AR ARBEIDSRECHT UPDATES

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 49, 2014

Nummer 49, 2014

Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. L. Kirkpatrick, mr. M. Assenberg van Eijsden, 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 van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2014:2411 04-12-2014
FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:3519 05-12-2014
werknemer/BTS en inlener
Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2014:3536 05-12-2014
werknemer/Tiels Schoonmaakbedrijf

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:5083 02-12-2014
Polski Chleb/werkneemster
Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2014:5076 02-12-2014
Magna Tyres Europe B.V./werknemer
Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:4891 25-11-2014
werknemer/WMS Gaming International
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:9128 25-11-2014
werknemer/werkgever
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2014:9127 25-11-2014
werknemer/werkgever
Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:4792 18-11-2014
TUI Nederland N.V./werknemer
Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:3534 26-08-2014
werknemer/werkgever
Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2014:3155 05-08-2014

TUI Nederland N.V./werknemer
Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2012:3038 30-10-2012
TUI Nederland N.V./werknemer

Rechtbank

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2014:10324 03-12-2014
werknemer/X c.s.
Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:6235 01-12-2014
Stichting Proceon/werknemer
Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2014:7351 25-11-2014
DPA Beheer B.V./werknemer
Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2014:11321 24-11-2014
werkgever/mr. T.S. Pieters
Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2014:7373 19-11-2014
werkgever/werknemer
Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:8091 15-10-2014
werknemer/iBlue Makelaars B.V.
Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RNHO:2014:6273 09-07-2014
werkgeefster/werkneemster

Annotatie

Solidair staken: ja, mits...
F.M. Dekker

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Onrechtmatige concurrentie door ex-werknemer die werkzaam was als assurantiebemiddelaar. Onderneming werknemer richt zich ook op verzekeringen voor zendingswerker (specialistische markt). Acht van tien grote klanten van werkgever zijn overgestapt naar bedrijf werknemer.

Werknemer is met ingang van 1 september 2009 in dienst getreden bij werkgever in de functie van Assurantiebemiddelaar. Werkgever is een verzekeringsbedrijf dat zich richt op alle mogelijke verzekeringen voor de zendingswerker. In de arbeidsovereenkomst is een geheimhoudingsbeding opgenomen. De arbeidsovereenkomst is met ingang van 22 december 2012 met wederzijds goedvinden beëindigd. Op 27 mei 2013 is werknemer een eigen onderneming gestart in de vorm van een eenmanszaak. De onderneming van werknemer is een samenwerking aangegaan met De Goudse Verzekeringen en fungeert als intermediair voor het Expat Pakket, hetzelfde pakket dat werkgever aanbiedt. Werknemer heeft 142 zendingsorganisaties per e-mail aangeschreven, waarvan 38 organisaties klant zijn van werkgever, waaronder de tien grote klanten van werkgever. Werkgever vordert voor recht te verklaren dat werknemer onrechtmatig handelt.

De rechtbank oordeelt als volgt. Het uitgangspunt is dat het werknemer in beginsel is toegestaan, nu tussen partijen vaststaat dat hij niet gebonden is aan een relatie- of concurrentiebeding, om zich na zijn dienstverband in vrije concurrentie met werkgever in de markt te bevinden. Van onrechtmatige concurrentie is pas sprake wanneer gebruik wordt gemaakt van de bij de voormalige werkgever opgedane kennis en gegevens omtrent klanten, waardoor stelselmatig en substantieel bedrijfsdebiet wordt afgebroken (HR 9 december 1955, *NJ* 1956/157 (Boogaard/Vesta)).

Werknemer heeft zich gericht op dezelfde specialistische markt als waarop werkgever zich richt en in die markt biedt hij hetzelfde specifieke product van De Goudse Verzekeringen aan. De klanten van werknemer krijgen dezelfde verzekeringen aangeboden als de klanten van werkgever. Werknemer heeft een verdienmodel gecreëerd waarmee hij voor de klant de

