

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 36, 2013

Nummer 36, 2013

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:2013:CA0566 06-09-2013

Stichting Koraal Groep/werknemer

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2013:CA0566 06-09-2013

Stichting Energieonderzoek Centrum Nederland/Vereniging van oud-medewerkers ECN (OMEN)

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2013:3908 27-08-2013

Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor het Beroepsvervoer over de weg/YTC Cabs en Coaches

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:6013 13-08-2013

Aro Winterswijk/werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2515 13-08-2013

werkgever/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:5856 06-08-2013

werknemer/ProRail B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2013:2346 23-07-2013

werkgever/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:5392 23-07-2013

Stichting Domijn/erfgenamen van werknemer

Rechtbank

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:5296 03-09-2013

werkneemster/TSN Groningen Holding B.V.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2013:2824 23-08-2013

werkneemster/werkgeefster

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2013:2826 23-08-2013

X/OR X

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2013:3394 26-06-2013

werknemer/werkgever

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:3797 25-06-2013

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:3669 18-06-2013

stichting Zorggroep Groningen/werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2013:3479 04-06-2013

Oost-Groninger Betonmortel Centrale B.V./werknemer

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBSHE:2012:7591 01-11-2012

werknemer/Stichting Palet

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2005:4570 28-08-2005

werknemster/Stichting Koninklijke VISIO, Landelijke Stichting Slechtzienden en Blinden

Annotatie

Vaststellen dat de ketenregeling geen effect sorteert, sorteert geen effect

A.R. Houweling

RECHTSPRAAK

Stichting Koraal Groep/werknemer

Opvolgend werkgever die per abuis vermeldt dat ook hij de kosten van juridische bijstand voor werknemer van vervreemder zal vergoeden, doet daarmee een toezegging

Werknemer was van 1 mei 2002 tot 1 januari 2008 als financieel directeur werkzaam voor Stichting Zwerfjongeren Limburg (hierna: SZL). Per 1 januari 2008 is werknemer met wederzijds goedvinden uit dienst getreden. In een niet gedateerde vaststellingsovereenkomst zijn in december 2007 afspraken over de beëindiging van de dienstbetrekking vastgelegd. Daarin is onder meer bepaald dat SZL de kosten voor juridische bijstand van werknemer zou vergoeden. Bij brief van 18 december 2007 heeft Koraal Groep de definitieve tekst van de vaststellingsovereenkomst aan werknemer toegezonden. Daarin bevestigt zij de afspraak inzake de vergoeding van kosten juridische bijstand door SZL dan wel Koraal Groep. Koraal Groep heeft vervolgens een aantal facturen vergoed. De nota van 30 juni 2009 ad € 29.388,99 is onbetaald gebleven. Koraal Groep stelt zich op het standpunt dat de vaststellingsovereenkomst enkel verplichtingen tussen werknemer en SZL in het leven roept en dat de brief van 18 december 2007 per abuis van de gedachte is uitgegaan dat sprake zou zijn van overgang van onderneming. Nu dat niet het geval is ontbreekt de rechtsgrond, aldus Koraal Groep. Voorts zouden de kosten bedoeld in die brief enkel zien op procedures in het kader van het einde van de arbeidsovereenkomst en niet (ook) kosten verbonden aan het strafrechtelijke onderzoek naar werknemer.

Het hof oordeelt als volgt. Zo al mag worden aangenomen dat in de vaststellingsovereenkomst onder punt 10 uitsluitend sprake is van een toezegging om de kosten te vergoeden van juridische bijstand verbonden aan de totstandkoming van deze overeenkomst en niet van de kosten van juridische bijstand in de strafzaak van werknemer, dan geldt naar het oordeel van het hof dat in de brief van 18 december 2007 afkomstig van de manager Sociale Zaken van Koraal Groep een onvoorwaardelijke toezegging is te lezen dat deze kosten zullen worden vergoed door SZL dan wel Koraal Groep. Het beroep van Koraal Groep op een 'misverstand' aan de zijde van Koraal Groep, zodat zij niet gebonden is te achten, is mede gelet op de woordkeus in deze brief onbegrijpelijk, zoal niet ongeloofwaardig. Het moge zo zijn dat de

schrijver van de brief (een juriste die ook bij de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst was betrokken zoals bij pleidooi is gebleken) van de (volgens Koraal Groep) onjuiste veronderstelling is uitgegaan dat een bestuurlijke fusie tussen Koraal Groep enerzijds en SZL anderzijds tevens een overneming van SZL door Koraal Groep behelsde, duidelijk is ook dat dit 'misverstand' in de boezem van Koraal Groep in beginsel niet voor rekening en risico komt van werknemer. Een verschrijving is het zeker niet gelet ook op de redactie van de bij die brief tevens aangeboden vaststellingsovereenkomst, waarin diezelfde opvatting over de positie van Koraal Groep is neergelegd. Koraal Groep heeft ook geen feiten en omstandigheden aangevoerd die zouden kunnen rechtvaardigen dat werknemer geen beroep toekomt op deze toezegging en die daarom ingevolge artikel 3:35 BW Koraal Groep bindt.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-09-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:CA0566

Zaaknummer: 12/00490

Rechters: E.J. Numann, A.M.J. van Buchem-Spapens, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp en G. Snijders

Advocaten: R.A.A. Duk en H.J.W. Alt

Wetsartikelen: 3:13 BW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Energieonderzoek Centrum Nederland/Vereniging van oud-medewerkers ECN (OMEN)

Werkgever is bevoegd pensioenregeling eenzijdig te wijzigen (voor inwerkingtreding Pensioenwet). Wijzigingsbeding in pensioenovereenkomst tussen werknemer en werkgever blijft doorwerken ook na einde arbeidsovereenkomst

ECN had tot 1 januari 2007 de pensioenregeling van zijn werknemers ondergebracht bij Centraal Beheer Achmea. Tot 1 januari 1990 kende artikel 9 van het destijds toepasselijke pensioenreglement 1964 een door de verzekeraar gegarandeerde vaste indexering van 3% per jaar waarvoor een reserve werd aangehouden. Artikel 11 lid 5 respectievelijk lid 6 van pensioenreglementen 1990 respectievelijk 1999 houdt een premiebetalingsvoorbehoud in voor het geval van 'een zodanig ingrijpende wijziging van de financiële omstandigheden waarin de werkgever verkeert dat (ongewijzigde) continuering van de pensioenregeling niet langer mogelijk is'. Artikel 18 van de pensioenreglementen 1990 en 1999 bevat het volgende wijzigingsbeding: '1. De in dit pensioenreglement omschreven pensioenregeling kan door de werkgever worden gewijzigd of ingetrokken na overleg met de betrokken werknemers. Met name kan hiervan gebruik worden gemaakt indien: (...) 2. Bij wijziging of intrekking van de pensioenregeling blijven de ten tijde van de wijziging of intrekking op grond van gedane pensioenstortingen reeds verkregen rechten op pensioen en premievrije aanspraken gehandhaafd.' Artikel 20 van het pensioenreglement 1964 bevat een vergelijkbaar wijzigingsbeding. Met ingang van 1 januari 1998 heeft ECN een gesepareerd beleggingsdepot gevormd waarin een gedeelte van de pensioenreserve is ondergebracht. Dit beleggingsdepot is in 2002 geliquideerd wegens grote verliezen. Met ingang van 1 januari 2003 heeft ECN het toekennen van toeslagen op pensioenaanspraken/rechten gestaakt. OMEN heeft in deze procedure een verklaring voor recht gevorderd dat ECN niet bevoegd was de pensioenreglementen eenzijdig te wijzigen voor de oud-medewerkers die op 1 januari 2007 (op deze datum zijn pensioenen overgedragen aan ABP) niet meer in dienst waren. Het hof heeft geoordeeld dat ECN onvoldoende zwaarwichtig belang had de opgebouwde rechten tot 1 januari 2007 niet te indexeren. ECN stelt zich – in het principale cassatieberoep – op het

standpunt dat het hof een verkeerde beoordelingsmaatstaf heeft aangelegd. OMEN stelt zich in het incidentele cassatieberoep op het standpunt dat de wijzigingsbevoegdheid inmiddels is uitgewerkt, nu de arbeidsovereenkomsten tussen OMEN en ECN is geëindigd.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De op 26 december 2006 geldende Pensioen- en Spaarfondsenwet voorzag niet in een beoordelingsmaatstaf als die van artikel 19 Pw, noch in enige andere maatstaf voor de beoordeling van een eenzijdige wijziging in pensioenreglementen. Voor zover de pensioenreglementen ECN de bevoegdheid tot wijziging gaven, betekent dit dat het gebruikmaken van die bevoegdheid in beginsel geoorloofd was en dus niet dat die geoorloofdheid afhankelijk was van een belangenafweging als die van artikel 19 Pw. Hiervan uitgaande werd de uitoefening van deze bevoegdheid slechts beperkt voor zover ECN van die bevoegdheid misbruik maakte (art. 3:13 BW) of uitoefening van die bevoegdheid in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Nu het hof voorts onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de financieringsrichtlijnen voor ECN, komt de cassatieklacht juist voor.

