen aandelenkapitaal of uitkeren dividend.



*Bastian Bodewes, Annemiek Cramer,  
Jan Aart van de Hoef en Wim Thijssen\**

**Pensioenovereenkomst » Wijziging pensioenovereenkomst » Uitvoeringsovereenkomst » Toeslagverlening »  
Bedrijfstakpensioenfondsen » Gelijke behandeling » Evenredige verwerving en financiering van pensioen » Pensioen en  
faillissement » Pensioen en scheiding: De pensioenuitkeringstoets en het kader van alimentatierekenen » Externe uitvoering  
van de rechten van de ex » Internationaal privaatrecht » Advisering » Herstel van fouten door pensioenuitvoerders »  
Waardeoverdracht » Procesrecht » Tot besluit**

\* Bodewes is advocaat bij Bodewes Pensioenrechtadvocatuur te Vries. Cramer CPL, Van de Hoef CPL en Thijssen zijn advocaat bij Thijssen Pensioen Advocaten te Heemstede. Thijssen is tevens verbonden aan het VU Expertisecentrum Pensioenrecht.



Op 7 augustus 2013 trad de Wet versterking bestuur pensioenfondsen (Kamerstuk 33 182) in werking. Die wet dient door de pensioenfondsen op 1 juli 2014 te zijn geïmplementeerd. In plaats van de huidige paritaire besturen dient door de pensioenfondsen te worden gekozen uit de volgende vijf bestuursmodellen: het paritair model (het bestuur bestaat uit vertegenwoordigers van werkgever(s), werknemers en pensioengerechtigden), het onafhankelijk bestuursmodel (een

beroepsbestuur gecontroleerd door een belanghebbendenorgaan waarin de drie 'bloedgroepen' zitting hebben), het paritair gemengd bestuursmodel (extern deskundigen vormen het niet-uitvoerend bestuur, vertegenwoordigers uit drie geledingen vormen het uitvoerend bestuur), het onafhankelijk gemengd bestuursmodel (zowel het niet-uitvoerend bestuur als het uitvoerend bestuur bestaat uit extern deskundigen) of het omgekeerd gemengd bestuursmodel (extern deskundigen

vormen het uitvoerende bestuur, het niet-uitvoerend bestuur wordt gevormd uit de drie geledingen).

De Wet verhoging AOW- en pensioenrichtleeftijd (Kamerstuk 33 290) maakte dat voor velen de AOW-leeftijd omhoog ging en de pensioenvererving vanaf 1 januari 2014 omlaag. In 2013 dienden veel pensioenregelingen daartoe te worden gewijzigd.

Verdere versoering om het pensioenstelsel 'houdbaar' te maken werd beoogd met het voorstel voor een Wet

invoering reële ambitieovereenkomst. Onder die wet zou moeten worden gekozen voor het huidige juridisch kader waarin pensioenen kunnen worden gekort of een kader waarin pensioenen zouden 'meebewegen' met gerealiseerde beleggingsrendementen en wijzigingen in de levensverwachting. Dit voorontwerp is na veel kritiek die uit de consultatie naar voren kwam ingetrokken. Een nieuw voorontwerp wordt in de lente verwacht.

Minder in het oog springend, maar voor de dga met pensioen in eigen beheer van groot belang, is Vraag & Antwoord 12-008 van de Belastingdienst inzake pensioen/stamrecht eigen beheer en terugbetalen aandelenkapitaal of uitkeren dividend van 21 september 2012. Deze liep vooruit op de wijziging met ingang van 1 oktober 2012 van art. 2:216 BW. Uit art. 2:216, lid 1 BW volgt sindsdien dat een bv geen dividend mag uitkeren, indien het eigen vermogen van de bv niet groter is dan de wettelijke reserves, zoals de commercieel gewaardeerde pensioenvoorziening (de solvabiliteitstoets). Deze solvabiliteitstoets wordt, toegespitst op het eigen beheer pensioen, de pensioenuitkeringstoets genoemd. Verder mag geen dividend worden uitgekeerd indien de bv daardoor haar verplichtingen jegens crediteuren niet meer zou kunnen nakomen (de liquiditeitstoets). In Vraag & Antwoord 12-008 van de Belastingdienst inzake pensioen/stamrecht eigen beheer en terugbetalen aandelenkapitaal of uitkeren dividend van 21 september 2012 nam de Belastingdienst het standpunt in dat een bv die pensioen in eigen beheer uitvoert op elk moment (meteen vanaf de aanvang van de pensioenverwerving door de dga) aan de solvabiliteitstoets en de liquiditeitstoets dient te voldoen. 'Pensioen' bleek zo een barrière voor de door de overheid in het kader van het belastingplan 2014 gewenste bestedingen door dga's op basis van dividendopnames tegen een enigszins verlaagd

tarief. 'Pensioen' bleek ook van belang voor het alimentatierekenen, waarover hierna meer.

Deze belangrijke ontwikkelingen op wetgevingsgebied wilden wij u niet onthouden. Hierna volgen, zoals gebruikelijk in de *Kroniek Pensioenrecht*, de belangrijkste ontwikkelingen in de rechtspraak.

## PENSIOENOVEREENKOMST

Een werknemer had volgens de arbeidsovereenkomst aanspraak op een aanvullende uitkering boven op de WAO-uitkering, echter de werkgever verzuimde om daartoe een WAO-excedentverzekering af te sluiten. De werkgever besloot de aanvullende uitkering binnen één jaar af te bouwen. In deze bodemprocedure vorderde de werkgever een verklaring voor recht dat hij de aanvulling mocht afbouwen onder meer wegens onvoorziene omstandigheden. Rechtbank Leeuwarden 30 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY2732, oordeelde dat sprake was van gewijzigde omstandigheden in de verzekeringsbranche en door de financiële crisis. Dit vormde echter geen aanleiding tot wijziging van arbeidsvoorwaarden omdat het verzuim om een WAO-excedentverzekering af te sluiten voor rekening en risico van de werkgever diende te komen.

Hof Den Bosch oordeelde op 8 oktober 2010, ECLI:NL:GHSHE:2012:5033, in een procedure tegen ABP in lijn met HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:9621, dat een redelijke uitleg van het pensioenreglement van ABP ertoe leidde dat bij functietherwaardering met terugwerkende kracht ABP een salarisverhoging in de pensioengrondslag diende te betrekken. Aldus leidde dit tot een hoger invaliditeitspensioen.

Rechtbank Oost-Nederland oordeelde op 9 januari 2013, *PJ* 2013/50 over een geschil waar afstand was gedaan van deelneming in de pensioenrege-

ling van de werkgever met getekende afstandsverklaring. Volgens het pensioenreglement was de handtekening van de partner vereist voor afstand.

De werkgever controleerde wel de handtekening van de werknemer maar niet die van de partner. Ook voldeed de werkgever niet aan zijn informatieplicht ter zake de financiële risico's van afzien van deelneming. De rechtbank oordeelde dat de partner na het overlijden van de werknemer ondanks de afstandsverklaring uitkering van partnerpensioen toekwam.

## WIJZIGING PENSIOEN- OVEREENKOMST

De Hoge Raad oordeelde op 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4465, over de vraag of een vroegpensioenfonds voldeed aan zijn informatieplicht jegens een dga bij de afschaffing van een verplichte vroegpensioenregeling en de mogelijkheid om deze vrijwillig voort te zetten. De dga stelde het schrijven uit 2006 van het vroegpensioenfonds nooit te hebben ontvangen en hij wenste de regeling alsnog vrijwillig voort te zetten. Het fonds weigerde dit omdat de termijn voor deelname reeds lang was verstreken. De Hoge Raad oordeelde dat beëindiging van de pensioenregeling onder de reikwijdte viel van het destijds geldende art. 17, lid 1 PSW (dat regelde wettelijk verplicht te verstrekken schriftelijke informatie bij toetreding tot een pensioenregeling en bij wijziging van statuten of reglementen; thans art. 21, lid 2 PW), zodat over het beëindigen van de regeling schriftelijk diende te worden geïnformeerd. Omdat het aanbod tot vrijwillige voortzetting van de vroegpensioenregeling in dezelfde brief was opgenomen, gold daarvoor ook de norm van art. 17, lid 1 PSW. Daarom ontviel de grondslag aan het oordeel van het hof dat geen zekerheid hoefde te bestaan





dat de brief waarin over beëindiging van de regeling werd geïnformeerd de deelnemer ook zou bereiken. Of i.c. aan de norm van art. 17, lid 1 PSW was voldaan, hing volgens de Hoge Raad af van de kenbare persoonlijke en financiële belangen van de deelnemer bij het tijdig treffen van vervangende voorziening.

Rechtbank Noord-Nederland oordeelde op 13 februari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ1430, in een procedure over de vraag of een werkgever na toetreding tot een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds eenzijdig de premieverdeling tussen werkgever en werknemers kon wijzigen. De werkgever beriep zich op het eenzijdig

wijzigingsbeding en wijzigde de verdeling van 13/2/3 naar 50/50 conform de cao. De rechtbank oordeelde dat een zwaarwegend belang om te wijzigen ontbrak omdat de cao geen verplichting tot een premieverdeling inhoudt.

Op 23 december 2009 oordeelde Rechtbank Rotterdam (*PJ* 2013/82) over de wijziging van een eindloonregeling naar een beschikbarepremieregeling. De rechtbank oordeelde dat de werkgever niet had aangetoond dat de pensioenlasten in de eindloonregeling onbeheersbaar waren geworden en dat ondanks instemming van de ondernemingsraad geen sprake was van een voldoende zwaarwegend belang van de werkgever bij wijziging.

## UITVOERINGS- OVEREENKOMST

Rechtbank Haarlem oordeelde op 13 december 2012, ECLI:NL:2012:BY6525, over een geschil ter zake van een beëindigingsovereenkomst. Deze bevatte de uitbetaling van pensioenbijdragen omdat de werknemer ten onrechte niet was opgenomen in de pensioenregeling van de werkgever. In de procedure vorderde de werknemer nietigheid van de beëindigingsovereenkomst, onder meer wegens strijd met het afkoopverbod van art. 32, lid 4 PSW. De rechtbank oordeelde dat partijen beoogden een voorziening te treffen die het nadeel van werknemer zou

opheffen. De regeling kwam daarmee in de plaats van de pensioentoezegging en de rechtbank wees de vordering af.

Een werknemer vorderde in hoger beroep bij Hof Den Haag 16 april 2013, ECLI:NL:GHDHA:8982, veroordeling van zijn oud-werkgever tot rechtstreekse uitkering van ouderdomspensioen. Hij zou tot een groep behoren waarvoor de pensioenregeling gold, terwijl de werkgever hem ten onrechte niet zou hebben aangemeld ter verzekering. Het hof oordeelde dat een deelnemer geen recht verkrijgt op uitkering van ouderdomspensioen jegens de werkgever maar (slechts) jegens de verzekeraar. Ook maakte de werknemer niet aannemelijk dat hij deelnemer in de pensioenregeling had moeten zijn.

In een procedure voor Rechtbank Oost-Brabant 11 april, 2013:ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ6592, spreken werknemers en een door hen opgerichte vereniging de werkgever aan. Gevorderd werd dat de werkgever werknemers zou compenseren voor het nadeel als gevolg van wijziging van de omzettingfactoren bij het ondernemingspensioenfonds. Het betrof een beschikbarepremieregeling waarvan het opgespaarde saldo op pensioendatum werd omgezet in een levenslange pensioenuitkering. Ten tijde van de invoering van de pensioenregeling bij cao in 2000 wees de werkgever op het bestaan van beleggingsrisico's ter zake van het spaarsaldo. De risico's van rente en levensverwachting werden echter niet genoemd. Hoewel de rechtbank oordeelde dat werknemers de werkgever op grond van de pensioenovereenkomst konden aanspreken, was van schending van informatieverplichtingen geen sprake. Ook speelde deskundigheid bij onderhandelaars bij de cao een rol. Een interessante zaak betrof een garantieverzekering met een gesepareerd beleggingsdepot. De werkgever had enerzijds recht op overrentedeling en dus een belang bij

een hoog rendement, terwijl anderzijds de verzekeraar de pensioenuitkeringen garandeerde en derhalve belang had bij zekerheid. Hierdoor ontstond een spanningsveld. De Rechtbank Amsterdam, 28 augustus 2013; ECLI:NL:RBAMS:2013:6239, oordeelde dat een verzekeraar een bepaalde mate van vrijheid toekomt ten aanzien van de beleggingen, maar zich dient te houden aan de overeengekomen beleggingsrichtlijn tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van hem kon worden gevegd. Daarvan was onder de gegeven omstandigheden geen sprake zodat de verzekeraar veroordeeld werd tot betaling van schadevergoeding wegens wanprestatie.

## TOESLAGVERLENING

Van de rechtspraak over toeslagverlening springen de afloop van tegen Delta Lloyd en ING gevoerde rechtszaken het meest in het oog. Deze zaken kwamen in de *Kroniek Pensioenrecht* van vorig jaar uitgebreid aan de orde. De cassatie tegen het arrest van het Hof Amsterdam van 12 juni 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW8050, strandde omdat in cassatie geen rechtsvragen zouden zijn voorgelegd. Het cassatieberoep werd daarom verworpen op grond van het bepaalde in art. 81 RO. Zie HR 20 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:1134. In de zaak van Scaping tegen ING waarin de kantonrechter een vordering tot voortzetting van de toeslagverlening had afgewezen, oordeelde een arbitragecommissie uiteindelijk dat ING niet het volledige bedrag voor toeslagverlening hoefde te voldoen maar kon volstaan met betaling van een beperkt bedrag (voor beperkte toeslagverlening). Zie NAI 25 januari 2013 (NAI 4047), PJ 2013/41 waarin de vindplaatsen van eerdere procedures zijn vermeld.

In een belangrijk arrest van 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0566, oordeelde de Hoge Raad over

werkgever ECN die de toeslagregeling eenzijdig wijzigde van onvoorwaardelijk naar voorwaardelijk. Volgens de Hoge Raad gold onder de Pensioen- en spaarfondsenwet (PSW) geen bepaling als art. 19 PW dat eenzijdige wijziging mogelijk maakte op basis van een belangenafweging tussen werkgever en werknemers. Gebruikmaken van de bevoegdheid tot wijziging door de werkgever werd daarom slechts beperkt door de vraag of sprake is van misbruik van bevoegdheid. Ook was geen sprake van een uitgewerkte rechtsverhouding omdat de pensioenuitkeringen doorlopen na het einde van de arbeidsovereenkomst. Hof Arnhem-Leeuwarden volgde deze lijn in het arrest van 12 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8547.

Hof Amsterdam 13 augustus 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2513, oordeelde in een geschil tussen een werkgever en gepensioneerd over de vraag of de werkgever bevoegd was om de bijdrage in de premie ziektekostenverzekering eenzijdig te wijzigen wegens de invoering van de Zorgverzekeringswet per 1 januari 2006. Het hof oordeelde dat de werkgever ondanks een bestendige gedragslijn nooit had beoogd dit onvoorwaardelijk en ongewijzigd levenslang voort te zetten. Ook was geen sprake van het rechtens te beschermen gerechtvaardigd vertrouwen dat de werkgever de bijdrage levenslang ongewijzigd zou voortzetten. Interessant is in dit verband het arrest van de Hoge Raad van 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:8363. In appel oordeelde Hof 's-Gravenhage 14 februari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:6806, dat Fortis Bank met het vele jaren gevoerde beleid en mede geleid op de publicatie in de *Seniorenids* het gerechtvaardigde vertrouwen had gewekt dat zij de bijdrage in beginsel zou blijven verstrekken en dit alles had bij elkaar genomen geleid tot een rechtens afdwingbare aanspraak. Het beroep in cassatie door Fortis Bank

ingesteld, werd door de Hoge Raad op de voet van art. 81, lid 1 Wet RO afgedaan.