laagste nettopremies in de markt heeft. Werknemer heeft doelgericht klanten van werkgever benaderd. Daarbij heeft hij ook bij de publicatie op 16 augustus 2013 op het Christelijk Informatie Platform laten uitvaardigen dat hij de goedkoopste dienstverlener is voor de doelgroep zendelingen en ontwikkelingswerkers. Het versturen van de e-mail valt niet los te zien van de inhoud en strekking ervan en de voorbereiding die daaraan vooraf is gegaan. Die inhoud en strekking zijn immers systematisch en doelgericht tot stand gekomen met de kennis van de specifieke doelgroep van de in het buitenland verblijvende zendingswerker, de kennis van het Expat Pakket van De Goudse waarvoor specialistische kennis is vereist, de kennis omtrent de provisies en de kunde, namelijk de ruime ervaringen, opgedaan tijdens zijn dienstverband bij werkgever, waaronder ook de contacten vallen die hij enerzijds met klanten had en anderzijds met De Goudse Verzekeringen. Die kennis en kunde hebben werknemer in staat gesteld om na zijn dienstverband bij werkgever een aanstelling als intermediair voor De Goudse Verzekeringen te verkrijgen, zijn eigen Expat Pakket te ontwikkelen, een verdienmodel te creëren en vervolgens klanten te werven. Er is sprake van onrechtmatige concurrentie. Werkgever heeft 242 klanten, waarvan er tien grote klanten zijn. Als gevolg van het onrechtmatig concurrerend handelen van werknemer zijn acht van de tien grote klanten overgestapt naar werknemer waardoor stelselmatig en substantieel bedrijfsdebiet van werkgever is afgebroken. Bovendien is aannemelijk dat werkgever schade heeft geleden als gevolg van de onrechtmatige concurrentie door werknemer. Werkgever mag zich bij akte uitlaten over de omvang van de schade en de onderbouwing daarvan. Volgt aanhouding van de zaak.

Instantie: Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak: 19-11-2014
ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2014:7373
Zaaknummer: C/05/260044 / HZ ZA 14-80
Rechters: K.H.A. Heenk
Advocaten: S. Veenstra en P.P. Verdoorn
Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

TUI Nederland N.V./werknemer

Herstel kennelijke fout in arrest en aanvulling arrest. Nu het hof heeft geoordeeld dat sprake was van een dringende reden, had het hof daaraan tevens de conclusie moeten verbinden dat de door werkgever gevorderde gefixeerde schadevergoeding van € 45.900, alsnog diende te worden toegewezen.

Het hof heeft in de onderhavige zaak over een ontslag op staande voet op 5 augustus 2014 eindarrest gewezen (zie AR 2014-1036). TUI heeft zich op het standpunt gesteld dat het arrest een kennelijke fout bevat en herstel daarvan verzocht. Voorts stelt TUI dat hof heeft verzuimd te beslissen op een onderdeel van het gevorderde en het hof verzocht tot aanvulling van het arrest over te gaan. Werknemer heeft geen bezwaar tegen het verzoek tot herstel en verzet zich tegen toewijzing van het verzoek tot aanvulling.

Het hof oordeelt als volgt. TUI wijst erop dat in het arrest is overwogen, kort gezegd, dat het totaal van de ten onrechte ten laste van FCN gebrachte en door werknemer aan TUI (terug) te betalen kosten komt op in totaal een bedrag van € 15.172,96, terwijl in het dictum ter zake slechts is toegewezen een bedrag van € 1.703,86. Werknemer refereert zich op dit punt aan het oordeel van het hof. Het hof is van oordeel dat sprake is van een kennelijke fout die zich leent voor eenvoudig herstel. Het hof zal deze fout daarom verbeteren in de door TUI verzochte zin.

TUI betoogt voorts dat zij in eerste aanleg (onder meer) heeft gevorderd aan haar een bedrag te betalen van € 45.900 ter zake van gefixeerde schadevergoeding op grond van artikel 7:677 BW en dat zij deze vordering in het petitum van haar memorie van grieven heeft herhaald. Deze vordering is in het arrest geheel onbesproken gebleven hetgeen betekent dat over dit deel van het gevorderde niet is beslist, aldus TUI. Werknemer voert aan dat TUI geen grief heeft gericht tegen de afwijzing van de onderhavige vordering door de rechtbank, dat het grievenstelsel inhoudt dat de grieven de rechtsstrijd in hoger beroep bepalen en dat er daarom geen plaats is voor toewijzing van het verzoek tot aanvulling. Het hof overweegt dat de rechtsstrijd in hoger beroep niet alleen wordt bepaald door de formulering in hoger beroep van het over en weer gevorderde, maar tevens – daar wijst werknemer op zichzelf terecht op –

