



Maak kennis met
German Desk

Dirkzwager
advocaten & notarissen

DISCLAIMER

Dit e-Book is met de grootste zorg samengesteld. Er kunnen echter geen rechten aan worden ontleend. Dirkzwager advocaten & notarissen N.V. aanvaardt geen enkele aansprakelijkheid voor schade die het gevolg is van onjuistheid of onvolledigheid (in de meest ruime zin des woords) van de informatie in dit e-Book. Het e-Book is uitsluitend bestemd voor informatiedoeleinden en kan niet worden aangemerkt als een (juridisch) advies in een individuele zaak.

Inhoud

Over de auteurs	4
Over Dirkzwager	4
Inleiding	5
Uitwinnen van een “Grundschild” of een “hypotheek” in Duitsland	6
Ontslagrecht in Duitsland	8
Het postcontractuele concurrentiebeding naar Duits recht	11
Goodwillvergoeding voor een distributeur naar Duits recht	13
Van toepassing verklaren van algemene voorwaarden naar Duits recht	15
AGB battle of forms	17
Incasso tegen Duitse schuldenaar	19
Bestuurdersaansprakelijkheid in Duitsland	22
Oprichting van een GmbH	24
Een bedrijf beginnen in Duitsland – rechtsvormen	26
Handel met Duitsland – feiten en cijfers	29
Zakendoen in Duitsland – cultuurverschillen	31
In hoeverre kunnen incassokosten als schade op een schuldenaar verhaald worden?	33
Recht op betaling van “Weihnachtsgeld”?	35
Eisen ten aanzien van buitengewone opzegging van overeenkomsten met handelsvertegenwoordigers of distributeurs en agenten wegens te lage omzet	37
Geldigheid van een zogenoemde koppelingsclausule (“Kopplungsklausel”) in een arbeidsovereenkomst van een directeur van een GmbH	40
Herplaatsingsbeslissing en overplaatsing vóór bedrijfsoverdracht	42
Vergoeding van honoraria van advocaten in gerechtelijke procedures	45
Vastgoed financieren in Duitsland	48
Geen conservatoir beslag in de Duitse executiepraktijk!	52
Beperking van de verkoop via internet door selectieve verkoopsystemen	55
De faillissementsregels in Duitsland	58
Het actuele recht met betrekking tot erkende distributeurs	62
Autorijden in Duitsland – wat is met de mobiele telefoon toegestaan achter het stuur?	64
Checklist: Procederen in de Europese Unie volgens de nieuwe EEX-verordening	66
Duitsland: eerste wet op het minimumloon (deel I) – ook van toepassing op buitenlandse arbeidsovereenkomsten?	70
Duitsland: eerste wet op het minimumloon (deel II) – omvangrijke nieuwe plichten ook voor buitenlandse werkgevers?	74
Recht van werknemer op verlenging arbeidsrelatie bij bedrijfsverplaatsing naar het buitenland	77

Over de auteurs

Kristin Schenkel

Kristin is geboren in Duitsland en beëdigd als Duitse Rechtsanwältin. Ook heeft zij een LLM naar Nederlands recht. Haar kennis van de verschillen in het recht, de cultuur en de taal van beide landen zet zij in om haar cliënten bij diverse grensoverschrijdende kwesties te adviseren. Kristin's dagelijkse praktijk bestaat uit een breed spectrum van civielrechtelijke vraagstukken, waarbij zij een uiteenlopende groep cliënten bijstaat.

T: +31 (0)26 353 83 10
E: schenkel@dirkzwager.nl



Susanne Hermsen

Susanne is geboren en opgeleid in Duitsland en is beëdigd als Duitse Rechtsanwältin en Nederlandse advocaat. Zij begeleidt al vele jaren Nederlandse cliënten bij ondernemingsrechtelijke vraagstukken en procedures in Duitsland en maakt de vertaalslag wat betreft culturele verschillen. Haar dagelijkse praktijk houdt in advies-, proces- en contractenwerk. Susanne staat allerlei soorten ondernemers bij, multinationals en MKB.

T: +31 (0)26 353 83 10
E: hermsen@dirkzwager.nl



Over Dirkzwager

Met kantoren in Nijmegen en Arnhem en ruim 240 medewerkers heeft Dirkzwager advocaten en notarissen N.V. op bijna elk terrein specialistische juridische kennis in huis. Actuele kennis van wet- en regelgeving en jurisprudentie, uiteraard, maar ook mensenkennis en kennis van de markten waarin onze cliënten opereren. Die kennis zetten wij in voor onze cliënten en die delen we. Dat maakt ons bijzonder. En het zorgt ervoor dat onze cliënten in het voordeel zijn.

Inleiding

Actief delen van kennis zit in het DNA van Dirkzwager advocaten & notarissen. Dat gebeurt o.a. via de workshops en lezingen van de Dirkzwager Academy, een openbare juridische bibliotheek en de publicatie van meer dan 1.000 juridische artikelen per jaar op www.partnerinkennis.nl. Deze artikelen worden geschreven door de ruim 100 juristen van Dirkzwager en bestaan uit opiniestukken, jurisprudentie en visies op wetwijzigingen en –ontwikkelingen die voor ondernemers, bestuurders, lokale overheden en particulieren interessant zijn in situaties waarbij extra kennis van wet- en regelgeving belangrijk is.

Susanne Hermsen en Kristin Schenkel publiceren ook actief op deze pagina. Zij adviseren met name Nederlandse ondernemers over Duits recht en hun juridische artikelen zijn dan ook met name gericht op Nederlandse ondernemers die in het buurland zaken doen. Er bestaan nog steeds grote verschillen tussen de Duitse en Nederlandse cultuur en tussen beide rechtstelsels. Deze artikelen bieden hierin een vertaalslag en helpen ondernemers de bestaande (zakelijke) verschillen tussen Nederland en Duitsland te overbruggen.

In deze bundel vindt u een overzicht van de artikelen die in de afgelopen jaren door hen zijn geschreven. Voor zover u die nog niet heeft kunnen lezen, overzichtelijk gebundeld op volgorde van plaatsingsdatum. Voor nog meer actuele informatie over German Desk verwijzen wij u graag naar: www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl/category/german-desk/

Veel leesplezier.

Uitwinnen van een “Grundschild” of een “hypotheek” in Duitsland

20 SEPTEMBER 2012

Heeft u als zekerheid voor een vordering van een schuldenaar een zekerheidsrecht in de vorm van een grondschild of hypotheekrecht verkregen ten aanzien van onroerend goed in Duitsland?

En wenst u dit recht uit te winnen? Dan verschilt de procedure behoorlijk van de procedure in Nederland.

Procedure in Duitsland

Om de procedure op te starten dient u – of uw advocaat – een verzoekschrift in te dienen bij de rechtbank (Amtsgericht) in het district waar het onroerend goed is gelegen. Bij dit verzoekschrift dient de originele executoriale titel betreffende het zekerheidsrecht ingediend te worden.

De executoriale titel moet aan een aantal eisen voldoen en moet aan de schuldenaar betekend zijn.

Voldoen de titel en het verzoekschrift aan de eisen van de rechtbank dan zal de rechtbank de procedure in behandeling nemen en een deskundige opdracht geven om een taxatierapport van het onroerend goed op te stellen. De deskundige stelt vervolgens zijn rapport op. Dit kan een aantal weken en soms zelfs maanden duren. Het rapport wordt aan de schuldenaar en de schuldeiser, welke het verzoek omtrent de executieveiling heeft ingediend, betekend. Beide partijen hebben nu de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen de hoogte van de vastgestelde waarde. Indien geen bezwaar wordt gemaakt, stelt de rechtbank de waarde van het onroerend goed, op grond van het rapport, vast. Hierna wordt een datum voor de veiling van het onroerend goed bepaald.

Uiteraard kan de schuldeiser de procedure te allen tijde beëindigen, bijvoorbeeld omdat de schuldenaar betaalt of omdat er een koper is gevonden die het onroerend goed onderhands koopt. Een onderhandse koop levert regelmatig een hogere opbrengst op en heeft daarom in beginsel de voorkeur. Voorwaarde hiervoor is dat de schuldenaar zijn medewerking verleent. Echter kent het Duitse systeem, in tegenstelling tot het Nederlandse systeem, niet de mogelijkheid om via de veilingnotaris het onroerend goed onderhands te verkopen. In Nederland kan tot 14 dagen voor de veilingdatum elke gegadigde een onvoorwaardelijke schriftelijke bieding indienen bij de veilingnotaris. Voor een verkoop op deze manier heeft de veilingnotaris de aanvaarding van de schuldeiser als ook de

schuldenaar nodig en is een koopovereenkomst pas geldig als de voorzieningenrechter van de rechtbank de koopovereenkomst goedkeurt. In Duitsland zal een onderhandse verkoop volgens de algemene regels plaatsvinden waarbij de schuldenaar als eigenaar het onroerend goed dient te verkopen. Wel heeft hij hiervoor de toestemming van de schuldeiser nodig.

In Nederland wordt de woning in het openbaar geveild in de veilingzaal. De veiling in Nederland vindt plaats in twee fasen: eerst vindt de inzet plaats (bij opbod), en daarna de afslag (bij afmijning). Normaliter vinden inzet en afslag na elkaar in één zitting plaats. Anders in Duitsland waar de veiling van het onroerend goed bij de rechtbank plaatsvindt. Elk onroerend goed wordt in een individuele zitting geveild. In Nederland vervult de notaris een centrale rol in het veilingstraject, in Duitsland wordt de procedure door een medewerker van de rechtbank geleid ("Rechtspfleger"). Deze medewerker is geen rechter maar wel juridisch geschoold. Na het begin van de veiling kunnen de aanwezigen gedurende tenminste 30 minuten hun bod uitbrengen. In een eerste veiling dient de rechtbank de wettelijke ondergrens van 50% van de vastgestelde waarde in acht te nemen. Biedt iemand onder dit bedrag dan mag het onroerend goed op grond van de wet niet worden verkocht. Na het einde van de veiling beginnen de onderhandelingen omtrent de toewijzing. Indien de schuldeiser tevreden is met de hoogte van het hoogste bod, kan hij het bod gunnen. Het onroerend goed wordt dan aan de bieder met het hoogste bod verkocht. Indien de schuldeiser niet tevreden is kan hij afhankelijk van de hoogte van het hoogste bod en de gekozen strategie een vetorecht inroepen of de procedure voor maximaal zes maanden seponeren.

Het is belangrijk om op voorhand een strategie te kiezen. Ten aanzien van de tweede veiling wordt bepaald of de wettelijke ondergrenzen voor een bod zullen blijven bestaan of niet. Er is dus een aantal verschillende mogelijkheden.

Susanne Hermesen

Ontslagrecht in Duitsland

27 SEPTEMBER 2012

Wanneer een Nederlandse onderneming zich op de Duitse markt begeeft dan gebeurt dit meestal eerst vanuit Nederland. Bij goede zaken wordt ervoor gekozen om een onafhankelijke vestiging op te richten in Duitsland. Hiervoor worden werknemers in dienst genomen.

Toepasselijk recht

Wanneer de werknemer en de werkgever geen rechtskeuze overeen komen, dan is het arbeidsrecht van het land waar de arbeid gebruikelijk wordt verricht toepasselijk. In dit geval is dat Duitsland. Bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst kunnen de werknemer en de werkgever een rechtskeuze overeenkomen. Daardoor zou bijvoorbeeld het Nederlands recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing kunnen worden verklaard. Zou volgens de wet Duits recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijn, dan blijven ook in dit geval de dwingendrechtelijke bepalingen van het Duitse recht van toepassing, en wel voor zover die bepalingen voor de werknemer gunstiger zijn. Dit kunnen bijvoorbeeld bepalingen zijn ten opzichte van werktijden, het recht betreffende feestdagen of ontslagbescherming. Daarnaast mag een rechtskeuze niet leiden tot het verlies van bescherming van de werknemer van bijzonder dwingend recht van het land waar hij werkzaam is. Wat betreft het Duits recht betreft dit bijvoorbeeld ontslagbescherming voor OR-leden, moeders of zwaar gehandicapten. Deze bepalingen van het Duitse arbeidsrecht kunnen dus ook bij een rechtskeuze tussen partijen voor het Nederlands recht niet uitgesloten worden en dienen in acht genomen te worden.

Ontslag

Wanneer een werknemer volgens Duits recht wordt ontslagen dan moet worden gekeken of het zogenaamd "Kündigungsschutzgesetz" (KSchG) – de wet ter bescherming van de werknemer in geval van ontslag - van toepassing is. Wanneer een werknemer langer dan zes maanden onafgebroken bij een bedrijf heeft gewerkt en wanneer dat bedrijf meer dan tien werknemers heeft (tot 31-12-2003 waren dit meer dan vijf werknemers) dan is de KSchG van toepassing. Heeft een onderneming vestigingen in Nederland en Duitsland, dan worden de medewerkers in Nederland niet meegerekend voor de bepaling van het aantal medewerkers. Het KSchG is niet van toepassing op bestuurders, bedrijfsleiders, leidinggevend en vergelijkbare personen.

Niet toepasselijk KSchG

Als een werknemer niet onder de toepasselijkheid van het KSchG valt, dan kan de werkgever het contract opzeggen en dient de geldende opzegtermijn in acht te worden genomen. Het ontslag moet schriftelijk en rechtsgeldig bekend worden gemaakt. In tegenstelling tot Nederland kan dit niet per fax of e-mail. Daarnaast is een vergunning van een overheidsorgaan niet vereist. In Nederland moet dit via het CWI gebeuren.

Toepasselijkheid KSchG

Wanneer het KSchG van toepassing blijkt te zijn, dan zijn er verschillende vereisten waaraan voldaan moet worden. Een werknemer kan alleen worden ontslagen als er geen andere, minder aangrijpende, maatregelen bestaan. Hierbij valt te denken aan overplaatsing, een waarschuwing, bijscholing etc. Tevens moet de werkgever een reden voor het ontslag aanvoeren en dit kunnen aantonen. Deze reden kan bedrijfseconomisch zijn maar kan ook in de persoon of in het gedrag van de werknemer gelegen zijn.

Indien als reden voor het ontslag bedrijfseconomische redenen worden aangevoerd dan dient de werkgever een sociale selectie, tussen de voor in aanmerking komende werknemers, uit te voeren. Hiermee wordt bedoeld dat die werknemer dient te worden ontslagen die de beste sociale criteria heeft, oftewel die werknemer die het minst zal lijden onder de negatieve gevolgen van zijn/haar ontslag. Valt een werknemer onder de bescherming van KSchG, dan kan hij, tot drie weken na het ontvangen van het schriftelijke ontslag, een procedure bij de rechtbank voor arbeidszaken indienen om bezwaar te maken tegen het ontslag.

Deze procedures worden met enige regelmaat gevoerd. Dit omdat er vaak een afkoopsom wordt opgelegd door de rechtbank of tussen partijen overeen wordt gekomen, om dergelijke procedures te beëindigen.

Afkoopsom

De hoogte van een schadevergoeding is volgens het KSchG bij een gerechtelijke ontbinding beperkt. Door de rechtbank wordt maximaal een bedrag van 12 maandsalarissen bepaald. Dit kan verhoogd worden tot 15 of 18 maandsalarissen als het dienstverband tenminste 15 respectievelijk 20 jaar heeft geduurd en de werknemer ouder is dan 50 respectievelijk 55 jaar.

Om procedures te voorkomen heeft de wetgever een aantal jaar geleden de optie in de KSchG opgenomen dat het mogelijk is om de werknemer een schadevergoeding aan te bieden in het ontslagschrijven als de werknemer afziet van een bezwaar tegen het ontslag op grond van KSchG.

In dat geval bedraagt de hoogte van de schadevergoeding een half maandsalaris voor elk jaar dat het dienstverband bestond. Belangrijk is wel dat deze schadevergoeding door de werkgever al in het ontslagschrijven wordt opgenomen en niet pas op een later moment.

Heeft een bedrijf dus minder dan 10 werknemers dan is de ontslagbescherming van een werknemer naar Duits recht minder dan naar Nederlands recht. Een werkgever dient dan ook goed na te denken of hij deze drempel wil overschrijden of niet.

Susanne Hermesen

Het postcontractuele concurrentiebeding naar Duits recht – een verschil met het Nederlands recht

4 OKTOBER 2012

Naar Nederlands recht kan een werkgever een (post)contractueel concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst opnemen, waardoor het voor de werknemer niet is toegestaan om tijdens en gedurende een bepaalde periode na afloop van de arbeidsovereenkomst concurrerende werkzaamheden te verrichten. Meestal bevat het beding een tijdslimiet (bijvoorbeeld tot één jaar na uitdiensttreding) en een geografisch limiet (bijvoorbeeld binnen een straal rond de ex-werkgever). Deze afspraak is naar Duits recht zo niet rechtsgeldig.

Tijdens de duur van een dienstverband is een werknemer op grond van het Duits recht aan een concurrentiebeding gehouden. De werknemer mag niet zonder toestemming van zijn werkgever concurrerend werkzaam zijn. Maakt de werknemer inbreuk op het concurrentieverbod, dan kan de werkgever eisen dat de concurrerende werkzaamheden gestopt moeten worden en dat de werknemer een schadevergoeding dient te betalen. Onder bepaalde voorwaarden kan een inbreuk zelfs leiden tot het op staande voet beëindigen van het dienstverband.

In principe bestaat er op grond van de wet een concurrentieverbod. Regelmatig wordt in arbeidsovereenkomsten een verbod opgenomen.

Het verbod om tijdens het bestaan van een dienstverband concurrerend werkzaam te zijn eindigt met beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Wenst een werkgever zijn werknemer ook na beëindiging van een dienstverband aan een concurrentiebeding te houden dan dient dit expliciet tussen partijen te worden overeengekomen. De voorwaarden voor een rechtsgeldig postcontractueel concurrentiebeding zijn als volgt:

Partijen moeten het concurrentiebeding schriftelijk overeenkomen, de werkgever dient een ondertekend exemplaar aan de werknemer te overhandigen. Voldoet het beding niet aan deze vormvereiste dan is het als nietig te beschouwen.

Anders dan naar Nederlands recht dient voor een postcontractueel concurrentiebeding naar Duits recht een vergoeding afgesproken te worden. De werkgever is verplicht om voor de duur van het postcontractuele concurrentiebeding een vergoeding aan de ex-werknemer te betalen ter hoogte van minimaal 50% van het laatste jaarsalaris dat de ex-werknemer heeft ontvangen.

Ontbreekt de verplichting tot betaling van een vergoeding dan is het hele beding als nietig te beschouwen. Is een te lage vergoeding afgesproken dan is het beding vrijblijvend en heeft de ex-werknemer een keuzerecht: hij kan ervoor kiezen om het beding voor de lage vergoeding in acht te nemen of er niet mee akkoord gaan. Zijn partijen een rechtsgeldig beding overeengekomen en dient de werkgever op grond hiervan een vergoeding aan de ex-werknemer te betalen dan wordt het inkomen dat de ex-werknemer op grond van andere, niet concurrerende werkzaamheden verdient, op de vergoeding aangerekend indien de vergoeding en het nieuwe inkomen samen minstens 10% meer dan het laatste inkomen van de werknemer bedragen.