## BEDRIJFSTAK- PENSIOENFONDSEN

Geschillen tussen werkgevers en verplicht gestelde bedrijfstakpensioenfonds geven geregeld aanleiding tot procedures. Uit de jurisprudentie blijkt dat dit in 2013 niet anders was. Veelal zijn verplichte deelneming en de daaraan verbonden premieconsequenties en/of vrijstellingsperikelen onderwerp van het geschil. Hier volgt een selectie van jurisprudentie waarin verschillende aspecten van werkingsfeergeschillen aan de orde komen.

Allereerst heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7363, geoordeeld (overigens in lijn met de heersende leer en vaste rechtspraak) dat bij een geschil over verplichte deelneming van een onderneming bij een bedrijfstakpensioenfonds, het uitgangspunt is dat de stelplicht en bewijslast dat de werkgever moet aansluiten bij het bedrijfstakpensioenfonds ligt. Indien de onderneming in eerste instantie akkoord gaat met aansluiting, maar later meent niet verplicht te zijn tot deelneming, geldt een omgekeerde bewijslast.

In Hof Den Haag 22 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:4401, werd over de internationale reikwijdte van een verplichtstelling geoordeeld. Bij een dergelijke kwestie dient gekeken te worden naar het toepasselijk recht, mede aan de hand van het EVO-Verdrag. Het hof oordeelde dat de in Engeland woonachtige en werkzame werknemers van een Nederlandse werkgever niet onder de verplichtstelling vielen. In het algemeen wordt aangenomen dat een Nederlandse verplichtstelling (slechts) op de Neder-

landse bedrijfstak betrekking heeft, waarbij het gaat om arbeid die in Nederland wordt verricht. De Nederlandse verplichtstelling geldt dan niet wanneer de arbeid buiten Nederland wordt verricht, ondanks het feit dat de Nederlandse werkgever onder de verplichtstelling van een bedrijfstakpensioenfonds kan vallen.

Rechtbank Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:4801, oordeelde dat een zelfstandige schilder (zonder personeel) niet voor een vrijstelling van verplichte deelneming aan het voor hem toepasselijke bedrijfstakpensioenfonds in aanmerking kon komen. Niet omdat een zelfstandige geen werkgever of werknemer zou kunnen zijn volgens de rechtbank, maar omdat bij een gesloten lijfrenteverzekering (derde pijlervoorziening) geen sprake was van een gelijkwaardige pensioenregeling. Zolang geen sprake is van een gelijkwaardige tweede pijlervoorziening bij een zelfstandige zonder personeel, lijkt een beroep op vrijstelling daarom vrijwel onmogelijk.

In twee arresten, Hof Amsterdam 26 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4825 en Hof Arnhem-Leeuwarden 5 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5163, kwam de hoofdelijke aansprakelijkheid voor bestuurders van vennootschappen (art. 23 Wet Bpf 2000) voor betaling van pensioenpremies aan een bedrijfstakpensioenfonds aan de orde. Daarbij bleek onder andere dat een tijdige mededeling van betalingsonmacht belangrijk is. Een bedrijfstakpensioenfonds mag volgens Hof Amsterdam overigens niet te allen tijde afgaan op inschrijving van de bestuurder in het handelsregister. Louder de inschrijving als bestuurder hoeft nog niet tot hoofdelijke aansprakelijkheid te leiden, aldus het hof. In casu stelde een volgens het handelsregister ingeschreven bestuurder nimmer werkelijk bestuurder te zijn geweest

of bestuurstaken te hebben vervuld. De stelling van het pensioenfonds dat het (toch) mocht afgaan op de inschrijving in het handelsregister volgde het hof niet. Een pensioenfonds mag zich niet op derdenbescherming van de inschrijving als de bestuurder in het handelsregister beroepen, waardoor een ingeschreven bestuurder, mits voldoende bewezen dat nimmer werkelijk bestuurstaken zijn vervuld, toch niet hoofdelijk aansprakelijk hoeft te zijn.

In het kader van een overgang onderneming oordeelde Rechtbank Midden-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3506, dat een bedrijfstakpensioenfonds een vorderingsrecht heeft voor onbetaald gebleven premies bij de verkrijgende vennootschap, ondanks een tussen verkrijger en vervreemder onderling gemaakte afspraak dat die verplichting niet zou worden overgenomen door de verkrijger. Die afspraak kon niet ten nadele van het bedrijfstakpensioenfonds uitpakken.

## GELIJKE BEHANDELING

Het Hof van Justitie van de EU heeft in een voor de praktijk belangrijke uitspraak van 26 september 2013 (HvJ EU 26 september 2013, zaak C-476/11, HK Danmark/Experian, PJ 2013/176) een streep gezet door art. 8, lid 3 van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid (de WGBLA). In art. 8 WGBLA, gebaseerd op art. 6, lid 2 van Richtlijn 2000/78/EG, is bepaald dat het verbod om leeftijdsonderscheid te maken in het kader van arbeidsvoorwaarden niet van toepassing is op actuariële berekeningen bij pensioenvoorzieningen waarbij met leeftijd rekening wordt gehouden. Het oordeel van het hof in de onderhavige kwestie hield in dat art. 6, lid 2 van de genoemde richtlijn uitsluitend een uitzondering op het verbod van leeftijdsonderscheid mogelijk maakt,





indien de actuariële berekeningen leiden tot de vaststelling van toetredingsleeftijden of pensioenleeftijden. Dat betekent dat art. 8, lid 3 WGBLA een ruimere uitzondering bevat dan de richtlijn toestaat, nu daarin niet de beperking is opgenomen dat leeftijdsonderscheid moet zijn beperkt tot actuariële berekeningen in verband met de vaststelling van toetredings- of pensioenleeftijden. Dat betekent ook dat de in de praktijk vaak gehanteerde leeftijdsafhankelijke werkgeversbijdrage bij een premieregeling, op basis van staffels, niet zonder meer blijkt te zijn toegestaan. Anders dan voorheen op grond van art. 8, lid 3 WGBLA werd aangenomen, is een leeftijdsafhankelijke werkgeversbijdrage alleen toegestaan indien het gemaakte leeftijdsonderscheid objectief gerechtvaardigd is (of onder een van de andere uitzonderingen van art. 8 WGBLA kan worden gebracht).

Uiteraard waren er in de periode waarop deze kroniek betrekking heeft, meer uitspraken over gelijke behande-

ling. Daarop wordt hier verder niet ingegaan, omdat ze in de regel niet zo verrassend waren.

## EVENREDIGE VERWERVING EN FINANCIERING VAN PENSIOEN

In een procedure bij Rechtbank Amsterdam van 3 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3697, vorderde de oud-werknemer nakoming van de pensioentoezegging door rechtstreekse betaling door de werkgever van (aanvullende) pensioenuitkeringen. Ter uitvoering van de pensioentoezegging was een C-polis afgesloten die op pensioendatum (ruim) onvoldoende kapitaal uitkeerde ter dekking van de beoogde eindlooppensioenen. De rechtbank maakte onderscheid tussen de affinancieringsplicht en de pensioentoezegging en concludeerde voorts dat sprake was van een eindloonregeling. De rechtbank oordeelde dat indien de werkgever zijn wettelijke

verplichting tot affinanciering correct zou hebben uitgevoerd, de vordering tot nakoming van de eindlooppensioentoezegging diende te worden afgewezen. Bepalend daarvoor waren de gegevens zoals die golden ten tijde van uitdiensttreding. De rechtbank liet partijen vervolgens toe om bewijs te leveren voor de beoordeling of het tekort aan kapitaalopbouw in de C-polis geheel of gedeeltelijk voor eigen rekening en risico van de oud-werknemer diende te blijven.

Hof Amsterdam 9 april 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:CA3124, oordeelde in een interessant geschil over de vraag of een adviseur handelde met de zorg die van een redelijk handelend en bekwaam vakgenoot mocht worden verwacht. Het ging hier om de vraag of het toepassen van gelijkblijvende risicopremies (ten opzichte van eenjarige risicopremies) als financiering ter dekking van nabestaandenpensioenen geschikt moest worden geacht. Het hof oordeelde dat dit systeem alleen verantwoord zou zijn bij voortzetting van de pensioenverwerving tot de pensioendatum, omdat anders niet zou worden voldaan aan de eis van evenredige opbouw en financiering van het destijds nog toepasselijke art. 7a PSW (thans art. 17 Pensioenwet). Hier leidde de onttrekking van premies voor nabestaandenpensioen aan de beschikbare pensioenpremie bovendien tot ongelijke behandeling (leeftijdsonderscheid op grond van burgerlijke staat en van geslacht). Een gehuwde deelnemer verwierf immers een lager ouderdomspensioen dan een ongehuwde deelnemer en bovendien was sprake van sekseafhankelijke risicotarieven. De pensioenregeling diende op korte termijn op deze aspecten te worden aangepast zodat van continuïteit van de pensioenregeling die vereist was voor het bereiken van evenredige opbouw en financiering, geen sprake was. Dit maakte de regeling dus ongeschikt zodat aan de eis zoals die van

een redelijk bekwaam en handelend adviseur mocht worden verwacht, niet was voldaan.

## PENSIOEN EN FAILLISSEMENT

In een zaak voor Hof Leeuwarden van 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY1271, vorderde een werkgever, om faillissement af te wenden, een bevel aan een verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds om mee te werken aan een akkoord. Het pensioenfonds ging niet akkoord met de regeling, omdat niet alle schuldeisers een gelijk deel van hun vordering zouden ontvangen. Hof Leeuwarden oordeelde dat contractsvrijheid geldt en dat van misbruik van bevoegdheid van het pensioenfonds geen sprake was, gezien het door het pensioenfonds aangevoerde argument dat bij faillissement het UWV de achterstallige pensioenpremies overneemt. Het hof wees de vordering dan ook af.

Een andere zaak voor Hof Arnhem op 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY0621, betrof een faillissement waarin de curator trachtte een lijfrentepolis af te kopen. Hof Arnhem oordeelde dat de curator slechts de beschikkingshandelingen toekomt die ook de failliet had. Art. 22a Fw. breidt die niet uit. Nu de failliet niet kon afkopen, kon de curator dat evenmin.

De Centrale Raad van Beroep oordeelde op 13 maart 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ4245, over de vraag of onbetaalde pensioenpremies ook verschuldigd waren aan de pensioenverzekeraar. De raad kwam tot het opmerkelijke oordeel dat de premies niet verschuldigd waren nu de uitvoeringsovereenkomst tussen werkgever en pensioenuitvoerder niet was ondertekend door beide partijen. Gevolg was dat het UWV de achterstal-

lige pensioenpremies niet hoefde af te dragen krachtens art. 64, lid 1 sub c Werkloosheidswet.

Op 25 april 2013 oordeelde het Hof van Justitie van de EU, ECLI:NL:XX:2013:BZ9899, op een verzoek om een prejudiciële beslissing van het High Court van Ierland. Het hof oordeelde dat in lijn met het eerdere arrest-Robins e.a. van 25 januari 2007, Ierland art. 8 van Richtlijn 2008/94 onjuist had geïmplementeerd nu een werknemer bij insolventie van de werkgever niet ten minste de helft van het ouderdompensioen ontvangt waarvoor hij bijdragen heeft betaald aan een (voor bedrijfstak(ken) geldend) aanvullende stelsel van sociale voorzieningen. Wij verwachten vooralsnog niet dat deze uitspraak Nederland op dit punt tot aanvullende wetgeving noopt omdat deze voldoende waarborgen lijkt bevatten in de Pensioenwet en de regeling van art. 64c WW.

## PENSIOEN EN SCHEIDING

De scheidingsgerelateerde pensioenproblematiek van de dga stond in de periode 2012-2013 ruim in de belangstelling. Het ging daarbij met name om de berekening van door een dga te betalen alimentatie, externe uitvoering van het recht op uitbetaling van ouderdompensioen en het bijzonder partnerpensioen van de ex van de dga ten laste van de bv en tot slot de internationaal privaatrechtelijke aspecten van pensioenverevening.

### De pensioenuitkeringstoets in het kader van alimentatierekenen

Wat de door een dga te betalen alimentatie betreft, is het belangrijkste de rechtspraak... die er nog niet is! Uit de inleiding bij deze kroniek bleek dat in het kader van de solvabiliteitstoets van art. 2:216 BW geen dividendopnames zijn toegestaan, voor zover de reserves van de bv de commercieel gewaar-

deerde pensioenverplichting niet overtreffen. Toegesplitst op pensioen wordt deze solvabiliteitstoets als de 'pensioenuitkeringstoets' aangeduid.

De meeste (kleine) bv's stellen slechts een fiscale jaarrekening op gezien de vrijstelling van art. 2:396, lid 6 BW. In de fiscale jaarrekening dient de pensioenverplichting op basis van een rekenrente van ten minste vier procent te worden berekend op grond van art. 3:29 Wet IB 2001, óók als de marktrente lager is. De fiscus staat louter om budgettaire redenen geen lagere rente toe, omdat bij een lagere rente voor de waardering van pensioenverplichtingen de pensioenverplichting en daarmee de aftrek voor de winstbelasting hoger zou worden. De commercieel gewaardeerde pensioenverplichting bedraagt momenteel in de praktijk meer dan het dubbele dan de fiscale, omdat de marktrente lager is dan twee procent. Dat betekent dat bv's die volgens de fiscale jaarrekening over voldoende solvabiliteit beschikken om dividend uit te keren, dat toch niet mogen omdat na omrekening van de pensioenverplichting op commerciële waarde niet of in mindere mate over uitkeerbare reserves wordt beschikt.

Dat is van belang met het oog op toepassing van de Tremanormen voor het berekenen van alimentatie. Tremanorm 65 uit het Rapport alimentatienormen versie 2013 bepaalt immers dat voor het vaststellen van de draagkracht van een gda moet worden uitgegaan van de bedragen die de ondernemer geacht wordt aan de bv te kunnen onttrekken in de vorm van salaris of dividend. De alimentatie wordt niet vastgesteld op basis van het salaris dat de dga zich toekent, maar op basis van de maximaal mogelijke onttrekkingen aan salaris en dividend. Te verwachten valt dat dividendopnames als gevolg van de pensioenuitkeringstoets in veel beperktere mate mogelijk zullen zijn dan in het verleden werd aangenomen,

mede gezien de uitleg die de Belastingdienst aan de pensioenuitkeringstoets geeft. Die uitleg houdt in dat de pensioenuitkeringstoets niet uitsluitend voor dga's geldt die de pensioendatum al dicht zijn genaderd, maar voor iedere dga met pensioen in eigen beheer. Het wachten is op rechtspraak ter zake door gda's te betalen alimentatie waarin de pensioenuitkeringstoets wordt toegepast. Overigens bevreemdt het dat in het kader van het alimentatierekenen de pensioenuitkeringstoets pas sedert de wijziging van art. 2:216 BW per 1 oktober 2012 in het kader van de invoering van de zogeheten 'Flex-bv' meer in de belangstelling is komen te staan. Ook voorheen gold al lang een soortgelijk uitpakkende kapitaalbeschermingseis. Zal volgend jaar de eerste rechtspraak op dit punt kunnen worden vermeld in deze kroniek?

### Externe uitvoering van de rechten van de ex

Daartoe is de bestuurder in hoedanigheid van ex-echtgenoot en de bv verplicht op grond van twee standaard-arresten (PJ 2007/42 respectievelijk NJ 2004/636; HR 12 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1289, waarin een bv die pensioen in eigen beheer uitvoerde tot externe uitvoering van de rechten van de ex van de dga werd verplicht en HR 9 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2658; PJ 2007/42, waarin de bestuurder van een bv in hoedanigheid van ex-echtgenoot werd verplicht externe uitvoering van de rechten van zijn ex door zijn bv te bewerkstelligen). Een uitzondering geldt op grond van die rechtspraak als de externe uitvoering te bedreigend is voor de continuïteit van de onderneming. Sinds de marktrente zoveel lager is dan de rekenrente voor pensioenverplichtingen in eigen beheer, doet de onmogelijkheid van externe uitvoering zich vaker voor. Soms is de commerciële waarde van de rechten

Stond ik ingeschreven als bestuurder?  
 En was er dan een botsing of zo?



van de ex of de koopsom die een verzekeraar bedingt voor het uitvoeren daarvan zelfs aanzienlijk hoger dan de totale fiscale pensioenvoorziening. De rechtspraak lijkt deze problematiek voor dga's wel te erkennen, maar laat een wisselend beeld zien.