door de inhoud van de grieven. Deze regel brengt in dit geval evenwel niet zonder meer mee dat er geen plaats is voor toewijzing van het verzoek tot aanvulling. Het hof komt in zijn arrest tot het oordeel dat wel sprake was van een dringende reden voor het ontslag op staande voet en verbindt daaraan de conclusie dat het bestreden vonnis (deels) dient te worden vernietigd en dat de door werknemer gevorderde verklaring voor recht en de door hem gevorderde gefixeerde schadevergoeding alsnog dienen te worden afgewezen. Het hof had aan dit oordeel echter tevens de conclusie moeten verbinden dat de door TUI gevorderde gefixeerde schadevergoeding alsnog dient te worden toegewezen nu werknemer ten aanzien daarvan alleen heeft aangevoerd dat hij TUI geen dringende reden heeft gegeven die het ontslag op staande voet rechtvaardigde. De grieven van TUI betreffen immers de aanwezigheid van een dringende reden, zijnde tevens de – volgens de rechtbank ontbrekende maar door het hof wel aanwezig geachte – grondslag van deze vordering. Een en ander betekent dat het hof niet heeft beslist op dit onderdeel van de vordering en dat dit kan worden aangemerkt als een verzuim dat dient te worden aangevuld. Het hof beslist dat de gefixeerde schadevergoeding wordt toegewezen als door TUI gevorderd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 18-11-2014
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:4792
Zaaknummer: 200.090.208-01
Rechters: J.E. Molenaar, S.F. Schütz en D. Kingma
Advocaten: J. van Hulst en M.R. Meijer
Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/iBlue Makelaars B.V.

Werkgever weigert ten onrechte arbeidsongeschikte werknemer na hersteldmelding weer tot het werk toe te laten, omdat geen medische verklaring van arbeidsgeschiktheid is getoond. Bij twijfel over arbeids(on)geschiktheid dient werkgever bedrijfsarts in te schakelen. Toewijzing loonvordering en vordering tot wedertewerkstelling.

Werknemer is sinds 2010 in dienst van iBlue. Op 16 mei 2014 heeft werknemer zich ziek gemeld met een schouderblessure. Op vrijdag 23 mei 2014 heeft hij zich per WhatsApp beter gemeld bij iBlue en aangekondigd maandag 26 mei 2014 weer op het werk te zullen verschijnen. Bij WhatsApp van diezelfde datum is namens iBlue aan werknemer meegedeeld dat werknemer die maandag nog maar thuis moest blijven en dat er die dag contact tussen partijen zou zijn. In de daarop volgende periode heeft iBlue geweigerd om werknemer op het werk toe te laten en in dat verband geëist dat hij een hersteldverklaring van een arts zou overleggen. Werknemer vordert wedertewerkstelling. Daarnaast vordert hij betaling van achterstallig loon vanaf mei 2014.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uitgangspunt is dat een werknemer die zich na een periode van arbeidsongeschiktheid beter meldt, door zijn werkgever toegelaten dient te worden tot het verrichten van de afgesproken werkzaamheden. Indien een werkgever ondanks de eigen verklaring van de werknemer, om wat voor reden dan ook zou twijfelen aan de arbeidsgeschiktheid van de werknemer en dus aan diens hersteldmelding, dient hij diens (on)geschiktheid door een bedrijfsarts te laten beoordelen. Van een situatie waarin de werkgever de werkwillige werknemer pas tot het werk hoeft toe te laten nadat deze laatste door overlegging van een medische verklaring zijn arbeidsgeschiktheid heeft aangetoond kan dus geen sprake zijn. Dat betekent voor het onderhavige geschil dat er voorshands van uitgegaan moet worden dat iBlue werknemer ten onrechte heeft verboden op zijn werk te verschijnen. Immers, werknemer is niet door een bedrijfsarts gezien en de stelling van iBlue dat hij wel door een bedrijfsarts is opgeroepen, maar niet is verschenen, wordt door werknemer betwist, terwijl iBlue met betrekking tot die stelling geen spoor van bewijs levert. Het bovenstaande betekent dat het aan iBlue zelf te wijten is dat werknemer sinds 26 mei

2014 geen werkzaamheden voor haar heeft verricht. Daaruit volgt weer dat er geen grond is (geweest) voor inhouding van een deel van het overeengekomen loon wegens ziekte of afwezigheid. Ook als het bedrag van € 275,99 een voorschot op een bonus zou betreffen – wat echter wordt betwist, terwijl van het bestaan van een bonusregeling niets is aangetoond – heeft werknemer op de betaling ervan recht gehouden, aangezien zijn afwezigheid op de werkvloer voor risico van iBlue komt. iBlue wordt veroordeeld om aan werknemer te betalen een bedrag van € 1.103,96 netto aan achterstallig loon. De gevorderde wedertewerkstelling wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 15-10-2014
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:8091
Zaaknummer: KK 14-1435
Rechters: E.D. Bonga-Sigmond
Advocaten: M.F.A. Doomernik
Wetsartikelen: 7:629 BW

RECHTSPRAAK

TUI Nederland N.V./werknemer

Ontslag op staande voet statutair directeur reisorganisatie, onder meer vanwege het genieten van verschillende vakanties op kosten van werkgever, is rechtsgeldig. Niet is komen vast te staan dat is afgesproken om de kosten van met werkzaamheden gecombineerde gezinsreizen voor rekening van werkgever te laten komen.

