

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 38, 2012

Nummer 38, 2012

Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. L. Kirkpatrick, mr. M. Assenberg van Eijnden, 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:BW4896 21-09-2012

werknemster/Stichting Joodse Omroep

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX7965 18-09-2012

werknemer/werkgever

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX8018 18-09-2012

Bostik/werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7892 27-12-2011

werknemer/Tristar Air

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7894 27-12-2011

werknemer/Stichting Hoger Beroepsonderwijs Haaglanden en Rijnstreek

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7898 27-12-2011

werknemer/X Vlaggen B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7899 27-12-2011

Pizzeria Amsterdam/werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7929 20-12-2011

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds Bouwnijverheid/X

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7873 20-12-2011

werknemer/Stichting Pantar Amsterdam

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7878 20-12-2011

werknemer/Mama Maria c.s.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7855 22-11-2011

Hago Nederland B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7747 15-11-2011

McDonalds te Hoorn/werkneemster

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7682 01-11-2011

werknemer/Cargill

Rechtbank

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX7999 21-09-2012

GVB Exploitatie B.V./werknemer

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBARN:2012:BX7884 17-09-2012

werkneemster/Stichting Montessori- en Traditioneel Basisonderwijs
Doesburg/Ellecom

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBARN:2012:BX7857 14-09-2012

werknemer/Ancu Holland B.V. c.s.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBARN:2012:BX7823 11-09-2012

werknemer/Livit Orthopedie B.V.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBARN:2012:BX7835 11-09-2012

ZZG Zorggroep/werkneemster

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX7553 06-09-2012

werkneemster/Manjefiek B.V.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX7896 06-09-2012

werknemer/Lodewikus Voorgespannen Beton B.V. c.s.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7528 24-08-2012

Nederlandse Ski Vereniging/werknemer

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX7625 15-08-2012

werkneemster/Onderlinge Waarborgmaatschappij Centrale Zorgverzekeraars groep,
Aanvullende Verzekering Zorgverzekeraar U.A.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX7936 27-07-2012

X/Schoonmaakbedrijf Vlietstra B.V.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX7546 01-03-2012

werknemer/Stichting Noord-Nederlands Orkest

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBGRO:2008:BX7543 04-12-2008

werknemer/Stichting Noord-Nederlands Orkest

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBGRO:2007:BX7534 28-06-2007

werknemer/Stichting Noord-Nederlands Orkest

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBGRO:2005:BX7527 29-09-2005

werknemer/Stichting Noord-Nederlands Orkest

Uitspraken zonder ECLI

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11-09-2012

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Internationaal overig 13-10-2011

EELC 2012/15 (Ferrotron/Klarenberg)

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Internationaal overig 22-12-2011

Gate Gourmet Norway AS/Nguyen Thi Ha e.a., EELC 2012/14

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

GVB Exploitatie B.V./werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst voormalig statutair directeur GVB. Bestuurder heeft niet opzettelijk in strijd gehandeld met wet- en regelgeving. RvC heeft onzorgvuldig gehandeld bij ontslag directieleden, waardoor negatieve publiciteit over de directieleden is ontstaan. Vergoeding met C=1,75 (€ 268.000 bruto)

Werknemer is in oktober 2006 benoemd als statutair directeur van GVB Holding. Op 1 juli 2008 is hij in dienst getreden van GVB Exploitatie. Hij was verantwoordelijk voor financiën, informatievoorziening, controlling, salarisadministratie, inkoop, arbeidsjuridische zaken, arbodienst, vastgoed en milieu, facilitair bedrijf, OV-chipkaart, kennismanagement en projecten. Eind maart 2012 is een aantal artikelen in De Telegraaf gepubliceerd. De Telegraaf berichtte daarin dat door valse declaraties, steekpenningen, ongecontroleerde aanbestedingen en vriendjespolitiek miljoenen zijn verdwenen. Na een onderzoek door BDO heeft de RvC geconcludeerd dat werknemer niet als statutair directeur kan aanblijven. Hij is als statutair directeur ontslagen. Thans verzoekt GVB ontbinding van de arbeidsovereenkomst zonder toekenning van een vergoeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het vennootschapsrechtelijk ontslag van werknemer als bestuurder van GVB Holding brengt een zodanige verandering van omstandigheden met zich dat ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en GVB Exploitatie is geïndiceerd. Ten aanzien van de vergoeding wordt het volgende overwogen. De conclusie van de RvC op grond van het BDO-rapport van 7 juni 2012 is dat de directie geen fraude kan worden verweten in de zin van zelfverrijking. Van belangenverstrengeling, privécontacten, onjuist declaratiegedrag en dergelijke is niet gebleken. Desondanks heeft de RvC reeds op 8 en 9 juni 2012 geconcludeerd dat de directie niet kon aanblijven. Op basis van het feitenonderzoek door BDO heeft de RvC op 8 en 9 juni 2012 een zogeheten uitkomstenonderzoek opgesteld. Daarin heeft de RvC de feitelijke bevindingen van BDO per geval samengevat. De RvC heeft echter bij de weging van de feiten per incident het handelen van de gezamenlijke directie geclassificeerd. Dit is ten onrechte niet per directielid uitgesplitst.

De kantonrechter bespreekt puntsgewijs de door BDO onderzochte incidenten die GVB Exploitatie aan het ontbindingsverzoek ten grondslag heeft gelegd. Geconcludeerd wordt dat de door GVB Exploitatie aangedragen verwijten niet de conclusie kunnen dragen dat werknemer opzettelijk heeft gehandeld in strijd met wet- en regelgeving en hij ten onrechte de afdeling Inkoop buitenspel heeft gezet. Voorts wordt van belang geacht dat in de periode waarover het onderzoek zich uitstrekt honderd aanbestedingen hebben plaatsgevonden. Tegenover deze honderd aanbestedingen staat dan het verwijt van schending van de aanbestedingsregels in vijf gevallen. Hieruit blijkt dan ook niet dat de directie een cultuur in stand hield om de aanbestedingsregels bewust te negeren. GVB Exploitatie heeft dit ten onrechte niet relevant geacht. Bovendien was er geen redelijke grond om zo kort na het afkomen van het BDO-rapport het voorgenomen ontslag reeds aan te kondigen bij allerlei geledingen en in de pers, nog voordat werknemer in de gelegenheid was gesteld om zijn zienswijze te geven, na bestudering van het BDO-rapport en de stukken van de RvC. Niet valt in te zien waarom de RvC haar beslissing over de positie van de directeuren niet op een later moment had kunnen nemen. Nu was het wederhoor van werknemer bij de AVA in feite illusoir omdat het ontslagvoornemen al op straat lag. Aangenomen wordt dat het voor werknemer door de negatieve publiciteit moeilijker zal zijn om elders een vergelijkbare positie te verwerven. Aan werknemer wordt een vergoeding toegekend met C=1,75 (€ 268.000 bruto).

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 21-09-2012

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2012:BX7999

Zaaknummer: 1364742 EA VERZ 12-1229

Rechters: M.E.B. Terwee

Advocaten: M.E.B.C. Daudt en P.H.E. Voûte

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Joodse Omroep

Hoger beroep en cassatie bij herroeping van de ontbindingsbeschikking. Doorbrekingsgronden en bereik van het cassatieberoep bij afwijzing verzoek tot heropening

Werkneemster heeft in eerste aanleg herroeping verzocht van de beschikking van 24 april 2008 waarbij de kantonrechter op verzoek van Joodse Omroep de tussen partijen sedert 1 september 2000 bestaande arbeidsovereenkomst heeft ontbonden met ingang van 15 mei 2008 onder toekenning aan werkneemster van een vergoeding van € 83.536. De kantonrechter heeft het verzoek tot herroeping afgewezen. Daarvan is zij in hoger beroep gegaan. Het hof heeft bij de bestreden beschikking het beroep verworpen. In cassatie probeert werkneemster het appelverbod inzake herroeping te doorbreken.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Een verkeerde toepassing van artikel 382 aanhef en sub a en c Rv kan niet tot doorbreking van het appelverbod leiden. Het appelverbod ziet voorts zowel op de toe- als afwijzing van herroeping (artikel 388 Rv). De nalatigheid aan partijen tijdig mee te delen dat een van de raadsheren was vervangen, waardoor een 36 Rv-procedure (wraking) in gedrang komt, leidt in casu niet tot schending van artikel 6 EVRM, omdat niet is aangetoond dat dergelijke belangen in het geding waren.

In het aangevoerde incidenteel cassatiemiddel wordt betoogd, kort samengevat, dat het hof heeft miskend dat het rechtsmiddelvebod uit artikel 388 lid 2 Rv een verbod van beperkte omvang is: alleen hoger beroep tegen de beslissing inzake heropening van de zaak is niet toegestaan; ingevolge artikel 398 aanhef en sub 1 Rv is wel een cassatieberoep tegen de beslissing houdende toe- of afwijzing van een verzoek tot heropening mogelijk. Omdat er geen sprake is van een algeheel rechtsmiddelvebod, is er geen ruimte voor het toepassing geven aan de in de jurisprudentie ontwikkelde gronden voor doorbreking van een rechtsmiddelvebod. Voor het bestrijden van de afwijzing door de kantonrechter van het verzoek tot heropening van het geding inzake de ontbinding van de arbeidsovereenkomst was het instellen van een cassatieberoep de enige begaanbare weg voor werkneemster, maar die weg heeft zij niet tijdig benut. Daarover merkt de Hoge Raad nog het volgende op. De

wetgever heeft in artikel 388 lid 2 Rv hoger beroep van de beslissing inzake de heropening van het geding uitgesloten. De wetgever heeft evenwel niet tevens cassatieberoep uitgesloten, zodat tegen de beslissing op grond van artikel 398 aanhef en sub 10 Rv cassatieberoep openstaat. Bij deze stand van zaken bestaat er geen goede grond om aan te nemen dat de uitsluiting van hoger beroep kan worden doorbroken op een van de in de rechtspraak daartoe erkende gronden, te weten dat de rechter buiten het toepassingsgebied van het artikel (in dit geval artikel 382 Rv) is getreden, het ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten, dan wel bij de behandeling van de zaak een zodanig fundamenteel rechtsbeginsel heeft veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken. Dit strookt ook met de aard van de beslissing waarom het hier gaat, nu door de herroeping slechts in zeer bijzondere gevallen de mogelijkheid wordt geboden inbreuk te maken op het definitieve karakter van het rechterlijk oordeel waartegen geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat. Daarom heeft de wederpartij, gelet op de eisen van rechtszekerheid, een bijzonder belang bij spoedige duidelijkheid over de gegrondheid van de ingeroepen herroepingsgronden. In dit verband verdient aantekening dat de voorvragen die de eerste twee doorbrekingsgronden betreffen, ook in cassatie aan de orde kunnen worden gesteld; dat geldt eveneens voor de rechtsschending waarop de derde doorbrekingsgrond betrekking heeft. Daaraan doet niet af dat als gevolg van de beperkingen die in cassatie zijn gesteld aan de beoordeling van oordelen van (deels) feitelijke aard, de gronden waarop in cassatie een uitspraak kan worden vernietigd, beperkter zijn dan in appel. Voorts heeft het stelsel waarin tegen het rechterlijk oordeel over een vordering op verzoek tot herroeping, zowel wanneer het een oordeel van de eerste rechter als wanneer het een oordeel van de appelrechter betreft, hetzelfde rechtsmiddel openstaat, als voordeel dat de beoordeling van het oordeel van de herroepingsrechter plaatsvindt aan de hand van dezelfde maatstaven. Er zijn onvoldoende redenen om anders te oordelen ten aanzien van het cassatieberoep tegen een door de kantonrechter gegeven beslissing inzake de heropening van het geding, welk beroep, naar moet worden aangenomen, is beperkt op de wijze als is vermeld in artikel 80 lid 1 Wet RO (HR 19 december 2003, LJN AN7890, NJ 2005, 181), met dien verstande dat daarnaast ook als cassatiegrond is aanvaard schending van een zo fundamenteel rechtsbeginsel dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken (HR 16 maart 2007, LJN AZ1490, NJ 2007, 637). Die beperking geldt immers zonder onderscheid voor alle uitspraken van de kantonrechter waartegen geen hoger beroep openstaat en het cassatieberoep niet is uitgesloten. Ten slotte verdient aantekening dat met het oog op de vraag door welke rechter na cassatie en verwijzing opnieuw zal moeten worden beslist inzake de heropening van het geding, de Hoge Raad als gevolg van de hem gelaten keuze tussen verwijzing op de voet van artikel 422a Rv naar de rechter wiens uitspraak is vernietigd, dan wel op de voet van artikel 423 Rv naar een gerechtshof, bij de verwijzingsbeslissing zoveel

mogelijk rekening kan houden met het in artikel 384 lid 1 Rv tot uitdrukking gebrachte uitgangspunt dat de rechter die in laatste feitelijke instantie heeft beslist over de zaak ook de rechter is die beslist over de herroeping.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 21-09-2012