Verder moet het postcontractuele concurrentiebeding redelijke belangen van de werkgever bevatten en mag de werknemer niet onredelijk bezwaard worden bij het vinden van een nieuwe baan. Het mag bovendien voor maximaal twee jaar overeengekomen worden.

Regelmatig wordt aan een postcontractueel concurrentiebeding een boetebeding gekoppeld: bij niet-naleving van het concurrentiebeding is de ex-werknemer een boete verschuldigd.

Susanne Hermsen

Goodwillvergoeding voor een distributeur naar Duits recht

11 OKTOBER 2012

Vele Nederlandse ondernemers schakelen – zeker aan het begin van hun activiteiten op de Duitse markt – een agent of distributeur in. De nationale regelgeving ten opzichte van agentuur is gebaseerd op Europese regelgeving. Op grond hiervan komen vele wettelijke bepalingen in Duitsland en Nederland overeen. Niettemin zijn er verschillen die belangrijk zijn om te weten. Een hiervan is de goodwillvergoeding van een distributeur naar Duits recht.

Naar Nederlands recht heeft een distributeur geen recht op een goodwillvergoeding (“Ausgleichsanspruch”) indien hij bij beëindiging van de contractuele verhouding zijn klantenkring aan de ondernemer overdraagt. Wel is er een tendens te zien dat een soortgelijke vergoeding voor distributeurs wordt gevorderd. De Hoge Raad heeft bepaald dat een distributeur bij beëindiging van de contractuele verhouding recht heeft op een vergoeding voor investeringen die de distributeur voor de ondernemer heeft gemaakt en die op het moment van de beëindiging van de overeenkomst nog niet zijn terugverdiend.

Anders in Duitsland

Naar Duits recht heeft een distributeur, indien er aan bepaalde voorwaarden is voldaan, recht op een goodwillvergoeding van de ondernemer. Samengevat zijn er drie voorwaarden waaraan de distributeur moet voldoen om aanspraak te kunnen maken op een goodwillvergoeding.

De distributeur moet geïntegreerd zijn in de verkooporganisatie van de ondernemer, er moet dus niet alleen sprake zijn van een verkoper – koper relatie. Hiervan is sprake als de distributeur economisch in grote mate vergelijkbare taken als de agent vervult. De distributeur moet hierdoor in zijn economische vrijheid worden beperkt.

Indicaties hiervoor zijn: toewijzing van een bepaald verkoopterritorium, verplichting om richtlijnen en belangen van de ondernemer in het verkoopterritorium in acht te nemen, training van medewerkers, verplichting om een bepaalde voorraad aan goederen te houden, recht van de ondernemer om te allen tijde toegang te verkrijgen tot de bedrijfsruimtes van de distributeur, gemeenschappelijk markt- en beursoptreden of een verplichting van de distributeur om een minimum aantal producten van de ondernemer af te moeten nemen.

Ten tweede dient de distributeur tijdens of bij beëindiging van de distributieovereenkomst, direct of indirect, de gegevens van zijn klanten aan de producent kenbaar te maken. De eisen die de jurisprudentie hieraan stelt zijn laag, hierdoor wordt gemakkelijk aan deze voorwaarde voldaan. Indien een ondernemer klantgegevens van de distributeur ontvangt terwijl hij deze niet wenst te ontvangen dan moet hij bezwaar maken om het recht van de distributeur op een goodwillvergoeding te voorkomen.

Ten derde moet het contract door de ondernemer zijn beëindigd. Dit kan tevens met wederzijdse goedkeuring.

Bij het opstellen van een distributieovereenkomst naar Duits recht, of bij de praktische uitvoering hiervan, moeten partijen dus rekening houden met een goodwillvergoeding voor de distributeur. Afhankelijk van het overeenkomen van een goodwillvergoeding bij beëindiging van de overeenkomst, is te adviseren al in het contract op te nemen of de distributeur wel of geen klantgegevens aan de ondernemer dient te verstrekken en op welke manier de distributeur in de onderneming ingebonden is.

Susanne Hermesen

Van toepassing verklaren van algemene voorwaarden naar Duits recht

18 OKTOBER 2012

Net als in Nederland hanteren ondernemingen in Duitsland algemene voorwaarden. Deze zijn rechtsgeldig als deze volgens de wettelijke regels tot onderdeel van de overeenkomst zijn verklaard en de inhoud aan de wettelijke eisen voldoet. Ondanks de vele overeenkomsten tussen de Nederlandse en Duitse wet, zijn er toch verschillen betreffende algemene voorwaarden. Zo worden algemene voorwaarden in Duitsland niet bij de Kamer van Koophandel gedeponeerd. Een verwijzing naar een depot bij de Kamer van Koophandel is dan ook niet mogelijk. In dit artikel wordt ingegaan op een aantal punten betreffende de toepasselijkheid van algemene voorwaarden.

Om algemene voorwaarden van toepassing te verklaren dienen deze onderdeel te worden gemaakt van de overeenkomst. Dat kan voor, of uiterlijk, tijdens het sluiten van de overeenkomst. Een verwijzing naar de voorwaarden enkel op een opdrachtbevestiging of factuur is dus niet voldoende. De wet vereist geen schriftelijke verwijzing maar op grond van bewijsredenen is echter te adviseren de verwijzing altijd schriftelijk te doen.

Er wordt onderscheid gemaakt tussen het verstrekken van de algemene voorwaarden aan ondernemers of consumenten. Ten opzichte van consumenten zijn strengere regels van toepassing.

Tegenover consumenten moet de verstrekker uitdrukkelijk op de toepasselijkheid van zijn voorwaarden wijzen en deze daadwerkelijk aan de consument ter hand stellen. Is een terhandstelling redelijkerwijs niet mogelijk, bijvoorbeeld in geval van overeenkomsten die massaal gesloten worden (parkeergarage, supermarkt) of bij overeenkomsten die gesloten worden per automaat (treinkaartje), dan voldoet een duidelijke openbare bekendmaking. Belangrijk is dat de consument op een redelijke manier kennis kan nemen van de algemene voorwaarden.

Vervolgens moet de consument akkoord gaan met het van toepassing zijn van de algemene voorwaarden. Dit gebeurt zodra de overeenkomst tot stand komt, dus wanneer de consument bijvoorbeeld een treinkaartje uit de automaat koopt.

Weerspreekt de consument de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden, dan zijn deze niet van toepassing. In geval van massaal gesloten overeenkomsten

geeft de consument zijn toestemming als de overeenkomst tot stand komt, dus wanneer de consument bijvoorbeeld een treinkaartje uit de automaat koopt. De eisen voor het van toepassing verklaren tegenover ondernemers zijn minder hoog. De verstrekker dient aan de ondernemer kenbaar te maken dat zijn algemene voorwaarden deel uitmaken van de overeenkomst. Volgens de wettelijke regeling is het dan ook niet noodzakelijk om naar de algemene voorwaarden te verwijzen indien het in de desbetreffende branche gebruikelijk is deze te hanteren. In de praktijk ontstaan hierover regelmatig geschillen. Daarom is te adviseren ook tegenover ondernemers duidelijk op de toepasselijkheid van algemene voorwaarden te wijzen. De voorwaarden hoeven niet daadwerkelijk ter beschikking te worden gesteld. Voldoende is de mogelijkheid om kennis te nemen van de algemene voorwaarden. Dit kan bijvoorbeeld door een verwijzing naar de website van de verstrekker waar de voorwaarden opgeroepen en geprint kunnen worden. Ook kan de verstrekker aanbieden een kopie van zijn algemene voorwaarden toe te sturen.

Ten aanzien van overeenkomsten via internet is het noodzakelijk dat de verstrekker duidelijk naar de algemene voorwaarden verwijst en deze ter beschikking stelt op een manier waarop de ontvanger deze kan opslaan en printen. Dit kan bijvoorbeeld door een hyperlink mits deze voor het sluiten van de overeenkomst wordt getoond en direct naar de algemene voorwaarden leidt. Het advies is een aankruisoptie die de ontvanger dient aan te vinken voordat de overeenkomst tot stand komt.

Susanne Hermesen

AGB battle of forms

25 OKTOBER 2012

Regelmatig verwijzen partijen bij het aangaan van een overeenkomst naar hun eigen algemene voorwaarden. De vraag is dan welke voorwaarden van toepassing zijn. Deze vraag wordt door het Duits recht anders beantwoord dan door het Nederlands recht. Ook dient onderscheid te worden gemaakt of nationaal of internationaal gecontracteerd wordt en of in de voorwaarden uitdrukkelijk de toepasselijkheid van andere algemene voorwaarden afgewezen wordt.

Volgens het Nederlands recht geldt, dat – in geval van contracteren met een Nederlands partij – de algemene voorwaarden van toepassing zijn van de partij die hiernaar als eerste verwijst (First-shot-regel). Verwijst de andere partij later naar haar algemene voorwaarden waarin zij uitdrukkelijk de algemene voorwaarden van de eerste verwijzer niet aanvaardt, dan dienen partijen over de toepasselijkheid te onderhandelen.

Anders volgens het Duits recht (jurisprudentie): geeft A tegenover B een offerte af waarin hij naar zijn algemene voorwaarden verwijst en aanvaardt B deze onder verwijzing naar zijn eigen algemene voorwaarden, dan wordt deze verwijzing als nieuw aanbod beschouwd. A dient dit nieuwe aanbod te aanvaarden. Dit kan gewoon door uitvoering van de overeenkomst. (Zogenaemde last-shot-regel).

Anders is de situatie indien A een zogenaemde “Abwehrklausel” in zijn algemene voorwaarden heeft opgenomen, dus een clause waarin uitdrukkelijk de toepasselijkheid van andere algemene voorwaarden afgewezen wordt (“Anderslautende Bestimmungen gelten auch dann nicht, wenn wir die Leistung des Vertragspartners widerspruchlos entgegennehmen”). In dit geval is er sprake van een gedeeltelijk meningsverschil. Voor zover de algemene voorwaarden van A en B met elkaar botsen, worden deze niet onderdeel van de overeenkomst, maar is de wettelijke situatie van toepassing. De overige voorwaarden, die elkaar niet tegenspreken, worden onderdeel van de overeenkomst. Gebruikt A een verdergaande “allgemeine Abwehrklausel” (“Anderslautende Bedingungen, soweit sie nicht in dieser gesamten Bestellung festgelegt sind, gelten nicht.”) dan worden alle voorwaarden van B afgewezen. Daarom is te adviseren een “allgemeine Abwehrklausel” op te nemen om veilig te stellen dat alleen de eigen algemene voorwaarden van toepassing zijn.

Bij overeenkomsten tussen partijen uit verschillende landen is vaak het Weens Koopverdrag (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG) van toepassing. De toepasselijkheid van algemene voorwaarden

beoordeelt zich dan volgens de regeling van het CISG. Om algemene voorwaarden volgens het CISG van toepassing te verklaren is vereist dat de algemene voorwaarden ter beschikking worden gesteld aan de ontvanger. Voor overeenkomsten die via het internet tot stand komen wordt het vaak voldoende geacht als er een hyperlink direct naar de algemene voorwaarden op de website van de verstrekker verwijst en deze eenvoudig vindbaar zijn.

Verwijst de ontvanger bij ontvangst van de offerte naar zijn eigen algemene voorwaarden, dan zijn alleen de algemene voorwaarden, die niet met elkaar botsen, van toepassing.

Waar algemene voorwaarden met elkaar botsen is het op de overeenkomst van toepassing zijnde nationale recht van toepassing. Ook in dit kader is daarom te adviseren altijd uitdrukkelijk algemene voorwaarden van de andere partij af te wijzen. Verwijzen alle twee partijen naar hun, met elkaar botsende, algemene voorwaarden en zijn deze in verschillende talen opgesteld, dan zijn de algemene voorwaarden die in de onderhandelings taal zijn opgesteld van toepassing.

Susanne Hermesen

Incasso tegen Duitse schuldenaar

1 NOVEMBER 2012

Als Nederlandse onderneming hebt u een vordering tegen een schuldenaar in Duitsland. Ondanks sommatiebrieven betaalt de schuldenaar niet. Welke mogelijkheden bestaan er tot incasso van een vordering in Duitsland?

Executoriale titel

In Nederland dient men snel een verzoek in om beslag te leggen op de eigendommen van de debiteur. In Duitsland werkt dat alleen bij een spoedeisend gewichtig belang wat veelal niet van toepassing is. Om beslag te kunnen leggen of een vordering te kunnen executeren is een executoriale titel vereist. Er zijn verschillende soorten titels, onder andere vonnis, betalingsbevel ("Vollstreckungsbescheid") of notariële akten. Ervan uitgaande dat u als zekerheid voor de betaling geen notariële akte of hypothecaire zekerheid hebt ontvangen, zal ik in dit artikel ingaan op de manier waarop u een executoriale titel in Duitsland kunt verkrijgen.

Betalingsbevelprocedure

De betalingsbevelprocedure ("Mahnverfahren") biedt een vrij eenvoudige en goedkope manier van procederen. Deze procedure is te adviseren indien ervan uitgegaan kan worden dat de debiteur geen bezwaar gaat maken of indien er twijfel bestaat over de financiële situatie van de debiteur en de schuldeiser geen hoge kosten wenst te maken.

Het "Mahnverfahren" is een strikt formele procedure waarin de schuldeiser zijn vordering niet hoeft te motiveren. De schuldeiser dient een verzoek in (hiervoor bestaat een formulier) waarin een aantal gegevens ten opzichte van de vordering gegeven moeten worden. Belangrijk is het in acht nemen van de formele aspecten en het formulier bij de bevoegde rechtbank in te dienen, anders wordt de procedure niet in behandeling genomen. Met ontvangst van het verzoekschrift bij de rechtbank wordt ook de verjaring van de vordering gestuit. De rechtbank doet geen onderzoek of de vordering daadwerkelijk bestaat, maar betekent het verzoekschrift aan de debiteur. Na ontvangst kan de schuldenaar binnen twee weken verzet aantekenen. Doet hij dit dan kan de schuldeiser beslissen om een normale hoofdprocedure in te dienen (zie hieronder) of geen verdere actie te ondernemen.

Wordt naar aanleiding van het verzet een hoofdprocedure ingediend dan worden de griffierechten voor de betalingsbevelprocedure bij de kosten van de hoofdprocedure in mindering gebracht. De schuldeiser heeft dus geen hogere kosten, wel vertraging in tijd.

Heeft de schuldenaar binnen twee weken geen verzet aangetekend, dan kan de schuldeiser een zogenoemde "Vollstreckungsbescheid" aanvragen. Dit "Vollstreckungsbescheid" is een executoriale titel die 30 jaar rechtsgeldig is. Ook deze Vollstreckungsbescheid wordt door de rechtbank aan de debiteur betekend. Deze heeft de mogelijkheid binnen twee weken na ontvangst verzet aan te tekenen. Doet hij dit niet, dan heeft de schuldeiser op deze eenvoudige manier een executoriale titel verkregen.

Om een idee te geven van de gerechtelijke kosten van deze procedure: bedraagt de vordering bijvoorbeeld tussen de € 1.200,- en € 1.500,- dan bedragen de griffierechten € 32,50. Bij een vordering tussen de € 22.000,- en € 25.000,- bedragen deze € 155,50 en bij een vordering tussen de € 110.000,- en € 125.000,- bedragen deze € 478,-.

Wanneer de schuldeiser ervan uitgaat dat de debiteur zich zal verzetten, veroorzaakt een betalingsbevelprocedure alleen vertraging. In dit geval dient een hoofdprocedure gevoerd te worden.

Hoofdprocedure

Voor een hoofdprocedure dient een dagvaarding ("Klage") bij de rechtbank ingediend te worden. In de dagvaarding moeten de feiten en rechtelijke situatie die aan de geëiste vordering ten grondslag liggen onderbouwd worden.

In beginsel dient de dagvaarding vanaf een belang van de procedure vanaf € 5.000,- door een advocaat ingediend te worden. Anders dan in Nederland wordt de dagvaarding door de rechtbank aan de gedaagde partij betekend. Deze dient vervolgens binnen een termijn van meestal twee weken de rechtbank te laten weten of hij verweer tegen de dagvaarding zal voeren. Vervolgens stelt de rechtbank een tweede termijn van meestal nog eens twee weken waarbinnen de debiteur zijn conclusie van antwoord met inhoudelijk verweer bij de rechtbank dient in te dienen. Dient de gedaagde niet binnen deze termijn zijn conclusie van antwoord in, dan kan een verstekvonnis tegen hem worden uitgesproken. Meestal zal de rechter na ontvangst van de eerste schriftelijke ronde een datum voor een comparitie bepalen. Het kan ook zijn dat er voorafgaande aan de comparitie nog een tweede schriftelijke ronde komt. Na de comparitie kan nog een bewijsopname volgen, of een verdere schriftelijke ronde. Ook kan het zijn dat de rechter al een vonnis spreekt.

Om ook hier een inschatting van de kosten van de procedure te geven de volgende voorbeelden: bedraagt de vordering bijvoorbeeld tussen de € 1.200,- en € 1.500,- dan bedragen de griffierechten € 195,00. Bij een vordering tussen de € 22.000,- en € 25.000,- bedragen deze € 933,- en bij een vordering tussen de € 110.000,- en € 125.000,- bedragen deze € 2.868,-. Hierbij komen nog de kosten van de advocaat. De onderliggende partij dient de advocaatkosten van de winnende partij te betalen. Echter kunnen niet de daadwerkelijke kosten afgerekend worden, maar alleen de wettelijk toegestane kosten. Tegen een vonnis kan hoger beroep ingediend worden.

Net zoals in Nederland is te adviseren om voor het indienen van een procedure duidelijkheid omtrent de verhaalsmogelijkheden van de debiteur te verkrijgen. Dit om te voorkomen dat er kosten voor een procedure in Duitsland worden gemaakt en vervolgens het vonnis bij gebrek aan vermogen bij de debiteur wordt geëxecuteerd.

Susanne Hermsen

Bestuurdersaansprakelijkheid in Duitsland

8 NOVEMBER 2012

In Duitsland staat de Geschäftsführer aan het roer van de GmbH. Zijn functie is in beginsel vergelijkbaar met die van de bestuurder van een Nederlandse B.V. Toch zijn er een aantal verschillen te benoemen wanneer het gaat over persoonlijke aansprakelijkheid.

Het eerste grote verschil tussen Duitsland en Nederland is dat naar Duits recht alleen een natuurlijk persoon bestuurder kan zijn van een GmbH, anders dan in Nederland, waar ook een rechtspersoon – bijvoorbeeld een B.V. – bestuurder kan zijn.

Interne aansprakelijkheid

Een Geschäftsführer dient aan een aantal verplichtingen te voldoen. Allereerst dient hij zorgvuldigheid in acht te nemen. Iedere verwijtbare, opzettelijke of roekeloze schending van de verplichtingen kan leiden tot aansprakelijkheid. Wanneer er in een GmbH meerdere Geschäftsführer zijn dan zijn zij in beginsel hoofdelijk aansprakelijk voor de uitvoering van hun taken. Aandeelhouders van een GmbH kunnen een verdeling van taken opleggen. Op deze manier kan een aansprakelijkheidsbeperking voortvloeien voor de Geschäftsführer die verplicht is deze instructies van de aandeelhouders op te volgen.

