

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 23, 2012

Nummer 23, 2012

Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. L. Kirkpatrick, mr. M. Assenberg van Eijssen, mr. R. van Hemert, mr. P.H. de Jongh, mr. C.P. Kuijer, mr. drs. T.J. Post, I.J. Schipper, mr. S.A. Slootweg, mr. V. Twilt, mr. R.R.T. van de Ven en mr. S. Wiersma-Helal.

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2012:BW3214 08-06-2012

eiser/Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2012:BW0246 08-06-2012

werknemers/Veolia Transport N.V. en Personeelsvereniging Brabants Busvervoer B.V.

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW7504 05-06-2012

werkgever/werkneemster

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7795 05-06-2012

werknemer/Vici B.V.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARN:2012:BW7548 05-06-2012

werknemer/Coöperatieve Rabobank IJsseldelta en Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW7420 30-05-2012

Ondernemingsraad van de Stichting Het Brabants Orkest/Stichting Het Brabants Orkest

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7374 29-05-2012

werknemer/Herwil B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BW7818 04-10-2011

werknemer/Samenwerkende Pensioen Architecten B.V.

Rechtbank

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBDOR:2012:BW7684 06-06-2012

werknemer/Braanker Transport BV

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBALM:2012:BW7528 31-05-2012

werknemer/Linde Vouwkartonnage BV

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBLEE:2012:BW7794 16-05-2012

werknemer/Bakker's Op-Overslag Distributie BV

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBHAA:2012:BW7380 23-04-2012

werknemer/Oranjedak Noord BV

Uitspraken zonder ECLI

Hof van Justitie van de Europese Unie 07-06-2012

Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH/Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Hof van Justitie van de Europese Unie 07-06-2012

Bakker/Minister van Financiën

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Overijssel 01-06-2012

Ondernemingsraad GDF SUEZ Energie Nederland BV/GDF SUEZ Energie Nederland BV

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

eiser/Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen

Werkzoekende geen recht op schadevergoeding, omdat onaannemelijk is dat juiste handelwijze van UWV bij 62-jarige werknemer die reeds 29 jaar werkloos is tot een baan zou hebben geleid

Eiser stelt in de onderhavige procedure het UWV aansprakelijk wegens het niet (goed) faciliteren van het vinden van werk bij langdurige arbeidsongeschiktheid. Inzet van de procedure is het oordeel van de Centrale Raad van Beroep dat het besluit van het UWV om eiser niet langer als belanghebbende in de zin van de sociale werkvoorziening te beschouwen dient te worden vernietigd. Eiser eist uit hoofde van de zojuist kort aangeduide feiten in verschillende varianten schadevergoeding ten laste van (de rechtsvoorgangers van) het UWV. Deze vordering werd in beide feitelijke instanties niet-toewijsbaar geoordeeld. Een centrale plaats in de beoordeling in beide instanties komt toe aan het gegeven dat het onaannemelijk werd geacht dat eiser in verband met de beslissing uit april 1999 schade zou hebben geleden. Hij was ten tijde van die beslissing 62 jaar, en was inmiddels circa 29 jaar werkloos. Daarom werd als onaannemelijk beoordeeld dat eiser, wanneer de als onrechtmatig aangemerkte beslissing uit april 1999 achterwege zou zijn gebleven, een reëel vooruitzicht op (het vinden van) een baan zou hebben gehad. Tegen dit oordeel keert eiser zich in cassatie.

De advocaat-generaal concludeert tot verwerping van het cassatieberoep. De A-G wijst erop dat het enkele feit dat de CRvB heeft geoordeeld dat een bepaalde beslissing onrechtmatig is, nog niet met zich brengt dat eiser in civielrechtelijke zin aanspraak heeft op schadevergoeding. Ook de klachten inzake de bewijslast (niet eiser maar UWV zou de schade dienen te bewijzen) faalt.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De in de middelen aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien artikel 81 Wet RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 08-06-2012

ECLI: ECLI:NL:HR:2012:BW3214

Zaaknummer: 11/00817

Rechters: F.B. Bakels, W.D.H. Asser en A.H.T. Heisterkamp

Advocaten: A.F. Mandos en M.W. Scheltema

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

werknemers/Veolia Transport N.V. en Personeelsvereniging Brabants Busvervoer B.V.

Uitleg van artikel 37 Wet personenvervoer 2000. Toepassing Ontslagbesluit bij vaststelling niet-herleidbare indirecte werknemers. Beleidsvrijheid werkgever vaststelling unieke functies

Het gaat in dit kort geding om het antwoord op de vraag of werknemers terecht op de transferlijst zijn geplaatst voor medewerkers die, in verband met de overgang van de concessie Veluwe van Veolia op Syntus als gevolg van gunning in een aanbestedingsprocedure, van rechtswege overgaan (of zijn overgegaan) van Veolia c.s. naar Syntus. In artikel 37 Wet personenvervoer 2000 (hierna: WPV 2000) is deze overgang van personeel in verband met een dergelijke overgang van een concessie geregeld. De WPV 2000 maakt een onderscheid tussen (1) direct werkzame werknemers; (2) indirect herleidbare werknemers, en ten slotte (3) indirect niet-herleidbare werknemers. In cassatie wordt opgekomen tegen de door het hof gegeven uitleg aan artikel 37 WPV 2000, in het bijzonder de wijze waarop het hof de regels van het op grond van artikel 37 lid 4 WPV 2000 van toepassing zijnde Ontslagbesluit heeft toegepast. Naar het oordeel van hof dient het Ontslagbesluit tot uitgangspunt te worden genomen op basis van uitwisselbare functies. Volgens werknemers brengt de context van dit geval evenals de ratio van artikel 37 lid 4 WPV 2000 met zich, dat er een bijzonder causaal verband met de werkzaamheden ten behoeve van de overgegangene concessie moet zijn, wil sprake zijn van een unieke functie. Daarnaast menen zij dat de gewone regels van het Ontslagbesluit niet van toepassing zouden zijn, maar dat steeds moet worden beoordeeld welke werknemers het meest verbonden zijn met de overgegangene concessie. Dat enkel sprake hoeft te zijn van 'enig verband' leidt volgens werknemers tot willekeur.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De selectie van (het aantal van) de arbeidsplaatsen die overgaan op de nieuwe concessiehouder geschiedt op grond van artikel 37 lid 1 en 2 WPV 2000. In deze leden wordt een onderscheid gemaakt tussen direct en indirect betrokken werknemers. Het vierde lid van artikel 37 heeft, zoals het hof terecht heeft geoordeeld, slechts betrekking op de selectie van individuele werknemers binnen de aldus gedefinieerde groep (zie ook *Kamerstukken II* 1998/99, 26 456, nr. 3, p. 69). De klacht faalt derhalve.

Onderdeel 2 is gericht tegen de rechtsoverweging waarin het hof de vraag beantwoordt of aan het onderscheid tussen uitwisselbare en unieke functies in die zin consequenties zijn verbonden voor de toepassing van de WPV 2000, dat een werknemer die een unieke functie vervult pas als niet herleidbare indirecte werknemer kan worden aangemerkt indien er een bijzonder causaal verband is tussen het verlies van de concessie en het vervallen van de functie. Naar het oordeel van het hof is dat niet het geval en heeft de werkgever een zekere mate van beleidsvrijheid bij het aanwijzen van unieke, niet-uitwisselbare functies die als gevolg van de concessieovergang komen te vervallen en aldus mee overgaan naar de nieuwe concessiehouder op grond van artikel 37 lid 4 WPV 2000. Ook dit onderdeel faalt. Ingevolge de systematiek van artikel 37 is, kort gezegd, het relatieve omzetverlies ten gevolge van de overgang van de concessie bepalend voor de berekening van het aantal niet-herleidbare indirecte werknemers. Daarin ligt niet de verdergaande eis besloten dat het verval van de arbeidsplaats van de individuele werknemer het directe gevolg dient te zijn van het verlies van de concessie. Het stellen van die eis is niet verenigbaar met het door de wet gehanteerde begrip van de 'niet herleidbaar indirecte werknemer', dat immers per definitie inhoudt dat – voor zover het op basis van omzetverlies becijferde contingent dat toelaat – de individuele werknemer op basis van de in het Ontslagbesluit vervatte criteria wordt geselecteerd. Het hof heeft dan ook terecht geoordeeld dat bij die selectie voor unieke, niet-uitwisselbare functies een zekere mate van beleidsvrijheid voor de werkgever bestaat.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 08-06-2012

