

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 20, 2014

Nummer 20, 2014

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:1334 13-05-2014

Stichting Bedrijfstakpensioenfondsen voor het Beroepsvervoer over de weg/werkgever

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:1342 13-05-2014

werknemer/X en Y

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:1636 06-05-2014

werknemer/Aviapartner Cargo

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:3568 29-04-2014

werknemer/werkgever

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:2856 08-04-2014

Intertaste/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:2607 01-04-2014

werknemer/N.V. Kema

Rechtbank

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2014:2602 15-05-2014

X/Sichting Landstede

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:2751 12-05-2014

werknemer/S.Weisz-Uurwerken B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:2752 12-05-2014

Stichting Pensioenfondsen voor de Woningbouwcorporaties/X

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2014:2436 08-05-2014

werknemer c.s./BTB Riedas B.V.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:3829 10-04-2014

Stichting Kabelomroep Zuid-Limburg, Lokale Omroep Maastricht/werknemer

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:2625 12-03-2014

werkneemster/Seventh Oak B.V.

Uitspraken zonder ECLI

Gerechtshof Amsterdam 15-05-2014

ondernemingsraad Sappi Nijmegen en Centrale Ondernemingsraad Sappi NL/Sappi Nijmegen en Sappi NL

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Ex nihilo nihil fit

R.M. Beltzer

ANNOTATIE

Ex nihilo nihil fit

R.M. Beltzer

1. Inleiding

In deze zaak is het ondernemingsbegrip uit Richtlijn 2001/23 (overgang van onderneming, verder: de richtlijn) weer eens aan de orde. De in de richtlijn (in art. 1 lid 1 onder b) gekozen tekst om dat begrip te definiëren – een ‘al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan’ – blinkt niet uit in het verschaffen van zekerheid. Hoewel het onderwerp om die reden relatief vaak is voorbijgekomen bij het Hof van Justitie, is de rechtsvraag in de nu te behandelen zaak nieuw: de vraag of iets dat geen onderneming was dat door en na de overgang wel kan worden, is bij mijn weten niet eerder aan het Hof voorgelegd. Het ging in feite in zaken als Oy Liikenne, Sodexho, Temco en Klarenberg (resp. HvJ EG 25 januari 2001, *JAR* 2001/68; HvJ EG 20 november 2003, *JAR* 2003/298; HvJ EG 24 januari 2002, *JAR* 2002/47; en HvJ EG 12 februari 2009, *JAR* 2009/92) steeds om de omgekeerde vraag: iets wás een onderneming in de zin van de richtlijn, maar de vraag was of die onderneming na overgang nog wel dusdanig als zodanig bestond, dat men kon stellen dat deze onderneming haar identiteit had behouden – met als rechtsgevolg, zoals ik bekend veronderstel: de overgang van alle werknemers met behoud van al hun rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst (zie in het bijzonder art. 7:662 e.v. BW).

2. De casus en het geschil

De casus betrof een reorganisatie en herschikking van activiteiten in 2010 binnen het Telecom Italia-concern. Relevant voor dit commentaar is het volgende. Telecom Italia had een divisie Technology and Information, waartoe de afdeling Information Technology behoorde. Die laatste afdeling omvatte een aantal operationele informatica-activiteiten, zoals innovatie, ontwerp, uitvoering en applicatiebeheer. Deze afdeling werd door Telecom Italia in tien onderafdelingen opgesplitst. Een van die onderafdelingen was IT Operations. Deze onderafdeling bleef samenwerken met andere (onder)afdelingen, net zoals voor de

reorganisatie het geval was geweest. Men zou, conform het arrest Klarenberg, kunnen stellen dat tussen deze afdelingen een zekere functionele band behouden was gebleven, al ging het geschil niet om de vraag of deze splitsing een overgang van onderneming had bewerkstelligd – logisch, want de werkgever bleef dezelfde. Dat werd anders toen de afdeling IT Operations in april 2010 naar een dochteronderneming werd overgebracht, te weten Telecom Italia Information Technology Srl (verder: TIIT). De werknemer Amatori en (minimaal) 74 van zijn collega's (eisers in de zaak) zetten hun 'arbeidsverhouding' (zie r.o. 17 van het arrest) voort met TIIT. Omdat dit zonder hun toestemming was geschied en zij meenden dat geen sprake was geweest van een overgang van onderneming van Telecom Italia naar TIIT, vorderden zij een verklaring voor recht dat hun arbeidsovereenkomst met Telecom Italia was blijven bestaan. Daartoe stelden zij dat deze afdeling vóór de inbreng van de afdeling IT Operations in het kapitaal van TIIT, geen functioneel autonome eenheid was in de structuur van Telecom Italia. Bovendien bestond die afdeling niet voordat de overgang plaatsvond. Daarenboven verzet het feit dat de vervreemder een sterke overheersing uitoefent ten aanzien van de verkrijger, zich ertegen dat die inbreng als een overgang van een onderneming wordt aangemerkt, aldus eisers. Daar kwam bij dat TIIT na de inbreng van de afdeling IT Operations overwegend voor Telecom Italia was blijven werken. De Tribunale di Trento schorste de behandeling van de zaak en verzocht het Hof om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

'1) Verzet de regeling van de Europese Unie inzake "overgang van een onderdeel van een onderneming", met name artikel 1, lid 1, sub a en b, [van Richtlijn 2001/23], gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, van [die] richtlijn zich tegen een nationale regeling, zoals die van artikel 2112, lid 5, van [het burgerlijk wetboek], op grond waarvan de verkrijger de vervreemder kan opvolgen in de arbeidsbetrekkingen zonder dat de instemming van de overgedragen werknemers is vereist, zelfs wanneer het deel van de onderneming waarop de overgang betrekking heeft, geen functioneel autonome economische eenheid is die reeds bestond op het ogenblik van de overgang en bij de overgang door de vervreemder en de verkrijger als dusdanig kan worden geïdentificeerd?

2) Verzet de regeling van de Europese Unie inzake "overgang van een onderdeel van een onderneming", met name artikel 1, lid 1, sub a en b, [van Richtlijn 2001/23], gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, van [die] richtlijn zich tegen een nationale regeling, zoals die van artikel 2112, lid 5, van [het burgerlijk wetboek], op grond waarvan de verkrijger de vervreemder kan opvolgen in de arbeidsbetrekkingen zonder dat de instemming van de overgedragen werknemers is vereist, zelfs wanneer de vervreemdende onderneming na de overgang een sterke overheersing uitoefent ten aanzien van de verkrijger, die tot uiting komt door een nauwe verbintenis van lastgeving en door een vermenging van het

ondernemersrisico?’

3. Het Hof van Justitie

De zaak is zonder conclusie A-G gewezen. Na de bekende opsomming van de relevante teksten van de richtlijn, alsmede van hetgeen het Hof in eerdere arresten ten aanzien van het ondernemingsbegrip heeft overwogen, komt het Hof toe aan een inhoudelijk antwoord op de eerste vraag. Interessant is dat het Hof aansluit bij de door de Italiaanse rechter gebezigde, maar niet in de richtlijn, noch in eerdere rechtspraak voorkomende, terminologie en het vereiste stelt dat een onderneming, om als zodanig te kunnen kwalificeren, een zekere ‘functionele autonomie’ dient te bezitten, ‘aangezien het begrip “autonomie” verwijst naar de bevoegdheid van de verantwoordelijken van de betrokken groep werknemers om op relatief vrije en onafhankelijke manier het werk binnen die groep te organiseren en meer in het bijzonder de bevoegdheid om bevelen te geven en om de taken te verdelen tussen de ondergeschikten binnen die groep, dit alles zonder rechtstreekse tussenkomst van andere organisatiestructuren van de werkgever’. Het Hof verwijst daarbij naar zijn uitspraak in de zaak Scattolon (HvJ EU 6 september 2011, JAR 2011/262, AR 2011-0727), waar woorden van gelijke strekking zijn gebezigd. Het Hof vindt voor zijn opvatting steun bij artikel 6 lid 1 eerste en vierde alinea van de richtlijn, betreffende de vertegenwoordiging van de werknemers, volgens welke bepalingen het de bedoeling is dat die richtlijn van toepassing is op elke overgang die voldoet aan de voorwaarden van artikel 1 lid 1 van die richtlijn, ongeacht of de overgegang economische eenheid in de structuur van de verkrijger al dan niet als eenheid blijft bestaan. De daarin opgenomen woorden ‘blijft bestaan’ brengen naar het oordeel van het Hof (r.o. 34) mee dat de autonomie van de overgegang eenheid in ieder geval reeds moet bestaan op het moment van de overgang. Is daarvan geen sprake, dan is geen sprake van een overgang van onderneming – en dus behoeft de verkrijger, in dit geval TIIT, niet de rechten en verplichtingen van de overgekomen werknemers te respecteren. Het Hof haast zich erna te overwegen dat een en ander niet wegneemt dat het een lidstaat vrijstaat werknemers niettemin te beschermen in een dergelijke situatie: artikel 8 van de richtlijn maakt zulks immers mogelijk. Daarbij herhaalt het Hof dat de richtlijn ‘de betrokken materie slechts gedeeltelijk beoogt te harmoniseren’ (r.o. 41).