Wat het incidentele beroep betreft, oordeelt het hof als volgt. Indien sprake is van pensioenaanspraken, brengt het einde van de arbeidsovereenkomst nog niet mee dat de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen als 'uitgewerkt' moet worden aangemerkt. In dat geval wordt die rechtsverhouding, zij het met gewijzigde hoedanigheid van de partijen, voortgezet in de pensioenovereenkomst. Nu het in dit geding erom gaat wat in de aldus voortgezette rechtsverhouding geldt, valt niet in te zien waarom de enkele omstandigheid dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd, zou moeten meebrengen dat de aanspraak op indexatie in de pensioenfase onaantastbaar zou zijn. Of – en zo ja, in hoeverre – die aanspraak kan worden aangetast, is afhankelijk van de wet en de regels die de uitvoering van de pensioenovereenkomst beheersen en van de inhoud van die overeenkomst. OMEN klaagt verder over het oordeel van het hof dat artikel 18 lid 1 van de pensioenreglementen 1990 en 1999 zich niet ertegen verzet dat die reglementen ten opzichte van voormalige werknemers worden gewijzigd. Volgens het onderdeel volgt uit de omstandigheid dat beide pensioenreglementen naar hun tekst kunnen worden gewijzigd 'door de werkgever' en 'na overleg met de betrokken werknemers' dat een zodanige wijziging alleen de zittende werknemers kan betreffen. Het onderdeel faalt in zoverre. De desbetreffende artikelen bepalen naar hun tekst niet dat de pensioenreglementen niet ten opzichte van ex-werknemers kunnen worden gewijzigd, en ook bij een uitleg volgens de in het middel genoemde cao-norm behoefde het enkele feit dat in die artikelen ECN wordt vermeld als 'de werkgever' en wordt gesproken van (overleg met) 'werknemers' het hof niet ervan te weerhouden de wijzigingsbevoegdheid mede te betrekken op de – uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende – verhouding tussen ECN en haar voormalige werknemers met pensioenaanspraken. Daarbij

is van belang dat, zoals het hof ook heeft benadrukt, het tweede lid van artikel 18 waarborgt dat de op grond van gedane premiestortingen verkregen rechten op pensioen en reeds toegekende indexering gehandhaafd blijven. Het hof behoefde zijn oordeel niet verder te motiveren dan het heeft gedaan.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-09-2013

ECLI: ECLI:NL:HR:2013:CA0566

Zaaknummer: 12/00490

Rechters: E.J. Numann, A.M.J. van Buchem-Spapens, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp en G. Snijders

Advocaten: R.A.A. Duk en H.J.W. Alt

Wetsartikelen: 3:13 BW en 6:248 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de weg/YTC Cabs en Coaches

***Werkgever is – wegens onvoldoende gemotiveerde betwisting –
premieplichtig jegens Bedrijfstakpensioenfonds voor het
Beroepsvervoer over de weg***

YTC heeft een taxi- en busbedrijf, dat eind 2003 is opgericht, en valt onder de werkingssfeer van het Bedrijfstakpensioenfonds. Het BPF vordert betaling van facturen en vertragingsrente. YTC voert als verweer dat zij in 2007 heeft besloten het personeel met ingang van 2008 via een detacheringsbureau in te huren, dat zij hiervan aan BPF melding heeft gemaakt, maar dat de facturen desondanks bleven binnenstromen, ook nog na de melding dat de laatste parttime medewerker met ingang van februari 2009 van de loonlijst af was.

Het hof oordeelt als volgt. Als onvoldoende gemotiveerd weersproken staat vast dat in 2008 premieplichtige werknemers in diens waren van YTC. Derhalve is de vordering van BPF toewijsbaar.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 27-08-2013

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2013:3908

Zaaknummer: HD 200.112.183/01

Rechters: M. Chr Aarts, M.J.H.A. Venner-Lijten en A.A.H. van Hoek

Advocaten: J.A. Trimbach en B.M.A. Jegers

Wetsartikelen: Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds

RECHTSPRAAK

Aro Winterswijk/werknemer

Werkgever die werknemer wegens ‘verduistering’ ontslag op staande voet verleent, dient bestanddelen van artikel 321 Sr te bewijzen

Werknemer is op 27 februari 2013 op staande voet ontslagen door Aro wegens verdenking van verduistering van geld en goederen van Aro. Volgens Aro zijn door werknemer postpakketten niet aangekomen en in ieder geval geldbedragen niet, dan wel niet juist, afgedragen.

Het hof oordeelt als volgt. Onder verduistering wordt blijkens artikel 321 van het Wetboek van Strafrecht verstaan ‘het zich opzettelijk en wederrechtelijk toe-eigenen van enig goed dat geheel of ten dele aan een ander toebehoort’. Gelet op de hiervoor geciteerde schriftelijke mededeling van Aro, die de grondslag van het ontslag wegens een dringende reden heeft gefixeerd, ligt het derhalve op de weg van Aro om aannemelijk te maken dat werknemer zich opzettelijk en wederrechtelijk aan derden toebehorende rembours gelden, brandstof gelden en pakketten heeft toegeëigend. Naar het voorlopig oordeel van het hof is Aro hierin niet geslaagd. De omstandigheid dat werknemer niet conform de eisen heeft gehandeld, betekent nog niet dat hij zich opzettelijk de gelden heeft toegeëigend.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 13-08-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:6013

Zaaknummer: 200.127.582

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, H. van Loo en W. Duitemeijer

Advocaten: A.M.G. Buitink en M.J.H. Ruijters

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 321 Sr

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Ontslag 57-jarige werknemer met 25 dienstjaren en eenzijdig arbeidsverleden niet kennelijk onredelijk. In de bouwsector was het tot voor kort niet gebruikelijk te investeren in scholing, zodat het verwijt ter zake werkgever niet treft. Slechte beheersing Nederlandse taal komt voor risico werknemer

Werknemer (57 jaar) is in 1986 in dienst getreden van werkgever, een bouwbedrijf. Op 30 december 2010 heeft werkgever bij UWV WERKbedrijf een ontslagvergunning aangevraagd voor 15 werknemers, onder wie werknemer. Aan dit verzoek heeft werkgever sterk teruglopende bedrijfsresultaten ten grondslag gelegd die het noodzakelijk maken het aantal werknemers terug te brengen. Na verkregen toestemming van het UWV WERKbedrijf (maart 2011) heeft werkgever de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd tegen 11 september 2011. Vanaf juni 2011 zit werknemer ziek thuis en ontvangt hij ziekengeld. Na het aflopen daarvan komt hij in aanmerking voor een WW-uitkering gedurende 38 maanden. Daarnaast bestaat er voor de branche een regeling voor gevallen als de onderhavige, waarbij de pensioenpremie voor een bepaalde periode wordt overgenomen. Werknemer vordert in de onderhavige procedure schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag (€ 145.646,76 bruto ter zake van inkomensschade, € 165.584 bruto ter zake van pensioenschade en een bedrag van € 2.342,39 als schadevergoeding ex art. 6:96 BW). De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. De leeftijd van werknemer (57 jaar) ten tijde van het ontslag en de duur van het dienstverband (25 jaar) rechtvaardigen op zichzelf gezien niet dat hij aanspraak kan maken op een schadevergoeding. Dat werknemer niet of nauwelijks Nederlands spreekt is een omstandigheid die voor zijn risico komt. In het verleden was het verre van gebruikelijk werknemers als werknemer scholing te bieden ter voorkoming van een eenzijdige werkervaring, zodat werkgever dienaangaande geen verwijt treft of daarvan de gevolgen (deels) zou moeten dragen. Werkgever heeft onvoldoende weersproken gesteld dat zij relaties heeft benaderd met de vraag of zij ruimte hadden voor werknemer maar dat dit gezien de desastreuze gevolgen van de economische crisis voor de bouw niets heeft opgeleverd. Tegen

de achtergrond hiervan, mede in aanmerking genomen het voor werknemer bestaande vangnet van sociale verzekeringen, is het hof met de kantonrechter van oordeel dat het ontslag ook op grond van het gevolgcriterium niet kennelijk onredelijk is.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-08-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2515

Zaaknummer: 200.119.832-01

Rechters: S.F. Schütz, W.H.F.M. Cortenraad en M.A. Goslings

Advocaten: J.L.W. Nillesen en F.R. Duijn

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/ProRail B.V.

Detacheringsovereenkomst is geen arbeidsovereenkomst, ondanks het gewijzigde standpunt van de Belastingdienst. Civiele rechter niet gebonden aan oordeel Belastingdienst. Partijbedoeling versus feitelijke uitvoering

Werknemer stelt zich op het standpunt dat hij vanaf 2007 een arbeidsovereenkomst met ProRail heeft. ProRail stelt zich op het standpunt dat partijen een overeenkomst van opdracht hebben gesloten. Daartoe wijst ProRail onder meer naar tussen partijen gesloten 'detacheringsovereenkomst voor inhuurkrachten van non-preferred suppliers'.

Het hof oordeelt als volgt. Duidelijk is dat ProRail voor ogen heeft gestaan een overeenkomst van opdracht en geen arbeidsovereenkomst te sluiten. De overeenkomst is door ProRail opgesteld. Zij heeft de overeenkomst zelf aangeduid als een 'detacheringsovereenkomst voor inhuurkrachten van non-preferred suppliers' ('preferred suppliers' zijn ondernemingen waarmee ProRail bijzondere afspraken omtrent de inhuur van tijdelijk personeel heeft gemaakt en een mantelovereenkomst heeft afgesloten). De overeenkomst voorziet erin dat betaling voor de verrichte werkzaamheden plaatsvindt naar aanleiding van door A, de eenmanszaak van werknemer, gezonden declaraties. Nadrukkelijk is vermeld dat geen sprake is van een dienstverband tussen werknemer en ProRail ('de inlener'). Ook werknemer is bij aanvang van de overeenkomst van een opdrachtovereenkomst uitgegaan. Hij heeft zijn inkomsten immers zelf aangemerkt als winst uit onderneming en dienovereenkomstig belastingaangifte gedaan, welk standpunt tot een in september 2010 door de Belastingdienst uitgevoerd boekenonderzoek ook werd gedeeld door de Belastingdienst. Loonbelasting of premies werknemersverzekeringen zijn niet ingehouden door ProRail. Het feit dat vanaf 2010 de Belastingdienst de verhouding tussen werknemer en ProRail wel als dienstbetrekking beschouwde, doet aan het voorgaande niet af. Daarbij betreft het hof, dat het begrip arbeidsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek en het begrip dienstbetrekking in de sociale en fiscale wetgeving niet dezelfde inhoud hebben. Bij de laatste categorie pleegt te worden geabstraheerd van de bedoeling van de betrokken partijen bij het aangaan van de overeenkomst, hetgeen, zoals eerder is overwogen, niet het geval is bij de beoordeling of

sprake is van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. De omstandigheid dat de Belastingdienst artikel 7:610 BW tot uitgangspunt neemt, leidt niet tot een ander oordeel. De civiele rechter is immers niet gebonden aan het oordeel van de Belastingdienst aangaande het al dan niet bestaan van een civielrechtelijke arbeidsovereenkomst. Evenmin is sprake van een dusdanige gezagsverhouding dat alsnog tot een arbeidsovereenkomst moet worden geconcludeerd.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 06-08-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:5856

Zaaknummer: 200.101.323

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, M.F.J.N. van Osch en H.M. Wattendorff

Advocaten: K.G. van de Streek en A.D.J. van Ruyven

Wetsartikelen: 7:610 BW en 7:400 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Werkgever slaagt niet in bewijs dat werknemer het geheimhoudingsbeding heeft overtreden

Werkgever is een onderneming die zich bezighoudt met het beheren en exploiteren van onroerende zaken, projectontwikkeling en horeca-activiteiten. Werknemer is vanaf de oprichting van werkgever op 29 december 1999 tot 7 januari 2011 enig statutair bestuurder van werkgever geweest. Sedert 1 januari 2000 was hij werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst bevat een geheimhoudingsbeding. Op 7 januari 2011 is werknemer teruggetreden als statutair bestuurder van werkgever. Partijen hebben op 31 januari 2011 een vaststellingsovereenkomst ondertekend die er onder meer in voorziet dat de arbeidsovereenkomst zou worden beëindigd per 1 mei 2011 en waarin is bepaald dat het geheimhoudingsbeding onverkort van kracht blijft. In verband met een juridisch geschil heeft werknemer contact gehad met een oud-commissaris van werkgever. Volgens werkgever is daarmee het geheimhoudingsbeding overtreden en werknemer boetes verschuldigd.

