

Van zijn pad schoonmaken naar zijn straatje schoonvegen: hoe een schadeveroorzakend uitzendbureau probeert aan aansprakelijkheid te ontkomen

Commentaar bij Rb Amsterdam 29 maart 2021 (ECLI:NL:RBAMS:2021:1851)

A. INLEIDING

1. Omni is een Nederlandse dochtervennootschap van een Brits concern dat schoonmaakdiensten verleent aan vooraanstaande hotels in voornamelijk de regio Amsterdam. Daarbij maakt zij gebruik van eigen personeel, maar ook van flexibel personeel. Met het flexibele personeel kunnen fluctuaties in de (onder meer seizoensafhankelijke) vraag naar schoonmaakdiensten worden opgevangen. Het door haar ingeschakelde flexibele schoonmaakpersoneel betreft Omni van uitzendbureaus.
2. Vanzelfsprekend wenst Omni uitsluitend gebruik te maken van bonafide uitzendbureaus en wil beslist geen illegale arbeidskrachten inzetten. Daarom schakelt Omni uitsluitend uitzendbureaus in die beschikken over een NEN 4400-1 certificaat en een SNA (Stichting Normering Arbeid)-keurmerk. Het SNA-keurmerk is het resultaat van een positieve NEN 4400-1 inspectie.
3. Eén van de uitzendbureau's waar Omni gebruik van maakte is VB Flex BV. De contactpersoon (en feitelijk bestuurder) van VB Flex BV was in de periode van belang steeds de heer R. B. geweest. Die ging er altijd prat op dat VB Flex BV over een NEN 4400-1 certificaat beschikte. Er zouden dus geen illegale arbeidskrachten door VB Flex BV ter beschikking worden gesteld.
4. Daarnaast heeft VB Flex BV zich jegens Omni expliciet verbonden (voor zover de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid ex 6:248 lid 1 BV zulks al niet zou meebrengen) om alleen arbeidskrachten ter beschikking te stellen die over de juiste papieren beschikken en in Nederland mochten werken. Die arbeidskrachten beschikken over een Europees paspoort of een tewerkstellingsvergunning.
5. Deze voorwaarden zijn belangrijk wanneer men personeel inhuurt of in leent. De WAV kent een erg ruim werkgeversbegrip, en om te voorkomen dat er fraude wordt gepleegd kan de arbeidsinspectie bij uitzending of detachering aan alle betrokken ketenpartners een boete opleggen. Het spreekt voor zich, dat in het bedrijfsleven taken verdeeld worden, en dat het inefficiënt is als iedereen hetzelfde werk nog een keer over doet. Afspraken over taakverdeling zijn normaal in het bedrijfsleven, en bij zaken zoals in lening van personeel is het volstrekt begrijpelijk, dat de betrokken



partijen wensen, dat er aan de voorkant één keer goed en deugdelijk wordt gecontroleerd, en dat de anderen daarop vertrouwen. In dit kader kan het voorkomen, dat degene die volgens die afspraken het meest verantwoordelijk is de schade op zich neemt die ontstaat als hij niet presteert, en de andere hebben moeten constateren, dat ze ten onrechte op die meest aangewezen partij hebben vertrouwd. De eindverantwoordelijkheid voor het nadeel in de gehele keten wordt dan verlegd naar die persoon die alle ellende had kunnen voorkomen, als hij zijn werk goed en deugdelijk had gedaan. In het geval als het onderhavige kan die aangewezen partij alleen het eerste uitzendbureau zijn dat moet controleren of er is voldaan aan de voorwaarden die de WAV stelt¹.

6. Op 30 oktober nam R. B. namens VB Flex BV contact op met Omni, en deelde mede dat de Inspectie SZW (de arbeidsinspectie) een controle had uitgevoerd. Daarbij was geconstateerd dat drie door VB Flex BV ter beschikking gestelde (buitenlandse) arbeidskrachten niet over een noodzakelijke werkvergunning beschikte. Dat is in strijd met artikel 2 lid 1 Wet arbeid vreemdelingen.
7. Het is algemeen bekend (zoals een zoekopdracht in uitspraken op rechtspraak.nl leert) dat de Inspectie SZW streng handhaaft en per overtreding forse boetes oplegt. De Rijksoverheid tolereert, begrijpelijkerwijs, illegale arbeid niet. Ook Omni wil niet betrokken zijn bij uitbuiting van arbeidskrachten of ontduiking van de wet en alle ellende die dat meebrengt. Vandaar de duidelijke afspraken die zij daarover altijd maakt met de uitzendbureaus waarmee zij zaken doet, welke zij ook met VB Flex BV heeft gemaakt.
8. Inmiddels was Omni ook bekend geraakt met het feit dat het bedrijf van R. B. waarmee Omni eerder zakendeed, VB Flex Multiservice BV (**Multiservice**), op 27 augustus 2019 was gefailleerd. R. B. had klant Omni vlak daarvoor overgezet naar VB Flex BV. Ten tijde van die overzetting werd Omni voorgehouden dat zulks om bedrijfsmatige redenen zou zijn gedaan. In werkelijkheid werd klant Omni naar achteraf bleek buiten het aanstaande faillissement van Multiservice gebracht enkel om de gevolgen van het faillissement te ontlopen. Dat is frauduleus en paulianeus. Omni wist hier destijds niet van.
9. Als gevolg van de ter beschikkingstelling van illegale arbeidskrachten en de faillissementsfraude door R. B. althans VB Flex BV, maakte Omni zich ernstig zorgen om de door VB Flex BV veroorzaakte en nog te lijden schade (bestaande uit door de Inspectie SZW op te leggen boetes als gevolg van de door VB Flex BV ter beschikking

¹ Zou een partij die pas later in beeld komt in de keten van werkgevers (in de zin van de WAV) die verantwoordelijkheid op zich nemen, dan zijn de eerste partijen, die vroeger in de keten zitten, niet gewaarborgd tegen het intreden van schade. Vandaar dat het altijd de eerste partij moet zijn die deze verantwoordelijkheid draagt, de partij die als eerste het in geleende personeel aandraagt. In het onderhavige geval is dat we VB Flex BV.



gestelde illegale arbeidskrachten). Omni vreesde niet alleen voor de boetes die aan haarzelf opgelegd konden worden, maar ook voor boetes die aan de afnemers zouden kunnen worden opgelegd. Omni is namelijk contractueel, dan wel over de band van een actie wegens onrechtmatige daad is gehouden om zulke boetes aan haar klanten (hotels) te voldoen. Precies om dezelfde reden als dat VB Flex BV de boetes aan Omni dient te voldoen: tekortkomen in de nakoming van een (uitzend- c.q. schoonmaak)overeenkomst.

