

**JAR 2015/110 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 17-03-2015,  
200.134.475/01, ECLI:NL:GHARL:2015:1933**  
**Sociaal Plan niet van toepassing op bij faillissement ontslagen  
werknemers, Uitleg volgens cao-norm, Borgstelling  
moedermaatschappij accessoir aan Sociaal Plan**

<b>Publicatie</b>	JAR 2015 afl. 6
<b>Publicatiedatum</b>	28 april 2015
<b>College</b>	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
<b>Uitspraakdatum</b>	17 maart 2015
<b>Rolnummer</b>	200.134.475/01 LJN ECLI:NL:GHARL:2015:1933
<b>Rechter(s)</b>	mr. Kuiper mr. Fikkers mr. Groefsema
<b>Partijen</b>	34 werknemers, appellanten sub 1 tot en met sub 34 gezamenlijk ook aan te duiden als: de werknemers of Van den Berg c.s., en de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid FNV Bondgenoten te Utrecht, verder aan te duiden als: FNV, appellanten, in eerste aanleg: eisers, hierna gezamenlijk te noemen: Van den Berg c.s., advocaat: mr. R.A. Severijn, kantoorhoudend te Utrecht, tegen Condor Constructions BV te Hasselt, geïntimeerde, in eerste aanleg: gedaagde, hierna: Condor, advocaat: mr. A.J.D. Bekius, kantoorhoudend te Zwolle.
<b>Noot</b>	mr. R.L. van Heusden
<b>Trefwoorden</b>	Sociaal Plan niet van toepassing op bij faillissement ontslagen werknemers, Uitleg volgens cao-norm, Borgstelling moedermaatschappij accessoir aan Sociaal Plan,
<b>Regelgeving</b>	BW Boek 6 - 248 BW Boek 7 - 851 Wet CAO - 15

» **Samenvatting**

Condor is enig aandeelhouder en bestuurder van Ossfloor. Op 27 mei 2010 heeft Ossfloor met FNV Bondgenoten een Sociaal Plan gesloten. Het Sociaal Plan is van toepassing op het personeel dat op de datum van inwerkingtreding van het plan voor onbepaalde tijd in dienst is en boventallig is verklaard. Het plan zal van kracht zijn tot en met 31 december 2015. Het Sociaal Plan is mede ondertekend door Condor met de vermelding dat Condor zich garant stelt voor de uitvoering van het Sociaal Plan, indien zich binnen de looptijd ervan een faillissement voordoet of Condor besluit Ossfloor te sluiten. Het plan is als cao aangemeld bij SZW. De reorganisatie heeft plaatsgevonden, maar enige tijd daarna, op 24 mei 2011 is Ossfloor alsnog failliet verklaard. De curator heeft de 39 resterende werknemers ontslag aangezegd. FNV en 34 werknemers vorderen nakoming door Condor van het Sociaal Plan. De rechtbank heeft de vordering afgewezen.

Op het hoger beroep van FNV en de werknemers stelt het hof vast dat de door Condor gegeven garantie kan worden gezien als een overeenkomst van borgtocht. Deze overeenkomst heeft een accessoir karakter, want is afhankelijk van de verbintenis die de hoofdschuldenaar, Ossfloor, in het Sociaal Plan is aangegaan. Condor is dus alleen tot betaling verplicht als Ossfloor dat ook zou zijn. Of dit het geval is, moet worden beoordeeld aan de hand van het Sociaal Plan. Dit Sociaal Plan is een cao en moet conform de cao-norm worden uitgelegd. Dat de overeenkomst van borgtocht zich op zichzelf leent voor een uitleg conform de Haviltex-maatstaf doet daar niet aan af. Uit de tekst van het Sociaal Plan volgt dat het alleen van toepassing is op het personeel dat op de datum van inwerkingtreding van het Sociaal Plan voor onbepaalde tijd in dienst is en ten gevolge van de reorganisatie boventallig is verklaard. De zogenoemde achterblijvers vallen hier dus niet onder. Voor zover dat wel beoogd zou zijn door FNV en Ossfloor, geldt dat het hierbij gaat om niet kenbare partijbedoelingen. Deze blijven buiten beschouwing bij een uitleg conform de cao-norm. Dat Condor de nakoming van het Sociaal Plan garandeert bij faillissement betekent niet dat het Sociaal Plan ook geldt voor de achterblijvers. Dit volgt immers niet uit het Sociaal Plan. Van een onaanvaardbare situatie is geen sprake. Tegenover het gemis aan een uitkering krachtens het Sociaal Plan staat dat de achterblijvers tot aan het faillissement hebben kunnen blijven werken en loon hebben ontvangen.

NB. In «JAR» 2012/15 oordeelde Hof Leeuwarden dat de moedermaatschappij een garantie moest nakomen die was opgenomen in een concept Sociaal Plan van de failliete dochter. Daarbij was van belang dat, anders dan in onderhavige zaak, het faillissement van de dochter het gevolg was van door de moeder genomen maatregelen. Dat een Sociaal Plan moet worden uitgelegd conform de cao-norm volgt uit HR, «JAR» 2000/151 (Akzo/FNV).