Het hof oordeelt als volgt. Bezien tegen de feitelijke achtergrond volgt het hof voorshands het standpunt van werknemer dat hij geen geheim heeft geopenbaard als bedoeld in het geheimhoudingsbeding. De genoemde verklaring van 25 oktober 2011 behelst een weergave van de volgens werknemer met R bereikte overeenstemming en heeft naar haar aard geen betrekking op een vertrouwelijke zaak in de hier bedoelde zin. Hetzelfde geldt voor de mededelingen die werknemer in zijn e-mail van 28 februari 2012 heeft gedaan. Werkgever heeft niet voldoende duidelijk gemaakt in welk opzicht werknemer door het zenden van de e-mail het geheimhoudingsbeding zou hebben overtreden. De slotsom is dat werkgever niet aannemelijk heeft weten te maken dat werknemer heeft gehandeld in strijd met het voor hem geldende geheimhoudingsbeding.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 23-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2013:2346

Zaaknummer: 200.120.030-01

Rechters: W.H.F.M. Cortenraad, J.E. Molenaar en S.F. Schütz

Advocaten: R.M. Dammers en P.F. Keuchenius

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Domijn/erfgenamen van werknemer

Erfgenamen hebben geen recht op ontbindingsvergoeding ondanks formele rechtskracht ontbindingsbeschikking, nu de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd krachtens artikel 7:674 BW na ontbindingszitting, maar voor beëindigingsdatum

(Zie ook AR 2010-0751: executie ontbindingsbeschikking leidt tot misbruik van bevoegdheid.)
Werknemer is op 1 juni 1983 in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) Domijn. Wegens het functioneren van werknemer heeft Domijn in juni 2009 te kennen gegeven de arbeidsovereenkomst te willen beëindigen. Na overeenstemming hebben partijen een pro-formaontbindingsverzoek ingediend bij de Kantonrechter Enschede, waarbij de ontbindingsdatum is bepaald op 1 april 2010 met toekenning van een vergoeding ad € 66.000. De beschikking is op 31 augustus door de kantonrechter afgegeven. Op 30 december 2009 is werknemer overleden. Domijn heeft voor de erven van werknemer diverse financiële voorzieningen getroffen krachtens de cao. De erfgenamen hebben onder meer gevorderd dat Domijn wordt veroordeeld tot betaling van het bedrag van € 65.952 bruto, primair op grond van de tussen partijen (erflater en Domijn) gesloten beëindigingsovereenkomst en subsidiair op grond van de door de kantonrechter afgegeven ontbindingsbeschikking. De kantonrechter heeft de vordering toegewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Domijn wordt gevolgd in haar stelling en uitleg, dat met het doorlopen van de procedure tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst de tussen erflater en Domijn overeengekomen afspraken over het einde van arbeidsovereenkomst (via de kantonrechter, per 1 april 2010 en tegen een vergoeding van bruto € 65.952) waren ‘uitgewerkt’. Anders gezegd: erflater en Domijn hebben hiermee uitvoering gegeven aan hun (mondelinge) beëindigingsovereenkomst en zij zijn in die zin hun afspraken ook nagekomen. Nakoming verlangen van de beëindigingsovereenkomst is derhalve zinledig, omdat erflater en Domijn die overeenkomst al hebben nageleefd. Daarmee strandt de primaire grondslag van de vordering van de erfgenamen.

Wat de subsidiaire grondslag betreft, oordeelt het hof dat de door de kantonrechter

toegewezen ontbindingsvergoeding onlosmakelijk verbonden is met de ontbinding van de arbeidsovereenkomst per 1 april 2010. Voorts blijkt dat ook (de belangenbehartigers van) erflater en Domijn zich bewust waren van de consequenties van deze keuze voor ontbinding en een ontbindingsvergoeding: de ontbindingsvergoeding zou en diende betaald te worden op het moment van eindigen van de arbeidsovereenkomst, 'derhalve per 1 april 2010'. Door het (onverwacht) overlijden van erflater op 30 december 2009 is echter de arbeidsovereenkomst van rechtswege (en eerder) geëindigd op de voet van artikel 7:674 lid 1 BW. Door het eindigen van de arbeidsovereenkomst op 30 december 2009 kan er logischerwijze ook geen sprake meer zijn van ontbinding van de arbeidsovereenkomst per 1 april 2010 en kunnen de erfgenamen ook geen aanspraak maken op de ontbindingsvergoeding. Dat de beschikking van de kantonrechter tussen erflater en Domijn (inmiddels) gezag van gewijsde had gekregen, doet aan het voorgaande niets af. Het goed werkgeverschap dwingt evenmin tot een ander oordeel.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 23-07-2013

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2013:5392

Zaaknummer: 200.099.483

Rechters: R.A. Dozy, J.H. Lieber en M.H.H.A. Moes

Advocaten: E.P. Cornel en S.G.M. van Veldhuizen

Wetsartikelen: 7:674 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Geen kennelijk onredelijke opzegging. Aangepaste stoel zou geen verbetering hebben gebracht in de lichamelijke situatie van werknemer en voor werknemer zijn geen passende werkzaamheden voorhanden

Vervolg tussenvonnis. In de onderhavige procedure is in geschil of werkgeefster aan haar re-integratieverplichtingen heeft voldaan en of het ontslag kennelijk onredelijk is. Na het tussenvonnis is deskundigenonderzoek gedaan door een verzekeringsarts en een arbeidsdeskundige. Zij komen tot de conclusie dat een aangepaste stoel geen verbetering zou hebben gebracht in de lichamelijke situatie van werknemer en dat dat binnen het bedrijf geen passende werkzaamheden voorhanden zijn geweest na 5 mei 2009.

De kantonrechter oordeelt op grond van de deskundigenoordelen dat werknemer voortdurend wegens een medische reden ongeschikt is geweest om zijn eigen werk te verrichten. Een aangepaste stoel in een vrachtwagen zou daar geen verbetering in hebben gebracht. Ander geschikt werk bij werkgeefster is er voor werknemer niet geweest. Werkgeefster is dan ook niet tekortgeschoten in haar re-integratieverplichtingen. De door de UWV aanvaarde ontslaggrond is in deze procedure komen vast te staan. De steek die werkgeefster heeft laten vallen is dat zij niet meteen de aangepaste stoel heeft geplaatst en de bejegening van werknemer tijdens het gesprek van 15 september 2009. Dat zij die steek heeft laten vallen maakt het ontslag echter niet kennelijk onredelijk. Daarbij dient bedacht te worden dat partijen het debat hebben gevoerd over het (ten onrechte) niet plaatsen van de stoel omdat die een verbetering zou hebben teweeggebracht en over de al of niet aanwezigheid van ander geschikt werk. Dat debat heeft werknemer verloren. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 25-06-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:3797

Zaaknummer: 502230 CV EXPL 11-16078

Rechters: R.T. Terpstra

Advocaten: A.S. Greveling en L. Sandberg

Wetsartikelen: 7:658a BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

stichting Zorggroep Groningen/werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst medewerker technische dienst wegens seksuele intimidatie. Geen vergoeding

Werknemer is sinds 2001 in dienst van Zorggroep Groningen in de functie van medewerker technische dienst. Zorggroep Groningen hanteert een Protocol intimidatie, dat tijdens een werkoverleg met de werknemers is besproken. Diverse werkneemsters hebben melding gemaakt van ongewenste intimiteiten door werknemer. In 2009 heeft een stagiaire gemeld dat zij in de lift was lastig gevallen door werknemer en in 2011 heeft een medewerkster geklaagd dat werknemer op het werk aan haar borsten had gezeten. In maart 2013 heeft een werkneemster melding gemaakt van seksuele intimidatie door werknemer. Hij zou in het washok zijn beide handen op haar billen hebben gelegd. Werknemer heeft verklaard dat hij iets tegen werkneemster zei met een strekking als 'en nu even snel doorlopen' en haar daarbij een tik op haar billen gaf. Dit was als grapje bedoeld. Thans verzoekt Zorggroep Groningen ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens een dringende reden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer heeft erkend dat hij zijn collega een klap op de billen had gegeven. Ter zitting heeft hij aangegeven dat het misschien meer haar onderrug was. Voldoende aannemelijk is geworden dat werknemer tijdens het gesprek met zijn leidinggevend op 31 augustus 2011 duidelijk te verstaan is gegeven dat hij zich moest onthouden van (iedere vorm van) handtastelijkheden ten aanzien van zijn vrouwelijke collega's en dat hij zich in dat opzicht geen enkel incident (meer) kon permitteren. Hoewel niet in schriftelijke vorm aan werknemer uitgereikt, vat de kantonrechter deze mededeling niettemin op als een officiële en finale waarschuwing, waarvan de consequenties voor werknemer voldoende duidelijk moeten zijn geweest. Dit betekent dat het werknemer evenzeer duidelijk moet zijn geweest dat hij zich nadien – in zijn eigen woorden – geen enkel 'grapje' in de vorm van 'een tik op de billen' (ook al was het de 'onderrug') van zijn collega meer kon veroorloven. Hoe onschuldig, bagatel en wellicht onbedoeld de aanrakingen van werknemer in zijn ogen ook zijn geweest, zijn drie collega's denken daar anders over. Uit de repeterende luchthartigheid ('grapje') blijkt dat werknemer ook na twee waarschuwingen, waarvan de laatste het karakter had van een ultimatum, kennelijk niet begrijpt dat zijn

vrouwelijke collega's niet van dat gedrag gediend zijn. Gegeven de omstandigheid dat werknemer voornamelijk werkzaam is in een omgeving met vrouwen en hem kennelijk niet duidelijk valt te maken dat hij zijn collega's niet kan aanraken op de wijze zoals uit de stukken is gebleken wordt – met voorbijgaan aan het primair gevorderde – het subsidiaire verzoek, de ontbinding wegens gewijzigde omstandigheden, toegewezen. Nu de gebleken omstandigheden in de risicosfeer van werknemer liggen, wordt geen vergoeding toegekend.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 18-06-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:3669