Voor de dga heeft externe uitvoering van de rechten van zijn ex (die moet worden gerealiseerd op de tarieven van verzekeraars en daarom tegen marktrente) desastreuze fiscale gevolgen indien het bedrag dat aan de bv moet worden onttrokken hoger is dan het gedeelte van de fiscale pensioenvoorziening in eigen beheer dat aan de rechten van de ex kan worden toegerekend (dat is gezien de lage rente in de praktijk vrijwel altijd het geval). Indien in die situatie tot externe uitvoering van die rechten wordt overgegaan, wordt het voor de dga zelf resterende pensioen feitelijk geheel of gedeeltelijk afgekocht. Dat leidt privé tot progressieve belastingheffing over de totale aanspraak gewaardeerd op marktrente, vermeerderd met twintig procent revisierente. Dat leidt in de bv tot vrijval van een groot deel van de pensioenverplichting en daarmee tot heffing van winstbelasting. In verband met de fis-

cale behandeling van pensioen in eigen beheer zou een dga niet moeten worden gedwongen tot externe uitvoering van de pensioenrechten van zijn ex indien het daarmee gemoeide bedrag het gedeelte van de fiscale pensioenvoorziening dat aan de rechten van de ex kan worden toegerekend overtreft, gezien de geschetste fiscale consequenties daarvan. In die situatie gebiedt de redelijkheid en billijkheid (die blijkens de standaardarresten van de Hoge Raad de rechtsbron voor de verplichting tot externe uitvoering van de rechten van de ex zijn) dat de ex, indien externe uitvoering wordt gewenst, genoeg moeten nemen met een koopsom voor externe uitvoering van die rechten gelijk aan het aan de rechten van de ex toe te rekenen gedeelte van de fiscale eigen beheer pensioenvoorziening. De ex heeft dan de keuze tussen handhaving van zijn of haar rechten in eigen beheer met de risico's die nu eenmaal bij eigen beheer horen, of externe uitvoering met de bijbehorende zekerheid voor het aan de ex toe te rekenen bedrag (met dien verstande dat de rechten dan lager kunnen en momenteel, gezien de rentestand, ook lager zullen uitvallen). In deze zin

werd als eerste geoordeeld door Rechtbank Middelburg 22 december 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BP1976.

De meest recente rechtspraak geeft het volgende beeld. HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9828, oordeelde dat het oordeel van het hof dat de bv tot externe uitvoering in staat zou zijn niet voldoende had gemotiveerd en verwees de zaak naar het Hof Den Haag voor verdere behandeling. Rechtbank Amsterdam 16 januari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY9779, oordeelde dat een deskundige diende te worden benoemd om vast te stellen of de bv de lasten gemoeid met externe uitvoering kon dragen. Rechtbank Gelderland 17 april 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:CA3318, oordeelde dat de bv niet tot externe uitvoering in staat was gezien het grote verschil tussen de fiscale pensioenvoorziening en het bedrag gemoeid met externe uitvoering (de rechtbank lijkt het hiervoor geschetste uitgangspunt tot leidraad voor de gegeven beslissing te hebben gehanteerd, wellicht in lijn van de hiervoor genoemde uitspraak van de Rechtbank Middelburg). Hof Den Haag 22 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA2293, oordeelde dat de bv in kwestie niet tot externe uitvoering in staat was. Hof Den Haag 4 juni 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA2416, oordeelde in het kader van een gevorderde voorlopige voorziening dat het er voor moest worden gehouden dat de bv niet in staat was tot externe uitvoering van de rechten van de ex.

Rechtbank Midden-Nederland 14 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3228, oordeelde dat een bv tot externe uitvoering van een ingegaan partnerpensioen diende over te gaan, nadat vóór het overlijden van de dga een vordering tot externe uitvoering was afgewezen. Het gezag van gewijsde van die eerdere uitspraak stond niet in de

weg aan het voeren van de procedure na het overlijden. Tot slot: Hof 's-Hertogenbosch, 19 november 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5451 oordeelde dat de bv in kwestie tot externe uitvoering verplicht was, omdat de berekening van het met externe uitvoering gemoeide bedrag van de dga ongeveer overeenkwam met de koopsom voor externe uitvoering volgens een offerte die door de ex was ingebracht. Conclusie: een goed onderbouwd verweer tegen een vordering strekkend tot externe uitvoering van de rechten van de ex van een dga heeft redelijke kans van slagen, mits het goed (op basis van een analyse rond solvabiliteit en liquiditeit van de bv voor en na externe uitvoering) is onderbouwd.

### Internationaal privaatrecht

Op het punt van de werking van het internationaal privaatrecht is vermeldenswaard dat Hof Arnhem 18 december 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:7142, bevestigde dat pensioenverevening niet tot een eigendomsontneming in strijd met het 1e Protocol bij het EVRM leidt. Verder werd geoordeeld dat weliswaar in de rechtsverhouding tussen (ex-)echtgenoten gezien het bepaalde in art. 10:51 BW pensioenverevening buiten toepassing kan zijn, maar dat in de rechtsverhouding tot de pensioenuitvoerder pensioenverevening toch wordt uitgevoerd. Opgemerkt wordt dat de wettelijke regeling ten aanzien van het afsplitsen van bijzonder partnerpensioen van art. 57 Pensioenwet overeenkomstig uitpakt. In verband met deze problematiek wordt gewezen op het artikel 'Pensioendeling in internationaal perspectief' in *Tijdschrift voor scheidingsrecht*, 2012 nr. 4, blz. 52-57.

### ADVISERING

Procedures inzake de kwaliteit van advisering door financieel dienstverle-

ners en procedures inzake schending van zorgplichten blijven (terecht) actueel. Een tweetal kwesties waarbij financiële instellingen werden aangesproken op het tekortschieten in advisering en hun zorgplicht jegens een (particuliere) cliënt zijn HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:7846 en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:4440. Uit beide arresten van de Hoge Raad blijkt weer eens dat banken en andere financiële instellingen snel als deskundige worden aangemerkt en dat cliënten in de regel mogen afgaan op het oordeel van deze deskundige partijen. Cliënten hebben echter ook een eigen informatie- en onderzoeksplicht bij advisering door financieel dienstverleners. Die onderzoeksplicht kan dan ook, overigens wel sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval, aan hen worden tegengeworpen. Dit kwam bijvoorbeeld aan de orde in Hof 's-Gravenhage 20 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:0866.

Een voor de (toekomstige) pensioenpraktijk belangrijk arrest lijkt HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:4465. Het ging in die zaak om informatieplichten van pensioenuitvoerders. De Hoge Raad gaf in dit arrest een richtlijn (algemene norm) voor de mate van zekerheid die een pensioenuitvoerder dient te betrachten om te bereiken dat informatie een belanghebbende daadwerkelijk bereikt. Meer en vaker zal per individueel belanghebbende bekeken moeten worden welke gevolgen een wijziging van een pensioenregeling heeft en zal de communicatie daarop moeten worden afgestemd, waarbij, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, de pensioenuitvoerder meer zekerheid moet inbouwen dat de informatie belanghebbenden daadwerkelijk heeft bereikt.

Tot slot nog een uitspraak van het Hof Amsterdam van 19 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:6993, in een



opmerkelijke zaak met een uitkomst die in lijn ligt van de relevante wettelijke kaders. Een pensioenadviseur stelde een verzekeraar aansprakelijk voor het mislopen van provisie omdat een werkgever die klant was van de pensioenadviseur, een pensioenverzekering niet verlengde. De vordering werd door het hof afgewezen, omdat dit een keuze van de werkgever betrof waartoe de werkgever bevoegd was en het niet in lijn lag met de Wet op het financieel toezicht dat een aanbieder (verzekeraar) zich de belangen van de bemiddelaar (pensioenadviseur) aantrekt. De belangen van de cliënt (de werkgever) dienen immers centraal te staan.

## HERSTEL VAN FOUTEN DOOR PENSIOEN- UITVOERDERS

Op 2 april 2013 oordeelde Hof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2013:1102) over een geschil tussen een arbeidsongeschikte werknemer en een bedrijfstakpensioenfonds. In een verzoek om opgave van het vroegpensioen (VOP) in 2006 werd uitdrukkelijk vermeld dat sprake was van een WAO-uitkering. De opgave werd verstrekt en vermeldde dat deze geen rekening hield met een eventuele WAO-uitkering. In 2007 maakt de werknemer gebruik van de VOP-regeling, beëindigde zijn dienstverband en bracht de pensioenuitvoerder de WAO-uitkering, conform het geldende pensioenreglement, alsnog in mindering op het pensioen. De werknemer vorderde schadevergoeding van de pensioenuitvoerder wegens schending van diens informatieplicht. Het hof oordeelt dat het fonds tekortschoot in de informatieverplichting en schadeplichtig was.

## WAARDEOVERDRACHT

Waardeoverdrachten van pensioenen geven geregeld aanleiding voor problemen bij deelnemers, werkgevers en pensioenuitvoerders. Momenteel heeft, zoals wellicht bekend is, de problematiek van waardeoverdracht (weer) volop de aandacht van de politiek in verband met de bijbetalingsproblematiek.

In Hof 's-Hertogenbosch 29 januari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:0628, boog het hof zich onder andere over de vraag of een recht op uitbetaling van een nabestaandenpensioen bestond jegens een pensioenfonds na een waardeoverdracht door dat pensioenfonds naar een verzekeraar. De nabestaande stelde onder andere dat de akkoordverklaring tussen werkgever en werknemer als een meerpartijenovereenkomst moest worden gezien, met als consequentie dat het pensioenfonds ook partij was. De nabestaande vorderde vernietiging van deze overeenkomst wegens dwaling. Het hof oordeelde anders. Het nabestaandenpensioen kon niet bij het pensioenfonds worden gevorderd.

In Hof 's-Hertogenbosch 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3830, stond de vraag centraal of het onthouden aan een kleine groep ex-deelnemers tot een collectieve waardeoverdracht van een verzekeraar naar een ondernemingspensioenfonds wel rechtmatig was. Voor deze groep waren speciale afspraken gemaakt met betrekking tot pensioen met als consequentie dat de premievrije aanspraken van deze groep ex-deelnemers achterbleven bij de verzekeraar. Een ex-werknemer uit deze groep was van mening dat de werkgever onrechtmatig (art. 6:162 BW) had gehandeld door deze groep

achter te laten en stelde hierdoor schade te lijden omdat een lagere/te lage toeslag wordt verkregen. Het hof oordeelde inderdaad dat sprake was van schadeplichtigheid op grond van onrechtmatig handelen.

## PROCESRECHT

Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8097, kreeg te oordelen over de vraag of een pensioenfonds in het kader van het uitbrengen van een dwangbevel buitengerechtelijke kosten kan vorderen. Het hof oordeelde dat art. 21, lid 1 Wet Bpf 2000 inhoudt dat, naast de onbetaalde premie, rente en boete, alleen aanmaningskosten kunnen worden gevorderd en dus geen deurwaarderkosten en (andere) buitengerechtelijke kosten. Lutjens wijst er in zijn noot bij het arrest in de periodiek *Pensioen Jurisprudentie* (PJ 2013/42) op dat het hof in dit arrest kennelijk art. 21, lid 8 Wet Bpf 2000 over het hoofd ziet. Het is daarom maar de vraag of dit arrest in de praktijk stand zal houden.

In verschillende uitspraken kwam de positie van ABP weer aan de orde. Vanuit procesrechtelijk oogpunt blijft het opletten geblazen met procederen tegen ABP. Ook de bevoegdheid van de rechter bij internationale kwesties is een terugkerend thema. Zie daarover de noot van Van Marwijk Kooy bij PJ 2013/84 en van Thijssen bij PJ 2013/128.

## TOT BESLUIT

Kortom: ook dit jaar vonden wij talrijke boeiende rechterlijke uitspraken voor de *Kroniek Pensioenrecht*. En... boeiende vervolgrechtspraak valt te verwachten. <<



# *Kroniek* Vennoot- schapsrecht

Deze kroniek staat vooral stil bij de belangrijkste vennootschapsrechtelijke jurisprudentie van het afgelopen jaar. In het bijzonder komt de rechtspraak van de Hoge Raad over bestuurdersaansprakelijkheid aan de orde. Verder wordt het Spaanse vakantievilla-arrest besproken – waaraan in de vorige kroniek geen aandacht kon worden besteed – omdat het de gemoederen ook in 2013 nog volop bezighield. Andere onderwerpen die aan bod komen zijn de bevoegdheid tot het instellen van een enquêteprocedure, de responstijd bij beursvennootschappen waarover de Hoge Raad en de Ondernemingskamer zich het afgelopen jaar hebben uitgesproken en een kort overzicht van de ontwikkelingen op het gebied van de wetgeving.



*Bas Visée en Rik Analtbers\**

**Wetgeving » Bestuurdersaansprakelijkheid » Overschrijding  
termijn publicatie jaarrekening » Arrest Spaanse vakantievilla  
Enquêtebevoegdheid » Responstijd » Slot**

\* Advocaten bij Rutgers & Posch in Amsterdam.



## WETGEVING

Op 1 oktober 2012 is de Flexwet en op 1 januari 2013 zijn de Wet bestuur en toezicht en de aanpassing van het enquête-recht in werking getreden. Op 1 juli 2013 volgde de inwerkingtreding van de Wet corporate governance. In de vorige kroniek is uitgebreid stilgestaan bij al deze nieuwe wetgeving.<sup>1</sup> Inmiddels zijn enige correcties en aanvullingen op de Flexwet voorgesteld in de ontwerp Verzamelwet Veiligheid en Justitie 2013.<sup>2</sup> Verder is de vraag opgekomen of ook het nv-recht moet worden

gemoderniseerd. In juli 2013 adviseerde de Commissie Vennootschapsrecht<sup>3</sup> om op dit moment geen grote wijzigingen in het nv-recht te entameren. Beter kan eerst worden afgewacht hoe de wijzigingen voortvloeiend uit de Flexwet en de Wet bestuur en toezicht in de praktijk ‘uitpakken’. Nadat een aantal jaren ervaring is opgedaan met de flex-bv kan beter worden beoordeeld of, en zo ja, aan welke wijzigingen in het nv-recht behoefte bestaat. Wel ziet de commissie

een aantal verbeterpunten van technische aard die samenhangen met de Flexwet. De commissie meent dat de nv en bv in wetstechnisch opzicht consistent behoren te zijn. Daarom is het advies om deze consistentie van wetgeving op korte termijn te bewerkstelligen waartoe de commissie ook een aantal concrete verbetervoorstellen doet. Tot slot suggereert de commissie om over enkele meer algemene onderwerpen, zoals de verhouding tussen Boek 2 BW en de Wet op het financieel toezicht, nader overleg te voeren met deskundigen uit de praktijk.