ECLI: ECLI:NL:HR:2012:BW4896

Zaaknummer: 11/04126

Rechters: F.B. Bakels, W.D.H. Asser, C.E. Drion en G. Snijders

Advocaten: H.J.W. Alt en R.K. van der Brugge

Wetsartikelen: 7:685 BW, 382 Rv, 388 Rv en 398 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Deskundigenbericht inzake CTE en OPS. De eis dat ten minste gedurende vijf jaar blootstelling aan MAC-waarde overschrijdende concentraties toxische oplosmiddelen moet hebben plaatsgevonden, vindt geen steun meer in de wetenschappelijke literatuur. Blootstelling bij eerdere werkgevers dient te worden meegewogen bij beoordeling of werkgever aansprakelijk is voor schade

Het hof heeft bij tussenarrest een deskundigenverklaring gelast. In dit arrest wordt uitvoerig door een benoemde deskundige antwoord gegeven op diverse vragen van het hof. Onder meer wordt ingegaan op nieuwe wetenschappelijke inzichten in de piekblootstelling aan oplosmiddelen en andere toxische stoffen in relatie tot CTE. Bij het antwoord op de vraag of het hof het rapport van de deskundigen volgt, stelt het hof voorop dat volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad (weergegeven in het arrest van de Hoge Raad van 9 november 2011, LJN BT2921) voor de rechter een beperkte motiveringsplicht geldt ten aanzien van zijn beslissing om de bevindingen van deskundigen al dan niet te volgen. Wel dient hij bij de beantwoording van de vraag of hij de conclusies waartoe een deskundige in zijn rapport is gekomen in zijn beslissing zal volgen, alle terzake door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden in aanmerking te nemen en op basis van die aangevoerde stellingen in volle omvang te toetsen of aanleiding bestaat van de in het rapport geformuleerde conclusies af te wijken. Ingeval partijen, door zich te beroepen op de uiteenlopende zienswijzen van de door haar geraadpleegde deskundigen, voldoende gemotiveerde standpunten hebben ingenomen en voldoende duidelijk hebben aangegeven waarom zij het oordeel van een door de rechter benoemde deskundige al dan niet aanvaardbaar achten, geldt het volgende. Indien de rechter in een geval waarin de opinie van andere, door een der partijen geraadpleegde, deskundigen op gespannen voet staat met die van de door de rechter benoemde deskundige, de zienswijze van deze deskundige volgt, zal de rechter zijn beslissing in het algemeen niet verder behoeven te motiveren dan door aan te geven dat de door deze deskundige gebezigde motivering hem overtuigend voorkomt. Wel zal de rechter op specifieke bezwaren van partijen tegen de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige moeten ingaan, als deze bezwaren een

voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van deze zienswijze. Volgt de rechter echter de zienswijze van de door hem benoemde deskundige niet, dan gelden in beginsel de gewone motiveringseisen en dient hij zijn oordeel dan ook van een zodanige motivering te voorzien, dat deze voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze zowel voor partijen als voor derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken. Vervolgens toetst het hof per vraag of het deskundigenoordeel kan worden overgenomen.

In het tussenarrest van 31 maart 2009 heeft het hof al overwogen dat de grieven 2 tot en met 6 falen voor zover zij zich keren tegen het oordeel van de kantonrechter dat werknemer dient te bewijzen dat sprake is geweest van een relevante blootstelling die de gezondheidsklachten heeft kunnen veroorzaken en tegen het oordeel van de kantonrechter dat werknemer dat bewijs nog niet heeft geleverd. Gelet op het oordeel van de deskundigen (vgl. hun antwoord op vraag 2) slaagt grief 2 voor zover die zich keert tegen het oordeel van de kantonrechter in het tussenvonnis van 7 maart 2007, dat de diagnose OPS slechts kan worden gesteld nadat is vastgesteld dat er gedurende ten minste vijf jaar sprake is geweest van blootstelling aan substantieel de MAC-waarde overschrijdende concentraties toxische oplosmiddelen. Daarmee valt de basis onder de beslissing van de kantonrechter om een onderzoek door een deskundige te gelasten naar de mate van blootstelling bij werknemer gedeeltelijk weg. Bij dat onderzoek kan immers niet worden uitgegaan van de eis dat gedurende minstens vijf jaar sprake is geweest van blootstelling aan substantieel de MAC-waarde overschrijdende concentraties toxische oplosmiddelen. Bovendien dient een onderzoek zich – anders dan het door de kantonrechter bevolen onderzoek – niet te beperken tot de blootstelling gedurende het dienstverband bij werkgever. Uit het rapport van de deskundigen volgt dat ook de blootstelling gedurende eerdere dienstverbanden van belang is of kan zijn. Wanneer werknemer bij werkgever niet in zodanige mate is blootgesteld dat deze blootstelling gezondheidsklachten kan hebben veroorzaakt, betekent dat dan ook nog niet zonder meer dat werkgever niet (gedeeltelijk) aansprakelijk is. Wanneer de blootstelling bij werkgever tezamen met eerdere blootstellingen de klachten wel kan hebben veroorzaakt, is werkgever toch (al dan niet gedeeltelijk: het hof laat het oordeel daarover nog open) aansprakelijk. In zoverre slaagt grief 4, die zich keert tegen het oordeel van de kantonrechter in rechtsoverweging 4.4 van het tussenvonnis van 7 maart 2007, dat een blootstellingsdeskundige de mate van blootstelling bij werkgever dient te beoordelen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 18-09-2012

ECLI: ECLI:NL:GHLEE:2012:BX7965

Zaaknummer: 107.002.298/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, H. de Hek en A.M. Koene

Advocaten: F.A.P. Laporte en H. Lebbing

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

Bostik/werknemer

E-mailbericht waarin werknemer aankondigt ‘van plan te zijn’ ontslag te nemen met een opzegtermijn van twee maanden om in dienst te treden bij een andere werkgever die volgens werknemer niet onder het concurrentiebeding valt, is geen ondubbelzinnige opzegging. ‘Van plan’ duidt op voornemen en de veronderstelde niet-concurrent impliceert een voorwaardelijke opzegging inzake het concurrentiebeding

Werknemer (geboren 1959) is per 1 juli 2008 in dienst getreden van Bostik als Technisch Account Manager. Per 1 juni 2010 is de functie van werknemer gewijzigd in Sales Manager Central Europe. Als zodanig hield werknemer zich bezig met de verkoop van zogenoemde hotmelts pressure sensitives voor de Tapes & Label Market. (Hotmelts zijn lijmen die in verhitte toestand worden aangebracht; na het aanbrengen koelen de lijmen af waardoor de kleefkracht ontstaat.) In november 2010 bericht werknemer de algemeen directeur van Bostik dat hij gezondheidsklachten heeft en dat deze werkgerelateerd zijn; hij kan het voor zichzelf niet meer verantwoorden dat hij producten moet verkopen waarbij kwaliteitsproblemen, gezondheidsklachten en onveilige situaties bij de verwerking van die producten bij de klanten aan de orde zijn; hij verzoekt om terugplaatsing in de functie van Technisch Accountmanager Benelux voor de afdeling Industrie. Na een periode van ziekte en een paar stevige gesprekken met de werkgever, bericht werknemer eind maart dat hij ‘van plan’ is ontslag te nemen om per 1 juni in dienst te treden van Saba. Daarbij zal hij een opzegtermijn van twee maanden in acht nemen. Volgens werknemer is Saba geen concurrent, zodat het concurrentiebeding in zijn overeenkomst geen hindernis oplevert. Mocht Bostik dat anders zien, dan verneemt werknemer dit graag, aldus werknemer. Bostik bericht werknemer dat hij wel aan het concurrentiebeding zal worden gehouden. Werknemer stelt zich vervolgens op het standpunt dat hij dan gewoon bij Bostik in dienst zal blijven. Bostik stelt zich evenwel op het standpunt dat werknemer het ontslag heeft genomen en uit dienst is, doch aan het concurrentiebeding is gehouden. In eerste aanleg vordert werknemer toelating tot het werk en doorbetaling van het loon. De vordering is toegewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Voorop gesteld moet worden dat een opzegging van het dienstverband door een werknemer duidelijk en ondubbelzinnig moet zijn gezien de ernstige gevolgen die een dergelijke opzegging voor de werknemer kan hebben. Naar het oordeel van het hof bevat het e-mailbericht van 31 maart 2011 aan zijn leidinggevende, welke e-mail Bostik kennelijk als aan haar gericht heeft beschouwd, niet een dergelijke duidelijke en ondubbelzinnige opzegging. Immers, werknemer meldt dat hij 'van plan' is de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Hij meldt in dezelfde mail dat hij van mening is dat het concurrentiebeding en het relatiebeding niet van toepassing zijn op zijn beoogde indiensttreding bij Saba, maar dat hij graag op korte termijn wil horen als de directie van Bostik daar anders over denkt. Hieruit moet afgeleid worden dat werknemer de opzegging van zijn dienstverband afhankelijk stelde van de vraag of hij door Bostik aan bedoelde bedingen gehouden zou worden. Dat hij kennelijk in de veronderstelling verkeerde dat een en ander geen probleem zou opleveren – in welk licht de mededeling van werknemer omtrent de opzegtermijn en zijn bereidwilligheid om overleg te plegen over de overdracht moeten worden begrepen – kan daar niet aan afdoen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 18-09-2012

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2012:BX8018

Zaaknummer: HD 200.096.356

Rechters: R.R.M. De Moor, A.P. Zweers-van Vollenhoven en C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden

Advocaten: P.H.F. Yspeert en G.P. Oberman

Wetsartikelen: 7:667 BW

RECHTSPRAAK

**werkneemster/Stichting Montessori- en Traditioneel
Basisonderwijs Doesburg/Ellecom**

***Uitspraak Commissie van Beroep Onderwijsgeschillen in voordeel
conciërge leidt niet tot conclusie dat dienstverband niet rechtsgeldig is
beëindigd. Opzegging na verval loonkostensubsidie niet kennelijk
onredelijk***

Werkneemster is sinds 2002 in dienst van de Stichting Montessori- en Traditioneel Basisonderwijs Doesburg/Ellecom (hierna: de Stichting) als conciërge op een school. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO PO van toepassing. De loonkostensubsidie voor de ID-baan van werkneemster is afgebouwd, waardoor werkneemster wegens financiële redenen ontslag is aangezegd. Het beroep van werkneemster bij de Commissie van Beroep van de Stichting Onderwijsgeschillen (hierna: de Commissie) is gegrond verklaard. Werkneemster vordert thans een verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst, gelet op de uitspraak van de Commissie, nog steeds bestaat. Subsidiair stelt zij dat de opzegging kennelijk onredelijk is.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De uitspraak van de Commissie leidt niet tot de conclusie dat het dienstverband niet rechtsgeldig is geëindigd. Immers, uit jurisprudentie blijkt, kort samengevat, dat een uitspraak van de Commissie niet kan worden aangemerkt als bindend advies, tenzij zulks ondubbelzinnig is overeengekomen. Dit laatste is niet gesteld of gebleken. Bovendien bestaat in het arbeidsrecht een gesloten stelsel van opzeggings- en beëindigingsmogelijkheden. Dit betekent dat een uitspraak van de Commissie niet de sanctie van vernietigbaarheid dan wel nietigheid van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst kent. Daar komt nog bij dat de gegrondverklaring van het bezwaar door de Commissie is gebaseerd op de omstandigheid dat, kort gezegd, de werkgever niet aan zijn inspanningsverplichtingen heeft voldaan om te onderzoeken of werkneemster via een andere weg in de functie van conciërge zou kunnen worden geplaatst. Deze uitspraak kan van betekenis zijn bij de beoordeling van een mogelijk kennelijk onredelijk ontslag (hierna te beoordelen), maar leidt op zichzelf niet tot de conclusie dat het gegeven ontslag nietig dan wel vernietigbaar is.