10. Omni heeft daarom besloten betaling van de openstaande facturen van VB Flex BV op te schorten, opdat zij eventueel een verhaalsmogelijkheid zou hebben en er bovendien gebleken was van niet-deugdelijk presteren met toerekenbare schade aan de zijde van VB Flex BV.
11. Vervolgens heeft Omni intensief geprobeerd afspraken met VB Flex BV te maken. Omni was namelijk op zich best bereid de openstaande facturen te voldoen, mits er zekerheid werd geboden tot betaling van de schade zodra de hoogte daarvan duidelijk zou worden.
12. Hoewel R. B. namens VB Flex BV 'zijn pad kwam schoonmaken' en daarbij erkende aansprakelijk te zijn² en hij steeds verklaarde dat Omni zich geen zorgde hoefde te maken, werd geen enkele vorm van zekerheid geboden. Pogingen van Omni om in contact te komen met de (indirect) statutair bestuurder en aandeelhouder van VB Flex BV, de heer Vinay Bishesar. Dat lukte niet en R. B. weigerde Omni in contact te brengen met Vinay Bishesar.
13. Omni vond het te risicovol om zonder goede afspraken te gaan betalen voor diensten die niet geleverd hadden mogen worden.
14. Daarop veranderde de houding van VVB FLEX BV. Zij begon nu haar straatje schoon te vegen. Ineens waren de schuldigerkenning en de beloofde garanties vergeten. VB Flex BV startte in plaats daarvan een procedure tegen Omni om af te dwingen dat haar facturen zouden worden betaald. VB Flex BV wilde gewoon betaald worden voor het aanleveren van personeel dat niet mocht werken. Dat de tewerkstelling in strijd zou komen met de WAV deed VB Flex niet. Zij zag daarin geen reden om een streep te halen door de declaraties voor het aanleveren van dat personeel. VB Flex BV trok in twijfel dat er boetes zouden worden opgelegd door de arbeidsinspectie. Voor zover dat al zou gebeuren, beriep VB Flex zich op eigen schuld aan de zijde van Omni. VB Flex BV trok ook in twijfel dat Omni met een schadeclaim zou worden geconfronteerd door de hotels. En VB Flex BV stelde zich ten slotte op het standpunt dat er algemene voorwaarden van toepassing zouden zijn die aansprakelijkheid uitsloten.
15. Omni verweerde zich en vorderde opschorting van betaling en verrekening.

² Bewijs hiervan werd de rechtbank in eerste aanleg voorgehouden.



16. De rechtbank Amsterdam wees vonnis onder rolnummer C/13/682840 / HA ZA 20-423 op 29 maart 2021 (ECLI:NLRBAMS:2021:1851)
17. De rechtbank wees in conventie de vorderingen af en veroordeelde VB Flex BV in de kosten. In reconventie veroordeelde de rechtbank VB Flex BV tot vergoeding van de door Omni te lijden schade. Omni werd dus volledig in het gelijk gesteld.
18. Tegen deze uitspraak is VB Flex in appel gekomen. Ze heeft de procedure evenwel niet afgerond, omdat zij op eigen verzoek zich failliet liet verklaren. Daarop heeft de curator de appelprocedure voortgezet.
19. Het onderhavig commentaar gaat erover hoe aangekeken moet worden tegen de uitspraak van de Rechtbank in het licht van het daartegen ingestelde beroep, en tegen de positie van VB Flex BV in dezen.

B. AANVULLING EN CORRECTIE VAN FEITEN EN OMSTANDIGHEDEN

20. in eerste aanleg was VB Flex BV nog niet failliet. Zij heeft pas gevraagd om haar eigen faillissement na de uitspraak door de Rechtbank. Het faillissement is ingetreden op 4 mei 2021. Het faillissement heeft interessante gezichtspunten opgeleverd, vooral over de onbetrouwbaarheid van VB Flex BV, die aan het licht kwam in de verslagen van de curator.

Informatie uit de faillissementsverslagen van VB Flex BV

21. Het malafide beeld dat Omni van VB Flex BV heeft, wordt onder meer bevestigd in het faillissementsverslag van VB Flex BV, d.d. 3 september 2021, dat te raadplegen is via het Centraal insolventieregister register, kenmerk 13.ams.21.88.F.1300.1.21 (<https://insolventies.rechtspraak.nl/#/details/13.ams.21.88.F.1300.1.21>). Daaruit onder meer het volgende.
 - De (indirect) enige bestuurder/enig aandeelhouder van VB Flex BV (de heer Vinay Bishesar) was niet op de hoogte van de gang van zaken binnen VB Flex BV. Hij fungeerde als stroman van R. B., die VB Flex BV gebruikte voor de onrechtmatige doorstart van het eveneens failliete Multiservice:

De bestuurder van gefailleerde heeft de administratie de afgelopen verslagperiode laten bijwerken naar datum faillissement. De aangevulde financiële gegevens over 2020 en 2021 volgen uit de bijgewerkte administratie. Er is veel tijd gaan zitten in correspondentie met het bestuur teneinde de openstaande debiteurenpost inzichtelijk te krijgen en de onderbouwing daarvan boven tafel te krijgen, mede omdat de bestuurder van gefailleerde vaak stelt niet op de hoogte te zijn geweest van de gang van zaken binnen gefailleerde.

03-09-2021

 2



- In eerste aanleg en in dit hoger beroep wordt er op kosten van een rechtsbijstandsverzekeraar geprocedeerd. Dat brengt niet noodzakelijkerwijs mee dat VB Flex BV daadwerkelijk een sterke zaak denkt te hebben.

1.3 Verzekeringen

Gefailleerde is voor rechtsbijstand verzekerd bij ARAG. Zodra de curator onder meer op basis van de verzekeringspolis heeft kunnen vaststellen dat voortduring van die verzekering redelijkerwijs niet nodig is voor het faillissement, mede gelet op de mogelijk te voeren hoger beroep procedure tegen Omni, zal de curator deze verzekering zo spoedig mogelijk opzeggen.

04-06-2021

 1

De curator heeft de verzekering na ontvangst van de polis en bevestiging van dekking voor de hoger beroepsprocedure jegens The Omni Group beëindigd.

03-09-2021

 2

- De (indirect) bestuurder van VB Flex BV, Vinay Bishesar (die in het voorgaande stelt niet op de hoogte te zijn geweest van de gang van zaken binnen VB Flex BV) probeert de oorzaak van het faillissement van VB Flex BV bij Omni in de schoenen te schuiven:

1.5 Oorzaak faillissement

Bij het onderzoek naar rechtmatigheidsaspecten zal de oorzaak van het faillissement onderzocht worden. De bestuurder heeft daarover het volgende verklaard:

04-06-2021

 1

"In september 2019 bleek dat drie personeelsleden van gefailleerde niet over de juiste papieren beschikten. Gefailleerde had deze drie werknemers uitgeleend aan haar grootste opdrachtgever, The Omni Group. Omdat The Omni Group facturen niet betaalde, is gefailleerde een bodemprocedure gestart. De activiteiten van gefailleerde zijn vanwege de corona-crisis in maart 2020 gestaakt. Het faillissement is te wijten aan twee oorzaken: ten eerste de problemen in september 2019 met The Omni Group als grootste opdrachtgever en ten tweede de uitbraak van de corona-crisis. Gefailleerde heeft haar eigen faillissement aangevraagd omdat het ernaar uitzag dat de procedure tegen The Omni Group voorlopig niet afgerond zou zijn."

