

Middelburg, juli 2015

Voor u ligt de derde nieuwsbrief van 2015.

Als u vragen hebt over de in deze nieuwsbrief besproken onderwerpen of voor meer informatie kunt u zich wenden tot mr. P.H.A. van Namen, telefonisch (0118) 651402 of

per e-mail: p.vannamen@vanbovenadvocaten.nl.

De samenstelling van deze nieuwsbrief heeft uiterst zorgvuldig plaatsgevonden. Desondanks kunnen aan de inhoud hiervan geen rechten of aanspraken worden ontleend.

ARBEIDSRECHT

Wet werk en zekerheid (WWZ) en AOW-leeftijd



De nieuwe Wet werk en zekerheid geeft aanleiding tot veel vragen en onzekerheden. Wij lichten er een onderwerp uit; hoe om te gaan met de werknemers die de pensioengerechtigde leeftijd bereiken? Voor deze groep werknemers is de ontslagbescherming erg beperkt. Dit biedt voor beide partijen, dus ook voor de werknemer, voordelen.

Stel dat er in de arbeidsovereenkomst geen beding is opgenomen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt op de AOW gerechtigde leeftijd. De arbeidsovereenkomst loopt dan gewoon door, maar de werkgever heeft wel de mogelijkheid om op enig moment ontslag aan te zeggen, zonder preventieve toets (door UWV of kantonrechter). Als de werkgever opzegt, is ook geen transitievergoeding verschuldigd. Het is voor werkgever en werknemer op dit punt

dus betrekkelijk eenvoudig geregeld. De werkgever kan de werknemer na de AOW gerechtigde leeftijd in dienst houden, maar kan de arbeidsovereenkomst wel opzeggen zonder transitievergoeding te betalen. Dat biedt mogelijkheden en kansen om het arbeidscontract na de pensioengerechtigde leeftijd nog gedurende zekere tijd voort te zetten.

Als de werkgever het arbeidscontract wil beëindigen om een andere reden dan het bereiken van de AOW gerechtigde leeftijd, heeft de werknemer wel ontslagbescherming. Dat laatste maakt het dan toch weer een beetje ingewikkeld. Kortom, het is en blijft maatwerk.

Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren

In de WWZ zijn de redelijke gronden voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk in de wet opgenomen. Wil een werkgever de arbeidsovereenkomst met een werknemer beëindigen, dan moet hij strikt aansluiting zoeken bij de in de wet genoemde gronden. Als het bijvoorbeeld gaat om disfunctioneren van een werknemer, dan geldt na 1 juli 2015 een strengere regeling dan nu het geval is. Er moet komen vast te staan dat de werknemer ongeschikt is voor het verrichten van de bedongen arbeid. Dat mag niet het gevolg zijn van ziekte of gebreken van de werknemer.

Ook moet de werkgever de werknemer tijdig in kennis stellen van het aan hem of haar verweten onvoldoende functioneren. De werkgever moet de werknemer daarna ook voldoende in de gelegenheid stellen om het functioneren te verbeteren. Ook mag de ongeschiktheid niet het gevolg zijn van onvoldoende zorg van de werkgever voor scholing van de werknemer. Het disfunctioneren mag niet het gevolg zijn van onvoldoende zorg voor de

arbeidsomstandigheden van de werknemer. Tot slot moet blijken dat herplaatsing in een andere functie niet mogelijk is. De werkgever moet de werknemer dus bewijsbaar (schriftelijk) aanmanen om beter te gaan functioneren, moet dat vervolgens gaan bespreken en onderzoeken en hij moet vastleggen of het functioneren kan worden verbeterd door scholing aan te bieden. De werkgever moet ook de conclusie kunnen verdedigen dat het functioneren niet het gevolg is van onvoldoende zorg voor scholing. Kortom, de werkgever moet dus veel meer huiswerk doen en veel meer aantonen dan in het huidige systeem het geval is. Doet hij dat, dan zijn de kosten van beëindiging wel lager dan onder de oude wet.

Werknemers op social media

Uit een tweetal recente uitspraken van de kantonrechter in Amsterdam en Maastricht blijkt opnieuw dat kritische of discriminerende uitlatingen op social media door een werknemer een reden voor ontslag op staande voet kunnen opleveren. Toch ging het ontslag in beide zaken onderuit.