Ten aanzien van het kennelijk onredelijk ontslag (gevolgencriterium) wordt een belangenafweging gemaakt. Werkneemster is 51 jaar oud en heeft vrijwel geen opleiding genoten. Zij heeft een moeilijke arbeidsmarktpositie. Aan de zijde van de Stichting wordt meegewogen dat werkneemster is aangeboden haar te ondersteunen bij het vinden van ander werk. Dit heeft zij geweigerd. Hoewel de functie van conciërge niet is vervallen, wordt deze thans ingevuld via het re-integratiebedrijf Presikhaaf. Voor de Stichting zijn daaraan niet of nauwelijks loonkosten verbonden. De Stichting heeft tijdens de procedure bij de Commissie onderzocht of werkneemster via dit bedrijf als conciërge bij haar zou kunnen (blijven) werken, maar gebleken is dat dat niet het geval is, omdat werkneemster niet tot de doelgroep van het re-integratiebedrijf behoort. Op zichzelf heeft werkneemster gelijk als zij betoogt dat de beslissing van de Commissie niet zonder betekenis is. De uitspraak kan echter alleen gevolgen hebben als zou blijken dat er wel mogelijkheden waren om werkneemster in de functie van conciërge te behouden. Het onderzoek door de Stichting heeft echter (alsnog) uitgewezen dat die mogelijkheid niet bestaat. Dat betekent dat het ontslagbesluit ook zou zijn genomen als het onderzoek tijdig zou zijn gedaan. Geoordeeld wordt dat het ontslag niet kennelijk onredelijk is.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 17-09-2012

ECLI: ECLI:NL:RBARN:2012:BX7884

Zaaknummer: 816845 \ CV EXPL 12-3582 \ 321

Rechters: A.E.M. Overkamp

Advocaten: S.G. Volbeda en R.J.A. Dil

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Anco Holland B.V. c.s.

Werkgever is aansprakelijk voor schade na val van steiger. Door enkel een steiger te plaatsen die 2,25 meter lager is gelegen, is niet voldaan aan zorgplicht. Ondanks aanwezigheid van de steiger bestaat er reëel risico op ernstig letsel bij een val van hoogte

Werknemer, in dienst van Anco, is in 2006 een arbeidsongeval overkomen. Hij is op een steiger gestruikeld over een uit de vloer stekend draadeinde van circa 10 centimeter hoog. Hij is daardoor op de circa 60 centimeter lager gelegen valbescherming van de steiger en vervolgens op de circa 2,25 meter lager gelegen steigervloer gevallen. Hij is volledig arbeidsongeschikt geraakt. Werknemer stelt Anco en/of Bouwcombinatie en/of RIZ en/of Strukton en/of NN aansprakelijk voor zijn schade. Hij baseert zijn vordering op artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW. Voorts baseert hij zijn vordering jegens Bouwcombinatie, RIZ en Strukton op de artikelen 6:170, 6:162 en 6:248 BW.

In een tussenvonnis is geoordeeld dat Bouwcombinatie Anco opdracht gegeven om in onderaanneming bepaalde werkzaamheden te verrichten. Werknemer, in dienst van Anco, heeft deze werkzaamheden (deels) verricht. Het is dus niet zo, anders dan werknemer kennelijk meent, dat Bouwcombinatie, RIZ en/of Strukton werknemer als inleenkracht arbeid hebben laten verrichten. Zij zijn derhalve geen werkgevers in de zin van artikel 7:658 lid 4 BW. Anders dan Anco meent, is de bevinding van de Arbeidsinspectie dat de Arbeidsomstandighedenwetgeving niet is overtreden niet voldoende om aan te nemen dat geen sprake is geweest van een gevaarlijke situatie. De kantonrechter heeft de zaak aangehouden en vragen gesteld over het verwijderen van de randbeveiliging en de steigerconstructie.

Thans oordeelt de kantonrechter als volgt. Uit het deskundigenrapport blijkt dat de dakrandbeveiliging niet verwijderd hoeft te worden om een muurplaat te bevestigen. Daarnaast is de werkplek niet voldoende veilig door de minimale aanwezigheid van veiligheidsbarrières. Gelet op het deskundigenoordeel wordt geoordeeld dat in rechte vaststaat dat Anco niet heeft voldaan aan de uit artikel 7:658 lid 1 BW voor haar voortvloeiende

zorgplicht. Met enkel de plaatsing van de steiger met een vloer die op circa 2,25 meter lager gelegen is dan de verdiepingsvloer waarvan werknemer is gevallen, is niet aan de zorgplicht voldaan. Hierbij wordt in aanmerking genomen het reële risico op ernstig letsel bij een val van hoogte, welk risico zich heeft verwezenlijkt bij het onderhavige ongeval ondanks de aanwezigheid van de hiervoor bedoelde steiger. Volgt toewijzing van de vordering jegens Anco. De vorderingen jegens Bouwcombinatie, RIZ en Strukton worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 14-09-2012

ECLI: ECLI:NL:RBARN:2012:BX7857

Zaaknummer: 686715 \ CV EXPL 10-4135 \ 199

Rechters: J.W.M. Tromp

Advocaten: S.G.M. van Veldhuizen en C. Fledderus

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Livit Orthopedie B.V.

Overtreding verbod nevenactiviteiten. Aanmeten product van concurrent door 63-jarige orthopedisch adviseur onvoldoende grond voor ontslag op staande voet

Werknemer (63 jaar) is als orthopedisch adviseur in dienst van Livit. Hij verricht zijn werkzaamheden voornamelijk in het Rijnstate Ziekenhuis te Zevenaar, het Radboud Ziekenhuis te Nijmegen en bij Zorginstelling Dichterbij te Gennep. Omdat de kwaliteit en de levertijden van steunzolen van Livit te wensen overlieten heeft werknemer in 2012 patiënten in zijn spreekuren steunzolen van een concurrent aangemeten. Hij is op staande voet ontslagen wegens schending van het in de arbeidsovereenkomst opgenomen verbod om nevenactiviteiten te verrichten. Werknemer beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer heeft het verbod tot het verrichten van nevenactiviteiten overtreden. Dat gegeven rechtvaardigt echter op zichzelf nog niet de conclusie dat het ontslag op staande voet in een bodemprocedure stand zal houden. In dit geval wordt meegewogen dat werknemer niet uit was op financieel gewin. Hij had enkel als motief goede zorg te blijven verlenen en de samenwerkingsrelatie met de artsen (voor Livit) te behouden. Daarbij geldt dat werknemer bij de uitvoering van zijn werk in hoge mate aangewezen was op de instructies en wensen van de artsen. Livit erkent dat zij uit eerdere gesprekken wist dat er ontevredenheid bestond over de door haar geleverde producten en gehanteerde levertijden. Dit zou, bij het uitblijven van verbetering, tot gevolg kunnen hebben dat de artsen de samenwerking met Livit zouden beëindigen. Door (tijdelijk) voor een andere leverancier te kiezen heeft werknemer gemeend te voorkomen dat Livit deze artsen als relatie zou kwijtraken. Tot slot is van belang dat werknemer thans 63 jaar is en de pensioengerechtigde leeftijd begint te naderen. Alles overziend wordt voorshands geoordeeld dat het ontslag op staande voet in een bodemprocedure geen stand zal houden. De loonvordering wordt toegewezen. Nu al een ontbindingsverzoek is ingediend en sprake is van een ernstig verstoorde arbeidsrelatie, wordt de vordering tot wedertewerkstelling afgewezen.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 11-09-2012

ECLI: ECLI:NL:RBARN:2012:BX7823

Zaaknummer: 834707 \ VV EXPL 12-10136 \ 407

Rechters: A.E.M. Overkamp

Advocaten: S. Karagan en C.E.G. Koopman

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Kantonrechter baseert ontbindingsvergoeding niet onverkort op het sociaal plan en brengt salaris dat tijdens de vrijstelling van werkzaamheden is betaald in mindering op de ontbindingsvergoeding. Geen grond voor doorbreking van het appelverbod

De arbeidsovereenkomst van werknemer is ontbonden. De kantonrechter heeft conform het sociaal plan een vergoeding toegekend op basis van de oude kantonrechtersformule met $C=1,5$ (zie AR 2011-0891). Thans stelt werknemer dat de kantonrechter buiten het toepassingsbereik van artikel 7:685 BW is getreden en het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor is geschonden, zodat het appelverbod wordt doorbroken. Werknemer heeft zonder succes een procedure ex artikel 31 Rv ingesteld. Volgens werknemer is de kantonrechter van het verkeerde brutobasissalaris uitgegaan voor de berekening van de vergoeding. Bovendien is deze vergoeding niet (onverkort) gebaseerd op het sociaal plan en is er op die vergoeding zonder gerechtvaardigde grond het salaris in mindering gebracht dat hem tijdens de vrijstelling van werkzaamheden door werkgever is uitbetaald.

Het hof oordeelt als volgt. Voor zover het sociaal plan niet goed zou zijn toegepast, kan er hooguit sprake zijn van een fout of motiveringsgebrek. Dit rechtvaardigt geen doorbreking van het appelverbod. Bovendien verschillen partijen onmiskenbaar van mening over de juiste hoogte van het brutosalaris van werknemer en komt de kantonrechter in meer algemene zin grote vrijheid toe bij de berekening en uiteindelijke vaststelling van de ontbindingsvergoeding. Het in mindering brengen op de vergoeding van salaris waar geen arbeidsprestatie van werknemer tegenover staat, is onderdeel van deze vrijheid. Werknemer heeft zowel in de eerdere schriftelijke ronden als tijdens de mondelinge behandeling de gelegenheid gehad gemotiveerd verweer te voeren. Het beginsel van hoor en wederhoor is niet geschonden. Het beroep wordt verworpen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 11-09-2012

Zaaknummer: 200.099.394

RECHTSPRAAK

ZZG Zorggroep/werkneemster

Verzorgende in verpleeghuis dient akkoord te gaan met het draaien van avonddiensten. Aan werkneemster zijn diverse voorstellen gedaan om haar tegemoet te komen en tot een oplossing te komen. Ontbinding wegens verstoorde arbeidsrelatie

Werkneemster is sinds 1992 in dienst van ZZG. Zij heeft thans de functie van eerst verantwoordelijke verzorgende in een verpleeghuis. Als gevolg van een verandering in de organisatie heeft ZZG werkneemster verzocht ook avonddiensten te gaan draaien. Werkneemster hoeft het eerste half jaar geen avonddiensten te draaien om aan het idee te wennen en er is een regeling bedacht om werkneemster aan de avonddiensten te laten werken. Werkneemster heeft het voorstel van de hand gewezen en houdt vast aan de eerder gemaakte afspraak dat zij geen avonddiensten hoeft te draaien. De Kantonrechter Nijmegen heeft op 26 april 2012 geoordeeld dat ZZG van werkneemster kan verlangen dat zij avonddiensten gaat draaien. Werkneemster is aangeboden om tijdelijk op andere locaties te werken, waar zij wel dagdiensten kan draaien. Ook op dit voorstel is werkneemster niet ingegaan. Nu ook mediation niet tot een oplossing heeft geleid, verzoekt ZZG ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Omdat er geen wijzigingsbeding is overeengekomen, dient de wijziging van de arbeid beoordeeld te worden aan de hand van de arresten Van der Lely/Taxi Hofman en Stoof/Mammoet. Het belang van ZZG bij de eenzijdige wijziging van de arbeidsrelatie is uitvoerig gemotiveerd, voldoende onderbouwd en ook voldoende zwaarwegend. Het belang van werkneemster bij ongewijzigde handhaving van de arbeidsvoorwaarde, dat zij tegenover het belang van ZZG stelt, is niet voldoende uit de verf gekomen. Zo heeft werkneemster op geen enkele manier onderbouwd waarom zij niet kon instemmen met het draaien van avonddiensten. Op diverse voorstellen van ZZG om haar tegemoet te komen is zij niet ingegaan. Ook nu nog zou ZZG de arbeidsverhouding met werkneemster in stand willen houden. Dat kan echter alleen als werkneemster onvoorwaardelijk aanvaardt dat zij ook zo nu en dan avonddiensten zal moeten draaien. Nu partijen geen overeenstemming hebben bereikt en de verstoorde arbeidsrelatie aan

werkneemster te wijten is, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden zonder toekenning van een vergoeding. ZZG heeft uitdrukkelijk verzocht haar de mogelijkheid te geven het verzoek alsnog in te trekken. Daarmee wil zij werkneemster de kans geven alsnog kenbaar te maken dat zij bij ZZG wil blijven werken en aanvaardt dat zij ook avonddiensten moet draaien (en dus afstand doet van de eerder gemaakte afspraak). In dat geval wil ZZG werkneemster graag in dienst houden en met haar zoeken naar de mogelijkheden om haar in te zetten. De kantonrechter geeft aan dit verzoek gehoor. Zij merkt daarbij op dat dit voor werkneemster echt de laatste kans is haar baan te behouden. Het is aan werkneemster het initiatief te nemen voor een nieuw overleg met ZZG.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 11-09-2012

ECLI: ECLI:NL:RBARN:2012:BX7835

Zaaknummer: 823525 \ HA VERZ 12-1171 \ 407

Rechters: A.E.M. Overkamp

Advocaten: M.C. Frissart-Kallenbach

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Manjefiek B.V.