Wel dient een Geschäftsführer een instructie te weigeren als deze in strijd is met de gewone bedrijfsvoering of wetgeving.

Naar Nederlands recht is het uitgangspunt bestuurszelfstandigheid, echter bestaat wel een mogelijkheid om in de statuten van de vennootschap op te nemen dat het bestuur zich dient te gedragen naar de aanwijzingen van een ander orgaan van de vennootschap (bijvoorbeeld de algemene vergadering van aandeelhouders).

De Geschäftsführer kan de uitvoering van zijn taken aan derden delegeren.

Wel blijft de Geschäftsführer verantwoordelijk voor deze taken en dient hij controle te hebben over de uitvoering.

Externe aansprakelijkheid

De Geschäftsführer is bijvoorbeeld aansprakelijk jegens de crediteuren van de vennootschap op grond van onrechtmatige daad, wegens inbreuk op een ten gunste van deze derden werkend recht, bij opzettelijke schending, of indien zijn handelen in strijd is met de goede zeden.

Niet iedere gemaakte fout leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid. Alleen wanneer de Geschäftsführer persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt is dit het geval. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan de situatie waarin de Geschäftsführer namens de vennootschap een verplichting aangaat, terwijl hij weet of redelijkerwijs kon vermoeden dat de vennootschap haar verplichtingen niet of niet binnen een redelijke termijn zal kunnen nakomen.

De Geschäftsführer heeft de verplichting van de werkgever. Dit betekent dat hij, onder andere, verantwoordelijk is voor een ordentelijke boekhouding, het opstellen van de balans en het doen van omzetbelastingvooraangiften. Bij een schending van de verplichtingen komt de persoonlijke aansprakelijkheid ter sprake. Wanneer de plichten opzettelijk of door grove nalatigheid worden geschonden, dan dreigen zowel vermogensrechtelijke aansprakelijkheid als strafrechtelijke consequenties.

De verschillen betreffende externe aansprakelijkheid verschillen in Duitsland niet met de situatie in Nederland. De externe aansprakelijkheid is zeer afhankelijk van het eigen gedrag van de bestuurder/Geschäftsführer en daarmee een makkelijk te voorkomen risico. Wel is er een verschil betreffende de aansprakelijkheid zodra de GmbH in de buurt van een faillissement komt. In dit geval kan een bestuurder schadeplichtig worden indien hij het faillissement te laat aanvraagt.

Susanne Hermesen

Oprichting van een GmbH

22 NOVEMBER 2012

Wanneer een Nederlandse ondernemer de Duitse markt wil betreden dan kan hij een GmbH oprichten. De GmbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) is de populairste rechtsvorm in Duitsland en vergelijkbaar met de Nederlandse BV. Sinds 2009 geldt in Duitsland een nieuwe GmbH-wet. Hierdoor kan een GmbH op twee verschillende manieren worden opgericht. Of via de notaris of via een standaard oprichtingsformulier, welke de wetgever heeft geformuleerd en waarvan niet mag worden afgeweken. De oprichting via het standaard formulier heeft zich in de praktijk niet doorgezet, in het algemeen wordt een GmbH nog steeds via de notaris opgericht. Wanneer er wordt gekozen voor de oprichtingsprocedure via de notaris, dan gaat dit als volgt:

Om een GmbH te kunnen oprichten is een Duits adres vereist. Daarnaast dienen er statuten te worden opgesteld door een Duitse notaris.

Voor het oprichten van een GmbH is onder andere de volgende informatie noodzakelijk:

- Gegevens van de oprichter;
- Statutaire vestigingsplaats;
- Naam en adres van de op te richten onderneming;
De GmbH moet een kantooradres hebben in Duitsland.
- Doel van de op te richten onderneming;
- Geplaatst kapitaal van de onderneming.

Dit geplaatste kapitaal ("Stammkapital") bedraagt, in het geval van de "normale" GmbH, minimaal € 25.000. Het is ook mogelijk een zogenoemde "Unternehmer-gesellschaft" op te richten van welke het minimale kapitaal € 1 dient te zijn

- Directeur, bestuurders en aandeelhouder van de op te richten onderneming.
- De aandeelhouders kunnen zowel rechtspersonen als natuurlijke personen zijn.
De GmbH wordt vertegenwoordigd door één of meer "Geschäftsführer".
Een Geschäftsführer dient altijd een natuurlijk persoon te zijn.

Zodra alle informatie is ontvangen wordt een conceptakte ter oprichting van de GmbH ("Gründungsprotokoll") en conceptstatuten ("Gesellschaftssatzung") opgesteld. Na controle en eventuele aanpassing van de conceptakte en conceptstatuten wordt een afspraak gemaakt met de notaris ter ondertekening van de akten.

Als de oprichting heeft plaatsgevonden moet het geplaatste kapitaal ("Stammkapital") worden gestort. Belangrijk punt hierbij is dat het geld pas na oprichting, maar voor inschrijving in het handelsregister wordt gestort. Zodra de GmbH is ingeschreven mag het geld weer worden opgenomen om vervolgens voor zakelijke doeleinden te worden gebruikt.

Pas na ondertekening van de oprichtingsakte en het beschikbaar stellen van het "Stammkapital" wordt de GmbH aangemeld bij het Duitse handelsregister. De verwerkingstijd is afhankelijk van locatie en werkdrukke van het betreffende handelsregister.

Susanne Hermesen

Een bedrijf beginnen in Duitsland – rechtsvormen

11 MAART 2013

Net als in Nederland bestaan er in Duitsland verschillende rechtsvormen waaruit kan worden gekozen. Deze rechtsvormen zijn grofweg in drie categorieën onder te brengen. Zo bestaan er de 'Einzelfirma' (eenmanszaak), 'Personengesellschaften' (personenvennootschappen) en 'Kapitalgesellschaften' (kapitaalvennootschappen). De verschillende rechtsvormen worden in dit artikel kort toegelicht.

'Einzelfirma' (eenmanszaak)

Een eenmanszaak ontstaat wanneer een particulier persoon een bedrijf opricht. De eigenaar is met zijn gehele (persoonlijke) vermogen onbeperkt aansprakelijk voor aangegane verbintenissen en veroorzaakte schade. Winst of verlies van de opgerichte onderneming komen voor rekening van de ondernemer.

'Personengesellschaften' (personenvennootschappen)

Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)

Een GbR is vergelijkbaar met een Nederlandse maatschap. De GbR kan vormvrij worden opgericht en hoeft niet te worden ingeschreven in het handelsregister. Winst en verlies wordt in gelijke delen tussen de vennoten verdeeld, onafhankelijk van de aard en omvang van de inbreng van partners.

De GbR heeft – in beperkte mate – handelsbevoegdheid, zo is een GbR gemachtigd deel te nemen aan externe rechtsbetrekkingen, het sluiten van overeenkomsten en juridische claims. Daarnaast kan een GbR worden aangeklaagd en vervolgd.

Offene Handelsgesellschaft (oHG)

De oHG is vergelijkbaar met de Nederlandse vof (vennootschap onder firma). Ze kan worden opgericht door twee of meer natuurlijke personen of rechtspersonen die onderling een overeenkomst sluiten. Het doel van een oHG is het exploiteren van een handelsbedrijf onder een gemeenschappelijke firmanaam. Hierbij is het verplicht het toevoegsel oHG te gebruiken. Een oHG wordt ingeschreven in het Duitse handelsregister. Net als bij een GbR is er geen minimumkapitaal voorgeschreven en is de aansprakelijkheid hetzelfde. Alle vennoten van een oHG zijn onbeperkt aansprakelijk tegenover crediteuren van de vennootschap.

Kommanditgesellschaft (KG)

De KG is een variant op de oHG en vergelijkbaar met de Nederlandse cv (commanditaire vennootschap). In tegenstelling tot een oHG kent een KG twee soorten vennoten:

- de beherende vennoot (Komplementär), deze is onbeperkt aansprakelijk;
- de commanditaire vennoot (Kommanditist), deze is alleen aansprakelijk voor zijn ingebrachte investering en niet voor gemaakte schulden van de KG.

De commanditaire vennoot mag geen handelingen verrichten in naam van de vennootschap. Een KG is interessant voor een Nederlandse ondernemer die enkel kapitaal ter beschikking wil stellen.

GmbH & Co. KG

Een GmbH & Co. KG is een Kommanditgesellschaft waarin een GmbH als persoonlijk aansprakelijke (complementaire) vennoot deelneemt. Er is dus geen natuurlijk persoon die onbeperkt aansprakelijk is voor schulden van de onderneming. Deze rechtsvorm komt in Duitsland veel voor omdat zij in bepaalde situaties een belastingvoordeel oplevert. Commanditaire winsten vallen alleen onder de inkomstenbelasting en niet onder de vennootschapsbelastingen.

“Kapitalgesellschaften” (kapitaalvennootschappen)

Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

De GmbH is de populairste rechtsvorm in Duitsland en vergelijkbaar met de Nederlandse B.V.

Voor het oprichten van een GmbH is een “Stammkapital” nodig en wordt tenminste één “Geschäftsführer” aangewezen. Dit moet een natuurlijk persoon zijn. Voor meer informatie over het oprichten van een GmbH verwijs ik naar mijn artikel “Oprichting van een GmbH”.

Aktiengesellschaft (AG)

Een AG is vergelijkbaar met de Nederlandse N.V. Deze rechtsvorm is vooral voor grote ondernemingen aantrekkelijk omdat het stamkapitaal is opgedeeld in aandelen die onder de aandeelhouders worden verdeeld. De aandeelhouders zijn slechts aansprakelijk voor hun aandeel. Er is een minimum “Stammkapital” vereist van 50.000 euro. Een AG wordt vertegenwoordigd door een bestuur en heeft als toezichthoudend orgaan een raad van commissarissen.

Unternehmergesellschaft mit beschränkter Haftung (UG)

Sinds 2008 bestaat ook de mogelijkheid een zogenoemde UG op te richten. Een UG kan worden gezien als een mini-GmbH en kan worden opgericht met een

startkapitaal vanaf 1 euro. Wel moet elk jaar 25% van de winst worden gereserveerd voor het opbouwen van kapitaal. Wanneer een bedrag van 25.000 euro is bereikt wordt de UG omgezet in een GmbH.

Algemeen

Wanneer een onderneming in Duitsland wordt opgericht dan moet deze binnen een maand gemeld worden bij het 'Gewerbeamt' of 'Ordnungsamt' van de gemeente waar het bedrijf is gevestigd. Daarnaast moet de opgerichte vennootschap worden ingeschreven in het handelsregister. Dit doet een Duitse notaris. Het handelsregister wordt bij het 'Amtsgericht' (kantongerecht) gevoerd.

Susanne Hermesen

Handel met Duitsland – feiten en cijfers

18 MAART 2013

De internationale handel tussen Duitsland en Nederland is vorig jaar opnieuw met ruim 4% gegroeid tot 157,6 miljard euro. Daarmee was Nederland, na Frankrijk, de belangrijkste handelspartner van Duitsland.

Duitsland is de belangrijkste handelspartner van Nederland. Ongeveer 18% van de Nederlandse import en 24% van de Nederlandse export betreft Duitsland. Dit is niet vreemd gezien Duitsland met zo'n 82 miljoen inwoners de grootste consumentenmarkt van Europa is.

Wederzijds zien Nederland en Duitsland elkaar als belangrijke handelspartners wat betreft export. Het aandeel van export naar Nederland (71 mld euro / 6,5% in 2012) staat op de vierde plaats van totale Duitse export in 2012. Hiermee volgt ons land Frankrijk, de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. Andersom beslaat Duitsland met 42,1 % (97,1 mld euro) het grootste aandeel van de Nederlandse export.

Op het gebied van import zijn Nederland en Duitsland elkaars belangrijkste handelspartners. In 2012 bedroeg het aandeel van de Duitse import vanuit Nederland 9,5% (86,6 mld euro).

Handel

In 2011 werden voornamelijk auto's en transportmiddelen, machines, chemische producten, halffabricaten, metaalproducten, elektronica en levensmiddelen vanuit Duitsland naar Nederland geëxporteerd. Vanuit Nederland gingen in dat jaar machines, transportmiddelen, fossiele brandstoffen en smeermiddelen, chemische producten en voedingsmiddelen naar Duitsland.

Branches

Duitsland is een aantrekkelijk land voor Nederlanders om zich te vestigen als ondernemer. Nederlanders zijn over de grens met name werkzaam in de volgende branches:

- Dienstverlening (22,7%)
- Handelsbemiddeling en groothandel (18,26%)
- Vastgoed (8,37%)
- Bouwsector (4,34)

Elk jaar worden in Duitsland een aantal kansrijke sectoren vastgesteld die voor Nederlandse ondernemers interessant zijn. Deze sectoren worden vastgesteld naar aanleiding van de ontwikkeling en omvang van markten en de mogelijkheden voor import en eventuele investeringen vanuit Nederland. Momenteel zijn de gezondheidszorg, ICT-branche, energiesector (duurzame energie), milieu-technologie en medische technologie kansrijk.

Mocht u overwegen een onderneming op te starten in Duitsland en kunt u daarbij wel wat hulp gebruiken? Neem dan contact op met de German Desk.

Susanne Hermsen

Zakendoen in Duitsland

– cultuurverschillen

27 MAART 2013

Hoewel Nederland en Duitsland aan elkaar grenzen en zij belangrijke handelspartners zijn, zijn er grote verschillen wat betreft zakelijke etquette. In dit artikel worden de grootste verschillen en valkuilen toegelicht.

Algemene omgangsnormen

Tutoyeren is in Duitsland ongewoon. Uit respect en beleefdheid spreken Duitse zakenpartners elkaar altijd met 'Sie' (u) aan. Voor Nederlanders is het normaal om af te tasten of we 'jij' of 'u' gebruiken. Ook is het in Duitsland een gewoonte om elkaar aan te spreken bij de achternaam voorafgegaan door 'Herr' of 'Frau'. Verder is het gebruiken van een academische titel van veel groter belang dan in Nederland.

Duitsers houden zakelijk en privé strikt gescheiden, waar Nederlanders graag een persoonlijker benadering hebben. Tijdens zakelijke besprekingen wordt er niet over het privéleven gesproken. Daarnaast is het uiterlijk verscheidingsbeeld in Duitsland van groter belang dan in Nederland. Persoonlijke verzorging en statussymbolen zoals auto's en kleding zijn belangrijker.

Deskundigheid

Belangrijk voor Duitsers is om deskundigheid uit te stralen. Duitse zakenmensen houden ervan om zeer goed voorbereid op een presentatie te verschijnen.

Alleen een concept is niet voldoende, de details en specificaties horen bij een goede voorbereiding en geven blijk van voldoende deskundigheid op een bepaald onderwerp. Discussies worden gevoerd op inhoud en alleen aangegaan als iemand werkelijk verstand van zaken heeft.

Nederlanders willen zakenpartners liever niet beledigen en hebben een rustigere aanpak. Zo mag iedereen zijn zegje doen en wordt men niet snel voor het blok gezet. In de ogen van Duitsers is dit een bewijs van onvermogen en gebrek aan kennis. Voor Duitse partijen is het daarom belangrijk om te weten dat Nederlanders niet minder veeleisend zijn, maar dat zij een andere aanpak hebben.

Vergaderen en samenwerken

Een ander aandachtspunt is het verschil in overlegstructuur. Bij vergaderingen met Duitse partijen wordt de beslissing vaak al vooraf gemaakt. De directeur zelf neemt het besluit. Duitsers voelen zich vaak niet serieus genomen wanneer een Nederlandse partij met besluitnemers aankomt die lager in hiërarchie zitten. De onderhandelingspartners in Duitsland zijn dus vaak bevoegd een besluit te nemen. Wel moet een plan door verschillende afdelingen worden goedgekeurd en uiteindelijk door de directeur. Een beslissing kan daarom enige tijd op zich laten wachten.

Er wordt veel geïnvesteerd in samenwerkingen die al jarenlang bestaan. Zakelijke diners vinden 's avonds plaats in een restaurant met een goede naam. Hiermee wordt aangetoond dat de deelname van de zakenpartners wordt gewaardeerd.

De 'Nederlandse zakenlunch' zal in Duitsland niet snel voorkomen.

De praktijk leert dat door beter begrip van cultuurverschillen veel misverstanden kunnen worden voorkomen. Hierdoor wordt zakendoen met Duitse handelspartners aanzienlijk gemakkelijker.

Susanne Hermesen

In hoeverre kunnen incassokosten als schade op een schuldenaar verhaald worden?

13 JUNI 2013

Net zoals in Nederland zijn ook Duitse rechtbanken op dit moment bezig met de vraag of incassokosten op de schuldenaar verhaald kunnen worden of niet. Hier volgt een kort overzicht van de huidige stand van zaken in Duitsland.

Uitgangssituatie

Is een schuldenaar met de betaling van een uitstaande schuld in gebreke, dan kan de schuldeiser de voor deze schuld gemaakte incassokosten (zoals inschakeling van een incassobureau of advocaat), mogelijk als schade op de schuldenaar verhalen. Dit is echter alleen het geval indien de schuldeiser op het moment van inschakeling van bijvoorbeeld een incassobureau deze maatregel als economisch verantwoorde en noodzakelijke maatregel mocht beschouwen. Bestaat de vordering niet of betwist de schuldenaar de vordering, dan mag de schuldeiser de inschakeling van een incassobureau niet als passende en noodzakelijke maatregel achten, de incassokosten komen dan ook niet voor vergoeding in aanmerking.

Incasso middels een groepseigen incassobureau

Voor de beoordeling van een eventuele vergoeding van incassokosten die door een concerneigen incassobureau gemaakt worden is de jurisprudentie van de Duitse Hoge Raad uitgangspunt. Het sommeren van schuldenaren behoort tot de plichten van elke schuldeiser en de kosten hiervoor kunnen niet op de schuldenaar verhaald worden. Kleine en grote schuldeisers dienen bovendien gelijk behandeld te worden. Richt een ondernemingsgroep voor het innen van openstaande vorderingen nu een eigen incassobureau op dan kunnen deze incassokosten niet op een schuldenaar verhaald worden. Er wordt hierdoor alleen een "kunstmatige schadepost" gecreëerd. Kleinere bedrijven, die geen groepseigen incassobureau kunnen opzetten, maar zelf, vaak na werktijden of in het weekend, de incasso van openstaande vorderingen dienen te verzorgen, zouden anders een nadeel ervaren.

Inschakeling van een onafhankelijk incassobureau

Wordt een economisch onafhankelijke incassobureau ingeschakeld, dan worden de volgende situaties onderscheiden:

a) De activiteiten van het incassobureau zijn (gedeeltelijk) succesvol

Indien de schuldenaar (gedeeltelijk) betaalt, was de inschakeling een voor het doel geschikte maatregel.