ECLI: ECLI:NL:HR:2012:BW0246

Zaaknummer: 11/02951

Rechters: J.B. Fleers, A.M.J. van Buchem-Spapens, F.B. Bakels, M.A. Loth en G. Snijders

Advocaten: M.J. van Basten Batenburg en R.A.A. Duk

Wetsartikelen: 7:663 BW, 37 Wet personenvervoer 2000 en 4:1 Ontslagbesluit

RECHTSPRAAK

**Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft
mbH/Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler
Luftfahrt Gesellschaft mbH**

De eis van drie jaar dienstverband voor hogere loonschaal leidt tot directe noch indirecte discriminatie op grond van leeftijd. Dat geen rekening wordt gehouden met verworven kennis binnen het concern, is niet discriminatoir

Tyrolean Airways en Lauda Air zijn twee 100%-dochterondernemingen van Austrian Airlines. Austrian Airlines en Lauda Air zijn gefuseerd op basis van een overeenkomst tussen de sociale partners van 2003. Sindsdien zijn de arbeidsvoorwaarden van het boordpersoneel van beide maatschappijen geregeld in één collectieve arbeidsovereenkomst die niet bepaalt dat voorafgaande tijdvakken van tewerkstelling bij Tyrolean Airways in aanmerking worden genomen. Op de arbeidsverhoudingen tussen Tyrolean Airways en haar boordpersoneel is de collectieve arbeidsovereenkomst van Tyrolean Airways van toepassing. In bijlage III bij deze collectieve arbeidsovereenkomst, 'Vaststelling van de lonen/schema van de functiegroepen', bepaalt punt 1, 'Algemene bepalingen', dat het boordpersoneel in de categorieën A of B wordt ingedeeld. Paragraaf 7 van dit punt 1 verduidelijkt dat '[d]e overgang van functiegroep A naar functiegroep B gebeurt na verloop van drie dienstjaren, dit is juist drie jaar na de aanstelling van de werknemer als lid van het cabinepersoneel' (hierna: 'litigieuze bepaling van de collectieve arbeidsovereenkomst van Tyrolean Airways'). Met een op 27 juli 2010 ingesteld beroep heeft de Betriebsrat het Landesgericht Innsbruck gevraagd te verklaren voor recht dat het door Tyrolean Airways tewerkgestelde cabinepersoneel dat overeenkomstig punt 3.5. van bijlage III bij de collectieve arbeidsovereenkomst van Tyrolean Airways in totaal minstens drie jaar ervaring heeft opgedaan als lid van het cabinepersoneel bij Tyrolean Airways en/of bij Austrian Airlines of bij Lauda Air, moet worden ingeschaald in functiegroep B. Op het hoger beroep van Tyrolean Airways oordeelt de verwijzende rechter dat de bekwaamheid en de kennis die het personeel opdoet bij de drie tot het concern behorende luchtvaartmaatschappijen inhoudelijk gelijk zijn. Volgens deze rechterlijke instantie zijn de door het cabinepersoneel bij deze maatschappijen uitgeoefende activiteiten nagenoeg

identiek. Ze onderscheiden zich enkel doordat de plaats van de keuken verschilt naargelang van het gebruikte vliegtuig, en door kleine verschillen in de tijdens de vlucht door het boordpersoneel uit te voeren bedieningshandelingen, die te wijten zijn aan de bijzondere kenmerken van elk vliegtuig. Deze rechterlijke instantie is van oordeel dat de litigieuze bepaling van de collectieve arbeidsovereenkomst van Tyrolean Airways en bijgevolg de in punt 8 van de arbeidsovereenkomsten van het cabinepersoneel van Tyrolean Airways gewoonlijk voorkomende bepaling discriminatie op grond van leeftijd vormen, aangezien zij leiden tot een verschil naargelang van de leeftijd waarop het lid van het cabinepersoneel de door Tyrolean Airways vereiste bekwaamheid en kennis heeft opgedaan. Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof worden de rechtsgevolgen van schending van de fundamentele rechten weliswaar bepaald door het nationale recht, maar door een parallel te trekken met zaken betreffende met het kartelrecht strijdige afspraken overweegt de verwijzende rechter de mogelijkheid dat sprake is van een absolute nietigheidgrond. Daarop heeft het Oberlandesgericht Innsbruck de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

‘1. Staat het thans geldende Unierecht, inzonderheid artikel 21 van het [Handvest] (jo. artikel 6 lid 1 VEU), het algemeen Unierechtelijk beginsel (artikel 6 lid 3 VEU) van het verbod van discriminatie op grond van leeftijd en de artikelen 1, 2 en 6 van Richtlijn [2000/78], in de weg aan een nationale regeling in een collectieve arbeidsovereenkomst die oudere werknemers indirect discrimineert doordat zij voor de indeling in de functiegroep van de collectieve arbeidsovereenkomst [van Tyrolean Airways], en dientengevolge voor de bepaling van de hoogte van de beloning, enkel rekening houdt met de bekwaamheid en kennis die deze werknemers als lid van het cabinepersoneel hebben verworven bij een bepaalde luchtvaartmaatschappij, maar niet met de inhoudelijk gelijke bekwaamheid en kennis die zijn verworven bij een andere, tot hetzelfde concern behorende luchtvaartmaatschappij? Geldt dit ook voor arbeidsovereenkomsten die zijn gesloten vóór 1 december 2009?

2. Kan een nationale rechter een clause in een individuele arbeidsovereenkomst die indirect in strijd is met artikel 21 van het [Handvest], met het algemeen Unierechtelijk beginsel van het verbod van discriminatie op grond van leeftijd en/of met de artikelen 1, 2 en 6 van Richtlijn [2000/78] – naar analogie van het arrest van 5 februari 2004, *Rieser Internationale Transporte* (C-157/02, Jurispr. blz. I-1477) en naar analogie van de jurisprudentiële oplossing van het Hof inzake de met het kartelrecht strijdige afspraken in het arrest van 25 november 1971, *Béguelin Import* (22/71, Jurispr. blz. 949) – op grond van de horizontale rechtstreekse werking van de grondrechten van de Unie als gedeeltelijk nietig behandelen en buiten toepassing laten?’

Het Hof van Justitie oordeelt als volgt. Hoewel de litigieuze bepaling een verschil in behandeling op grond van de aanstellingsdatum door de betrokken werkgever met zich kan

brenge, is een dergelijk verschil niet direct of indirect gebaseerd op de leeftijd en evenmin op een met de leeftijd verband houdend feit. Het is immers de eventueel door een lid van het cabinepersoneel bij een andere maatschappij van hetzelfde concern verworven ervaring die bij de inschaling niet in aanmerking wordt genomen, los van de leeftijd van dit personeelslid op het tijdstip van aanstelling. Deze bepaling is dus gebaseerd op een criterium dat noch onlosmakelijk (zie a contrario arrest van 12 oktober 2010, Ingeniørforeningen i Danmark, C-499/08, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 23) noch indirect verband houdt met de leeftijd van de werknemers, hoewel niet uitgesloten is dat de toepassing van het betrokken criterium in bepaalde bijzondere gevallen voor het betrokken cabinepersoneel tot gevolg kan hebben dat de overgang van functiegroep A naar functiegroep B op een latere leeftijd gebeurt dan bij werknemers die een gelijkwaardige ervaring hebben opgedaan bij Tyrolean Airways. Derhalve kan niet worden geoordeeld dat de litigieuze bepaling van de collectieve arbeidsovereenkomst van Tyrolean Airways een verschil in behandeling op grond van de leeftijd in de zin van artikel 1 jo. artikel 2 lid 2 sub b van Richtlijn 2000/78 invoert. Aan beantwoording van de tweede vraag wordt niet meer toegekomen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 07-06-2012

Zaaknummer: C-132/11

RECHTSPRAAK

Bakker/Minister van Financiën

De aanwijzingsregels van titel II van Verordening (EG) nr. 1408/71 zijn van toepassing, met als gevolg dat de Nederlandse wetgeving wordt aangewezen, en dientengevolge premies mogen worden geheven op grond van de Nederlandse volksverzekeringen, in een geval waarin een in Spanje wonende werknemer met de Nederlandse nationaliteit als zeevarende werkzaam in dienst is van een in Nederland gevestigde werkgever, en zijn arbeid verricht aan boord van baggerschepen die buiten het grondgebied van de Unie varen onder Nederlandse vlag, terwijl hij enkel beoordeeld naar de Nederlandse nationale wetgeving niet is aangesloten bij het Nederlandse stelsel van sociale zekerheid als gevolg van de omstandigheid dat hij niet in Nederland woont. Baggerschip is een zeeschip