In de Amsterdamse zaak had een werknemer van Oekraïense komaf zich kritisch uitgelaten over de politieke spanningen tussen Rusland en Oekraïne. Het bedrijf waarvoor zij werkte had voornamelijk Russische klanten. Een deel van die klanten had geklaagd over de berichtgeving van de werknemer. De werkgever had de werknemer hierop al herhaald aangesproken. Toen de spreekwoordelijke druppel daar was ontsloeg de werkgever de werknemer op staande voet, onder verwijzing naar eerdere waarschuwingen. De kantonrechter vond deze verwijzing onvoldoende concreet. Had de werkgever daarentegen de moeite genomen om bij het ontslag opnieuw alle concrete feiten uit te schrijven die reden waren voor het ontslag op staande voet, dan was het ontslag op staande voet waarschijnlijk wel in stand gebleven. In de Maastrichtse zaak gaf een medewerker op Facebook en Twitter op discriminerende wijze zijn mening over het Nederlandse

immigratiebeleid. Hij deed dit herhaaldelijk en deels onder werktijd. De werkgever vond dat hij hiermee klanten en collega's had gegriefd en gaf hem ontslag op staande voet. Ondanks de grove aard van de uitlatingen van de werknemer hield het ontslag op staande voet geen stand mede omdat de werkgever geen social media code had opgesteld voor het gebruik van social media tijdens werktijd. Deze uitspraken leren ons dus twee zaken: 1) wees in de brief waarbij het ontslag op staande voet wordt aangezegd zo concreet en uitvoerig mogelijk over de feiten die tot het ontslag hebben geleid en 2) stel een social media code op zodat u werknemers makkelijker aanspreekt op ongepaste uitlatingen op social media.

VASTGOEDRECHT

Zorgplicht taxateur versus onderzoeksplicht bank

Mag een bank zonder meer afgaan op een in opdracht van de aanvrager van een hypotheek verstrekte taxatie? Kan de bank, wanneer de opbrengst bij een executieverkoop tegenvalt, de taxateur daarop aanspreken?

Uit recente rechtspraak blijkt dat dit niet het geval is. De rechter heeft uitgemaakt dat de taxateur in beginsel een zorgplicht heeft jegens de hypotheekverstrekker als derde belanghebbende. Van de taxateur mag worden verwacht dat hij de nodige zorgvuldigheid betracht bij het vaststellen van de waarde van het betreffende onroerend goed en instaat voor de juistheid van zijn taxatie.

Echter, taxeren is geen exacte wetenschap. Het is een schatting van de waarde in het economisch verkeer op het moment van taxatie. Die waarde kan door een andere taxateur anders worden beoordeeld. Bovendien kunnen de marktomstandigheden wijzigen.

Verder bevat een taxatierapport doorgaans een exoneratiebeding. De taxateur vermeldt daarin dat hij geen enkele aansprakelijkheid aanvaardt tegenover anderen dan de opdrachtgever. Een dergelijk beding wordt in de regel door de rechter niet onredelijk geacht.

Het is aan de bank om al dan niet gebruik te maken van de aangeleverde taxatie bij de beoordeling van een hypotheekaanvraag. Twijfelt de bank aan de juistheid van het rapport, dan staat het de bank vrij een eigen

opdracht tot taxatie te verstrekken, dan wel anderszins navraag te doen.

Dezelfde ruimte dubbel verhuurd...wat nu?

In de praktijk komt het (vaker dan u misschien denkt!) voor dat een verhuurder met betrekking tot dezelfde bedrijfsruimte met meerdere huurders een huurovereenkomst sluit voor dezelfde periode. Aan welke huurder komt dan het huurrecht toe?

Het burgerlijk wetboek geeft een regel voor het geval twee of meer schuldeisers ten aanzien van hetzelfde goed met elkaar botsende rechten op levering hebben: het oudste recht op levering gaat dan voor.

Deze regel geldt in beginsel ook voor dubbele verhuur, zo heeft het Gerechtshof Amsterdam herhaaldelijk uitgemaakt. Het oudste huurrecht gaat dus voor. De tweede huurder heeft dan slechts een vordering tot schadevergoeding op de verhuurder die dubbel heeft verhuurd.

Dit is anders wanneer de tweede huurder het gehuurde al ter beschikking heeft gesteld gekregen, zo bleek weer uit een recente uitspraak van de Amsterdamse Voorzieningenrechter. De tweede huurder kan in dat geval in beginsel niet meer uit het gehuurde worden verwijderd. De huurder met het oudste huurrecht kan daardoor nakoming van de huurovereenkomst niet meer afdwingen. Hem resteert slechts een vordering tot schadevergoeding op de verhuurder.