Werkneemster is ten onrechte niet onverwijld in kennis gesteld van loonopschorting en de reden daarvoor. Toewijzing loonvordering

Werkneemster is op 24 februari 2012 voor de duur van twee jaar in dienst getreden van Manjefiek. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Horecabedrijf van toepassing. Werkneemster heeft zich op 18 mei 2012 in overspannen toestand ziek gemeld. Door de bedrijfsarts en de verzekeringsarts van het UWV in het kader van een deskundigenoordeel is zij volledig arbeidsongeschikt geacht. Zij is niet in staat om haar werkzaamheden te hervatten, mede als gevolg van spanningen op het werk. Sinds mei 2012 heeft werkneemster geen loon meer ontvangen. Zij heeft een loonvordering ingesteld. Manjefiek stelt dat zij haar loonbetalingsverplichting heeft opgeschort, omdat werkneemster geen gehoor geeft aan haar oproep om eens met elkaar te gaan praten en zij daardoor haar re-integratieverplichtingen niet nakomt.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Niet gesteld of gebleken is dat Manjefiek werkneemster ex artikel 7:629 lid 7 BW onverwijld ervan in kennis heeft gesteld dat zij de betaling van het loon zal opschorten en waarom. Reeds op deze grond dient het beroep van Manjefiek op opschorting van de loonbetalingsverplichting te worden verworpen. Het verweer van Manjefiek dat werkneemster niet heeft meegewerkt aan haar re-integratieverplichtingen, kan dan ook verder onbesproken blijven. De vorderingen van werkneemster worden toegewezen. De gevorderde dwangsom voor de loondoorbetalingsverplichting wordt op grond van artikel 611a lid 1 Rv afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 06-09-2012

ECLI: ECLI:NL:RBMAA:2012:BX7553

Zaaknummer: 490085 \ CV EXPL 12-3661

Rechters: I.M. Etman

Advocaten: P.M.H. Cruts

Wetsartikelen: 7:629 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Lodewikus Voorgespannen Beton B.V. c.s.

Werkgeversaansprakelijkheid na val van trap op werkterrein. Te veel geschilpunten tussen partijen, waardoor zaak zich niet leent voor deelgeschilprocedure. Afwijzing verzoek

Werknemer, in dienst van Lodewikus Voorgespannen Beton (L.V.B.), is tijdens de uitoefening van zijn werk op het werkterrein van L.V.B. van een trap (vanaf een hoogte van circa 2,5 meter) gevallen. Werknemer stelt als gevolg van het ongeval neklachten, lage rugklachten met uitstraling naar de linkerheup en verergering van bestaande knieklachten te hebben. Hij stelt L.V.B. hiervoor aansprakelijk. L.V.B. stelt dat de onderhavige zaak zich niet leent voor behandeling in een deelgeschilprocedure.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het enkele feit dat partijen nimmer met de (inhoudelijke) onderhandelingen zijn gestart, zoals door L.V.B. en HDI (verzekeraar) is aangevoerd, is onvoldoende voor het oordeel dat het geschil niet geschikt is voor behandeling in de deelgeschilprocedure. De aansprakelijkheidsvraag betreft immers een geschil aan het begin van het traject van de minnelijke onderhandelingen en een oordeel van de kantonrechter op de aansprakelijkheidsvraag zou, afhankelijk van de overige omstandigheden van het geval, buitengerechtelijke onderhandelingen op gang kunnen brengen. Gebleken is dat L.V.B. en HDI niet alleen de aansprakelijkheid betwisten, maar zich ook om diverse andere redenen niet gehouden voelen om tot vergoeding van de door werknemer gestelde schade over te gaan. Zo voeren L.V.B. en HDI onder meer aan dat het de vraag is of en zo ja hoeveel schade werknemer heeft geleden en of er sprake is van een (voldoende) causaal verband tussen de – eventuele – schade en het ongeval. Gelet hierop is de bijdrage van de verzochte beslissing aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst gering. Immers, na een oordeel over de aansprakelijkheidsvraag lijken nog veel geschilpunten in de weg te liggen aan minnelijke overeenstemming over de te vergoeden schade. Daar komt bij dat er niet nu reeds tot een eindbeslissing over de eventuele aansprakelijkheid van L.V.B. kan worden gekomen, omdat nadere bewijslevering en/of deskundigenonderzoek noodzakelijk is. Het verzoek wordt derhalve afgewezen. Het verzoek om L.V.B. en HDI in de kosten van de procedure te veroordelen wordt afgewezen, omdat aansprakelijkheid niet is komen vast te staan. Op grond

van artikel 1019aa Rv worden wel de kosten van werknemer begroot. De gevorderde 32,85 declarabele uren door de gemachtigde van werknemer doorstaat de dubbele redelijkheidstoets van artikel 6:96 lid 2 BW niet. Een besteding van 15 uren wordt aanvaardbaar geacht.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 06-09-2012

ECLI: ECLI:NL:RBBRE:2012:BX7896

Zaaknummer: 723248 OV VERZ 12-3925

Rechters: H.H. de Kroon

Advocaten: K. Weijers en R. Schoemaker

Wetsartikelen: 7:658 BW en 1019w Rv

RECHTSPRAAK

Nederlandse Ski Vereniging/werknemer

Werkgever die is veroordeeld tot betaling van achterstallig loon betaalt abusievelijk bruto uit in plaats van netto. Ongerechtvaardigde verrijking werknemer

Werkgever, de Nederlandse Ski Vereniging (NSV), is veroordeeld tot betaling van € 30.535,29 bruto aan achterstallig loon aan werknemer. Abusievelijk heeft NSV dit bedrag bruto uitbetaald aan werknemer in plaats van netto. NSV heeft bij de Belastingdienst aangifte gedaan van de op grond van het vonnis aan werknemer verschuldigde bedragen en – in aansluiting daarop – de betreffende loonheffing ad € 14.107,30 afgedragen aan de Belastingdienst. NSV stelt dat sprake is van onverschuldigde betaling dan wel ongerechtvaardigde verrijking van werknemer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het bedrag ad € 14.107,30 is (in ieder geval) eenmaal ten onrechte uit het vermogen van NSV gevloeid. In zoverre is dan ook sprake van een verarming aan de zijde van NSV. Aan de andere kant moet worden aangenomen dat werknemer is verrijkt met eenzelfde bedrag. Zoals hij in feite zelf erkent behoort dat bedrag, waarover hij thans beschikt, hem niet toe, maar moet het worden afgedragen aan de Belastingdienst, die het feitelijk al heeft ontvangen. Onder die omstandigheden valt met een grote mate van waarschijnlijkheid te verwachten dat de bodemrechter zal oordelen dat sprake is van ongerechtvaardigde verrijking van werknemer in de zin van artikel 6:212 BW. Het door NSV van werknemer gevorderde bedrag ad € 14.107,30 zal dan ook worden toegewezen bij wijze van schadevergoeding.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 24-08-2012

ECLI: ECLI:NL:RBSGR:2012:BX7528

Zaaknummer: 423466 / KG ZA 12-745

Rechters: P.A. Koppen

Advocaten: A.H.H. Vermeulen

Wetsartikelen: 6:212 BW

RECHTSPRAAK

**werkneemster/Onderlinge Waarborgmaatschappij Centrale
Zorgverzekeraars groep, Aanvullende Verzekering
Zorgverzekeraar U.A.**

***Ontbreken verbetertraject na kritiek op functioneren accountmanager
CZ. Na ziekmelding weigert werkneemster ten onrechte een nieuw
gecreëerde functie. Ontbinding met C=1***

Werkneemster (57 jaar) is sinds 1978 in dienst van CZ, laatstelijk als accountmanager. Haar beoordelingen over 2008 en 2009 zijn op onderdelen onvoldoende. Na een klacht van een klant in 2010 heeft CZ te kennen gegeven op zoek te gaan naar een andere passende functie voor werkneemster. Werkneemster heeft zich vervolgens ziek gemeld. In 2011 is namens werkneemster een beëindigingsvoorstel gedaan. CZ weigert akkoord te gaan en stelt bereid te zijn een nieuwe functie voor werkneemster te creëren of, als werkneemster dat niet wil, re-integratie in het tweede spoor te starten. Werkneemster heeft dit geweigerd. Thans verzoekt werkneemster ontbinding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk is, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Ten aanzien van de vergoeding wordt het volgende overwogen. Hoewel kritiek is geuit op het functioneren over 2008 en 2009, is werkneemster nooit een verbetertraject aangeboden. CZ had werkneemster moeten waarschuwen dat het functioneren zodanig onder de maat werd gevonden, dat zij uit haar functie gezet zou worden. Dit geldt temeer nu werkneemster in februari 2010 gelet op haar verkoopresultaten zelfs nog tot 'Kwartaalkoningin' is uitgeroepen. De klacht van de klant in 2010 en andere klachten rechtvaardigen geen ontheffing uit haar functie. Ook de wijze waarop CZ heeft gereageerd op de ziekmelding van werkneemster is verwijtbaar. De loonopschorting omdat werkneemster zich per e-mail heeft ziek gemeld terwijl het ziekmeldingsprotocol van CZ voorschrijft dat ziekmeldingen telefonisch dienen te geschieden, is volstrekt ongepast. Het had veel meer voor de hand gelegen dat CZ werkneemster zelf even had gebeld. Na de ziekmelding heeft CZ echter het re-integratietraject goed opgepakt. Ten onrechte heeft werkneemster het voorstel van CZ om voor haar een nieuwe functie te creëren geweigerd en

heeft zij lang gewacht met het indienen van een ontbindingsverzoek, terwijl zij al wist dat zij niet meer voor CZ werkzaam wilde zijn. Alle omstandigheden in aanmerking genomen, wordt een vergoeding met C=1 toegekend (€ 185.625 bruto).

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 15-08-2012

ECLI: ECLI:NL:RBBRE:2012:BX7625

Zaaknummer: 718819-AZ-12-130

Rechters: J.L. Sierkstra

Advocaten: E.M.L. van den Krommenacker en P. Contreras

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

X/Schoonmaakbedrijf Vlietstra B.V.

Uitleg begrip contractswisseling in CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf. Geen sprake van heraanbesteding door dezelfde opdrachtgever, zodat geen arbeidsovereenkomst aan voormalige schoonmaker hoeft te worden aangeboden

X is in 2007 in dienst getreden van Bakker Schoonmaakbedrijf. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf van toepassing. Sinds 2008 heeft X in opdracht van Bakker (die een contract heeft gesloten met de woningstichting) schoonmaakwerkzaamheden verricht in een flat. De flat is van de woningstichting overgenomen door Y, die hoofdverhuurder van de flat is geworden. Vlietstra heeft de aanbesteding door Y gewonnen en zal voortaan de schoonmaakwerkzaamheden verrichten. Thans is in geschil of er sprake is van een contractsovername in de zin van artikel 38 cao, op grond waarvan Vlietstra aan X een arbeidsovereenkomst dient aan te bieden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De Hoge Raad heeft eerder geoordeeld over de uitleg van een contractswisseling in de zin van de cao (HR 8 juni 2007, LJN BA3039, ISS/Lavis). De Hoge Raad heeft geoordeeld dat van een contractswisseling ten gevolge van heraanbesteding in de zin van artikel 43 van de cao, slechts sprake is indien de heraanbesteding plaatsvindt door dezelfde opdrachtgever als degene die het project waarom het gaat eerder aanbesteedde, als juist erkend.