Ten aanzien van de tweede vraag komt het Hof veel sneller tot een antwoord. Na te hebben overwogen (r.o. 47) dat nergens in de richtlijn steun is te vinden voor de stelling dat de richtlijn alleen kan worden toegepast indien de verkrijger onafhankelijk is van de vervreemder, verwijst het Hof naar zijn oordeel in de zaak Allen (HvJ EG 2 december 1999, JAR 2000/31) alwaar sprake was van een overgang binnen concern, tussen twee dochtermaatschappijen. R.o. 49 is de moeite van het citeren waard: ‘Er is geen reden waarom voor de toepassing van genoemde richtlijn het overeenstemmende marktgedrag van de

moedermaatschappij en haar dochterondernemingen zwaarder zou wegen dan de formele scheiding tussen die vennootschappen, die eigen rechtspersoonlijkheid hebben. Een dergelijke oplossing, die erop neer zou komen dat overgangen tussen vennootschappen van eenzelfde groep buiten het toepassingsgebied van de richtlijn vallen, druist juist in tegen het doel van deze laatste, die beoogt te verzekeren, dat de werknemers bij verandering van ondernemer hun rechten zoveel mogelijk behouden, door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever blijven.' Een andersluidend oordeel zou het gemakkelijk maken het met de richtlijn beoogde doel te omzeilen (r.o. 51). De sterke overheersing van Telecom Italia over TIIT kan dus de werking van de richtlijn niet uitsluiten.

4. Commentaar

Het arrest is op het eerste onderdeel – het ondernemingsbegrip – vernieuwend, op het andere onderdeel – de toepasselijkheid van de richtlijn binnen groepsstructuren – verhelderend en bevestigend. De reikwijdte van het ondernemingsbegrip uit de richtlijn is wederom verfijnd – meestal leidt dat overigens tot een uitbreiding van het begrip. In die zin is deze zaak afwijkend, nu men kan stellen dat het Hof een beperking heeft aangebracht. Zou men het oordeel van het Hof in deze zaak moeten samenvatten, dan is de uitkomst dat wat vóór de overgang geen (onderdeel van een) onderneming was in de zin van de richtlijn, dat niet na overgang alsnog kan worden, ook al weet de verkrijger het betreffende onderdeel zo vorm te geven dat het binnen zijn eigen organisatie als zodanig zou kwalificeren. IT Operations had wellicht voor de overgang onvoldoende functionele autonomie, nu het een (onder)afdeling was. Het zou zo kunnen zijn geweest dat deze afdeling, bijvoorbeeld, onvoldoende zelf het werk kon organiseren, zonder tussenkomst van andere structuren binnen de onderneming van de werkgever. Het is aan de nationale rechter zulks te wegen, aan de hand van de Spijkers-factoren. Dat dit niet steeds een eenvoudige opgave is, blijkt uit de vele gepubliceerde zaken. De moeilijkheden ontstaan uiteraard alleen indien een onderdeel van een onderneming overgaat. Gaat het hele bedrijf over, dan zal geen discussie ontstaan over toepasselijkheid van (het nationale recht dat de implementatie vormt van) de richtlijn. Verwarrend is dat het begrip 'onderdeel van een onderneming' juridisch geen zelfstandige betekenis heeft: de definitie van onderneming ziet zowel op hele bedrijven als op afdelingen, mits deze als een 'eenheid' kunnen worden gezien, of, in de woorden van het Hof van Justitie in deze zaak: voldoende functionele autonomie bezitten (r.o. 32). Ik merk hierbij op dat niet ondenkbaar is dat groepsstructuren het werk zó organiseren, dat van functionele autonomie van afdelingen geen sprake is. In feite kan zo bij intra-concernbewegingen, tot op zekere hoogte, worden voorkomen dat een overgang van onderneming plaatsheeft. Dat lijkt mij in veel gevallen niet wenselijk – het doel van de richtlijn is immers dat het personeel het werk

volgt en het gaat niet aan concerns hierbij een zeker voordeel te verschaffen.

Het is niet verboden werknemers niettemin de bescherming van de richtlijn te verschaffen indien geen sprake is van een voor de overgang bestaande economische eenheid met functionele autonomie. Dit volgt uit artikel 8 van de richtlijn. Zo lankmoedig is het Hof overigens niet op elk vlak. Men denke aan het vorig jaar gewezen Parkwood-arrest (HvJ EU 18 juli 2013, *JAR* 2013/216, AR 2013-0556), waarin het Hof het verbod overgegangene incorporatiebedingen een ruimer bereik te geven dan een verwijzing naar de op het moment van overgang bestaande cao. Ook lijkt het niet mogelijk te zijn werknemers binnen groepsstructuren permanent te detacheren indien het rechtsgevolg naar nationaal recht daarvan zou zijn dat zij de bescherming van de richtlijn ontberen (HvJ EU 21 oktober 2010, *JAR* 2010/298, AR 2010-0835 (Roest e.a./Albron)). Artikel 8 van de richtlijn heeft dus geen onbegrensd bereik.

Aan extra bescherming zit altijd een andere kant, en die hangt veelal samen met het bij de verkrijger reeds werkzame personeel. Dat dit personeel niet steeds zit te wachten op deze extra bescherming behoeft weinig betoog. Men denke aan een na de overgang noodzakelijk geworden reorganisatieontslag. Naar Nederlands recht nemen de overgekomen werknemers hun anciënniteit mee zodat de uitkomst zeer goed kan zijn dat zittend personeel naar het oordeel van het UWV eerder voor ontslag in aanmerking komt dan het overgekomen personeel. Een recent voorbeeld van Nederlandse bodem biedt de Martinair-zaak: hier kwam het grootste verzet tegen de overgang van het Martinair-personeel niet van verkrijger KLM, maar van (de vertegenwoordigers van) het zittende personeel dat geen heil zag in een parallelle entree van deze nieuwe collega's (Ktr. Amsterdam 17 maart 2014, *JAR* 2014/91, AR 2014-0266).

Interessant is de vergelijking die het Hof met artikel 6 van de richtlijn maakt (r.o. 33). Die bepaling gaat over het behoud van medezeggenschapsrechten en kent een van de rest van de richtlijn wat afwijkende terminologie. Zo maakt het artikel onderscheid tussen het wel of niet 'als eenheid' blijven bestaan, waarmee wordt aangesloten bij de – ook in Nederland geldende – situatie dat medezeggenschap gekoppeld is aan een onderneming en niet aan een vennootschap. Blijft de onderneming na overgang als eenheid bestaan, dan blijven 'de positie en de functie van de vertegenwoordigers of vertegenwoordiging van de bij overgang betrokken werknemers behouden onder dezelfde voorwaarden als krachtens de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen of een overeenkomst voor het tijdstip van overgang bestonden, mits aan de voorwaarden ter zake van een werknemersvertegenwoordiging is voldaan'. Indien de onderneming niet als eenheid blijft bestaan, nemen de lidstaten de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de bij de overgang betrokken werknemers die voor de overgang vertegenwoordigd waren, ook daarna gedurende (een zekere) periode naar behoren

vertegenwoordigd blijven. Uit de keuze voor de woorden ‘blijft bestaan’ leidt het Hof af dat de autonomie van de onderneming al vóór overgang moet bestaan. Men kan hierin de toepassing van het *nemo plus*-beginsel zien: men kan niet meer overdragen dan men heeft. Toch wringt hier iets: de vraag naar eenheidsbehoud komt pas aan de orde als vaststaat dat de identiteit überhaupt behouden is gebleven. Met andere woorden: er kan sprake zijn van identiteitsbehoud, maar eenheidsverlies. De verwijzing naar artikel 6 van de richtlijn ter ondersteuning van de stelling dat hieruit kan worden afgeleid dat een onderneming vóór overgang een zekere functionele autonomie moet bezitten (omdat anders geen sprake kan zijn van een onderneming die haar identiteit behoudt – zij had er immers nog geen) komt dan wat op losse schroeven te staan: de woorden ‘blijft bestaan’ ziet immers op het behoud van eenheid, niet op het behoud van identiteit – waar de zaak Amatori nu juist wel op ziet (zie voor de definitie van eenheid uit art. 6 – als te onderscheiden van de in dit arrest van belang zijnde termen ‘identiteit’ en ‘functionele autonomie’ – het arrest UGT-FSP van het Hof van 29 juli 2010 (JAR 2010/217, AR 2010-0598)).