De schuldeiser kan voor deze incassowerkzaamheden van de schuldenaar een vergoeding vragen. De wet stelt beperkingen aan de hoogte van deze vergoeding. Andere noodzakelijke diensten kunnen ook in rekening gebracht worden (zoals: adres identificatie, credit check, bezoek bij de debiteur). Een succes fee dient echter niet door de schuldenaar betaald te worden.

b) De activiteiten van het incassobureau zijn niet succesvol en daaropvolgend wordt aan een advocaat opdracht gegeven om een procedure te voeren

In dit genoemd geval kan de schuldeiser de helft van de in geval van een succesvolle inschakeling van een incassobureau voor vergoeding in aanmerking komende incassokosten (zie hierboven) van de schuldenaar eisen.

c) De activiteiten van het incassobureau zijn niet succesvol en daaropvolgend wordt geen advocaat ingeschakeld

in dit geval komen de incassokosten voor vergoeding in aanmerking, als de schuldeisers in de ex-ante zicht op grond van de specifieke omstandigheden van de activiteit van het incassobureau ervan uit mocht gaan, dat het incassobureau succesvoller zou zijn dan een advocaat. Deze vraag kan bij commerciële debiteuren significant vaker met ja beantwoord worden dan bij vorderingen tegenover consumenten. Het bedrag van de voor vergoeding in aanmerking komende incassokosten is echter beperkt tot een vergoeding genoemd onder a).

Vooruitzicht

De in Duitsland in de praktijk geconstateerde problemen hebben de politiek wakker geschud. Op dit moment worden door de politiek diverse corrigerende maatregelen besproken zoals:

- Invoering van toezicht;
- Invoering van vaste incassokosten;
- Informatieverplichtingen van een incassobureau tegenover de consument;
- Organisatorische verandering in de betalingsbeveelprocedure

Het is afwachten welke van deze maatregelen in de praktijk zullen worden uitgevoerd.

Susanne Hermsen

Recht op betaling van "Weihnachtsgeld"?

20 DECEMBER 2013

In veel Duitse ondernemingen is het gebruikelijk om aan het eind van het jaar een extra vergoeding aan een werknemer te betalen, het zogenoemde "Weihnachtsgeld". Heeft een werknemer hier zonder meer recht op, of kan de werkgever de betaling van deze vergoeding ook beëindigen?

Volgens het Duitse recht heeft een werknemer geen dwingendrechtelijke aanspraak op een kerstgratificatie. Uit de individuele arbeidsovereenkomst of uit een collectieve (bedrijfs)regeling kan echter wel een recht op een kerstgratificatie voortvloeien. Met betrekking tot zogenoemde "Sonderzahlungen", zoals een kerstgratificatie of vakantiegeld geldt het principe dat een werknemer recht heeft op betaling van deze gratificatie indien zijn werkgever drie keer zonder voorbehoud de gratificatie in dezelfde hoogte aan de werknemer heeft betaald.

Tot nu toe was het volgens het "Bundesarbeitsgericht" (BAG), de hoogste rechterlijke instantie voor arbeidszaken in Duitsland, in beginsel mogelijk bij de betaling van de kerstgratificatie (of van het vakantiegeld) een "Freiwilligkeitsvorbehalt" (voorbehoud van vrijwilligheid) te maken, om op deze manier een recht van de werknemer op betaling te voorkomen. In de afgelopen jaren zijn de eisen aan dit "Freiwilligkeitsvorbehalt" echter verhoogd, alleen de toevoeging dat de gratificatie vrijwillig betaald wordt is niet meer per definitie voldoende.

Zo verkreeg een werknemer bijvoorbeeld wel een recht op betaling van een kerstgratificatie omdat in de arbeidsovereenkomst naast het "Freiwilligkeitsvorbehalt" ook de voorwaarden en de hoogte van de gratificatie opgenomen waren. Recentelijk heeft het BAG nog in twee uitspraken verduidelijkt dat onduidelijkheden bij de formulering van de arbeidsovereenkomst met betrekking tot de betaling van gratificaties voor rekening van de werkgever zijn.

Om een recht van de werknemer op betaling van een kerstgratificatie te voorkomen, zodat de werkgever elk jaar opnieuw weer kan beslissen of en onder welke voorwaarden hij een kerstgratificatie wil betalen, dient ervan te worden afgezien forfaitaire algemene bepalingen hierover in de arbeidsovereenkomst op te nemen. Op grond van recente jurisprudentie is het niet meer mogelijk gratificaties, die in de arbeidsovereenkomst toegezegd worden, onder een voorbehoud van vrijwilligheid op te nemen. Ook draagt de werkgever het risico van een onduidelijke formulering in de arbeidsovereenkomst. Daarom is het raadzaam de betaling van een kerstgratificatie altijd van een begeleidend schrijven te voorzien

waarin een duidelijk en begrijpelijk geformuleerd voorbehoud van vrijwilligheid is opgenomen. Op deze manier kan een recht van de werknemer op betaling van een kerstgratificatie vermeden worden. Belangrijk hierbij is dat aan het "Freiwilligkeitsvorbehalt" geen "Widerrufsvorbehalt" (voorbehoud van herroeping) gekoppeld wordt. Anders zou de formulering in het begeleidende schrijven tegenstrijdigheden bevatten en daarom niet rechtsgeldig zijn.

Susanne Hermsen

Eisen ten aanzien van buitengewone opzegging van overeenkomsten met handelsvertegenwoordigers of distributeurs en agenten wegens te lage omzet

10 APRIL 2014

Een Nederlandse ondernemer verkoopt zijn producten door middel van handelsvertegenwoordigers of distributeurs en agenten (hierna te noemen 'verkooppartner') in Duitsland. Verkoopovereenkomsten worden veelal gesloten met een vaste looptijd van enkele jaren, maar ook bij overeenkomsten voor onbepaalde tijd is een opzegtermijn in acht te nemen, die snel zes maanden kan zijn. Stel dat de door de verkooppartner gerealiseerde omzetten achterblijven ten opzichte van de verwachtingen – kan de ondernemer de relatie dan toch voortijdig opzeggen?

Opzegtermijn

Volgens de wettelijke regelingen kan de contractuele relatie door iedere partij om gegronde redenen worden opgezegd, zonder inachtneming van een opzegtermijn. Van een gegronde reden in deze zin is sprake wanneer voortzetting van de overeenkomst tot het verstrijken van de gewone opzegtermijn of tot de overeengekomen beëindiging van de overeenkomst, met inachtneming van alle omstandigheden van het individuele geval en na afweging van de belangen van beide contractpartners, niet van de opzeggende partij kan worden gevergd. In dit spanningsveld beweegt zich ook de opzegging wegens te lage omzetten van de verkooppartner. Het financiële belang van de opdrachtgever bij een hoge omzet en het belang van de verkooppartner bij financiële en juridische zekerheid door middel van voortzetting van de contractuele relatie staan tegenover elkaar.

Als de partijen geen minimale omzet hebben afgesproken, geldt dat alleen het niet halen van de omzetverwachtingen op grond van verwijtbaar plichtsverzuim buitengewone opzegging op staande voet kan rechtvaardigen. Het streven om zo hoog mogelijke omzetten te realiseren, behoort tot de contractuele verplichtingen van de verkooppartner. Daarom moet worden vastgesteld of er bij adequate inspanningen hogere omzetten hadden kunnen worden gerealiseerd en ten opzichte waarvan de feitelijk gerealiseerde omzetten moeten worden gemeten. Het is in dit opzicht niet

van belang of er van begin af aan al niet aan de omzetverwachtingen wordt voldaan, of dat de omzetten in een later stadium achterblijven. Hetzelfde geldt voor het geval de omzetten van de verkooppartner achterblijven ten opzichte van die van andere verkooppartners. Volgens de regels is een voorafgaande officiële waarschuwing nodig om buitengewone opzegging mogelijk te maken.

Overeenkomen van minimumomzet

In de praktijk komt dikwijls de situatie voor dat de partijen contractueel een minimumomzet zijn overeengekomen, maar aan het niet bereiken daarvan geen rechtsgevolg hebben verbonden. Dit is niet wenselijk omdat dit voor interpretatie vatbaar is. De partijen kunnen rechtsgeldige minimumomzetten overeenkomen. Dit kan plaatsvinden door middel van algemene voorwaarden of een individuele overeenkomst. Welke betekenis de omzettafgetijde heeft, dient steeds door interpretatie te worden vastgesteld. Veelal dient een dergelijke overeenkomst gewoon als een doelstelling te worden opgevat, die op zich een buitengewone opzegging niet rechtvaardigt. Als het realiseren van de minimumomzetten evenwel als een echte contractuele verplichting dient te worden beschouwd, kan de ondernemer de verkoopovereenkomst opzeggen wegens niet-nakoming van deze verplichting, indien de verkooppartner een verwijtbaar plichtsverzuim ten laste kan worden gelegd.

De partijen kunnen ook minimumomzetten overeenkomen en tegelijk hieraan een rechtsgevolg verbinden, bijvoorbeeld vastleggen dat bij het niet realiseren van de minimumomzetten de contractuele relatie door de opdrachtgever via buitengewone opzegging kan worden opgezegd. Indien de overeenkomst tot stand komt via individuele afspraken, dan dient door interpretatie van de overeenkomst te worden vastgesteld of de buitengewone opzegging in het individuele geval mag plaatsvinden zonder belangenafweging. Is de belangenafweging in het individuele geval niet nodig, dan kan de verkoopbemiddelaar zich echter tegen de opzegging verdedigen met als bezwaar dat deze indruist tegen de goede trouw. Als de afspraak over de minimumomzet en de opzeggingsconsequentie onderdeel van de overeenkomst worden als een algemene voorwaarde, dan is deze nietig, wanneer volgens de tekst van de bepaling de opzegging van de overeenkomst ook zou zijn toegestaan, wanneer de verkooppartner zich naar beste vermogen heeft ingespannen om het verkoopresultaat te behalen. Uit de bepaling moet dus blijken dat buitengewone opzegging alleen mag plaatsvinden wanneer de verkooppartner verwijtbaar de minimumomzet niet heeft gerealiseerd. In dit geval is geen voorafgaande officiële waarschuwing nodig, ongeacht de vraag of de overeenkomst door middel van een individuele overeenkomst of door middel van algemene voorwaarden plaatsvindt.

Hieruit blijkt dat er aan opzegging van de verkooppartner wegens te lage omzetten hoge eisen worden gesteld, die de ondernemer voor niet onaanzienlijke juridische problemen kunnen plaatsen.

Susanne Hermesen

Geldigheid van een zogenoemde koppelingsclausule (“Kopplungsklausel”) in een arbeidsovereenkomst van een directeur van een GmbH

14 APRIL 2014

Vraagstelling

Er dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de benoeming in de functie van directeur en de desbetreffende arbeidsovereenkomst. Indien een bestuurder in zijn hoedanigheid van directeur wordt ontslagen, laat dit de arbeidsovereenkomst onverlet. De vennootschap blijft derhalve verplicht de arbeidsovereenkomst met de bestuurder na te komen; zij moet hem met name salaris blijven betalen zolang de opzegtermijn loopt respectievelijk gedurende de resterende looptijd van de overeenkomst.

Daarom willen vennootschappen dikwijls in de arbeidsovereenkomst een zogenoemde koppelingsclausule opnemen waarin wordt bepaald dat met het ontslag als directeur ook automatisch de arbeidsovereenkomst eindigt.

De toelaatbaarheid van een dergelijke koppelingsclausule dient gedifferentieerd behandeld te worden. In de rechtspraak zijn tot nu toe in ieder geval koppelingsclausules toelaatbaar geacht indien er een zwaarwegende reden bestond voor het ontslag van een directeur. Maar geen enkele van de tot nu toe getroffen beslissingen dienaangaande kan worden gegeneraliseerd omdat er in iedere zaak sprake was van bijzondere omstandigheden. Bovendien is in geen enkele van deze beslissingen ingegaan op de geldigheid van deze clausule op grond van de regels betreffende de geldigheid van Algemene Voorwaarden. Deze bepalingen zijn echter meestal eveneens relevant. In de literatuur wordt onder verwijzing naar de rechtspraak doorgaans ervan uitgegaan dat een koppelingsclausule in een arbeidsovereenkomst met een directeur van een GmbH in principe toelaatbaar is. Desondanks bestaan er twijfels ten aanzien van de principiële toelaatbaarheid van een dergelijke clausule. Een directeur van een GmbH kan te allen tijde worden ontslagen. Slechts bij een GmbH met een ondernemingsraad en een Raad van Commissarissen moet er voor een ontslag sprake zijn van een zwaarwegende reden. Indien de arbeidsovereenkomst vanwege het ontslag automatisch eindigt op grond van een koppelingsclausule en wordt hierdoor bij voorbeeld een

vastgelegde looptijd van de overeenkomst of een opzegtermijn buiten werking gesteld, rijst de vraag of hierdoor rechten van de directeur op ontoelaatbare wijze worden beperkt.

Geldigheid van een koppelingsclausule

Er dient een onderscheid gemaakt te worden of het ontslag geschiedt om een zwaarwegende reden of zonder zwaarwegende reden.

Op grond van de rechtspraak is een koppelingsclausule waarschijnlijk in ieder geval toelaatbaar indien deze van toepassing is wanneer het ontslag geschiedt op grond van een zwaarwegende reden. In een dergelijk geval mag de arbeidsovereenkomst namelijk ook zonder inachtneming van een opzegtermijn om een zwaarwegende reden worden opgezegd; de looptijd van de overeenkomst wordt dan niet ten nadele van de directeur buiten werking gesteld.

Een koppelingsclausule zonder dat er sprake is van een zwaarwegende reden is waarschijnlijk toelaatbaar indien de directeur niet onredelijk wordt benadeeld doordat een overeengekomen looptijd van de overeenkomst wegvalt.

Een vennootschap zou niet zonder meer moeten afzien van een koppelingsclausule. Om te voorkomen dat deze ongeldig is, zou echter bij het opstellen van een dergelijke clausule een onderscheid gemaakt moeten worden tussen ontslag om een zwaarwegende reden en ontslag om een andere reden. Op deze wijze kan worden voorkomen dat de gehele clausule ongeldig is, ook in die gevallen waarin een geldige koppelingsclausule overeengekomen had kunnen worden.

Susanne Hermesen

Herplaatsingsbeslissing en overplaatsing vóór bedrijfsoverdracht

28 MEI 2014

In de bedrijfspraktijk zijn arbeidsrechtelijke herstructureringsmaatregelen aan de orde van de dag. Met name vlak voor de verkoop van (onderdelen van) bedrijven worden de bedrijfsstructuren regelmatig aangepast. Ten behoeve van het realiseren van hun bedrijfsplannen gaan werkgevers jegens hun werknemers over tot herplaatsing op grond van directiebevoegdheid, overplaatsing, opheffingsovereenkomsten of ontslag op grond van veranderingen of bedrijfsomstandigheden. Wat zijn echter de juridische grenzen die in geval van bedrijfsoverdracht gelden voor deze herstructureringsmaatregelen? Oftewel: wanneer dienen dergelijke maatregelen te worden getoetst aan de eisen die worden gesteld aan een bedrijfsoverdracht?

I. Probleem

Het is algemeen bekend dat werknemers doorgaans alleen rechten kunnen ontlenen aan een bedrijfsoverdracht indien zij behoren tot het bedrijfsonderdeel dat wordt overgedragen. Hoe zit dat echter indien de werkplek van een werknemer vlak voor een bedrijfsoverdracht door middel van een herplaatsingsbeslissing of overplaatsing door de werkgever wordt gewijzigd, en een werknemer hierdoor terechtkomt bij een bedrijf of bedrijfsonderdeel dat niet wordt overgedragen? Zijn de regelingen met betrekking tot een bedrijfsoverdracht in dat geval tevens van toepassing op deze werknemer? In extreme gevallen kan een bevestigend antwoord op deze vraag tot gevolg hebben dat de betrekking behouden blijft, en een ontkennend antwoord dat de betrekking vervalt. Indien overplaatsingen en herplaatsingen op grond van directiebevoegdheid die hebben plaatsgevonden vóór een bedrijfsoverdracht ongeldig blijken te zijn, kan dit tot gevolg hebben dat dienstverbanden die niet in de koopovereenkomst zijn voorzien overgaan op de koper.

II. Stand van zaken

De hoogste Duitse rechtbank voor arbeidszaken (BAG) heeft onlangs geoordeeld dat herplaatsingsbeslissingen van een werkgever met betrekking tot de werkplek van afzonderlijke werknemers vlak voor een bedrijfsoverdracht dienen te worden getoetst aan het ontslagverbod als bedoeld in § 613 a lid IV sub 1 van het Duitse Burgerlijk Wetboek (BGB), dat in geval van bedrijfsoverdracht geldt voor de

werkgever. Herplaatsingen op grond van directiebevoegdheid c.q. overplaatsingen naar een nieuw bedrijf of bedrijfsonderdeel zijn ongeldig indien zij plaatsvinden in verband met een bedrijfsoverdracht. De stelplicht en de bewijslast in een proces draagt in dit verband de werknemer. In afwijking hiervan is een her- of overplaatsing vanuit juridisch oogpunt, op grond van het recht dat van toepassing is op bedrijfsoverdrachten, doorgaans wel geldig indien de her- of overplaatsing plaatsvindt op een tijdstip waarop de bedrijfsoverdracht nog geen tastbare vormen heeft aangenomen, en de feiten die hieraan ten grondslag liggen nog niet vaststaan.

III. Toelaatbaarheid van herplaatsingsbeslissingen of overplaatsingen vóór bedrijfsoverdracht

Herplaatsing van een werknemer door de werkgever op grond van directiebevoegdheid c.q. overplaatsing is doorgaans toegestaan indien de werkgever kan aantonen dat ten tijde van de desbetreffende beslissing nog geen sprake was van een eventuele bedrijfsoverdracht. Om deze reden dient aan werkgevers te worden geadviseerd her- en overplaatsingen van werknemers naar nieuwe bedrijven of bedrijfsonderdelen alsmede de motieven die hieraan ten grondslag liggen altijd schriftelijk te documenteren. Hetzelfde geldt voor het tijdstip waarop sprake is van de eerste verkoopplannen alsmede de onderhandelingen die worden gevoerd met betrekking tot het bedrijf of bepaalde bedrijfsonderdelen.

Eveneens toegestaan lijkt her- c.q. overplaatsing door de verkoper "op grond van een concept van koper" indien er sprake is van een saneringsscenario. Dit geldt in ieder geval indien er sprake is van een bindend concept of een saneringsplan van de koper, en de uitvoering daarvan ten tijde van de ontvangst van de herplaatsingsbeslissing c.q. overplaatsing op grond van bedrijfsomstandigheden reeds tastbare vormen heeft aangenomen. Indien de her- c.q. overplaatsing in dit geval niet geldig zou zijn, zou de werknemer worden getroffen door een nog zwaarder rechtsgevolg, namelijk ontslag. In dit geval vindt de her- c.q. overplaatsing niet plaats in verband met de bedrijfsoverdracht, maar in het kader van een algemene bedrijfsregeling, namelijk het saneringsconcept van de koper.