Bakker, die de Nederlandse nationaliteit bezit, woonde in het jaar 2004 in Spanje en was in dat jaar op baggerschepen onder de Nederlandse vlag in dienstbetrekking werkzaam voor een te Rotterdam (Nederland) gevestigde onderneming. Hij verrichtte zijn werkzaamheden voornamelijk in de territoriale zee van China en van de Verenigde Arabische Emiraten. De baggerschepen stonden ingeschreven in het Nederlandse zeeschepenregister. Bakker heeft bezwaar gemaakt tegen zijn aanslag in de inkomstenbelasting/premie volksverzekeringen in Nederland over 2004. De rechtbank te Breda heeft zijn beroep tegen de uitspraak op bezwaar ongegrond verklaard. Daarop heeft Bakker hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Hertogenbosch, dat de beslissing van de rechtbank heeft bevestigd. Het gerechtshof te 's-Hertogenbosch was van oordeel dat Bakker voor 2004 kon worden beschouwd als aangesloten bij de Nederlandse sociale zekerheid, ook al had hij buiten het grondgebied van de Europese Unie gewerkt. Deze rechterlijke instantie heeft haar oordeel hierop gegrond dat de Nederlandse wetgeving inzake de sociale zekerheid in het geval van belanghebbende als toepasselijk werd aangewezen door Verordening (EG) nr. 1408/71, meer in het bijzonder titel II daarvan. Zij was met name van oordeel dat Bakker zijn werkzaamheden uitoefende op

zeeschepen die varen onder de vlag van de lidstaat Nederland als bedoeld in artikel 13 lid 2 sub c van voormelde verordening. De omstandigheid dat deze schepen gedurende de baggerwerkzaamheden nagenoeg stillagen in de territoriale zee buiten de Unie, doet hieraan naar het oordeel van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch niet af, omdat deze laatste bepaling geen beperking kent naar soort schip of naar plaats van de activiteiten. In cassatie is de Hoge Raad echter van oordeel dat gereede twijfel bestaat of titel II van Verordening (EG) nr. 1408/71 in casu van toepassing is. De verwijzende rechter vraagt zich echter af of de toepasselijkheid van titel II van Verordening (EG) nr. 1408/71 in dit geval afstuit op de omstandigheid dat belanghebbende werkzaamheden heeft verricht buiten het grondgebied bedoeld in artikel 299 EG. Hij wijst op de rechtspraak van het Hof volgens welke de regels van het recht van de Unie inzake het vrije verkeer van werknemers ook van toepassing zijn op werkzaamheden die worden verricht buiten het grondgebied van de Unie, indien de arbeidsverhouding een voldoende nauwe aanknoping met dat grondgebied behoudt (arrest van 29 juni 1994, Aldewereld, C-60/93, Jurispr. blz. I-2991, punt 14). Ook vermeldt de verwijzende rechter het arrest van 27 september 1989, Lopes da Veiga (9/88, Jurispr. blz. 2989, punt 17), dat eveneens betrekking had op een zeevarende, waarin het Hof overwoog dat het erop aankomt of de arbeidsverhouding van de betrokkene een voldoende nauwe aanknoping met het Nederlandse grondgebied heeft. De verwijzende rechter merkt op dat in 2004, in het kader van het beleid van het Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen op het gebied van de sociale zekerheid van werknemers in dienstbetrekking, als beleidsregel is ingevoerd dat titel II van Verordening (EG) nr. 1408/71 van toepassing is op een zeevarende die de nationaliteit heeft van een lidstaat van de Unie of de Europese Economische Ruimte, woont in een dergelijke lidstaat en in dienstbetrekking werkzaam is op een schip dat niet de vlag van een lidstaat voert, enkel op grond dat de werkgever in Nederland gevestigd is. Het gevolg van bedoelde beleidsregel is dat werknemers als Bakker door het uitvoeringsorgaan van de werknemersverzekeringen als verplicht verzekerden worden behandeld, ofschoon zij enkel beoordeeld naar de Nederlandse wetgeving niet tot de kring der verzekerden behoren. De verwijzende rechter merkt op dat een beleidsregel voor het heffen van premies voor de werknemersverzekeringen echter geen rechtsgrondslag vormt. De verwijzende rechter zet uiteen dat de omstandigheid dat belanghebbende door het uitvoeringsorgaan voor althans een deel van de sociale verzekeringen in Nederland als verzekerde wordt aangemerkt, waardoor hij in feite sociale bescherming voor die verzekeringen geniet, een omstandigheid vormt die de band met Nederland versterkt. Indien daarentegen bij de beoordeling van de mate van aanknoping met het grondgebied van de Unie niet zou mogen worden uitgegaan van aansluiting bij het stelsel van sociale zekerheid van een lidstaat, rijst de vraag of een dergelijke aansluiting een noodzakelijke voorwaarde is om Verordening (EG) nr. 1408/71 te kunnen toepassen op werkzaamheden buiten het grondgebied van de Unie. De rechtspraak van het Hof (zie arrest

van 23 oktober 1986, Van Roosmalen, 300/84, Jurispr. blz. 3097, en reeds aangehaalde arresten Lopes da Veiga en Aldewereld) biedt geen zekerheid op dit punt.

Het Hof van Justitie oordeelt als volgt. Artikel 13 lid 2 sub c van Verordening (EG) nr. 1408/71 bepaalt uitdrukkelijk dat op degene die zijn beroepswerkzaamheden uitoefent aan boord van een zeeschip dat onder de vlag van een lidstaat vaart, de wetgeving van die staat van toepassing is. Het zou in strijd zijn met deze bepaling indien het woonplaatsvereiste dat de wetgeving van de betrokken lidstaat oplegt voor toelating tot het erin voorziene verzekeringsstelsel, kon worden tegengeworpen aan de personen bedoeld in genoemd artikel 13 lid 2 sub c (zie in die zin arresten Kits van Heijningen en Saleminck). Daarom kan als gevolg van artikel 13 lid 2 sub c van Verordening (EG) nr. 1408/71 een bepaling van de toepasselijke nationale wetgeving die voor de toelating tot het in die wetgeving voorziene stelsel van sociale zekerheid het vereiste stelt dat de betrokkenen hun woonplaats in de betrokken lidstaat hebben, niet worden tegengeworpen aan de in deze bepaling bedoelde personen (zie in die zin arrest Kits van Heijningen). Blijkens het verwijzingsarrest is deze benadering de facto overgenomen in het beleid van het Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen, dat personen in de situatie van Bakker als verplicht verzekerden behandelt. Gelet op het voorgaande moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord dat artikel 13 lid 2 sub c van Verordening (EG) nr. 1408/71 aldus moet worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een wettelijke maatregel van een lidstaat van aansluiting bij het stelsel van sociale zekerheid van die lidstaat uitsluit een persoon in een situatie als die van verzoeker in het hoofdgeding, die de nationaliteit van die lidstaat bezit maar niet in die lidstaat woont en die in dienstbetrekking werkzaam is aan boord van een baggerschip dat onder de vlag van diezelfde lidstaat vaart en buiten het grondgebied van de Unie zijn werkzaamheden verricht.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 07-06-2012

Zaaknummer: C-106/11

RECHTSPRAAK

**werknemer/Coöperatieve Rabobank IJsseldelta en
Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank**

***VUT-regeling en Regeling Mobiliteitsbevordering Directeuren
Rabobank zijn niet in strijd met WGBL. Het hanteren van twee
peildata in de VUT is evenmin strijdig met de WGBL***