Met de tweede vraag wilde de verwijzende rechter weten of het feit dat de vervreemder na de overgang een sterke overheersing bleef uitoefenen op de verkrijger reden was te oordelen dat, kort gezegd, ingevolge de richtlijn (en daarmee: naar nationaal recht) geen overgang van onderneming zou kunnen plaatsvinden. Ook hier pleitten Telecom Italia en TIIT in feite voor een verbod op uitbreiding als bedoeld in artikel 8 (zoals in Parkwood), al kwam men aan een oordeel daarover niet toe, nu geen sprake was van enige uitbreiding, maar van simpelweg toepassing van de hoofdregel. Het antwoord van het Hof laat, zoals ik moge hebben aangetoond, aan duidelijkheid weinig te wensen over (r.o. 49), al is de eerste zin wat mistig waar het Hof spreekt van ‘de formele scheiding van vennootschappen, die eigen rechtspersoonlijkheid hebben’. Mij lijkt de genoemde ‘overeenstemming van marktgedrag’ een reden eerder een overgang van onderneming aan te nemen dan in gevallen waarin daarvan geen sprake is, nu de moeder een beslissende invloed heeft op het gedrag van de dochter, en een overgang van onderneming kan bewerkstelligen zonder noemenswaardige medewerking van die dochter die na overgang als werkgever zal optreden. Wellicht heeft het Hof zulks ook willen impliceren met zijn stelling dat niet-toepasselijkheid in deze situatie juist indruist tegen het doel van de richtlijn. In feite was deze uitkomst al wel bekend na het Allen-arrest (JAR 2000/31) waarin het Hof ook oordeelde dat de richtlijn van toepassing is binnen concernstructuren.

RECHTSPRAAK

**ondernemingsraad Sappi Nijmegen en Centrale
Ondernemingsraad Sappi NL/Sappi Nijmegen en Sappi NL**

Uitruilen van verlenging sociaal plan tegen beroepsrecht van (C)OR maakt besluit tot verplaatsing productie onredelijk. Bestuurder heeft eigen verantwoordelijkheid voor goed medezeggenschapstraject en mag zich niet verschuilen achter verplichtingen 'te onderhandelen' met de vakbonden over voortzetting cao.

Sappi produceert en distribueert papier. Er worden twee typen papier geproduceerd, houthoudend gecoat papier en niet-houthoudend gecoat papier. SFPE (de Europese divisie van Sappi) houdt verschillende fabrieken in Europa, waaronder in Nederland. Sappi Nijmegen produceert alleen niet-houthoudend papier (luxe papier). Bestuurders van Sappi Nijmegen zijn Sappi NL en de heer Thomas. Bestuurder van Sappi NL is onder meer Quaadvlieg die tevens bestuurder is van SFPE. SFPE heeft in 2013 verliezen geconstateerd bij haar fabrieken (in Nederland) en verwacht een verdere daling en marktaandeel in het papier. Om de bezettingsgraad per productie te verhogen overweegt SFPE de productie van papier te concentreren in Lanaken (België). Op 28 oktober 2013 vraagt de bestuurder van Sappi Nijmegen aan de OR advies over het voorgenomen besluit de productie naar Lanaken te verplaatsen (maar uitdrukkelijk niet de daarmee verbandhoudende sluiting en of verkoop van de fabriek in Nijmegen). De OR schrijft in zijn reactie behoefte te hebben aan het antwoord op de vraag of het huidige sociaal plan dat tot 1 april 2014 loopt, ook nadien van kracht blijft. In januari 2014 adviseert de OR negatief over de voorgenomen sluiting van de fabriek, omdat gemakkelijk tot alternatieve bedrijfsvoering gekomen kan worden en er geen duidelijkheid is over de sociale gevolgen. Ondertussen heeft een speciaal daarvoor opgericht Adviesorgaan verkennende gesprekken gevoerd met mogelijke kopers van de fabriek in Nijmegen dat werkgelegenheid zou doen behouden. Uit deze verkenning is een potentiële koper gekomen, AIAC. De bestuurder van Sappi weigert met AIAC gesprekken te voeren, zolang en indien de OR van het besluit tot sluiting van de fabriek in Nijmegen overweegt in beroep te gaan bij de OK. De bestuurder wijst de OR op het doen van afstand van beroep als bedoeld in artikel 25 lid 5 WOR. Uiteindelijk zijn toch gesprekken gevoerd en is een Letter of Intent tot stand gekomen

tussen AIAC en Sappi. In deze procedure stellen de OR en COR zich op het standpunt dat het besluit van Sappi over te gaan tot sluiting van de fabriek in Nijmegen onredelijk is, waarbij voornamelijk kritiek wordt geuit op de wijze waarop Sappi de onduidelijkheid over de sociale gevolgen en het aflopen van het sociaal plan per 1 april 2014 als hefboom heeft gebruikt in de besluitvorming in het medezeggenschapstraject. Voorts stellen de OR en de COR dat Quaadvlieg, die de onderhandelingen deed, onvoldoende de belangen van Sappi Nederland behartigde, omdat hij driedubbele petten op had.

De Ondernemingskamer oordeelt als volgt. Anders dan de OR en COR stellen, acht de OK aanneemelijk dat Thomas (en via hem het management van Sappi Nijmegen) op zodanige wijze en in zodanige mate bij de besluitvorming en de medezeggenschap inzake de productieverplaatsing is betrokken, dat niet kan worden gezegd dat de eigen vennootschappelijke verantwoordelijkheid van Sappi Nijmegen in deze is miskend.

De OK onderschrijft echter het standpunt van de OR dat Sappi met haar voornemen om de productie van Nijmegen naar Lanaken en elders te verplaatsen, de facto tevens de beslissing heeft genomen om de fabriek in Nijmegen te verkopen dan wel te sluiten indien niet tot verkoop daarvan wordt (of kan worden) gekomen. Ook al is overeengekomen dat ter zake van die sluiting of verkoop eveneens aan de OR advies zal worden gevraagd, dit doet niet eraan af dat die sluiting of verkoop feitelijk het gevolg zal zijn van de verplaatsing en stopzetting van de productie in Nijmegen. Mitsdien heeft het op de weg van Sappi gelegen om, tegelijkertijd met haar adviesaanvraag van 28 oktober 2013, een overzicht te verstrekken van de gevolgen die het besluit naar te verwachten valt voor de in de onderneming werkzame personen zal hebben en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen (art. 25 lid 3 WOR). Dit laatste heeft Sappi echter nagelaten. In de adviesaanvraag is slechts vermeld dat het dienstverband met boventallig verklaarde medewerkers (ingeval van een sluiting van de fabriek: ongeveer 200 personen) zal worden beëindigd, mogelijk in de vorm van een collectief ontslag. Daarmee is geenszins voldaan aan de hiervoor bedoelde wettelijke verplichting. De OK rekent dit Sappi zwaar aan. Anders dan Sappi heeft gesteld, valt 'in overleg treden' of 'onderhandelen' niet aan te merken als een 'voorgenomen maatregel' naar aanleiding van een verwachte boventalligverklaring. Daaraan doet niet af dat Sappi niet gehouden is of was dergelijke maatregelen in overeenstemming met de OR vast te stellen; het adviesrecht van de OR strekt zich (wél) nadrukkelijk mede tot (de inhoud van) die maatregelen uit. Sappi heeft in dit verband nog gesteld dat zij op grond van artikel 55.5 van de cao verplicht is om met de vakbonden te onderhandelen over een (nieuw) sociaal plan en dat het haar niet vrijstaat 'om dit ab irritio met de ondernemingsraad te doen, of dat eenzijdig te doen'. Voorts heeft zij aangevoerd dat het vanuit strategisch oogpunt, gezien de (toen) nog te starten onderhandelingen met de vakbonden over een nieuwe cao inclusief sociaal plan, ook niet

gewenst was uitspraken over zo'n (nieuw) sociaal plan te doen en dat hetzelfde gold voor de voortgang van het medezeggenschapstraject. De OK kan Sappi hierin niet volgen. Niet valt immers in te zien dat Sappi niet – zonder komende of lopende onderhandelingen met de vakbonden te schaden – zou hebben kunnen toezeggen het (bestaande) sociaal plan toe te passen, uitsluitend voor de medewerkers van 'Nijmegen', bij de eventuele sluiting, verkoop of overname van de Nijmeegse fabriek als gevolg van de (toen: voorgenomen) productieverplaatsing. Bij dit alles dient te worden bedacht dat een goed verloop van de medezeggenschap in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de bestuurder (in de zin van de WOR; in deze: Quaedvlieg) is. Het heeft daarom op diens weg gelegen om hetzij te dezen duidelijkheid te verschaffen, hetzij in redelijkheid een oplossing te vinden waarmee zowel Sappi als de OR kon leven. Het op enig moment aan de OR gedane voorstel om de verlenging van het sociaal plan 'uit te ruilen' tegen het beroepsrecht van de OR voldeed daar niet aan. In het licht van al het vorenstaande acht de Ondernemingskamer het dan ook bepaald niet onbegrijpelijk dat de OR zich onder druk gezet voelde en Sappi verwijt (het aflopen van) het sociaal plan als hefboom in het medezeggenschapstraject te hebben gebruikt. Het voorgaande maakt het besluit onredelijk. De door de OR verzochte voorziening zal de Ondernemingskamer evenwel niet treffen, nu zij begrijpt dat Sappi inmiddels (alsnog) heeft toegezegd dat het sociaal plan van toepassing zal zijn op alle gevallen waarin een medewerker boventallig wordt verklaard bij gelegenheid van de eventuele sluiting, verkoop of overname van (de fabriek van) Sappi Nijmegen als gevolg van het onderhavige besluit tot productieverplaatsing.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 15-05-2014

Zaaknummer: 200.144.123/01 oK

RECHTSPRAAK

werknemer/S.Weisz-Uurwerken B.V.