» **Uitspraak**

**1. Het geding in eerste aanleg**

(...; *red.*)

**2. Het geding in hoger beroep**

(...; *red.*)

**3. Ten aanzien van de feiten**

Tegen de weergave van de vaststaande feiten in rechtsoverweging 2 (2.1 tot en met 2.15) van genoemd vonnis is geen grief ontwikkeld en ook anderszins is niet van bezwaren daartegen gebleken, zodat ook in hoger beroep van die feiten zal worden uitgegaan.

Deze feiten, aangevuld met feiten die in hoger beroep zijn komen vast te staan, luiden:

3.1. FNV stelt zich ten doel de belangen te behartigen van werknemers, waaronder die in de vloerbedekkingsindustrie. Ten behoeve van dit doel is FNV onder meer bevoegd om sociale plannen tot stand te brengen met werkgevers of verenigingen van werkgevers.

3.2. Condor is enig aandeelhouder en bestuurder van Ossfloor Tapijtfabrieken B.V. (hierna verder: Ossfloor). Ossfloor produceerde tapijt. De directeur dan wel bedrijfsleider van Ossfloor was de heer Van Os (appellant sub 34).

3.3. Op 7 april 2010 heeft de directie van Ossfloor advies gevraagd aan de Ondernemingsraad van Ossfloor (hierna verder: de OR) over het voorgenomen besluit tot reorganisatie. De adviesaanvraag, overgelegd als productie 3 bij inleidende dagvaarding, betreft het voorgenomen besluit (en de uitvoering daarvan) om:

“De inrichting van de organisatie zodanig te wijzigen, waarbij 76,2 FTE arbeidsplaatsen en alle (6) uitzendkrachtplaatsen komen te vervallen en de organisatie wordt afgeslankt tot een kale printorganisatie met 1 printlijn, 1 tuftmachine en 1 scheermachine.”

In paragraaf 6 van de adviesaanvraag staat dat met de beoogde reorganisatie het aantal formatieplaatsen zal worden teruggebracht van 116,7 FTE per 29 maart 2010 (inclusief 6 uitzendkrachten) naar 34,5 FTE na de reorganisatie.

3.4. Op 7 april 2010 heeft Ossfloor FNV geïnformeerd over de voorgenomen reorganisatie en een conceptversie van een sociaal plan aan de betrokken bestuurders van FNV, mevrouw M. Timmermans en mevrouw A.M. Ouweland, overhandigd.

3.5. Op 20 april 2010 heeft de OR een eerste negatieve reactie richting Condor (in hoedanigheid van bestuurder van Ossfloor) gegeven op de adviesaanvraag van Ossfloor.

3.6. Op 20 mei 2010 vonden onderhandelingen tussen FNV en Ossfloor plaats. Namens FNV onderhandelden de bestuurders M. Timmermans en A.M. Ouweland en het kaderlid T. van der Pas. Namens Ossfloor onderhandelden J. Eekhof, personeelsfunctionaris van Ossfloor (appellant sub 32), J.C.A. van Os, bedrijfsleider van Ossfloor (appellant sub 34) W. Mooiweer, controller van de Condor Groep en H. Hulleman, hoofd personeelszaken van de Condor Groep.

3.7. De onderhandelingen hebben op 20 mei 2010 geresulteerd in een akkoord. Na 20 mei 2010 zijn teksten uitgewisseld voor het sociaal plan.

3.8. De OR heeft na ontvangst van een aangepaste adviesaanvraag op 27 mei 2010 een positief advies afgegeven. In het als productie 5 bij inleidende dagvaarding overgelegde advies staat onder meer:

“Zoals wij U mede gedeeld hebben, houden wij moeite met het feit dat Ossfloor BV ook na de beoogde herstructurering verliesgevend blijft.

Vanwege de medeondertekening van het sociaal plan door Condor Capital BV, zijnde ons moederbedrijf, met als extra conditie dat het sociaal plan een werkingsduur heeft tot 2015, zijn wij, ondanks de voorspelde verliezen, van mening dat dit voor de circa 35 medewerkers die in dienst van Ossfloor BV blijven genoeg garanties voor de nabije toekomst biedt.”

3.9. Het Sociaal Plan Ossfloor Tapijtfabrieken B.V. (hierna verder: het Sociaal Plan), overgelegd als productie 6 bij inleidende dagvaarding, is op 27 mei 2010 ondertekend door M. Timmermans namens FNV en J.C.A. van Os namens Ossfloor en vermeldt – voor zover van belang – het volgende:

#### *“1. Inleiding*

De directie van Ossfloor Tapijtfabrieken B.V. ziet zich voor de moeilijke taak dit Sociaal Plan in werking te stellen voor het voortzetten van Ossfloor tapijtfabrieken in afgeslankte vorm zoals bedoeld in de adviesaanvraag van 7 april 2010.

#### *1.1. Partijen*

Ossfloor Tapijtfabrieken B.V., te noemen werkgever en FNV Bondgenoten, hierna te noemen vakvereniging hebben op 20 mei 2010 overeenstemming bereikt over de inhoud van dit Sociaal Plan, dat is bedoeld ter opvang van de voor het betrokken personeel nadelige gevolgen van de reorganisatie, zoals verwoord in de oorspronkelijke adviesaanvraag van 7 april 2010.