Even verder in het faillissementsverslag is echter te lezen dat VB Flex BV volstrekt niet levensvatbaar was wegens een enorme belastingschuld, en een kleinere schuld aan het UWV:



8.2 Pref. vord. van de fiscus

€ 219.157,00

04-06-2021

 1

Toelichting

De fiscus heeft in totaal voor een bedrag van € 219.157,00 aan vorderingen ingediend uit hoofde van niet-afgedragen omzetbelasting, loonheffing en vennootschapsbelasting. De curator zal onderzoeken welke vorderingen ambtshalve aanslagen betreffen en indien opportuun hier bezwaar tegen aantekenen.

€ 252.864,75

03-09-2021

 2

Toelichting

De fiscus heeft haar vordering verhoogd tot een bedrag van € 252.864,75. De curator heeft bezwaar aangetekend tegen de ambtshalve aanslag omzetbelasting over mei 2021.

8.3 Pref. vord. UWV

€ 16.509,36

03-09-2021

 2

Toelichting

UWV heeft een preferente vordering ingediend wegens loon dat zij heeft uitgekeerd aan een oud-werknemer van gefailleerde.

Aan de levensvatbaarheid zal niet hebben bijgedragen dat het (indirect) bestuur van VB Flex BV onbetaald gelaten rekening-courantschulden aan VB Flex BV hebben:

Uit de bijgewerkte debiteurenlijst volgt voorts dat de rekening-courantvorderingen van gefailleerde op haar bestuurders V. Bishesar en Bishesar Holding B.V. op datum faillissement lager zouden uitvallen, namelijk € 21.764,46 respectievelijk € 1.717,88. De curator stelt zich op het standpunt dat gefailleerde een bedrag van € 50.928,01 van V. Bishesar te vorderen heeft en een bedrag van € 26.951,59 van Bishesar Holding B.V. De heer Bishesar heeft enkel verweer gevoerd tegen de vordering op hem in privé. De curator bereidt vervolgstappen voor.

VB Flex BV werd niet daadwerkelijk bestuurd door Vinay Bishesar

22. In de procedure in appel stelt de Curator namens VB Flex BV dat VB Flex BV wordt bestuurd door Vinay Bishesar. Uit de faillissementsverslagen komt evenwel een ander beeld naar voren.
23. Weliswaar is Vinay Bishesar ingeschreven als (indirect) statutair bestuurder, maar vervulde hij geen enkele feitelijke of wettelijke bestuurstaak. Dat deed de heer R. B.



24. Zoals hierboven geciteerd, heeft de Curator in haar eigen faillissementsverslag opgenomen dat Vinay Bishesar 'vaak' heeft verklaard niet op de hoogte te zijn van de gang van zaken binnen VB Flex BV. Vinay Bishesar was slechts een stroman.
25. Dientengevolge is VB Flex BV nimmer bevoegd vertegenwoordigd door R. B. R. B. kon dus ook geen rechtsgeldige overeenkomsten sluiten met Omni.

E-mail van 16 april 2018

26. VB Flex BV had zich op de toepasselijkheid van algemene voorwaarden beroepen, en gesteld dat de exoneratieclausule daarin in de weg staat aan de vorderingen van Omni. Ook in hoger beroep wordt die stelling door VB Flex BV/ de curator ingenomen. De Curator beroept zich in appel erop, dat R. B. op 18 november 2019 een e-mail (met bijlagen) namens VB Flex BV aan Omni zou hebben verzonden, in aansluiting op eerdere correspondentie van 16 april 2019. De bijlagen bij die e-mail van 18 november 2019 betroffen (i) een raamovereenkomst, (ii) een verklaring van de Stichting SNA, (iii) een kvk-uittreksel van VB Flex BV, en (iv) bewijsstukken van de bankrekeningen van de VB Flex BV.
27. Ondanks de essentiële onjuistheden in de raamovereenkomst waar het om zou gaan, in combinatie met de voorafgaande e-mail van 16 april 2019, had Omni wel moeten begrijpen dat die raamovereenkomst zag op de nieuwe contractuele verhouding tussen Omni en VB Flex BV, aldus de Curator.
28. Deze lezing is volstrekt en aantoonbaar onjuist. De daadwerkelijke gang van zaken is door Omni al uiteengezet eerste aanleg. Daar heeft Omni onder randnummer 19 van haar conclusie van antwoord in conventie al laten weten, dat de raamovereenkomst (en andere bijlagen) waarop VB Flex BV zich in twee instanties beroept, nooit aan Omni ter beschikking zijn gesteld. Hoewel de Curator het tegendeel beweert, bewijst de van de zijde van VB Flex BV in het geding gebrachte e-mail van 16 april 2019 het gelijk van Omni: die e-mail is verzonden door R. B. (r.bishesar@vbflex.nl) aan ene 'VB Security'. 'VB Security' is geen e-mailadres van Omni.
29. Uit het faillissementsverslag van 3 september 2021 blijkt opvallend genoeg, dat VB Flex BV niet alleen actief was in de uitzendbranche, maar ook in de branche van het adviseren en installeren van alarmsystemen:

Activiteiten onderneming

Gefailleerde exploiteert een uitzendbureau voor schoonmaakpersoneel in de hotelbranche. Gefailleerde heeft zich voorts enige tijd beziggehouden met het adviseren en installeren van alarmsystemen en exploiteerde deze activiteiten onder de naam Hello Safety in haar nevenvestiging te Assen.

04-06-2021

 1

30. Omni vermoedt dat de e-mail van 16 april 2019 van R. B. aan 'VB Security' voor Vinay



Bishesar of een medewerker van VB Flex BV is verzonden. In ieder geval niet aan Omni.

C. BESPREKING VAN DE GRIEVEN

31. De Curator/VB Flex BV heeft een aantal grieven aangevoerd tegen hen vonnis in eerste aanleg besproken.

Grief I: Ten onrechte heeft de rechtbank in het Vonnis de feiten onjuist en onvolledig vastgesteld

32. Deze grief is te ongespecificeerd om behoorlijk verweer tegen te kunnen voeren. Om die reden kan die grief dan ook niet slagen.

Grief II: Ten onrechte heeft de rechtbank geoordeeld dat VB Flex BV is tekortgeschoten in de nakoming van op haar rustende verplichtingen.