Zaaknummer: 586246 - EJ VERZ 13-124

Rechters: E.J. Oostdijk

Advocaten: G.W. Brouwer en S. van Gessel

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

Oost-Groninger Betonmortel Centrale B.V./werknemer

Ontbinding wegens bedrijfseconomische redenen. Toepassing uitzondering op afspiegelingsbeginsel waarbij een collega van werknemer terecht als onmisbare werknemer wordt aangemerkt, leidt tot toekenning van vergoeding met C=1,25

Werknemer is sinds 2001 in dienst van OGB. Sinds 2011 is hij werkzaam als chauffeur. Op 2 mei 2012 is hij arbeidsongeschikt geworden. Thans verzoekt OGB ontbinding wegens bedrijfseconomische redenen. Volgens het afspiegelingsbeginsel komt werknemer niet voor ontslag in aanmerking, maar wel omdat een voor ontslag in aanmerking komende werknemer X onmisbaar is voor OGB. X is behalve chauffeur ook shovelchauffeur, lasser en monteur en verzorgt de reparaties en het onderhoud aan de machines. Gelet op haar financiële positie is OGB niet in staat een hogere ontslagvergoeding te betalen dan € 8.073,60 bruto.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het ontbindingsverzoek houdt geen verband met de arbeidsongeschiktheid van werknemer. Uit de door OGB overgelegde cijfers blijkt voldoende van de noodzaak om kostenbesparende maatregelen te nemen. Het bedrijfsresultaat ontwikkelt zich negatief en OGB komt in de rode cijfers. Gegeven de bedrijfseconomische noodzaak moet het afspiegelingsbeginsel worden toegepast. OGB doet dat maar wil een van de uitzonderingen toegepast zien, de onmisbare werknemer. OGB heeft in dat verband bijzondere kennis en vaardigheden van de volgens haar onmisbare werknemer X genoemd, die door werknemer niet zijn weersproken. Het gaat om kennis en vaardigheden die niet behoren tot de 'gewone' functie van X die immers uitwisselbaar is met die van werknemer. Genoemd zijn die van lasser en monteur en in dat verband het door X te plegen onderhoud aan de machines van OGB waarvoor anders externen ingeschakeld moeten worden. Het beroep op de uitzondering op het afspiegelingsbeginsel doet OGB dan ook terecht. In deze situatie is temeer reden om werknemer een vergoeding toe te kennen. Is de vergoeding bij een bedrijfseconomisch ontslag in de regel te berekenen volgens de neutrale kantonrechtर्सformule, in de huidige omstandigheden ziet de kantonrechter reden de C-factor op 1,25 te bepalen en werknemer een vergoeding toe te kennen van € 82.500 bruto. OGB heeft voldoende financiën (gehad). Wanneer die financiën overgeheveld zijn naar onderdelen

van het concern waartoe OGB behoort, mag dat niet tot nadeel van werknemer strekken.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 04-06-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:3479

Zaaknummer: 584563 EJ VERZ 13-104

Rechters: R.T. Terpstra

Advocaten: J.G.H. Meijerink en O. van de Klok

Wetsartikelen: 7:685 BW en 4:2 lid 4 Ontslagbesluit

RECHTSPRAAK

werkneemster/TSN Groningen Holding B.V.

Opzegging vlak voor zestigste verjaardag werkneemster, waardoor zij net geen aanspraak kan maken op verlengde wachtgeldregeling, is kennelijk onredelijk

Werkneemster is sinds 1984 in dienst van TSN Groningen als personeelsadviseur. Nadat het UWV op 26 januari 2012 toestemming heeft gegeven voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen, is de arbeidsovereenkomst tegen 1 mei 2012 opgezegd. Thans stelt werkneemster dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Zij vordert schadevergoeding. Zij voert daartoe ten eerste aan dat TSN Groningen zich onvoldoende heeft ingespannen om haar bij het hoofdkantoor van TSN te Almelo onder te brengen. Ten tweede stelt zij dat het moment waarop, met gebruikmaking van de ontslagvergunning, de arbeidsovereenkomst is opgezegd, haar onevenredig treft.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkneemster heeft in eerste instantie niet gesolliciteerd op een vacature in Almelo. Later heeft een collega, die beter in het profiel paste, de functie gekregen. Niet voldoende gesteld of gebleken is dat TSN Groningen zich onvoldoende heeft ingespannen om werkneemster bij het hoofdkantoor herplaatst te krijgen. Ten aanzien van het moment van de opzegging wordt het volgende overwogen. TSN Groningen heeft het dienstverband met werkneemster op 27 januari 2012 opgezegd tegen 1 mei 2012, kort voor de dag (medio 2012) dat werkneemster 60 jaar werd. Niet weersproken is dat werkneemster bij een beëindiging van het dienstverband op 60-jarige leeftijd krachtens artikel 9.8.2 cao aanspraak had kunnen maken op de verlengde wachtgeldregeling, als gevolg waarvan zij tot haar 65ste verjaardag wachtgeld zou ontvangen. Wanneer TSN Groningen de opzeggingsbrief niet daags na de verkregen ontslagvergunning had verstuurd, maar slechts vijf dagen later, dan had zij het 28-jarig dienstverband met werkneemster tegen 1 juni 2012 doen eindigen en had werkneemster – als 60-jarige – wel aanspraak kunnen maken op de verlengde wachtgeldregeling. Waar de ontslagvergunning nog tot 22 maart 2012 geldig was, zodat TSN Groningen nog tot die datum de gelegenheid had om het dienstverband rechtsgeldig op te zeggen, valt niet in te zien waarom TSN Groningen met deze omstandigheid geen rekening heeft gehouden – zelfs niet toen werkneemster daarop attendeerde – terwijl de gevolgen voor

werknemster verstrekkend zijn. Dat een dergelijk ‘maatwerk’ in casu niet van TSN Groningen te vergen was (zoals in Ktr. Enschede 30 november 2010, AR 2010-0951), vermag de kantonrechter niet in te zien. Een vergelijking met die procedure gaat op twee punten mank: de omvang van de onderhavige ontslagronde was aanzienlijk geringer, terwijl de 60ste verjaardag van werknemster viel binnen het bereik van de verkregen ontslagvergunning. Het ontslag is kennelijk onredelijk. Met de gemiste verlengde wachtgeldregeling is volgens werknemster € 62.202,76 gemoeid, zijnde 70% van haar geïndexeerde salaris over die periode van totaal € 88.861,08. Enerzijds omdat op dit bedrag nog inhoudingen verschuldigd zouden zijn geweest, terwijl het moment van de daadwerkelijk voorziene schade pas in 2015 ligt en anderzijds omdat niet valt uit te sluiten dat werknemster er toch nog in slaagt om hoe dan ook betaald werk te verkrijgen, wordt de schadevergoeding naar billijkheid vastgesteld op € 50.000.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 03-09-2013

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2013:5296

Zaaknummer: 570835 – CV EXPL 13-3697

Rechters: E.J. Oostdijk

Advocaten: L. Sandberg en T.E. van Zoeren

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster***Opzegging arbeidsovereenkomst pompstationbediende wegens bedrijfsbeëindiging na dienstverband van 23 jaar niet kennelijk onredelijk. Werkneemster gaat ten onrechte niet in op suggesties van werkgeefster ten aanzien van ander passend werk***

Werkneemster is sinds 1 juli 1988 in dienst als pompstationbediende. De gemeente Nijmegen heeft de huur van het tankstation aan BP als hoofdhuurder opgezegd. BP heeft op haar beurt de huur aan werkgeefster als onderhuurder opgezegd. Na verkregen toestemming heeft werkgeefster de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfsbeëindiging opgezegd tegen 31 december 2011. Werkneemster is in oktober 2011 arbeidsongeschikt geworden. Zij heeft tot 31 juli 2012 aanspraak gehad op een ziektewetuitkering. Medio 2012 heeft werkneemster haar vordering uit kennelijk onredelijk ontslag aan werkgeefster aangekondigd, waarna tussen partijen onderhandelingen op gang zijn gekomen. In het kader daarvan heeft werkgeefster aan werkneemster een aanbod gedaan om bij X te komen werken. Daar is het niet meer van gekomen, omdat werkneemster elders in dienst is getreden. Thans vordert werkneemster een verklaring voor recht dat de opzegging kennelijk onredelijk is op grond van het gevolgcriterium.