IV. Ontoelaatbaarheid van herplaatsingsbeslissingen of overplaatsingen vóór bedrijfsoverdracht

In afwijking hiervan is her- c.q. overplaatsing doorgaans niet toegestaan indien de werknemer in verband met en vlak voor een bedrijfsoverdracht wordt geplaatst bij een ander bedrijf of bedrijfsonderdeel dat niet wordt overgedragen. Daarbij vormt het feit dat dit gebeurt vlak voor een bedrijfsoverdracht de grondslag voor het vermoeden dat de motivatie van de maatregel verband houdt met de bedrijfsoverdracht. Indien de werkgever zich bij zijn herplaatsingsbeslissing bijvoorbeeld uitdrukkelijk baseert op de bedrijfsoverdracht, is de herplaatsing niet geldig.

Hetzelfde geldt indien afzonderlijke werknemers (bijv. de secretaresse van de huidige eigenaar) worden geplaatst bij een nieuw bedrijf of bedrijfsonderdeel, omdat de koper van een bedrijf waar geen behoefte bestaat aan sanering uitdrukkelijk, ondanks het feit dat hiervoor geen beweegredenen aanwezig zijn, niet bereid is om hen verder tewerk te stellen. Zulks geldt zelfs indien de gegadigde de koop afhankelijk maakt van de her- c.q. overplaatsing van deze werknemers (zgn. her- c.q. overplaatsing onder druk).

Susanne Hermesen

Vergoeding van honoraria van advocaten in gerechtelijke procedures

5 JUNI 2014

Regelmatig zijn buitenlandse bedrijven partij in een procedure bij een Duitse rechtbank. Daarbij zijn de advocaatkosten – evenals in andere Europese landen – een niet te onderschatten kostenpost, waarbij de vraag rijst in hoeverre de advocaatkosten van een buitenlandse cliënt in aanmerking komen voor vergoeding.

1. Wettelijke vergoeding

De hoogte van de vergoeding van een advocaat wordt in Duitsland in principe bepaald op basis van de in de “Rechtsanwaltsvergütungsverordnung” (verordening inzake de vergoeding van advocaatkosten – RVO) vastgelegde tarieven. Deze tarieven zijn gebaseerd op de waarde van de vordering. Indien de waarde van de vordering in een procedure bijvoorbeeld € 50.000,00 bedraagt, ontvangen zowel de advocaat van eiser als de advocaat van gedaagde een bedrag van € 3.483,73 voor de behandeling van de zaak in een procedure met vonnis. Evenals in veel andere landen, bijvoorbeeld Nederland, is tegenwoordig echter ook in Duitsland tevens afrekening op basis van een uurtarief in het kader van een vergoedingsovereenkomst gebruikelijk.

2. Betaling van kosten op basis van de wettelijke vergoeding

De verliezende partij in een gerechtelijke procedure dient de kosten van de advocaat van de tegenpartij te dragen naar rato van de mate waarin een procedure wordt verloren. Deze betalingsverplichting van de verliezende partij is gebaseerd op de hoogte van de wettelijke tarieven volgens de Duitse wet inzake de vergoedingen van advocaten (RVG). Indien derhalve een procedure bij een Duitse rechtbank voor 80% wordt gewonnen door de Nederlandse partij, dient de tegenpartij 80% van de advocaatkosten van de Nederlandse partij te dragen, en dient de Nederlandse partij 20% van de advocaatkosten van de tegenpartij te dragen, zulks op basis van de hoogte van de kosten volgens de Duitse RVO.

3. Vergoeding van advocaatkosten die de wettelijke vergoeding te boven gaan

Indien tussen een advocaat en een cliënt een vergoedingsovereenkomst wordt gesloten, is het, afhankelijk van de hoogte van de vordering, al snel mogelijk dat

de in rekening gebrachte advocaatkosten de wettelijke vergoeding te boven gaan. In dit geval rijst de vraag of de vergoeding op basis van een uurtarief tevens dient te worden betaald door de verliezende partij in een gerechtelijke procedure, en zo ja, in welke omvang. Op grond van de op dit moment heersende opiniewordt betaling van het gedeelte van de vergoeding dat de wettelijke vergoeding te boven gaat in procedures bij nationale rechtbanken afgewezen. Een overeengekomen vergoeding wordt niet beschouwd als wettelijke vergoeding en komt derhalve ook niet volledig in aanmerking voor vergoeding. Anders zou het procesrisico voor partijen niet te overzien zijn. Iets anders geldt alleen indien de tegenpartij zich contractueel heeft verplicht tot vergoeding van de extra kosten die ontstaan ten gevolge van de vergoedingsovereenkomst.

4. Vergoeding van kosten in het kader van een schadeclaim

Het is tevens mogelijk dat een partij in een procedure naast de hoofdvordering een aanspraak op vergoeding van kosten in de vorm van een schadeclaim doet gelden. Doorgaans is een gedaagde echter alleen verplicht tot vergoeding van kosten in het kader van een schadeclaim indien sprake is van schuld. Daarbij geldt dat advocaatkosten die causaal zijn veroorzaakt door het schadebrengende feit, dienen te worden vergoed indien zij vanuit het perspectief van benadeelde en rekening houdend met de concrete situatie als noodzakelijk kunnen worden beschouwd. Iedere partij heeft in principe het recht een advocaat in te schakelen voor het behartigen van haar belangen, en advocaatkosten vormen in de regel dan ook een gedeelte van de schade die in aanmerking komt voor vergoeding. In dit verband staat de hoogte van de advocaatkosten die in het kader van een schadeclaim dienen te worden vergoed echter niet vast. De opvatting overheerst dat de advocaatkosten die zijn gebaseerd op een vergoedingsovereenkomst, voor zover zij de wettelijke vergoeding te boven gaan, ook in het kader van een schadeclaim niet hoeven te worden vergoed. Meer en meer wint echter de opvatting terrein, dat de advocaatkosten die worden berekend op basis van een uurtarief in het kader van een schadeclaim voor vergoeding in aanmerking komen, voor zover zij ten behoeve van de rechtsvervolging doelmatig en noodzakelijk waren, en niet in strijd zijn met het vereiste van een economische procesvoering. Indien bijvoorbeeld een Nederlands bedrijf een advocaat inschakelt die werkzaam is bij zijn vaste Nederlandse advocatenkantoor en op basis van een uurtarief afrekent, kan het Nederlandse bedrijf in een procedure bij een Duitse rechtbank een claim indienen tot vergoeding van de volledige advocaatkosten, omdat het Nederlandse bedrijf een op ervaring gebaseerde en mogelijkerwijs jarenlange (vertrouwens) band heeft met dit kantoor, en de ingeschakelde advocaat het bedrijf in de Nederlandse taal kan adviseren. Dit voldoet aan het vereiste van doelmatigheid. De geclaimde kosten dienen in een passende verhouding te staan tot de feitelijke

en juridische omvang van het proces. Daarbij dient de schuldeiser de concrete hoogte van de op basis van een uurtarief afgerekende advocaatkosten aan te tonen. Indien het vereiste bewijs is geleverd, en de rechtbank tot de overtuiging komt dat de geclaimde kosten/uren noodzakelijk waren voor een doelmatige rechtsvervolgning, kan de verliezende partij in het desbetreffende geval worden veroordeeld tot vergoeding van de volledige advocaatkosten van de winnende partij. Of een claim wordt toegekend is afhankelijk van het feit of is voldaan aan de voorwaarden.

5. Vergoeding van kosten in een arbitrageprocedure

In arbitrageprocedures worden de hoogte en de omvang van de te vergoeden kosten en daarmee van de uurtarieven die in aanmerking komen voor vergoeding doorgaans vastgesteld door het scheidsgerecht. Met name vanwege de complexiteit van arbitrageprocedures waaraan partijen zich vrijwillig onderwerpen, wordt een tussen een partij en haar advocaat gesloten vergoedingsovereenkomst op basis van een uurtarief doorgaans passend geacht. In een arbitrageprocedure is het in principe voldoende indien aannemelijk wordt gemaakt dat de geclaimde advocaatkosten daadwerkelijk zijn ontstaan.

Susanne Hermesen

Vastgoed financieren in Duitsland

– een markt met gevaren en kansen voor Nederlandse banken en consumenten

16 JULI 2014

Boetes voor het vervroegd aflossen van een hypotheek

Het aantal Nederlanders dat vlak over de grens in Duitsland gaat wonen is de afgelopen jaren blijven toenemen. Vooral de voordelige prijzen voor huizen en de lage kosten van levensonderhoud vormen een reden om in Duitsland te gaan wonen. De toestroom van Nederlandse consumenten op de Duitse huizenmarkt is ook bij Nederlandse banken niet onopgemerkt gebleven. Veel leningen worden door Duitse dochterdivisies van grote Nederlandse banken verstrekt, die speciaal voor Nederlandse klanten op de Duitse huizenmarkt werden opgericht. Zowel Nederlandse consumenten alsook Nederlandse bedrijven komen vervolgens in aanraking met de Duitse regelgeving omtrent de financiering van vastgoedaankopen en –verkoop. Vooral gezien het feit dat een Nederlander gemiddeld 7 keer in zijn leven verhuist en de Duitse oosterbuur op maar 3,4 verhuizingen aan het einde van zijn bestaan terug kan kijken, is het heel waarschijnlijk dat Nederlandse huizenkopers in Duitsland op een gegeven moment ook weer gaan verkopen.

De meeste verkopers houden er echter geen rekening mee dat de verkoop van hun huis er vaak toe leidt, dat de hypotheekovereenkomst met de bank vervroegd moet worden beëindigd. Vooral in het geval van vastgezette rentepercentages kan dit voor de verkopende consument behoorlijke financiële gevolgen hebben. Zowel de Duitse wet als vrijwel alle algemene voorwaarden van Duitse banken zien de verkoop van een huis als reden voor het tussentijds opzeggen van een consumentenkrediet. De consument is de leningverstrekkende bank een boete voor het vervroegd aflossen van het geleende bedrag verschuldigd. Deze boete, de zogenaamde “Vorfälligkeitsentschädigung”, omvat de door de bank misgelopen rente voor het geleende bedrag en de administratiekosten voor het beëindigen van het contract. Regelmatig gaat het dus om een flink bedrag.

Een consument, die in het jaar 2009 een aflossingsvrije hypotheeklening ter hoogte van € 200.000 met een vastgezette rente van 5% voor tien jaar heeft afgesloten, moet bij verkoop in het jaar 2014 rekening houden met een verschuldigde boete ter hoogte van € 30.000 – 40.000.

De Nederlandse wetgeving kent geen boete voor het vervroegd aflossen van een lening en Nederlandse banken in Nederland maken zelden gebruik van boeteclausules.

Nederlandse banken met Duitse dochterdivisies hebben evenals als Duitse banken op grond van de wettelijke regelgeving recht op de boete jegens de consument, zonder deze uitdrukkelijk in het contract opgenomen te hebben. Het economische risico van een leningverstrekende Nederlandse bank op de Duitse kredietmarkt rechtvaardigt deze boete. Voor een Nederlandse consument kan de boete echter tot een behoorlijke restschuld leiden. Veel Nederlanders zijn zich bovendien niet bewust van de Duitse regelgeving en een onverwachte boete en daardoor restschuld kan een reden zijn waarom een nieuwe lening afketst.

De ontwikkeling omtrent het “Widerrufsrecht”

Nog minder Nederlanders zijn zich bewust van de nieuwste jurisprudentie, die in de meeste gevallen een uitweg biedt van de boete voor vervroegde aflossing. Niet alleen consumenten, die willen verkopen, maar ook consumenten, die door middel van het oversluiten van een lening van het lage rentepercentage willen profiteren, kunnen een ontbinding van het contract bereiken, zonder een boete voor de vervroegde aflossing te moeten betalen. Afhankelijk van de looptijd en het vastgezette rentepercentage van een hypotheeklening kan het aldus voordeliger zijn de hypotheeklening tussentijds op te zeggen en voor hetzelfde huis onder gewijzigde voorwaarden opnieuw af te sluiten.

Deze uitweg wordt door het recht op herroeping – het zogenaamd “Widerrufsrecht” – mogelijk gemaakt. Ter bescherming van consumenten werd op grond van de Europese wetgeving een recht op herroeping in veel gedeeltes van het Duitse recht opgenomen, zoals bij verkoop op afstand of bij deur-aan-deurverkoop. Sinds 2002 bestaat er ook met betrekking tot consumentleningen een recht op herroeping. Een consument krijgt de mogelijkheid binnen een termijn van 14 dagen na ondertekening een contract te laten ontbinden.

Herroept een consument een hypotheeklening, dan wordt het contract met directe werking ontbonden. In de praktijk betekent deze ontbinding dat de consument de lening binnen 30 dagen volledig terug moet betalen, bijvoorbeeld met behulp van een nieuwe lening of met de ontvangen koopsom voor het verkochte huis. Hij is de bank echter geen boete voor de vervroegde aflossing verschuldigd en kan eventueel van een voordeliger rentepercentage bij een andere bank profiteren.

Op grond van voormelde regeling hebben banken de plicht consumenten over hun recht op herroeping te informeren. Door de Duitse wetgever is bij de invoering van de nieuwe regeling een voorbeeldformulier voor het verstrekken van informatie met betrekking tot het herroepen van consumentleningen gepubliceerd, waarvan banken gebruik kunnen maken. Een groot aantal banken en

Sparkassen hebben desondanks een eigen formulier ontworpen en gebruikten het voorbeeld slechts gedeeltelijk.

Het gebruik van een feilloos informatieformulier is voor de banken van cruciaal belang. Al in het jaar 2002 besloot de Bundesgerichtshof (BGH) – het hoogste Duitse civiel gerecht – dat de termijn voor het herroepen van een contract slechts door het volledige en feilloze informeren van een consument in werking wordt gezet. Dit heeft ten gevolge dat in het geval van verwarrende, onvolledige of verkeerde informatie consumentleningen nog jaren na het sluiten van het contract kunnen worden ontbonden. Daar komt nog eens bij dat de rechtspraak in de laatste jaren de lat voor banken met betrekking tot de informatieplicht jegens cliënten steeds hoger legde. Ondertussen bestaat er een lange lijst van woorden, formuleringen en regels voor optische opmaak, waaraan banken met het informatieformulier moeten voldoen. Zelfs het voorbeeldformulier voldoet volgens de jurisprudentie niet aan de informatieplicht jegens consumenten. Bankleningen, die dit formulier letterlijk hebben overgenomen, kunnen zich echter beroepen op vertrouwen op de juistheid van het voorbeeld. Informatieformulieren die van het wettelijke voorbeeld afwijken, houden bij een juridische controle zelden stand. Tevens heeft dit tot gevolg dat voor het gros van consumentleningen de termijn voor het herroepen van de overeenkomst nog niet is verstreken. Zelfs wanneer consumenten leningen al hebben opgezegd of jaren geleden de boetes voor de vervroegde aflossing al hebben betaald, is het mogelijk met behulp van het recht tot herroeping het betaalde bedrag van de bank terug te vorderen. Voor de banken is er inmiddels een onoverzichtelijke hoeveelheid regels waaraan zij moeten voldoen. Bovendien zijn er steeds nieuwe uitspraken met betrekking tot de informatieplicht, die in het bestaande informatieformulier moeten worden opgenomen.

Slot

De gevolgen voor consumentkredieten worden duidelijk als men de in juni 2014 gepubliceerde cijfers van een onderzoek van de Vereniging voor Consumentenbelangen in Hamburg bestudeert. Hieruit blijkt dat 80% van 1.833 onderzochte contracten niet aan de informatieplicht voldoet en door consumenten nog steeds kan worden herroepen. Vooral overeenkomsten uit de jaren 2002 – 2009 bevatten vaak meerdere ernstige fouten. In de praktijk worden vervolgens in toenemende mate contracten op grond van het recht tot herroeping ontbonden. Vooral met het oog op lagere rentepercentages en extreem hoge boetes kiezen steeds meer consumenten deze weg. De Vereniging voor Consumentenbelangen raadt daarbij aan om een advocaat in te schakelen, die de hypotheeklening tegenover de bank kan herroepen. Gezien de grote economische impact op banken, staan deze voor de uitdaging onterechte ontbindingen op basis van het recht tot herroeping af te

slaan, zonder het risico van een voorbeeldprocedure te lopen. Tegelijkertijd moeten zij steeds op de hoogte blijven van alle nieuwe regels omtrent de informatieplicht en hun informatieformulier almaar aanpassen. Vaak is het ook niet makkelijk te herkennen of en welke fouten bij het opstellen van een informatieformulier werden gemaakt. Deze onzekerheid kan zowel door consumenten als door Nederlandse banken met Duitse dochterdivisies benut worden om een positieve buitengerechtelijke oplossing in geschillen omtrent het recht op herroeping te bereiken.

Kristin Schenkel

Geen conservatoir beslag in de Duitse executiepraktijk!

8 SEPTEMBER 2014

Bij het zakendoen op de Duitse markt krijgen Nederlandse ondernemers vroeg of laat met klanten te maken die bestelde goederen en/of diensten niet betalen. In het geval van wanbetaling wordt een advocaat ingeschakeld en nog vóór het verkrijgen van een executoriale titel wil de Nederlandse ondernemer conservatoir beslag bij de Duitse ondernemer laten leggen. Hoewel het Duitse en Nederlandse executierecht veel raakvlakken kent, bestaan er ook behoorlijke verschillen, bijvoorbeeld ten aanzien van het leggen van conservatoir beslag.

1. Conservatoir beslag volgens de Duitse 'Zivilprozessordnung (ZPO)'

Het Duitse Wetboek 'Zivilprozessordnung' (ZPO) kent in §916 ff. ZPO, evenals het Nederlandse Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Art. 700 Rv), een kort geding procedure ('Arrestverfahren') om conservatoir beslag te mogen leggen nog voordat de schuldeiser over een executoriale titel beschikt. Deze procedure geldt voor alle geldvorderingen en vermogensrechten die in geldvorderingen kunnen veranderen, zoals bijvoorbeeld de revindicatie. Ook toekomstige vorderingen mogen als reden voor het leggen van conservatoir beslag gebruikt worden. Met hulp van de uitspraak van de rechter in het kort geding kan de schuldeiser, volgens de gebruikelijke procedure (§928 ZPO met verwijzing naar § 803 ff ZPO) beslag laten leggen op goederen en bankrekeningen. Hij kan echter niet eisen dat de deurwaarder de in beslag genomen goederen aan hem overhandigt, maar moet de deurwaarder verzoeken om bewarend beslag op goederen te leggen die zich in het bezit van de schuldenaar bevinden. De schuldeiser moet er bovendien rekening mee houden dat hij de schuldenaar eventueel schadevergoeding verschuldigd is. Als hij namelijk de bodemzaak na het leggen van conservatoir beslag verliest, moet hij de schuldenaar de schade betalen die de schuldenaar door het conservatoir beslag heeft geleden.

De Duitse rechter staat conservatoir beslag alleen toe, als aan twee voorwaarden voldaan is:

1. De geldvordering zal waarschijnlijk in de bodemzaak toegekend worden.
2. Er bestaat een reden waaruit blijkt dat de schuldeiser de afloop van de bodemprocedure niet kan afwachten.