33. Ter toelichting voert VB Flex BV, kort gezegd, aan dat Multiservice niet zou hebben toegezegd dat het personeel dat Omni zou leveren in het bezit zou zijn van een tewerkstellingsvergunning.
34. Omni betwist dat. Die afspraak volgt niet alleen duidelijk uit de mailwisselingen tussen de heer Joost Dixon - Hogenboom van Omni en R. B. van Multiservice, maar is ook telefonisch tussen hen besproken. Omni biedt hiervan bewijs aan door de heer Joost Dixon – Hogenboom als getuige te horen.
35. VB Flex BV stelt (in dit hoger beroep voor het eerst) dat de bevestiging van R. B. dat hij natuurlijk zou zorgen voor gecontroleerd personeel dat in Nederland mocht werken (e-mail van 16 april 2018) niet daadwerkelijk door hem geschreven en verzonden zou zijn. Het zou ook geen reactie zijn op de eerdere e-mail van Omni van eveneens 16 april 2018. De mail die VB Flex BV betwist te hebben verzonden luidt:

“Hi Joost,

[...]

Alle mensen die wij uitzenden zijn in het bezit van een Europees ID of indien wij mensen inzetten buiten de EU, dan zijn wij ook in het bezit van het verblijfsdocument en Werkvergunning,

Deze mail mag je als passage/Addendum zien op het opgestelde contract,”

36. Het is vreemd dat pas in appel dit verweer voor het eerst uit de hoge hoed wordt getoverd en dat VB Flex BV, toen nog ‘bestuurd’ door R. B., in eerste aanleg niet zélf al met dit verweer is gekomen. Dat maakt het verweer op zijn zachtst gezegd



onaannemelijk. Omni betwist dan ook dat de betreffende e-mail niet door R. B. zou zijn geschreven. De bewijslast dat de mail niet door R.B. zou zijn verzonden ligt bij VB Flex BV, maar Omni biedt natuurlijk gaarne alle medewerking aan een onderzoek hiernaar. Omni stelt daarvoor haar ICT-systemen open en beschikbaar. De Curator (met een eventuele deskundige) is meer dan welkom om de e-mail op de systemen van Omni op authenticiteit te verifiëren. Zo nodig biedt Omni zelfs tegenbewijs aan door het (digitale) e-mailbericht door een deskundige te laten onderzoeken op authenticiteit.

37. Overigens zou het op de weg van de Curator liggen zelf onderzoek te doen op de IT-systemen van VB Flex BV. De betreffende e-mail behoort zich immers in de administratie van VB Flex BV te bevinden en de curator beschikt volgens haar laatste faillissementsverslag over de administratie van VB Flex BV. Onder het kopje '7.1 Boekhoudplicht' is te lezen:

De bestuurder van gefailleerde heeft de curator een administratie ter beschikking gesteld die volgens de bestuurder is bijgehouden tot en met eind 2019. Volgens de bestuurder is er over de jaren 2020 en 2021 geen boekhouding gevoerd, omdat gefailleerde de facturen van de boekhouder niet betaalde en deze zijn werkzaamheden heeft opgeschort. Volgens de bestuurder van gefailleerde zou gefailleerde echter over die jaren ook geen activiteiten meer ontplooid.

38. De betreffende e-mail is van 16 april 2018 (om 22:02:55 GMT+2) dus moet zich in de administratie van 2018 bevinden, die beschikbaar is voor de Curator.
39. Subsidiar stelt de Curator dat als aangenomen wordt dat de e-mail van 16 april 2018 daadwerkelijk door R. B. is verzonden in reactie op de e-mail van Omni van eveneens 16 april 2018, die e-mail niet zo kan worden uitgelegd dat partijen daarmee bedoeld hebben overeen te komen dat Multiservice (en dus niet (ook) Omni) degene is die ervoor zorgt dat de ter beschikking gestelde uitzendkrachten in het bezit zijn van een tewerkstellingsvergunning.
40. Omni acht deze redenatie onbegrijpelijk. De tekst van de e-mail van R. B. van 16 april 2018 is glashelder en niet voor meerdere uitleg vatbaar:

“Alle mensen die wij uitzenden zijn in het bezit van een Europees ID of indien wij mensen inzetten buiten de EU, dan zijn wij ook in het bezit van het verblijfsdocument en Werkvergunning,

Deze mail mag je als passage/Addendum zien op het opgestelde contract,”

41. Multiservice heeft zich met deze e-mail ertoe verbonden uitsluitend mensen uit te zenden die in het bezit zijn van een Europees identiteitsbewijs of, indien de mensen



van buiten de EU komen, in het bezit zijn van een verblijfsdocument en werkvergunning. Deze garantie maakt onderdeel uit van het contract, aldus R. B. namens Multiservice.

42. De niet-nakoming van deze verbintenis (het ter beschikking stellen van personeel dat niet uit de EU afkomstig is en toch geen werkvergunning heeft) leidt ertoe dat Multiservice (en later dus VB Flex BV die onder exact dezelfde voorwaarden contracteerde) schadeplichtig is jegens Omni. De door de Inspectie SZW op te leggen boetes zijn een rechtstreeks, voorzienbaar en toerekenbaar gevolg van de het door VB Flex BV ter beschikking stellen – in weerwil van de door haar gegeven garanties van het tegendeel-- van illegale arbeidskrachten.
43. Voorts wijst Omni in dit verband op de erkenning van aansprakelijkheid door VB Flex BV, ten tijde dat VB Flex BV nog haar pad schoon maakte in plaats van haar straatje schoon veegde.
44. Ten slotte wijst Omni erop dat de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid ex 6:248 lid 1 vanzelfsprekend meebrengt dat VB Flex BV uitsluitend legale arbeidskrachten behoorde te leveren die in Nederland mochten werken. Daarover kan geen misverstand bestaan omdat het absurd zou zijn de veronderstellen dat er in Nederland een markt zou bestaan voor illegale arbeidskrachten. Het sluiten van een overeenkomst die ziet op het tewerkstellen van illegale arbeidskrachten zou nietig zijn wegens strijd met de openbare orde en goede zeden (ex 3:40 BW).
45. De tweede grief van VB Flex BV kan niet slagen.

Grief III: Ten onrechte heeft de rechtbank geoordeeld dat de NBBU-voorwaarden niet van toepassing zijn.