Werknemer (geboren 1947) is op 11 mei 1990 in dienst getreden van de Raiffeisenbank Zwolle, later Rabobank Zwolle-Hattem, rechtsvoorgangers van Rabobank. Hij heeft tot 1 januari 2007 steeds de functie vervuld van algemeen directeur. Op grond van het Handboek Arbeidsvoorwaarden en overige regelingen Algemeen Directeuren Aangesloten Banken konden directeuren geboren voor 1948 aanspraak maken op een VUT-regeling bij het bereiken van de 60-jarige leeftijd, dan wel uiterlijk 62 jaar. Omstreeks 1 januari 2006 zijn de arbeidsvoorwaarden voor directeuren van Rabobanken geharmoniseerd, en het hiervoor genoemde Handboek werd vervangen door het Handboek Personeelsbeleid DAB. Als lid van het Executive Kader (EK) zou werknemer geen VUT-regeling meer hebben. Met werknemer is een Harmonisatieovereenkomst gesloten, inhoudende dat zijn VUT-rechten van kracht blijven. Per 1 april 2007 is een fusie doorgevoerd, als resultaat waarvan Rabobank tot stand is gekomen. Voor directeuren is, in geval van boventalligheid als gevolg van organisatorische veranderingen, de Regeling Mobiliteitsbevordering Directeuren (hierna: RMD) vastgesteld. Hierin zijn onder andere de herplaatsingsinspanningen bij boventalligheid neergelegd en de gevolgen van niet-herplaatsbaarheid. In dat laatste geval voorziet de regeling ofwel in een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met een op de oude kantonrechttersformule gebaseerde vergoeding op basis van C=1, ofwel – voor directeuren geboren voor 1 januari 1949 die zulks verkiezen – in de mogelijkheid toe te treden tot de Tijdelijke Overbruggingsregeling VUT (hierna: TOV) waarbij het dienstverband tot de VUT in stand blijft, maar de directeur is vrijgesteld van werk en gedurende die tijd een loon op basis van 75 procent van het laatstgenoten jaarinkomen ontvangt. Vervolgens is tussen partijen onderhandeld waarbij werknemer zich op het standpunt stelde aanspraak te mogen maken op zowel de vergoeding als de TOV. Volgens werknemer zou namelijk sprake zijn van strijdigheid met de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd. Tussen partijen is afgesproken dat werknemer zijn

bezwaren tegen het RMD zou laten toetsen. Ondertussen is een hoofdlijnenakkoord gesloten over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Nadat werknemer bij de Commissie Gelijke Behandeling gelijk heeft gekregen, vordert hij vernietiging van het hoofdlijnenakkoord wegens strijd met de wet en voorts aanmerkelijke vergoedingen.

Het hof oordeelt als volgt. Met werknemer is het hof van oordeel dat het Hoofdlijnenakkoord niet kan worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst. Anders dan werknemer stelt, betekent dit niet dat de eis van indiensttreding tot ingang VUT een vereiste is en blijft. Dat volgens de toepasselijke regelingen de VUT diende aan te sluiten op het dienstverband met Rabobank spoot met het feit dat de VUT-regelingen waren bedoeld om, door vervroegd uittreden van ouderen, werkgelegenheid vrij te maken voor jongeren. Indien voor de werknemer een VUT-regeling gold, gaf die regeling een voorwaardelijk recht, namelijk alleen als de werknemer ten tijde van uitdiensttreding de VUT-gerechtigde leeftijd had bereikt (afhankelijk van de regeling, maar op zijn vroegst vanaf de 60ste verjaardag). Wie eerder vertrok, verspeelde daarmee het recht op VUT. Met de inwerkingtreding van de Wet aanpassing fiscale behandeling VUT/prepensioen en invoering levensloop (Wet VPL) per 1 januari 2005 is beoogd het langer doorwerken van ouderen tot hun 65ste te stimuleren. Voor werknemers voor wie een VUT-regeling gold en die geboren zijn voor 1 januari 1950, zoals werknemer, is door de wetgever een overgangsregeling getroffen (in artikel 38c Wet op de loonbelasting 1964). De overgangsregeling komt hierop neer dat deze werknemers werden gestimuleerd om toch langer door te werken (dan per de eerstmogelijke datum waarop zij met VUT konden gaan), doordat de aldus uitgestelde VUT-uitkeringen ten laste van de werkgever actuariael werden verhoogd (de zogenoemde 'spaar-VUT' waarbij het spaarelement ziet op het opsparen van VUT-rechten, en niet op het zelf sparen voor de VUT-uitkering). Ook deze overgangsregeling gaat er dus vanuit dat de voor 1950 geboren werknemer slechts recht heeft op (spaar-)VUT indien het dienstverband in stand blijft. Gelet op de geldende regeling zou werknemer op zijn vroegst op 1 januari 2008 met VUT kunnen gaan. Werknemer had dan ook eind 2006, ten tijde van zijn onderhandelingen met het bestuur van Rabobank, de keuze tussen hetzij de beëindigingsvergoeding, hetzij voortzetting van het dienstverband en gebruikmaking van de VUT.

Ten slotte stel werknemer aan de orde dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat Rabobank zich niet schuldig heeft gemaakt aan leeftijdsdiscriminatie. Dat was wel het geval, zowel door hem vanwege zijn leeftijd te passeren voor de functie van directeur van de nieuwe fusiebank, als door hem anders te behandelen dan andere directeurs die moesten afvloeien, indien deze geboren zijn op of na 1 januari 1948. Ook maakt de VUT-regeling zelf verboden onderscheid door uit te gaan van twee peildata voor de opbouw van rechten: per 1 juli en per 1 januari. Werknemer, die in 1947 is geboren en pas per 1 januari 2008 met VUT mocht, mist

daarom zes maanden actuariële verhoging vergeleken bij een collega die op 31 december 1947 zou zijn geboren, indien zij allebei op de volgens Rabobank laatst mogelijke datum met VUT zouden willen gaan. Dit leidt voor werknemer tot een nadeel van € 66.150. Naar het oordeel van het hof is van discriminatie geen sprake.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 05-06-2012

ECLI: ECLI:NL:GHARN:2012:BW7548

Zaaknummer: 200.085.232/01

Rechters: J.H. Kuiper, M.E.L. Fikkers en R.A. Zuidema

Advocaten: F.W.G. Ambagtsheer en O.F. Blom

Wetsartikelen: 7 WGBL

RECHTSPRAAK

werkgever/werkneemster

***Risicoverdeling loonvordering na ingetrokken ontslag op staande voet.
De intrekking zelf brengt niet met zich dat de weigering werk te
verrichten voor rekening van werkneemster komt***

Werkgever is eigenaar van het paard Tornax P en hij heeft een stoeterij met dressuurpaarden. Werkneemster beoefent de dressuursport als amazone. Tussen werkgever en de moeder van werkneemster, mevrouw X, is in oktober 2004 een overeenkomst gesloten. Deze overeenkomst houdt in dat werkneemster het paard Tornax P van werkgever zal trainen en uitbrengen op wedstrijden tot minimaal Z2-niveau of hoger. De kosten van de verzorging van het paard (stalling, verzekering, hoefsmid, dierenarts) komen voor rekening van werkgever, terwijl de kosten (en baten) van wedstrijden ten laste (of ten goede) van 'de fam. X' komen. In de overeenkomst is verder bepaald dat Tornax P pas na gezamenlijk overleg verkocht kan worden, in welk geval werkgever de taxatiewaarde (€ 4500) terugkrijgt en werkgever en 'de fam. X' ieder de helft van de meeropbrengst ontvangen. Werkneemster is bij het bereiken van haar 18e met ingang van 1 september 2006 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij werkgever in de functie van ruiter/stalmedewerkster. In 2009 heeft Tornax P de klasse Z2 bereikt. Eind juni 2009 heeft werkgever voorgesteld om Tornax P – die inmiddels een aanzienlijke waarde zou hebben – te verkopen, welk voorstel door moeder X en werkneemster niet werd gedeeld. Werkgever heeft werkneemster op 7 juli 2009 op staande voet ontslagen, onder meer wegens werkweigering en gezagondermijning. Werkneemster heeft de nietigheid van de opzegging ingeroepen en zich beschikbaar gehouden voor arbeid. Op 11 juli 2009 heeft werkgever het ontslag op staande voet ingetrokken en werkneemster opgeroepen voor de werkzaamheden. Op 23 juli 2009 is het paard verkocht aan een derde onder eerbiediging van de overeenkomst met X. Vanaf 23 september 2009 heeft werkneemster de training van Tornax P hervat. Bij beschikking van de kantonrechter van 18 november 2009 is de arbeidsovereenkomst tussen partijen (op verzoek van werkneemster) ontbonden met ingang van 1 december 2009, onder toekenning aan werkneemster van een onbindingsvergoeding van € 1376,11 (bruto) ten laste van werkgever (C=1). In deze procedure vordert werkneemster loon. Het geschil spitst zich toe op de vraag of, en zo ja, over welk tijdvak gelegen tussen 14 juli 2009 en 1 december 2009, werkgever gehouden is aan werkneemster haar loon te betalen.