In deze procedure is genoegzaam in rechte komen vast te staan dat er in het onderhavige geval geen sprake is van eenzelfde opdrachtgever als degene die de flat eerder aanbesteedde. Gelet op de hiervoor gegeven strikte uitleg van artikel 38 van de cao – waarvan de tekst naar het oordeel van de kantonrechter het equivalent is van de tekst van (het oude) artikel 43 van de cao – kan niet de conclusie worden getrokken dat er sprake was van een heraanbesteding van het betreffende object en dus ook niet een contractswisseling in de zin van artikel 38 van de cao. De Hoge Raad biedt de mogelijkheid dat een zijdelings bij het beëindigde contract betrokken rechtspersoon die tot aanbesteding van de in dat contract voorziene werkzaamheden overgaat, in feite mede als partij bij het beëindigde contract moet worden

aangemerkt en in de tweede plaats dat onder omstandigheden de mogelijkheid bestaat dat de nieuwe opdrachtgever voor de toepassing van de onderhavige cao-bepaling is te vereenzelvigen met de oude opdrachtgever. Deze zijdelingse betrokkenheid en vereenzelving van partijen is niet in rechte komen vast te staan, zodat daaraan voorbij wordt gegaan. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 27-07-2012

ECLI: ECLI:NL:RBGRO:2012:BX7936

Zaaknummer: 550504 VV EXPL 12-65

Rechters: B. van den Bosch

Advocaten: J.S. Mennega en A. Ilicic

Wetsartikelen: 38 CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Noord-Nederlands Orkest

Geschil over de vraag of 2e concertmeester overeenkomstig de functie van 1e concertmeester betaald dient te worden. Afwijzing vordering wegens opgebouwde maar niet-genoten vakantiedagen

Tussen partijen was in geschil of werknemer overeenkomstig de functie van 1e concertmeester betaald diende te worden (zie AR 2012-0845). Het Hof Leeuwarden (zie AR 2011-0732) heeft geoordeeld dat werknemer na de gedane betaling van € 28.000 door NNO geen vordering meer heeft op NNO. De zaak is terugverwezen naar de kantonrechter.

De kantonrechter moet nog een beslissing nemen over de vordering van werknemer wegens opgebouwde maar niet-genoten vakantiedagen, een bedrag van € 3.980,35. Het verweer van NNO is door werknemer onvoldoende weersproken. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 01-03-2012

ECLI: ECLI:NL:RBGRO:2012:BX7546

Zaaknummer: 228819/CV EXPL 04-5892

Rechters: R.Tj. Terpstra

Advocaten: M.J. Gerrits en M. Dijsselhof

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/X Vlaggen B.V.

***Ontslag 59-jarige werknemer met 38 dienstjaren wegens
bedrijfseconomische omstandigheden kennelijk onredelijk, ondanks
vergoeding sociaal plan ad vijf brutomaandsalarissen.
Schadevergoeding bedraagt € 25.000***

Werknemer (59 jaar) is op 1 oktober 1971 in dienst getreden bij een rechtsvoorgangster van werkgever. De arbeidsovereenkomst is met toestemming van het UWV WERKbedrijf opgezegd per 1 september 2009 wegens bedrijfseconomische redenen. Het ontslag van werknemer vond plaats in het kader van een reorganisatie van X Group, waarbij dertien arbeidsplaatsen kwamen te vervallen bij werkgever en tien arbeidsplaatsen bij X Vlagproductie B.V. In het kader van de reorganisatie is tussen X Vlagproductie B.V. enerzijds en FNV Bondgenoten en CNV Bedrijvenbond anderzijds een sociaal plan overeengekomen dat onder meer voorziet in een eenmalige vergoeding in de vorm van een bruto-uitkering ineens, gebaseerd op een fictieve aanvulling op een uitkering op grond van de Werkloosheidswet (WW). Aan de werknemers van werkgever die ten gevolge van bedoelde reorganisatie zijn ontslagen, is een uitkering overeenkomstig het sociaal plan aangeboden en uitbetaald. Werknemer ontving in dat kader € 13.421,70 bruto. Werknemer is voorts een WW-uitkering toegekend voor de duur van maximaal 38 maanden. Werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Voor het antwoord op de vraag of het ontslag van werknemer kennelijk onredelijk is op grond van de belangenafweging (gevolgencriterium) spelen de volgende feiten en omstandigheden een rol:

de relatief hoge leeftijd van werknemer ten tijde van het ontslag (59 jaar) en zijn bijzonder lang dienstverband (38 jaar), ten gevolge waarvan de uitkering overeenkomstig het sociaal plan voor hem relatief laag uitvalt (voor ieder jaar dat de arbeidsovereenkomst langer heeft geduurd dan zes jaar bedraagt de vergoeding feitelijk slechts tien procent van een maandsalaris). De uitkering conform het sociaal plan bedraagt nog geen vijf maanden

brutoloon vermeerderd met vakantietoeslag. Van de andere bij het ontslag betrokken werknemers was maar één werknemer ongeveer even oud als werknemer (geboren in 1949) maar die had slechts een dienstverband van drie jaar. De andere werknemers waren minimaal tien jaar jonger dan werknemer en minimaal vijftien jaar korter in dienst; de bijzonder slechte kansen op de arbeidsmarkt van werknemer als 59-jarige met een eenzijdig arbeidsverleden.

Het ontslag moet derhalve kennelijk onredelijk worden geoordeeld. Bij de bepaling van de werknemer toekomstende schadevergoeding dient het hof alle omstandigheden ten tijde van het ontslag in aanmerking te nemen. Die omstandigheden in aanmerking nemende, begroot het hof de werknemer toekomstende schadevergoeding op € 25.000 bruto. Zijn vordering is tot dat bedrag toewijsbaar.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-12-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7898

Zaaknummer: 200.079.241/01

Rechters: C. Uriot, D.J. van der Kwaak en A.M.A. Verscheure

Advocaten: M.G. Roessingh en L.A.M. Zwitserlood

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Pizzeria Amsterdam/werknemer

Inschaling als zelfstandig kok CAO voor het horeca- en aanverwante bedrijf. Bewijswaardering van getuigen

Werknemer heeft vanaf 6 augustus 2001 in dienst van (de rechtsvoorganger van) Pizzeria Amsterdam werkzaamheden verricht, laatstelijk tegen een salaris van € 1.653,43 bruto per maand, exclusief acht procent vakantietoeslag. In de arbeidsovereenkomst en op de loonstroken stond dat hij werkte als pizzabakker. De CAO voor het horeca- en aanverwante bedrijf (hierna: de cao) is op de overeenkomst van toepassing verklaard. Werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat hij de functie van 'zelfstandig kok' verricht en al die tijd een te laag 'cao-loon' heeft ontvangen. De kantonrechter heeft de loonvordering van werknemer toegewezen, nadat getuigen zijn gehoord. De Pizzeria Amsterdam heeft geen gebruik gemaakt van contra-enquête.

Het hof oordeelt als volgt. In hoger beroep stelt Pizzeria Amsterdam dat de getuigen onbetrouwbaar zijn. Er zou sprake zijn van een zekere samenzwering die verband hield met grootschalige fraude gepleegd door werknemer en een aantal collega's. Het hof acht deze stellingen onvoldoende onderbouwd. Wat de inschaling als zelfstandig kok betreft, heeft Pizzeria Amsterdam nog aangevoerd dat niet was voldaan aan de eis van betrokkenheid bij wijziging van het menu, nu het menu sinds jaar en dag hetzelfde is gebleven. Het hof oordeelt dat de omstandigheid dat het menu nimmer is gewijzigd, niet afdoet aan de bevoegdheid die werknemer mogelijk toekwam.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-12-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7899

Zaaknummer: 200.076.158/01

Rechters: C. Uriot, D.J. van der Kwaak en A.M.A. Verscheure

Advocaten: I.M.C.A. Reinders Folmer en E.R. Bettman

Wetsartikelen: CAO voor het horeca- en aanverwante bedrijf

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Hoger Beroepsonderwijs Haaglanden en Rijnstreek

Ontslag 55-jarige werknemer na bedreiging bedrijfsarts is niet kennelijk onredelijk, ondanks dienstverband van 16 jaar

Vervolg op HR 3 september 2010, AR 2010-692. Werknemer (1949) is in 1988 in dienst getreden bij (de rechtsvoorgangster van) de hogeschool. Werknemer is in 2001 uitgevallen wegens spanningsklachten. In 2002 heeft werknemer zijn werkzaamheden weer hervat. In 2003 is werknemer opnieuw uitgevallen. Nadat de bedrijfsarts geen medische beperkingen meer aanwezig achtte en de WAO-aanvraag niet langer in behandeling werd genomen door het UWV, heeft de hogeschool werknemer weer opgeroepen voor zijn werkzaamheden. Werknemer stelde zich op het standpunt dat hij niet in staat was de werkzaamheden te verrichten. Op 3 september 2004 heeft werknemer de bedrijfsarts bij de keel gegrepen en gedreigd een stoel naar diens hoofd te gooien. Werknemer is diezelfde dag op staande voet ontslagen. Het hof heeft geoordeeld dat geen sprake was van een dringende reden en voorts dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Daarbij is aan werknemer een vergoeding conform de kantonrechtersformule maal 0,7 toegekend (de zogenoemde Haagse formule). De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het hof geen onjuiste maatstaf heeft aangelegd bij de beoordeling van het ontslag op staande voet. Onder verwijzing naar Van de Grijp/Stam en Rutten/Breed heeft de Hoge Raad wel het oordeel inzake kennelijk onredelijk ontslag onjuist geoordeeld en de zaak verwezen naar het Hof Amsterdam.

Het hof oordeelt thans als volgt. Het hof acht het niet onbegrijpelijk dat werknemer zich, door hetgeen zich voorafgaand aan het gesprek met X van 3 september 2004 had afgespeeld tijdens zijn arbeidsongeschiktheid, ten aanzien van zijn gezondheidsklachten onvoldoende serieus genomen voelde – zeker nu hij was uitgenodigd voor een ‘werkhervattingsgesprek’ nadat hij een paar dagen tevoren nog van de arbeidsdeskundige had vernomen dat de hogeschool streefde naar beëindiging van de dienstbetrekking – en dat hij boos was over die gang van zaken. Dat neemt evenwel niet weg dat het bedreigen van en fysiek geweld uiten jegens een bedrijfsarts – een stoel optillen en dreigen die te gooien en de bedrijfsarts bij de stropdas of de keel pakken – met de kennelijke bedoeling diens beslissing over de arbeids(on)geschiktheid

te beïnvloeden ontoelaatbaar gedrag is dat een opzegging van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt. Een bedrijfsarts moet er, zoals het Hof Den Haag ook heeft overwogen in zijn arrest van 14 april 2009 (in r.o. 8), van uit kunnen gaan en erop kunnen vertrouwen van een dergelijke bejegening verschoond te blijven. Hij moet in staat zijn in vrijheid zijn oordeel over de arbeids(on)geschiktheid van de werknemer te vormen. Opzegging van een arbeidsovereenkomst op grond van dergelijk ontoelaatbaar gedrag zonder vergoeding is niet kennelijk onredelijk. Dat is niet anders indien de desbetreffende werknemer ten tijde van de opzegging 55 jaar oud en ruim 16 jaar in dienst was en er op zijn gedrag in het verleden niets aan te merken is geweest, zoals werknemer ter onderbouwing van zijn stelling dat het ontslag wel kennelijk onredelijk was, nog heeft aangevoerd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-12-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7894

Zaaknummer: 200.079.945/01

Rechters: D.J. van der Kwaak, A.M.A. Verscheure en D. Kingma

Advocaten: P.J.L.J. Duijsens en J.H. van Gelderen

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Tristar Air

Geen arbeid, geen loon wegens afkeuring na urine-onderzoek co-piloot Tristar. Benzodiazepine wegens medicijngebruik rechtvaardigt nog geen beroep op artikel 7:629 BW

Werknemer is met Tristar overeengekomen dat hij per 1 september 2008 als co-piloot op oproepbasis werkzaamheden zal verrichten voor Tristar. Overeengekomen was dat werknemer een vaste vergoeding (het loon) zou ontvangen van € 3.300 netto per maand en daarboven USD 100 netto per dag (de dagvergoeding) voor iedere vluchtdag. Werknemer heeft zijn werk als co-piloot per 1 november 2009 niet meer kunnen verrichten, omdat hij door de Egyptische autoriteiten voor dat werk was afgekeurd wegens de aanwezigheid van benzodiazepines in zijn urine. Werknemer heeft vanaf 1 november 2009 geen loon en dagvergoedingen ontvangen. In deze procedure staat de vraag centraal of Tristar op grond van artikel 7:628 BW alsnog gehouden is het loon te betalen.