De Nederlandse ondernemer zou dus snel kunnen denken dat er net als in Nederland vóór of gelijktijdig met het opstarten van de bodemprocedure ook conservatoir beslag gelegd zou kunnen worden. Hoewel de wettekst de indruk wekt dat er weinig verschil tussen de Nederlandse en de Duitse executieprocedure bestaat, is in de praktijk juist het tegendeel waar.

Anders dan in Nederland wordt het Duitse 'Arrestverfahren' slechts in uitzonderlijke gevallen aangespannen en wordt zelden succesvol afgerond.

Dit verschil met de Nederlandse praktijk heeft te maken met het feit dat de rechters zelf invulling moeten geven aan de hierboven genoemde voorwaarden. Vooral de tweede voorwaarde – het spoedeisend belang – vormt een erg hoge drempel die de schuldeiser moet overwinnen. In de praktijk is het dan ook nietvoldoende als de schuldeiser aantoont, dat:

- de schuldenaar wanbetaler is;
- er een faillissement van de schuldenaar dreigt; of
- dat de schuldenaar de bodemprocedure opzettelijk vertraagt.

De Duitse rechters zien in de zakelijke praktijk geen reden waarom een schuldeiser, die een geldvordering op een schuldenaar heeft, de afloop van de bodemzaak niet kan afwachten. Vooral als de schuldeiser een eigendomsvoorbehoud met de klant heeft afgesproken, gaat de jurisprudentie ervan uit dat de schuldeiser zonder meer de uitkomst van de procedure kan afwachten.

Zelfs indien de schuldeiser geen zekerheden met de schuldenaar heeft afgesproken, blijft de Duitse jurisprudentie ervan uitgaan dat het niet afspreken van zekerheden op eigen verantwoordelijkheid van de schuldeiser plaatsvindt. Om deze reden ziet de rechtspraak dan ook geen aanleiding om een schuldeiser via het 'Arrestverfahren' een financiële zekerheid te geven, daar hij deze zichzelf door middel van het bedingen van een zekerheid van zijn klant had moeten verschaffen. Slechts als er sprake is van een bijzonder spoedeisend belang (zoals verdenking van (toekomstige) verduistering, dan wel er bestaat aanleiding te verwachten dat de schuldenaar zijn geld te grabbel gooit of als de schuldenaar met alle middelen probeert het verkrijgen van een titel tegen te houden) kent de rechtspraak conservatoir beslag toe. De rechtspraak gaat van verduistering uit, als het waarschijnlijk is dat de schuldenaar zijn vermogen aan een derde overdraagt (bijvoorbeeld aan een echtgenoot), vergokt of naar het buitenland overmaakt.

Slechts in uitzonderlijke situaties heeft een 'Arrestverfahren' dus kans van slagen.

2. Voorkomen is beter dan genezen

Nederlandse ondernemingen die zaken doen met Duitse klanten moeten deze afwijkende regelgeving goed in acht nemen om vorderingen in Duitsland succesvol te kunnen verhalen.

Meer nog dan in Nederland geldt voor het zakendoen met Duitse klanten 'Voorkomen is beter dan genezen'.

Het is dus sowieso aan te raden het onderwerp 'zekerheden' met een Duitse klant te bespreken. Naast of in plaats van eigendomsvoorbehoud kunnen ook andere zekerheden worden afgesproken. Een eigendomsvoorbehoud moet bovendien naar de concrete transactie en branche aangepast worden. Vooral in branches als de verwerkende industrie voldoet een eigendomsvoorbehoud vaak niet en gaat succesvol zakendoen eigenlijk altijd gepaard met het afspreken van zekerheden als pandrechten en borgstellingen. Daarnaast is het altijd aan te bevelen grote betalingsachterstand door middel van een nauwkeurig incassomanagement te voorkomen.

Als het alsnog mis gaat en een Duitse zakenpartner betaalt zijn rekeningen niet, betekent dit niet dat het meteen een verloren zaak is.

Het Duitse burgerlijk procesrecht biedt voldoende mogelijkheden een executoriale titel te verkrijgen. Voor geldvorderingen kunnen schuldeisers uit Nederland, naast de Europese betalingsbevelprocedure, ook van de Duitse betalingsbevelprocedure gebruik maken. Vooral tegen schuldenaars die niet op sommaties en rekeningen reageren, kan de schuldeiser binnen enkele weken een executoriale titel verkrijgen (zie artikel van Susanne Hermsen 'Incasso tegen Duitse schuldenaar' van 1 november 2012).

Bovendien gelden voor gerechtelijke procedures lagere griffiekosten dan in Nederland. Gezien het feit dat, na het indienen van een verzoekschrift tot conservatoir beslag in Nederland, ook een bodemprocedure aanhangig gemaakt moet worden, is het kostentechnisch nog niet zo slecht om in Duitsland te procederen. Om te voorkomen dat de schuldenaar tijdens een gerechtelijke procedure zijn vermogen aan derden of familieleden schenkt, heeft de Duitse wetgever reeds in 1879 het 'Anfechtungsgesetz' ingevoerd, een wetboek om vermogenstransacties ten laste van schuldeisers ongedaan te maken.

Op deze manier kan een Nederlandse ondernemer zijn vordering verhalen op familieleden en derden die geld van de schuldenaar hebben ontvangen.

Met de juiste aanpak is het dus zonder meer mogelijk vorderingen op Duitse ondernemers ook zonder het leggen van conservatoir beslag te verhalen.

Kristin Schenkel

Beperking van de verkoop via internet door selectieve verkoopsystemen – een hot topic in de Duitse rechtspraak

29 OKTOBER 2014

De omzet die wordt gerealiseerd met de verkoop van producten via internet is de laatste jaren explosief gestegen. Handelaren bieden de verkoop via internet ongekende mogelijkheden. Onlineplatformen zoals eBay en Amazon zijn booming. Producenten van met name hoogwaardige marktproducten proberen zich hiertegen te verzetten, door hun dealers te verbieden hun producten te verkopen via onlineverkoopkanalen. Zowel een globale als een absolute beperking van de verkoop via internet zijn echter in strijd met zowel het Duitse als het Europese mededingingsrecht. Om deze reden zien veel producenten van (merk)producten de invoering van een selectief verkoopsysteem als enige mogelijkheid om de verkoop van hun producten via internet te controleren. Met behulp van een selectief verkoopsysteem kan de producent ervoor zorgen dat alle geautoriseerde handelaren voldoen aan bepaalde kwalitatieve minimumeisen voor de offline- en onlinehandel. Voor deze beperking van de verkoop via internet in het kader van een selectief verkoopsysteem gelden echter wettelijke grenzen. Uit het grote aantal procedures dat momenteel door de Duitse mededingingsautoriteit ('Bundeskartellamt') wordt gevoerd om beperking van de onlinehandel tegen te gaan, blijkt duidelijk dat aan de invoering van een selectief verkoopsysteem tegenwoordig grote risico's zijn verbonden.

Wat is toegestaan?

In principe dienen producenten allereerst aan te tonen dat de producten die worden verkocht daadwerkelijk hoogwaardige merkproducten respectievelijk duurzame en technisch hoogwaardige goederen zijn, waarvoor een bijzonder hoge kwaliteit op het gebied van advisering en service is vereist. De gesteldheid van een product rechtvaardigt in principe alleen een selectief verkoopsysteem indien een dergelijk systeem feitelijk is vereist voor het waarborgen van de kwaliteit en het gebruik volgens de voorschriften.

Daarnaast dient de producent van de merkproducten zijn kwalitatieve eisen uniform en zonder enige vorm van discriminatie voor het totale verkoopsysteem vast te leggen en toe te passen. In vergelijking met de offlineverkoop hoeven de door het bedrijf vastgelegde kwaliteitscriteria die gelden voor de verkoop via

internet weliswaar niet identiek te zijn aan de kwaliteitscriteria die gelden voor de offlineverkoop, maar zij dienen wel dezelfde doelstellingen te hebben en de resultaten die worden behaald dienen vergelijkbaar te zijn.

Voorbeelden

In principe mag een producent van een handelaar eisen dat deze een bepaalde absolute minimumhoeveelheid van de aangeboden producten offline verkoopt, indien dit voor het behoud van het selectieve verkoopsysteem is vereist. In tegenstelling tot absolute eisen ten aanzien van de omzet mag de producent echter niet het relatieve aandeel van de verkopen via internet beperken (bijv. door opname van de contractuele verplichting dat het aandeel van de offlineverkopen tenminste 70% van de totale verkoop dient te bedragen).

Een producent kan eisen stellen aan de kwalitatieve uitvoering en vormgeving van de website van de handelaar, indien de desbetreffende eisen geen poging tot omzeiling of verhulling vormen om de onlineverkoop onaantrekkelijk te maken. De producent kan, als voorwaarde voor opname in het selectieve verkoopsysteem, van een handelaar eisen dat deze beschikt over een vaste bedrijfsruimte met showroom. Op basis daarvan is uitsluiting van uitsluitend verkoop via internet voor de selectieve verkoop in principe mogelijk, indien het daadwerkelijk een kwaliteitsborgingscriterium betreft dat overeenkomstig geldt voor de verkoop via verkooppunten en de eisen voor fysieke verkooppunten uniform worden toegepast in het verkoopsysteem van de producent.

Binnen een selectief verkoopsysteem kan een producent de verkoop aan niet-erkende handelaren tegengaan, door aan de handelaren de verplichting op te leggen uitsluitend een bepaalde maximumhoeveelheid (bijv. slechts hoeveelheden die gebruikelijk zijn voor een huishouden) te leveren aan afzonderlijke eindverbruikers. Beperkingen ten aanzien van de hoeveelheid moeten echter noodzakelijk zijn voor het behoud van de selectieve verkoop.

Producenten kunnen ook aan de handelaren met een verkooppunt een vaste, van de omzet onafhankelijke vergoeding toekennen, bijvoorbeeld voor intensieve advisering door het personeel. Producenten dienen echter ervoor te zorgen dat deze vergoedingen niet feitelijk een verboden dubbel prijssysteem vormen ten nadele van de verkoop via internet.

Wat beter niet?

Aan een algemeen verbod op de verkoop via internet op open handelsplatformen zoals eBay of Amazon is tegenwoordig ook in een selectief verkoopsysteem een groot mededingingsrechtelijk risico verbonden. Dat blijkt duidelijk uit de actuele rechtspraak van de hoogste Duitse rechtbanken en recentelijke besluiten van de Duitse mededingingsautoriteit ten gunste van de onlinehandelaren. De producent

staan doorgaans mildere en minder concurrentiebeperkende middelen en eisen met betrekking tot de elektronische marktverkoop ter beschikking, om de kwaliteit en de verkoop van de desbetreffende merkproducten te waarborgen. Daarnaast zorgt een dergelijk verbod voor een beperking van de concurrentie die in strijd is met het mededingingsrecht, aangezien de toegang van de dealer tot de onlineverkoop en daarmee – voor de klant – diens bereikbaarheid worden beperkt.

Samenvatting

Uit een groot aantal actuele vonnissen en besluiten blijkt duidelijk dat bedrijven die ten behoeve van de bescherming en verhoging van de afzet van hun merk gebruik willen maken van de voordelen van een selectief verkoopsysteem, dienen te voldoen aan zeer strenge eisen. Dat geldt zowel voor de invoering van een dergelijk verkoopsysteem als voor mogelijke beperkingen ten aanzien van de onlineverkoop van producten. Daar komt bij dat op veel punten nog geen vonnis van de hoogste rechterlijke instantie beschikbaar is, zodat sprake is van rechtsonzekerheid. In de nabije toekomst kunnen op dit gebied nog talrijke richtinggevende vonnissen en besluiten worden verwacht.

Susanne Hermesen

De faillissementsregels in Duitsland – algemene aansprakelijkheid van de directeur en vaste faillissementspauliana door de curator?

29 OKTOBER 2014

Meteen aan het begin van dit artikel zal ik bovenstaande vraag beantwoorden. Op grond van het Duitse recht geldt geen algemene aansprakelijkheid van de directeur van een besloten vennootschap in geval van faillissement. Evenmin geldt de regel dat alle curatoren bij alle faillissementen gebruikmaken van hun recht op faillissementspauliana. De Duitse faillissementswetgeving is ook zeker geen reden om af te zien van de oprichting van een besloten vennootschap in Duitsland. In de praktijk zijn vaak twee groepen Nederlandse ondernemers te onderscheiden. De ene groep gaat ervan uit dat in geval van faillissement van een besloten vennootschap de directeur automatisch met zijn totale vermogen aansprakelijk is. De andere groep heeft totaal geen informatie ingewonnen en heeft geen idee wat de gevolgen zijn van een faillissement.

Artikelen in kranten bevatten in principe juiste informatie met betrekking tot het faillissementsrecht in Duitsland. Bijvoorbeeld het artikel in het FD van vorige week dinsdag (14-10-2014) met de titel “Schipper verstrikt in Duits faillissementsrecht” met betrekking tot het recht van curatoren op faillissementspauliana. Soms is de informatie uit juridisch oogpunt echter iets te kort door de bocht en geldt vanzelfsprekend niet voor iedereen. Het artikel in het FD bevat evenwel de juiste boodschap voor de lezer: Wie van tevoren voldoende informatie inwint en zich goed laat adviseren, hoeft niet bang te zijn voor de faillissementswetgeving in Duitsland. Het probleem is niet het Duitse recht, maar het gemak waarmee we op ons Nederlandse rechtsgevoel vertrouwen. Het Duitse rechtssysteem lijkt zoveel op het Nederlandse systeem dat we maar al te snel alle twijfels vergeten en vrolijk gaan ondernemen, zonder dat we ons op de hoogte stellen van de kleine maar fijne verschillen.

Onderstaand dus een overzicht van de aansprakelijkheid van de directeur in geval van faillissement en de faillissementspauliana door de curator, om een beter inzicht te geven in het Duitse faillissementsrecht.

1. Aansprakelijkheid van de directeur in geval van faillissement

Eén van de redenen om een kapitaalvennootschap op te richten is de beperkte persoonlijke aansprakelijkheid. Indien een faillissement sowieso zou leiden tot aansprakelijkheid van de directeur, zou dit doel zeker niet worden bereikt.

Uitsluiting van aansprakelijkheid is meestal immers niet in goede, maar juist in slechte tijden van belang.

In het Duitse recht is echter geen algemene aansprakelijkheid van de directeur in geval van faillissement voorzien. Van aansprakelijkheid is, evenals in Nederland, alleen sprake indien bepaalde verplichtingen niet zijn nagekomen. In het Duitse recht wordt echter sneller ervan uitgegaan dat de directeur in geval van faillissement van de besloten vennootschap bepaalde verplichtingen niet is nagekomen, en hierop is de angst van de eerste groep Nederlandse ondernemers gebaseerd. Concreet betreft het de verplichting om tijdig een faillissementsaanvraag in te dienen, en geen besluiten meer te nemen of verplichtingen meer aan te gaan indien sprake is van een reden voor het aanvragen van het faillissement. Zodra sprake is van een reden voor het faillissement, is de directeur van een Duitse besloten vennootschap wettelijk verplicht om onverwijld – dus binnen de kortste tijd – een faillissementsaanvraag in te dienen. Soms is het feit dat één of twee weken wordt gewacht al voldoende voor de veronderstelling dat het verzoek te laat is ingediend. Daar komt nog bij dat in Duitsland sneller dan in Nederland sprake is van een reden voor het faillissement.

Bij een besloten vennootschap kunnen er drie redenen zijn voor een faillissement: te grote schuldenlast, insolventie en dreigende insolventie. De eerste twee redenen zijn dwingende redenen voor een faillissement, dat wil zeggen dat het faillissement moet worden aangevraagd indien hiervan sprake is.

Van een te grote schuldenlast is sprake indien het vermogen van het bedrijf de verplichtingen van het bedrijf niet meer dekt. Indien dus alle debetposten tezamen lager zijn dan de som van alle betalingsverplichtingen.

Van insolventie is sprake indien een bedrijf niet in staat is de vereiste en verschuldigde betalingen te verrichten. Een tijdelijke opschorting van betalingen is daarvoor echter niet voldoende.

De derde reden, dreigende insolventie, is geen dwingende reden. Van dreigende insolventie is sprake indien het ernaar uitziet dat het bedrijf op het tijdstip waarop betalingen verschuldigd zijn haar betalingsverplichtingen niet kan nakomen. In dit geval is de ondernemer niet verplicht om meteen het faillissement aan te vragen, maar heeft wel de mogelijkheid om dit doen, om een saneringsconcept te kunnen ontwikkelen en een dreigend faillissement af te wenden.

Indien de directeur verzuimt het faillissement tijdig aan te vragen is, zoals reeds vermeld, sprake van niet-nakoming van een verplichting, wat tot gevolg kan hebben dat de directeur met zijn privévermogen aansprakelijk is. Deze

aansprakelijkheid geldt echter uitsluitend voor schade van derden die causaal samenhangt met de niet-nakoming van de desbetreffende verplichting. De directeur is derhalve niet aansprakelijk voor alle bestaande schulden van de besloten vennootschap, maar alleen voor schade die voor de 'oude' schuldeisers ontstaat doordat bepaalde besluiten worden genomen terwijl reeds sprake is van een reden voor het faillissement, en bepaalde nieuwe verplichtingen worden aangegaan.

In principe geldt derhalve dat, indien de directeur van een besloten vennootschap zich voortdurend goed op de hoogte stelt van de financiële situatie van het bedrijf en ingrijpt zodra het bergafwaarts gaat, in de regel geen sprake is van aansprakelijkheid. Daarnaast zijn er vanzelfsprekend tevens andere juridische mogelijkheden om het aansprakelijkheidsrisico reeds bij voorbaat te beperken.

2. Faillissementspauliana door de curator

Ook van de faillissementspauliana door de curator zouden Nederlandse bedrijven die zaken doen met Duitse bedrijven al eens moeten hebben gehoord. Het recht op faillissementspauliana is een instrument van de curator om besluiten ten aanzien van het vermogen ongedaan te maken die zijn genomen voordat het faillissement werd aangevraagd of tijdens de faillissementsprocedure. Deze regel dient ter bescherming van de schuldeisers, die vaak slechts een klein gedeelte van hun vordering uit de failliete boedel betaald krijgen.

De aanvechting van betalingen die 10 jaar geleden zijn verricht, zoals door het FD in bovengenoemd artikel genoemd, vormt echter een uitzondering. Alleen bij opzettelijk benadelende rechtshandelingen waarbij de benadeling van de schuldeisers voor lief wordt genomen en beide partijen op de hoogte waren van het feit dat sprake was van een reden voor het faillissement, kan een aanvechting zover teruggaan. Desondanks dienen ondernemers deze regeling serieus te nemen. Het is namelijk voldoende indien de Nederlandse ondernemer op de hoogte was van het feit dat voor de betalende handelspartner insolventie dreigt, en andere schuldeisers eventueel worden benadeeld door een betaling. Met name bij grote faillissementen en de betaling van grote bedragen kan niet automatisch ervan worden uitgegaan dat een curator geen poging zal ondernemen om een betaling aan te vechten. De grote vraag is natuurlijk vanaf welk tijdstip een handelspartner op de hoogte was van dreigende insolventie.

