

NIEUWSBRIEF 2010/2

juni 2010

1. *Verjaring en de notaris;*
2. *Bagatelregeling mededinging wordt verruimd*
3. *Tijdig klagen na wanprestatie;*
4. *Dag van de scheiding: 15 september 2010;*
5. *Loon en verhindering te werken;*
6. *de aswolk en andere oorzaken;*
7. *Ontslag van bestuurder, ook de raadgevende stemmen gelden;*
8. *Verhaal van premies voor uitzendkrachten;*
8. *Werkgevers tegenover werknemers;*

1. Verjaring en de notaris

Veel notariële akten bevatten een domiciliekeuze, waarbij de ondertekenaars van de akte voor de uitvoering en alle gevolgen van de akte woonplaats kiezen ten kantore van de notaris of van de bewaarder van de akte (met een duur woord: de minuut). Deze standaardbepaling heeft ook een juridisch effect: tot in lengte van dagen kan een partij via de notaris de andere partij bereiken. Hij behoeft zich, aldus de kort geding rechter te Rotterdam in een uitspraak van 30 maart 2010, er niet om te bekommeren of de notaris/bewaarder die mededeling wel doorzendt aan de andere partij. Bij notariële akte vastgelegde geldleningsovereenkomsten kan het van belang zijn tijdig stuitingsbrieven te zenden, om verjaring te voorkomen. Niet meer door hypotheek gedekte vorderingen verjaren in beginsel al na vijf jaren.

In een geval waarin de hypotheekgeldverschaffer telkens aan het notariskantoor stuitingsbrieven zond, oordeelde de rechter dat deze stuitingsbrieven inderdaad geacht moeten worden de debiteur te hebben bereikt.

Wanneer een debiteur dus onvindbaar is, lijkt dit een uitweg om alsnog stuitingsbrieven te laten "aankomen".

2. Bagatelregeling mededinging wordt verruimd

Nieuws uit de Eerste Kamer: het wetsvoorstel tot verruiming van de bagatelregeling inzake mededinging

wordt verruimd.

Een korte toelichting: Op grond van de Mededingingswet is "kartelvorming" verboden. Misbruik maken van samenwerking tussen bedrijven kan de concurrentie verstoren, en dat is niet de bedoeling. "Dat is slecht voor de concurrentie en daarmee voor de economische groei", aldus de overheid op haar site: www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/mededinging.

Wanneer verstoort een samenwerking, bijvoorbeeld op prijsniveau (denk aan de vrachten!) de concurrentie op een ontoelaatbare manier? Wanneer twee kleine marktspelers mededingingsafspraken maken, dan hoeft dat op zich nog niet tot verstoring van de markt te leiden. Daarom geldt er een ondergrens, beneden welke mededingingsafspraken niet verboden zijn. Dit is de bagatelregeling.

De wetgever zal de bagatelregeling verruimen, met inwerkingtreding van het nu aangenomen wetsvoorstel. Dat zal op korte termijn gebeuren, naar verwachting. Er geldt geen overgangstermijn. Was de ondergrens 5% marktaandeel van de samenwerkende bedrijven, met een maximale gezamenlijke omzet van 40.000.000 EUR, het wordt nu:

marktaandeel: maximaal 10%
gezamenlijke omzet: geen grens, dus onbeperkt.

De wetgever beoogt met de wijziging om kleinere ondernemers meer onderhandelingskracht te geven genereren tegen grote marktpartijen, bijvoorbeeld door samen te werken in inkoopcombinaties. De concurrentie is gewaarborgd doordat er nog 90% vrije concurrentie overblijft. Het percentage van 10% is, aldus de wetgever, meer in lijn met de al geldende Europese regelgeving.

3. Tijdig klagen na wanprestatie

In dit verband ook vermeldenswaard: tijdig klagen na niet deugdelijk geleverde prestatie is een essentiële voorwaarde om later nog een claim te kunnen indienen.

Waar een echtpaar in 2002 en 2003 opties hadden verhandeld via een bank, kon zij niet in 2007 in algemene termen klagen over de behandeling van de opdrachten en schenden van

een eventuele zorgplicht door de bank. Door dat tijdsverloop was de bekwame tijd verstreken.

4. Dag van de Scheiding: 15 september 2010; Van Dam en Kruidenier Advocaten is die dag open tot 20.00 uur.

Het is mode om allerlei onderwerpen te koppelen aan speciale dagen of maanden. Het echtscheidingsrecht blijft niet achter.