#### *1.2. Toepassing*

Dit Sociaal Plan is uitsluitend van toepassing op het personeel dat op datum van inwerkingtreding van dit Sociaal Plan voor onbepaalde tijd in dienst is van

werkgever en die tengevolge van de onder 1.1 genoemde reorganisatie boventallig is verklaard. Het is tevens van toepassing op werknemers voor bepaalde tijd, die bij ongewijzigd functioneren vooruitzicht (zouden) hebben op een vast dienstverband.

(...)

Dit Sociaal Plan heeft derhalve ook betrekking op werknemers die tijdens de looptijd van het Sociaal Plan vanwege het niet willen of kunnen aanpassen aan de nieuwe voorgenomen structuur, werkwijze en cultuur ontslagen moeten worden.

### *1.3. Datum inwerkingtreding en geldigheidsduur*

Dit Sociaal Plan treedt in werking op datum van bereiken van het accoord en zal van kracht zijn tot en met 31 december 2015.

Na ondertekening van deze overeenkomst door werkgever en de vakorganisaties zal het Sociaal Plan als collectieve arbeidsovereenkomst bij het Ministerie van SWZ worden aangemeld.

(...)

### *2.2. Vergoeding kantonrechtersformule*

Aan de werknemer, wiens dienstverband eindigt als gevolg van de in het Sociaal Plan bedoelde reorganisatie en waarop het Sociaal Plan van toepassing is (conform het bepaalde in artikel 1.2 van dit Sociaal Plan) zal een vergoeding worden toegekend. De vergoeding wordt berekend conform de 'oude kantonrechtersformule'. (...)

De correctiefactor wordt hierbij op 0,5 gesteld.

(...)

Ondertekening; Oss, 27 mei 2010

FNV Bondgenoten Ossfloor tapijtfabrieken B.V.

Mw. Maike Timmermans, Bestuurder Dhr. Hans van Os, Bedrijfsleider"

3.10. Het Sociaal Plan is tevens ondertekend door de heer G. Hoekman, directeur van Condor. Daarbij is de volgende tekst opgenomen:

"Dit sociaal plan wordt medeondertekend door Condor Capital BV, dhr. G. Hoekman, daar Condor Capital zich garant stelt voor de uitvoering van dit sociaal plan, indien er binnen de looptijd van dit sociaal plan zich een faillissement voordoet danwel Condor Capital BV besluit om Ossfloor, binnen de looptijd van dit sociaal plan te sluiten.

Condor Capital BV

Dhr. Gerrit Hoekman, Directeur"

3.11. Het Sociaal Plan is bij brief van 2 juni 2010 door Ossfloor als CAO bij het Ministerie van SZW aangemeld. In genoemde brief staat onder meer:

"Er zijn op 1 juni 2010 bij Ossfloor Tapijtfabrieken B.V. 111 werknemers (waarvan 6 voor bepaalde tijd) in dienst, die onder de werkingssfeer van dit Sociaal Plan, deze CAO vallen."

3.12. De reorganisatie heeft plaatsgevonden.

3.13. De toenmalige rechtbank 's-Hertogenbosch heeft Ossfloor op 24 mei 2011 in staat van faillissement verklaard. De curator heeft de 39 werknemers die nog in dienst waren van Ossfloor ontslag aangezegd.

3.14. Op 14 oktober 2011 heeft ten overstaan van de kantonrechter in de rechtbank Zwolle-Lelystad een voorlopig getuigenverhoor plaatsgevonden. Op die dag zijn 5 getuigen gehoord, te weten A.M. Ouwehand, M. Timmermans, J. Eekhof, A.J.G. van der Pas en J.C.A. van Os. Het proces-verbaal van dit getuigenverhoor is als productie 21 bij de inleidende dagvaarding overgelegd.

#### **4. De vordering en de beslissing in eerste aanleg**

4.1. Van den Berg c.s. hebben in eerste aanleg, stellende dat het Sociaal Plan ook van toepassing is op de werknemers van Ossfloor die door het faillissement van die onderneming werkloos zijn geworden en dat ook die oorzaak van het verlies van hun baan recht geeft op een uitkering conform het Sociaal Plan, betaling van een vergoeding voor elk van de betrokken werknemers gevorderd, conform dit Sociaal Plan berekend, te betalen door Condor op grond van de door haar verstrekte garantstelling, zulks ten opzichte van FNV versterkt met een dwangsom.

Daarnaast heeft FNV schadevergoeding van Condor gevorderd op grond van artikel 15 Wet CAO wegens verlies aan vertrouwen en verlies van prestige bij haar leden, ondermijning van haar gezag als vakorganisatie, haar werfkracht en geloofwaardigheid, alsmede vergoeding van de door haar gemaakte kosten, alles tot een bedrag van € 22.500,=.