Onafhankelijk van het feit of bekend was dat sprake was van een reden voor het faillissement, kan de curator alle besluiten aanvechten die drie maanden voor en na het tijdstip waarop het faillissement is aangevraagd zijn genomen.

Deze regeling heeft in de praktijk belangrijke effecten. Een dergelijke aanvechting heeft niet alleen gevolgen voor de schuldenaar, maar ook en vooral natuurlijk voor handelspartners die bijvoorbeeld diverse malen uitstel van betaling hebben

verleend aan een bedrijf. Indien immers in geval van een opeisbare vordering uitstel van betaling wordt verleend of betaling in termijnen wordt toegestaan aan de handelspartner, kan bij een later faillissement een termijnbetaling worden aangevochten. Een begripvolle Nederlandse ondernemer moet dan bedragen aan de curator terugbetalen, en kan zijn vordering slechts aanmelden voor opname in het overzicht van vorderingen.

Conclusie

Het Duitse faillissementsrecht kent een aantal regelingen waarvan ondernemers zich op de hoogte dienen te stellen voordat zij gaan samenwerken met Duitse handelspartners of in Duitsland een besloten vennootschap oprichten. Met name in tijden van economische crisis is immers onzeker hoe lang het eigen bedrijf of de handelspartner wegvallende betalingen en teruglopende orders kan opvangen.

Kristin Schenkel

Het actuele recht met betrekking tot erkende distributeurs

26 JANUARI 2015

Indien de verschillende verkoopsystemen met elkaar worden vergeleken, blijkt dat het systeem met erkende distributeurs momenteel de trend is, terwijl ook de franchisesystemen een gestage groei vertonen. De populariteit van het systeem met handelsagenten neemt in de meeste sectoren duidelijk af. Dit brengt aanzienlijke juridische problemen met zich mee, omdat alleen het recht met betrekking tot handelsagenten in heel Europa geharmoniseerd is, en er slechts in enkele Europese landen een wettelijke basis aanwezig is voor het recht met betrekking tot erkende distributeurs en franchisenemers. Het recht van de erkende distributeur wordt beheerst door de jurisprudentie en is in Europa zeer verschillend. Op Europees niveau geldt de zeer beperkte zgn. verticale groepsvrijstellingsverordening (Verordening (EU) nr. 330/2010). Daarnaast zijn er nog enkele Europese verordeningen die gelden voor specifieke branches. In dit verband was altijd de Europese verordening voor de automobielsector (Verordening (EG) nr. 1400/2002) van belang, omdat deze verordening ook voor veel andere branches werd geraadpleegd. Deze verordening is onlangs echter weggefallen, waardoor de weg vrij is voor fabrikantvriendelijke contractuele bepalingen.

Enkele Europese landen hebben de laatste tijd zelf regelingen ontwikkeld ten aanzien van het recht met betrekking tot erkende distributeurs. Hier dient met name Oostenrijk te worden genoemd. Het initiatief van deze afzonderlijke landen is zeker prijzenswaardig, leidt echter meer en meer tot een niet-uniforme behandeling van het recht met betrekking tot erkende distributeurs in Europa.

In Duitsland is het recht met betrekking tot erkende distributeurs gebaseerd op jurisprudentie, waarbij alle vonnissen die van belang zijn, betrekking hebben op de automobielsector. Zij zijn echter door het wegvallen van Verordening (EG) nr. 1400/2002 onzeker geworden. Afgewacht dient te worden of, en zo ja in hoeverre, bepaalde beslissingen zullen worden herzien.

In distributeurovereenkomsten worden steeds vaker regelingen opgenomen waarbij de fabrikant kwalitatieve eisen stelt aan de distributeur (bijv. inrichting van de verkoopruimten, inventaris, corporate identity, beschikbaar stellen van contractproducten of scholing van de medewerkers). Vaak is ook een bepaling opgenomen waarbij de fabrikant zich het recht voorbehoudt de bij aanvang van de overeenkomst overeengekomen eisen gedurende de looptijd van de overeenkomst eenzijdig aan te passen, ook indien dit voor de erkende distributeur leidt tot

aanzienlijke investeringen. Dergelijke eenzijdige wijzigingsclausules zijn in de meeste gevallen echter ongeldig. Indien aan de niet-nakoming van de eisen het risico verbonden is dat in niet onaanzienlijke mate schade wordt toegebracht aan de verkoop of het aanzien van de fabrikant, kan dit in afzonderlijke gevallen echter een reden zijn voor buitengewone opzegging.

Daarnaast zijn vaak bepalingen opgenomen waarmee de fabrikant invloed uitoefent op het beloningssysteem (bijv. verandering van de marges, bonussen of premies). Door de distributeur worden dergelijke clausules, die juridisch zeer twijfelachtig zijn, desondanks geaccepteerd omdat de distributeur economisch afhankelijk is van de fabrikant.

Sinds het wegvallen van Verordening (EG) nr. 1400/2002 heeft de fabrikant ook weer de mogelijkheid om met de erkende distributeur een concurrentieverbod overeen te komen, dat tegenwoordig dan ook regelmatig in alle branches opduikt. Hierdoor is de distributeur nog sterker afhankelijk van de fabrikant. Grote bedrijven gaan om die reden dan ook niet meer in zee met merken die een dergelijk concurrentieverbod opleggen.

Een ander, voornamelijk Duits probleem is de algemene terugkoopverplichting van distributeurs op grond van leasecontracten die zij hebben gesloten met leasegevers. Deze verplichting is in de automobielsector in Duitsland in veel distributeurovereenkomsten opgenomen en heeft door het instorten van de prijzen van tweedehandsauto's zelfs geleid tot het faillissement van bedrijven. Desondanks wordt er in de Duitse rechtspraak in de meeste gevallen nog steeds van uitgegaan dat dergelijke clausules rechtsgeldig zijn.

De aanpassing van kartelrechtelijke grondslagen en de verandering van de economische omstandigheden hebben een duidelijke verandering, lees verslechtering van de economische en juridische situatie van erkende distributeurs tot gevolg. Niet voor niets wordt om deze reden in ieder geval op nationaal niveau gesproken over de noodzaak van wetgeving die distributeurs beschermt, waarbij deze wetgeving in sommige landen – bijv. in Oostenrijk – ook al is ingevoerd. Dat zal de komende jaren in Europa leiden tot een 'lappendeken' die nauwelijks nog te overzien is. Aangezien de systemen van erkende distributeurs de meerderheid vormen van alle verkoopsystemen in Europa, dient in dit verband te worden gehoopt op harmonisatie op Europees niveau.

Susanne Hermsen

Autorijden in Duitsland – wat is met de mobiele telefoon toegestaan achter het stuur?

28 JANUARI 2015

Zakendoen in Duitsland betekent voor veel buitenlandse ondernemers ook dat zij met de auto door Duitsland rijden. Ondanks het feit dat advisering bij verkeers-overtredingen niet onder de kerncompetenties van ons kantoor valt, geven wij onderstaand toch een kort overzicht van de actuele situatie in Duitsland met betrekking tot het gebruik van de mobiele telefoon achter het stuur, omdat onze cliënten regelmatig vragen hierover hebben.

Wat wel mag (maar desondanks natuurlijk niet slim is):

In september 2014 heeft het Gerechtshof Hamm bepaald dat er geen sprake is van ongeoorloofd gebruik van een mobiele telefoon door een autobestuurder indien het voertuig stilstaat en de motor automatisch is uitgeschakeld (start-stop-functie). De wetgever maakt in zoverre geen verschil tussen handmatige en automatische uitschakeling van de motor. Hetzelfde gerechtshof heeft in 2007 ook bepaald dat het gebruik van een mobiele telefoon als 'warmte-accu' voor een pijnlijk oor als geoorloofde handeling en derhalve niet als overtreding geldt. Verder geldt de begeleider bij 'begeleid rijden voor 17-jarigen' niet als autobestuurder en mag derhalve op de stoel naast de bestuurder straffeloos gebruikmaken van de mobiele telefoon. Indien een verkeersdeelnemer tijdens het rijden een trillende mobiele telefoon die in een opbergvak van de auto ligt uitsluitend oppakt om deze op een andere plaats te leggen, is dat eveneens juridisch toegestaan.

Wat niet mag:

Ieder gebruik van een mobiele telefoon (telefoneren zonder geschikte handsfree set, het wegdrukken van een beller, het schrijven en lezen van berichten, het oproepen van gegevens van internet) is tijdens het besturen van een auto verboden. Talrijke rechtbanken zijn van mening dat onder gebruik ieder gebruik van de mogelijke functies van een mobiele telefoon dient te worden verstaan, derhalve met inbegrip van het gebruik van de in de mobiele telefoon geïntegreerde agenda, het notitieboek, de dicteermodus, de MP3-speler en de fotoapplicatie. Deze jurisprudentie is gevormd vanwege de angst voor bewijsproblemen,

aangezien in geval van uitsluitend een verbod op telefoneren bestuurders waarschijnlijk regelmatig zouden beweren dat zij niet hadden getelefoneerd, maar de mobiele telefoon alleen hadden gebruikt om te dicteren, wat niet strafbaar zou zijn. De rechtbanken zijn het er in dit verband over eens dat juist het gebruik van een mobiele of autotelefoon dient te worden vastgesteld. De bewijsvoering is echter vaak moeilijk. Inbeslagneming van een mobiele telefoon door de politie ten behoeve van het aantonen van een inkomend of uitgaand telefoongesprek lijkt met het oog op de geringe sancties in geval van overtreding vanuit het oogpunt van evenredigheid en daarnaast ook om privacyredenen niet te zijn toegestaan, aangezien een mobiele telefoon allerlei persoonlijke gegevens bevat die geen verband houden met het wegverkeer.

Juridische gevolgen van een overtreding:

Een overtreding van het verbod op gebruik van de mobiele telefoon kost 60 euro, en Duitse bestuurders krijgen tevens een strafpunt in het register in Flensburg. Daarnaast bestaat volgens het vonnis van het Gerechtshof Hamm uit 2014 het risico dat bij herhaaldelijk ongeoorloofd gebruik van de mobiele telefoon een rijverbod wordt opgelegd.

Susanne Hermesen

Checklist: Procederen in de Europese Unie volgens de nieuwe EEX-verordening

10 FEBRUARI 2015

Op 10 januari 2015 is de nieuwe EEX-Verordening, oftewel de Brussel I-Verordening, in werking getreden. Aanleiding om eens precies te bekijken, welke gevolgen dit voor grensoverschrijdende geschillen met een buitenlandse wederpartij heeft. In dit artikel zal met name worden ingezoomd op de geschillen met Duitsers. We doen niet alleen zaken met elkaar, bij tijd en wijle kunnen wij het ook behoorlijk oneens zijn met elkaar. Dergelijke geschillen zijn niet altijd minnelijk op te lossen; regelmatig wordt ook de gang naar de rechter gemaakt om een eind aan het gevecht te maken.

Dit artikel geeft een handleiding voor het uitzoeken van de vraag, welke rechter bevoegd is. Ook zult u er tips en trucs vinden voor het grensoverschrijdend ten uitvoer leggen van Nederlandse vonnissen in Duitsland.

1 De bevoegde rechter

Nog voordat een dagvaarding kan worden uitgebracht, moet de vraag worden beantwoord welke rechter bevoegd is om van het geschil kennis te nemen.

De belangrijkste bevoegdheidsregelingen in de EEX-Verordening luiden als volgt:

- In beginsel geldt er vrije forumkeuze: de partijen van een toekomstige rechtszaak kunnen onafhankelijk van hun woonplaats (of in het geval van bedrijven: hun zetel) de bevoegdheid van een willekeurig gerecht in de Europese Unie afspreken. Deze afspraak moet echter zo gemaakt worden, dat beide partijen hiervan kennis konden nemen. Dit kan bijvoorbeeld door een dergelijke bepaling op te nemen in de algemene voorwaarden. Voorwaarde is echter wel dat deze correct ter hand gesteld worden en daarmee onderdeel uitmaken van het contract.

Belangrijk: Consumenten, werknemer en verzekeringnemer mogen door een dergelijke bepaling geen nadeel ondervinden. Wordt bijvoorbeeld in de algemene voorwaarden een rechtbank bevoegd verklaard, die volgens de regelingen in de EEX-Verordening bij een geschil met een consument niet bevoegd was geweest, dan is de desbetreffende regeling in de algemene voorwaarden niet rechtsgeldig.

- Geschillen omtrent onroerende zaken moeten altijd aanhangig gemaakt worden bij de rechtbank die bevoegd is kennis te nemen van geschillen in het arrondissement waar de onroerende zaak gelegen is.
- Voor arbeidsovereenkomsten, verzekeringscontracten en overige overeenkomsten met consumenten geldt: de consument heeft bij het aanhangig maken van een procedure tegen de werkgever, verzekeraar en ondernemer de keuze tussen meerdere bevoegde rechters. Naar zijn keuze kan hij een zaak in de woonplaats van de werkgever, verzekeraar of ondernemer aanhangig maken, maar hij kan ook kiezen de zaak in zijn eigen woonplaats aanhangig te maken. Bij verzekeringsgeschillen kan ook nog gekozen worden voor de plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan. Dit geldt echter niet voor de werkgever, verzekeraar of ondernemer, zij dienen (in beginsel) een geschil jegens een consument aanhangig te maken in diens woonplaats.
- Voor geschillen tussen ondernemers geldt: de ondernemer kan een vordering jegens een andere ondernemer altijd bij de bevoegde rechter van de woonplaats van de tegenpartij aanhangig maken. Daarnaast kan in veel gevallen ook gekozen worden om de zaak aanhangig te maken in de plaats van uitvoering van een overeenkomst.

2. De keuze uit de verschillende procedures

Naast de vraag omtrent de bevoegde rechter, moet men bij grensoverschrijdende procedures ook aandacht besteden aan de procedurevorm. Ieder land beschikt over verschillende procedures met verschillende voorwaarden. Anders dan in Nederland heeft het incasseren van vorderingen in een kort geding-zaak in Duitsland (bijna) geen kans van slagen. Een Nederlandse schuldeiser kan beter kiezen voor het aanhangig maken van een zogenaamde Mahnverfahren (een formele procedure, waarin een vordering niet getoetst wordt). Voor het maken van een keuze voor een nationale procedure is het een schuldeiser ook aan te raden een blik op de Europese procedures te werpen. De Europese wetgever heeft de schuldeiser namelijk ook de Europese betalingsbevelprocedure (vergelijkbaar met het Duitse Mahnverfahren) en de Europese procedure voor geringe vorderingen ter beschikking gesteld. Beide procedures kunnen zonder advocaat door de schuldeiser met behulp van een formulier aanhangig gemaakt worden. Zonder het moeten schrijven van een dagvaarding en vaak ook zonder hoorzitting kunnen schuldeisers op deze manier een geldige titel verkrijgen.

Indien er sprake is van een grotere geldvordering, die tevens door de schuldenaar betwist zal worden, moet men echter de weg van "normale" burgerrechtelijke procedures kiezen en doet men er verstandig aan een advocaat in te schakelen.

3. Betekenen over de grens

In alle grensoverschrijdende procedures moet reeds bij het aanhangig maken van de procedure rekening worden gehouden met de betekening van de dagvaarding bij de wederpartij in het buitenland. Hierbij komt de zogenaamde Europese Betekeningsverordening kijken. In beginsel werkt een betekening als volgt. Men draagt de desbetreffende stukken aan de verzendende instantie over en deze zal de stukken dan aan de ontvangende instantie doen toekomen. Voor iedere lidstaat zijn verzendende en ontvangende instanties vastgelegd. In Duitsland wordt dit door de rechtbank verzorgd waar de zaak aanhangig is en voor buitengerechtelijke stukken door de afdeling kanton van de rechtbank in het arrondissement waar de verzender zijn woonplaats heeft. In Nederland wordt dit meestal door de deurwaarder verzorgd.

Een handig overzicht kan men op de volgende website vinden:

<http://www.dzw.gr/fl29c>

Een belangrijk punt bij een grensoverschrijdende procedure is de vertaling van de stukken. De verzendende partij kan ervoor kiezen de stukken zonder vertaling te laten verzenden. Hierbij loopt hij echter het risico dat de ontvanger binnen één week na ontvangst bezwaar aantekent en er dan alsnog een vertaalde versie betekend moet worden.

Procedurele nadelen ontstaan hierdoor meestal niet. Als beslissende datum van betekening geldt namelijk in beginsel de datum waarop de eerste stukken ontvangen zijn – mét de gewenste gevolgen, zoals bijvoorbeeld stuiting van de verjaring van een vordering van de verzender. Indien er echter een termijn voor de ontvanger geldt, bijvoorbeeld voor het indienen van een verweerschrift, dan gaat deze termijn pas lopen nadat de ontvanger, die hierop beroep doet, een vertaling van de stukken in zijn moedertaal ontvangt.

4. Geen exequaturprocedure meer!

Indien een schuldeiser een titel heeft verkregen, wil hij deze ook ten uitvoer leggen.

Hierbij moet een verschil gemaakt worden tussen de verschillende procedures. Alle titels die volgen uit een procedure op tegenspraak, bijvoorbeeld een uitspraak in een Nederlandse kortgedingprocedure of een bodemprocedure in zowel Duitsland als Nederland, moeten volgens de EEX-Verordening ten uitvoer worden gelegd. In het geval van onbetwiste vorderingen, dus procedures waarin de schuldenaar geen verweer heeft gevoerd, bijvoorbeeld verstekvonnissen, kortgedingprocedures in Duitsland, kostenveroordelingen of indien de schuldenaar het bestaan van de vorderingen heeft toegegeven, kan de titel ook volgens de EET-Verordening ten uitvoer worden gelegd. De EET-Verordening is reeds sinds

2005 in werking en voorziet voor dergelijke titels geen procedure voor de erkenning.

Vóór het in werking treden van de nieuwe wetgeving moest de schuldeiser een titel volgens de EEX-Verordening in het land van de executie laten erkennen. Dit werd nu aangepast en ook voor alle procedures op tegenspraak die ná 10 januari 2015 aanhangig werden gemaakt, geldt inmiddels dat een tenuitvoerlegging ook zonder erkenningsprocedure mogelijk is. Er dient slechts het formulier volgens art. 53 EEX-Verordening (in bijlage 1 van de Verordening) bij de rechtbank worden opgevraagd. Dit formulier moet worden afgegeven in de taal van het land waar de executie plaats moet vinden.

Tip: het desbetreffende formulier in de desbetreffende twee talen uitprinten en naast elkaar leggen. Dan het formulier in de onbekende taal aan de hand van het formulier in de moedertaal zelf invullen en bij de rechtbank aanleveren. Dit voorkomt fouten!