Voor de eerste huurder is er nog een muizengaatje. Hij kan de tweede huurder aanspreken op grond van onrechtmatige daad (misbruik van wanprestatie). Dan dient hij wel aan te tonen dat de tweede huurder ten tijde van het aangaan van de tweede huurovereenkomst wist dat er al een huurovereenkomst met betrekking tot hetzelfde pand was gesloten en dat bovendien sprake is van bijzondere omstandigheden. De eerste huurder kan dan aanspraak maken op schadevergoeding in natura, eruit bestaande dat het gehuurde alsnog aan hem ter beschikking wordt gesteld.

Nieuwe Woningwet

De nieuwe Woningwet wordt ingevoerd per 1 juli 2015. De kerntaak van woningcorporaties wordt begrensd en opnieuw gedefinieerd. Ook komt er onafhankelijk toezicht. De nieuwe wet op hoofdlijnen:



- De woningcorporatie heeft als kerntaken: bouwen, verhuren en beheren van sociale huurwoningen en (zeer beperkt) maatschappelijk vastgoed. Daarnaast kan nog een beperkt aantal leefbaarheid taken worden uitgevoerd. Dit zijn de zogeheten "diensten van algemeen belang" (in jargon: "DAEB")
- De eisen voor het verrichten van commerciële activiteiten ("niet-DAEB") door corporaties zijn verscherpt. Commerciële activiteiten (zoals verhuur van niet- gereguleerde huurwoningen, ontwikkeling en verhuur van commercieel vastgoed en het ontwikkelen en verkopen van koopwoningen) mogen alleen nog onder zeer strenge voorwaarden worden verricht.
- De niet-DAEB activiteiten moeten ook worden afgescheiden van de (sociale) kernactiviteiten van de corporatie. Dat kan juridisch worden vormgegeven, of enkel administratief. Dan zullen niet-DAEB activiteiten wel telkens opnieuw worden getoetst aan rendement- en financieringsvereisten. De woningcorporaties hebben tot 1 januari 2017 om een voorstel voor scheiding of splitsing in te dienen bij de Autoriteit Woningcorporaties.



- Verhuur van sociale huurwoningen mag in beginsel enkel nog aan huishoudens met een inkomen onder € 34.900,-. Komende vijf jaar geldt nog de uitzondering dat dit voor 'slechts' 80 % van de woningvoorraad geldt. 10 % van het woningbestand door de woningcorporatie mag worden verhuurd aan huishoudens met een inkomen tot € 38.950,-- .

De resterende 10% (de zogenaamde *vrije ruimte*) is gereserveerd voor mensen met beperkingen, waarbij de gemeentelijke huisvestingsverordening leidend zal zijn.

- Een huurwoning valt in beginsel onder de DAEB-activiteiten bij een huurprijs onder de liberalisatiegrens (€ 710,68 per maand). Woningen kunnen overigens met toestemming van de gemeente ongeacht de hoogte van de huur wel worden toegevoegd aan de commerciële tak van de corporatie. Woningen die door huurverhogingen boven de liberalisatiegrens uitkomen kunnen tegen vergoeding van de marktwaarde bij de commerciële tak worden ondergebracht.
- De waarde van het vastgoed moet worden gewaardeerd op basis van de 'marktwaarde in verhuurde staat': de hoogst realiseerbare waarde die redelijkerwijs op de markt geldt.
- De Autoriteit Woningcorporaties wordt in het leven geroepen als onafhankelijk toezichthouder op de woningcorporatiesector.

Met het voorgaande wordt het toezicht op de Woningcorporaties verder versterkt. Hoe het toezicht via de Autoriteit Woningcorporaties in de praktijk uitpakt, moet worden afgewacht.

Bestemmingsplan- Laat uw beurt niet voorbij gaan

De gemeente Utrecht verleende een omgevingsvergunning voor de bouw van een bioscoop bij Leidsche Rijn. Op dat moment werd een ondernemer in de buurt wakker en maakte bezwaar tegen de omgevingsvergunning. Tevergeefs, want hij was te laat.



De ondernemer voerde onder andere aan dat onduidelijk was dat een bioscoop zou worden gebouwd, nu de bestemming 'gemengde doeleinden (uit te werken)' een heel groot

aantal verschillende bestemmingen toeliet. Het bestemmingsplan was daarmee volgens de ondernemer onvoldoende concreet en moest buiten toepassing blijven.

Dit standpunt van de ondernemer is op zichzelf niet onbegrijpelijk. Een bestemmingsplan moet immers duidelijkheid bieden over de mogelijke toekomstige ontwikkelingen. Desondanks bereikte de ondernemer er niets mee omdat hij te laat was. Hij had dit argument moeten aanvoeren toen het bestemmingsplan ter inzage lag, omdat het bestemmingsplan het planologisch fundament biedt voor de bouw van de bioscoop. In een procedure tegen een omgevingsvergunning voor de bouw van de bioscoop gaat het –grofweg- enkel nog over de vraag hoe de bioscoop eruit komt te zien en of het bouwwerk voldoet aan de voorschriften. Wat het bestemmingsplan betreft, is de beurt dan voorbij.