Ontslag op staande voet vanwege nevenwerkzaamheden en overtreding geheimhoudingsbeding. Werkgever is schadevergoeding van € 7.500 verschuldigd wegens onrechtmatig verkregen bewijs (ernstige inbreuk op privacy werknemer). Desondanks is sprake van een dringende reden.

Werknemer is sinds 2007 als export director in dienst van Weisz, een groothandel in horloges. In de arbeidsovereenkomst is bepaald dat nevenwerkzaamheden verboden zijn en is een geheimhoudingsbeding opgenomen. Op 14 maart 2014 is werknemer op staande voet ontslagen, kort samengevat vanwege nevenwerkzaamheden en schending van het geheimhoudingsbeding. Op 17 maart 2014 heeft Weisz werknemer opnieuw op staande voet ontslagen, voor het geval het eerdere ontslag op staande voet geen stand zou houden. Als grond voor dit ontslag heeft Weisz aangevoerd dat werknemer aan een concurrent de naam zou hebben doorgegeven van een fabriek waar Weisz haar horloges laat maken. Werknemer stelt dat van een dringende reden geen sprake is. Hij vordert gefixeerde schadevergoeding en een schadevergoeding vanwege een onrechtmatige inbreuk op zijn privacy. In reconventie vordert Weisz onder meer terugbetaling van verstrekte leningen en werknemer te bevelen tot geheimhouding van vertrouwelijke bedrijfsgegevens van Weisz.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Bij de vraag of op voorhand moet worden aangenomen dat er sprake is van een dringende reden moet eerst beoordeeld worden of het bewijs onrechtmatig is verkregen. Tenminste een deel van het bewijs is onrechtmatig verkregen. Daarbij is van belang dat Weisz onvoldoende aannemelijk heeft kunnen maken dat zij een concreet vermoeden had dat werknemer in strijd handelde met bepalingen uit de arbeidsovereenkomst, dan wel dat hij onrechtmatige of strafbare handelingen verrichtte. Dat er veeleer sprake was van een 'fishing expedition' blijkt uit het gegeven dat Weisz het onderzoek is gestart daags nadat werknemer haar had verteld dat hij bij X in dienst wilde treden. Verder is van belang dat Weisz zich toegang heeft verschaft tot privé-G-mail-accounts van werknemer. Daaraan doet niet af dat Weisz bij de betreffende gegevens kon komen omdat de inloggegevens op de pc bewaard waren gebleven en zij dus niet de accounts heeft hoeven

hacken (met andere woorden: het laten openstaan van de voordeur rechtvaardigt geen insluiping of diefstal!). Ook het gebruikmaken van de WhatsApp-berichten op de door werknemer gebruikte telefoon worden als een ontoelaatbare inbreuk op diens privacy beschouwd, nu de telefoon en daarmee de betreffende berichten deels een privé karakter droegen, omdat de telefoon immers ook privé werd gebruikt, hetgeen ook was toegestaan. Voorts is van belang dat Weisz de laptop onder valse voorwendselen heeft ingenomen, namelijk niet voor het toevoegen van een update (zoals Weisz deed voorkomen) maar voor het onderzoek naar mogelijk onoorbaar gedrag van werknemer. Tot slot is van belang dat werknemer onweersproken heeft gesteld dat Weisz een aantal van de e-mails, afkomstig van een van de G-mail-accounts heeft gebruikt in een ontslagprocedure tegen een andere werknemer van Weisz. Dit levert een 'extra' inbreuk op de privacy op, nu deze de verhouding Weisz-werknemer te buiten gaat. Het bovenstaande betekent dat er sprake is van een ernstige inbreuk door Weisz op het recht op privacy van werknemer en Weisz zich niet als goed werkgever heeft gedragen en jegens werknemer onrechtmatig heeft gehandeld.

Werknemer heeft aangevoerd dat, nu Weisz de betreffende gegevens op onrechtmatige wijze heeft verkregen, deze bij de beoordeling van de dringende reden niet mee mogen worden genomen. Naar voorlopig oordeel betekent de vaststelling dat het bewijs onrechtmatig is verkregen in het algemeen niet dat de resultaten van het onderzoek in een civiele procedure buiten beschouwing moeten worden gelaten. Daarvan zal alleen in zeer bijzondere omstandigheden sprake kunnen zijn. Daarvan is in dit geval geen sprake. Wel moet voorkomen worden dat het recht op privacy van een werknemer door het (onbelemmerd) gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs ernstig zou worden uitgehold. Er wordt derhalve een schadevergoeding van € 7.500 toegekend. Dit betreft (mede) immateriële schade. Desondanks is wel sprake van een dringende reden. Uit overgelegde e-mails blijkt dat werknemer het verbod op nevenwerkzaamheden heeft overtreden. Voorts wordt het noemen van de naam van de fabriek waar Weisz een deel van haar horloges laat maken aan een concurrent, wel degelijk als het prijsgeven van bedrijfsgevoelige informatie beschouwd, hetgeen (dan ook) een overtreding van het geheimhoudingsbeding oplevert. De door werknemer gevorderde gefixeerde schadevergoeding wordt afgewezen. Het beroep van Weisz op verrekening van verstrekte leningen wordt toegewezen. Voorts wordt een dwangsom gesteld op overtreding van het geheimhoudingsbeding.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 12-05-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:2751

Zaaknummer: 2923121 KK EXPL 14-585

Rechters: T.M.A. van Löben Sels

Advocaten: P.M. Meijer en M. Drolsbach

Wetsartikelen: 6:162 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Pensioenfonds voor de Woningbouwcorporaties/X

Onjuiste en te hoge pensioenvaststelling mag door pensioenfonds voor de toekomst worden gecorrigeerd. Teveel ontvangen ouderdomspensioen hoeft niet te worden terugbetaald.

X heeft pensioenaanspraken opgebouwd bij Stichting Pensioenfonds voor de Woningbouwcorporaties (hierna: SPW). X heeft met ingang van 1 maart 2008 € 1.075,11 bruto per maand aan pensioen ontvangen. In maart 2013 heeft SPW aan X laten weten dat het pensioen te hoog is vastgesteld, doordat geen rekening is gehouden met de echtscheiding van X. Het pensioen is verlaagd naar € 829,26 bruto per maand en SPW stelt dat X het teveel betaalde pensioen moet terugbetalen. In de onderhavige procedure vordert X voor recht te verklaren dat SPW niet gerechtigd is om het ouderdomspensioen te verlagen en dat SPW niet gerechtigd is om het teveel betaalde ouderdomspensioen op X te verhalen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Dat de vaststelling van het ouderdomspensioen van X fout is geweest en te hoog is geweest, staat tussen partijen niet ter discussie. Kern van de vraag is of SPW gerechtigd is deze onjuiste vaststelling te herstellen. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord voor de toekomst. Geen rechtsregel staat er verder aan in de weg dat een fout in beginsel hersteld mag worden, ook als dit betekent dat hierdoor een lagere uitkering wordt toegekend. Aangenomen mag worden dat het spiegelbeeld, waar X jaren een te lage uitkering zou hebben ontvangen, ook in de visie van X voor aanpassing in aanmerking zou zijn gekomen.