De kantonrechter neemt het oordeel van UWV WERKbedrijf over, inhoudend dat kort gezegd de vestigingen in Nijmegen en Rosmalen als aparte bedrijfsvestiging moet worden beschouwd. Daarmee bestond er geen verplichting voor werkgeefster om werkneemster in Rosmalen te herplaatsen ook als daar gelet op het afspiegelingsbeginsel wel aanleiding toe was. Werkgeefster heeft werkneemster gewezen op het feit dat benzinepomp Y mensen zocht en dat zij een sollicitatieformulier kon ophalen als zij interesse had. Werkneemster is hier niet op ingegaan. Verder heeft werkgeefster onweersproken gesteld dat zij voor het einde van het dienstverband contact heeft gelegd met Flexone, een uitzendbureau/payrollbedrijf dat vooral tankstations bedient, en dat Flexone het voltallige personeel van werkgeefster 'nog voor de laatste dag' wilde overnemen. Uit de stellingen van partijen blijkt dat werkneemster ook deze mogelijkheid niet wilde onderzoeken. De inspanningen van werkgeefster zijn weliswaar summier, maar daar staat tegenover dat werkneemster op geen enkele suggestie van

werkgeefster wilde ingaan. Geoordeeld wordt dat werkgeefster mede gelet op de houding van werkneemster zelf per saldo voldoende heeft gedaan om haar aan passend werk te helpen. Daarmee heeft zij dus gehandeld als goed werkgever als bedoeld in artikel 7:611 BW. Met eventuele belemmeringen op de arbeidsmarkt voor werkneemster wordt bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging daarom geen rekening gehouden. Het enkele feit dat geen beëindigingsvergoeding is betaald, maakt de opzegging niet kennelijk onredelijk. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 23-08-2013

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2013:2824

Zaaknummer: 859353

Rechters: P.J. Wiegman

Advocaten: R.F.N. Henneman

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

X/OR X

Ondernemingsraad weigert in te stemmen met schrappen automatische prijscompensatie uit arbeidsvoorwaardenreglement. Hoewel onthouden van instemming niet onredelijk is, verleent de kantonrechter vervangende toestemming wegens zwaarwegende bedrijfseconomische redenen

X is een internationale leverancier van marktinformatie, oplossingen en diensten. X hanteert een arbeidsvoorwaardenreglement dat via een incorporatiebeding op de individuele arbeidsovereenkomsten van de werknemers van toepassing is verklaard. In het arbeidsvoorwaardenreglement wordt bepaald dat de salarisklasse eens per jaar wordt aangepast (1 januari) met een automatische prijscompensatie. Aan de ondernemingsraad van X (hierna: OR) is gevraagd in te stemmen met het definitief schrappen van de prijscompensatie per 1 januari 2013. De OR heeft geweigerd in te stemmen, voornamelijk omdat X geen alternatief heeft aangedragen dat voor de prijscompensatie in de plaats zou komen. Thans verzoekt X vervangende toestemming ex artikel 27 lid 4 WOR jo. artikel 36 WOR.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De primaire stelling van de OR dat X niet-ontvankelijk zou zijn, wordt niet gevolgd. Door de OR is niet betwist dat de financiële positie van X zorgelijk is. Er is jarenlang verlies gemaakt. De OR heeft erkend dat sinds de oprichting slechts over twee jaren winst is gemaakt. X overleeft thans, en dus reeds geruime tijd, door stortingen van haar (Amerikaanse) aandeelhouder. Het is de vraag of deze bereid blijft geld in de onderneming te investeren. De kantonrechter neemt, net als de Bedrijfscommissie, aan dat ingrijpen door X gerechtvaardigd is om te trachten haar bedrijfsresultaat te verbeteren. Onweersproken is dat X reeds tal van maatregelen heeft genomen ter reductie van de kosten. Door schrapping van de automatische prijscompensatie verliest de OR op dit punt zijn onderhandelingspositie. Als uitgangspunt heeft dan immers niet meer te gelden dat de prijscompensatie wordt verleend, behoudens wanneer X erin slaagt na overleg met de OR te komen tot vermindering of bevrozing. Bij schrapping van het artikel kan de OR (namens de werknemers) geen enkele aanspraak doen gelden op (deze vorm van) loonsverhoging en kan

hij een dergelijke verhoging slechts bij wijze van verzoek bij X aan de orde stellen. De kantonrechter is mede gelet daarop, met de Bedrijfscommissie, van oordeel dat het in overleg vaststellen van een alternatief systeem van loonsverhoging waarbij de OR een vergelijkbare positie krijgt meer aangewezen is dan schrapping zonder dat een alternatief vaststaat. Onthouden van instemming door de OR is in dezen niet onredelijk.

Zwaarwegende bedrijfseconomische redenen vergen echter dat het besluit tot schrapping van de automatische prijscompensatie wordt genomen. De reeds jarenlang bestaande situatie dat de onderneming verliesgevend is, kan niet blijven voortbestaan. Voor de werknemers is de schrapping uiteraard nadelig en dat zal door het personeel ook aldus worden ervaren, zoals de OR heeft aangevoerd. Daarbij dient echter wel te worden bedacht dat het niet gaat om een loonsverlaging, maar om een niet (verdere) verhoging van het loon. Hoe dat verder ook zij, voldoende is onderbouwd dat bedrijfseconomische redenen noodzakelijk maken dat de regeling met betrekking tot de automatische prijscompensatie wordt geschrapt. Wanneer de onderneming, mede daardoor, in de toekomst betere resultaten behaalt, kan de OR het hiervoor besproken overeen te komen alternatief opnieuw aan de orde stellen. Het ligt in die situatie ook voor de hand dat X zelf daartoe het initiatief neemt.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 23-08-2013

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2013:2826

Zaaknummer: 2145671 \ AZ VERZ 13-7060 \ 343 \ 392

Rechters: S.H. Bokx-Boom

Advocaten: B.M.W. Hunnekens en E.N. Mulder

Wetsartikelen: 27 WOR en 36 WOR

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Palet

Uitleg CAO Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening. Werknemer behoudt aanspraak op oude wachtgeldregeling, maar heeft daarnaast geen recht op een ontslagvergoeding

Werknemer is sinds 2001 in dienst geweest van Stichting Palet als systeembeheerder. De arbeidsovereenkomst is per 1 januari 2012 opgezegd wegens beëindiging van de bedrijfsactiviteiten van Stichting Palet. Partijen zijn verdeeld over de vraag of werknemer een ontslagvergoeding toekomt. De van toepassing zijnde CAO Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening 2008-2011 bepaalt in artikel 11.6 de financiële aanspraken bij ontslag om bedrijfseconomische omstandigheden. Artikel 11.6.1 bepaalt dat de wachtgeldregeling uit de cao 2007-2008 per 1 januari 2009 komt te vervallen. Artikel 11.6.2 bepaalt dat de werknemer bij ontslag om bedrijfseconomische omstandigheden een ontslagvergoeding ontvangt. Artikel 11.6.3 bepaalt dat de werknemer een aanvulling op de WW ontvangt. De cao 2008-2011 bevat in verband met de afschaffing van de wachtgeldregeling onder artikel 13.2 een overgangsregeling. Artikel 13.2.1 bepaalt dat voor de werknemer die op grond van de in artikel 3.2 van de cao 2006-2007 genoemde reden tot ontslag recht zou hebben op wachtgeld, die op 31 december 2005 in dienst was en op 1 januari 2009 55 jaar of ouder is de wachtgeldregeling van kracht blijft overeenkomstig de uitvoeringsregeling L van de cao 2007-2008.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Zoals werknemer ook heeft aangegeven zondert de cao niemand uit van de ontslagvergoeding. Dat betekent echter niet zonder meer dat aan werknemer een ontslagvergoeding toekomt. De cao-bepalingen dienen te worden uitgelegd conform de cao-norm. Uit deze tekst kan worden afgeleid dat de overgangsregeling waaronder werknemer valt (het behoud van zijn aanspraak op de oude wachtgeldregeling) niet een aanvulling is op artikel 11.6 van de cao, maar daarvoor in de plaats komt. Immers, als de partijen bij de cao de formulering ‘in aanvulling op en in afwijking van’ in de overgangsregeling voor de ene groep werknemers opnemen en zich dus blijkbaar bewust waren van het onderscheid tussen de oude en de nieuwe regeling, dan ligt het voor de hand dat partijen dit, indien zij dit hadden gewild, ook in de overgangsregeling voor de andere groep werknemers zouden hebben gedaan. Daarnaast geldt dat deze toevoeging, indien het

standpunt van werknemer zou moeten worden gevolgd dat beide regelingen naast elkaar zouden bestaan, overbodig en dus zinloos zou zijn geweest. Ook in de brochure die door de cao-partijen na totstandkoming van de cao is verspreid, staat dat de oude wachtgeldregeling is vervangen door een nieuwe regeling. Dit is ook een aanwijzing dat beide regelingen niet naast elkaar staan, maar dat slechts een van beide van toepassing is.

Voorts zorgt de uitleg van werknemer voor onaannemelijke rechtsgevolgen. Het is immers onaannemelijk indien werknemer, naast de inkomensgarantie tot aan zijn pensioenleeftijd en de mogelijkheid om zijn deelneming in de pensioenregeling met een forse financiële bijdrage van Stichting Palet voort te zetten (zie art. 16 lid 3 van het sociaal plan, waardoor het pensioenverlies als gevolg van de beëindiging van het dienstverband bijna volledig door Stichting Palet wordt gecompenseerd) ook nog een ontslagvergoeding zou ontvangen. Dit is alleen al onaannemelijk omdat het onderscheid tussen werknemers die onder de oude wachtgeldregeling vallen en de werknemers die onder de nieuwe regeling vallen daarmee erg groot wordt. Het is verder onaannemelijk dat een beëindigingsregeling in de huidige tijd zo ver zou gaan dat een werknemer als werknemer tot aan zijn pensioenleeftijd vrijwel volledig in zijn inkomen zou worden gecompenseerd. De financiële consequenties voor de werkgever daarvan zijn niet redelijk te noemen. In het sociaal plan zijn voorts nog meer aanwijzingen opgenomen op basis waarvan kan worden geconcludeerd dat werknemer geen recht heeft op een ontslagvergoeding. De door Stichting Palet voorgestane uitleg wordt bevestigd door de artikelen 14 en 15 van het sociaal plan. Volgt afwijzing van de vordering.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 01-11-2012

ECLI: ECLI:NL:RBSHE:2012:7591

Zaaknummer: 817851

Rechters: H.G. Robers

Advocaten: J.A. Noordam en I. Witte

Wetsartikelen: 11.6 CAO Welzijn en Maatschappelijke Dienstverlening

ANNOTATIE

Vaststellen dat de ketenregeling geen effect sorteert, sorteert geen effect

A.R. Houweling

1 Inleiding

In de onderhavige zaak staat een bekend 668a-dilemma centraal. Werkgever heeft reeds tweemaal de tijdelijke arbeidsovereenkomst met werknemer verlengd en is op zich bereid de werknemer opnieuw een arbeidsovereenkomst aan te bieden, maar niet voor onbepaalde tijd. Een derde verlening (het vierde contract) sorteert evenwel juist dit – door werkgever ongewenste – effect. Artikel 7:668a BW biedt hiervoor een oplossing. Werkgever en werknemer kunnen de keten van artikel 7:668a BW voor meer dan drie maanden onderbreken, waarna zij opnieuw op basis van tijdelijke arbeidsovereenkomsten met elkaar kunnen contracteren. De Hoge Raad staat een dergelijk gebruik van deze wettelijke doorbrekingsgrond toe (HR 29 juni 2007, *JAR* 2007/215 (Simpson/Greenpeace)). Het stelselmatig gebruikmaken van deze wettelijke mogelijkheid kan in strijd zijn met artikel 7:611 BW en EU-recht; vgl. Ktr. Amsterdam 11 mei 2012, AR 2012-0495 (werknemer/Sparkoptimus BV)). Evident nadeel van deze constructie is dat partijen voor ten minste drie maanden uit elkaar moeten, hetgeen veelal door werkgever noch werknemer wenselijk wordt geacht.