46. In de derde grief voert VB Flex BV aan dat de NBBU-voorwaarde op de overeenkomst tussen Omni en Multiservice en dus ook op die tussen Omni en VB Flex BV van toepassing zijn.
47. Omni betwist dat.
48. Omni heeft nooit ingestemd of getekend voor toepasselijkheid van de NBBU-voorwaarden. Op die redenen zijn de NBBU-voorwaarden dus niet van toepassing op de rechtsverhouding tussen Omni en Multiservice en dus al helemaal niet op de rechtsverhouding tussen Omni en VB Flex BV.
49. De NBBU-voorwaarden zijn bovendien nooit aan Omni ter hand gesteld. Dat brengt mee dat de daarin opgenomen bedingen vernietigbaar zijn (ex 6:233 sub b jo. 6:234 lid 1 jo. 6:235 lid 1 sub b BW – waarbij van belang is dat Omni ten tijde van het sluiten van de overeenkomst (en thans) minder dan 50 werknemers had). Voor zover de



bedingen van de NBBU-voorwaarden ertoe zouden lijden dat VB Flex BV geëxonerend zou kunnen worden voor de door haar veroorzaakte schade als gevolg van het ter beschikking stellen van illegale arbeidskrachten (te weten: de door de Inspectie SZW op te leggen boetes), beroept Omni zich op vernietigbaarheid van die bepalingen.

50. Een beroep op het Geurtzen/Kampstaal-arrest³ zal VB Flex BV niet baten, om de volgende redenen:

- Omni heeft toepasselijkheid van de NBBU-voorwaarden nooit geaccepteerd (niet ten aanzien van Multiservice en niet ten aanzien van VB Flex BV);
- VB Flex BV heeft per e-mail van 16 april 2018 expliciet toegezegd:

“Alle mensen die wij uitzenden zijn in het bezit van een Europees ID of indien wij mensen inzetten buiten de EU, dan zijn wij ook in het bezit van het verblijfsdocument en Werkvergunning,

Deze mail mag je als passage/Addendum zien op het opgestelde contract,”

Deze expliciete toezegging prevaleert boven eventuele andersluidende bedingen in de NBBU-voorwaarden;

- In Geurtzen/Kampstaal gaat het erom dat een wederpartij bekend verondersteld kan worden met toepasselijke algemene voorwaarden gezien de relatie tussen gebruiker en wederpartij (Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan het geval dat regelmatig gelijksoortige overeenkomsten tussen partijen worden gesloten, terwijl de algemene voorwaarden bij het sluiten van de eerste overeenkomst aan de wederpartij ter hand zijn gesteld en aan het geval van een van algemene voorwaarden deel uitmakende eenvoudige exoneratieclausule).

In Geurtzen/Kampstaal is niet geoordeeld dat een wederpartij bekend mag worden geacht met uit hoofde van zijn contractuele relatie met een andere gebruiker, die kennelijk dezelfde algemene voorwaarden hanteert.

Zelfs al zouden de NBBU-voorwaarden op de verhouding tussen Omni en Multiservice van toepassing zijn, dan zijn ze dat nog niet op de verhouding tussen Omni en VB Flex BV. Van een contractoverneming is geen sprake geweest omdat zulks middels een akte (een schriftelijk ondertekend stuk) dient plaats te vinden (ex 6:159 BW). Er is geen akte.

51. Omni concludeert dat de derde grief van VB Flex BV niet slaagt.

³ HR 1 oktober 1999, ECLI:NL:ZC1999 (Geurtzen/Kampstaal), r.o. 3.4.



Grief IV: Ten onrechte heeft de rechtbank geoordeeld dat het beroep van VB Flex BV op de exoneratieclausule niet opgaat

52. De vierde grief bouwt voort op het standpunt dat de NBBU-voorwaarden volgens VB Flex BV van toepassing zijn. De curator meent dat VB Flex BV zich dan op de in artikel 7.1 daarvan opgenomen exoneratieclausule kan beroepen. Die exoneratieclausule bepaalt dat VB Flex BV niet gehouden is tot enige vergoeding van schade van welke aard dan ook.
53. Omni betwist dat, op de eerste plaats natuurlijk omdat de NBBU-voorwaarden juist niet van toepassing zijn op de rechtsverhouding tussen Omni en VB Flex BV. Dat is hiervoor al uiteengezet.
54. Maar ook anders slaagt een beroep op de exoneratieclausule in artikel 7 van de NBBU-voorwaarden nog steeds niet. Ter zake van de aansprakelijkheid van VB Flex BV voor boetes (zoals die van de Inspectie SZW) heeft Omni in de e-mail van 16 april 2018 aan Multiservice immers de volgende specifieke eisen gesteld:

“Hi R.,

Naar aanleiding van je email had ik nog een aantal punten:

- 1. Bij ons overleg zijn wij ervan uitgegaan dat het tarief van 18.50 inclusief de feestdagen toeslag was. In de huidige CAO is de zondagstoeslag reeds niet meer van toepassing.*
- 2. Zou jij tevens in de overeenkomst kunnen opnemen dat jullie ook gebruik maken van een G-rekening*
- 3. Zou jij tevens de aangevraagde certificering kunnen vermelden en/of bevestigen dat wij hier een kopie van krijgen zodra deze binnen is.*
- 4. Ik mis ook een passage dat de geldende wet en regelgeving gevolgd wordt (o.a. identificatieplicht en arbeidstijdenwet) .. Wij hebben als bedrijf de policy dat boetes in rekening gebracht worden bij het uitzendbureau.*

Mocht je nog vragen hebben dan hoor ik dat graag.”

(onderstreping adv.)

55. Bij wijze van antwoord heeft R. B. de eisen van Omni nog dezelfde dag per e-mail niet afgewezen, en dus geaccepteerd, zoals ook met bewijs aan de Rechtbank is voorgehouden. Daarin verzekerde R. B. per e-mail van 16 april 2018 bovendien dat een en ander zonder meer in orde zou zijn:



“Hi Joost,

De feestdagen toeslag is wettelijk vastgesteld in de CAO en daar kunnen wij niet omheen, elke medewerker die op een feestdag werkt zijn wij wettelijk verplicht om die toeslag te betalen, de toeslagen vallen buiten het tarief. Zondag toeslag is inderdaad niet van toepassing, daar wij het D-deel van de schoonmaak Cao hanteren

Uiteraard kan ik vermelden dat wij een G-rekening hebben, deze staat onderaan in het contract ook vermeld.