(Vervolg tussenarrest, AR 2014-1035.) Bij het tussenarrest is TUI toegelaten bewijs te leveren van haar stelling dat werknemer FCN in het gesprek van 28 augustus 2009 bewust onjuist heeft voorgelicht door FCN in strijd met de waarheid mee te delen dat Z hem in 2001 toestemming heeft gegeven de kosten van met werkzaamheden gecombineerde gezinsreizen voor rekening van FCN te laten komen.

Het hof oordeelt dat op basis van de afgelegde verklaringen is komen vast te staan dat Z in 2001 niet (expliciet) toestemming aan werknemer heeft gegeven om de kosten van met werkzaamheden gecombineerde gezinsreizen voor rekening van FCN te laten komen. Het moet gelet op een en ander voor rekening van werknemer blijven dat hij, zoals hij heeft verklaard, ervan uitging dat de kosten van de gezinsreizen ook na de overname voor rekening van het bedrijf konden worden gebracht. Dat ligt immers niet voor de hand nu het hierbij niet om zakelijke kosten gaat en het niet gebruikelijk is privékosten op een onderneming af te wentelen. Het hof acht gelet op een en ander bewezen dat werknemer FCN in het gesprek van 28 augustus 2009 bewust onjuist heeft voorgelicht door FCN in strijd met de waarheid mee te delen dat Z hem in 2001 wel een dergelijke toestemming heeft gegeven. Daarmee staat vast, zie het tussenarrest, dat TUI een dringende reden heeft gehad om werknemer te ontslaan. Nu TUI werknemer heeft ontslagen op grond van een onverwijld aangezegde dringende reden is het ontslag niet kennelijk onredelijk. Het bestreden vonnis wordt vernietigd. TUI heeft gevorderd werknemer te veroordelen tot betaling van de kosten van de gezinsreizen. Het hof stelt de verschuldigde kosten in redelijkheid vast op de helft van de totale door TUI opgevoerde kosten omdat immers twee van de vier gezinsleden tijdens de vakanties werkzaamheden voor TUI hebben verricht. Dit resulteert in een aan TUI toe te wijzen bedrag van € 13.234,10.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 05-08-2014
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:3155
Zaaknummer: 200.090.208-01
Rechters: J.E. Molenaar, S.F. Schütz en D. Kingma
Advocaten: J. van Hulst en M.R. Meijer
Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Hoewel de verwijten die werkgeefster maakt voor een (groot) deel van doen hebben met de arbeidsongeschiktheid van werkneemster, wordt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wegens een vertrouwensbreuk ontbonden. Vanwege verwijten die werkgeefster kunnen worden gemaakt, wordt een relatief hoge vergoeding van € 2.000 toegekend.

Werkneemster is op 10 augustus 2012 voor bepaalde tijd in dienst getreden in de functie van algemeen medewerker. Op 12 december 2013 heeft zij zich ziek gemeld. Werkneemster heeft sindsdien geen werkzaamheden meer verricht. Op 31 maart 2014 heeft werkgeefster aangifte gedaan bij de politie tegen werkneemster wegens onder meer verduistering. In kort geding is de loonvordering van werkneemster toegewezen. Werkneemster heeft op 24 maart 2014 voor het eerst met de bedrijfsarts gesproken sinds haar ziekmelding op 12 december 2013. De bedrijfsarts heeft vastgesteld dat werkneemster op dat moment niet geschikt is voor eigen of passend werk. Ook het UWV heeft in een deskundigenoordeel vastgesteld dat er op 24 maart 2014 geen arbeidsmogelijkheden zijn. Thans verzoekt werkgeefster ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens een dringende reden. Werkgeefster stelt dat zij het vermoeden heeft dat werkneemster zich schuldig heeft gemaakt aan verduistering in dienstbetrekking. Daarnaast heeft werkneemster, zonder toestemming van werkgeefster en na sluitingstijd van de winkel, piercings en tatoeages gezet en daarbij materiaal en apparatuur van werkgeefster gebruikt. Voorts heeft werkgeefster van meet af aan de ziekte van werkneemster in twijfel getrokken.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het ontbindingsverzoek is ingesteld nadat werkneemster arbeidsongeschikt is geworden en de verwijten die werkgeefster aan het adres van werkneemster maakt, hebben voor een (groot) deel van doen met de arbeidsongeschiktheid van werkneemster. Desondanks wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Anders dan werkgeefster stelt, is het de kantonrechter niet gebleken dat werkneemster zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal. Werkgeefster heeft voorts geen stukken overgelegd waaruit blijkt dat de