Het hof oordeelt als volgt. Werknemer heeft aangevoerd dat hem niet bekend was welke medicijnen hij wel of niet mocht gebruiken onder het hem onbekende (Egyptische) keuringsregime. Hij heeft echter ter comparitie in eerste aanleg verklaard dat hij een tranquilizer gebruikte waarmee hij niet kon rijden. Hij heeft in dat licht onvoldoende onderbouwd dat het voor hem niet voorzienbaar was dat hij door gebruik van die medicatie zou worden afgekeurd voor zijn werk als co-piloot. Werknemer heeft daarnaast aangevoerd dat Tristar hem niet of onvoldoende de gelegenheid heeft geboden om zijn gedrag aan te passen. Ook deze stelling heeft werknemer onvoldoende onderbouwd. Tussen de eerste en de tweede keuring zat immers een tijdsverloop van bijna een maand. Werknemer heeft weliswaar erop gewezen dat benzodiazepines langzaam uit het bloed verdwijnen, maar hij heeft niet aangevoerd dat hij in de periode tussen de twee keuringen zijn medicijngebruik heeft verminderd of gestaakt. Het tegendeel lijkt het geval, nu hij ter comparitie heeft verklaard dat bij de tweede keuring dezelfde hoeveelheid benzodiazepines in zijn bloed werd aangetroffen als bij de eerste keuring. Werknemer heeft tevens aangevoerd dat hij pas na de tweede test bekend werd met de herkomst van de benzodiazepines. Wat daar verder van zij, ook deze stelling kan hem niet baten. Hij had immers de gelegenheid een derde keuring te ondergaan,

maar werknemer heeft van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt. Hij heeft onvoldoende aangevoerd om te concluderen dat hij daarvan wegens geldgebrek heeft moeten afzien. Hij heeft immers niet (gemotiveerd) weersproken, zoals Tristar heeft aangevoerd, dat hij de gelegenheid had om zonder of tegen lage kosten naar Egypte te vliegen. Werknemer heeft naast het voorgaande aangevoerd dat de benzodiazepines afkomstig waren van het kalmeringsmiddel diazepam dat hem door zijn tandarts werd voorgeschreven. Voor zover hij daarbij een beroep heeft gedaan op artikel 7:629 lid 1 BW (hij heeft immers gesteld dat hij zijn arbeid niet heeft verricht in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte), heeft het volgende te gelden. Tristar heeft betwist dat werknemer ziek was en medicatie gebruikte in het kader van een geneeskundige behandeling. Werknemer had in verband met die betwisting een verklaring van een deskundige als bedoeld in artikel 7:629a lid 1 BW moeten overleggen. Nu hij dat niet heeft gedaan, kan zijn vordering niet op grond van artikel 7:629 lid 1 worden toegewezen. Werknemer heeft zich bovendien nooit ziek gemeld bij Tristar. Integendeel, hij heeft niet eerder dan in dit hoger beroep aangevoerd dat sprake was van ongeschiktheid voor zijn werk ten gevolge van ziekte.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-12-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7892

Zaaknummer: 200.082.143/01

Rechters: D. Kingma, D.J. van der Kwaak en C. Uriot

Advocaten: H.F. Demper en M.N. Mense

Wetsartikelen: 7:628 BW, 7:629 BW en 7:629a BW

RECHTSPRAAK

**Gate Gourmet Norway AS/Nguyen Thi Ha e.a., EELC
2012/14**

Matiging van de loonvordering op grond van artikel 6:248 BW naar dezelfde maatstaven als die van artikel 7:680a BW. De duur van de procedure noch de mate waarin deze aan werknemer is toe te rekenen – behoudens bijzondere omstandigheden – vormen omstandigheden die de loonvordering rechtvaardigen.

Werknemer was van 8 september 1960 tot 1 januari 2007 in dienst van (rechtsvoorgangers van) Sappi, laatstelijk als administrateur. Vanaf 1975 nam werknemer deel aan de consignatieregeling die onder meer inhield dat hij eens in de vijf weken werd ingeroosterd en verplicht was op zaterdag- en zondagochtend een voortgangsvergadering bij te wonen. De vaste consignatietoeslag voor werknemer bedroeg in 2004 € 250,03 per maand. Daarnaast kreeg werknemer, indien hij daadwerkelijk tijdens een consignatiedienst werd opgeroepen, een (variabele) overwerkvergoeding op uurbasis. De op de arbeidsovereenkomst van werknemer toepasselijke cao bepaalt onder meer dat, ingeval de consignatiedienst door aan schuld van de werknemer te wijten omstandigheden wordt beëindigd, geen compensatie wordt gegeven. Sappi heeft bij brief van 27 december 2004 aan werknemer meegedeeld dat zij diens deelname aan de consignatieregeling per 15 december 2004 met onmiddellijke ingang heeft stopgezet. Aanleiding was de afwezigheid van werknemer bij twee eerdere vergaderingen, alsmede een incident uit het verleden (onjuiste tijdregistratie). Werknemer vordert loon (betaling van de consignatiegelden). Het hof heeft de vordering toewijsbaar geoordeeld, maar de loonvordering aanmerkelijk gematigd op grond van artikel 6:248 BW, omdat werknemer lange tijd geen actie heeft ondernomen. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in cassatie stellende dat het hof een onjuiste maatstaf heeft aangelegd (want niet aangetoond dat sprake is van 'onaanvaardbaarheid') dan wel niet de gepaste terughoudendheid betracht.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Bij de beantwoording van de vraag of daartoe aanleiding bestaat dient de rechter dezelfde maatstaven te hanteren als in de rechtspraak voor de

toepassing van artikel 7:680a BW zijn ontwikkeld. De rechter is derhalve zowel op grond van artikel 6:248 lid 2 BW als op grond van artikel 7:680a BW slechts bevoegd een vordering tot doorbetaling van loon te matigen indien toewijzing in de gegeven omstandigheden tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Daarbij dient hij de terughoudendheid te betrachten die met deze maatstaf strookt en van die terughoudendheid in zijn motivering te doen blijken en dient hij alle bijzonderheden van het geval in aanmerking te nemen bij zijn oordeel omtrent de aanvaardbaarheid van de gevolgen van toewijzing van de vordering tot doorbetaling van loon (vgl. HR 16 april 2010, LJN BL1532, *NJ* 2010, 228, r.o. 3.5, en HR 1 juni 2012, LJN BV7347, *NJ* 2012, 343, r.o. 3.4). Hieruit volgt dat voor de bevoegdheid tot matiging op grond van artikel 6:248 lid 2 BW – evenals voor die tot matiging op grond van artikel 7:680a BW – geldt dat noch de duur van de procedure, noch de mate waarin deze is toe te rekenen aan de werknemer, in beginsel omstandigheden zijn die matiging als hier bedoeld kunnen rechtvaardigen, behoudens uitzonderlijke omstandigheden die geen andere conclusie toelaten dan dat de werknemer de procedure welbewust heeft trachten te rekken en daarmee succes heeft gehad (vgl. HR 13 september 2002, LJN AE4291, *NJ* 2002, 496).

Instantie: Internationaal overig

Datum uitspraak: 22-12-2011

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds Bouwnijverheid/X

Bedrijfstakpensioenfonds was niet verplicht dga's aanbod tot vrijwillige voortzetting van pensioenregeling te doen. Dga in kwestie heeft te laat voor alternatieve regeling gekozen, zodat het pensioenfonds geen schadevergoeding verschuldigd is

X (geboren in 1946) was op 1 januari 2006 statutair directeur en (enig) grootaandeelhouder van W.N. X & Zn B.V. gevestigd te Rotterdam. Deze vennootschap exploiteert een stratenmakersbedrijf. Bpf Bouw is een bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 en de Pensioenwet en is belast met de uitvoering van de pensioenregelingen in de bouw. Dga's waren tot 1 januari 2006 uitgesloten van deelname aan de ouderdomspensioenregeling van Bpf Bouw. Sedert die datum bestaat voor hen de mogelijkheid vrijwillig aan die regeling deel te nemen. Dga's waren tot 1 januari 2006 wel verplicht deel te nemen in de vroegpensioenregeling van Stichting Vroegpensioenfonds voor het UTA-personeel in het Bouwbedrijf (hierna: Vroegpensioenfonds) en in de VUT-regeling van Stichting Vrijwillig Vervroegde Uittreding voor het Uitvoerend, Technisch en Administratief personeel in het Bouwbedrijf (hierna: VUT-stichting). Deze regelingen tezamen gaven de deelnemers de mogelijkheid om op 62-jarige leeftijd op te houden met werken en een vroegpensioenuitkering (waarin begrepen een VUT-uitkering) te krijgen. Deze regelingen zijn met ingang van 1 januari 2006 afgeschaft, waarmee de verplichte deelneming is geëindigd. De gewezen deelnemers, die op dat tijdstip de leeftijd waarop ze voor een VUT-uitkering in aanmerking hadden kunnen komen, nog niet hadden bereikt, verloren hun rechten op die uitkering. Op 31 december 2005 opgebouwde rechten op vroegpensioen vervielen niet, maar verdere opbouw vond vanaf die datum niet meer plaats. Vroegpensioenfonds heeft de bij haar aangesloten dga's, werkzaam in de bouwnijverheid, een brief gedateerd maart 2006 doen toekomen, waarin wordt meegedeeld dat de bestaande vroegpensioen- en VUT-regelingen met ingang van 1 januari 2006 zijn vervallen omdat niet langer op een fiscaal vriendelijke manier vroegpensioen kan worden opgebouwd en dat de ouderdomspensioenregeling van Bpf Bouw zodanig is aangepast dat vervroegd uittreden mogelijk wordt. De dga's wordt in de brief de mogelijkheid geboden vrijwillig deel te nemen in

de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regelingen ('55'- en '55+'-regeling) van Bpf Bouw. De brief vermeldt ook de voorwaarden dat voor beide regelingen premie wordt betaald en dat aanmelding voor deelname aan de regelingen uiterlijk 1 mei 2006 (welke termijn overigens later is verlengd tot 1 augustus 2006) dient plaats te vinden. De centrale vraag is of X (tijdig) een beroep heeft gedaan op de nieuwe regelingen. De kantonrechter heeft geoordeeld dat Bpf Bouw naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid uit de gedragingen van X had mogen afleiden dat hij een vrijwillige voortzetting vanaf 1 januari 2006 wenste.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan de kantonrechter heeft overwogen, ligt in de tussen X en Vroegpensioenfonds in de periode van december 2005 tot en met 13 april 2006 gevoerde correspondentie geen verklaring van X besloten dat hij per 1 januari 2006 vrijwillig wilde deelnemen aan de in de brief van Bpf Bouw van maart 2006 aangeboden regeling. Niet alleen had Bpf Bouw die brief nog niet verzonden op het moment (december 2005) dat X te kennen gaf dat hij eventueel ingaande 1 april 2006 in het genot van een vroegpensioenuitkering gesteld wilde worden, maar bovendien betrof het aanbod in de brief van maart 2006 niet uitsluitend een deelname in een vroegpensioenregeling (zoals het aanbod waarop die correspondentie betrekking had) maar ook deelname in een ouderdomspensioen- en een vroegpensioenregeling, waarbij voor beide regelingen premie betaald zou moeten worden. Nu X uitdrukkelijk betwist dat hij de brief van maart 2006 heeft ontvangen, zal moeten worden onderzocht of Bpf Bouwgehouden is X alsnog toe te laten als vrijwillig deelnemer in de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regelingen van Bpf Bouw uitgaande van de situatie dat die brief hem destijds inderdaad niet heeft bereikt. De door Bpf Bouw in die brief aangeboden pensioenregeling was niet een (vrijwillige) voortzetting van de vroegpensioen- en VUT-regelingen waaraan X tot 1 januari 2006 verplicht deelnam. Die regelingen, die niet door Bpf Bouw maar door de VUT-Stichting en Vroegpensioenfonds werden uitgevoerd en waarvoor ook aan deze stichtingen premie verschuldigd was, voorzagen immers, anders dan de door Bpf Bouw aangeboden regeling, niet in een ouderdomspensioen en aanvullende (vroegpensioen)regelingen maar slechts in een vroegpensioen (waarin begrepen een VUT-uitkering) eindigende met het bereiken van de 65-jarige leeftijd. De dga's waren verplicht aan de oude (VUT- en vroegpensioen-)regelingen deel te nemen. Voor die deelneming was dus geen overeenkomst tussen de dga en de aanbieders van die regelingen noodzakelijk en de (verplichte) deelname eindigde met het einde van de verplichte deelname op 1 januari 2006 zonder dat opzegging vereist was. Bpf Bouw was daarom niet verplicht een aanbod als gedaan in de brief van maart 2006 aan de dga's te doen. Omdat Bpf Bouw niet verplicht was X het deelnemerschap in de nieuwe (vroeg)pensioenregelingen aan te bieden, behoefde zij de dga's niet te verplichten uitsluitel te geven van hun keuze wel of niet deel te nemen, was zij ook gerechtigd een termijn te stellen voor het aanvaarden van het (onverplichte) aanbod in de brief van maart 2006 en behoefde zij acceptatie van het aanbod na afloop van die termijn niet

te accepteren.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-12-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7929