In de kroniek over 2012 is al aandacht besteed aan het – toen nog – wetsvoorstel dat ziet op aanpassing en terugvor-

1 S.W.A.M. Visée, *Kroniek Vennootschapsrecht* 2012, *Advocatenblad Kroniek* nr. 1, 2013, p. 24–31.

2 Kamerstukken II, 2013/14, 33 771, nr. 1: zie artikel VIII.

3 Het advies van de Commissie Vennootschapsrecht aan de minister van Veiligheid en Justitie over de modernisering van het nv-recht van 15 juli 2013 is gepubliceerd in *Ondernemingsrecht* 2014/16. In dit themanummer van *Ondernemingsrecht* zijn ook andere bijdragen opgenomen over de modernisering van het nv-recht: *Ondernemingsrecht* 2014/11–15.

dering van bonussen en winstdelingen van bestuurders. Inmiddels is het wetsvoorstel aangenomen door de Eerste Kamer en is de wet op 1 januari 2013 in werking getreden.<sup>4</sup>

Nog een enkel woord over het centraal aandeelhoudersregister dat ook werd genoemd in de vorige kroniek. Inmiddels is besloten dat het centraal aandeelhoudersregister zal worden gehouden door de Kamer van Koophandel. De aandeelhoudersinformatie is alleen toegankelijk voor een aantal overheidsdiensten (in het bijzonder opsporingsdiensten), de notaris en de betreffende vennootschap. Doelstelling van het centraal aandeelhoudersregister is bestrijding van fraude en misbruik van rechtspersonen.

## BESTUURDERS- AANSPRAKELIJKHEID

Op basis van het eerste lid van art. 2:248 BW is iedere bestuurder van een vennootschap in geval van een faillissement van die vennootschap aansprakelijk voor het tekort in het faillissement wanneer het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat die onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het tweede lid van art. 2:248 BW bepaalt dat wanneer het bestuur niet heeft voldaan aan diens administratieplicht (art. 2:10 BW) of diens publicatieplicht (art. 2:394 lid 3 BW) vaststaat dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement van de vennootschap. Het tweede lid van art. 2:248 BW bepaalt voorts dat een onbelangrijk verzuim ten aanzien van de administratieplicht en/of publicatieplicht niet in aanmerking wordt genomen.

Een bestuurder van een vennootschap kan zijn aansprakelijkheid niet ontlopen doordat hij zijn bestuursfunctie laat vervullen door een door hem gecontroleerde Nederlandse vennootschap. In het geval dat een rechtspersoon bestuurder is van een andere rechtspersoon bepaalt art. 2:11 BW dat de bestuurdersaansprakelijkheid tevens hoofdelijk rust op de bestuurder van deze rechtspersoon-bestuurder. In de kroniek over 2011<sup>5</sup> zagen wij echter dat deze Nederlandse bepaling volgens de Hoge Raad niet kan doorwerken in de relatie tussen een buitenlandse vennootschap die bestuurder is van een Nederlandse vennootschap en de bestuurder(s) van die buitenlandse vennootschap omdat deze verhouding wordt beheerst door het buitenlandse recht als incorporatierecht.

Het arrest uit 2011 waaruit dit volgde, was de Rechtbank Oost-Brabant (zittingsplaats 's-Hertogenbosch) blijkbaar ontgaan. Bij vonnis van 22 mei 2013 legde deze rechtbank een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voor die eenvoudig aan de hand van bedoeld arrest kon worden beantwoord. Daarom besliste de Hoge Raad dat hij afziet van de beantwoording van de prejudiciële vraag.<sup>6</sup> Merkwaardig genoeg heeft de Hoge Raad de betreffende vraag in de rechtsoverwegingen wel uitdrukkelijk beantwoord. Volgens de Hoge Raad wordt de vraag wie uit hoofde van een bepaalde hoedanigheid, zoals die van bestuurder van een corporatie, naast de corporatie aansprakelijk is, naar Nederlands internationaal privaatrecht beheerst door het op die corporatie toepasselijke recht (art. 10:119, aanhef en onder e, BW). Daaruit volgt dat een bestuurder slechts op grond van art. 2:11 BW aansprakelijk kan worden gehou-

den, indien de door hem bestuurde aansprakelijke rechtspersoon-bestuurder een Nederlandse rechtspersoon is. Annotator Verhagen wijst nog op art. 10:8 lid 1 BW op grond waarvan het incorporatierecht bij wijze van uitzondering buiten toepassing kan blijven indien met een ander rechtsstelsel een veel nauwere band bestaat. Hoewel deze bepaling met een grote mate van terughoudendheid dient te worden toegepast, biedt zij wellicht mogelijkheden om in een geval van evident misbruik het incorporatierecht terzijde te stellen en art. 2:11 BW toe te passen. Te denken valt aan de situatie waarbij een buitenlandse vennootschap enkel en alleen bestuurder is van een Nederlandse rechtspersoon en overigens geen enkele activiteit ontplooit en waarbij de bestuurder van deze buitenlandse vennootschap in Nederland woont. In zo'n situatie lijkt de band met Nederland veel nauwer dan die met enig buitenland.

## OVERSCHRIJDING TERMIJN PUBLICATIE JAARREKENING

Gelet op art. 2:394 lid 3<sup>o</sup> lid 1 BW dient de jaarrekening van een vennootschap uiterlijk dertien maanden na afloop van het desbetreffende boekjaar openbaar gemaakt te zijn door middel van deponering van die jaarrekening bij het handelsregister van de Kamer van Koophandel. Zoals wij hiervoor zagen, leidt een overschrijding van de publicatietermijn in beginsel tot aansprakelijkheid van het bestuur voor het gehele boedeltekort: zulks heeft in de literatuur (terecht) tot veel kritiek geleid.<sup>7</sup> Er is geen goede (rationele) rechtvaardiging te geven voor het feit dat een overschrijding van een publicatietermijn auto-

5 S.W.A.M. Visée, *Kroniek Vennootschapsrecht 2011, Advocatenblad*, 13 januari 2012, p. 36-44; zie i.h.b. p. 40 over HR 18 maart 2011, *JOR 2011/144* (D Group) met noot Van Solinge.

6 HR 21 juni 2013, *NJ 2013/353, JOR 2013/238* met noot Verhagen.

7 Zie onder meer H. Beckman, *Administratie en openbaarmaking van de jaarrekening in het licht van de boedelaansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, *TWS 1998*, p. 359 en Van Andel in zijn noot bij HR 12 juli 2013, *JOR 2013/300*.

matisch leidt tot het (onweerlegbare) oordeel dat het bestuur zijn taak ook voor het overige onbehoorlijk heeft vervuld. De toevoeging van het onbelangrijk verzuim maakt dit niet anders. Een inhoudelijke aanpassing van de regeling valt echter op korte termijn niet te verwachten.<sup>8</sup>

In 2013 heeft de Hoge Raad zich in twee gevallen uitgelaten over de vraag of sprake was van een onbelangrijk verzuim bij de overschrijding van de termijn voor de publicatie van de jaarrekening. Het eerste arrest van de Hoge Raad is dat van 12 juli 2013.<sup>9</sup> De curator hield de (directe en indirecte) bestuurder van de Apeldoornse Asbestsanering B.V. aansprakelijk voor het tekort in het faillissement omdat de jaarrekening over 2003 28 dagen te laat was gedeponerd. De bestuurder gaf als verklaring voor de overschrijding van de publicatietermijn dat sprake was van een misverstand tussen de accountant en de bestuurder. De accountant zorgde altijd voor tijdige deponering van de jaarrekening maar had de jaarrekening over 2003 niet naar de Kamer van Koophandel maar naar het huisadres van de bestuurder gestuurd. De bestuurder lijdt echter aan dyslexie en hierdoor had hij dit niet opgemerkt. De rechtbank heeft de vordering van de curator afgewezen maar het hof heeft de vordering alsnog toegewezen. Het hof heeft daarbij geoordeeld dat de voornoemde omstandigheden in de risicosfeer van de bestuurder liggen en van de bestuurder verwacht mag worden dat hij maatregelen getroffen zou hebben om nakoming

van de publicatietermijn te waarborgen. De Hoge Raad casseert het arrest van het hof. De Hoge Raad merkt op dat het antwoord op de vraag of een overschrijding van de publicatietermijn als een onbelangrijk verzuim kan gelden, af zal hangen van de omstandigheden van het geval, in het bijzonder van de redenen die tot de termijnoverschrijding hebben geleid. Volgens de Hoge Raad moeten aan de verklaring hogere eisen worden gesteld naarmate de termijnoverschrijding langer is. De stelplicht en bewijslast ter zake rusten op de aangesproken bestuurder. Dat de omstandigheden die hebben geleid tot de termijnoverschrijding in de risicosfeer van de bestuurder liggen, is volgens de Hoge Raad niet van belang. De cassatieklacht van de bestuurder dat het belang van openbaarmaking van de jaarrekening betrekkelijk was omdat de vennootschap haar activiteiten al had gestaakt en slechts twee crediteuren had wordt door de Hoge Raad resoluut afgewezen.

Het tweede arrest van de Hoge Raad is dat van 1 november 2013.<sup>10</sup> De (voormalig) bestuurder van een drietal vennootschappen (een holding met twee dochters) werd door de curator aansprakelijk gesteld voor de tekorten in de faillissementen van deze vennootschappen. De jaarrekening van de holding en de jaarrekening van één van de dochtermaatschappijen waren tien dagen te laat en die van de andere dochtermaatschappij zes maanden te laat gepubliceerd. De periode waarin laatstgenoemde overschrijding van de publicatietermijn plaatsvond, viel echter maar voor drie weken samen met de periode dat de aangesproken bestuurder in functie was. Zowel de rechtbank als het hof heeft geoordeeld dat gelet op deze termijn van drie weken sprake was van een onbelangrijk verzuim. De Hoge Raad casseert het arrest van het hof.

Volgens de Hoge Raad had het hof de volledige overschrijding van de publicatietermijn (met zes maanden) in diens beoordeling mee moeten nemen omdat de bepaling van art. 2:248 lid 2 BW (dat een onbelangrijk verzuim niet in aanmerking wordt genomen) betrekking heeft op de vraag of sprake is geweest van een onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur en niet op het aandeel in die onbehoorlijke taakvervulling van de individuele bestuurder. Ten overvloede wijst de Hoge Raad er nog op dat een individuele bestuurder zich op basis van art. 2:248 lid 3 BW kan disculperen door aan te tonen dat hem ter zake van de te late publicatie geen verwijt treft.

## ARREST SPAANSE VAKANTIEVILLA

Een bestuurder van een vennootschap kan jegens derden in privé aansprakelijk zijn wanneer hem gelet op alle omstandigheden van het geval (persoonlijk) een voldoende ernstig verwijt gemaakt kan worden. Voor aansprakelijkheid van de bestuurder naast de vennootschap geldt derhalve een hoge drempel. Deze drempel geldt wanneer de bestuurder aansprakelijk wordt gehouden wegens (het bewerkstelligen van) niet-nakoming door de vennootschap van haar verplichtingen,<sup>11</sup> alsmede wanneer de vennootschap (door het handelen van de bestuurder) onrechtmatig heeft gehandeld jegens die derde.<sup>12</sup> Sommige auteurs hebben gesteld dat de Hoge Raad in het Spaanse vakantievilla-arrest de hoge drempel voor aansprakelijkheid van de bestuurder zou hebben verlaagd doordat het criterium van 'ernstige (per-

8 Er zij op gewezen dat uit het voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (te raadplegen via <http://www.internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>) blijkt dat de minister van Veiligheid en Justitie voornemens is om de artt. 2:138 en 2:248 BW te laten vervangen door een nieuwe vergelijkbare bepaling in de Faillissementswet (art. 106a Fw) die zou moeten gaan gelden voor bestuurders en toezichthouders van alle rechtspersonen.

9 HR 12 juli 2013, NJ 2013/401, JOR 2013/300 met noot Van Andel.

10 HR 1 november 2013, NJ 2014/7 met noot Van Schilfgarde, JOR 2013/336 met noot Van Andel.

11 HR 8 december 2006, NJ 2006/659, JOR 2007/38 (Ontvanger/Roelofsen).

12 HR 2 maart 2007, JOR 2007/137 (Nutsbedrijf Westland/Schieke c.s.) en HR 20 juni 2008, JOR 2008/260 (Willemsen/INOM).

soonlijke) verwijtbaarheid' niet langer zou gelden.<sup>13</sup>

Het echtpaar Hoffmann (hierna 'Hoffmann') houdt een tweetal makelaars (Van de Riet en Van den Eertwegh) alsmede de vennootschap waarvan zij (indirect) bestuurder zijn (Van den Eertwegh en Van de Riet Makelaardij B.V., hierna: de 'Vennootschap') aansprakelijk voor de schade die zij hebben geleden als gevolg van het feit dat een (net) door hen in Spanje gekochte villa was afgebroken omdat voor de bouw geen bouwvergunning was verleend. Van de Riet en Van den Eertwegh hadden signalen ontvangen dat er gebouwd was zonder bouwvergunning maar hadden Hoffmann daar niet voor gewaarschuwd en hadden daar evenmin nader onderzoek naar gedaan.

De rechtbank wijst de vorderingen van Hoffmann af maar het hof wijst deze toe. Daartoe heeft het hof het volgende overwogen. Hoewel tussen Hoffmann enerzijds en de makelaars en de Vennootschap anderzijds geen bemiddelingsovereenkomst tot stand was gekomen, waren de makelaars professioneel zodanig bij de totstandkoming van de koop van de villa betrokken dat zij in strijd hebben gehandeld met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. De makelaars hebben als zodanig onrechtmatig jegens Hoffmann gehandeld en hen kan tevens een ernstig verwijt gemaakt worden. Dit handelen dient volgens het hof aan de Vennootschap te worden toegerekend omdat dit handelen zozeer terug te voeren is op de aan Van de Riet in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van de Vennootschap toekomende bevoegdheden dat deze gedragingen in het maatschappelijk verkeer als gedra-

gingen van de Vennootschap kunnen worden aangemerkt.<sup>14</sup>

Van de makelaars gaat alleen Van de Riet (tijdig) in cassatie. In cassatie klaagt Van de Riet er over dat het hof de 'ernstig verwijt'-maatstaf die de Hoge Raad (onder meer) in het arrest-Ontvanger/Roelofsen heeft geformuleerd ten onrechte niet heeft toegepast. Het cassatieberoep wordt verworpen. De Hoge Raad overweegt dat de 'ernstig verwijt'-maatstaf ook geldt indien de bestuurder aansprakelijk wordt gehouden voor onrechtmatig handelen van de vennootschap. De Hoge Raad wijst er op dat Van de Riet echter niet als bestuurder aansprakelijk is gehouden voor een onrechtmatige daad die primair als onrechtmatige daad van de Vennootschap gezien moet worden, maar juist zelf direct is aangesproken uit hoofde van onrechtmatige daad. In dat geval gelden de gewone vereisten van onrechtmatige daad. Dat de onrechtmatige daad van Van de Riet vervolgens ook kan worden toegerekend aan de Vennootschap doet daar volgens de Hoge Raad niet aan af.

Of voldaan moet zijn aan de 'ernstig verwijt'-maatstaf hangt zodoende af van de vraag of de zorgvuldigheidsnorm die geschonden is zich primair richt tot de aangesproken persoon (niet in zijn hoedanigheid van bestuurder) of primair tot de vennootschap. In het laatste geval is de 'ernstig verwijt'-maatstaf wel van toepassing wil men komen tot medeaansprakelijkheid van de bestuurder. In het eerste geval is die maatstaf niet van toepassing en gelden de gewone vereisten van onrechtmatige daad.