De vraag of X ook gehouden is het teveel aan ouderdomspensioen terug te betalen, wordt daarentegen ontkennend beantwoord. Daarbij heeft tot uitgangspunt te gelden dat pensioenuitkeringen, gelet op de aard daarvan, bedoeld zijn om maandelijks in haar levensonderhoud te voorzien. Slechts in bijzondere omstandigheden is er aanleiding om van X te verlangen dat zij deze inmiddels uitgegeven bedragen aan SPW terug moet betalen, waarbij het toetsingskader vergelijkbaar wordt geacht aan de situatie waarbij ter beoordeling is of teveel ontvangen alimentatie moet worden terugbetaald. Daarbij dient de rechter die beslist op

een verzoek tot wijziging van een eerder vastgestelde bijdrage in het levensonderhoud – aldus de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad – in het algemeen een behoedzaam gebruik te maken van zijn bevoegdheid de wijziging te laten ingaan op een vóór zijn uitspraak gelegen datum, in het bijzonder indien dit ingrijpende gevolgen kan hebben voor de onderhoudsgerechtigde in verband met een daardoor in het leven geroepen verplichting tot terugbetaling van hetgeen in de daaraan voorafgaande periode in feite is betaald of verhaald. In de onderhavige situatie leidt die toetst ertoe dat voor terugbetaling van hetgeen reeds door X is ontvangen geen plaats is. Van bijzondere omstandigheden, waar gedacht kan worden aan onjuiste opgave van de zijde van X, dan wel wetenschap omtrent de door SPW gemaakte fout, is in dit geding niet gebleken.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 12-05-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:2752

Zaaknummer: 2260078 / CV EXPL 13-20624

Rechters: E. Pennink

Advocaten: F.A.A.C. Traa en J. Los

RECHTSPRAAK

werknemer/Aviapartner Cargo

Ontslag op staande voet wegens vermeende diefstal van mobiele telefoons Aviapartner. Camerabeelden waaruit betrokkenheid bij ‘inbouwen’ van het pakket blijkt zijn voldoende om diefstal aan te nemen.

Werknemer is op 1 november 2003 in dienst van Aviapartner getreden. Op 20 april 2012 heeft een klant van Aviapartner aan Aviapartner mededeling gedaan van de vermissing van 43 mobiele telefoons van het merk Samsung. Deze vermissing is door de betrokken klant opgemerkt in Frankfurt, Duitsland, waarnaar de vracht waarvan de telefoons deel uitmaakten vanaf Schiphol was vervoerd. Werknemer was daags tevoren, op 19 april 2012, werkzaam in de bedrijfsruimte van Aviapartner op Schiphol waarin zich een pakket bevond met daarin de naderhand als vermist opgegeven telefoons. In die ruimte zijn toen ook andere werknemers van Aviapartner aanwezig geweest. Aviapartner beschikt over camerabeelden waaruit valt af te leiden dat werknemer (samen met anderen) het pakket met een container, een voertuig met aanhangwagen en een vorkheftruck ‘inbouwt’, en aldus aan het oog van de bewakingscamera onttrekt. Nadat Aviapartner werknemer met deze beelden confronteert en hem beschuldigt van diefstal, ontslaat zij werknemer op 25 april wegens een dringende reden.

Het hof oordeelt als volgt. De betrokkenheid van werknemer bij het ‘inbouwen’ van het pakket waarin die telefoons zich hebben bevonden met andere voorwerpen, waardoor de camera dit pakket niet langer kon waarnemen, het daarop gevolgde zich aan het oog van de camera onttrekken door werknemer, diens weglopen naar de ‘lockers’ nadat hij, verscholen achter de geplaatste andere voorwerpen, in de nabijheid van het pakket had vertoefd en de kennelijke positiewijziging van het pakket in de tussentijd, blijkend uit het niet meer zichtbaar zijn van een eerder waargenomen beschadiging daaraan, vormen samen overtuigende aanwijzingen voor – in ieder geval – betrokkenheid van werknemer bij het wegnemen van de vermiste telefoons en, aldus, voor de gerezen verdenking van diefstal. Daarmee staat tevens vast dat werknemer het vertrouwen in hem zeer ernstig heeft beschaamd en in strijd met beginselen van ‘goed werknemerschap’ heeft gehandeld, zoals Aviapartner hem heeft verweten, en kon van Aviapartner redelijkerwijs niet worden gevergd dat zij de arbeidsovereenkomst met

werknemer liet voortduren. Het ontslag op staande voet is dus terecht gegeven. Het bovenstaande wordt niet anders door de verklaring van werknemer dat hij zich uitsluitend achter de om het pakket heen geplaatste voorwerpen had begeven om ongezien met zijn mobiele telefoon te kunnen bellen of daarmee berichten te kunnen versturen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 06-05-2014

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:1636

Zaaknummer: 200.131.937/01

Rechters: D.J. van der Kwaak, E. Verhulp en W.H.F.M. Cortenraad

Advocaten: M.S. Kat en I.M.C.A. Reinders Folder

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Uitleg artikel 22 lid 4 CAO Sport inzake loonsuppletie tot 100% in het tweede ziektejaar.

Werknemer is sinds 2008 in dienst van werkgever. Sinds 25 september 2012 is werknemer arbeidsongeschikt. De CAO Sport is krachtens incorporatiebeding op de arbeidsovereenkomst van toepassing verklaard. Hetgeen partijen verdeeld houdt is wat de rechtens juiste hoogte van het 'ziekengeld' dient te zijn in het tweede ziektejaar. Volgens werknemer heeft hij recht op 100% loon krachtens artikel 22 lid 4 CAO Sport. Dit artikellid geeft een aanvulling tot 100% van het loon in het tweede ziektejaar indien er geen uitzicht is op herstel of terugkeer vastgesteld door een arboarts.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof overweegt dat tussen partijen niet in geschil is dat werknemer een 'werknemer' is als bedoeld in artikel 22 lid 2 onder b van de CAO Sport. Eveneens staat vast dat werknemer geen werkzaamheden verricht als bedoeld in artikel 22 lid 3 van deze cao. Naar het voorlopig oordeel van het hof heeft de arboarts niet aangegeven dat er geen enkel vooruitzicht is op herstel van werknemer, als bedoeld in artikel 22 lid 4 van de CAO Sport. Voor zover werknemer dit wil betogen, volgt het hof hem hierin niet, gelet op hetgeen de bedrijfsarts in het kader van de periodieke evaluatie van werknemer op 3 december 2013 heeft opgemerkt. Dit behelst geenszins het oordeel dat geen enkel vooruitzicht op herstel bestaat. Voor de door werknemer bepleite aanvulling van zijn salaris tot 100% biedt artikel 22 van de CAO Sport derhalve geen aanknopingspunten. Aan werknemer kan worden toegegeven dat de toelichting bij artikel 22 van de CAO Sport, meer in het bijzonder het woord 'tijdelijk' daarin, kan duiden op een achterliggende 'gedachte' bij de contractsluitende partijen, gericht op aanvulling van het salaris tot 100% in een geval als het onderhavige. Het hof overweegt dat het niet de toelichting bij een cao is, die in voorkomend geval door de rechter moet worden uitgelegd, maar de cao-bepaling zelf. Daarin kunnen in dit geval, zoals hiervoor overwogen, naar objectieve maatstaven geen aanknopingspunten worden gevonden voor de door werknemer bepleite uitleg van artikel 22 lid 4 van de CAO Sport. Aan de hand van alleen de toelichting op een cao kunnen naar het oordeel van het hof geen bepalingen worden ingelezen die naar objectieve maatstaven niet uit de bewoordingen van de cao volgen. Dat het

in dit geval gaat om een leemte in de cao die door het hof kan en ook moet worden aangevuld is door partijen niet gesteld en is ook niet aannemelijk, gelet op de wijze van totstandkoming, de aard en strekking van de cao.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-04-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:3568

Zaaknummer: 200.142.615

Rechters: I.A. Katz-Soeterboek, E.B. Knottnerus en M.F.J.N. van Osch

Advocaten: A. Klaassen en J. Brouwer

Wetsartikelen: 7:629 BW en 22 lid 4 CAO Sport

RECHTSPRAAK

Intertaste/werknemer

Ontslag op staande voet van werknemer in voedingsmiddelenindustrie die controlevoorschriften voor voeding niet naleeft. Ontslag vier dagen na geconstateerde overtreding nog onverwijld verleend.

Werknemer is vanaf 1 december 2007 in dienst bij (de rechtsvoorgangster van) Intertaste (een bedrijf in de voedingsmiddelenindustrie) als 'proces operator'. In juni 2013 heeft Intertaste geconstateerd dat werknemer tijdens zijn dienst geen gegevens in het HAI-registratiesysteem had ingevuld. Daarvoor heeft werknemer een waarschuwing gekregen. Vervolgens constateert Intertaste dat werknemer in maart en mei bij meerdere controles foutieve informatie had genoteerd. Werknemer heeft daarvoor opnieuw een officiële – en laatste – waarschuwing gekregen. Naast werknemer zijn ook andere werknemers toen berispt. Op 5 augustus 2013 is een collega van werknemer op staande voet ontslagen nadat hij (wederom) geen controles had uitgevoerd en meetwaardes niet naar waarheid had ingevuld. Op vrijdag 16 augustus 2013 heeft werknemer na zijn pauze van 11:30 uur zijn werk hervat en, in strijd met de procedure, geen controles uitgevoerd en in het systeem geregistreerd dat hij de testen wél, met goed resultaat, had uitgevoerd. Werknemer is later die middag geschorst. Maandag heeft werkgever vergeefs geprobeerd telefonisch contact te krijgen met werknemer. Werknemer is niet verschenen op het gesprek van 20 augustus 2013 waarna werknemer op staande voet is ontslagen. Volgens de voorzieningenrechter zijn de door werknemer gepleegde feiten ernstig, maar niet zodanig ernstig dat niet in redelijkheid van Intertaste kan worden verwacht de arbeidsovereenkomst te laten voortduren in afwachting van een uitspraak in een door haar te entameren ontbindingsprocedure. Het op 12 september 2013 door Intertaste ingediende ontbindingsverzoek is door de kantonrechter op de subsidiaire grondslag wijziging van omstandigheden toegewezen met ingang van 1 november 2013 zonder vergoeding.