Zaaknummer: 200.039.554/01

Rechters: D. Kingma, R.J.M. Smit en A.M.A. Verscheure

Advocaten: E. Lutjens en A. van Hees

Wetsartikelen: 6:248 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Pantar Amsterdam

Functie-indeling WSW-werkgever niet onredelijk, ondanks (tot tweemaal toe) andersluidend advies van de bezwarencommissie functiewaardering. Binnen de grenzen van de cao komt de werkgever beoordelingsvrijheid toe

Werknemer is sinds 1 januari 1996 werkzaam bij Pantar op basis van een indicatie als bedoeld in artikel 1 van de Wet op de sociale werkvoorziening (WSW). De CAO voor de sociale werkvoorziening (hierna: de cao) is van toepassing op de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en Pantar. De functie van werknemer is chauffeur trekker/oplegger. Deze functie is blijkens een functieomschrijving van 18 april 1997 ingedeeld in loongroep D2. Artikel 25 (thans artikel 23) van de cao bepaalt dat de indeling van functies naar loonschalen plaatsvindt aan de hand van het systeem van functiewaardering als opgenomen in bijlage 2 bij de cao. In bijlage 2 is het functiewaarderingssysteem, ook wel het FC/SW-systeem genoemd, beschreven. Het betreft een puntensysteem, waarbij onder meer in de categorie arbeidsomstandigheden punten worden toegekend aan de aspecten 'atmosfeer' en 'persoonlijk risico'. Bij een puntentotaal van 245 tot en met 279 volgt indeling in loonschaal D2, boven een totaal van 280 punten volgt indeling in loonschaal E. De functie van werknemer is, op zijn verzoek, in mei 2007 opnieuw beschreven en gewaardeerd. Daarbij is aan het aspect 'atmosfeer' 15 punten toegekend en aan het aspect 'persoonlijk risico' 5 punten. Het puntentotaal kwam daarmee op 270, zodat de indeling van de functie ongewijzigd bleef. De bezwarencommissie heeft geoordeeld dat deze punten anders gewaardeerd hadden moeten worden en adviseert een totaalscore van 285 punten. Werknemer heeft gevorderd dat hij in functie E zou worden ingeschaald. De kantonrechter heeft de vordering afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Voorop staat dat de werkgever, als degene die de functie-indeling verricht, binnen de grenzen van het toepasselijke functiewaarderingssysteem een zekere beoordelingsvrijheid heeft. De rechter heeft derhalve slechts te beoordelen of de werkgever binnen deze grenzen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Het geschil is in dit verband beperkt tot het aantal toe te kennen punten op de aspecten 'atmosfeer' en 'persoonlijk risico'. Naar het oordeel van het hof heeft Pantar de grenzen van het redelijke niet

overschreden. Dat de bezwarencommissie, ingesteld door de cao-partijen, heeft geadviseerd tot een andere puntentoekenning dan door Pantar is gehanteerd, maakt echter nog niet dat Pantar niet in redelijkheid tot haar oordeel heeft kunnen komen. Uit de stukken blijkt voorts dat Pantar heeft gemotiveerd waarom zij van dat advies is afgeweken. De bezwarencommissie heeft Pantar bij brief van 9 april 2008 nogmaals laten weten dat zij meent dat het besluit niet op goede gronden is genomen. Wat er verder zij van de betekenis van die brief, hiervoor is reeds overwogen dat Pantar niet buiten de grenzen van het functiewaarderingssysteem is getreden en in redelijkheid tot haar oordeel heeft kunnen komen. De inhoud van genoemde brief maakt dat niet anders. De brief van 30 september 2008 van het Technisch Overleg Sociale Werkvoorziening (TOSW), een interpretatiecommissie van de cao-partijen, noopt evenmin tot een ander oordeel. Daarin wordt immers slechts meegedeeld, voor zover van belang, dat het TOSW van oordeel is dat uit de cao-tekst blijkt dat alleen het FC/SW-systeem moet worden toegepast bij de functiewaardering.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-12-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7873

Zaaknummer: 200.075.365/01

Rechters: S.F. Schütz, D.J. van der Kwaak en D. Kingma

Advocaten: A. Simsek en J. van Hulst

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Mama Maria c.s.

Ondertekening ontslagbrief leidt niet tot einde arbeidsovereenkomst wegens ontbreken wil werknemer. Flexwerker met o-urencontract heeft recht op loon ex artikel 7:629 BW over representatieve periode

Werknemer (52 jaar) is op 9 april 2009 als medewerker bediening in dienst getreden bij Mama Maria. Mama Maria exploiteert een restaurant. Het betrof een zogenoemd o-urencontract voor de bepaalde tijd van zes maanden, derhalve eindigende op 8 oktober 2009. In de arbeidsovereenkomst is vermeld dat het brutoloon van werknemer € 8,39 per uur bedraagt. Op de arbeidsovereenkomst was de CAO voor het horeca- en aanverwante bedrijf van toepassing verklaard (hierna: de cao). Op 10 mei 2009 is werknemer arbeidsongeschikt geworden ten gevolge van hartklachten. Hij heeft bij brief van 12 mei 2009 bevestigd dat hij zich die dag telefonisch heeft ziek gemeld. Sedertdien heeft werknemer niet meer voor Mama Maria gewerkt. Werknemer heeft vanaf die periode geen loon meer ontvangen. Hij vordert zowel nakoming van het (hogere) cao-loon alsook uitbetaling van loon tijdens ziekte. Volgens Mama Maria heeft werknemer zelf ontslag genomen. Daartoe heeft Mama Maria twee documenten overgelegd alwaar werknemers handtekening onder staat. Werknemer betwist niet dat de handtekeningen van hem zijn, maar stelt zich op het standpunt in de veronderstelling te verkeren dat hij een arbeidsovereenkomst tekende (en niet een ontslagbrief). Hij spreekt de Nederlandse taal niet goed en partijen voerden op de werkvloer de Engelse taal.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan Mama Maria heeft betoogd is de schriftelijke verklaring van werknemer, zoals die in de ontslagbrief is neergelegd, niet voldoende voor het door haar te leveren bewijs. Van belang zijn immers de omstandigheden waaronder de brief is ondertekend en daarvan blijkt uit de brief zelf niet. Het hof neemt bovendien in aanmerking dat de brief niet door werknemer maar door Mama Maria is opgesteld. Het is aan Mama Maria te bewijzen dat werknemer haar op 9 mei 2009 te kennen heeft gegeven dat hij ontslag wilde nemen en dat zij hem de ontslagbrief heeft laten tekenen nadat zij zich er voldoende van had vergewist dat werknemer werkelijk ontslag wilde nemen. Naar het oordeel van het hof is Mama Maria niet geslaagd in dit bewijs. Nu de arbeidsovereenkomst na 9 mei 2009 heeft

voortgeduurd, komt de vraag aan de orde of werknemer aanspraak heeft op loon over de periode dat de arbeidsovereenkomst na die datum heeft voortgeduurd, zoals hij met een beroep op artikel 7:629 BW vordert. Mama Maria betwist niet dat werknemer op 10 mei 2009 arbeidsongeschikt is geworden en stelt evenmin dat die ziekte niet tot en met (in ieder geval) 8 oktober 2009 heeft voortgeduurd. Zij voert aan dat er sprake was van een o-urencontract en dat zij niet van plan was werknemer na 9 mei 2009 nog in te roosteren. Het rechtsvermoeden van artikel 7:610b BW en het bepaalde in artikel 19 lid 2 sub c van de cao kunnen werknemer niet helpen omdat de arbeidsovereenkomst tussen partijen nog geen drie maanden heeft geduurd. Een flexwerker heeft pas recht op doorbetaling van loon tijdens ziekte als de arbeidsovereenkomst ten minste drie maanden heeft geduurd, aldus Mama Maria. Het hof leest evenwel een dergelijke beperking niet in artikel 19 lid 2 sub c cao. Bij de bepaling van de hoogte van het aan de werknemer toekomende loon moet dan worden uitgegaan van het gemiddeld aantal gewerkte uren per week in de periode dat wel is gewerkt tenzij werkgever of werknemer gemotiveerd aangeeft dat het in die periode gewerkte aantal uren niet representatief is. Volgt vernietiging van het vonnis van de kantonrechter en toewijzing vordering werknemer.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-12-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7878

Zaaknummer: 200.087.056/01

Rechters: S.F. Schütz, A.M.A. Verscheure en R.J.M. Smit

Advocaten: M.A.C. Vijn en D. van der Klomp

Wetsartikelen: CAO voor het horeca- en aanverwante bedrijf, 7:629 BW, 3:44 BW en 3:35 BW

RECHTSPRAAK

Hago Nederland B.V.

Overgang van onderneming. Hago heeft wezenlijk deel van het personeel qua aard en deskundigheid overgenomen (34 uit 36 werknemers) bij contractwisseling schoonmaakproject

Hago heeft de schoonmaakactiviteiten van VSP overgenomen op de locatie VU Amsterdam. Naast VSP verrichtte ook X schoonmaakwerkzaamheden. X doet dat thans nog steeds. De centrale vraag is of sprake is van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. Volgens Hago is dat niet het geval omdat hij niet alle werknemers heeft overgenomen en op een andere wijze schoonmaakt.

Het hof oordeelt als volgt. Voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een overgang van onderneming in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW is van belang of er sprake is geweest van de overgang van een georganiseerd economisch verband. Daarbij is het bij een overgang van onderneming in een sector als de schoonmaakbranche, waar een eenheid werknemers zonder specifieke materiële of immateriële activa van betekenis kan functioneren, met name van belang of de overnemende onderneming de activiteiten van de overgenomen onderneming voortzet en of daarbij gebruik wordt gemaakt van een qua aard en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel dat haar voorganger voor die activiteiten had ingezet. Het feit dat de overnemende onderneming bij die schoonmaakactiviteiten mogelijk geen gebruik maakt van dezelfde machines, schoonmaakmiddelen, werklijsten en schema's als de overgenomen onderneming en andere schoonmaakmethodes hanteert is, anders dan Hago stelt, in beginsel niet relevant omdat die activa bij het verrichten van schoonmaakwerkzaamheden niet van wezenlijk belang zijn. Als er een georganiseerde groep werknemers, die bij de oude werkgever tezamen op een schoonmaakproject waren ingezet, overgaat, is er sprake van een overgang van onderneming ook als zij op een andere wijze en met andere schoonmaakmiddelen en machines hun werkzaamheden verrichten dan zij plachten te doen. Van de 36 op de lijst voorkomende werknemers van VSP heeft Hago er 34 overgenomen per 1 juni 2009. Slechts twee werknemers, waaronder werknemer in kwestie, zijn volgens die lijst 'in dienst gebleven bij oude werkgever'. Hago heeft dus een wezenlijk deel van het personeel van VSP overgenomen. Onder de overgenomen werknemers zijn ook alle vier werknemers die een

andere functie dan ‘schoonmaker’ hadden (‘voorman’ of ‘specialist’). Ook qua aard en deskundigheid maakte het overgenomen personeel derhalve een wezenlijk deel uit van het personeel van VSP dat op het object VU werkzaam was. Er is derhalve sprake van een overgang ex artikel 7:662 BW.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-11-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7855

Zaaknummer: 200.069.200/01

Rechters: C. Uriot, R.J.M. Smit en A.M.A. Verscheure

Advocaten: R.M. Dessaur en M.J. Klinkert

Wetsartikelen: 7:662 BW en 7:663 BW

RECHTSPRAAK

McDonalds te Hoorn/werkneemster

Ontslagname werkneemster niet rechtsgeldig. Misbruik van omstandigheden werkgever, door werkneemster met ernstig psychisch lijden een ontslagbrief voor te houden op het moment dat vader van werkneemster het gesprek heeft verlaten

Werkgever exploiteert een McDonald's hamburgerrestaurant. Werkneemster is op 28 januari 2009 bij werkgever in dienst getreden voor bepaalde tijd (zes maanden). Het contract is eenmaal verlengd. Werkneemster heeft een poging tot zelfdoding ondernomen. Zij is daarna van 15 tot 24 juli 2009 en van 4 tot en met 10 augustus 2009 opgenomen geweest in het GGZ-centrum West-Friesland. In de tussen de opnames liggende periode heeft zij op 29 juli en een gedeelte van 30 juli 2009 op arbeidstherapeutische basis werkzaamheden voor werkgever verricht. De centrale vraag is of werkneemster zelf ontslag heeft genomen per 3 september 2009. Werkgever heeft een door werkneemster ondertekend mutatieformulier waaruit ontslagname blijkt.