Tevens zoals aangegeven, zal ik ook (zodra deze afgerond is) het Nen certificaat naar je sturen, zoals besproken, ik had aangegeven in ons overleg dat wij hiermee bezig zijn en zodra dit rond is, wij deze uiteraard zullen overhandigen, danwel zichtbaar zal zijn bij het SNA (Stichting Normering Arbeid)

Alle mensen die wij uitzenden zijn in het bezit van een Europees ID of indien wij mensen inzetten buiten de EU, dan zijn wij ook in het bezit van het verblijfsdocument en Werkvergunning,

Deze mail mag je als passage/Addendum zien op het opgestelde contract,

--

*Met vriendelijke groet, Sincerely ,
R. B.”*

56. Voor zover de tekst van deze e-mailwisseling onduidelijk zou zijn, kan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze natuurlijk niet de uitleg aan worden gegeven dat (i) VB Flex BV de eis van aansprakelijkheid voor boetes verwierp, (ii) desalniettemin garandeerde dat de door haar uitgezonden mensen in het bezit van een Europees identiteitsbewijs of geldig verblijfsdocument en werkvergunning zouden zijn, maar (iii) vervolgens, met een beroep op artikel 7.1 van de NBBU-voorwaarden, niet aansprakelijk zou zijn voor opgelegde boetes door als gevolg voor schending van die garantie. Dat zou een vreemde en onlogische redenering zijn en de deur openzetten naar straffeloos wanpresteren door Multiservice. Dat is nimmer de bedoeling van partijen geweest.
57. Ten slotte wijst Omni erop, dat wanneer er sprake is van grove schuld het exoneratie beding in de NBBU-voorwaarden überhaupt niet van toepassing is volgens diezelfde voorwaarden. En in dit geval heeft de arbeidsinspectie vastgesteld dat VB Flex BV grove schuld draagt wegens het nalatig zijn om te controleren of de door haar aangedragen personeelsleden wel in Nederland mochten werken zonder een



tewerkstellingsvergunning. Linksom of rechtsom baat het beroep van VB Flex BV op de NBBU-voorwaarden haar dus niet.

Grief V: Ten onrechte heeft de rechtbank geoordeeld dat VB Flex BV aansprakelijk is voor de schade van Omni.

58. Bij de toelichting op haar vijfde grief haalt VB Flex BV een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 5 januari 2011 (ECLI:NL:RBROT:2011:BP3925) aan, die volgens haar vergelijkbaar zou zijn met de in deze procedure voorliggende zaak.
59. Dat is echter niet het geval. In de in deze procedure voorliggende zaak heeft Omni immers expliciet kenbaar gemaakt dat eventuele boetes voor rekening van VB Flex BV kwamen. In de e-mail van Omni van 16 april 2018 is immers medegedeeld:
- “4. Ik mis ook een passage dat de geldende wet en regelgeving gevolgd wordt (o.a. identificatieplicht en arbeidstijdenwet) .. Wij hebben als bedrijf de policy dat boetes in rekening gebracht worden bij het uitzendbureau.”*
60. VB Flex BV heeft deze mededeling geaccepteerd en niet weersproken. Hij stelde Omni zelfs gerust en reageerde dezelfde dag per e-mail:
- “Alle mensen die wij uitzenden zijn in het bezit van een Europees ID of indien wij mensen inzetten buiten de EU, dan zijn wij ook in het bezit van het verblijfsdocument en Werkvergunning,”*
61. Nadien heeft R. B. namens VB Flex BV herhaaldelijk bevestigd aansprakelijkheid te zullen aanvaarden, zoals in het voorgaande al aan de orde is gekomen.
62. Omni mocht er dus gerechtvaardigd op vertrouwen dat de door VB Flex BV ter beschikking gestelde arbeidskrachten in Nederland mochten werken, en dat eventuele door de Inspectie SZW door VB Flex BV zouden worden gedragen.
63. Daarmee verviel voor Omni ook de noodzaak om nogmaals zélf te controleren of de door VB Flex BV ter beschikking gestelde arbeidskrachten in Nederland mochten werken. Die controle maakte immers onderdeel uit van de door VB Flex BV verleende (en betaalde) diensten. Omni is dus niet ‘op dezelfde wijze’ tekortgeschoten als VB Flex BV, zoals VB Flex BV stelt.
64. Het grote verschil is, dat VB Flex BV niet op een ander kon vertrouwen voor de controle aan de hand van de WAV, terwijl Omni dat wél kon en deed. Dat vertrouwen was (in) het hart van de overeenkomst met VB Flex BV.



65. In voornoemde door VB Flex BV aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam wordt ook overwogen dat inderdaad kan en mag worden afgesproken dat boetes op de uitlener worden 'afgewenteld' (zie r.o. 4.8 en 4.10 van de uitspraak):

"4.8. De visie van [eiser] dat het niet de bedoeling kan en mag zijn dat de boete voor de formele werkgever nog eens meer dan zou kunnen verdubbelen doordat aan de feitelijke werkgever een regresrecht toekomt, deelt de rechtbank in zijn algemeenheid niet. [...] Voor het toestaan van een dergelijk regresrecht zal echter minder snel aanleiding bestaan indien de formele en de feitelijke werkgever op vergelijkbare wijze zijn tekortgeschoten in hun uit de WAV voortvloeiende plichten. In een dergelijk geval ligt het niet in de rede schade die in de vorm van een boete ten laste van de feitelijke werkgever is gekomen aan de formele werkgever toe te rekenen.

4.10. Deze afwenteling zou wel kunnen plaatsvinden als partijen dit met zoveel woorden zijn overeengekomen.

66. De uitspraak van de Rechtbank Rotterdam ondersteunt daarom juist de stellingen van Omni, en niet die van VB Flex BV. De redelijkheid en billijkheid staat niet in de weg aan de (overeengekomen en door VB Flex BV geaccepteerde) aansprakelijkheid voor boetes van de Inspectie SZW.
67. Hetzelfde systeem zien we bij de boetes die de klanten van Omni weer op Omni afwentelen, om precies dezelfde redenen: zulks is simpelweg overeengekomen en maakt onderdeel uit van de toegezegde te verlenen diensten. Omni wordt geacht en is overeengekomen legale schoonmaakdiensten aan haar klanten te verlenen; VB Flex BV werd geacht en was overeengekomen daarvoor legaal personeel te leveren. Door dat niet te doen, worden Omni boetes op de schouders gelegd, zowel rechtstreeks als over de band van de hotels waarmee zij gecontracteerd had. De oorzaak van al deze voorzienbare schade ligt in de toerekenbare tekortkoming van VB Flex BV. Als VB Flex BV slechts zoals was overeengekomen legale arbeidskrachten ter beschikking had gesteld, waren deze schades niet ontstaan. Er is dan ook duidelijk en ontegenzegglijk sprake van een causaal verband.
68. VB Flex BV beriep zich in de procedure er nog op, dat Omni het door VB Flex BV ter beschikking gestelde personeel niet zou mogen doorlenen aan haar klanten (hotels). Dat is natuurlijk volstrekt onbegrijpelijk. De enige activiteit die Omni uitvoert, is het schoonmaken van hotelkamers bij haar klanten. Bij haarzelf vinden helemaal geen schoonmaakwerkzaamheden plaats waarvoor zij personeel in leent. VB Flex BV wist dat en stemde daarmee in. VB Flex BV zorgde ook dat het door haar ter beschikking gestelde personeel verscheen bij de hotels waar de schoonmaakwerkzaamheden moesten worden verricht.