Bij het ten uitvoer leggen in het buitenland moet er opnieuw rekening worden gehouden met de wijze van betekening en de verschillende nationale regelingen omtrent de executieprocedure. Door het in werking treden van de nieuwe EEX-Verordening en het daarmee verdwijnen van de exequaturprocedure zal dit veel goedkoper worden.

Kristin Schenkel

Duitsland: eerste wet op het minimumloon (deel I) – ook van toepassing op buitenlandse arbeidsovereenkomsten?

16 FEBRUARI 2015

Begin 2015 is de eerste Duitse wet op het minimumloon [Mindestlohngesetz (MiLoG)] in werking getreden, en eind januari zal ook een eerste salarisbetaling aan alle werknemers hebben plaatsgevonden op grond van deze wet. Er verschijnen legio berichten dat enkele werkgevers zich nog niet aan de wettelijke verplichtingen houden en ondanks de nieuwe regeling lagere bedragen uitbetalen. Maar ook buitenlandse werkgevers proberen de wettelijke regelingen te omzeilen. Vooral buitenlandse transportondernemingen klagen erover dat de wet ook van toepassing is op buitenlandse vrachtwagenchauffeurs. Reden te meer om te kijken naar de nieuwe regels en de invloed hiervan op buitenlandse werkgevers.

1. Inleiding

De wetgeving betreffende het minimumloon moet worden gezien in de context van de andere regelingen van de aangenomen wet ter versterking van de contactvrijheid van de sociale partners [Tarifautonomiestärkungsgesetz (TarifAutStG)]. Deze wet is een belangrijke pijler onder het coalitieverdrag van de SPD en de CDU/CSU. Ten aanzien van alle arbeidsovereenkomsten die onder deze wet vallen, wordt een minimumloon voorgeschreven van € 8,50 per uur. Bovendien bevat de wet nieuwe meldingsplichten, die door de betrokken werkgevers op straffe van een boete nagekomen moeten worden.

2. Van toepassing op buitenlandse werknemers?

Het minimumloon van € 8,50 en de genoemde meldingsplichten zijn slechts van toepassing op overeenkomsten die vallen onder de wet op het minimumloon. Deze wet vormt echter slechts de ondergrens van het wettelijk minimumloon. Zij is namelijk niet van toepassing indien een andere wet uit de TarifAutStG, bijvoorbeeld de wet op de detachering van werknemers [*Arbeitnehmerentsendegesetz*] of de wet op tijdelijk werk [*Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*] geldt. Cao-afspraken waarvoor deze wetten gelden, mogen niet lager zijn dan het in de wet

voorgeschreven minimumloon, maar “betere” minimumlonen moeten behouden blijven voor de betrokken werknemers.

Een van de belangrijkste vragen voor buitenlandse werkgevers is of de Duitse wetgeving ook invloed heeft op arbeidsovereenkomsten tussen die werkgevers en hun medewerkers indien zij hun medewerkers op tijdelijke basis werk laten verrichten in Duitsland.

De wet zelf zwijgt hierover. In tegenstelling tot de wet op de detachering van werknemers bevat de wet op het minimumloon geen specifieke regeling voor buitenlandse werknemers maar wordt er slechts verwezen naar een geldigheid voor alle “werknemers en werkneemsters”. Desondanks kan hieruit niet de conclusie worden getrokken dat de wet niet van toepassing is op niet geregelde gevallen. Via de wet op de detachering van werknemers zijn namelijk wettelijke regelingen betreffende minimumvergoedingen ook van toepassing op buitenlandse arbeidsovereenkomsten. Dit geldt ook indien die wetten later in werking zijn getreden dan de wet op de detachering van werknemers en/of slechts subsidair gelden.

Hieraan doet ook het Europese collisierecht niets af. In principe is namelijk bij een arbeidsovereenkomst met internationaal karakter het arbeidsrecht van toepassing zoals bepaald in verordening Rome I. Op grond van deze verordening hebben de partijen in principe de vrijheid om een nationaal arbeidsrecht te kiezen. De wettelijk dwingende regels betreffende de bescherming van werknemers die zonder rechtskeuze van toepassing zouden zijn op de overeenkomst, mogen door het gekozen recht echter niet ter zijde worden geschoven. Bij een Nederlandse werkgever die zijn werknemers slechts op tijdelijke basis in Duitsland laat werken, zou volgens het bepaalde in verordening Rome I Nederlands arbeidsrecht van toepassing zijn. Een keuze voor Nederlands arbeidsrecht (die in de meeste Nederlandse arbeidsovereenkomsten wordt gemaakt) is derhalve onbeperkt mogelijk.

Desondanks geldt de wet op het minimumloon naast het gekozen nationale arbeidsrecht tevens voor deze buitenlandse overeenkomsten. Volgens de toelichting van de wetgever gaat het namelijk om een zogenoemde bepaling van bijzonder dwingend recht. Op grond van verordening Rome I kan een lidstaat een wet die volgens zijn inschatting noodzakelijk is om zijn binnenlandspolitieke, economische en sociale doelen te bereiken, ook toepassen op buitenlandse arbeidsovereenkomsten. Toen de Duitse regering een minimumloon voor het hele land in het leven riep, heeft zij zich beroepen op een dergelijk doel, en daarom is de wet op het minimumloon van toepassing.

De toepassing van deze wet op buitenlandse arbeidsovereenkomsten stuit echter op kritiek als het gaat om de Europese fundamentele vrijheden. De lidstaten zijn verplicht een grensoverschrijdende handel te garanderen. Hoewel de wet van

toepassing is op zowel binnenlandse als buitenlandse ondernemingen, kunnen de bepalingen desondanks als discriminerend voor de grensoverschrijdende handel worden beschouwd. In de juridische vakliteratuur wordt doorgaans uitgegaan van verenigbaarheid met het vrij verrichten van diensten in het VWEU (Verdrag betreffende de werking van der Europese Unie), maar buitenlandse ondernemingen verzetten zich heftig tegen de nieuwe Duitse wetgeving. Het verzet van verschillende ondernemers- en werkgeversorganisaties maar ook van lidstaten is intussen zo heftig dat de kans groot is dat de Duitse regering te maken krijgt met een inbreukprocedure voor het HvJEU.

Meerdere landen, onder andere Polen en Tsjechië, hebben bovendien bij Andrea Nahles, de verantwoordelijke minister, erover geklaagd dat het minimumloon geldt voor buitenlandse vrachtwagenchauffeurs die Duitse autowegen slechts als doorgangsroute gebruiken. De Duitse regering heeft laten weten dat een controle van het minimumloon voor deze beroepsgroepen wordt uitgesteld. Ook de Europese Commissie nam het op voor de werkgevers en heeft intussen enkele vragen gesteld aan de Duitse regering over de binnenlandspolitieke, economische en sociale doelen waarmee de toepassing van de wet op buitenlandse ondernemingen wordt gerechtvaardigd.

Schrijver dezes is van mening dat de invoering van een minimumloon in het hele land ongetwijfeld een binnenlandspolitiek economisch doel vormt dat alleen verwezenlijkt kan worden indien de wet op het minimumloon wordt toegepast op buitenlandse arbeidsovereenkomsten. In principe moet men ondanks de bezwaren momenteel uitgaan van toepassing op buitenlandse arbeidsovereenkomsten. Dit geldt tevens voor arbeidsovereenkomsten met zogenoemde transito-chauffeurs. Ten aanzien hiervan wordt slechts tijdelijk afgezien van een controle, er is niet besloten dat de wet definitief niet geldt voor dergelijke arbeidsovereenkomsten. De bezwaren van buitenlandse ondernemingen en andere lidstaten met betrekking tot de niet-verenigbaarheid met de Europese fundamentele vrijheden zijn ongetwijfeld gegrond. Desondanks moet erop worden gewezen dat een inbreuk op een fundamentele vrijheid niet ertoe leidt dat de wet meteen niet van toepassing is. Hierover moet eerst een oordeel worden geveld door het HvJEU. Tegelijkertijd is niet elke inbreuk op de fundamentele vrijheid ook een overtreding. Een inbreuk kan namelijk worden gerechtvaardigd met het argument dat een regeling om redenen van "openbare orde" noodzakelijk is. Indien ten aanzien van de wet op het minimumloon op grond van de regeling betreffende bepalingen van bijzonder dwingend recht in verordening Rome I wordt uitgegaan van een grotendeels binnenlandspolitiek doel, moet ten aanzien van het vrij verrichten van diensten in het VWEU ook een reden van openbare orde worden geaccepteerd in het kader van uniforme regelgeving.

3. Conclusie

Samenvattend kan derhalve worden geconstateerd dat de wet op het minimumloon ondanks de aanzienlijke bezwaren van buitenlandse ondernemers momenteel ook van toepassing is op buitenlandse arbeidsovereenkomsten. De enige uitzondering wordt voorlopig gevormd door het zogenoemde transitovervoer door de Bondsrepubliek Duitsland. Deze uitzondering geldt echter niet op grond van een hiaat in de wet maar op grond van de tijdelijke speciale regeling die de Duitse regering heeft getroffen.

Kristin Schenkel

Duitsland: eerste wet op het minimumloon (deel II) – omvangrijke nieuwe plichten ook voor buitenlandse werkgevers?

18 FEBRUARI 2015

Begin 2015 is de eerste Duitse wet op het minimumloon [Mindestlohngesetz (MiLoG)] in werking getreden. Desondanks is er nog veel onduidelijk en verzetten zich vooral buitenlandse werkgevers tegen de toepassing van deze wet. De Duitse vakbond DGB maakt op haar website melding van pogingen om uitbetaling te omzeilen door bioscoopbonnen of kaartjes voor de sauna toe te sturen. Nederlandse werkgevers moeten niet alleen beducht zijn voor de hoogte van de vergoeding volgens deze wet maar vooral ook voor de nieuwe meldings- en registratieplichten.

In een eerder artikel werd ingegaan op de discussie over de toepasbaarheid van de wet op buitenlandse arbeidsovereenkomsten. In de praktijk rijst de nog veel belangrijker vraag welke gevolgen de toepasbaarheid van de wet heeft voor buitenlandse ondernemingen. Deze vraag wordt in dit artikel beantwoord.

1. Minimumloon

Men zou kunnen denken dat de invoering van het minimumloon in Duitsland Nederlandse ondernemers eigenlijk koud laat. Het Nederlandse arbeidsrecht kent namelijk al sinds jaren een wettelijk minimumloon. Maar hier wordt de eerste denkfout gemaakt. Bij een inhoudelijke vergelijking van de twee regelingen valt namelijk op dat de Duitse wet op het minimumloon in tegenstelling tot de Nederlandse wetgeving geen indeling van de werknemers naar leeftijd kent. Het Duitse wettelijk minimumloon geldt in principe voor alle werknemers vanaf 18 jaar en bedraagt voor hen uniform € 8,50 per uur. De Nederlandse wet voorziet echter pas voor werknemers vanaf 23 jaar in een dergelijk bedrag. In dit opzicht wordt in de Nederlandse wet minder geregeld dan in de Duitse wet op het minimumloon. Bovendien kan voor een overtreding van de wettelijke bepalingen betreffende het Duitse minimumloon een schrikbarend hoge boete worden opgelegd van maximaal € 500.000,-.

2. Meldingsplichten

De wet bevat niet alleen regels betreffende de minimumvergoeding maar ook nieuwe registratie- en meldingsplichten. Deze plichten spelen in de internationale discussie over de wet nauwelijks een rol; schrijver dezes is echter van mening dat juist Nederlandse werkgevers zeer goed zouden moeten letten op deze plichten. Ook deze plichten zijn namelijk sinds de invoering van de wet op het minimumloon nu van toepassing.

De waarschijnlijk belangrijkste plicht is de meldingsplicht aan de Duitse douane ter bestrijding van zwart werk (§ 16 MiLoG); op niet-nakoming hiervan staat ook een boete. Ondernemingen die onder deze bepaling vallen en werknemers in de desbetreffende branches in dienst hebben of aan deze branches uitlenen, moeten vóór aanvang van hun activiteiten in Duitsland de gegevens van de betreffende medewerkers melden bij de douane.

Om de nakoming van deze meldingsplichten te vergemakkelijken, heeft de douane een formulier opgesteld. Maar dit formulier is uitsluitend in het Duits verkrijgbaar en geeft geen antwoord op de vraag of de meldingsplicht geldt voor de betreffende branche. Wanneer een Nederlandse werkgever dit formulier indient, heeft hij voldaan aan zijn plichten. Volgens de wet zijn de Duitse autoriteiten echter tevens bevoegd om op grond van de melding bij de werkgever ook alle arbeidsovereenkomsten en loonstroken van de betreffende werknemers op te eisen. Een buitenlandse werkgever moet voldoen aan dit verzoek van de Duitse autoriteiten en de desbetreffende stukken indienen in het Duits, anders riskeert hij een boete.

Ook op deze regeling kan met het oog op de Europese wetgeving kritiek worden geuit; zij vormt voor buitenlandse ondernemers ongetwijfeld een hoge toegangs-drempel tot de Duitse afzetmarkt. Maar werkgevers dienen zich aan deze regeling te houden totdat het HvJEU een definitief oordeel heeft geveld.

3. Conclusie en advies

Voor buitenlandse werkgevers is de conclusie van deze uiteenzettingen glashelder. Er moet momenteel van worden uitgegaan dat de Duitse wet op het minimumloon ook van toepassing is op Nederlandse arbeidsovereenkomsten. Dit heeft tot gevolg dat de vergoeding voor werknemers die in Duitsland werkzaam zijn, goed onder de loep moet worden genomen en eventueel aangepast moet worden met betrekking tot de regelingen van de wet op de detachering van werknemers [Arbeitnehmerentsendegesetz] en van de wet op het minimumloon. Net zo belangrijk echter is de meldingsplicht in de nieuwe wet. Wat dit betreft, wordt alle betrokken Nederlandse werkgevers geadviseerd om door een Duitse jurist te laten beoordelen of deze meldingsplichten gelden voor hun eigen onderneming. Indien dit het geval is, moet de Nederlandse werkgever de

desbetreffende meldingsplicht nakomen aangezien anders boetes van meerdere tienduizenden euro's kunnen worden opgelegd.

Omdat dit thema zo actueel is, zal schrijver dezes dit artikel regelmatig updaten.

Voor eventuele vragen kan natuurlijk ook contact worden opgenomen met de German Desk van Dirkzwager.

Kristin Schenkel

Recht van werknemer op verlenging arbeidsrelatie bij bedrijfsverplaatsing naar het buitenland

4 MAART 2015

Indien op een werknemer de bescherming krachtens de wet op de ontslagbescherming van toepassing is, dan is voor het ontslag van de werknemer een reden vereist (die verband houdt met de persoon van de werknemer, met zijn gedrag of met het bedrijf). Een ontslagreden die verband houdt met het bedrijf is bijvoorbeeld het besluit van een werkgever tot volledige sluiting van een vestiging. Voor wat betreft het besluit van de werkgever als ondernemer om een vestiging te sluiten, behoeft door de rechtbank niet nader onderzocht te worden in hoeverre dit zakelijk terecht of doelmatig is, doch enkel in hoeverre dit klaarblijkelijk onzake-lijk, onverstandig of willekeurig is. De werkgever mag in principe vrijelijk besluiten op welke locatie hij welke arbeidstechnische doelen wenst te verwezenlijken. Indien een werkgever dus besluit om een vestiging te sluiten, dan hoeft dit besluit niet door de rechtbank nader onderzocht te worden en kan dit een ontslagreden zijn.

Indien de werkgever echter de mogelijkheid heeft om de werknemer, aan wie ontslag werd aangezegd, in een andere vestiging van zijn onderneming tewerk te stellen, dan kan dit leiden tot een aanspraak van de werknemer op voortzetting van de arbeidsrelatie. De rechtbank kan in deze zonder enige beperking nader onderzoeken in hoeverre het betreffende besluit van de werkgever (tot sluiting van een vestiging) daadwerkelijk werd uitgevoerd en in hoeverre ten gevolge hiervan voor de betreffende werknemer daadwerkelijk de arbeidsplaats werd opgeheven. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat een deel van de gesloten vestiging in een ander onderdeel van het bedrijf wordt voortgezet, waar een arbeidsplaats voor de betreffende werknemer vacant is. De betreffende werknemer kan dan eventueel een aanspraak hebben op voortzetting van de arbeidsrelatie in deze andere vestiging. In hoeverre een dergelijke aanspraak daadwerkelijk bestaat, is van diverse factoren afhankelijk zoals de afstand tussen de betreffende vestigingen. Het Bundesarbeitsgericht heeft in een recente uitspraak bepaald dat de verplichting van de werkgever om krachtens de wet op de ontslagbescherming de werknemer over te plaatsen naar een andere vacante arbeidsplaats in dezelfde of een andere vestiging van zijn onderneming, in principe niet geldt indien deze nieuwe arbeidsplaats zich in een bedrijfsvestiging in het buitenland bevindt. Indien

de werkgever dus een deel van zijn productiebedrijf verplaatst van Duitsland naar Spanje, dan kan dit in principe niet leiden tot een aanspraak van de werknemer die in Duitsland werd ontslagen op voortzetting van de arbeidsrelatie in de vestiging in Spanje.

Volgens bestendige jurisprudentie van het Bundesarbeitsgericht zijn de betreffende bepalingen van de wet op de ontslagbescherming namelijk alleen van toepassing op bedrijven die gevestigd zijn in Duitsland.

De situatie zou echter anders kunnen zijn indien een werkgever nabij een landsgrens in binnen- en buitenland diverse, uniform bestuurd bedrijfsvestigingen exploiteert en indien hij bedrijfsactiviteiten van de ene vestiging grensoverschrijdend naar de andere verplaatst. Indien een werkgever dus een deel van zijn bedrijf in Kleve (Duitsland) sluit en de activiteiten van de gesloten bedrijfsvestiging verplaatst naar Nijmegen, dan is de uitspraak van de Bundesgerichtshof niet van toepassing op die situatie. Een recht van de werknemer op voortzetting van de arbeidsrelatie kan derhalve niet enkel vanwege het feit dat het bedrijf naar het buitenland wordt verplaatst, worden uitgesloten.

Een onderscheid moet worden gemaakt ten aanzien van de situatie waarin een bedrijf (of een deel van een bedrijf) direct over de grens naar het buitenland wordt verplaatst en indien in dit buitenland bovendien de Duitse taal wordt gesproken.

Indien een werkgever een organisatorisch gezien apart onderdeel van zijn bedrijf naar het buitenland verplaatst, waarbij dan bovendien sprake is van een wisseling van eigenaar, gaan de arbeidsrelaties met de betreffende werknemers over op de nieuwe werkgever in het buitenland.

Susanne Hermesen

Maak kennis met **Dirkzwager**
advocaten & notarissen

Vestiging Arnhem

Postbus 111
6800 AC Arnhem
Velperweg 1
6824 BZ Arnhem
T +31 (0)26 353 83 00
F +31 (0)26 351 07 93

Vestiging Nijmegen

Postbus 55
6500 AB Nijmegen
Van Schaeck Mathonsingel 4
6512 AN Nijmegen
T +31 (0)24 381 31 31
F +31 (0)24 322 20 74

E info@dirkzwager.nl

I www.dirkzwager.nl