

## NIEUWSBRIEF 2011/2

september 2011

- 1. Poolse chauffeurs als uitzendkrachten*
- 2. Vrije advocaatkeuze bij rechtsbijstandsverzekeraars (vervolg)*
- 3. Moederbedrijf en dochter; hoever gaat de aansprakelijkheid?*
- 4. Algemene voorwaarden en de keuze voor arbitrage en/of de rechter*
- 5. Bewijskracht aangetekende brief*

### 1. Poolse chauffeurs als uitzendkrachten

Recent in de pers: de strijd die de FNV voerde (en won) tegen een transportonderneming over de hoogte van het loon van ingeleende Poolse chauffeurs.

De werkgever had een Pools uitzendbureau opgericht en liet zijn wagens alleen nog maar door ingeleende Poolse uitzendkrachten bemannen. Het FNV maakte bezwaar tegen de te lage beloning die deze Poolse inleenkrachten zouden krijgen; ongeveer 350 euro per week, plus 0,12 eurocent per gereden kilometer. Dit zou minder zijn dan het minimumloon, en minder dan het CAO-loon (Beroepsgoederenvervoer).

In geschil was onder meer hoeveel tijd de chauffeurs in Nederland doorbrachten.

De rechter overwoog onder meer dat de verwevenheid tussen werkgever en het uitzendbureau van belang was; deze moeten met elkaar worden vereenzelvigd. De eigendom en zeggenschap lagen in Nederland. De chauffeurs werden vanuit Nederland aangestuurd, en verbleven vaak in de kantine bij het kantoor van werkgever.

De kantonrechter gaf het FNV op de fundamentele punten gelijk:

- de ingeleende krachten vallen onder de Nederlandse CAO en Wet Minimumloon;
- de keuze voor Pools recht betekent niet dat de ingeleende krachten hun bescherming op grond van de Nederlandse wet verliezen.

De advocaat van de werkgever liet in een commentaar op zijn website duidelijk en gemotiveerd blijken dat en waarom hij het er niet mee eens is. Een opvallende publicatie, die doet vermoeden dat tegen deze uitspraak hoger beroep zal worden ingesteld. Het is vooralsnog een belangrijke overwinning voor het FNV en de door haar bijgestane Poolse chauffeurs.

### 2. Vrije advocaatkeuze bij rechtsbijstandsverzekeraar (vervolg)

In nieuwsbrieven 2010/5 en 2011/1 informeerden wij u over de procedure van een verzekerde tegen zijn rechtsbijstandsverzekeraar over het recht op vrije advocaatkeuze. De verzekeraar wil bij voorkeur de zaak door de interne juristen laten behandelen, of (als dat moet) door een advocaat in loondienst van de verzekeraar. De verzekerde nam daarmee geen genoegen en legde de vraag voor aan de rechtbank.

In hoger beroep heeft de verzekeraar nu aan het langste eind getrokken. Het gerechtshof Amsterdam oordeelt dat er twee stappen gezet moeten worden voordat de verzekerde vrij is in de advocaatkeuze. Stap 1 is dat de rechtsbijstandsverzekeraar heeft besloten dat er een procedure wordt gevoerd. Stap 2 is dat de verzekeraar besluit dat die procedure door een externe rechtsbijstandverlener gevoerd zal worden. "*Het hof kan in de Richtlijn 73/239/EEG geen aanwijzing vinden dat het een rechtsbijstandsverzekeraar (...) niet is toegestaan in het kader van een rechtsbijstandsverzekering in natura de zaak*

*van haar verzekerde, daaronder ook begrepen de verlening van rechtsbijstand in een gerechtelijke of administratieve procedure, niet zelf te behandelen."* aldus het Hof.

Gevolg hiervan is dat de verzekerde genoeg moet nemen met de jurist die bij de verzekeraar werkt, of die door de verzekeraar wordt aangewezen.

Pas indien de verzekeraar een advocaat aanwijst, heeft de verzekerde een vrije keuze. De verzekerde hoeft dan geen genoeg te nemen met een advocaat in loondienst, of een door de verzekeraar aangewezen externe advocaat. De verzekeraar moet in dat geval ook wijzen op het recht op vrije advocaatkeuze, aldus het Hof.

Omdat in de procedure waar het om ging, geen advocaat maar een jurist was aangewezen, mocht de verzekeraar weigeren de kosten te betalen van de advocaat die de verzekerde zelf had ingeschakeld.