Verschillende auteurs hebben er – terecht – op gewezen dat Van de Riet (enkel) gehandeld lijkt te hebben als bestuurder van de Vennootschap en dat

zodoende de 'ernstig verwijt'-maatstaf wel degelijk van toepassing was.<sup>15</sup> Het hof lijkt het onderscheid tussen de twee benaderingswijzen (primair de natuurlijk persoon of primair de vennootschap) niet helder voor de geest te hebben gehad, hetgeen veroorzaakt lijkt te zijn door het ontbreken van een gedegen debat hierover tussen de procespartijen. Enerzijds stelt het hof dat Van de Riet heeft gehandeld als vertegenwoordiger van de Vennootschap maar anderzijds wordt Van de Riet door het hof primair in privé aansprakelijk gehouden voor dat handelen. Dit verhoudt zich lastig tot elkaar. Opvallend is overigens dat het hof (ten overvloede?) heeft opgemerkt dat Van de Riet ook een ernstig verwijt gemaakt kon worden, dit terwijl deze maatstaf in de benaderingswijze die het hof heeft gehanteerd juist niet relevant is. Wellicht dat het hof met deze overweging aan heeft willen geven dat wanneer Van de Riet aansprakelijk zou zijn gesteld in zijn hoedanigheid van bestuurder van de Vennootschap de uitkomst van het geschil niet anders zou zijn geweest. Gelet op de feiten zal menigeen zich in elk geval met die uitkomst kunnen verenigen.

## ENQUÊTEBEVOEGDHEID

Op 29 maart 2013 wees de Hoge Raad een opvallende en veelbesproken beschikking over de bevoegdheid een enquêteverzoek in te dienen ten aanzien van Chinese Workers B.V.<sup>16</sup> Chinese Workers drijft een onderneming gericht op het detacheren van uit China afkomstig horecapersoneel in Nederland. De enige aandeelhouder en bestuurder van Chinese Workers B.V. is Chinnede Ltd, een vennootschap naar het recht van Hongkong. Chinnede heeft vier aandeelhouders die ieder 25 procent

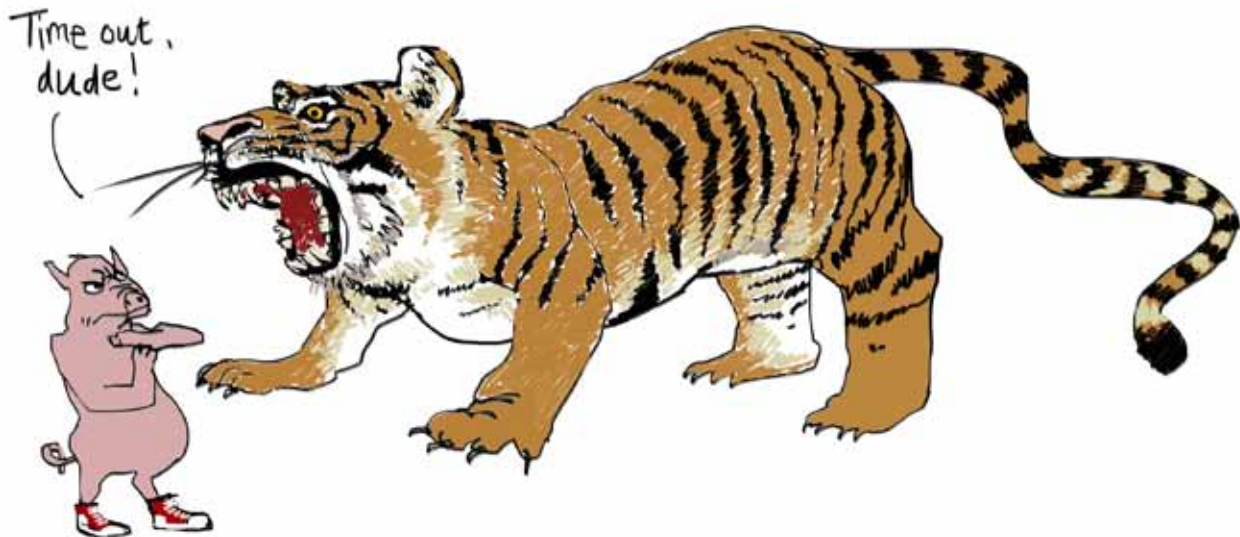
<sup>13</sup> Zie P.D. Olden, 'Toerekening of Afrekening', *Ondernemingsrecht* 2013/1 alsmede 'Voordracht Ondernemingsrecht diner', *Ondernemingsrecht* 2013/81 en M.J.G.C. Raaijmakers, 'Costa Blanca: directe aansprakelijkheid bestuurder buiten BV om', *Ars Aequi* februari 2013.

<sup>14</sup> HR 25 juni 1999, *NJ* 2000/33 en HR 6 april 1979, *NJ* 1980/34 (Kleuterschool Babbel).

<sup>15</sup> Zie onder meer J.H.M. Willems 'De barbier van Sevilla: uitdijende bestuurdersaansprakelijkheid volgens Paul Olden', *Ondernemingsrecht* 2013/82.

<sup>16</sup> HR 29 maart 2013, *NJ* 2013/304 met noot P. van Schilfgaarde en *JOR* 2013/166 met noot Doorman.





van de aandelen houden. Eén van die aandeelhouders, mevrouw Yeh-Chiu, heeft de feitelijke leiding over Chinese Workers. Tussen de aandeelhouders van Chinnede ontstaan allerlei problemen die leiden tot verschillende juridische procedures. Bij de Ondernemingskamer spitst de discussie zich toe op de ontvankelijkheid van het door Yeh-Chiu gedane enquêteverzoek. Volgens art. 2:346 lid 1 BW is slechts een houder van aandelen in de vennootschap waarop het onderzoek betrekking heeft bevoegd tot het indienen van een zodanig verzoek. Yeh-Chiu is echter geen aandeelhouder van Chinese Workers B.V., maar slechts van Chinnede Ltd dat op haar beurt enig aandeelhouder van de Nederlandse vennootschap is. De Ondernemingskamer is van oordeel dat gelet op de 'economische werkelijkheid' een uitzondering moet worden gemaakt op de hoofdregel van art. 2:346 lid 1 BW en dat Yeh-Chiu als economisch gerechtigde in Chinese Workers bevoegd is tot het doen van een enquêteverzoek. Zij heeft dat oordeel gebaseerd op de omstandigheden a) dat Chinnede uitsluitend de aandelen van Chinese Workers beheert en verder geen enkele (ondernemings)activiteit verricht, b) dat er geen reden is waarom het

beheer vanuit Hongkong zou moeten worden verricht en dat dit beheer ook feitelijk niet vanuit Hongkong wordt verricht, c) dat alle ondernemingsactiviteiten door of in opdracht van Chinese Workers worden verricht, d) dat dit ook geldt voor de werving van horecapersoneel in China die geschiedt door twee Chinese uitzendbureaus in opdracht van Chinese Workers en e) dat de door deze uitzendbureaus verschuldigde commissie door Yeh-Chiu wordt gefactureerd en vervolgens door die uitzendbureaus rechtstreeks aan de aandeelhouders van Chinnede wordt betaald, naar verhouding van hun aandelen.

De overige aandeelhouders van Chinnede hebben cassatieberoep ingesteld tegen de beschikking van de Ondernemingskamer. In zijn conclusie vat advocaat-generaal Vlas de rechtspraak van de Hoge Raad over de vraag of de 'economische werkelijkheid' van belang is bij de beoordeling van de vraag wie bevoegd is tot het indienen van een enquêteverzoek zeer kort samen.<sup>17</sup> Hij

stelt voorop dat het een beginsel van enquêterecht is dat aan de verschaffers van risicodragend kapitaal de enquêtebevoegdheid toekomt. Uit de Scheipar-uitspraak<sup>18</sup> volgt dat dit beginsel van het toekennen van enquêtebevoegdheid aan kapitaalverschaffers van de vennootschap wordt toegepast op de economisch rechthebbenden van certificaten van aandelen. Uit de Butôt-beschikking<sup>19</sup> blijkt volgens Vlas dat deze economische certificaathouders kunnen worden gelijkgesteld met de in art. 2:346 onder b BW bedoelde certificaathouders, ook indien aan hen geen bevoegdheden met betrekking tot de zeggenschap toekomen. Het hangt, aldus de Hoge Raad, niet ervan af of de verzoeker de hoedanigheid toekomt van houder van de certificaten, 'maar of deze als kapitaalverschaffer een eigen economisch belang bij die certificaten heeft'. Uit de TESN-beschikking<sup>20</sup> volgt dat een houdstermaatschappij niet kan worden

17 Deze rechtspraak van de Hoge Raad is uitgebreider besproken in de in noot 6 genoemde kroniek over 2011: zie i.h.b. p. 38 en 39.

18 HR 6 juni 2003, *NJ* 2003/486, met noot Ma en *JOR* 2003/161 met noot Josephus Jitta.

19 HR 10 september 2010, *NJ* 2010/665, met noot P. van Schillfgaarde en S. Perrick en *JOR* 2010/337 met noot Brink.

20 HR 8 april 2011, *NJ* 2011/338 en *JOR* 2011/178 met noot Doorman.

‘weggedacht’ bij de beantwoording van de ontvankelijkheidsvraag.

Volgens A-G Vlas heeft de Ondernemingskamer bij de beoordeling van de vraag of Yeh-Chiu ontvankelijk is in haar verzoek Chinnede ‘weggedacht’. Gelet op de TESN-beschikking van de Hoge Raad, waarin tevergeefs wordt opgekomen tegen de beslissing van de Ondernemingskamer dat aan de tussenliggende schakels in de vennootschapsrechtelijke constructie reële betekenis kan toekomen ook als deze constructie ‘uitsluitend om fiscale redenen is opgezet’ vermag A-G Vlas niet in te zien waarom Chinnede in het voorliggende geval kan worden weggedacht bij de ontvankelijkheidsvraag. Als aandeelhouder van Chinese Workers is Chinnede gerechtigd een verzoek tot enquête in te dienen en niet Yeh-Chiu als één van de aandeelhouders van Chinnede. Daarom concludeert A-G Vlas tot vernietiging van de beschikking van de Ondernemingskamer en tot niet-ontvankelijkverklaring van Yeh-Chiu in haar enquêteverzoek.

De Hoge Raad komt tot een ander oordeel dan de advocaat-generaal (hij verworpt het cassatieberoep), maar legt niet uit hoe hij tot dit andere oordeel komt. Volgens de Hoge Raad dient voorop te worden gesteld dat de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot het instellen van een enquête toekomt aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend en dat de daartoe strekkende opsomming in art. 2:346 BW limitatief is. Volgens de Hoge Raad brengt de strekking van het enquêterecht echter mee dat de verschaffer van risicodragend kapitaal die een eigen economisch belang heeft in de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft, welk belang in zoverre op één lijn kan worden gesteld met het belang van een aandeelhouder of certificaathouder, voor de toepassing van art. 2:346, aanhef en onder b, BW dient te worden gelijkg-

steld met aandeelhouders of certificaathouders. Hierbij verwijst de Hoge Raad naar dezelfde vaste rechtspraak als die door A-G Vlas is genoemd.

Vervolgens herhaalt de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer heeft vastgesteld dat de aandeelhouders in Chinnede – onder wie Yeh-Chiu – onder de door haar genoemde omstandigheden moeten worden aangemerkt als economisch gerechtigden in Chinese Workers. De Hoge Raad sanctioneert dat oordeel waarmee de Ondernemingskamer volgens hem tot uitdrukking heeft gebracht dat Yeh-Chiu als verschaffer van risicodragend kapitaal een eigen economisch belang heeft in Chinese Workers dat in zoverre kan worden gelijkgesteld met het belang van een aandeelhouder als bedoeld in art. 2:346, aanhef en onder b, BW. De omstandigheid dat Yeh-Chiu niet rechtstreeks aandelen houdt in Chinese Workers, maar dat zij door middel van aandelen in Chinnede een economisch belang heeft in Chinese Workers alsmede de omstandigheid dat Chinnede een vennootschap is naar het recht van Hongkong leiden volgens de Hoge Raad niet tot een ander oordeel.

De onderhavige uitspraak lijkt op gespannen voet te staan met de TESN-beschikking van de Hoge Raad. Juist omdat A-G Vlas gelet op de TESN-uitspraak tot vernietiging van de beschikking van de Ondernemingskamer had geconcludeerd, is het wrang dat de Hoge Raad deze beschikking zonder duidelijke motivering bekrachtigt. Na vier beschikkingen van de Hoge Raad over de ontvankelijkheid van enquêteverzoeken van economisch gerechtigden tot aandelen in Nederlandse vennootschappen blijft het beeld bijzonder troebel. Het was beter geweest als de Hoge Raad in de Chinese Workers-beschikking duidelijke lijnen had uitgezet. Nu is het wachten op een nieuwe zaak over deze problematiek.

## RESPONSTIJD

Het afgelopen jaar heeft een Nederlandse beursvennootschap: Cryo-Save Group N.V. (hierna: ‘Cryo-Save’), voor het eerst de responstijd ingeroepen. De aandeelhouder Salveo Holding SA (hierna: ‘Salveo’) maakte bezwaar tegen dit inroepen van de responstijd. Daarop maakte Cryo-Save voor de eerste maal gebruik van de sinds 1 januari 2013 bestaande mogelijkheid zelf een enquêteverzoek in te dienen. Alleen al om deze redenen is het interessant langer stil te staan bij de hieruit voortvloeiende beschikking van de Ondernemingskamer.<sup>21</sup>

Volgens art. 2:114a BW hebben één of meer houders van aandelen in een nv die alleen of gezamenlijk ten minste drie procent van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen agenderingsrecht. Aangedragen punten moeten worden opgenomen in de agenda van de eerstvolgende aandeelhoudersvergadering, mits zij uiterlijk op de 60ste dag voor de vergadering zijn ontvangen en het verzoek voldoende is gemotiveerd, dan wel vergezeld gaat van een voorstel voor een besluit. Dit artikel is recent aangepast aan de Europese Richtlijn aandeelhoudersrechten (Richtlijn 2007/36/EG) en de Wet corporate governance.<sup>22</sup> Volgens de Nederlandse Corporate Governance Code<sup>23</sup> (hierna: ‘Code’) oefent een aandeelhouder het agenderingsrecht slechts uit nadat hij daaromtrent in overleg is getreden met het bestuur. Wanneer een aandeelhouder het voornemen heeft de agendering te verzoeken van een onderwerp dat kan leiden tot wijziging van de strategie van de vennootschap, bijvoorbeeld door het ontslag van één of meer bestuurders of commissarissen, wordt het bestuur in de gelegenheid gesteld

21 Gerechtshof Amsterdam, 6 september 2013, *JOR* 2013/272 met noot Josephus Jitta en *Ondernemingsrecht* 2013/117 met noot Abma. Zie voorts de reactie van De Kluiver en het naschrift van Abma: *Ondernemingsrecht* 2013/127 en 128.

22 Wet van 30 juni 2010, *Stb.* 2010/257 en de wet van 15 november 2012, *Stb.* 2012/588.

23 Zie best practice bepalingen II.1.9 en IV.4.4.

een redelijke termijn in te roepen om hierop te reageren (de responstijd). Dit geldt ook voor een verzoek tot een rechterlijke machtiging voor het bijeenroepen van een algemene vergadering op grond van art. 2:110 BW. De responstijd is maximaal 180 dagen en dient door de desbetreffende aandeelhouder te worden gerespecteerd. Het bestuur gebruikt de responstijd voor nader beraad en constructief overleg, in elk geval met de desbetreffende aandeelhouder, en verkent de alternatieven.

Op 7 mei 2013 verkreeg Salveo, de persoonlijke holdingmaatschappij van Frederic Amar, een 27,4 procent aandelenbelang in Cryo-Save. Salveo hield op dat moment ook een belang van ongeveer 75 procent in Salveo Biotechnology SA, een concurrent van Cryo-Save. Daarna gaat alles vliegensvlug. Binnen een maand heeft Amar een eerste gesprek met het bestuur van Cryo-Save waarin hij aangeeft CEO te willen worden, vindt vervolgoverleg tussen Salveo en Cryo-Save plaats, vraagt Salveo Cryo-Save om een buitengewone aandeelhoudersvergadering (BAVA) bijeen te roepen teneinde daarin te kunnen besluiten over een nieuwe samenstelling van de one-tier board, geeft de zittende CEO van Cryo-Save te kennen per direct te willen aftreden en roept het bestuur van Cryo-Save een responstijd van 180 dagen in. Daarna vindt nog tweemaal overleg plaats over een mogelijk compromis, maar dit levert uiteindelijk geen resultaten op. Op 26 juli 2013 doorbreekt Salveo de ingeroepen responstijd die nog doorloopt tot en met 19 november 2013 en roept zelf, mogelijk gemaakt door de statuten van Cryo-Save, een BAVA bijeen.<sup>24</sup> Deze BAVA moet op 9 september 2013 worden gehouden en op de agenda staan allerlei besluiten die zien op de bestuurssamenstelling.