4.2. De rechtbank heeft de vorderingen alle afgewezen. De rechtbank heeft daartoe overwogen (rechtsoverweging 4.3) dat de werknemers niet als partij bij de totstandkoming van het Sociaal Plan en de garantstelling zijn betrokken, maar daarop thans wel een beroep doen. Zij wensen als derden daaraan rechten te ontleen. Condor is weliswaar partij bij de garantstelling, maar niet bij (de totstandkoming van) het Sociaal Plan. Zij heeft zich als derde garant gesteld voor de uitvoering van het Sociaal Plan dat is overeengekomen tussen FNV en Ossfloor. Nu de rechtspositie van derden in het geding is, dient volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad de uitleg van het Sociaal Plan te geschieden aan de hand van de zogenaamde CAO-norm. Het gaat daarbij om een uitleg naar objectieve maatstaven, dat wil zeggen dat voor die uitleg de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van de overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn (HR 26 mei 2000, LJN: AA5961). Dit betekent dat het niet aankomt op de bedoelingen van partijen bij de totstandkoming van het Sociaal Plan, voor zover die bedoelingen niet kenbaar zijn uit de tekst, maar op de betekenis die naar objectieve maatstaven uit de tekst volgt, waarbij onder meer acht kan worden geslagen op de elders in het Sociaal Plan gebruikte formuleringen en op de aannemelijkheid van de rechtsgevolgen waartoe de onderscheiden, op zichzelf mogelijke tekstinterpretaties zouden leiden. Ook de bewoordingen van een eventueel bij het Sociaal Plan behorende schriftelijke toelichting moeten bij de uitleg worden betrokken.

4.3. De door Van den Berg c.s. gestelde afspraak dat het Sociaal Plan ook voor de achterblijvers zou gelden, is volgens de rechtbank niet met zoveel woorden in het Sociaal Plan opgenomen. De tekst van artikel 1.2 van het Sociaal Plan is ondubbelzinnig, aldus de rechtbank. Hierin staat dat het Sociaal Plan uitsluitend van toepassing is op het personeel dat op datum van inwerkingtreding van het Sociaal Plan voor onbepaalde tijd in dienst is van Ossfloor en dat tengevolge van de reorganisatie boventallig is verklaard. Evident is dat de zogenoemde achterblijvers hier niet onder vallen. Het betoog van Van den Berg c.s. dat daarnaast nog een afspraak is gemaakt, die niet is verwoord in het Sociaal Plan, impliceert dat Van den Berg c.s. zich beroepen op de voor derden niet kenbare bedoeling van partijen. Aan die bedoeling komt, zoals hiervoor is overwogen, geen betekenis toe. Daar komt bij dat FNV een professionele partij is op het gebied van onderhandelingen over en formuleringen van sociale plannen. FNV heeft zich in de onderhavige zaak bij de controle van de door Ossfloor aangeleverde tekst van het Sociaal Plan bovendien laten bijstaan door juristen. Indien de gestelde afspraak op 20 mei 2010 is gemaakt, had het, gelet op deze omstandigheden, in de rede gelegen dat deze afspraak met de overige gemaakte afspraken in het Sociaal Plan was vastgelegd. Voor zover Van den Berg c.s. hebben

bedoeld te stellen dat met Condor is overeengekomen dat een garantie zou worden verstrekt die – in afwijking van het Sociaal Plan – ook zou gelden voor de achterblijvers, stuit ook deze stelling af op de CAO-uitleg.

4.4. De rechtbank heeft vervolgens overwogen dat het Sociaal Plan niet van toepassing is op de werknemers die na de reorganisatie in dienst zijn gebleven bij Ossfloor en dat Condor zich niet door ondertekening van de garantie voor deze achterblijvers garant heeft gesteld. De vorderingen van de meeste werknemers zijn vervolgens door de rechtbank afgewezen, evenals de vordering van FNV. Wel heeft de rechtbank de vorderingen van Van Schaijk en Van Kessel toegewezen. Zij zijn als gevolg van de reorganisatie boventallig verklaard en zouden beiden in dat kader uit dienst treden op 31 oktober 2010, maar met beiden zijn nadien afspraken gemaakt over tijdelijke voorzetting van het dienstverband. Zij vallen volgens de rechtbank wel degelijk onder de werking van het Sociaal Plan en daarmee ook onder de door Condor afgegeven garantie.

De rechtbank heeft de proceskosten gecompenseerd omdat beide partijen deels in het ongelijk zijn gesteld.

#### **5. De wijziging van eis**

Condor heeft geen bezwaar gemaakt tegen de eiswijziging van Van den Berg c.s. Het hof ziet ook geen aanleiding de eiswijziging ambtshalve buiten beschouwing te laten wegens strijd met de goede procesorde. Ter zake van de vordering van Van den Berg c.s. zal derhalve recht worden gedaan op de gewijzigde eis.