Het hof oordeelt als volgt. Op goede gronden die het hof overneemt en tot de zijne maakt heeft de kantonrechter in het bestreden vonnis van 15 november 2010 beslist dat werkgever werkneemster niet aan de ontslagname op 3 september 2009 kan houden. Nu die verklaring is afgelegd door een pas 18-jarige en dus onervaren werkneemster die – naar werkgever bekend was – nog kort tevoren wegens ernstig psychisch lijden opgenomen was geweest en in verband met haar ziekte medicijnen gebruikte, heeft werkgever misbruik van omstandigheden gemaakt door werkneemster de desbetreffende verklaring te laten tekenen. Zulks geldt temeer nu die ondertekening heeft plaatsgevonden op een moment dat de vader van werkneemster, die zijn dochter bij het gesprek op 3 september 2009 over haar werkhervatting na ziekte bijstond, het gesprek had verlaten. Werkneemster heeft derhalve op goede gronden de nietigheid van haar ontslagname ingeroepen. De loonvordering over de periode 3 september 2009 tot en met 27 januari 2010 is dus in beginsel toewijsbaar.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-11-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7747

Zaaknummer: 200.079.391/01

Rechters: A.M.A. Verscheure, D.J. van der Kwaak en R.M. Beltzer

Advocaten: E. van der Hoeden en M. der Strijbis-van Raaij

Wetsartikelen: 3:44 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Cargill

Geschil over netto-ontslagvergoeding. Werkgever heeft ten onrechte, althans te veel, zogenoemde ‘hypotax’ op beëindigingsvergoeding ingehouden

Het geschil tussen partijen betreft het antwoord op de vraag of Cargill door betaling van een bedrag van € 73.015 netto heeft voldaan aan haar verplichting aan werknemer ten titel van beëindigingsvergoeding een bedrag van € 136.915 bruto te betalen, welke verplichting voor haar voortvloeide uit de op 10 maart 2008 tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst. Wat partijen verdeeld houdt, is het antwoord op de vraag of de zogenoemde ‘hypotax’ van toepassing is. Naar het oordeel van het hof is dit niet het geval, nu vaststaat dat het bedrag volledig in Roemenië belast zal zijn. Werknemer heeft derhalve recht op € 34.518 netto wegens ten onrechte en te veel ingehouden tax.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 01-11-2011

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2011:BX7682

Zaaknummer: 200.051.870/01

Rechters: A.M.A. Verscheure, C. Uriot en R.J.M. Smit

Advocaten: W.H. van Baren en M.A. de Jager

Wetsartikelen: Hypotax-regeling

RECHTSPRAAK

EELC 2012/15 (Ferrotron/Klarenberg)

Vervolg Klarenberg/Ferrotron. Klarenberg niet mee over, omdat voor de overgang geen sprake was van een zelfstandige economische activiteit. EELC 2012/15

Deze uitspraak is een vervolg op de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) in de zaak Klarenberg (12 februari 2009, zaak C-466/07, JAR 2009/92 en AR 2009-0161). Zij betreft een vordering ingesteld door de heer Klarenberg, die hoofd was van een afdeling van ET Electrotechnology GmbH ('ET'). Eind 2005 verkocht ET de octrooien, merken, know-how, software, leveranciers- en klantenlijsten, ontwikkelingshardware en inventaris van het productiemateriaal met betrekking tot zes door de afdeling van Klarenberg ontwikkelde meet- en regelproducten aan de firma Ferrotron en haar Amerikaanse moedermaatschappij. Bij die gelegenheid traden vier van de 13 werknemers van Klarenbergs afdeling, te weten de tweede man en drie technici, in dienst van Ferrotron. Klarenberg stelde dat de transactie moest worden aangemerkt als overgang van een onderneming(sonderdeel) en dat ook hij een werknemer van Ferrotron was geworden. Zijn vordering tegen Ferrotron werd in eerste instantie afgewezen, maar in hoger beroep stelde het betrokken *Landesarbeitsgericht* een prejudiciële vraag, die het HvJ EG als volgt beantwoordde: 'Artikel 1, lid 1, sub a en b van richtlijn 2001/23 [...] dient aldus te worden uitgelegd dat deze richtlijn eveneens kan worden toegepast in een situatie waarin het overgedragen onderdeel [...] niet als organisatorische eenheid blijft bestaan op voorwaarde dat de functionele band tussen de verschillende overgegangene productiefactoren wordt gehandhaafd en deze de verkrijger de mogelijkheid biedt om deze productie-factoren te gebruiken om dezelfde of een soortgelijke economische activiteit voort te zetten [...].' Aan de hand van dit antwoord wees het *Landesarbeitsgericht* de vordering van Klarenberg toe. Ferrotron stelde beroep in bij het *Bundesarbeitsgericht* (BAG), die de aangevallen uitspraak vernietigde op de grond dat er vóór de verkooptransactie, dus bij ET, niet één afdeling was die zich bij uitsluiting met de verkochte activiteiten en activa bezighield. Er was ook geen groep van werknemers die hierbij was betrokken, de vier door Ferrotron overgenomen werknemers hadden zich namelijk ook met de ontwikkeling van andere producten beziggehouden. Of Ferrotron wel of niet de betrokken activiteiten en producten als één economische eenheid bij elkaar bracht is niet

relevant, aldus het BAG. Aan die vraag komt men immers niet toe nu er vóór de transactie bij ET geen als zodanig herkenbare economische activiteit was.

Instantie: Internationaal overig

Datum uitspraak: 13-10-2011

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Noord-Nederlands Orkest

Geschil over de vraag of 2e concertmeester overeenkomstig de functie van 1e concertmeester betaald dient te worden. Verjaring. Nieuwe berekening loonvordering

In geschil is of werknemer overeenkomstig de functie van 1e concertmeester betaald dient te worden (zie AR 2012-0845). Werknemer is van mening dat hij recht heeft op meer dan € 28.000 bruto die inmiddels door NNO is uitbetaald. NNO stelt dat de vordering van werknemer is verjaard.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Bij brief van 6 december 2001 is de verjaring door werknemer gestuit. Dit betekent dat de salarismvordering van werknemer is verjaard tot en met de salarismaand november 1996. Vastgesteld wordt dat gedurende de seizoenen 1997/1998 en 1998/1999, en in de periode van 1 maart 2000 tot en met 28 februari 2003 werknemer feitelijk is opgetreden als plaatsvervangend 1e concertmeester. Van deze laatste periode valt af het deel vanaf 1 januari 2002 tot en met 28 februari 2003, omdat over die periode door NNO een salaris is betaald behorend bij de functie van plaatsvervangend 1e concertmeester. Voor de perioden van 23 oktober 1996 tot en met 1 september 1997 en 1 september 1999 tot en met 28 februari 2003 komt werknemer een extra beloning toe voor alle dagen die hij heeft gewerkt als 1e concertmeester. Daarbij dienen per project ook twee voorbereidingsdagen te worden vergoed. De hoogte van de extra beloning wordt bepaald door het aantal dagen te vermenigvuldigen met het verschil tussen het dagloon van werknemer en dat van de 1e concertmeester. Werknemer wordt opgedragen opnieuw een berekening te overleggen. De kantonrechter overweegt nu al dat wanneer werknemer opnieuw meent volstrekt voorbij te moeten gaan aan de tot op heden door de kantonrechter genomen beslissingen, zoals hij heeft gedaan in zijn akte met producties van 10 april 2008, dat door de kantonrechter zal worden opgevat als het niet voldoen aan de stelplicht. Alle verdere beslissingen, waaronder die over de vakantiedagen, worden aangehouden.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 04-12-2008

ECLI: ECLI:NL:RBGRO:2008:BX7543

Zaaknummer: 228819 CV EXPL 04-5892

Rechters: R.Tj. Terpstra

Advocaten: M.J. Gerrits en M. Dijsselhof

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Noord-Nederlands Orkest

Geschil over de vraag of 2e concertmeester overeenkomstig de functie van 1e concertmeester betaald dient te worden. Comparitie

In geschil is of werknemer overeenkomstig de functie van 1e concertmeester betaald dient te worden (zie AR 2012-0845). Afgesproken is dat een lijst wordt opgesteld waarop wordt vermeld wanneer werknemer op de stoel in de kop van het orkest heeft gezeten gedurende zijn dienstverband met NNO. Partijen hebben geen eenduidige lijst aangeleverd. De kantonrechter zal opnieuw een comparitie van partijen gelasten en wil uitleg over beide lijsten, vooral over de verschillen en overeenkomsten. De kantonrechter wil verder van beide partijen vernemen op welke wijze duidelijkheid verkregen zou kunnen worden over de dagen waarover partijen van mening (blijven) verschillen. Volgt aanhouding van de zaak.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 28-06-2007

ECLI: ECLI:NL:RBGRO:2007:BX7534

Zaaknummer: 228819/CV EXPL 04-5892

Rechters: R.Tj. Terpstra

Advocaten: M.J. Gerrits en M. Dijsselhof

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Noord-Nederlands Orkest

Vordering tot betaling extra salaris op grond van CAO Nederlandse Orkesten. 2e concertmeester verricht werkzaamheden als 1e concertmeester, maar krijgt niet overeenkomstig de functie van 1e concertmeester betaald

Werknemer is in 1991 in dienst getreden van het Noord-Nederlands orkest (NNO) als 2e concertmeester. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Nederlandse Orkesten van toepassing. In 2004 is de arbeidsovereenkomst ontbonden. Werknemer stelt dat hij in de periode vanaf 26 augustus 1991 tot medio 2002 met enige regelmaat een hogere functie (die van 1e concertmeester) heeft waargenomen terwijl hij daarvoor niet, althans niet tijdig, extra salaris heeft betaald gekregen overeenkomstig artikel 6 van de cao. Partijen zijn overeengekomen dat NNO geen beroep op verjaring zal doen. In de periode 29 september 2003 tot en met 19 november 2003 is werknemer arbeidsongeschikt geweest en heeft NNO hem ten onrechte geen salaris betaald.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het feit dat werknemer op de tweede stoel in het blok van de violisten heeft gezeten wanneer de normaal op die stoel zittende 1e concertmeester afwezig was, doet voor werknemer in beginsel niet een functie ontstaan van plaatsvervangend 1e concertmeester. Die functie is voor het eerst in de cao van 1 april 2002 tot en met 31 maart 2003 ingevoerd en NNO heeft voor het eerst per 1 maart 2003 een plaatsvervangend 1e concertmeester aangenomen. De vraag is of werknemer ervan uit heeft mogen gaan dat een van de twee 1e concertmeesters in feite aangemerkt diende te worden als plaatsvervangend 1e concertmeester. De kantonrechter beantwoordt die vraag bevestigend. Het is aannemelijk dat er geen formele functie van plaatsvervangend 1e concertmeester heeft bestaan enkel en alleen omdat er twee 1e concertmeesters waren. Als werknemer met enige voortdurende regelmatig op de stoel van de 1e concertmeester heeft gezeten, omdat de 1e concertmeester wegens ziekte afwezig was, kan het zijn dat werknemer recht heeft op salarisverhoging. Partijen krijgen de mogelijkheid zich bij akte uit te laten over de duur van de feitelijke afwezigheid van de 1e concertmeester en de in die periode door werknemer bezette stoel en functie. Voorts dienen partijen zich uit te laten over de omvang van de salarisverhoging en over het aantal keren dat

werknemer werkzaam is geweest in de functie van 1e concertmeester. Voor wat betreft het niet werken in de periode van 29 september 2003 tot 19 november 2003 wordt geoordeeld dat NNO terecht de hoofdregel heeft toegepast dat er geen salaris wordt uitgekeerd wanneer er niet wordt gewerkt. Door de arboarts en na een second opinion is vastgesteld dat werknemer niet ziek was. Volgt aanhouding van de zaak.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 29-09-2005

ECLI: ECLI:NL:RBGRO:2005:BX7527

Zaaknummer: 228819 CV EXPL 04-5892

Rechters: R.Tj. Terpstra

Advocaten: M.J. Gerrits en M. Dijsselhof

Wetsartikelen: 7:628 BW en 7:629 BW