### **3. Hoe ver gaat de aansprakelijkheid van een moederbedrijf voor haar dochter?**

Als uitgangspunt geldt dat een vennootschap niet aansprakelijk is voor schulden van een andere vennootschap, ook al is de andere vennootschap een 100% dochter en is de moeder directeur/bestuurder van de dochter.

U raadt het al: op dit beginsel zijn uitzonderingen. Een bekende uitzondering is dat de moeder verklaart dat zij aansprakelijk is en dat in het Handelsregister bij de Kamer van Koophandel publiceert. Daarover gaat deze bijdrage echter niet.

Ik behandel twee recente uitspraken waarbij werknemers procedeerden tegen ofwel het moederbedrijf, ofwel tegen de dochter en daarbij stelden dat het moederbedrijf maar moest bijspringen. In een geval slaagden de

werknemers met hun actie, in het andere geval niet.

Indirect kwam de kwestie aan de orde bij een ontbindingsverzoek voor de sector kanton van de rechtbank Almelo. Een dochterbedrijf vroeg ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De aandeelhouder in dat geval was een Noorse vennootschap, die lange tijd de salarissen had betaald. De werknemer stelde dat het moederbedrijf de dochter financieel moest helpen, zodat er geen arbeidsplaatsen vervielen. Als er toch ontbonden zou worden, dan zou het moederbedrijf wel moeten zorgen dat de dochter een vergoeding kon betalen, aldus de werknemer.

De kantonrechter weegt alle omstandigheden, en oordeelt dat de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en de dochter kan worden ontbonden, zonder toekenning van een vergoeding. De rechter overweegt daarbij dat het overeind houden van een bedrijf door een moederbedrijf een keer ophoudt. Er bestaat voor het moederbedrijf geen verplichting om fondsen ter beschikking te stellen voor het betalen van salaris of ontslagvergoedingen.

Het ging mis voor het moederbedrijf in een andere zaak, waarbij werknemers rechtstreeks van een moederbedrijf nakoming eisten van een regeling die een dochter had getroffen. De dochter had geen geld om te betalen en ging failliet. Aldus werd het moederbedrijf aangesproken.

De rechtbank oordeelde dat het moederbedrijf inderdaad de rekening moet betalen. Overwegingen waren onder andere:

- het moederbedrijf had zich intensief bezig gehouden met het beleid van de dochter;
- zij nam in feite alle beslissingen; 'alle zeggenschapslijnen' kwamen bij de moeder uit;

- alle geldstromen verliepen via een en hetzelfde cashpool, waarover de moeder de zeggenschap had;
- de moeder besloot tot ontmanteling van de dochter;
- zij was betrokken bij het opstellen en overeenkomen van een sociaal plan;
- zij zorgde er vervolgens niet voor dat de dochter middelen had om de dat sociaal plan uit te voeren.

De kantonrechter oordeelde uitdrukkelijk dat er geen misbruik van vennootschapsrecht was.

De moeder mocht zich echter niet aan de verantwoordelijkheden onttrekken voor handelingen waarin zij zelf zo'n grote rol had gespeeld. Letterlijk oordeelt de rechter:

*"Het zich niet bereid verklaren van KHE Group om, buiten het faillissement om, het onder haar verantwoordelijkheid tot stand gekomen concept sociaal plan na te komen, is onrechtmatig jegens degenen die aan dat plan (ware het tot stand gekomen) rechten hadden kunnen ontleen."*

#### **4. Algemene voorwaarden en de keuze voor arbitrage en/of de rechter**

Partijen mogen afspreken hoe geschillen moeten worden opgelost. Vaak staat die afspraak in algemene voorwaarden. Een interessante uitspraak van de rechtbank Rotterdam ging over een dergelijk beding.

Een set algemene voorwaarden maakte onderscheid gemaakt tussen onenigheid over de inhoud van de overeenkomst enerzijds, en onenigheid over betaling anderzijds.

Inzake betalingsgeschillen werd de rechtbank bevoegd verklaard. Andere vorderingen moesten door arbiters worden beslecht. De reden daarvoor kan zijn dat over non-conformiteit of de aard van de dienst speciale kennis nodig is, die bij

arbiters eerder gevonden kan worden dan bij een overheidsrechter.

Wat nu te oordelen als de voorwaarden gelden in geval de verkoper zich tot de rechter wendt met de vordering tot betaling, en de koper partij in een reactie daarop een tegenvordering instelt en bij diezelfde rechter schade vordert?