#### **6. De beoordeling van de grieven**

6.1. Het hof constateert dat Van den Berg c.s. advies hebben ingewonnen bij prof. mr. Sagel en dat zij zijn schriftelijke reactie d.d. 24 februari 2014, als *legal opinion* aangeduid, als bijlage bij de memorie van grieven hebben ingediend, met het verzoek die als herhaald en ingelast te beschouwen in de memorie van grieven. Het hof gaat evenwel uit van de memorie van grieven, zoals die door de advocaat van Van den Berg c.s. is opgesteld, en betreft bij zijn oordeel het advies van mr. Sagel, voor zover in de memorie van grieven bij de toelichting op de opgeworpen grieven daadwerkelijk naar bepaalde passages wordt verwezen. Gelet op het kenbaarheidsvereiste dat geldt voor de grieven, maken gedeelten van het advies van mr. Sagel die verder niet op deze wijze terugkeren in de memorie van grieven, geen deel uit van de grieven waarop Condor in staat is gesteld te reageren en die het hof dient te bespreken.

6.2. In de toelichting op *grief 1* keren Van den Berg c.s. zich tevergeefs tegen de door de rechtbank gehanteerde uitlegmaatstaf voor het Sociaal Plan. Van den Berg c.s. stellen dat naast het Sociaal Plan sprake is van een door Condor gegeven garantie, die zij aanmerken als een overeenkomst van borgtocht. Condor verenigt zich met deze kwalificatie.

Volgens Van den Berg c.s. dient deze borgtochtovereenkomst conform de Haviltex-norm te worden uitgelegd en heeft de rechtbank daarom ten onrechte de subjectieve bedoelingen en de gewekte verwachtingen aan de onderhandelingstafel buiten beschouwing gelaten.

6.3. Het hof overweegt dat Van den Berg c.s. het accessoire karakter van de overeenkomst van borgtocht miskennen. Immers, ingevolge artikel 7:851, eerste lid, BW is de borgtocht afhankelijk van de verbintenis van de hoofdschuldenaar waarvoor zij is aangegaan. De hoofdschuldenaar is Ossfloor en de verbintenis die deze is aangegaan, bestaat uit de op haar rustende verplichtingen uit het Sociaal Plan. Het Sociaal Plan is een CAO en moet conform de CAO-norm worden uitgelegd, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen. Dat daarnaast sprake is van een accessoire overeenkomst van borgtocht waarbij Condor zich garant stelt voor de verplichtingen van Ossfloor, maakt niet dat daarmee het karakter van de hoofdverbintenis wordt gewijzigd en dat daarop een andere uitlegmaatstaf van toepassing wordt. Dat de borgtochtovereenkomst zelf zich wel voor een uitleg

conform de Haviltex-maatstaf leent, doet daaraan niet af.

6.4. Op zich hebben Van den Berg c.s. het gelijk aan hun zijde dat tussen de CAO-norm en de Haviltex-norm sprake is van een vloeiende overgang en dat ook bij de CAO-uitleg geen sprake is van een strikt grammaticale uitleg (vgl. HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, DSM/Fox) doch ook in deze meer genuanceerde uitlegmethode blijft overeind dat bij de uitleg van geschriften waarin een overeenkomst of een andere regeling is vastgelegd, die naar haar aard bestemd is de rechtspositie van derden te beïnvloeden, zonder dat die derden invloed hebben op de inhoud of de formulering van die overeenkomst respectievelijk regeling, terwijl de onderliggende partijbedoeling voor de derden niet kenbaar is, de niet kenbare bedoeling van degenen die de uit te leggen bepaling hebben geformuleerd buiten beschouwing behoort te blijven. Het Sociaal Plan is een zodanig geschrift waarin een regeling die van belang is voor de rechtspositie van derden is neergelegd. De voor deze derden niet kenbare partijbedoelingen van FNV en Ossfloor dienen derhalve buiten beschouwing te blijven.

6.5. Grief I mist doel.

6.6. De *grievens II en III en IV* vechten de uitleg aan die de rechtbank aan het Sociaal Plan heeft gegeven. Deze grieven richten zich evenwel niet tegen de grammaticale uitleg die de rechtbank geeft aan artikel 1.2 van het Sociaal Plan, hiervoor onder 4.3 weergegeven. In grief II betogen van den Berg c.s. dat de looptijd van de CAO een aanwijzing is dat deze, klaarblijkelijk in weerwil van artikel 1.2, toch van toepassing is op de "achterblijvers" en op een faillissement als oorzaak van ontslag. Daarbij beroepen Van den Berg c.s. zich op eerdere concepten van het desbetreffende Sociaal Plan. Het hof overweegt dat, gelet op de toepasselijke uitlegmaatstaf, de niet-openbare eerdere concepten van het Sociaal Plan in dezen buiten beschouwing dienen te blijven. Dat de looptijd van de CAO vijf jaar bedraagt terwijl de reorganisatie, volgens Van den Berg c.s., in een paar maanden haar beslag zou krijgen, is naar 's hof oordeel onvoldoende om de grammaticale uitleg van artikel 1.2 opzij te zetten. Het hof wijst erop dat de het Sociaal Plan blijkens artikel 1.2 *in fine* niet alleen betrekking heeft op de werknemers die direct ten gevolge van de reorganisatie hun baan verliezen, maar ook op die werknemers die indirect daardoor hun baan verliezen, omdat zij zich niet kunnen aanpassen aan de gewijzigde omstandigheden. Ook het oordeel van de rechtbank ten aanzien van de bijzondere situaties van Van Schaijk en Van Kessel vormt een illustratie dat het Sociaal Plan een ruimer bereik had dan uitsluitend de datum waarop (de meeste van) de door de reorganisatie getroffen werknemers hun congé kregen.