Het hof oordeelt als volgt. Naar Intertaste genoegzaam heeft toegelicht, heeft zij gelet op de voedselveiligheid, haar in dat verband kwetsbare reputatie en daarmee haar bedrijfsbelangen evenals de daaraan verbonden belangen van haar (overige) werknemers, voldoende zwaarwegende redenen om haar bedrijfsbeleid ten aanzien van de (betrouwbaarheid van de) voorgeschreven controles strikt te handhaven. Werknemer was van dat bedrijfsbeleid blijkens

de eerder gegeven waarschuwing, het ontslag van zijn collega en de informatiebijeenkomst op de hoogte. Uit de eerder gegeven waarschuwing wist werknemer voorts dat Intertaste bij het niet-naleven van de controlevoorschriften met ontslag dreigde en hij wist tevens uit het aan zijn collega op 5 augustus 2013 gegeven ontslag dat het bedrijfsbeleid door Intertaste daadwerkelijk werd gehandhaafd. Werknemer heeft door desondanks in strijd met die voorschriften te handelen, door zijn eigen handelwijze aanleiding gegeven tot een vertrouwensbreuk met Intertaste. Dat de werknemer verweten gedraging het gevolg is van onderbezetting en daarmee een hoge werkdruk is – mede gelet op de ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep van beide zijden gegeven toelichting omtrent de wijze waarop de voorgeschreven controles zijn ingepast in het werkschema – in dit kort geding niet aannemelijk geworden. Daarbij komt dat ervan moet worden uitgegaan dat werknemer onmiddellijk na een pauze heeft verzuimd de controle uit te voeren en heeft verzuimd dit naar waarheid in te vullen. De gevolgen die dit ontslag voor werknemer in verband met zijn persoonlijke omstandigheden heeft, waaronder zijn leeftijd (54 jaar) en de mede daaraan verbonden moeilijkheden voor het vinden van een nieuwe betrekking, kunnen in dit geval niet afdoen aan de gerechtvaardigheid daarvan, gelet op de ernst van de werknemer verweten gedraging, de daaruit voortgevloeide vertrouwensbreuk met Intertaste en het belang van Intertaste bij de handhaving van haar met de voedselveiligheid verbonden bedrijfsbeleid.

Anders dan werknemer heeft aangevoerd, is het hof voorshands van oordeel dat het ontslag onverwijld is gegeven. Na de schorsing van werknemer heeft Intertaste direct nader onderzoek verricht na afronding waarvan Intertaste werknemer telefonisch heeft getracht te bereiken. Dat werknemer door persoonlijke omstandigheden onbereikbaar was gedurende zijn schorsing, kan Intertaste in dit geval bezwaarlijk worden tegengeworpen. Evenmin treft Intertaste een verwijt dat zij, nadat zij werknemer op 16 augustus 2013 had gehoord, dit na het door Intertaste verrichte nadere onderzoek alsnog had moeten doen. Dat Intertaste, zo zij dit wel zou hebben gedaan, tot een ander besluit zou zijn gekomen of had moeten komen, is overigens ook niet aannemelijk geworden. Zoals hiervoor is overwogen, zijn de feiten waarvan in dit kort geding moet worden uitgegaan, en waarover werknemer zich in deze procedure heeft kunnen uitlaten, immers voldoende om het gegeven ontslag wegens dringende reden te rechtvaardigen. Bij deze stand van zaken behoeft Intertaste ook niet de uitkomst van de ontbindingsprocedure af te wachten.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-04-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:2856

Zaaknummer: 200.138.125

Rechters: A.M.A. Verscheure, B.J. Lenselink en L.F. Wiggers-Rust

Advocaten: G.A. Diebels en N.L. Gilling

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/N.V. Kema

Uitleg 'seniorenregeling' in pensioenreglement Kema. Kema is geen pensioenopbouw verschuldigd over vervroegd uittreden voor de spilleeftijd.

Werknemer is vanaf september 1978 tot 1 maart 2010 bij Kema in dienst geweest. Op deze arbeidsovereenkomst is de Kema-cao van toepassing. In bijlage 5 van deze cao met als titel 'Seniorenregeling à la carte' staat onder meer: '2. Uitgangspunt van de regeling is dat de werknemer gemiddeld 2 jaar eerder dan het bereiken van de spilleeftijd FPU voor 70% van de FPU-grondslag vervroegd kan uittreden. Bedoelde spilleeftijd FPU is 62 jaar. Voor werknemers die op 1 april 1997 50 jaar of ouder waren is deze spilleeftijd 61 jaar. Deze beschikbare 2x 70% (140%) kan tussen het bereiken van de leeftijd van 56 jaar en de spilleeftijd in tijd worden opgenomen – met inachtneming van het navolgende: (...) c. bij een keuze voor een beschikbaar percentage van 50% of meer is er sprake van vervroegd uittreden met de FPU-regeling. Het beschikbare percentage wordt dan gezien als een aanvulling op de FPU-regeling. (...) 3. (...) Als er sprake is van vervroegd uittreden vindt over de periode die door de seniorenregeling à la carte wordt gefinancierd (maximaal 2 jaar) pensioenopbouw plaats. Deze opbouw geschiedt door inkoop van pensioenrechten aan het einde van het dienstverband. Als de werknemer te kennen geeft van het bepaalde in dit lid geen gebruik te willen maken, wordt in dat geval een compensatie van 1,5 maandsalaris toegekend, uit te keren bij het beëindigen van het dienstverband. Voortgezette opbouw voor ouderdoms- en nabestaandenpensioen tijdens de FPU-periode is volgens het ABP-pensioenreglement alleen mogelijk voor de werknemers die op 1 april 1997 50 jaar of ouder waren.' Partijen twisten thans over de uitleg van deze bepaling. Volgens werknemer dient Kema over de periode dat hij eerder uit dienst is gegaan (60 jaar en drie maanden) tot aan de spilleeftijd additioneel pensioen in te kopen.

Het hof oordeelt als volgt. Blijkens de tekst van artikel 2 onder c bijlage 5 cao, wordt de situatie waarin wordt gekozen voor een percentage van 50% of meer aangemerkt als 'vervroegd uittreden met de FPU-regeling' en wordt het 'beschikbare percentage dan gezien als een aanvulling op de FPU-regeling'. De seniorenregeling definieert in de aangehaalde bepalingen

de hier bedoelde vervroegde uittreding derhalve zelf als een toepassing van de FPU-regeling. Tegen die achtergrond ligt een uitleg waarbij het woord 'FPU-periode' in artikel 3 van bijlage 5 zich eveneens uitstrekt over de periode voor de spilleeftijd FPU waarin werknemers met gebruikmaking van de seniorenregeling vervroegd uittreden, meer voor de hand dan de door werknemer bepleite uitleg. Aldus hebben de regels voor voortgezette pensioenopbouw ook betrekking op de voortgezette pensioenopbouw tijdens de periode na vervroegde uittreding op grond van de seniorenregeling. Bij het onderhavige gebruik van de seniorenregeling wordt in de regeling zelf dus geen onderscheid (meer) gemaakt tussen de twee perioden (seniorenregeling – FPU-regeling vanaf de spilleeftijd). De aan de FPU ontleende, in de laatste volzin van artikel 3 van bijlage 5 bij de cao neergelegde beperking met betrekking tot de voortzetting van de pensioenopbouw tot personen die op 1 april 1997 50 jaar of ouder waren, geldt daarmee dan ook tevens voor de daaraan voorafgaande periode waarin op de hier bedoelde wijze van de seniorenregeling gebruik wordt gemaakt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 01-04-2014

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:2607

Zaaknummer: 200.122.328

Rechters: E.B. Krottnerus, G.P.M. van den Dungen en B.J. Lenselink

Advocaten: H.M.J. van den Hurk en F.A.M. Knuppe

Wetsartikelen: 20 cao Kema

RECHTSPRAAK

X/Sichting Landstede

Partijen maken geen afspraken over vergoeding voor werkzaamheden door Gedelegeerd Commissaris, hetgeen niet betekent dat zonder meer kan worden aangenomen dat geen vergoeding betaald hoeft te worden. Het in het verleden gehanteerde loon, is een redelijk loon.