De Vereniging van Familierecht Advocaten en Scheidingsbemiddelaars, de vFAS (www.verenigingfas.nl), heeft al haar (aspirant)leden opgeroepen om de *Dag van de Scheiding* op **woensdag 15 september 2010** onder de aandacht te brengen. Welnu, wij haasten om dat hierbij te doen:

De dag is in het leven geroepen naar aanleiding van het (tragische?) feit dat op woensdag 15 september 1796 in Nederland de eerste echtscheiding plaatsvond.

Het is u vast niet ontgaan, en wellicht heeft u het zelf van dichtbij meegemaakt, dat sinds 1796 het aantal echtscheidingen aanzienlijk is toegenomen. De toename van het aantal echtscheidingen en overige familierechtelijke aangelegenheden zoals omgangsregelingen, alimentatie, gezag, adoptie etc. leidt er toe dat er steeds meer vraag is naar specifieke bijstand bij deze kwesties. De vFAS biedt deze bijstand.

Op woensdag 15 september a.s. zullen zoveel mogelijk vFAS kantoren de mogelijkheid bieden om vrij binnen te lopen en informatie te verschaffen over scheiden.

Van Dam & Kruidenier Advocaten zal op donderdag 15 september 2010 tot 20.00 uur geopend zijn. Indien u tussentijds vragen heeft, kunt u contact opnemen met mr. Jolanda van Dam – Lolkema (per mail: vandamlolkema@damkru.nl).

5. Loon en verhindering te werken; de aswolk en andere oorzaken

Niet kunnen terugkeren van vakantie omdat er eenvoudig geen vlucht te vinden is en alle geplande vluchten worden gecancelled. De vraag kan rijzen hoe het zit met het verschijnen op het werk en het recht op loon. Is dit bijzonder verlof voor rekening van werkgever, of valt het onder vakantiedagen?

De hoofdregel blijft gelden: geen arbeid, geen loon. Op dit belangrijke beginsel is een aantal uitzonderingen. Eén daarvan kan relevant zijn, en dan is de vraag of de omstandigheden waarom de werknemer niet heeft kunnen werken, in redelijkheid voor rekening van de werkgever dienen te komen. Dat kan het geval zijn wanneer de werknemer op dienstreis was. Omgekeerd is het geen omstandigheid in de risicosfeer van werkgever, wanneer de werknemer met vakantie was.

De werknemer kan zich beroepen op overmacht met betrekking tot de vraag of hij geen wanprestatie pleegt. Wel zal hij dan alles gedaan moeten hebben om tijdig naar huis te komen. Ook de extra kosten verbonden daaraan zijn in beginsel niet voor rekening van werkgever. Wellicht kan de werknemer een beroep doen op een afgesloten reisverzekeringen, of de kosten verhalen op de vliegmaatschappij.

Opmerking verdient dat in een onderneming een aparte regeling voor calamiteitenverlof kan zijn getroffen.

6. Ontslag van bestuurder; ook de raadgevende stemmen tellen

De Hoge Raad behandelde recent de vraag of een besluit tot ontslag van een bestuurder van een vennootschap vernietigbaar kan zijn wegens schending van artikel 2:227 lid 4 BW. In dat artikel is de mogelijkheid behandeld dat anderen dan stemgerechtigden advies mogen geven bij aandeelhoudersvergaderingen. Denk aan commissarissen of adviseurs.

De Hoge Raad bevestigt in het arrest dat bestuurders en commissarissen ook bij uitsluitend schriftelijke besluitvorming van aandeelhouders (besluitvorming 'buiten de vergadering van aandeelhouders om') een raadgevende stem hebben.

Dit betekent dat bij een voorgenomen besluit, bijvoorbeeld een ontslag van een bestuurder, aan bestuurders en commissarissen de gelegenheid moeten worden geboden deze stem te geven. Wordt dat nagelaten, dan kan dat ertoe leiden dat het aandeelhoudersbesluit vernietigbaar is.

In welke gevallen? Zoals zo vaak: dat hangt er van af. Duidelijk is dat ook dit vereiste strikt moet worden nageleefd om discussie over de geldigheid te voorkomen.

7. Verhaal van premies voor uitzendkrachten

Niet ondenkbaar in deze economische tijden: de fiscus komt onverwachts op bezoek om niet betaalde premies te innen over het loon van de ingeleende werknemers.