ziekmelding van werkneemster onterecht zou zijn gedaan. Daarentegen staat vast dat zowel de bedrijfsarts als de verzekeringsarts van het UWV hebben geoordeeld dat werkneemster niet geschikt is bevonden voor eigen of passend werk. Dat werkneemster zonder toestemming tatoeages heeft gezet, heeft werkgeefster ook niet aannemelijk gemaakt. Van een dringende reden is geen sprake. Nu wel sprake is van een ernstige vertrouwensbreuk, wordt de arbeidsovereenkomst wegens veranderingen in omstandigheden ontbonden. Ten aanzien van de vergoeding wordt overwogen dat de vertrouwensbreuk in belangrijke mate worden toegeschreven aan de wijze waarop werkgeefster op de ziekmelding van werkneemster heeft gereageerd. Van werkgeefster had vanwege haar twijfel aan de ziekmelding van werkneemster verwacht mogen worden dat zij direct de bedrijfsarts had ingeschakeld. Dit heeft zij nagelaten. Zij heeft pas in maart 2014 de bedrijfsarts ingeschakeld. Ook heeft werkgeefster zich niet als een goed werkgeefster gedragen door zonder geldige reden de betaling van het salaris van werkneemster op te schorten. Gezien de ernst van de verwijten die werkgeefster kunnen worden gemaakt, is er aanleiding om werkneemster een (relatief) hoge vergoeding toe te kennen. Een vergoeding van € 2.000 wordt, gelet op alle omstandigheden, billijk geacht.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland
Datum uitspraak: 09-07-2014
ECLI: ECLI:NL:RNHO:2014:6273
Zaaknummer: 3041181 – OA VERZ 14-47
Rechters: ***** en L. van der Heijden
Advocaten: R. Kiewitt en R.J. van Velzen
Wetsartikelen: 7:629 BW, 7:670 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

TUI Nederland N.V./werknemer

Statutair directeur reisorganisatie wordt op staande voet ontslagen, onder meer vanwege het genieten van verschillende vakanties op kosten van werkgever. Aanhouding zaak voor bewijslevering omtrent afspraken over vergoeding voor vakanties die gecombineerd werden met werkzaamheden.

Werknemer was vanaf 1986 statutair directeur en aandeelhouder van (de rechtsvoorgangster van) FCN. FCH heeft in juni 2001 alle aandelen in FCN overgenomen van werknemer. Werknemer bleef aan als statutair directeur van FCN. Naast hen werden Y en Z, beiden in Engeland werkzaam voor FCH, benoemd tot statutair directeur van FCN. Werknemer en FCN hebben op 12 juni 2001 een arbeidsovereenkomst gesloten. In 2009 is FCN opgegaan in TUI. FCN heeft werknemer op 31 augustus 2009 op staande voet ontslagen, onder meer vanwege het genieten van verschillende vakanties voor rekening van FCN en het doen van privé-uitgaven met de creditcard van FCN. Werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat een dringende reden voor ontslag op staande voet ontbreekt en heeft gefixeerde schadevergoeding gevorderd. De rechtbank heeft in het bestreden vonnis geoordeeld dat het ontslag op staande voet een dringende reden ontbeert en heeft de daarop gegronde vorderingen van werknemer toegewezen. De rechtbank heeft overwogen dat FCN een risicovol systeem hanteerde met betrekking tot de afhandeling van privé-uitgaven en dat niet is gebleken dat werknemer FNC wenste te benadelen. Vast staat dat tot de overname van de aandelen in 2001 de kosten van de vakantiereizen die werknemer met zijn gezin maakte, welke reizen hij en zijn echtgenote, die eveneens bij FCN in dienst was, combineerden met werkzaamheden voor FCN, ten laste van FCN kwamen. FCN heeft echter niet dan wel onvoldoende weersproken de stelling van werknemer dat hij FCN in de persoon van Z na de overname op de hoogte heeft gesteld van dit gebruik, dat Z heeft laten weten dat dit gebruik mocht blijven bestaan en dat ook anderen binnen FCN dergelijke kosten declareerden. De grieven van TUI in appel richten zich tegen de beslissing over het ontslag op staande voet en tegen de overwegingen die de rechtbank daaraan ten grondslag heeft gelegd. Werknemer stelt in hoger beroep dat, naast het ontbreken van de dringende reden, niet aan het onverwijldheidsvereiste is voldaan.