69. Het bizarre aan het standpunt van VB Flex BV is ook nog eens, dat dit strijd met haar eigen claim op betaling van haar declaraties. Als Omni de door VB Flex BV aangedragen werknemers niet te werk had mogen stellen in de hotels, dan zou er geen enkele reden zijn voor VB Flex BV om een declaratie uit te brengen aan Omni. Want dan zouden die werknemers geen enkel uur hebben gewerkt.
70. Zoals eerder in deze MvA betoogt, zijn de NBBU-voorwaarden niet van toepassing op de rechtsverhouding tussen VB Flex BV en Omni. Maar ook anders kan een beroep hierop VB Flex BV niet baten, omdat dan in het geheel geen nota's uitgebracht hadden mogen worden door VB Flex BV.

Grief VI: Ten onrechte heeft de rechtbank de vordering van Omni in reconventie tot het vergoeden van schade, op te maken bij staat, toegewezen.

71. De zesde grief van VB Flex BV slaagt niet, omdat vaststaat dat VB Flex BV toerekenbaar tekort is gekomen in de nakoming van haar overeengekomen verbintenissen. Als gevolg is zij daarvoor schadeplichtig. Omdat ten tijde van de uitspraak door de Rechtbank nog niet precies kan worden vastgesteld hoe groot de schade is, zal die moeten worden opgemaakt bij schadestaat. Daar valt niets tegen in te brengen.

Grief VII: Ten onrechte heeft de rechtbank geoordeeld dat het beroep van Omni op opschorting van betaling slaagt

72. In haar zevende grief betoogt VB Flex BV dat de onzekerheidsexceptie van artikel 6:263 BW geen toepassing kan vinden omdat Omni niet 'als eerste' zou moeten presteren. VB Flex BV beziet dit vanuit de tussen haar en Omni gesloten overeenkomst, waarbij zij stelt al 'als eerste' te hebben gepresteerd door schoonmaakpersoneel beschikbaar te hebben gesteld. Volgens VB Flex BV moet Omni nu 'als laatste' presteren door daarvoor de facturen te betalen.
73. Deze grief slaagt niet. Het gaat hier niet om het 'als eerste' presteren ter zake van het nakomen van de tussen VB Flex BV en Omni gesloten overeenkomst (die VB Flex BV overigens niet is nagekomen, omdat het ter beschikking stellen van illegaal personeel dat niet in Nederland mag werken nooit is overeengekomen⁴), maar ter

⁴ Zie ook de eerder aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 5 januari 2011 (ECLI:NL:RBROT:2011:BP3925), r.o. 4.6:

“4.6. Tussen partijen is niet in geschil dat er op 24 april 2008 en 27 oktober 2008 door [eiser] aan [gedaagden] arbeidskrachten ter beschikking zijn gesteld zonder dat deze arbeidskrachten beschikten over de vereiste tewerkstellingsvergunning. De rechtbank gaat voorbij aan het betoog van [eiser] dat met [gedaagden] niet was afgesproken dat slechts 'legale' arbeidskrachten ter



zake van enerzijds de verplichting van Omni de openstaande facturen te voldoen, en anderzijds de verplichting van VB Flex BV om de door haar toerekenbare tekortkoming veroorzaakte schade te vergoeden.

74. In eerste aanleg heeft Omni al goede gronden aangevoerd op basis waarvan zij verwachtte dat VB Flex BV de te lijden schade niet zou vergoeden, daarbij in aanmerking genomen dat VB Flex BV en haar (indirect) dga Vinay Bishesar categorisch weigerden zekerheid te verstrekken voor betaling van de schade zodra exact duidelijk zou zijn hoe hoog die was.
75. Inmiddels bestaat er nog meer aanleiding de onzekerheidsexceptie toe te passen, omdat VB Flex BV immers failliet is. Alle eventueel te ontvangen betalingen zullen naar Curator en Belastingdienst gaan, en er zal niets voor concurrent schuldeiser Omni resteren. Er is inmiddels sprake van een restitutie-risico van 100%.
76. Er is daarom thans, nog sterker dan in eerste aanleg, alle redenen om de onzekerheidsexceptie toe te passen.
77. In aanvulling op het bovenstaande beroept Omni zich thans, nu VB Flex BV failliet is, ook op haar verrekeningsrecht. Artikel 53 Faillissementswet geeft Omni de bevoegdheid haar schuld aan VB Flex BV te verrekenen met haar nog niet-opeisbare vordering op VB Flex BV. Omni heeft zich in eerste aanleg nog niet op dit verrekeningsrecht beroepen, omdat VB Flex BV toen nog niet failliet was.
78. De zevende grief van VB Flex BV slaagt niet.

Grief VIII: Met haar oordeel dat aan Omni een beroep op opschorting toekomt, heeft de rechtbank aan Omni ten onrechte een onaanvaardbaar eeuwigdurend opschortingsrecht toegekend

79. De achtste grief van VB Flex BV slaagt net zo mi als de zeven daaraan voorafgaande.
80. Omni is geen 'eeuwigdurend opschortingsrecht' toegekend. Omni is slechts gerechtigd om haar betalingsverplichting op te schorten met de door haar te lijden schade, waarvan de omvang niet exact duidelijk was omdat er nog geen boetebesluit is genomen.
81. De Rechtbank heeft ook duidelijk verwezen naar een schadestaatprocedure. Als er een eeuwigdurend opschortingsrecht zou zijn geweest, had de Rechtbank daar niet

beschikking zouden worden gesteld, nu zij het een vanzelfsprekende (kern)verplichting van een uitzendbureau acht om personeel te leveren dat in de zin van de WAV gerechtigd is in Nederland arbeid te verrichten. Door niettemin arbeidskrachten ter beschikking te stellen die niet beschikten over de vereiste tewerkstellingsvergunning is [eiser] dan ook tekort geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen voortvloeiende uit de tussen partijen gesloten uitzendovereenkomst en dient hij in beginsel de schade die [gedaagden] als gevolg daarvan heeft geleden te vergoeden."



naar hoeven verwijzen.