De splitsing kan dan tot twee procedures leiden, die naast elkaar gevoerd zouden moeten worden. Kostbaar en omslachtig, zeker als de uitspraken met elkaar zouden kunnen samenhangen.

De verkoper die betaling vorderde, deed een beroep op de voorwaarden en stelde dat de rechtbank zich onbevoegd moest verklaren. De koper zou arbitrage moeten instellen.

De rechtbank oordeelde anders, Het is buitengewoon onpraktisch één en ander te splitsen, aldus de rechtbank Rotterdam. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid was het beroep op het arbitragebeding onaanvaardbaar, zodat de rechtbank ook zal oordelen over het inhoudelijke geschil.

#### **5. Bewijskracht aangetekende brief**

In het recht gelden vaak termijnen. Om te bewijzen dat een brief met bijvoorbeeld een stuiting of een aansprakelijkstelling tijdig is ontvangen, wil de afzender van de brief graag verschikken over bewijs van tijdige ontvangst. Een bekend en beproefd middel is het schrijven van een brief per aangetekende post met bericht van ontvangst.

Maar wat nu als deze brief niet wordt aangenomen aan de deur, en retour komt nadat zij drie weken bij het postkantoor heeft gelegen? Geldt de brief dan wel als ontvangen? Een standaard arrest van de Hoge Raad uit 1998 leert ons dat de afzender moet

bewijzen dat de brief correct is aangeboden. Haalt de ontvanger de brief dan niet af, dan is dat zijn risico. De brief heeft in dat geval wel werking, en de datum van aanbieding geldt als de datum van ontvangst.

In de praktijk blijkt dit toch vaak tot discussie te leiden. De jurisprudentie laat een wisselend beeld zien, waarbij niet altijd even strikte eisen aan het door de afzender te leveren bewijs worden gesteld.

De Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad overwoog recent:

*“Gebruikelijk is dat de postbesteller bij een aangetekende brief een bericht achterlaat voor de geadresseerde met de plaats en tijd waarbinnen hij het aangetekende poststuk kan ophalen. Gesteld noch gebleken is dat het in dit geval anders is gegaan. Nu hij zelf er voor gekozen heeft de brief niet af te halen, moet de omstandigheid dat deze brief hem niet heeft bereikt voor zijn risico komen.”*

In lijn met die soepele leer had het gerechtshof 's-Hertogenbosch eerder geoordeeld dat bewijs van concrete aanbieding ter plaatse al is geleverd met de poststickers op de door het postkantoor retour gezonden brief. Dat de beoogde

ontvanger stelde dat hij geen afhaalbericht ontvangen had, maakte geen verschil.

Anders echter oordeelden gerechtshof Arnhem en gerechtshof 's-Gravenhage. In lijn met de striktere leer uit het standaard arrest uit 1998 kregen de afzenders de kous op de kop. Zij hadden geen concreet bewijs van achterlating van een afhaalbericht bij de geadresseerde. Die betwistte iets ontvangen te hebben, en daarmee was het bewijs van tijdige en correcte aanbieding van de brief niet geleverd.

Hoe ver moet de afzender gaan? Om meer zekerheid te hebben zal een vorm van bewijs aanwezig moeten zijn dat het afhaalbericht en correcte aanbieding ter plaatse voor handen is. Zo niet, dan kan de brief geacht geen werking te hebben. Dan gaat bijvoorbeeld de stuitende werking van een brief verloren.

Is te verwachten dat essentieel is dat het bericht tijdig als ontvangen geldt, schakel dan een koerier in die een verslag maakt van de aanbieding, of een deurwaarder die bij exploitatie de brief aanbiedt.

Vraag in voorkomende gevallen even om advies hoe te handelen, dat kan nodeloze discussie en schade achteraf voorkomen.

---

2011 © Frits Bienfait, Van Dam en Kruidenier advocaten,  
Postbus 4043, 3006 AA Rotterdam  
tel 010 288 88 14, fax 010 288 88 28  
e-mail: bienfait@damkru.nl,  
www.damkru.nl

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder schriftelijke voorafgaande toestemming van de auteur worden vervoelvoudigd, openbaar gemaakt, geheel of gedeeltelijk, gekopieerd of opgeslagen, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën of op enige andere manier. De auteurs en de maatschap Van Dam & Kruidenier aanvaarden geen enkele aansprakelijkheid voor de inhoud van deze uitgave.  
De tekst is louter als leidraad bedoeld en streeft geen volledigheid na. In voorkomend geval is het altijd raadzaam eerst een ter zake kundige jurist te raadplegen.

---