6.7. Al aangenomen dat de aanbiedingsbrief van de CAO aan het Ministerie van SZW van 2 juni 2010 bij de uitleg van deze CAO mag worden betrokken, levert die brief, waarin stond dat alle 111 werknemers van Ossfloor onder de werkingssfeer van het sociaal plan vallen, naar 's hofs oordeel geen argument voor de door Van de Berg c.s. bepleite uitleg op. Immers, gesteld noch gebleken is dat op 2 juni 2010 al geheel uitgekristalliseerd was welke werknemers ten gevolge van de reorganisatie hun baan zouden verliezen, terwijl het hof voorts wijst op de hiervoor besproken bepaling van artikel 1.2 *in fine*, zodat het hof ervan uitgaat dat op het moment waarop die brief gedateerd was nog alle werknemers met de reorganisatiegevolgen geconfronteerd konden worden.

6.8. Het argument, gebruikt in de toelichting op grief III, dat bij de Haviltex-norm ook betekenis toekomt aan de uitvoeringspraktijk, kan in zoverre reeds buiten beschouwing blijven nu hier de CAO-maatstaf aan de orde is. In de toelichting op grief IV nemen Van den Berg evenwel het standpunt in dat ook onder de CAO-uitleg aan de uitvoeringspraktijk betekenis toe komt. Onder de uitvoeringspraktijk begrijpen van den Berg c.s. kennelijk, naast de onder 6.7 besproken aanbiedingsbrief, het positieve advies van de Ondernemingsraad van 27 mei 2010 bij het reorganisatieplan. Dit is evenwel een niet-openbaar stuk (vgl. productie 2 bij de inleidende dagvaarding, waarbij de ondernemer onder

geheimhouding de OR om advies vraagt) dat buiten het bereik van de CAO-maatstaf valt en reeds daarom al geen gewicht in de schaal kan leggen. Overigens is dit advies gericht aan de heer Van Os, en niet aan Condor, gelijk in de toelichting op grief III staat. Het advies kan naar 's hofs oordeel bezwaarlijk als een gebeurtenis die in tijd samenvalt met de ondertekening van het Sociaal Plan, en voorafgaat aan de aanmelding als CAO, onder de uitvoeringspraktijk van genoemde CAO worden geschaard.

6.9. Evenmin scoort het argument dat de tekst van de garantstelling wijst op een andere uitleg van de CAO dan artikel 1.2. Dat Condor de nakoming van het Sociaal Plan garandeert bij faillissement of sluiting door Condor, betekent niet dat daarmee de uitleg van Van den Berg c.s. dat het Sociaal Plan is uitgebreid tot de achterblijvers, juist is. Het hof verwijst wederom naar hetgeen hiervoor onder 6.6. is overwogen ten aanzien van artikel 1.2 *in fine* en de bijzondere situatie van de werknemers Van Schaijk en Van Kessel.

Ook het door mr. Sagel aangedragen argument dat de tekst van de garantieclausule door Condor is opgesteld en in haar nadeel dient te worden uitgelegd op grond van het *contra proferentem*-gezichtspunt snijdt geen hout. De *contra proferentem*-uitleg – die niet meer is dan een gezichtspunt – heeft betrekking op (onduidelijke) bedingen die ten voordele van de opsteller ervan strekken en die in het nadeel van die opsteller worden uitgelegd. Nog daargelaten dat het hier niet om een beding in een overeenkomst gaat maar om een zelfstandige – zij het accessoire – overeenkomst van borgtocht, strekt deze garantie bij dit Sociaal Plan juist ten voordele van de wederpartij van Ossfloor bij de CAO – derhalve FNV – zodat er vanuit dit gezichtspunt al in het geheel geen reden is om de overeenkomst van borgtocht in het nadeel van Condor uit te leggen.

6.10. De grieven II en III en IV tasten de door de rechtbank gegeven uitleg van het Sociaal Plan niet aan en zij falen derhalve alle.

6.11. In *grief V* wordt betoogd dat het naar eisen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat het Sociaal Plan niet wordt toegepast op de “achterblijvers” en daarvoor de CAO-norm zou dienen ten wijken. Het hof is van oordeel dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen op grond van artikel 6:248 BW ingegrepen kan worden in de tussen partijen gemaakte afspraken. Hetgeen daartoe van de zijde van Van den Berg c.s. wordt aangevoerd, is daartoe onvoldoende. Dat bij het faillissement van een onderneming de werknemers ontslagen kunnen worden zonder toekenning van enige ontslagvergoeding, is bepaald geen uitzonderlijke omstandigheid. Evenmin is in het huidige tijdgewricht nog uitzonderlijk te noemen dat bij latere ontslagrondes minder compensatie wordt geboden dan voorheen gebruikelijk was.