In de onderhavige zaak wordt – (wellicht) mede daarom – voor een andere constructie gekozen. Gelijktijdig met het aangaan van de vierde arbeidsovereenkomst (en dus voor onbepaalde tijd), sluiten partijen een aanvullende overeenkomst in de vorm van een vaststellingsovereenkomst waarin is bepaald dat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden zal eindigen per 1 januari 2012 (in casu iets korter dan een jaar). De centrale vraag is of een dergelijke constructie rechtens toelaatbaar is. Het Hof Den Bosch beantwoordt deze vraag in beginsel bevestigend. Daartoe overweegt het hof dat sprake is van een vaststellingsovereenkomst, zodat op grond van artikel 7:902 BW eventuele strijdigheid met het (driekwart) dwingende recht van artikel 7:668a BW de uit de vaststellingsovereenkomst voortvloeiende verbintenissen niet aantast. Eventuele strijdigheid met de openbare orde en goede zeden (art. 7:902 jo. 3:40 BW), alsook het beroep op misbruik van omstandigheden (art.

3:44 BW), worden door het hof afgedaan met de constatering dat werknemer de vernietigbaarheid van de overeenkomst niet heeft ingeroepen dan wel onvoldoende heeft gesteld waaruit het gestelde zou blijken. De stelling dat met de vaststellingsovereenkomst, de vierde arbeidsovereenkomst de facto en de jure een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is geworden en op grond van artikel 7:668a BW converteert in een voor onbepaalde tijd, wordt niet door het hof gevolgd. In deze noot zal ik achtereenvolgens aandacht besteden aan deze overwegingen van het hof en beoordelen in hoeverre de overwegingen juist zijn en in hoeverre deze constructie rechtens toelaatbaar is.

2 De vaststellingsovereenkomst en strijdigheid met dwingend recht

Een vaststellingsovereenkomst kan worden gesloten met het oog op een tussen partijen bestaande onzekerheid, die door de vaststellingsovereenkomst wordt voorkomen of beëindigd. Deze onzekerheid kan zowel bestaand als toekomstig zijn. Artikel 7:900 BW vereist niet dat de onzekerheid tussen partijen al is verworpen tot een geschil. Naar het oordeel van het hof kan de onderhavige overeenkomst als zo'n vaststellingsovereenkomst worden gekwalificeerd, nu de overeenkomst kennelijk is bedoeld ter voorkoming van de onzekerheid over het einde van de arbeidsovereenkomst. Daartoe verwijst het hof naar artikel 11 uit de 'aanvullende overeenkomst' waarin staat opgenomen dat die overeenkomst heeft te gelden als vaststellingsovereenkomst. Toch is de enkele vermelding dat deze overeenkomst een vaststellingsovereenkomst is, onvoldoende om te kwalificeren als een vaststellingsovereenkomst. En hoewel niet miskend kan worden dat tussen partijen debat over de (on)wenselijkheid van voortzetting van een vierde arbeidsovereenkomst, zonder dat vooraf duidelijke afspraken waren gemaakt over het einde van de overeenkomst, kan men zich afvragen welke 'onzekerheid' nu precies in de onderhavige zaak wordt weggenomen. Er lijkt eerder sprake te zijn van een gewone beëindigingsovereenkomst op termijn. Als partijen evenwel in volstrekte eensgezindheid aan hun rechtsverhouding een einde maken, kan hun beëindigingsovereenkomst niet als een vaststellingsovereenkomst worden gekwalificeerd (aldus HR 20 maart 2009, *NJ* 2010, 153; zie ook Van Schaick, Asser 7-VIII*, nr. 142). Of al dan niet sprake is van een vaststellingsovereenkomst hangt sterk af van de feiten. In de woorden van Van Schaick kan reeds sprake zijn van een 'onzekerheid', indien een partij (kenbaar) onzeker is over – dus twijfelt aan – de juistheid van het standpunt van haar wederpartij en met het oog daarop instemt met een gezamenlijke beslissing over dat standpunt. In casu zou de *twijfel* over de *rechtsgeldigheid* van een beëindiging op termijn tussen partijen wellicht voldoende zijn deze overeenkomst als vaststellingsovereenkomst te kwalificeren.

Of al dan niet sprake is van een vaststellingsovereenkomst of een gewone beëindigingsovereenkomst is niet zonder belang. Als krachtens een vaststellingsovereenkomst een beslissing wordt genomen die een onzekerheid of een geschil op vermogensrechtelijk

terrein *beëindigt*, zijn de verbintenissen uit de vaststellingsovereenkomst óók afdwingbaar als de beslissing naderhand in strijd mocht blijken met dwingend recht, tenzij de beslissing naar inhoud of strekking tevens in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde (art. 7:902 BW). Volgens het hof brengt dit artikel met zich dat de (indirecte) strijdigheid van de gemaakte afspraak met artikel 7:668a BW, de geldigheid van deze afspraak (beëindiging op termijn en daarmee in feite gewoon een vierde keten in de reeks) niet aantast. Oftewel, voor zover al sprake is van strijdigheid met dwingend recht, is dit in casu geoorloofd.

Men kan zich afvragen of in casu niet iets anders aan de orde is, te weten het op voorhand trachten uit te sluiten van het rechtseffect van dwingend rechtelijke bepalingen. Als dat inderdaad het geval is (en daar heeft het alle schijn van) dan ontstaan er geen – ook geen voorwaardelijke – verbintenissen omdat de beslissing krachtens de vaststellingsovereenkomst in strijd is met een regel van dwingend recht en de beslissing krachtens de vaststellingsovereenkomst er slechts toe strekt een onzekerheid of geschil te voorkomen. Voor dergelijke gevallen geldt artikel 7:902 BW niet (zie *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 38; Van Schaick, Asser 7-VIII*, nr. 156 en in gelijke zin F.B.J. Grapperhaus, ‘Aandachtspunten bij het overeenkomen van de individuele afvloeiingsregeling’, in: F.B.J. Grapperhaus en C.J. Loonstra (red.), *Afvloeiingsregelingen in het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 125). Indien men de door het hof gepresenteerde feiten bestudeert, dan lijkt de hele constructie te zijn opgezet om aan het ongewenste effect van conversie van het bepaalde tijdscontract in onbepaalde tijd te ontkomen, althans dit rechtseffect te voorkomen. Daar leent zich artikel 7:902 BW niet voor. De stelling van de werknemer en het oordeel van de kantonrechter in eerste aanleg, dat de vaststellingsovereenkomst in strijd is met (driekwart) dwingend recht van artikel 7:668a BW, komt mij dan ook juist(er) voor.

Sterker nog, verdedigbaar is dat artikel 7:902 BW alleen beslissingen in de vaststellingsovereenkomst strijdig met dwingend recht toestaat, wanneer ‘(...) partijen in ernst verschillen over de vraag of een overeenkomst nietig is *en hierover redelijkerwijs verschil van gevoelens kan bestaan*, [en] zij ter oplossing van dat geschil een schikking aangaan of het oordeel van scheidslieden inroepen, integendeel het een eisch van het verkeer is, dat partijen ook zoodanige geschilpunten in der minne vermogen op te lossen zonder genoodzaakt te zijn hun toevlucht te nemen tot een uitspraak van den Rechter’ (HR 27 december 1935, NJ 1936, 442, m.nt. E.M.M.; (*curs. ARH*)). Oftewel, alleen indien over de uitleg en toepasselijkheid van de dwingende regel verschil van mening kan bestaan, kan de beslissing achteraf niet door de rechter alsnog in strijd met dwingend recht worden geoordeeld. Valt de dwingendrechtelijke regeling evenwel niet in twijfel te brengen (zoals bij de hoofdregel van art. 7:668a BW het geval is), dan kan ook niet in strijd worden gehandeld met deze regel.

3 In strijd met de goede zeden of de openbare orde

Er is evenwel nog een begrenzing aan de contractsvrijheid volgens artikel 7:902 BW. Het artikel staat toe bij de beëindiging van onzekerheid of geschil in strijd te handelen met dwingend recht, *tenzij* de beslissing tevens naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. De vraag rijst wat onder openbare orde en goede zeden moet worden verstaan. We weten dat de enkele omstandigheid dat in strijd is gehandeld met dwingend recht niet met zich brengt dat tevens sprake is van strijdigheid met de openbare orde (HR 14 november 2003, *NJ* 2004, 138 (Drie-S/Mammoet)). Zou dit anders zijn, dan zou artikel 7:902 BW ook nauwelijks effect hebben. Voor de uitleg van openbare orde of goede zeden kan dan ook worden aangesloten bij artikel 3:40 BW. Volgens de wetgever is het begrip openbare orde ruimer dan het openbare ordebegrip uit het internationaal privaatrecht, maar beperkter dan gewoon dwingend recht. In de parlementaire geschiedenis merkt de regering over deze begrenzing nog het volgende op: ‘(...) de vaststellingsovereenkomst [zal] bijvoorbeeld in strijd met openbare orde of goede zeden kunnen zijn, omdat zij ertoe strekt een toepasselijk geachte regel van dwingend recht opzij te zetten’ (*Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 39). In de toelichting op het Ontwerp-Meijer werd hierover in gelijke zin opgemerkt: ‘Dat in de bij dit artikel omschreven omstandigheden een vaststelling geldig is ondanks gebleken strijd met een regel van dwingend recht, betekent niet dat degenen die zulk een vaststelling opstellen, aan het dwingend recht niet gebonden zijn. Gaat een schikking of een beslissing uit van de gedachte dat een bepaalde regel van dwingend recht wel toepasselijk is, maar niettemin zonder effect kan worden gelaten, dan zal dit uitgangspunt haar steeds in strijd met openbare orde of goede zeden brengen’ (zie E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek/Toelichting/Vierde gedeelte (Boek 7)*, Den Haag: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1972, p. 1140-1142).