Het hof oordeelt als volgt. Dat het ontslag op staande voet niet is geëffectueerd omdat werkgever hierop enige dagen later (op 11 juli 2009) is teruggekomen, betekent niet zonder meer dat het niet werken vanaf laatstgenoemde datum voor rekening van werkneemster komt. Daarvan is eerst sprake indien gezegd kan worden dat de oorzaak van het niet werken vanaf dat (of een later) moment in redelijkheid voor rekening van werkneemster dient te komen. Naar het oordeel van het hof is dit omslagpunt bereikt op 23 september 2009 toen werkneemster wel trainingen is gaan verzorgen voor Tornax P, maar niet de overige werkzaamheden wilde verrichten. Aan vorenstaande overwegingen verbindt het hof het oordeel dat het niet werken van werkneemster tot en met 22 september 2009 in redelijkheid voor rekening van werkgever komt en het tijdvak van 23 september 2009 tot en met 30 november 2009 voor rekening van werkneemster blijft.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 05-06-2012

ECLI: ECLI:NL:GHLEE:2012:BW7504

Zaaknummer: 200.067.569/01

Rechters: K.E. Mollema, H. de Hek en M.E.L. Fikkers

Advocaten: S.A. Wensing en P.R. van den Elst

Wetsartikelen: 7:627 BW, 7:628 BW en 7:677 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Vici B.V.

Ontslag 41-jarige werknemer na 2,8 jaar dienstverband wegens bedrijfseconomische redenen niet kennelijk onredelijk. Geen verplichting tot afsluiten sociaal plan. Contractuele opzegtermijn van twee maanden voor beide partijen gelijk, leidt niet tot verdubbeling termijn werkgever

Werknemer (44 jaar) is op 1 januari 2007 bij Vici voor onbepaalde tijd in loondienst getreden in de functie van werknemer Managing SAP BI (Business Intelligence) Architect, functioneringsniveau senior, tegen een salaris van € 5072 bruto per maand. Nadat reeds een ontslagronde van vijf werknemers had plaatsgevonden, heeft Vici in 2009 toestemming gevraagd om de arbeidsovereenkomsten van nog eens zeven werknemers op te zeggen, waaronder de arbeidsovereenkomst van werknemer. Deze toestemming is verleend en de arbeidsovereenkomst is op 25 augustus tegen 1 oktober opgezegd. Werknemer heeft in eerste aanleg schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag gevorderd. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. De stelling van werknemer dat hij niet wegens bedrijfseconomische omstandigheden, maar vanwege een persoonlijk conflict met de directeur van Vici is ontslagen, faalt. Het enkele feit dat de directeur in boosheid heeft gereageerd op een voorstel van werknemer financieel te investeren in een door hem op te richten vennootschap, neemt niet weg dat het ontslag op bedrijfseconomische gronden is gebaseerd. De stelling van werknemer dat ter onderbouwing van het bedrijfseconomisch ontslag onjuiste en verkeerde documenten aan het UWV zijn overhandigd en Vici vermoedelijk aanzienlijke sommen geld naar de moedermaatschappij heeft gesluisd, is door werknemer onvoldoende aannemelijk gemaakt. Daar staat tegenover dat Vici is gehalveerd qua werknemers en omzet. Daarbij komt dat het de vrijheid en de verantwoordelijkheid van de ondernemer is om de bedrijfsvoering dusdanig in te richten als door hem nodig wordt geacht om het bedrijf voort te zetten. Dit uitgangspunt geldt ook, zoals de kantonrechter terecht heeft overwogen, in een situatie van economische neergang waarbij aan het verlies van arbeidsplaatsen niet valt te ontkomen. Kortom, er is geen sprake van een valse of voorgewende reden.

Met betrekking tot het gevolgcriterium oordeelt het hof als volgt. Ten tijde van het ontslag was werknemer 41 jaar, dus nog relatief jong. Mede gezien zijn opleiding en ervaring, zoals deze blijken uit zijn curriculum vitae (productie bij conclusie van antwoord) en het niveau waarop werknemer werkzaam was bij Vici, kan niet zonder meer worden aangenomen dat de kansen van werknemer op de arbeidsmarkt niet groot waren. Daarbij komt dat Vici aan werknemer heeft aangegeven dat zij geen beroep zal doen op het tussen hen overeengekomen concurrentiebeding. Ten slotte staat vast dat werknemer vrij kort na zijn uitdiensttreding bij Vici, als zelfstandige is gaan werken (met medeweten van het UWV) en dat hij, na de beëindiging van de WW-uitkering, zijn werkzaamheden als zelfstandige heeft voortgezet. Over zijn inkomsten daaruit heeft werknemer geen inlichtingen verschaft. Hoewel voldoende vast is komen te staan dat de inkomsten en emolumenten en dergelijke van werknemer aanzienlijk zijn afgenomen na zijn ontslag bij Vici, kan niet geoordeeld worden dat Vici, bij welk bedrijf werknemer slechts twee jaar en negen maanden heeft gewerkt, als goed werkgeefster gehouden was de nadelige gevolgen van het ontslag (gedeeltelijk) voor haar rekening te nemen. Daarbij neemt het hof tevens in aanmerking dat vaststaat dat werknemer gedurende ruim twee maanden door Vici is vrijgesteld van werkzaamheden. Met betrekking tot het gevolgcriterium zijn verder onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld dan wel gebleken. Datzelfde geldt voor de psychische problemen die werknemer als gevolg van het ontslag, en/of de wijze waarop hij is ontslagen, stelt te hebben ondervonden.

Ook wat de opzegtermijn betreft valt niet in te zien welk verwijt Vici kan worden gemaakt, zoals blijkt uit het volgende. Het hof stelt voorop dat de wetgever met het bepaalde in artikel 7:672 lid 6 BW een de werknemer beschermende bepaling in het leven heeft geroepen in die zin dat ingeval in een arbeidsovereenkomst voor wat betreft de opzegtermijn ten nadele van de werknemer wordt afgeweken van de wettelijk bepaalde opzegtermijn en deze opzegtermijn wordt verlengd, de geldigheid van die afwijking slechts kan worden aangenomen indien de voor de werkgever geldende opzegtermijn (ten minste) het dubbele bedraagt. In dit geval is in de arbeidsovereenkomst opgenomen dat voor beide partijen een opzegtermijn geldt van twee maanden, derhalve voor de werknemer een afwijking van de termijn van één maand als is bepaald in artikel 7:672 lid 2 sub a BW. Werknemer trekt daaruit de conclusie dat daarom de opzegtermijn voor Vici vier maanden bedraagt, maar die conclusie is onjuist. Immers, het gevolg van het opnemen in de arbeidsovereenkomst van een langere opzegtermijn dan de wettelijk bepaalde termijn, waarbij die opzegtermijn voor beide partijen gelijk is, is slechts dat werknemer een beroep toekomt op de vernietigbaarheid van de voor hem geldende termijn van opzegging, zodat zij in dit geval slechts een opzegtermijn in acht zou behoeven te nemen van één maand. Het beroep op de vernietigbaarheid van die opzegtermijn leidt er echter niet toe dat (daarom) de voor Vici geldende – en tussen partijen overeengekomen – opzegtermijn van twee maanden van rechtswege moet worden verlengd met twee maanden. Het beroep dat

werknemer daartoe doet op de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage van 14 april 2006 (JAR 2006/116) kan niet slagen. Immers, daarin is geoordeeld dat bij gebreke van een voor de werkgever geldende opzegtermijn, terwijl wél een voor de werknemer van de wet afwijkende opzegtermijn gold, de arbeidsovereenkomst diende te worden aangevuld overeenkomstig de strekking van artikel 7:672 lid 6 BW. Deze situatie doet zich in dit geval niet voor.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 05-06-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7795