Tegenover het gemis aan een uitkering krachtens het Sociaal Plan staat voor de achterblijvers dat zij tot de faillissementsdatum hebben kunnen blijven werken en in het genot van hun arbeidsloon zijn gebleven. Dat Condor groot profijt van de reorganisatie heeft getrokken, is door Condor gemotiveerd betwist, terwijl die stelling door Van den Berg c.s. verder niet is toegelicht. Gelet op de kosten van het Sociaal Plan en het vrij snel op de reorganisatie gevolgde faillissement van Ossfloor ligt het ook niet voor de hand dat Condor als gevolg van de reorganisatie groot voordeel heeft genoten.

Deze grondslag kan de vordering dan ook evenmin dragen.

6.12. Voorts wordt in dezelfde grief betoogd dat Condor onrechtmatig jegens Van den Berg c.s. heeft gehandeld door zich niet aan haar toezeggingen te houden.

Het hof oordeelt dat Condor onvoldoende heeft gesteld voor toewijzing van de vordering op deze grondslag. Op welke toezeggingen van Condor Van den Berg c.s. zich beroepen, blijkt niet uit de toelichting op de grief. Condor heeft ook betwist ooit enige toezegging tegenover de betrokken werknemers te hebben gedaan van de door Van den Berg c.s. gestelde aard. Uit de in het voorlopig getuigenverhoor afgelegde verklaringen kan het hof ook niet afleiden dat Condor



tegenover de werknemers dergelijke toezeggingen heeft gedaan. Nu geen sprake is van een garantstelling voor de niet onder het Sociaal Plan vallende ontslagen werknemers, is evenmin sprake van dat Condor zich aan de garantstelling onttrekt. Het hof laat nog daar dat onrechtmatige daad, mits bewezen, aanspraak kan geven op schadevergoeding en dat dit woord in de toelichting op de grief niet voorkomt. Dat schadevergoeding iets anders is dan nakoming behoeft verder geen betoog.

Ook deze grondslag onder de vordering is derhalve evenmin steekhoudend.

6.13. Grief V is eveneens vergeefs voorgesteld.

7. *Grief VI*, die zich richt tegen de compensatie van proceskosten, ontbeert verdere zelfstandige betekenis en deelt het lot van de overige grieven.

#### **7. De slotsom**

Aangezien alle grieven falen, zal het hof het vonnis waarvan beroep bekrachtigen, onder veroordeling van Van den Berg c.s. in de kosten van de procedure, aan de zijde van Condor te begroten op 1 punt naar tarief VIII. (à € 4.580,=) voor salaris van de advocaat.

#### **8. De beslissing**

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Overijssel, locatie Zwolle, van 8 mei 2013;

veroordeelt Van den Berg c.s. in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Condor vastgesteld op € 4.580,= voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en op € 4.961,= voor verschotten, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en – voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening en te vermeerderen met de nakosten ad € 131,= ingeval geen betekening volgt en met € 199,= indien betekening van het arrest noodzakelijk is;

verklaart dit arrest (voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft) uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

#### **» Noot**

Garantstellingen van moedermaatschappijen voor dochterondernemingen zijn er in verschillende vormen. Een bekend voorbeeld is de zogenoemde '403-verklaring'; de moedermaatschappij verklaart zich via een in het Handelsregister te deponeren verklaring hoofdelijk aansprakelijk voor de uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden van haar dochtermaatschappij, welke garantstelling geldt als een voorwaarde om gebruik te kunnen maken van het in art. 2:403 BW geregelde verlichte jaarrekeningenregime. De 403-verklaring is volgens de Hoge Raad juridisch te duiden als een eenzijdige, niet tot één bepaalde partij gerichte, rechtshandeling en is geen afhankelijk recht in de zin van artikel 3:7 BW, zoals een borgstelling (zie «JOR» 2002/136). Spreekt een werknemer een moedermaatschappij aan op grond van een 403-verklaring, dan pleegt de rechter de omvang en reikwijdte van de aansprakelijkheid van de moedermaatschappij ruim uit te leggen (zie uitgebreid J.P.H. Zwemmer, *Pluraliteit van werkgeverschap* (diss.), Deventer: Kluwer 2012, p. 229 e.v.). Aangenomen wordt dat een door de kanton-rechter toegekende ontbindingsvergoeding onder de materiële reikwijdte van een 403-verklaring valt (zie bijv. «JAR» 2001/36 en «JAR» 2014/209, m.nt. Zwemmer). Hetzelfde geldt voor verplichtingen die voortvloeien uit een door de dochter gesloten sociaal plan (zie bijv. «JAR» 2009/126 en R.J. van der Ham in *ArbeidsRecht* 2013/26).

In het onderhavige arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden was (kennelijk) geen sprake van een 403-verklaring maar had de moedermaatschappij het tussen haar dochter en FNV overeengekomen sociaal plan medeondertekend, met daarbij de vermelding dat zij zich garant stelde voor de uitvoering van het sociaal plan indien zich binnen de looptijd een faillissement zou voordoen. Toen het faillissement van de dochter een jaar later daar was, ontstond discussie over de vraag of de na de reorganisatie achtergebleven werknemers ook onder de reikwijdte van de garantstelling vielen.