Op 9 augustus 2013 verzoekt Cryo-Save de Ondernemingskamer een onderzoek in te stellen naar het beleid en de gang van zaken van Cryo-Save over de periode vanaf 7 mei 2013. Cryo-Save doet daarbij op het gedrag van Salveo dat sinds die datum grootaandeelhouder in Cryo-Save is. Tevens wordt verzocht om bij wijze van onmiddellijke voorziening de door Salveo bijeengeroepen BAVA te verdagen tot na het verstrijken van de responstijd. De Ondernemingskamer acht het invoeren van de responstijd door Cryo-Save gerechtvaardigd en wijst het verzoek van Cryo-Save toe. De Ondernemingskamer vindt het niet onaannemelijk dat Salveo probeert te komen tot controle binnen het bestuur van Cryo-Save en streeft naar een zekere strategiewijziging. De Ondernemingskamer rekent het Salveo ook aan dat zij Cryo-Save niet voldoende concrete antwoorden heeft gegeven op de vragen naar haar intenties en ook op andere

punten heeft verzuimd openheid van zaken te verschaffen. De Ondernemingskamer is het niet eens met het betoog van Salveo dat toepassing van de bepalingen over responstijd uit de Code in strijd is met de bepalingen van Boek 2 BW omtrent de uitoefening van het vergader- en agenderingsrecht, of met de statuten van Cryo-Save. In rechts-overweging 3.9 oordeelt de Ondernemingskamer: 'De genoemde bepalingen hebben immers geenszins als effect dat een aandeelhouder van zijn wettelijke vergader- of agenderingsrecht wordt afgehouden; zij voorzien slechts in een uitwerking van het (ook in art. 2:8 BW tot uitdrukking gebrachte) principe dat een aandeelhouder zich ten opzichte van de vennootschap, haar organen en zijn medeaandeelhouders gedraagt naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, waaronder de bereidheid een dialoog met het bestuur van de vennootschap aan te gaan indien hij het voorne-



24 Vergelijk art. 2:109 BW.

men heeft in de algemene vergadering van aandeelhouders de agendering te verzoeken van een onderwerp dat kan leiden tot wijziging van de strategie van de vennootschap. Het invoeren van de responstijd strekt er in dit verband toe het bestuur een zekere tijd te gunnen zich te bezinnen op de voornemens van de desbetreffende aandeelhouder en te bezien hoe die voornemens zich verhouden tot mogelijke alternatieven.’

Gelet op het ‘rauwe’ gedrag van Salveo is de beslissing van de Ondernemingskamer niet echt verrassend. Echter, de motivering van de uitspraak wringt. Weliswaar vormt de Code een uiting ‘van de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging welke mede inhoud geeft aan de eisen van redelijkheid en billijkheid naar welke volgens art. 2:8 BW degenen die krachtens de wet of de statuten bij de vennootschap zijn betrokken zich jegens elkaar moeten gedragen’<sup>25</sup>, maar hier wordt afgeweken van het recht van de aandeelhouder zoals dat voortvloeit uit de recente Richtlijn aandeelhoudersrechten, de duidelijke tekst van de wet en de statuten van Cryo-Save. In plaats van het aanhalen van het principe van het eerste lid van art. 2:8 BW, had de Ondernemingskamer beter de strengere norm van het tweede lid van dit artikel kunnen toepassen: de in de statuten van Cryo-Save neergelegde regel dat Salveo zelf een aandeelhoudersvergadering bijeen mocht roepen is in dit geval niet

<sup>25</sup> HR 9 juli 2010, NJ 2010/423, met noot Van Schilf-gaarde en JOR 2010/228 met noot Van Ginneken (ASMI).

van toepassing omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Aldus was de Ondernemingskamer tot eenzelfde beslissing gekomen, maar had zij het uitzonderlijke karakter ervan meer benadrukt. Het is namelijk niet te verwachten dat in andere gevallen de responstijd zonder meer gerespecteerd dient te worden. Overigens heeft de responstijd in deze zaak gewerkt: na de beschikking van de Ondernemingskamer hebben Cryo-Save en Salveo onderhandeld en zijn zij tot een compromis gekomen.

## SLOT

Het recht is dynamisch en in die zin nooit ‘af’. Toch maakt het vennootschapsrecht, als we de balans opmaken van 2013, een voldragen indruk. Daarom is het niet verbazingwekkend dat de regels van de nv en bv een inspiratiebron vormen voor andere rechtsvormen. Zo zijn er plannen om te voorzien in een wettelijke regeling van het monistische bestuursmodel bij coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Het betreffende voorontwerp van wet is duidelijk ontleend aan het wettelijke monistische bestuursmodel voor de nv en de bv.<sup>26</sup> Verder is het de bedoeling om allerlei bepalingen uit de regeling van

<sup>26</sup> Voorontwerp van wet voor wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het vastleggen van een monistisch bestuursmodel voor de coöperatie en de onderlinge waarborgmaatschappij, zoals op 1 juli 2013 gepubliceerd op [http://internetconsultatie.nl/monistisch\\_bestuursmodel\\_cooperatie\\_onderlinge\\_waarborgmaatschappij](http://internetconsultatie.nl/monistisch_bestuursmodel_cooperatie_onderlinge_waarborgmaatschappij).

de nv en bv over te brengen naar Titel 1 van Boek 2 BW zodat ze voor alle rechtspersonen gaan gelden. Het gaat om de taakomschrijving van toezichthouders, de norm waarnaar bestuurders en toezichthouders zich bij de vervulling van hun taak moeten richten en de tegenstrijdig belangregeling.<sup>27</sup>

Als gezegd wordt op dit moment gesproken over modernisering van het nv-recht. Enerzijds valt daar wel iets voor te zeggen: zo is de regeling van de beursgenoteerde nv nu verspreid over Boek 2 BW, de Wet op het financieel toezicht en de Code, hetgeen niet optimaal is. Anderzijds is het de vraag of de prioriteit van de wetgever niet elders zou moeten liggen. Te denken valt aan de stokoude, verbrokkelde en daardoor ontoegankelijke regeling van de personenvennootschap in Boek 7A BW en het Wetboek van Koophandel. Die is ondanks een eerdere, mislukte poging tot hercodificatie nog steeds dringend aan vernieuwing toe.<sup>28</sup> <<

<sup>27</sup> Voorontwerp van Wet bestuur en toezicht rechtspersonen zoals gepubliceerd op 6 februari 2014 en te raadplegen via <http://internetconsultatie.nl/bestuurentoezichtrechtspersonen>. Zie ook noot 9.

<sup>28</sup> Zie de in noot 6 genoemde kroniek over 2011: i.h.b. p. 43 en 44.

# Kroniek Arbeidsrecht

Voor de arbeidsrechtjurist stond het afgelopen jaar vooral in het teken van diverse ontwikkelingen op het gebied van wetgeving. Veel aandacht was er natuurlijk voor het wetsvoorstel Wet werk en zekerheid, dat momenteel bij de Eerste Kamer ligt. Daarnaast hebben de Wet normering topinkomens, het afschaffen van de stamrechtvrijstelling voor ontslagvergoedingen en de wijzigingen van de Ziektewet tot de nodige discussies geleid. Het afgelopen jaar is ook een aantal ontwikkelingen zichtbaar geweest in de rechtspraak, bijvoorbeeld op het gebied van payrolling. Voorts zijn belangwekkende arresten geweest op het gebied van onder meer het garantieloon, de Ragetliereg, werkgeversaansprakelijkheid en overgang van onderneming.



*Christiaan Oberman en Karol Hillebrandt\**

**Garantieloon ex art. 7:628a BW » Omzeiling ketenregeling » Schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag » Rechtsgeldige opzegging » Overgang van onderneming » Arbeidsrechtelijke omkeringsregel » Deskundigenoordeel » Payrollconstructies » WNT » Wet werk en zekerheid » Ziektewet » Overige ontwikkelingen: *Afschaffing stamrechtvrijstelling » Declaratiegedrag***

\* Respectievelijk partner en advocaat bij Palthe Oberman Advocaten in Amsterdam; Oberman is tevens redactielid van het *Advocatenblad*. De auteurs danken mevrouw Y.M van de Pol voor haar bijdrage aan deze kroniek.



mogen wij effe Vangen?  
 we hebben die dag wel  
 72 uur gewerkt!



## GARANTIELOON EX ART. 7:628A BW

De Hoge Raad (Wolters/X: JAR 2013/140; ECLI:NL:HR:2013:BZ2907) liet zich dit jaar uit over het recht op garantieloon als bedoeld in art. 7:628a BW. Op basis van dit artikel hebben oproepkrachten met wie een arbeidsovereenkomst is gesloten voor minder dan vijftien uur per week en waarbij de tijdstippen van arbeid niet zijn vastgelegd, voor elke periode waarin minder dan drie uur is gewerkt in elk geval recht op loon over drie uur. De feiten in deze zaak waren als volgt: de werknemster was van 2002 tot 2007 in dienst bij Wolters als taxichauffeur op basis van een overeengekomen arbeidsomvang van twaalf uur per week.

Zij reed kinderen van en naar school uit de gemeente Tytsjerksteradiel. Bij aanvang van elk schooljaar werd aan haar een nieuwe schoolroute toebedeeld. Daarmee was globaal een uur per rit gemoeid. Naast deze schoolritten werd de werknemster opgeroepen voor wisselende ritten. Na beëindiging van het dienstverband vorderde de taxichauffeur achterstallig loon. Zij stelde daarbij dat zij recht had op uitbetaling over drie uur over alle keren dat zij in het kader van een oproep minder dan drie uur had gewerkt. In hoger beroep oordeelde het hof dat Wolters mocht volstaan met betaling van de werkelijke rittijden omdat er sprake was van een duidelijk arbeidspatroon. Indien er echter sprake was van een verlengde schoolrit die kor-

ter duurde dan drie uur, diende Wolters toch drie uur uit te betalen. Het hof verwierp het standpunt van de taxichauffeur dat zij voor elke wisselende rit, ook wanneer binnen drie uur een nieuwe rit volgde, aanspraak had op drie uur loon. Naar het oordeel van het hof kon dat niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest, omdat in dat geval bepaalde delen van de dag dubbel zouden worden betaald. Naar het oordeel van het hof brengt een redelijke uitleg van art. 7:628a BW mee dat, indien een wisselende rit binnen drie uur na aanvang van deze rit werd opgevolgd door een nieuwe rit, voor die nieuwe rit slechts een aanspraak op loon bestond over de tijd waarmee deze rit die periode van drie uur overschreed. Wanneer een wis-

selende rit bijvoorbeeld startte om 11.35 uur en eindigde om 12.05 en om 14.04 uur werd opgevolgd door een nieuwe rit die eindigde om 14.50 uur, had de werknemer voor deze ritten samen een loonaanspraak van drie uur en vijftien minuten en niet tweemaal drie uur. Voor de overlap hoefde Wolters dus niet dubbel te betalen. Voorkomen diende te worden, aldus het hof, dat dubbele beloning plaatsvond.

De Hoge Raad oordeelde echter anders. Gelet op de tekst en strekking van art. 7:628a BW brengt die bepaling mee dat de werknemer wiens arbeidsvoorwaarden voldoen aan de in art. 7:628a BW genoemde voorwaarden en die meerdere malen per dag wordt opgeroepen werk te verrichten, over elke afzonderlijke periode van arbeid recht heeft op loon over een periode van minimaal drie uur. Die uitleg strookt bovendien met de bedoeling van de wetgever om de situatie na een werkonderbreking, niet zijnde een reguliere werkpaauze, aan te merken als een nieuwe periode van arbeid die aanspraak geeft op de door art. 7:628a BW gegarandeerde beloning. Dit wordt niet anders doordat dan de mogelijkheid ontstaat dat de werknemer die meerdere malen op een dag wordt opgeroepen, over bepaalde tijdvakken van die dag 'dubbel' wordt beloond. Niet alleen verzet de tekst van art. 7:628a BW zich niet tegen zodanige dubbele beloning, ook strookt dit met de beschermende strekking van de bepaling, omdat op deze wijze wordt bevorderd dat de werkgever het werk zodanig inricht dat de werknemer niet meerdere malen per dag voor telkens een korte periode wordt opgeroepen, dan wel dat de werknemer wordt gecompenseerd voor de daarmee gepaard gaande onzekerheid. Bovendien ligt in de gekozen systematiek van een forfaitaire vergoeding van drie uur over periodes waarin minder dan drie uur is gewerkt, reeds besloten dat de wetgever de gedachte heeft aanvaard dat in die situaties de werknemer meer loon ont-

vangt dan de duur van de arbeidsprestatie rechtvaardigt. Het gevolg van het arrest is dus onder meer dat de mogelijkheid bestaat dat werknemers meer uren betaald kunnen krijgen dan er in een werkdag zitten. Voor werkgevers die veel met oproepkrachten werken, is het dus oppassen geblazen.

## OMZEILING KETENREGELING

Het komt regelmatig voor dat een werkgever de ketenregeling van art. 7:668a BW tracht te omzeilen. De werkgever wil wel een werknemer in dienst houden na drie contracten voor bepaalde tijd, maar wenst geen vast dienstverband aan te gaan. Yachts (RAR 2013/150; ECLI:NL:GHSHE:2013:3442) loste dat probleem op door wel een vierde arbeidsovereenkomst aan de werknemer aan te bieden, maar gelijktijdig een vaststellingsovereenkomst te sluiten waarin werd overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst op een in de vaststellingsovereenkomst genoemde datum zou eindigen. Na de beëindiging van het dienstverband stelde de werknemer zich op het standpunt dat die vaststellingsovereenkomst nietig was wegens strijd met het dwingende karakter van art. 7:668a BW omdat zijn instemming met de vaststellingsovereenkomst tegen zijn wil was afgedwongen. Hij vorderde een verklaring voor recht dat de overeengekomen beëindiging nietig was en maakte aanspraak op doorbetaling van salaris.

De kantonrechter oordeelde dat de enige reden om tot een vaststellingsovereenkomst te komen, het uitsluiten van de dwingendrechtelijke gevolgen van het bepaalde in art. 7:668a BW was. Het stond partijen echter niet vrij om bij een overeenkomst af te wijken van hetgeen is bepaald in art. 7:668a BW. Er was volgens de kantonrechter geen sprake van een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in Titel 15 van Boek 7 BW en het bewust aangaan van een overeenkomst ter omzeiling van de geboden werkne-

mersbescherming was in strijd met de openbare orde en/of de goede zeden. De kantonrechter wees de vorderingen van de werknemer dan ook toe.

Tegen dat oordeel ging Yachts in hoger beroep. Het hof overwoog vervolgens dat de tussen partijen gesloten overeenkomst moest worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst, als bedoeld in art. 7:900 BW. Op basis van het bepaalde in art. 7:902 BW was een dergelijke overeenkomst ook geldig indien zij in strijd mocht blijken te zijn met het dwingend recht, openbare orde of goede zeden. Het oordeel van de kantonrechter dat een overeenkomst gericht was op het buiten werking stellen van een driekwart dwingende wetbepaling en derhalve de facto nietig was wegens strijd met de openbare orde en/of goede zeden zodat in dat geval geen beroep hoefde te worden gedaan op de vernietigbaarheid daarvan, was rechtens onjuist. De vaststellingsovereenkomst was hoogstens vernietigbaar, maar de werknemer had niet in rechte vernietiging van de overeenkomst verzocht, dan wel verklaring voor recht dat hij de vaststellingsovereenkomst terecht had vernietigd.