Zaaknummer: HD 200.082.205

Rechters: C.M. Aarts, E.A.G.M. Waaijers en C.A.M. Walsteijn

Advocaten: P.J.A. van de Laar en B.R.J. Rothuizen

Wetsartikelen: 7:681 BW en 7:672 lid 6 BW

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad van de Stichting Het Brabants Orkest/Stichting Het Brabants Orkest

Businessplan waarin de fusie tussen twee orkesten als uitgangspunt wordt genomen ter verkrijging van een rijkssubsidie is geen beleidsvoornemen, maar een voorgenomen adviesplichtig besluit

HBO is een symfonisch orkest met standplaats Eindhoven. Bij het orkest zijn op reguliere basis 110 werknemers in dienst, onder wie 87 (inclusief 12 vacatures) musici. De financiering van dit orkest is in overgrote mate afhankelijk van subsidies, zowel van het Rijk, als met ingang van de subsidieperiode 2013-2016 van de provincie. De vorige rijkssubsidieverlening vond plaats in 2008, voor de periode 2009-2012. In het gebied Zeeland, Noord-Brabant en Limburg (hierna: regio Zuid) verzorgen HBO en het Limburgs Symfonie Orkest (hierna: LSO) het aanbod aan symfonische muziek. Er zijn nieuwe criteria opgesteld voor toekenning van subsidies, de zogenoemde Regeling. HBO heeft een werkgroep geformeerd met als doel te onderzoeken op welke wijze het beste invulling kan worden gegeven aan een toekomstbestendig symfonieorkest voor Noord-Brabant. De ondernemingsraad maakt geen deel uit van deze werkgroep. Deze werkgroep heeft geen advies uitgebracht. De ondernemingsraad heeft in oktober 2011 een notitie uitgebracht met als titel: 'Visie op de toekomst van het Brabants Orkest'. In deze notitie staat dat door de gewijzigde subsidieverhoudingen een ingrijpend veranderingsproces doorlopen moet worden en dat de ondernemingsraad nu eerst kiest voor een 'strategische alliantie' met LSO. Dit houdt volgens de ondernemingsraad op korte termijn in dat de beide identiteiten zichtbaar blijven en dat geldstromen gescheiden en structuren in stand blijven. Hij doet nog een aantal voorstellen en eist verder betrokken te worden bij het verdere veranderingsproces. De ondernemingsraad geeft de voorkeur aan een strategische samenwerking met LSO. Het bestuur van HBO geeft de voorkeur aan een nieuw op te richten orkest (fusie), genaamd ZNO. Op 1 februari 2012 heeft HBO een subsidieaanvraag gedaan. Ook het inmiddels opgerichte ZNO heeft een subsidieaanvraag gedaan. Onderdeel van beide aanvragen is een uitvoerig businessplan. De ondernemingsraad heeft aan zijn verzoek bij de OK ten grondslag gelegd dat HBO bij afweging van alle betrokken belangen niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot (vaststelling van) het

businessplan van 1 februari 2012. Hij heeft daartoe aangevoerd dat dit plan een adviesplichtig besluit betreft. HBO heeft ten onrechte dit besluit niet ter advisering aan de ondernemingsraad voorgelegd, aldus de ondernemingsraad. HBO heeft zich verweerd en zich op het standpunt gesteld dat het businessplan een beleidsvoornemen betreft waarop het adviesrecht van de ondernemingsraad niet van toepassing is.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. De Ondernemingskamer kan HBO niet volgen in haar standpunt dat het businessplan en de daarin verwoorde uitgangspunten slechts als beleidsvoornemen(s) moeten worden gekwalificeerd en dat er nog geen sprake is van een (voorgenomen) besluit. Naar het oordeel van de Ondernemingskamer moet er immers van worden uitgegaan dat met de in het businessplan gemaakte keuzes een fundament is gelegd voor de toekomst van HBO. Weliswaar is de realisatie van hetgeen in het businessplan staat afhankelijk van de vraag of het verzoek om subsidie zal worden toegewezen, maar dat brengt op zichzelf niet mee dat het businessplan slechts het karakter draagt van een beleidsvoornemen. Integendeel, in het niet ondenkbare geval dat die subsidie wordt toegekend – hetgeen met de aanvraag en het daaraan ten grondslag liggende businessplan wordt beoogd –, staat de koers van de organisatie grotendeels vast nu daarmee tevens de in het businessplan opgenomen kostenstructuur en begroting, en de daarbij behorende (financiële) uitgangspunten zullen komen vast te liggen. Daarmee werpt het businessplan zijn schaduw zodanig vooruit dat het station van een beleidsvoornemen is gepasseerd en dat gesproken moet worden van een besluit. Dat het businessplan nog nadere uitwerking zal behoeven en een bepaalde mate van onduidelijkheid in zich draagt, maakt dit niet anders. Het businessplan is in de gemaakte keuzes en de daaraan verbonden gevolgen voldoende concreet.

De Ondernemingskamer overweegt voorts het volgende. HBO heeft nadrukkelijk betoogd dat er slechts één haalbare optie bestaat voor de toekomst van HBO, namelijk de optie die in het businessplan is neergelegd. Ook jegens derden – zie de tekst van de website en de informatieve bijeenkomst voor de werknemers – straalt HBO deze visie uit. De Ondernemingskamer verstaat dit standpunt aldus dat volgens HBO het inwinnen van advies van de ondernemingsraad zinloos zou zijn geweest omdat op voorhand duidelijk was dat de ondernemingsraad een andere visie had, die HBO niet zou delen omdat deze niet haalbaar zou zijn. Ook dit standpunt miskent dat het adviesrecht van de ondernemingsraad dient te worden gerespecteerd en dat in een definitief te nemen besluit – hoe dit ook moge luiden – het advies van de ondernemingsraad dient te worden meegewogen. De ondernemingsraad heeft in dit verband met juistheid gesteld dat, als een formeel correct adviestraject zou zijn gevolgd, de mogelijkheid zou zijn geboden om in een open discussie alternatieven te onderzoeken en ‘door te rekenen’, waarna HBO weloverwogen – met weging van het advies van de

ondernemingsraad – en beargumenteerd – ook jegens de ondernemingsraad – haar keuze had kunnen maken. De ondernemingsraad heeft nog te berde gebracht dat HBO in het verloop van het proces aan de ondernemingsraad heeft toegezegd dat een voorgenomen besluit ter advisering zal worden voorgelegd. De Ondernemingskamer is van oordeel dat de directie en het bestuur van HBO blijkens de gang van zaken bij de ondernemingsraad ten minste het vertrouwen hebben gewekt dat er advies zou worden gevraagd. In dat licht bezien is het e-mailbericht van 25 januari 2012 van Van Dijk (bestuurder) onbegrijpelijk. Het daarin neergelegde ‘verzoek’ tot geheimhouding aan Boonstra (voorzitter OR) met betrekking tot een ‘schriftelijk exemplaar van het businessplan’ acht de Ondernemingskamer, wat er ook zij van de politieke gevoeligheden rond de subsidieaanvraag, een (onaanvaardbare) belemmering voor het functioneren van de ondernemingsraad als medezeggenschapsorgaan. De slotsom is dat HBO ten onrechte geen advies heeft gevraagd aan de ondernemingsraad bij de totstandkoming van het businessplan. Dat leidt tot de conclusie dat HBO bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot (vaststelling van) het businessplan heeft kunnen komen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 30-05-2012

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:BW7420

Zaaknummer: 200.102.831

RECHTSPRAAK

werknemer/Herwil B.V.