Zowel de rechtbank als het hof komen tot de conclusie dat de vordering van de achtergebleven werknemers niet gestoeld kan worden op de in het sociaal plan opgenomen garantstelling omdat zij (i) geen partij zijn bij het sociaal plan, (ii) het derhalve aankomt op een uitleg volgens de zogenaamde cao-norm en (iii) bijgevolg geen acht kan worden geslagen op voor derden niet kenbare partijbedoelingen. Hoewel de cao-norm meer is dan een louter grammaticale uitleg, vormt de tekst wel een belangrijk uitgangspunt en bestonden er volgens de rechtbank en het hof onvoldoende, binnen de cao-norm relevante, aanknopingspunten die de conclusie konden dragen dat de garantstelling mede van toepassing was op niet boventallig verklaarde werknemers (zie over de cao-norm onder meer «JAR» 2005/286, m.nt. Beltzer).

Ervan uitgaande dat de garantstelling onderdeel uitmaakte van het sociaal plan, betekende dit automatisch dat ook FNV geen beroep kon doen op het Haviltex-criterium. Volgens de Hoge Raad is immers de wijze waarop bepalingen van een sociaal plan of cao moeten worden uitgelegd niet afhankelijk van wie als partijen bij het geschil optreden. Ook als een vakvereniging als partij tegenover een werkgever optreedt geldt de cao-norm (zie bijv. «JAR» 2000/151), tenzij het gaat om de uitleg van obligatoire bepalingen (zie bijv. «JAR» 2012/166).

FNV voerde in casu aan dat sprake was van een naast het sociaal plan door de moedermaatschappij gegeven garantie, die zij aanmerkte als een overeenkomst van borgtocht, en dat bij de uitleg daarvan wel het Haviltex-criterium gehanteerd moest worden. Het hof ging daar in zoverre in mee dat zij aanvaardde dat de borgstelling in casu een afzonderlijke overeenkomst was die zich voor een uitleg conform het Haviltex-criterium leende. De kwalificatie 'borgtochtovereenkomst' was echter geen gelukkige. Het hof oordeelde dat het bij de borgtochtovereenkomst gaat om een accessoire verbintenis die de hoofdverbintenis volgt, en dat uit het sociaal plan zelf niet kan worden afgeleid dat deze op de achterblijvers van toepassing is - en bijgevolg de borgstelling niet zover kan strekken als door FNV betoogd.

Het zou, gelet op de het feit dat het hof meeding in de stelling dat sprake was van een separate overeenkomst waarop het Haviltex-criterium van toepassing was, interessant geweest zijn te zien hoe het hof zou hebben geoordeeld indien FNV niet had ingezet op de kwalificatie 'borgtochtovereenkomst' maar had betoogd dat de garantstelling gezien moet worden als een separate, los van het sociaal plan gemaakte afspraak tussen haar en de moeder. Had in de optiek van het hof het Haviltex-criterium dan toegepast moeten worden? Nu het hier ging om een afspraak die gevolgen heeft voor een duidelijk door partijen voorzienbare groep derden, zou toepassing van de cao-norm mij dunkt ook in dat geval voor de hand hebben gelegen (vgl. «JAR» 2004/257, m.nt. Beltzer).

Ook het argument dat sprake was van een (separate) toezegging aan de betrokken werknemers werd door het hof niet gehonoreerd. Volgens het hof bleek uit niets dat de moedermaatschappij de gestelde toezegging gedaan had. Interessant is ook hier dat het hof dit argument niet verwerpt met een beroep op de cao-norm en dus kennelijk wel ruimte ziet voor het aannemen van een los van het sociaal plan staande toezegging, waarbij dan het Haviltex-criterium c.q. art. 3:35 BW in beeld zou komen (vgl. Asser 6-III, nr. 104, vgl. ook F.G. Laagland in *ArbeidsRecht* 2014/40). Dat lijkt mij correct. Het staat de moeder vrij om in aanvulling op een reeds bestaand sociaal plan bepaalde toezeggingen in de richting van werknemers te doen, waaraan zij alsdan gehouden kan worden.

Een beroep op de redelijkheid en billijkheid om toepassing van het sociaal plan ten opzichte van de achterblijvers af te dwingen werd door het hof evenmin gehonoreerd. Dat is niet verrassend. In de rechtspraak en literatuur wordt weliswaar aangenomen dat onder omstandigheden op een moedermaatschappij een zorgplicht kan rusten ten opzichte van de werknemers van een failliete dochter, waaruit bijvoorbeeld de verplichting kan voortvloeien om uitvoering te geven aan een door de dochter gesloten concept sociaal plan («JAR» 2012/15) of om over een dergelijk concept sociaal plan door te onderhandelen («JAR» 2011/237). Het gaat wel heel ver om van een moedermaatschappij te verlangen dat zij uitvoering geeft aan een sociaal plan ten aanzien van werknemers die niet onder werkingssfeer van dat plan vallen en dat zij voorziet in een ontslagvergoeding die de failliete dochter zelf niet verschuldigd geweest zou zijn (vgl. LJN BI9289).

mr. R.L. van Heusden,