X is, deels in privé, deels middels zijn eenmanszaak, gedurende een periode van in ieder geval tien jaar directeur geweest van de Internationale School Eerde (hierna: ISE), onderdeel van Landstede. Tussen partijen is overeengekomen dat X per 1 mei 2012 zou terugtreden als directeur van ISE, terwijl hij vanaf dat moment werkzaamheden zou gaan verrichten als ‘Gedelegeerd Commissaris’. X vordert betaling van € 50.000 als vergoeding voor zijn werkzaamheden. Landstede stelt dat voor de werkzaamheden na het terugtreden van X als directeur niet is afgesproken dat hij daarvoor een vergoeding zou krijgen.

De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat tussen partijen in het geheel niet is gesproken over het al dan niet vergoeden van de werkzaamheden. Evenwel kan niet zonder meer worden aangenomen dat X in het geheel geen vergoeding zou ontvangen voor zijn werkzaamheden na 1 mei 2012, zulks mede gelet op de voorgeschiedenis waarin X zowel uit arbeidsovereenkomst als uit overeenkomst van opdracht betaalde werkzaamheden als directeur heeft uitgevoerd. Aangezien Landstede X (in ieder geval) opdracht heeft gegeven om als Gedelegeerd Commissaris werkzaamheden te verrichten, is Landstede – ingeval X daadwerkelijk werkzaamheden heeft verricht – een redelijk loon verschuldigd. Gelet op het in het verleden gehanteerde loon van € 110 exclusief btw per uur, wordt dit een redelijk loon geacht. Indien Landstede had gewild dat X de onderhavige werkzaamheden onbezoldigd zou verrichten, had het op haar weg gelegen daarover duidelijke afspraken te maken. Gesteld noch gebleken is dat zulks het geval is geweest. De omvang van de werkzaamheden zijn, gezien de betwisting door Landstede, niet (voldoende) inzichtelijk gemaakt door X. Nu evenwel erkend wordt door Landstede dat er wel werkzaamheden door X zijn verricht, is een voorschot van € 10.000 (incl.btw) redelijk. Dit bedrag wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 15-05-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2014:2602

Zaaknummer: C/o8/155125 / KG ZA 14-153

Rechters: I.F. Clement

Advocaten: O.C.A. Millaard en J.S.C. Liebrand-Bos

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/X en Y

De aard van een beslissing ex artikel 7:685 BW wettigt niet te aanvaarden dat in een volgend geding bindende kracht toekomt aan een dergelijke beslissing omtrent een voorvraag (bestaan van een arbeidsovereenkomst).

Werknemer is in 1978 in dienst getreden van Stichting Venlose Muziekschool (hierna: VMS) als muziekdocent. Op 25 november 1982 zijn VMS en KVNl een samenwerkingsovereenkomst aangegaan. Sindsdien bepalen de statuten dat het bestuur van VMS op voordracht van KVNl wordt benoemd door de Raad van Venlo. Op 17 juni 2004 zijn de bestuursleden X en Y van VMS uit functie getreden. Vanaf die datum bleef VMS zonder bestuur. X en Y waren tevens bestuursleden van KVNl. KVNl is in 2004 failliet verklaard. Werknemer heeft X en Y aansprakelijk gesteld en gevorderd dat zij hoofdelijk zullen worden veroordeeld tot betaling aan werknemer van een bedrag van € 101.554,20, met wettelijke rente vanaf 13 maart 2007 (de ontbindingsvergoeding toegewezen op ontbindingsverzoek van werknemer). Aan zijn vordering heeft werknemer ten grondslag gelegd dat X en Y persoonlijk onrechtmatig jegens hem hebben gehandeld. Door als bestuurders van VMS af te treden zonder te voorzien in een nieuw bestuur, de arbeidsovereenkomst met werknemer in stand latende, valt aan hen persoonlijk een voldoende ernstig verwijt te maken van de omstandigheid dat VMS haar verplichtingen uit (de beëindiging van) de arbeidsovereenkomst met werknemer niet kan voldoen. De rechtbank heeft geoordeeld dat niet is komen vast te staan dat werknemer nog steeds bij VMS in dienst was (en niet was overgegaan naar KVNl) en heeft de vordering afgewezen. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep, stellende dat X en Y in hoger beroep hadden moeten gaan van de ontbindingsbeschikking indien er geen arbeidsovereenkomst zou hebben bestaan.

Het hof oordeelt als volgt. De aard van een beslissing als bedoeld in artikel 7:685 BW wettigt niet te aanvaarden dat in een volgend geding bindende kracht toekomt aan een dergelijke beslissing omtrent een voorvraag (bestaan van een arbeidsovereenkomst). Het betreft immers hierbij niet zozeer de beslissing van een rechtsstrijd, als wel de vaststelling van een billijke regeling door een onpartijdige rechter (zie ook HR 3 december 1982, NJ 1983/182). Verder

overweegt het hof dat het bestaan van de beschikking d.d. 13 maart 2007 ook niet wegneemt dat X en Y, in een procedure waar het hun persoonlijke aansprakelijkheid betreft, alle hen betreffende weren mogen aanvoeren, welke door de rechter zullen moeten worden beoordeeld. Het hof oordeelt vervolgens dat werknemer onvoldoende heeft bewezen dat hij een dienstverband met VMS had ten tijde van het vertrek van X en Y. Uit het dossier blijkt immers dat werknemer reeds op 1987 eervol ontslag zou hebben genomen. De vraag of in 1982 ook sprake is geweest van een overgang van onderneming behoeft geen beantwoording meer.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-05-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:1342

Zaaknummer: HD 200.119.203_01

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

**Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het
Beroepsvervoer over de weg/werkgever**

***Berekening schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag inclusief
pensioenschade.***

(Vervolg op AR 2013-0300 en AR 2013-0948.) Bij tussenarrest heeft het hof beide partijen opgedragen zich uit te laten over de toekomstperspectieven ten tijde van het ontslag. Werknemer heeft aangegeven dat hij gedurende de volle periode van zijn werkloosheidsuitkering (vanaf 1 oktober 2009 tot 1 oktober 2011) ook feitelijk werkloos is gebleven en eerst in februari 2012 een eigen klussenbedrijf is begonnen, waaruit hij thans een inkomen van ongeveer € 2000 bruto kan verwerven. Verder heeft werknemer aangegeven dat uit een door hem overgelegde berekening van het HSI blijkt dat bij een verwachte werkloosheidsduur van 540 dagen een uitstroomkans bestaat van 68%. In die zin bevestigt die berekening, die naar het hof bekend is, is gebaseerd op een aantal economische gegevens en de daaruit voortvloeiende variabelen, het door werknemer geschetste beeld. Indachtig het door het hof geformuleerde uitgangspunt bij de berekening van schade en schadevergoeding (ongerechtvaardigd ontslag), te weten compensatie van het verschil tussen het laatstgenoten loon en WW-uitkering, zal het hof daarom het volledige bedrag toekennen van € 15.569,74 (inkomensschade) en € 2.743,72 (pensioenschade).

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-05-2014

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:1334

Zaaknummer: HD 200.079.307/01

Rechters: C.M. Aarts, C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden en M.G.W.M. Stienissen

Advocaten: A.J.L.J. Pfeil en M.A.F. Overdijk

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer c.s./BTB Riedas B.V.

Ontslag zeven werknemers kennelijk onredelijk. Kostenbesparing door inhuren zzp'ers niet aangetoond. Voor hoogte schadevergoeding is mate waarin werkgever tekortschiet in verplichtingen bepalend. Deze verplichtingen strekken niet verder dan tot het treffen van een redelijke overgangsregeling.