In aansluiting op hetgeen hierboven is opgemerkt, kan gesteld worden dat de vaststellingsovereenkomst als zodanig – nu zij is opgesteld ter voorkoming van het rechtseffect van artikel 7:668a BW – in strijd is met de openbare orde. Het verschil tussen het niet toepasselijk zijn van artikel 7:902 BW (hierboven onder 2) en de strijdigheid met de openbare orde of goede zeden, is hierin gelegen dat de laatstgenoemde grond ambtshalve dient te worden getoetst (zie ook *T&C* 902 Boek 7 BW, Broekema-Engelen, onder 3-b; vgl. ook HR 14 november 2003, *NJ* 2004, 138 (Drie-S/Mammoet)). De overwegingen van het hof dat het oordeel van de kantonrechter inhoudende dat een overeenkomst gericht op het buiten werking stellen van een dwingende wetsbepaling ipso facto nietig is wegens strijd met openbare orde, rechtens onjuist is, lijkt mij in dit specifieke geval onjuist. Sterker nog, volgens mij sluit het oordeel van de kantonrechter naadloos aan bij de bedoeling van de wetgever.

Kan ook niet op andere gronden worden geoordeeld dat sprake is van strijdigheid met de openbare orde en/of goede zeden? Is artikel 7:668a BW immers niet onderdeel van de

implementatiewetgeving van Richtlijn 1999/70/EG, meer in het bijzonder clause 5 (vgl. A.R. Houweling, 'Einde van rechtswege/arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd', in: C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht 2013*, Den Haag: Sdu 2012, p. 1358 e.v.)? Natuurlijk dringt de vergelijking met het arrest *Daddy's Dance Hall* (HvJ EG 10 februari 1988, NJ 1990, 423) zich op. Aldaar ging het om de vraag of een werknemer afstand kan doen van zijn rechten die hem krachtens de richtlijn overgang van onderneming toekomen. Het Hof van Justitie overwoog toen het volgende: '[De richtlijn overgang van onderneming] heeft tot doel de werknemers van een overgedragen onderneming het behoud te verzekeren van hun uit een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding voortvloeiende rechten. Aangezien deze bescherming van *openbare orde* (*curs. ARH*) is en de partijen bij de arbeidsovereenkomst er dus niet over kunnen beschikken, zijn de bepalingen van de richtlijn, en met name die inzake de bescherming van werknemers tegen ontslag bij overgang, in zoverre als dwingend te beschouwen voor de werknemers dat er niet in ongunstige zin van mag worden afgeweken. Hieruit volgt, dat de werknemers niet kunnen afzien van de rechten die de richtlijn hun toekent, en dat hun rechten niet mogen worden verminderd, ook niet met hun instemming. Voor deze uitlegging is niet van belang, dat de werknemer – zoals in casu – ter compensatie van de voor hem uit de gewijzigde arbeidsverhouding voortvloeiende nadelen zulke nieuwe voordelen verkrijgt, dat hij er globaal gezien niet op achteruit gaat.'

Kan naar analogie niet hetzelfde worden geoordeeld over artikel 7:668a BW in het licht van Richtlijn 1999/70/EG, te weten dat een werknemer bij het aangaan van een vierde arbeidsovereenkomst niet kan bepalen dat het rechtseffect van conversie niet intreedt, althans dat deze overeenkomst op termijn zal eindigen? Ik denk dat hier enige voorzichtigheid geboden is. Beide richtlijnen verschillen immers wezenlijk van elkaar. De richtlijn overgang van onderneming schrijft (dwingend) behoud van alle rechten en plichten voor (zie uitvoerig R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008). Richtlijn 1999/70/EG verplicht lidstaten slechts passende maatregelen te treffen om misbruik van tijdelijke arbeid te voorkomen. De richtlijn dwingt niet per se tot conversie van een bepaaldetijdscontract in een voor onbepaalde tijd. Evenmin schrijft de richtlijn het aantal tijdelijke contracten voor. Kortom, het feit dat in *Daddy's Dance Hall* termen als 'openbare orde' en 'dwingend recht' door het Hof van Justitie zijn gebezigd, brengt niet met zich dat omzeiling van artikel 7:668a BW op gelijke wijze door het Hof van Justitie zal worden beschouwd en bestraft. Wel is verdedigbaar dat nu Richtlijn 1999/70/EG uitdrukkelijk de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd centraal stelt en maatregelen ter voorkoming van misbruik voorschrijft, het nuttig effect van de richtlijn in het geding is, indien partijen (te) gemakkelijk nationaalrechtelijke bepalingen terzijde kunnen stellen met een vaststellingsovereenkomst. Een beroep op 'strijdigheid met openbare orde' lijkt dan niet zo'n gekke gedachte.

4 Vaststellingsovereenkomst tegen de wil van werknemer

Los van bovenstaande vraagstukken, beriep de werknemer zich ook op het feit dat hij eigenlijk deze vaststellingsovereenkomst, althans de uitkomst daarvan, niet wilde. Nu brengt de aard van de vaststellingsovereenkomst met zich dat partijen niet kunnen dwalen over de inhoud van de beslissing indien en voor zover deze beslissing afwijkt van het standpunt dat zij voorafgaand aan of bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst hadden (aldus ook HR 15 november 1985, *NJ* 1986, 228 (Ebele Dillema II); vgl. voor het arbeidsrecht recentelijk Ktr. Groningen 29 juli 2013, AR 2013-0658). Kortom, een beroep op dwaling komt de werknemer niet toe, althans niet ten aanzien van het element waarover de onzekerheid bestond die met vaststelling is beslecht. Dit laat een beroep op andere gronden van dwaling of op artikel 3:44 BW onverlet.

In casu doet de werknemer een beroep op het vierde lid van artikel 3:44 BW, misbruik van omstandigheden. Uit de feiten valt af te leiden dat de werknemer het 'misbruik' hierin ziet, dat hij in feite geen keuze had. De werkgever wilde enkel 'verlengen', mits de werknemer bereid was een vaststellingsovereenkomst te tekenen met beëindiging op termijn. Gezien de grote belangen van de werknemer bij behoud van het werk – zeker in deze tijden van economische crisis – kon de werknemer praktisch niet anders dan akkoord gaan (zo begrijp ik althans de impliciete stellingen van werknemer). Een zekere parallel met de vaststellingsovereenkomst gesloten in de context van een eerder gegeven – maar na ondertekening van de vaststellingsovereenkomst ingetrokken – ontslag op staande voet (dat waarschijnlijk geen stand houdt) dringt zich op (zie recentelijk nog Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5394, AR 2013-0640 waarin een dergelijke situatie zich voordeed en misbruik van omstandigheden werd aangenomen, ondanks het feit dat er mogelijkheid tot juridische bijstand was geboden). De bijzondere en afhankelijke verhouding van de werknemer ten opzichte van de werkgever, brengt mijns inziens met zich dat rechters kritisch mogen oordelen of de werknemer werkelijk heeft willen instemmen met de vaststellingsovereenkomst die als voorwaarde aan de verlenging was verbonden. Hierin zit overigens wat mij betreft ook het belangrijkste verschil ten opzichte van een gewone beëindigingsovereenkomst 'gaandeweg de rit'. Werknemer in de onderhavige zaak moest op voorhand meewerken aan de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst ter verkrijging van die arbeidsovereenkomst, terwijl in gewone beëindigingszaken de werknemer reeds in het bezit is van een arbeidsovereenkomst en derhalve 'vrijelijk' kan beslissen mee te werken aan beëindiging. Een zekere parallel met de discussie over schriftelijkheid van het concurrentiebeding bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst doet zich hier voor. Ook dan kan het tekenen van een arbeidscontract een 'take it or leave it'-karakter hebben. Het is juist om die reden dat er ook forse kritiek is op het 'schriftelijkheidsvereiste' als (vrijwel enige)

waarborg voor de werknemer. Begrijp me goed, ik zeg niet dat er altijd sprake is van misbruik, maar dat de rechter in dergelijke gevallen wel extra kritisch mag toetsen in hoeverre de werknemer werkelijk vrij was te beslissen zoals hij heeft gedaan. Als hij dat niet (goed) kan, dan dient het dwingende arbeidsrecht hem hierin te beschermen.

Overigens zij opgemerkt dat het Hof Den Bosch gelijk heeft dat in beide gevallen (zowel bij een beroep op niet-toepasselijkheid van art. 7:902 BW als op art. 3:44 BW) de werknemer een beroep had moeten doen op de vernietigbaarheid van de vaststellingsovereenkomst (zie art. 3:40 lid 2 BW). In zoverre zou de uitkomst van de zaak waarschijnlijk hetzelfde zijn gebleven.

5 Vierde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een bepaalde maximumduur

Een vraag van geheel andere orde dan de voorgaande vragen, is hoe nu eigenlijk de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geduid moet worden, als gelijktijdig met deze overeenkomst een tweede overeenkomst wordt gesloten waarin bepaald wordt dat de arbeidsovereenkomst op termijn zal eindigen. Hebben we dan niet alsnog te maken met een objectief bepaalbaar einde en dus met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd? Indien we deze vraag bevestigend beantwoorden, dan zou dat betekenen dat er een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd was gesloten, die op grond van artikel 7:668a BW zou zijn geconverteerd in een voor onbepaalde tijd. In het proefschrift van De Wolff worden dergelijke arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, arbeidsovereenkomsten met een maximumduur genoemd. Volgens De Wolff is zo'n overeenkomst er een voor bepaalde tijd (zij noemt het pensioenontslagbeding als voorbeeld: zie D. de Wolff, *De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*, Deventer: Kluwer 1999, p. 89). Inmiddels weten we dat de Hoge Raad een dergelijke overeenkomst gewoon beschouwt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die van rechtswege eindigt (HR 13 juli 2012, AR 2012-0662 (KLM-vliegers), zie met name de conclusie van A-G Keus onder 3.43. Zie ook de scherpe analyse van M.J.M.T. Keulaerds en P.C. Vas Nunes, 'Pensioenontbinding', in: R. Hansma (red.), *De ontbinding van de arbeidsovereenkomst in tienvoud* (Scholtensbundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 111 e.v.).