De werknemer beriep zich er tot slot op dat hij zich gedwongen voelde de vaststellingsovereenkomst te tekenen en dat zijn wil niet gericht was op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar op het behoud van werk en inkomen. Deze stellingen vatte het hof op als een beroep op misbruik van omstandigheden. Zij overwoog dat een rechtshandeling vernietigbaar is wanneer zij door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. De werknemer had er echter geen rechtsgevolgen aan verbonden, namelijk in rechte geen vernietiging gevorderd noch een verklaring voor recht dat de vaststellingsovereenkomst terecht door hem buitengerechtelijk was vernietigd. Het hof, dat de werknemer duidelijk niet goedgezind was, vernietigde het vonnis van de kantonrechter. De werknemer heeft overigens cassatie

ingesteld tegen het arrest van het hof. Het is dus afwachten of ook de Hoge Raad van oordeel is dat deze constructie door de beugel kan.

## SCHADEVERGOEDING BIJ KENNELIJK ONREDELIJK ONTSLAG

Het jaar 2013 liet veel minder spraakmakende zaken op het gebied van ontslag zien dan de jaren daarvoor. De zaken die hierover wel gingen, hadden vaak betrekking op de hoogte van de schade in kennelijk onredelijk ontslagprocedures. Dat was ook het geval in de zaak van een werknemer tegen Kwik-Fit (RAR 2013/134; ECLI:NL:HR:2013:BZ5360), waarbij de vraag speelde of de schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging in mindering kon komen op de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

De werknemer was door Kwik-Fit ontslagen op staande voet, omdat hij stelselmatig had verzuimd bij afrekening facturen op te maken en de ontvangen bedragen in eigen zak had gestoken. De werknemer riep de nietigheid van het ontslag in en vorderde doorbetaling van loon. De kantonrechter ontbond in een voorwaardelijke ontbindingsprocedure de arbeidsovereenkomst zonder toekenning van een vergoeding. Vervolgens trok de werknemer de vernietigbaarheid van het ontslag in.

Kwik-Fit vorderde daarop veroordeling van de werknemer tot betaling van een schadevergoeding. In reconventie vorderde de werknemer een schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging en kennelijk onredelijk ontslag. De kantonrechter wees de vordering in conventie toe en die in reconventie af. In hoger beroep wees het hof de vorderingen van de werknemer toe, waarbij het hof echter wel de gefixeerde schadevergoeding ex art. 7:680 BW in mindering bracht op de schadevergoeding wegens

de kennelijk onredelijke opzegging ex art. 7:681 BW. In incidenteel beroep in cassatie stelde de werknemer dat het hof de gefixeerde schadevergoeding ten onrechte op de schadevergoeding van het kennelijk onredelijk ontslag in mindering had gebracht. De Hoge Raad oordeelde echter dat geen rechtsregel het hof belette bij de vaststelling van deze schadevergoeding rekening te houden met de aanspraak van de werknemer op gefixeerde schadevergoeding ten bedrage van vier maanden loon wegens de onregelmatige opzegging. De rechter heeft immers een grote mate van vrijheid om, op grond van alle omstandigheden van het geval, de hoogte van de vergoeding te bepalen. Het hof had dan ook geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de schadevergoeding in dit geval te berekenen op het verschil tussen de WW-uitkering waarop de werknemer in geval van werkloosheid gedurende tweeëntwintig maanden recht zou hebben en het laatstverdiende salaris, daarbij rekening houdend met de schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging.

Het komt er dus op neer dat bij de beoordeling van de kennelijk onredelijke ontslagvergoeding de gefixeerde schadevergoeding wegens het niet in acht nemen van de opzegtermijn kan worden verdisconteerd. Daarbij mag een rechter bij de berekening van de schadevergoeding rekening houden met alle omstandigheden van het geval, waaronder inkomsten uit andere bronnen.

## RECHTSGELDIGE OPZEGGING

De Hoge Raad (JAR 2014/34; ECLI:NL:HR:2013:2127) boog zich ook over wat moet worden verstaan onder het begrip rechtsgeldige opzegging van art. 7:667 lid 4 BW, waarin de Ragetlieregule is verwoord. Werkgever en werknemer kunnen besluiten een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd om te zetten in een arbeidsovereen-

komst voor bepaalde tijd. Deze laatste overeenkomst eindigt echter alleen van rechtswege als de eerdere overeenkomst voor onbepaalde tijd niet is geëindigd met wederzijds goedvinden, maar door rechtsgeldige opzegging of ontbinding.

In de zaak tussen De Witte en notarisriskantoor Pekel speelde de vraag of opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer moest worden beschouwd als een rechtsgeldige opzegging als bedoeld in art. 7:667 lid 4. De feiten waren als volgt: De Witte was sinds 15 oktober 1983 in dienst bij Pekel. Vervolgens tekende Pekel op 6 augustus 2007 een schriftelijke overeenkomst met een nieuwe werkgever. Tussen de nieuwe werkgever en Pekel werd afgesproken dat De Witte met ingang van 15 oktober 2007 met zijn werkzaamheden bij de nieuwe werkgever zou beginnen. Binnen een maand na uitdiensttreding kreeg De Witte al spijt van zijn overstap naar de nieuwe werkgever. Hij trad opnieuw in dienst bij Pekel, ditmaal op basis van een arbeidsovereenkomst voor een jaar. Deze arbeidsovereenkomst werd op 13 november 2008 nog eens verlengd voor een periode van opnieuw een jaar. Bij brief van 20 oktober 2009 deelde Pekel aan De Witte mee dat de arbeidsovereenkomst na 13 november 2009 niet verlengd werd.

De vraag in deze kwestie was of de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege was geëindigd of toch door de werkgever diende te worden opgezegd op grond van art. 7:667 lid 4 BW. Volgens De Witte kon van toepassing van de Ragetlieregule alleen sprake van zijn als een werkgever de arbeidsovereenkomst opzegde. De kantonrechter en het hof wezen de vordering van De Witte af. Het hof overwoog dat De Witte de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zelf had laten eindigen. Onder rechtsgeldige opzegging moest volgens het hof ook de opzegging door De Witte worden verstaan. De Witte ging hiertegen in cassatie. De A-G con-

cludeerde tot verwerping van het cassatieberoep. De Hoge Raad was echter een andere mening toegedaan dan de A-G, de kantonrechter en het hof. De Hoge Raad overwoog dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de wetgever de eis van opzegging heeft gehandhaafd indien de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd anders dan door rechtsgeldige opzegging of ontbinding door de rechter is geëindigd, omdat in die gevallen de bestaande ontslagbescherming 'niet gerealiseerd' is. Dat wil zeggen dat dan geen toetsing van het ontslag heeft plaatsgevonden door het UWV, in het kader van de verlening van een ontslagvergunning, dan wel door de rechter, in het kader van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Op grond van de Ragetlieregel bestaat die ontslagbescherming (door de eis van opzegging) alsnog bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst die een voortzetting is van de aanvankelijke arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het strookt met deze ratio van art. 7:667 lid 4 BW om onder 'rechtsgeldige opzegging' in die bepaling niet te verstaan een opzegging door de werknemer. Bij die opzegging vindt immers geen toetsing van het ontslag plaats.

De Hoge Raad overwoog voorts dat geen goede grond bestaat om onderscheid te maken tussen de beëindiging van de arbeidsovereenkomst op grond van wederzijds goedvinden – ten aanzien waarvan vaststaat dat de wetgever de eis van opzegging heeft willen handhaven – en die door opzegging door de werknemer. In beide gevallen berust de beëindiging immers mede op een daarop gerichte verklaring of gedraging van de werknemer, die meebrengt dat de werknemer bij die beëindiging de ontslagbescherming mist waarop hij bij andere beëindigingswijzen aanspraak kan maken. Het verschil tussen beide beëindigingswijzen kan feitelijk bovendien zeer gering zijn. Gelet op het hiervoor beschreven feitencomplex – de

Ons bedrijf wil af van dat onderdrukkende concept werkgever-werknemer. Old school. Jij wilt een en een dak boven je hoofd, wij willen jouw hygiënische talent. Ik goet jou ons statement – dan wil ik graag je handtekening op jouw vrijwilligers-statement-met-onbepaalde-tijd.



werknemer nam toch duidelijk het initiatief om te vertrekken – had de zaak naar ons oordeel ook heel anders kunnen uitpakken. Niettemin is het voor de praktijk van groot belang dat de Hoge Raad een opzegging door de werknemer niet ziet als een rechtsgeldige opzegging als bedoeld in art. 7:667 lid 4 BW.

## OVERGANG VAN ONDERNEMING

Op 18 juli 2013 heeft het Europese Hof van Justitie in de Parkwood-zaak (JAR 2013/216) een belangwekkende uitspraak gedaan over het overgaan van rechten en plichten uit hoofde van een cao bij overgang van onderneming. Het betrof een Britse zaak waarin een deel van een onderneming in de publieke sector werd overgedragen aan een onderneming

in de private sector. In de individuele arbeidsovereenkomsten van de betrokken werknemers was een incorporatiebeding opgenomen op basis waarvan de arbeidsvoorwaarden automatisch werden aangepast aan de periodiek vastgestelde collectieve (arbeids)overeenkomsten van de vervreemder. Het betrof derhalve een zogenoemd dynamisch incorporatiebeding, in tegenstelling tot een statisch incorporatiebeding op grond waarvan toekomstige cao's niet automatisch van toepassing worden. Op grond van het overeengekomen incorporatiebeding vorderden de overgegangene werknemers jegens de verkrijger toepassing van de (nieuwe) cao van de vervreemder, die ná de overgang was overeengekomen.

In de toepasselijke Richtlijn is geregeld dat de verkrijger een geldende cao bij overgang van onderneming moet



handhaven tot het moment waarop deze eindigt of waarop binnen de verkrijger een andere cao op de werknemer van toepassing wordt. Nederland heeft deze regel geïmplementeerd in art. 14a Wet Cao en art. 2a Wet AVV. Na overgang van onderneming kunnen de overgegangene werknemers op grond van deze regeling dus geen aanspraak meer maken op verlengingen van de cao van de vreemder. In de Parkwood-zaak speelde de vraag of werknemers deze aanspraak op grond van hun dynamische incorporatiebeding wel zouden kunnen hebben. Het Hof van Justitie besliste dat de Richtlijn zich hiertegen verzet, voor zover de nieuwe of verlengde cao het resultaat is van onderhandelingen en de verkrijger geen mogelijkheid had aan die onderhandelingen deel te nemen. Het Europese Hof overwoog dat de Richtlijn niet alleen de belangen van de werknemers beoogt te beschermen maar ook een billijk evenwicht wil verzekeren tussen hun belangen en die van de verkrijger. Waar in de rechtspraak van het Europese Hof de Richtlijn doorgaans ruim wordt uitgelegd ten behoeve van de werknemersbescherming, is het hof in deze zaak beduidend terughoudender.

In onze kronieken hebben wij inmiddels meermaals aandacht besteed aan de Albron-zaak. Na jarenlange procedures (het vonnis in eerste aanleg dateert van 15 maart 2006) heeft de Hoge Raad op 5 april 2013 zijn eindarrest gewezen (ECLI:NL:HR:2013:BZ1780). De casus was als volgt: een dochtervennootschap van het Heineken-concern had haar cateringwerkzaamheden uitbesteed aan Albron. De cateringmedewerkers waren echter niet in dienst van deze dochtervennootschap, maar van de personeels-bv van Heineken. Centraal in de procedures stond de vraag of de medewerkers desondanks op grond van art. 7:663 BW met de cateringactiviteiten mee over waren gegaan naar Albron. Het Hof Amsterdam stelde prejudiciële vragen aan het Europese Hof van

Justitie en oordeelde vervolgens (in lijn met het arrest van het Europese Hof) in zijn uitspraak van 25 oktober 2011 dat de werknemers als gevolg van overgang van onderneming in dienst van Albron waren getreden. Het cassatieberoep van Albron is door de Hoge Raad verworpen. Eiser, de heer Roest heeft derhalve jegens Albron aanspraak op de betere arbeidsvoorwaarden die voor hem in dienst van Heineken golden.

Naar aanleiding van eerdere uitspraken in de zaak is discussie ontstaan over de gevolgen voor bijvoorbeeld uitzendkrachten en gedetacheerde werknemers. Op basis van het arrest van de Hoge Raad kan echter worden geconcludeerd dat de uitspraak alleen betrekking heeft op situaties waarin werknemers in dienst zijn van een personeelsvennootschap en bij een andere vennootschap binnen hetzelfde concern zijn tewerkgesteld.

Roest, die de procedure samen met FNV Bondgenoten is gestart, kan het dossier nog niet definitief sluiten. Op 16 april 2013 publiceerde *de Volkskrant* dat Heineken daags na het arrest van de Hoge Raad conservatoir beslag had gelegd op de vorderingen van Roest jegens Albron. Heineken maakte aanspraak op terugbetaling van de aan Roest betaalde ontslagvergoeding van 150.000 euro bruto, omdat de vergoeding was betaald met het idee dat geen sprake was van overgang van onderneming en Roest overging naar de mindere arbeidsvoorwaarden van Albron. De vergoeding diende als compensatie voor deze teruggang in arbeidsvoorwaarden.

## ARBEIDSRECHTELIJKE OMKERINGSREGEL

Op het gebied van werkgeversaansprakelijkheid heeft een uitbreiding én een nuancering plaatsgevonden van de zogenoemde arbeidsrechtelijke omkeringsregel. In de arresten Unilever/Dikmans (NJ 2001/596; ECLI:NL:HR:2000:AA8369) en

Havermans/Luyckx (NJ 2006/354; ECLI:NL:HR:2006:AW6166) heeft de Hoge Raad de omkeringsregel geïntroduceerd. Deze regel houdt in dat als een werknemer aantoonbaar dat hij is blootgesteld aan gevaarlijke stoffen en die blootstelling zijn gezondheidsklachten kan hebben veroorzaakt, het oorzakelijke verband tussen de blootstelling en de klachten wordt aangenomen, tenzij de werkgever aantoonbaar dat hij de maatregelen heeft getroffen die redelijkerwijs nodig waren om de schade te voorkomen. De werknemer hoeft dus niet te bewijzen dat zijn gezondheidsklachten door de blootstelling zijn veroorzaakt maar dat deze door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. In twee arresten van 7 juni 2013 – Lansink/Ritsma (JAR 2013/178; (ECLI:NL:HR:2013:BZ1721) en SVB/Van de Wege (JAR 2013/177; ECLI:NL:HR:2013:BZ1717) – heeft de Hoge Raad deze regel uitgebreid van ‘blootstelling aan gevaarlijke stoffen’ naar ‘blootstelling aan gevaarlijke omstandigheden’. In de zaak SVB/Van de Wege ging het om RSI-klachten die veroorzaakt konden zijn door de arbeidsomstandigheden. De Hoge Raad nuanceert de omkeringsregel echter ook in beide arresten door duidelijk te maken dat de enkele kans dat de klachten door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt onvoldoende is. Voor toepassing van de omkeringsregel is geen plaats indien het verband tussen de blootstelling en de klachten te onzeker of te onbepaald is. Het is derhalve relevant hoe groot de kans is dat de klachten het gevolg zijn van de blootstelling om te beoordelen of de omkeringsregel van toepassing is. Hoe het omslagpunt moet worden bepaald, wordt in de arresten echter niet duidelijk.