Al sinds 1998 is de wettelijk geregelde vrijwaring van de inlenersaansprakelijkheid voor premies en belastingen komen te vervallen. Dit hing samen met het afschaffen van het vergunningvereiste voor uitzendbureaus. De overheid legt het risico dus bij de inlener. Wanneer voor een uitzendkracht gebruik kan worden gemaakt van een vangnet waarbij de G-rekening wordt ingezet. In dat geval is er een beperkte aansprakelijkheid, alleen voor zover er nog loon of premies te betalen zijn boven het bedrag dat op de G-rekening is gestort.

Deze inlenersaansprakelijkheid komt wellicht als een verrassing. Risico's kunnen worden ingeperkt door een maandelijkse verklaring van goed betaaldedrag te verlangen van de uitzender.

Dat het schrikbarend fout kan gaan, toont de uitspraak van de rechtbank Dordrecht. In verband met de Wet arbeid vreemdelingen legde het UWV boetes op van in totaal € 56.000,00 voor een uitzendkracht die niet beschikte over een geldige tewerkstellingsvergunning. De werkgever werd aangeslagen voor de boete, probeerde deze op het

uitzendbureau te verhalen. De rechter verdeelde de pijn: beide partijen hadden niet goed opgelet, en dus moesten zij ieder de helft van de schade dragen.

8. Werkgevers tegenover werknemers

Kort aangestipt een aantal interessante uitspraken:

Kantonrechter Alphen aan de Rijn:

Een medewerkster liet haar hotmail aan staan na werktijd, zichtbaar voor degene die de computer wilde afsluiten. De medewerkster werd op staande voet ontslagen toen de inhoud van de hotmail-berichten werd gelezen, en daarbij ook berichten apart werden geopend. Er was geen internet- of e-mailprotocol.

Alhoewel de inhoud van de e-mail bijzonder kwalijk was, werd het ontslag op staande voet niet geldig geacht en moest de werkgever in de daarna volgende procedure schadevergoeding betalen aan de werknemer.

Kantonrechter Alkmaar:

Deze kreeg een zaak over alcohol- en drugsbeleid: een grote reder legde een nieuw alcohol- en drugsbeleid op aan werknemers, zonder overleg met de werknemers zelfs.

Dat overleg had moeten plaatsvinden met een ondernemingsraad (OR). Alhoewel het bedrijf 600 personeelsleden had, en dus wettelijk een OR had moeten hebben, was die niet ingesteld.

Na invoering protesteerden enkele bemanningsleden, waarop hardhandig werd gereageerd. Werknemers die weigerden te tekenen voor het nieuwe protocol, werden in rang teruggezet, en uiteindelijk ook op non-actief gesteld. Zij stapten naar de rechter.

De vorderingen van de werknemers tot ongedaanmaking van die maatregelen werden alle toegewezen. Welke overwegingen gebruikte de rechter?

De rechter woog ten eerste mee dat het nieuwe beleid op 30 januari 2009 is aangekondigd en op 2 februari 2009 is ingegaan. Dat is wel erg snel.

Ten tweede wees de rechter op het ontbreken van reëel overleg. De werkgever stelde dat zij een maand eerder met een paar kapiteins overleg had gehad, maar kon geen details geven van dit overleg en de uitkomst, zodat de rechter daaraan voorbij ging.

Alles overziende oordeelde de rechter dat de regeling niet eenzijdig had mogen worden vastgesteld, en al helemaal niet op een zo korte termijn. Aldus waren ook de sancties tegen de protesterende werknemers onterecht.

Opgemerkt zij dat bij een goede voorbereiding van dit soort nieuw beleid, medewerking van de werknemers via de ondernemingsraad wel degelijk kan worden afgedwongen. Het afnemen van urinetesten kan in bepaalde bedrijfstakken en voor bepaalde functies als niet te belastend voor de werknemer worden beschouwd.

En ten slotte:

Gerechtshof Arnhem:

Een korting op bonus wegens langer durende arbeidsongeschiktheid is geen verboden onderscheid, ook niet als de werknemer arbeidsongeschikt was wegens klachten verband houdende met een zwangerschap.

Omdat bij de schriftelijk vastgelegde bonusregeling bepaald was dat de bonus afhing van 'aanwezigheid', werd er geen verboden onderscheid gemaakt tussen man en vrouw: de reden voor de arbeidsongeschiktheid telt niet mee. Dit is anders in geval van afwezigheid gedurende het bevallingsverlof.

Overigens had de Commissie Gelijke Behandeling de klacht van de werkneemster wel gegrond geacht. Dat oordeel bindt de burgerlijke rechter niet.

2010 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 verveelvoudigd, 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.