ABRvS 13 mei 2015,
ECLI:NL:RBMNE:2015:3285

ONDERNEMINGSRECHT

Aansprakelijkheid bank jegens overblijvende borg

In een recent arrest oordeelde het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden over de benadeling van een privépersoon die zich borg had gesteld voor een bankfinanciering. Twee privépersonen hadden zich borg gesteld ten gunste van een bank met betrekking tot een schuld van een vennootschap waarin zij beiden aandelen hielden. Enige maanden nadat de één zijn aandelen aan de ander had overgedragen, ontsloeg de bank de partij die zijn aandelen had overgedragen uit zijn verplichtingen onder de borgtocht. Toen enige jaren later de schuld van de vennootschap aan de bank niet werd voldaan, deed de bank een beroep op de overgebleven borgtocht. De overblijvende borg meende dat hij was benadeeld doordat zijn mede-borg uit zijn verplichtingen onder de borgtocht is ontslagen. Daardoor bleef hij namelijk als enige borg achter. Het gevolg daarvan was dat hij de helft van het door hem te betalen bedrag niet meer op de andere (voormalige) borg kon verhalen.

Het Hof oordeelde dat de bank onrechtmatig had gehandeld door een van de twee borgen uit zijn verplichtingen onder de borgtocht te ontslaan zonder daarbij vervangende zekerheid te vragen. De achterblijvende borg is hierdoor benadeeld en de bank is aansprakelijk voor de schade. Feitelijk

betekent dit dat de bank slechts recht had op de helft van het bedrag van € 2,3 miljoen dat van de borg werd gevraagd.

Hoewel op de overwegingen van het Hof het een en ander valt af te dingen, volgt uit het arrest dat banken die afstand doen van zekerheidsrechten, goed de belangen moeten meewegen van de achterblijvende partijen die zekerheidsrechten hebben verstrekt. Doet de bank dat niet, dan kan dat leiden tot een beperking van haar verhaalsmogelijkheden onder de resterende zekerheden. Voor de partijen die die resterende zekerheden hebben verschaft, betekent het arrest dat zij niet altijd lijdzaam dienen toe te zien hoe de bank overige zekerheden prijsgeeft.

Koerswijziging Hoge Raad: aansprakelijkheid commanditair vennoot verlicht

Op 29 mei 2015 heeft de Hoge Raad een belangrijk arrest gewezen met betrekking tot de aansprakelijkheid van een commanditair vennoot (ook wel stille vennoot genoemd) bij overtreding van het zogenaamde beheersverbod. De wet bepaalt dat een commanditair vennoot die beheershandelingen namens de commanditaire vennootschap (cv) verricht, hoofdelijk aansprakelijk is voor alle schulden van de cv. Tot voor kort was daarbij niet van belang of een wederpartij wist of de vennoot een commanditair vennoot was. De Hoge Raad is echter om.



In de betreffende zaak hadden de commanditaire vennoten namens de onderneming een huur- en huurbeëindigingsovereenkomst gesloten. De verhuurder was op de hoogte van het feit dat de commanditaire vennoten geen beherend vennoten waren. Het Hof oordeelde dat de commanditaire vennoten het beheersverbod (artikel 20 lid 2 Wetboek van Koophandel) hadden overtreden en oordeelde dat de commanditaire vennoten daardoor persoonlijk aansprakelijk waren voor de huurschuld. De Hoge Raad vernietigde het arrest van het Hof. De zware sanctie van persoonlijke aansprakelijkheid mag volgens de Hoge Raad

niet in een onevenredige verhouding staan tot de schending van het beheersverbod en kan onder omstandigheden achterwege blijven. Dit dient verder te worden beoordeeld door de feitenrechter. Bij deze beoordeling kan mede van belang zijn of bij derden redelijkerwijs een onjuiste indruk over de hoedanigheid van de stille vennoot heeft kunnen ontstaan. De Hoge Raad komt in zoverre terug op zijn arrest uit 1943. Voor de beantwoording van de vraag of en in hoeverre plaats is voor aansprakelijkheid van een commanditair vennoot, kan dus mede van belang zijn of derden wisten dat hij een commanditair vennoot was. Is dat het geval, dan zal overtreding van het beheersverbod niet altijd leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van de commanditair vennoot.