Vervolg tussenvonnis. In de onderhavige procedure vorderen zeven werknemers (in dienst geweest van BTB Riedas) schadevergoeding dan wel (subsidiar) herstel van de arbeidsovereenkomst wegens kennelijk onredelijk ontslag. Zij stellen dat zij zijn ontslagen om aanwezig werk door goedkopere zzp'ers te laten verrichten, terwijl BTB Riedas niet heeft aangetoond dat de uitvoering van het werk door aannemers goedkoper is en tot betere bedrijfsresultaten kan leiden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. BTB Riedas heeft in rechte haar belang bij het ontslag van de werknemers niet kunnen aantonen, terwijl uit de geproduceerde cijfers ook niet volgt dat het ontslag een positieve invloed heeft gehad op de resultaatsontwikkelingen. Het ontslag van de werknemers is derhalve kennelijk onredelijk. Ten aanzien van de schadevergoeding wordt het volgende geoordeeld. Niet de omvang van het door de werknemer te lijden inkomensnadeel is bepalend voor de omvang van de schadevergoeding, maar de mate waarin de werkgever tekortschiet in de nakoming van haar werkgeversverplichtingen. En die werkgeversverplichting strekt niet verder dan tot het treffen van een redelijke overangsvoorziening waarbinnen de ontslagen werknemer zijn uitgavenpatroon kan aanpassen aan het gewijzigde inkomen. Voor wat betreft de omvang van een overangsvperiode is de kantonrechter van oordeel dat deze, bijzondere omstandigheden daargelaten, kan worden vastgesteld op 20% van de diensttijd met een maximum van drie jaar. Een redelijke regeling is dat de werknemer gedurende die periode in afnemende mate het te verwachten lagere inkomen in drie verschillende perioden suppleert, gedurende een eerste periode tot 100%, gedurende de volgende periode tot 90% en gedurende de laatste periode tot 80%, dus respectievelijk 100% van het inkomensverlies, 2/3e deel daarvan en 1/3e deel ervan. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat van een werknemer verwacht mag worden dat deze actief

op zoek gaat naar ander werk, ook wanneer dat minder loon oplevert, en dat van hem verwacht mag worden dat hij zich in een periode van drie jaar een nieuw inkomen kan verwerven op een niveau dat tot 70% onder het bij de werkgever genoten loon ligt. Voorts kan niet meer van een billijke vergoeding worden gesproken, wanneer toepassing van de wijze van berekenen leidt tot een bedrag dat zo groot is dat het niet meer in relatie staat tot het doel waarvoor het wordt toegekend. Daarvan zal in elk geval sprake zijn indien het berekende bedrag een in redelijkheid te verwachten schade als gevolg van de ontbinding (verre) overtreft, bijvoorbeeld doordat een werknemer binnen die overgangsperiode aanspraak kan gaan maken op een pensioenuitkering. Op basis van deze uitgangspunten wordt aan de zeven werknemers een schadevergoeding toegekend, variërend van € 1.808,71 tot € 17.007,20 bruto.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 08-05-2014

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2014:2436

Zaaknummer: 894991, 894999, 896731, 896735, 896786, 896790, 897132

Rechters: R.J.M. Cremers

Advocaten: W.A. van Mourik en R.G.F. Lammers

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Kabelomroep Zuid-Limburg, Lokale Omroep Maastricht/werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst bureauredacteur Lokale Omroep Maastricht wegens verstoorde arbeidsrelatie na incident in redactievergadering en verdere houding en opstelling werknemer jegens het bestuur. Vergoeding € 4.500 bruto.

Werknemer is sinds 2007 in dienst van Lokale Omroep Maastricht (hierna: LOM). Laatstelijk is hij werkzaam in de functie van bureauredacteur/verslaggever. LOM verzoekt thans ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens een dringende reden. Daartoe wordt aangevoerd dat werknemer zich tijdens de redactievergadering van 11 februari 2014 in het bijzijn van collega's 'schreeuwend' of in felle bewoordingen het vertrouwen in zijn leidinggevend opzegde en zich ook overigens misdroeg. Voortzetting van de arbeidsrelatie is niet meer mogelijk in het licht van de gebeurtenissen tijdens de bewuste redactievergadering en gelet op de verdere houding en opstelling van werknemer, die telkens weer het functioneren van de hoofdredacteur en zelfs van het bestuur aan de orde stelt en geen oog heeft voor zijn eigen functioneren.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Hoewel partijen over de exacte gang van zaken tijdens de redactievergadering van mening verschillen, staat vast dat zich (in elk geval) een ernstig incident heeft voorgedaan waarin werknemer een hoofdrol vervulde en de gemoederen danig zijn verstoord. Uit de overgelegde stukken is bovendien gebleken dat werknemer volstrekt onvoldoende inzicht heeft in zijn eigen positie en de verhoudingen binnen de organisatie, en zijn hand ver heeft overspeeld. Anders dan LOM primair bepleit, vermag de kantonrechter de insubordinatie waarvan het gedrag van werknemer getuigt, niet als een dringende ontbindingsreden te kwalificeren. Weliswaar gaf werknemer er in de aanloop naar het ontbindingsverzoek onvoldoende blijk van het gezag van bestuur en hoofdredacteur te respecteren en slaagde hij er laatstelijk niet of onvoldoende in zijn kritiek op de gang van zaken in een passend (opbouwend in plaats van afbrekend) kader te zetten, ging hij hier en daar zelfs over de schreef, maar dat rechtvaardigt nog niet de conclusie dat hij LOM daarmee

een dringende reden tot ontbinding verschaft. Desondanks is de vertrouwensbreuk waarop werknemer (mede) aangestuurd heeft, een feit en kan van LOM in redelijkheid niet geveegd worden de arbeidsrelatie met werknemer voort te zetten. De arbeidsovereenkomst wordt derhalve ontbonden. Hiervan valt ook LOM enig verwijt te maken. Het is immers de vraag of op het incident van 11 februari 2014 wel met gedwongen non-activiteit van werknemer en een extra onrust veroorzakend (onnodig lang durend en niet volstrekt neutraal) onderzoek van twee leden van het bestuur gereageerd had moeten worden. Er wordt een vergoeding toegekend van € 4.500 bruto.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 10-04-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:3829

Zaaknummer: 2879867 AZ VERZ 14-67

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: A. Kara en N.P.J. Frijns

Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Seventh Oak B.V.

Doordat werkgever te weinig loon in refertejaar heeft betaald, is de WGA-uitkering van werkneemster lager vastgesteld. Voormalig werkgever is gehouden tot vergoeding uitkeringsschade.

Werkneemster is als verkoopmedewerkster in dienst geweest van Seventh Oak. In 2006 is zij arbeidsongeschikt geworden, sinds 2008 ontvangt zij een WGA-uitkering en in 2009 is de arbeidsovereenkomst met Seventh Oak geëindigd. In 2010 is Seventh Oak veroordeeld tot betaling van € 7.259,88 bruto aan achterstallig loon over de periode van januari 2004 tot en met april 2008. Werkneemster heeft het UWV vervolgens verzocht om herziening van het dagloon met betrekking tot de WGA-uitkering, nu gebleken is dat zij over de periode van 1 januari 2004 tot 1 januari 2006 een te laag bedrag aan loon heeft ontvangen. Werkneemster is van mening dat het dagloon herzien dient te worden, ook al is de nabetaling daadwerkelijk genoten buiten de referteperiode. Dit verzoek heeft het UWV afgewezen, kort samengevat omdat het loon noch vorderbaar was in het refertejaar, noch – aangezien werkneemster tijdens het refertejaar in het geheel niet geprobeerd heeft het loon te innen – ‘niet-inbaar’ was. Het dagloon is dan ook gebaseerd op de daadwerkelijke verdiensten in de referteperiode. Het beroep en bezwaar van werkneemster tegen dit besluit is ongegrond verklaard. In de onderhavige procedure vordert werkneemster schadevergoeding van Seventh Oak. Zij stelt dat zij door het niet tijdig betalen van het loon door Seventh Oak (art. 7:623 BW) uitkeringsschade heeft geleden. Deze uitkeringsschade is volgens werkneemster aan te merken als gevolgschade en staat in een zodanig verband met het verzuim van Seventh Oak dat deze aan Seventh Oak kan worden toegerekend (art. 6:98 BW).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het verweer van Seventh Oak dat de vordering van werkneemster zou zijn verjaard, treft geen doel. De verjaringstermijn van vijf jaar (art. 3:310 BW) is gaan lopen na de beslissing op bezwaar van 27 september 2010 van het UWV. Werkneemster heeft (tijdig) op 21 november 2012 de inleidende dagvaarding uitgebracht. Ook het beroep op rechtsverwerking faalt. De kantonrechter begrijpt dat werkneemster wil stellen dat er sprake is van een conditio sine qua non-verband tussen het betalen van een te laag loon en het verkrijgen van een te lage uitkering, maar ook dat Seventh Oak de door werkneemster

te lijden uitkeringsschade heeft kunnen voorzien. Geoordeeld wordt dat het vereiste causaal verband aanwezig is. Seventh Oak heeft de door Accens Accountants & Adviseurs B.V. in opdracht van werkneemster opgestelde berekening ter zake van de te weinig ontvangen uitkering onvoldoende gemotiveerd betwist. De berekening moet dus voor juist gehouden worden. Het door werkneemster gevorderde bedrag van € 2.703,53 wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 12-03-2014

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:2625

Zaaknummer: 505503 CV EXPL 12-10898

Rechters: W.J.J. Beurskens

Advocaten: J.F.E. Brandts en P.M.J. Graus

Wetsartikelen: 3:310 BW, 6:98 BW en 7:623 BW