82. De opschorting zal niet langer kunnen duren dan in redelijkheid moet worden vastgesteld. Dit betekent, dat als de boetebesluiten de eenmaal onherroepelijk zijn, de weg naar de schadestaatprocedure zal moeten worden begaan.
83. Dat een boetebesluit zou komen, staat vast. Het is vast beleid van de Inspectie SZW dat overtredingen van de Wav simpelweg gehandhaafd worden. Op rechtspraak.nl is te zien dat ook de rechterlijke macht daarin consistent is. En inderdaad zijn inmiddels lopende het hoger beroep de boetebesluiten uitgebracht door de inspectie SZW.
84. VB Flex BV had zelf, ondanks duidelijk afspraken en erkenning door VB Flex BV van zijn aansprakelijkheid voor boetes, het risico genomen in deze situatie te belanden door illegale arbeidskrachten ter beschikking te stellen. Ook heeft zij geweigerd aan oplossing mee te werken door genoegzaam zekerheid te stellen voor haar schadevergoedingsplicht. VB Flex BV meende zonder consequenties en in strijd met gemaakte afspraken illegale arbeidskrachten ter beschikking kunnen stellen aan Omni. Dat is onaanvaardbaar.
85. Het is een wederpartij (zoals Omni) onder zulke omstandigheden toegestaan zich te beroepen op haar opschortingsrecht/de onzekerheidsexceptie. De opschorting vormt aldus een voorportaal van een verrekeningsrecht.
86. Daarnaast fungeert het opschortingsrecht van Omni nog steeds als pressiemiddel: indien Curator, de enig aandeelhouder van VB Flex BV, of een derde genoegzaam zekerheid stellen voor de vordering van Omni op VB Flex BV, zal Omni tot betaling van de openstaande facturen overgaan. Dit aanbod heeft Omni veelvuldig gedaan maar wordt niet geaccepteerd door VB Flex BV: zij wil haar openstaande facturen incasseren maar zonder zekerheid te stellen, waarmee zij in feite aangeeft, dat zij niet wenst te voldoen aan haar eigen schadevergoedingsplicht zodra duidelijk is hoeveel die precies behelst.
87. Het argument van VB Flex BV dat de rechtbank er in eerste aanleg aan is voorbijgegaan dat de liquiditeit van VB Flex BV door zijn vonnis volledig is opgedroogd, is niet goed begrijpelijk. VB Flex BV heeft er zelf voor gekozen om illegale werknemers ter beschikking te stellen, in strijd met de gemaakte afspraken. Zij is aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade, dat staat los van haar liquiditeitspositie. Bovendien heeft Omni haar, zoals gezegd, aangeboden te betalen indien genoegzaam zekerheid werd gesteld. Dat weigert VB Flex BV tot op heden. Haar liquiditeitsproblemen zijn volledig door haarzelf veroorzaakt. Overigens maakte VB Flex BV blijkens het hiervoor aangehaalde faillissementsverslag er een gewoonte van ook de fiscus niet te betalen, hertgeen vanzelfsprekend ook liquiditeitsproblemen heeft veroorzaakt. Het faillissement is dan ook duidelijk niet een gevolg van de opschorting. Vinay Bishesar en R. B. hadden beter moeten weten nadat hun eerste



onderneming Multiservice al faillieerde en zij die deels doorstartte middels VB Flex BV.

88. Voor zover er een belangenafweging moet worden gemaakt, telt ook het belang van Omni mee: als gevolg van de Coronacrisis is haar omzet in 2020 en 2021 met ongeveer 50% afgenomen. Sindsdien en als gevolg daarvan verkeert Omni zelf in liquiditeitsnood. Voor haar voortbestaan is zij afhankelijk van de NOW-regeling van de Rijksoverheid. Omni verleent schoonmaakdiensten aan de hotelbranche dus uw Gerechtshof kan zich voorstellen dat Omni, samen met de hotelbranche, keihard getroffen is door de Coronacrisis.

Grief VIII: De rechtbank heeft in conventie VB Flex BV ten onrechte veroordeeld in de proceskosten.

89. Deze grief is in de Memorie van Grieven abusievelijk eveneens als grief VIII genummerd.
90. De Rechtbank Amsterdam heeft VB Flex BV in conventie terecht veroordeeld in de proceskosten, omdat zij de procedure in conventie heeft verloren.

Grief IX: De rechtbank heeft in reconventie ten onrechte de proceskosten gecompenseerd tussen partijen, in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt.

91. De Rechtbank Amsterdam heeft in reconventie de proceskosten van partijen gecompenseerd. Dit was terecht, omdat de vorderingen in reconventie deels zijn afgewezen, maar voor een belangrijk(er) deel ook zijn toegewezen.

D. BEWIJSAANBOD

92. Zonder gehoudenheid daartoe te erkennen, zal Omni aanbieden in de procedure in hoger beroep al haar stellingen te bewijzen met alle middelen rechtens, in het bijzonder door het doen horen van de volgende getuigen over de volgende aangelegenheden:
- Louwrens Lindemans en Joost Dixon – Hogenboom, beide leidinggevenden bij Omni. Zij kunnen getuigen over:
 - al hetgeen door Omni in eerste aanleg en hoger beroep is gesteld;
 - de totstandkoming en inhoud van de overeenkomst tussen Omni en VB Flex BV;
 - de erkenning van aansprakelijkheid die R. B. namens VB Flex BV heeft gedaan; en
 - de authenticiteit van de door R. B. verzonden e-mails die in deze procedure in het geding zijn gebracht.



E. SAMENVATTING VAN HET COMMENTAAR BIJ DE UITSPRAAK VAN DE RECHTBANK IN HET LICHT VAN HET DAARTEGEN INGESTELDE BEROEP

93. De rechtbank heeft een juist vonnis gewezen, en daartegen is VB Flex BV in hoger beroep gekomen. Vervolgens heeft VB Flex BV de handdoek in de ring gegooid en haar eigen faillissement aangevraagd. De curator is degene die nu de positie van VB Flex moet verdedigen.
94. Een aantal argumenten dat namens VB Flex wordt gevoerd zal niet kunnen leiden tot vernietiging van het vonnis. Dat geldt onder andere het beroep op de toepasselijkheid van de NBBU-voorwaarden, het beroep op de exonatieclausule, die overigens volgens de NBBU-voorwaarden zelf niet van toepassing is bij grove schuld, het argument over de eeuwigdurende opschorting en de klachten over de proceskostenveroordeling.
95. Over andere argumenten zal het Hof zich nog moeten buigen. Omni neemt aan, dat de uitkomst van die beoordeling van de argumenten niet zo zal zijn, dat de bedoeling van partijen, die erop gericht was dat VB Flex BV zou zorgen voor legale arbeidskrachten en ook zou controleren dat die arbeidskrachten zonder tewerkstelling, dan wel in het bezit van een tewerkstelling arbeid zouden mogen verrichten, leidend is. Het gevolg daarvan is, dat de schade die voortvloeit uit een aandrigen van arbeidskrachten die volgens de bepalingen van de WAV niet te werk mochten worden gesteld gedragen zal worden door de VB Flex BV. Deze schade bestaat vanwege het beleid van de inspectie SZW —een beleid dat zowel bij VB Flex als bij Omni bekend is en ook aanleiding heeft gegeven tot het maken van juist deze overeenkomst -- niet slechts de boete die aan VB Flex BV zelf wordt opgelegd, maar tevens de boete die aan Omni wordt opgelegd alsmede de boetes die worden opgelegd aan de klanten van Omni, de hotels waar de arbeidskrachten de werkzaamheden daadwerkelijk uitvoerden.
96. Alleen dit laatste zou een bevredigende uitkomst zijn, die ook werkt.
97. Uitspraak zal op zijn vroegst worden gedaan in 2023.