## DESKUNDIGENOORDEEL

Op grond van art. 7:629a BW dient de rechter een loonvordering van een zieke werknemer af te wijzen indien deze geen deskundigenoordeel van het UWV



over zijn arbeidsongeschiktheid heeft overgelegd. De rechter kan hiervan afwijken indien het overleggen van een deskundigenoordeel in redelijkheid niet van de werknemer kan worden gevergd. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn in een kortgedingprocedure vanwege het spoedeisende karakter.

In een zaak tegen Connexion Taxi Services B.V. wees het Hof Amsterdam (ECLI:NL:HR:2013:2128) de loonvoordering van werknemer El Maadouri wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel af. In cassatie vernietigde de Hoge Raad de uitspraak van het hof.

De Hoge Raad was van oordeel dat van El Maadouri in redelijkheid niet kon worden verwacht een deskundigenoordeel te overleggen, mede gelet op de beschikbare verklaring die een bezwaarverzekeringsarts van het UWV in het kader van een Ziektewetprocedure had afgegeven. De Hoge Raad overwoog daarbij wel dat in de regel terughoudendheid past bij het betrekken van andere medische informatie dan een deskundigenoordeel. Voorts overwoog de Hoge Raad dat de verplichting om een deskundigenoordeel te overleggen niet is bedoeld om de werkgever te

helpen maar om de rechtspositie van de werknemer te versterken en een efficiënte geschilbeslechting te bevorderen.

## PAYROLLCONSTRUCTIES

Sinds enige jaren is de zogenaamde payrollconstructie in zwang. Bij een payrollconstructie is sprake van een driehoeksverhouding, waarbij de werknemer een overeenkomst sluit met de payrollonderneming, maar feitelijk onder het gezag van de inlener werkt. De vraag is vervolgens wie als de werkgever als bedoeld in art. 7:610 BW moet wor-

*t begon ooit met rechtsbijstand.  
Maar nu is er een corporate list. Als je iets  
koopt wat daar op staat, betaalt de  
company jou 10% als je de factuur op  
naam van de zaak laat zetten.*



den beschouwd: de payrollonderneming of de inlener?

Het afgelopen jaar heeft een groot aantal uitspraken opgeleverd waarin rechters zich over deze constructie hebben uitgelaten. Daaruit blijkt dat rechters kritisch zijn over deze constructie. De lijn in de rechtspraak is dat door een payrollconstructie heen moet worden gekeken. Zo oordeelde de kantonrechter te Enschede dat de payrollovereenkomst in kwestie geen arbeidsovereenkomst met de payrollonderneming betrof, maar in werkelijkheid een arbeidsovereenkomst tussen de arbeidskracht en de onderneming waar de werkzaamheden feitelijk werden verricht. Hij gaf partijen ook te kennen dat hij voornemens was het door de payrollonderneming ingediende ontbindingsverzoek niet-ontvankelijk te verklaren (Kantonrechter Enschede, 21 maart 2013, *JAR* 2013/95; *ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5108*). De kantonrechter te Rotterdam achtte de relatie tussen de arbeidskracht en de ondernemer die hem feitelijk tewerkstelde eveneens van groter belang dan die tussen de arbeidskracht en het payrollbedrijf, dat op papier als werkgever was aangemerkt. Daarom had de payroll het afspiegelingsbeginsel binnen de organisatie van de opdrachtgever moeten toepassen, in plaats van binnen de eigen organisatie (Kantonrechter Rotterdam, 21 december 2012, *JAR* 2013/46). De kantonrechter te Amsterdam kende doorslaggevend gewicht toe aan de gezagsverhouding tussen de arbeidskracht en de opdrachtgever bij wie de werkzaamheden feitelijk werden verricht en niet aan de schriftelijke arbeidsovereenkomst tussen de payroll en de arbeidskracht. Een payrollonderneming kan volgens de kantonrechter bij gebrek aan een allocatiefunctie ook niet als uitzendwerkgever van de arbeidskracht worden aangemerkt (Kantonrechter Amsterdam, 3 september 2013, *ECLI:NL:RBAMS:2013:6063*). De kantonrechter beoordeelde de payrollovereenkomst als een overeenkomst sui generis.

## WNT

Met ingang van 1 januari 2013 is verder de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (hierna de WNT) in werking getreden. Deze wet kent bezoldigingsrichtlijnen, waaronder ook ontslagvergoedingen voor topfunctionarissen en een publicatieverplichting. Het doel van de wet is een ordentelijke beloning van het bestuur van organisaties die een publieke taak hebben. De WNT bepaalt dat het salaris van bestuurders niet hoger mag zijn dan jaarlijks bij ministeriële regeling vast te stellen maxima. Voor 2014 is het maximum vastgesteld op een beloning van 230.474 euro bruto. De ontslagvergoeding mag verder niet hoger zijn dan 75.000 euro bruto. Afspraken die in strijd zijn gemaakt met deze bezoldigingsnorm gelden als nietig. Betalingen die zijn gedaan boven de norm zijn onverschuldigd betaald. De werkgever dient het te veel betaalde terug te vorderen van de bestuurder en indien dat niet gebeurt, is het de taak van de verantwoordelijke minister om daartoe over te gaan.

Ook afspraken waarbij een bestuurder wordt doorbetaald wanneer hij vrijgesteld is van het verrichten van werkzaamheden, zijn ongeldig. De wet bevat verder overgangsbepalingen voor afspraken die zijn gemaakt vóór 1 januari 2013.

In het afgelopen jaar zijn er veel uitspraken gewezen waarbij de onder de WNT vallende directeurs en functionarissen betrokken waren. Hoewel de kantonrechter niet gebonden is aan de WNT, blijkt uit uitspraken dat de WNT wel normerend werkt (Kantonrechter Breda 20 juni 2013, *JAR* 2013/166 (*ECLI:NL:RBZWB:2013:CA3725*); Kantonrechter Rotterdam *JAR* 2013/293; *ECLI:NL:RBROT:2013:8418*); Kantonrechter Maastricht *JAR* 2014/26; *ECLI:NL:RBLIM:2013:9733*); Kantonrechter Rotterdam *JAR* 2013/293; *ECLI:NL:RBROT:2013:8418*).

## WET WERK EN ZEKERHEID

Naar verwachting zullen de eerste wijzigingen op grond van de Wet werk en zekerheid met ingang van 1 juli 2014 worden ingevoerd. Op het moment van publicatie van deze kroniek staat het voorbereidend onderzoek van de Eerste Kamercommissie voor SZW inzake het wetsvoorstel gepland voor 8 april 2014. De eerste wijzigingen hebben met name ten doel de flexibele arbeidsverhoudingen te beperken. De wetgever hoopt dat de wijzigingen ertoe zullen leiden dat werkgevers sneller en meer naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde duur zullen toewerken. De wijzigingen per 1 juli 2014 betreffen onder meer het verbod een proeftijd overeen te komen in een arbeidsovereenkomst voor de bepaalde duur van zes maanden of minder, het verbod een concurrentiebeding overeen te komen in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur (behoudens bijzondere omstandigheden) en een verplichte aanzegtermijn van ten minste een maand voor het al dan niet verlenen van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde duur op straffe van een aanzegboete. De wijziging van de ketenregeling – van maximaal drie contracten in maximaal drie jaar met een tussenpoos van maximaal drie maanden naar maximaal drie contracten in maximaal twee jaar met een tussenpoos van maximaal zes maanden – die eveneens per 1 juli 2014 zou ingaan is uitgesteld tot 1 juli 2015.

Ook het ontslagrecht gaat na invoering van de Wet werk en zekerheid ingrijpend veranderen. De ontslagroute, via het UWV of de kantonrechter, wordt voortaan bepaald door de ontslaggrond. Een ontslag om bedrijfseconomische redenen of na een langdurige arbeidsongeschiktheid loopt voortaan via het UWV. Als er sprake is van ontslag vanwege persoonlijke redenen dient ontbinding te worden gevraagd, net zoals nu, bij de kantonrechter. Indien het UWV geen toestemming voor ontslag geeft, dan kan de werkgever alsnog naar

de kantonrechter. Als de werknemer het niet eens is met het ontslag via het UWV, kan de werknemer binnen twee maanden naar de kantonrechter. Tegen een uitspraak van de kantonrechter kan hoger beroep worden ingesteld. De ontslagroutes zijn alleen verplicht als een werknemer niet schriftelijk instemt met ontslag. Indien een werknemer die niet schriftelijk heeft ingestemd met het ontslag, zonder toestemming van het UWV wordt ontslagen, dan kan de werknemer ook naar de kantonrechter stappen om de opzegging te laten vernietigen of om een vergoeding te vragen. De werknemer kan zijn schriftelijke instemming overigens binnen twee weken zonder opgaaf van redenen herroepen (als de werkgever niet op deze mogelijkheid wijst, wordt de herroepingstermijn verlengd tot drie weken). Dat geldt ook bij een opzegging met wederzijds goedvinden.

De ontslagvergoeding wordt een transitievergoeding. Als een werkgever een werknemer wil ontslaan die minimaal twee jaar in dienst is, heeft die werknemer recht op een vergoeding van een derde maandsalaris per gewerkt jaar. Vanaf het tiende jaar is dit een half maandsalaris per dienstjaar. De transitievergoeding is maximaal 75.000 euro bruto of maximaal een jaarsalaris als de werknemer meer verdient dan 75.000 euro bruto.

De kantonrechter kan boven op de transitievergoeding een vergoeding toekennen als de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld of nalatig was. Een werkgever hoeft geen transitievergoeding te betalen als het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, als de werknemer jonger is dan achttien jaar, gemiddeld twaalf uur of minder per week werkzaamheden heeft verricht, de arbeidsovereenkomst is geëindigd na het bereiken van de AOW- of pensioengerechtigde leeftijd of indien er sprake is van surseance van betaling, faillissement of schuldsanering van de werkgever.

## ZIEKTEWET

Op grond van de Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters is met ingang van 1 januari 2014 een aantal ingrijpende wijzigingen van de Ziektewet ingevoerd. Een belangrijke wijziging betreft de wijze waarop de Ziektewet via werkgeverspremies wordt gefinancierd. Waar de werkgeverspremies voor de Ziektewet voorheen sectoraal werden vastgesteld, wordt de hoogte van de premies sinds 1 januari 2014 per individuele werkgever bepaald. Voor veel werkgevers worden de premies geheel of gedeeltelijk afhankelijk van het aantal (ex-)werknemers dat aansluitend op de arbeidsovereenkomst (met een nawerkperiode van vier weken) aanspraak maakt op een Ziektewetuitkering.

Er wordt onderscheid gemaakt tussen grote werkgevers (premieplichtig loon in 2012 van meer dan 3.070.000 euro), kleine werkgevers (premieplichtig loon in 2012 van minder dan 307.000 euro) en middelgrote werkgevers (premieplichtig loon tussen voornoemde bedragen in). Voor grote werkgevers geldt dat de kosten van de Ziektewetuitkering voor zijn (ex-)werknemers via de premies volledig aan de onderneming worden doorbelast. Voor kleine werkgevers worden de premies nog steeds sectoraal bepaald en voor middelgrote werkgevers worden de premies deels afhankelijk van het aantal (ex-)werknemers met een Ziektewetuitkering en deels sectoraal bepaald. De instroom van werknemers in de Ziektewet wordt vastgesteld op basis van de gegevens van twee kalenderjaren eerder. Voor de vaststelling van de premies voor 2014 wordt derhalve gekeken naar de instroom in 2012. De werkgever heeft derhalve een financieel belang om te voorkomen dat zijn werknemers aanspraak moeten maken op een Ziektewetuitkering en, mocht dat toch gebeuren, om de juistheid van de aanspraak te controleren en de duur van de uitkering zo veel

mogelijk te beperken. Werkgever en werknemer kunnen hiertoe contractuele afspraken maken over controlemogelijkheden en wederzijdse re-integratie-inspanningen voor de duur dat de werknemer een Ziektewetuitkering ontvangt.

## OVERIGE ONTWIKKELINGEN

### Afschaffing stamrechtvrijstelling

Met ingang van 1 januari 2014 is de stamrechtvrijstelling voor ontslagvergoedingen afgeschaft. Vanaf deze datum is het derhalve niet langer mogelijk ontslagvergoedingen bruto in de vorm van een stamrecht te laten uitkeren. Indien afspraken over beëindiging van de arbeidsovereenkomst en ontslagvergoeding vóór 1 januari 2014 zijn gemaakt, kan de vergoeding op basis van de overgangsregeling onder bepaalde voorwaarden nog tot 1 juli 2014 onder toepassing van de stamrechtvrijstelling worden uitgekeerd.

### Declaratiegedrag

In de arbeidsrechtpraktijk komt het vaak voor dat een werkgever en werknemer in het kader van een minnelijke regeling overeenkomen dat de werkgever (een deel van) de kosten van rechtsbijstand van de werknemer voor zijn rekening neemt. Tot voor kort was het gebruikelijk dat de werknemersadvocaat hiervoor een declaratie op naam van de werkgever stelde. De werkgever verrekende vervolgens de btw. In zijn uitspraak van 4 maart 2013 heeft het Hof van Discipline van de Nederlandse Orde van Advocaten deze gang van zaken in het licht van de fiscale regelgeving ontoelaatbaar geacht en de betrokken advocaat berispt. De advocaat is gehouden zijn declaratie op naam van de afnemer van zijn diensten te stellen. Voor een nadere uiteenzetting over dit onderwerp verwijzen wij naar de bijdragen van mr. W.J.M. van Tongeren in *Advocatenblad* 2014/2 en mr. M. Lambregts in *Advocatenblad* 2014/3. <<



# Haal je PO-punten aan de Universiteit van Amsterdam!

## Een greep uit ons voorjaarsaanbod 2014

### Aanbestedingsrecht

- 17 juni Actualiteiten aanbestedingsrecht 4PO € 395,-

### Arbeidsrecht

- 9 april Actualiteiten arbeidsmigratie 4PO € 395,-
- 21 mei Reïntegratie en de zieke werknemer 4PO € 395,-

### Bestuursrecht

- 16 april Verdieping Wabo 6PO € 595,-
- 14 mei De bezwaarschriftenprocedure 4PO € 395,-
- 4 juni Actualiteiten Bestuursrecht 4PO € 395,-
- 16 juni Actualiteiten fundamentele rechten 4PO € 395,-
- 16 & 23 juni Nieuw Bestuursprocesrecht 12PO € 995,-

### Familierecht

- 12 juni Actualiteiten Huwelijksvermogensrecht en erfrecht 4PO € 395,-

### Financieel recht

- 1, 8 & 15 april Leergang Wft Essentials 16PO € 1.350,-

### Registeropleiding Financieel recht:

- 11 april & 9 mei module 6: Prudentiële normen verzekeraars 8PO € 1200,-
- 14 april & 19 mei Module 8: Gedragsnormen verzekeringen 8PO € 1200,-
- 11 juni Module 2 Toegang tot financiële markten 4PO € 600,-

- 13 & 20 juni Zorgplicht financiële dienstverlening 8PO € 695,-

### Informatierecht

- 15 mei Het nieuwe privacy-recht 4PO € 395,-

### Ondernemingsrecht

- 22 mei Geschillen in de BV 4PO € 395,-
- 26 & 27 juni Ondernemingsrecht van A tot Z 12PO/KNB € 1350,-

### Privaatrecht

- 16 mei Processtukken in civiel appel 4PO € 395,-
- 20 mei Wanprestatie en schadevergoeding 4PO € 395,-
- 18 juni Ontbinding en opzegging van contracten 4PO € 395,-
- 27 juni Actualiteiten onrechtmatige daad en schade 4PO € 395,-

### Strafrecht

- 23 mei Witwassen en Wwft 6PO € 595,-

### Vaardigheidscursussen

- 11 april Sutorius overtuigt! 4PO € 295,-
- 19 juni Legal English 4PO € 395,-

### Symposium

- 11 april NTHR Symposium: 'Elektronisch handelsrecht' 4PO € 375,-