Ontslag 50-jarige werknemer zonder vergoeding met 25 dienstjaren (waarbij twee dienstverbanden met onderbreking van 1,5 maand bij elkaar opgeteld mogen worden) is niet kennelijk onredelijk. Werkgever heeft voldoende inspanningen verricht tot het vinden van ander werk

Werknemer (50 jaar) is sinds maart 1998 als schilder in dienst van Schilderwerken, laatstelijk als hoofduitvoerder. Daarvoor is werknemer ook in dienst geweest van Schilderwerken, te weten van 1984 tot januari 1998. Bij brief van 24 juni 2009 heeft Schilderwerken bij UWV WERKbedrijf een ontslagvergunning aangevraagd wegens bedrijfseconomische redenen voor 18 van haar 31 werknemers, waaronder werknemer. De arbeidsovereenkomsten zijn met toestemming van het UWV opgezegd tegen 30 oktober 2009. Eind 2009 heeft Schilderwerken haar bedrijfsactiviteiten gestaakt wegens teruglopende opdrachten. Een deel van de opdrachten, de nog in dienst zijnde werknemers en de handelsnaam zijn overgegaan op de heer Y. Schilderwerken heeft hiervoor een bedrag van € 40.000 ontvangen. De naam Schilderwerken is gewijzigd in Herwil B.V. Werknemer vordert schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan werknemer stelt, is geen sprake van een valse reden. Niet is gebleken dat de bestuurder van Schilderwerken bewust en stelselmatig opdrachten heeft geweigerd en zichzelf heeft verrijkt door grote dividenduitkeringen te doen. Met betrekking tot het gevolgen criterium oordeelt het hof als volgt. De omstandigheid dat werknemer reeds eerder bij werkgever in dienst is geweest en dat op initiatief van Schilderwerken het eerdere dienstverband is geëindigd, speelt een rol bij de kennelijk-onredelijk ontslagtoetsing. Op grond van het voorgaande neemt het hof in aanmerking dat werknemer ruim elfeneenhalf jaar bij Herwil heeft gewerkt en daarvoor, met een onderbreking van circa anderhalve maand, ruim dertieneneenhalf jaar (dus 25 jaar bij elkaar). Het hof is evenwel van oordeel dat werknemer, gelet op de gemotiveerde betwisting van Herwil, zijn stelling dat Herwil geen voorziening heeft getroffen om ander passend werk te vinden onvoldoende heeft onderbouwd. Hierbij neemt het hof in aanmerking dat werknemer

niet heeft betwist dat 12 van de 17 door Herwil ontslagen medewerkers mede door de inspanningen van Herwil een nieuwe baan hebben gevonden en dat, blijkens de salarisstrook die als productie 3 bij de akte van 29 juli 2010 in eerste aanleg is overgelegd, werknemer in dienst is getreden bij X personeelsdiensten. De gestelde rugklachten zijn onvoldoende onderbouwd en er was voor Herwil geen mogelijkheid tot het toekennen van een vergoeding. Gelet op de hiervoor genoemde omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, is het hof van oordeel dat er geen sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag op grond van het gevolgcriterium van artikel 7:681 lid 2 aanhef en sub b BW. Herwil verkeerde in een slechte financiële situatie. Zij was genoodzaakt een aantal werknemers te ontslaan om de continuïteit van haar onderneming te waarborgen. Daarmee heeft zij voorkomen dat alle werknemers hun baan kwijtraakten. In dit kader behoorde een ontslagvergoeding niet tot de mogelijkheden. Het hof is per saldo van oordeel dat de gevolgen van de opzegging voor werknemer, mede in aanmerking genomen de door Herwil getroffen voorzieningen en de mogelijkheden voor werknemer om ander werk te vinden, voor hem niet te ernstig zijn in vergelijking met het belang van Herwil bij opzegging.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 29-05-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BW7374

Zaaknummer: HD 200.092.145

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, M.J.H.A. Venner-Lijten en E.A.G.M. Waaijers

Advocaten: E.H.C.K. Reijans en J.A. van Soelingen

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Samenwerkende Pensioen Architecten B.V.

***Waardeoverdracht pensioen bij overgang van werkgever.
Pensioenadviseur heeft geen misbruik gemaakt van arbeidsrechtelijke
context. Werknemer is niet verplicht tot waardeoverdracht***

De aandelen in M&O Consultants B.V. (hierna: M&O) zijn in 1997 verworven door IBAS Groep B.V. Werknemer was ten tijde van de aandelentransactie in dienst van M&O. M&O had de pensioenvoorzieningen voor haar werknemers ondergebracht bij Centraal Beheer. Na de hiervoor bedoelde aandelenoverdracht zijn tussen de werknemers van M&O en IBAS Nederland B.V. (hierna: IBAS) besprekingen gevoerd over eventuele indiensttreding van die werknemers bij IBAS. Werknemer is vervolgens met ingang van 1 januari 1998 bij IBAS in dienst getreden. IBAS had de pensioenrechten van haar werknemers ondergebracht bij AXA Leven N.V. (hierna: AXA). IBAS heeft zich aanvankelijk op het standpunt gesteld dat de werknemers verplicht waren tot collectieve waardeoverdracht. Daar is zij later op teruggekomen. Bij brief van 28 september 1998 heeft SPA werknemer een financiële analyse en planning doen toekomen, waarin de verschillende scenario's van pensioenopbouw worden vergeleken. Vervolgens heeft werknemer besloten tot waardeoverdracht van zijn pensioenvoorziening bij Centraal Beheer naar AXA. Die waardeoverdracht is met ingang van 1 oktober 1998 geëffectueerd. SPA heeft van AXA een provisie ontvangen voor de met het door Centraal Beheer overgedragen kapitaal afgesloten verzekering. In deze procedure stelt werknemer zich op het standpunt dat SPA misbruik heeft gemaakt van de arbeidsrechtelijke context waarbinnen de verkoop van pensioenverzekeringsproducten heeft plaatsgevonden (te weten de indiensttreding bij IBAS). Voorts verwijt hij SPA tekort te zijn geschoten in diens informatieplicht over de kosten en rendementen van het pensioenproduct.

Het hof oordeelt als volgt. De stelling van werknemer dat SPA hem onjuist heeft voorgelicht over de verschillen in de pensioenregelingen van Centraal Beheer en AXA en dat hij op grond van die onjuiste voorlichting heeft besloten met ingang van 1 januari 1998 bij IBAS in dienst te treden, terwijl hij anders zijn dienstverband met M&O zou hebben voortgezet, is onvoldoende onderbouwd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 04-10-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BW7818

Zaaknummer: 200.046.277/01

Rechters: W.J. van den Bergh, A.M.A. Verscheure en C. Uriot

Advocaten: S.W. Hu en R. Kuizinga

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

Ondernemingsraad GDF SUEZ Energie Nederland BV/GDF SUEZ Energie Nederland BV

Wijziging van regeling die methode bevat om variabele beloning te berekenen is instemmingsplichtig. Dat deze wijziging geen invloed heeft op de onderlinge rangorde van de beloningen, betekent niet dat van een systeemwijziging geen sprake kan zijn

GDF SUEZ kent twee regelingen inzake variabele beloning: de regeling Resultaat Afhankelijke Beloning (RAB) en de regeling Variabele Beloning voor Functiecontracthouders (VBF). De regeling VBF geldt voor 120 werknemers. In 2010 is de berekening van het variabele loon van functiecontracthouders (en daarmee de regeling VBF) gewijzigd. In februari 2011 heeft GDF SUEZ de ondernemingsraad (OR) gevraagd in te stemmen met wijziging van de regeling RAB. De OR heeft hier onder voorwaarden mee ingestemd. Vervolgens heeft de OR geconstateerd dat de regeling VBF in 2010 reeds is gewijzigd en zich op het standpunt gesteld dat dit besluit nietig is, omdat de OR om instemming had moeten worden gevraagd. De regeling VBF is volgens de OR een beloningssysteem als bedoeld in artikel 27 WOR, omdat die regeling een methode bevat volgens welke de variabele beloning wordt berekend die aan bepaalde functies wordt toegekend.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De OR heeft het verzoek ex artikel 36 lid 4 WOR tijdig ingediend, zodat de OR ontvankelijk is in haar verzoek. Ten aanzien van de beoordeling of sprake is van wijziging van een beloningssysteem wordt verwezen naar de wetsgeschiedenis. Uit de wetsgeschiedenis volgt onder meer dat alleen besluiten ten aanzien van het gehele personeel of groepen daarvan instemmingsplichtig zijn. Daarnaast volgt uit de wetsgeschiedenis dat ook wijzigingen van een beloningssysteem van geringe aard instemmingsplichtig zijn. Voorts wordt geoordeeld dat een wijziging van de rangorde van de beloningen wijst op een wijziging van het beloningssysteem, maar dat dit geen noodzakelijke voorwaarde is voor de toepassing van artikel 27 WOR.