Toch kan men zich afvragen of de Hoge Raad ook zo zal oordelen indien het de onderhavige casus voorgeschiedt krijgt. Bij KLM-vliegers ging het om pensioenontslagbedingen en de vraag of de arbeidsovereenkomsten wel dan niet van rechtswege eindigen. De arbeidsovereenkomst met een pensioenontslagbeding verschilt van de onderhavige zaak hierin, dat in het eerste geval niet per se tot de pensioengerechtigde leeftijd hoeft te worden gewerkt. Er is enkel sprake van een maximumduur. In casu gaat het om een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met gelijktijdige vaststelling dat deze overeenkomst over (iets minder dan) een jaar zal eindigen. Dat (samenstel van overeenkomsten) lijkt toch verdacht veel op een gewoon jaarcontract? Sterker nog, als de

Hoge Raad anders zou oordelen, dan zou je als werkgever er voortaan verstandig aan doen alleen nog maar onbepaalde tijdscontracten met annex vaststellingsovereenkomsten te sluiten waarin is bepaald dat de overeenkomst over een jaar met wederzijds goedvinden eindigt. De ketenregeling komt dan nimmer in zicht, nu geen sprake is van bepaalde tijdscontracten. Dat kan toch niet de bedoeling zijn.

6 De smaak van de zaak...

Een vaststellingsovereenkomst waarin wordt bepaald dat de gelijktijdig overeengekomen vierde arbeidsovereenkomst op (korte) termijn zal eindigen, is mijns inziens om verschillende redenen in strijd met het (arbeids)recht. De regeling van de vaststellingsovereenkomst verzet zich tegen een dergelijke constructie. Het toestaan van deze juridische constructie zet de ketenregeling buiten spel en doet afbreuk aan de verplichtingen die Europa ons met Richtlijn 1999/70/EG oplegt. Op verschillende punten lijkt het arrest van het Hof Den Bosch voor cassatie vatbaar. Tegelijkertijd is enige bescheidenheid op zijn plaats. Het is altijd makkelijk op afstand te oordelen over een zaak waarvan men de werkelijke feiten niet (allemaal) weet. Indien men het arrest van het hof leest zien we twee totaal verschillende verhaallijnen. De werknemer presenteert het beeld dat hij slachtoffer is geworden van een werkgever die de ketenregeling probeert te ontduiken. De werkgever presenteert een heel ander beeld. De werknemer wenste steeds op 61-jarige leeftijd met vroegpensioen te gaan. Daarop waren de drie eerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd afgestemd. Gaandeweg bleek werknemer niet met vroegpensioen te kunnen en heeft werkgever een constructie bedacht die gunstig zou zijn voor de werknemer, te weten behoud van de arbeidsplaats voor nog een korte periode. In het verhaal van de werkgever is het de werknemer die het spel niet eerlijk speelt. In het laatste geval (verhaal werkgever) valt wel wat voor de uitkomst van deze zaak te zeggen. Juridisch gezien blijf ik evenwel ook dan van mening dat artikel 7:668a BW nu eenmaal duidelijk is. Wij hebben via ons wetgevingsmechanisme bepaald dat in Nederland ruimte is voor drie (en dus niet vier) tijdelijke contracten. Als partijen niet voor onbepaalde tijd aan elkaar verbonden willen blijven na de derde overeenkomst voor bepaalde tijd, dan dienen zij afscheid van elkaar te nemen. Doen zij dat niet – of niet voor ten minste een periode van drie maanden (zie Greenpeace-arrest) – dan hebben zij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en gelden de reguliere spelregels voor dat contract. Een beëindiging op termijn bij het aangaan van deze arbeidsovereenkomst is – en dat durf ik stellig vast te stellen – in strijd met het fundament van het arbeidsrecht.

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Niet werken gedurende laatste maand komt voor rekening werkgever. Werknemer is bedrag verschuldigd in verband met ontbreken van kilometerregistratie. Verrekening bruto- en nettobedragen

Op 1 november 2011 is werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van zes maanden in dienst getreden. Deze arbeidsovereenkomst eindigt op 30 april 2012. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO in het Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf van toepassing. In de maand april 2012 heeft werknemer geen werkzaamheden meer verricht. Werknemer stelt dat hij zich wel beschikbaar heeft gesteld en vordert loon over deze maand. Werkgever vordert in reconventie betaling van € 6.412 (bestaande uit een onverschuldigd voorgeschoten bedrag van € 500, onverschuldigd betaald loon wegens ontbreken kilometerregistratie van € 1.212 en schade wegens het moeten inschakelen van derden om het werk in de plaats van werknemer uit te doen voeren van € 4.700).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Beide partijen gingen er medio maart 2012 van uit dat werknemer met ingang van 1 april 2012 feitelijk geen werkzaamheden meer zou verrichten. Werknemer heeft eerst bij brief van 25 maart 2012 aan werkgever laten weten dat diens veronderstelling niet juist was. Dit betekent dat werknemer redelijkerwijs diende uit te gaan van de mogelijkheid dat werkgever na kennisneming van de reactie van werknemer hem alsnog tot het werk zal toelaten. Werknemer heeft zich op 6 april bij aangetekende brief nogmaals beschikbaar gesteld. Op grond van artikel 7:628 BW komt het niet werken voor risico van werkgever, zodat de loonvordering (€ 2.102,70 bruto) wordt toegewezen. Voorts is werkgever nog vakantiegeld tot 1 mei 2012 verschuldigd (€ 1.090,30 bruto). Tot slot wordt de vordering tot betaling van zeven niet opgenomen vakantiedagen toegewezen (€ 679,33 bruto). De gevorderde gevarentoeslag op grond van de cao wordt afgewezen, omdat werknemer niet de opdracht heeft gekregen werkzaamheden op hoogte te verrichten.

In reconventie wordt in totaal een bedrag van € 951,35 netto toegewezen in verband met het

ontbreken van de kilometerregistratie. De overige vorderingen in reconventie worden afgewezen. Werkgever heeft evenwel in conventie een beroep gedaan op verrekening van dit bedrag met het door hem in conventie verschuldigde bedrag aan vakantiegeld, welk beroep doel treft. Als gevolg daarvan gaan beide vorderingen tot hun gemeenschappelijk beloop teniet (art. 6:127 BW). Van het bedrag van € 951,35 netto kan derhalve slechts worden toegewezen het bedrag dat na verrekening resteert. Het in conventie toewijsbaar geoordeelde bedrag aan vakantiegeld bedraagt € 1.090,30 bruto. Verrekening kan echter alleen plaatsvinden tussen de netto verschuldigde bedragen. De kantonrechter gaat ervan uit dat het netto equivalent van € 1.090,30 bruto lager is dan het in reconventie verschuldigde bedrag van € 951,35 netto. Dit betekent dat de vordering in conventie tot betaling van vakantiegeld met de daaraan verbonden nevenvorderingen zal worden afgewezen en dat de vordering in reconventie slechts zal worden toegewezen tot het nettobedrag dat na verrekening resteert.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 26-06-2013

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2013:3394

Zaaknummer: 830021 AC EXPL 12-5550 MJ(4221)

Rechters: M.J. Slootweg

Advocaten: J.H. Brouwer en P.D. Labee

Wetsartikelen: 6:127 BW, 7:628 BW en 7:667 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Koninklijke VISIO, Landelijke Stichting Slechtzienden en Blinden

Werkneemster weigert passende arbeid te verrichten. Advies psycholoog is geen deskundigenoordeel. Volledige loonstop is gerechtvaardigd, omdat werkneemster op grond van het advies van de bedrijfsarts op het moment van de loonstop weer in staat is volledig te werken

Werkneemster is in dienst van Visio als huishoudelijk medewerkster. Sinds 13 februari 2013 is zij arbeidsongeschikt door rugklachten na een val van een trap. De bedrijfsarts heeft eind maart geleidelijke werkhervatting geadviseerd. Visio en werkneemster hebben afgesproken dat zij twee uur per dag werkzaamheden in het kader van haar re-integratie zal verrichten. Werkneemster heeft haar werk niet hervat. Nadat ze bij een eerdere afspraak bij de bedrijfsarts niet is verschenen, stelt de bedrijfsarts op 29 april 2013 vast dat er geen aanleiding is het eerdere advies, waarin werkneemster tot geleidelijke werkhervatting in staat wordt geacht, te herzien. Op 16 mei 2013 heeft de psycholoog van werkneemster aangegeven dat terugkeer in het arbeidsproces niet raadzaam is, vanwege haar burn-out en depressie. Op diverse uitnodigingen van Visio voor gesprekken over haar re-integratie is werkneemster niet ingegaan. Met ingang van 1 juli 2013 heeft Visio de loondoorbetaling gestopt. Thans vordert werkneemster loondoorbetaling vanaf deze datum.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkneemster heeft geen deskundigenverklaring ex artikel 7:629a lid 1 BW overgelegd of op een andere wijze aangetoond dat zij niet in staat is de bedongen of andere passende arbeid te verrichten, dan wel daarover gesprekken te voeren en/of haar re-integratieverplichtingen na te komen. Zij heeft daartoe wel voldoende tijd gehad. Reeds op 24 mei 2013 heeft Visio immers werkneemster de mogelijke toepassing van de sanctie tot stopzetting van de betaling van het loon tijdens ziekte aangezegd. Het advies van de behandelend psycholoog van werkneemster is onvoldoende om de vordering van werkneemster toe te wijzen. Immers, deze is geen arbeidsdeskundige. Werkneemster werd met ingang van 2 april 2013 in staat geacht twee uur te werken en, indien zij hiertoe was

overgegaan en de re-integratieadviezen met betrekking tot de uitbreiding in uren had opgevolgd, zou zij op het moment van stopzetting van het loon op 1 juli 2013 in staat zijn geweest om weer volledig te werken. Tegen die achtergrond is het redelijk dat de loonstop per 1 juli 2013 betrekking heeft gehad op het gehele salaris van werknemers en niet beperkt is gebleven tot de eerste twee re-integratie-uren.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 28-08-2005

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2005:4570

Zaaknummer: KK 13-1257

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: L.J.G. Voorn en J.G.H. Borgdorff

Wetsartikelen: 7:629 BW, 7:629a BW en 7:660a BW