In het onderhavige geval zijn de functiecontracthouders als aparte groep werknemers te beschouwen. Dat de wijziging van de berekening van het variabel loon geen invloed heeft op

de onderlinge rangorde van de beloningen van de functiecontracthouders, betekent niet dat van een systeemwijziging geen sprake kan zijn. Een van de drie factoren voor het bepalen van het variabel loonbestanddeel wijzigt, hetgeen erop wijst van het een systeemwijziging betreft die wel de uitkomst van de gevolgde berekeningsmethodiek kan beïnvloeden maar daarmee toch in een zo ver verwijderd verband staat, dat niet de wijziging van een primaire arbeidsvoorwaarde in het geding is. GDF SUEZ had de OR derhalve instemming moeten vragen, zodat het genomen besluit nietig is. De verzochte verklaring voor recht wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 01-06-2012

Zaaknummer: 594779 AZ VERZ 12-10

RECHTSPRAAK

werknemer/Braanker Transport BV

***Boete vanwege ontbreken vignet komt voor rekening van chauffeur.
Geen bijzondere omstandigheden op grond waarvan boete voor
rekening van werkgever komt***

Werknemer is in dienst van Braanker als chauffeur. Werknemer heeft in Polen een boete van € 750 gekregen vanwege het ontbreken van een vignet. Partijen verschillen van mening over het antwoord op de vraag voor wiens rekening de boete komt.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit het arrest Abvakabo/TPG Post (HR 13 juni 2008, *JAR* 2008/185) volgt dat een wettelijke grondslag voor verhaal van een boete van een werknemer op een werkgever ontbreekt doch dat niet valt uit te sluiten dat de werkgever onder bijzondere omstandigheden op grond van artikel 7:611 BW gehouden is een boete voor zijn rekening te nemen. Van dergelijke bijzondere omstandigheden is in het onderhavige geval geen sprake. Werknemer heeft ter zitting erkend dat het bij Braanker gebruikelijk is dat chauffeurs voor vertrek de informatiemap in de kantine raadplegen. In deze map zijn per land alle geldende regels opgenomen. Dat werknemer de informatiemap niet heeft geraadpleegd en dus niet wist dat in Polen een vignet verplicht is, komt voor zijn rekening en risico. De boete komt derhalve voor rekening van werknemer.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 06-06-2012

ECLI: ECLI:NL:RBDOR:2012:BW7684

Zaaknummer: 291585 CV EXPL 11-10622

Rechters: S.H. Gaertman

Advocaten: D.A. Schalker en C. Braanker

Wetsartikelen: 7:661 BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Linde Vouwkartonnage BV

Werkgever is gehouden om naast de door de kantonrechter vastgestelde ontbindingsvergoeding van € 150.000 ook de contractuele afvloeiingsregeling na te komen. Baijingsleer

Werknemer is in 1995 in dienst getreden van Linde in de functie van Manager Financiën en Organisatie. De kantonrechter Enschede heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden. Linde heeft de toegekende ontbindingsvergoeding van € 150.000 betaald. Thans vordert werknemer betaling van de contractuele vergoeding van € 62.804.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De kantonrechter heeft in de ontbindingsprocedure de ontslagvergoeding vastgesteld op € 213.000. Omdat in de ontbindingsprocedure gewezen werd op het bestaan van een contractuele afvloeiingsregeling, was de kantonrechter, op grond van de 'Baijings-jurisprudentie' van de Hoge Raad, gehouden deze regeling in haar overwegingen over de ontbindingsvergoeding te betrekken. Daarbij moest en is zij ervan uitgegaan dat de regeling door de werkgever zou worden nagekomen, tenzij het tegendeel aannemelijk werd gemaakt. Linde heeft zich in de ontbindingsprocedure zelfs uitdrukkelijk op het standpunt gesteld dat werknemer gebonden is aan de contractuele ontbindingsvergoeding. Het standpunt van Linde komt er in beide procedures op neer dat zij het niet eens is met een dubbele, aan werknemer toe te kennen ontbindingsvergoeding. De kantonrechter heeft over dat standpunt in de ontbindingsbeschikking geoordeeld en beslist dat naast die contractuele vergoeding werknemer nog een bedrag van € 150.000 toekomt. Iedere heroverweging door een andere rechter van de door Linde aangevoerde argumenten zou een verkapte appelbehandeling inhouden, hetgeen in strijd is met het appelverbod van artikel 7:685 lid 11 BW. Volgt toewijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 31-05-2012

ECLI: ECLI:NL:RBALM:2012:BW7528

Zaaknummer: 405968 CV EXPL 12-3652

Rechters: A.M.S. Kuipers

Advocaten: S.C. Veenhoff en D.G. Veldhuizen

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Bakker's Op-Overslag Distributie BV

Ontslag op staande voet 55-jarige Warehouse Manager wegens het geven van een trap in de rug van een uitzendkracht, nadat de uitzendkracht werknemer heeft vergeleken met Adolf Hitler, is niet rechtsgeldig

Werknemer is in dienst van Bakker als Warehouse Manager. Hij is op 14 februari 2012 op staande voet ontslagen. In de ontslagbrief is vermeld dat op 7 februari 2012 een conflict met een uitzendkracht heeft plaatsgevonden. Toen de uitzendkracht de trap afliep, heeft hij richting een collega gezegd 'succes met Adolf Hitler'. Vervolgens heeft werknemer de uitzendkracht met zijn schoenen met stalen neuzen een trap in de rug gegeven. Werknemer beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag. Hij vordert loon en wedertewerkstelling.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De stelling dat het ontslag niet onverwijld zou zijn gegeven, wordt gepasseerd. Het incident is pas in volle omvang op 9 februari 2012 bekend geworden, waarna een onderzoek is ingesteld. Door werknemer op 13 februari te schorsen en op 14 februari 2012 op staande voet te ontslaan, is voldaan aan het onverwijldheidsvereiste.

Geoordeeld wordt dat er geen sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet. Niet onaannemelijk is dat de trap is gegeven in een hevige gemoedstoestand, doordat werknemer is vergeleken met Hitler. Dat werknemer schoenen met stalen neuzen droeg, is niet komen vast te staan. Van belang is verder dat het incident direct aan de intercedent van Randstad is gemeld en Randstad verder geen stappen heeft ondernomen. De uitzendkracht heeft pas een maand na het incident aangifte gedaan, nadat Bakker om een kopie van de aangifte heeft gevraagd. Tot slot wordt meegewogen dat werknemer 55 jaar oud is en dertien jaar in dienst is van Bakker. Een vergelijkbaar incident heeft zich nooit eerder voorgedaan. Volgt toewijzing van de loonvordering en de vordering tot wedertewerkstelling.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 16-05-2012

ECLI: ECLI:NL:RBL EE:2012:BW7794

Zaaknummer: 386794 \ CV EXPL 12-1411

Rechters: R. Giltay

Advocaten: R.W.A. Offermanns en A. Busse

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Oranjedak Noord BV

Dakdekker neemt ontslag tijdens een beoordelingsgesprek waarin hij onverwachts wordt geconfronteerd met een negatieve beoordeling. Vernietiging ontslagname

Werknemer is in dienst van Oranjedak als dakdekker. Oranjedak stelt dat werknemer op 1 december 2011 tijdens een functioneringsgesprek zijn ontslag heeft ingediend. Hiervan is een schriftelijke bevestiging aan werknemer gezonden. Thans beroept werknemer zich op de vernietigbaarheid van het ontslag wegens misbruik van omstandigheden en dwaling.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Oranjedak had er niet zonder meer op mogen vertrouwen dat werknemer op 1 december 2011 werkelijk de bedoeling had zijn dienstverband per direct te beëindigen. Werknemer werd onverwacht geconfronteerd met een slechte beoordeling. Niet onbegrijpelijk is dat werknemer – een man die, zoals ter zitting is gebleken, niet goed van de tongriem is gesneden – daardoor werd overrompeld. Het gesprek was geagendeerd als beoordelingsgesprek en werknemer werd niet juridisch bijgestaan. Mede gelet op het feit dat werknemer een dienstverband van elf jaar op het spel zette, had Oranjedak hem moeten wijzen op de negatieve gevolgen van het ontslag en hem vervolgens een redelijke termijn voor beraad moeten gunnen. Volgt toewijzing van de loonvordering en de vordering tot wedertewerkstelling.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 23-04-2012

ECLI: ECLI:NL:RBHAA:2012:BW7380

Zaaknummer: 547170 / VV EXPL 12-40

Rechters: T.S. Pieters

Advocaten: F.D. van Damme en T. van der Dussen

Wetsartikelen: 3:33 BW, 3:35 BW en 3:44 BW