Het hof oordeelt als volgt. TUI is niet ingegaan op de door werknemer reeds in eerste aanleg geproduceerde stukken, terwijl daaruit sterke aanwijzingen zijn te putten dat FCN en haar moederbedrijf al jaren op de hoogte waren van de gang van zaken rondom administratieve handelingen. De inzet van personeel van FCH en later van TUI voor toezicht op en controle van de administratie van FCN doet eveneens vermoeden dat het moederbedrijf van FCN op de hoogte was van de gang van zaken rond de zakelijke creditcard en ook van andere relevante administratieve handelingen. FCN heeft de arbeidsovereenkomst dan ook niet onverwijld opgezegd nadat de door haar gestelde dringende reden aan haar bekend is geworden, behoudens het navolgende. De stellingen van werknemer omtrent het ontbreken van onverwijldheid hebben geen betrekking op de dringende reden voor zover deze is gelegen in de standpunten die werknemer tijdens het onderzoek door FCN heeft ingenomen. Dat ligt ook niet voor de hand. Het gaat immers om standpunten die werknemer heeft ingenomen tijdens zijn gesprek met FCN op vrijdag 28 augustus 2009, waarna FCN deze standpunten bij Z heeft geverifieerd en werknemer op staande voet heeft ontslagen op maandag 31 augustus 2009. TUI weerspreekt de stelling van werknemer dat Z hem in 2001 bij de overname van de aandelen van werknemer in FCN heeft laten weten dat het gebruik om gezinsreizen ten laste van FCN te laten komen na de overname mocht blijven bestaan. TUI stelt dat werknemer haar ten tijde van het onderzoek in augustus 2009 FCN wel degelijk onjuist heeft geïnformeerd over zijn gesprek met Z. De bewijslast van de onderhavige (gestelde) dringende reden rust op TUI. Zij biedt aan Z ter zake als getuige te doen horen. Gelet op de gemotiveerde betwisting daarvan door werknemer, zal het hof TUI toelaten door middel van getuigen te bewijzen dat werknemer FCN in het gesprek van 28 augustus 2009 bewust onjuist heeft voorgelicht door FCN in strijd met de waarheid mee te delen dat Z hem in 2001 toestemming heeft gegeven de kosten van met werkzaamheden gecombineerde gezinsreizen voor rekening van FCN te laten komen.

De rechtbank heeft geoordeeld dat het ontslag op 31 augustus 2009 kennelijk onredelijk is. Het hof zal de grieven met betrekking tot het kennelijk onredelijk ontslag verder bespreken na de bewijslevering als hierboven voorzien. Uit die bewijslevering blijkende omstandigheden, in elk geval hetgeen blijkt omtrent de gestelde dringende reden voor het ontslag op staande voet, zullen immers van invloed zijn op de beoordeling van die grieven. TUI wordt veroordeeld een door werknemer aan te wijzen verzekeraar een bedrag van € 99.919,50 netto aan pensioenpremies te betalen. TUI voert voorts een post van € 26.468,21 op aan uitgaven ter zake van door werknemer en zijn gezin gemaakte reizen naar Brazilië en Egypte. Het hof zal de beslissing op dit onderdeel aanhouden tot na de bewijslevering, gelet op de samenhang daarvan met het verweer van werknemer.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 30-10-2012
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2012:3038
Zaaknummer: 200.090.208-01
Rechters: D. Kingma, R.J.M. Smit en J. Blokland
Advocaten: J. van Hulst en M.R. Meijer
Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden

Minimumtarieven in een cao voor zelfstandigen vallen alleen dan niet onder de reikwijdte van artikel 101 VWEU (art. 6 Mw) indien sprake is van 'schijnzelfstandigen'.

In de jaren 2006 en 2007 hebben FNV en de werknemersvereniging Nederlandse toonkunstenaarsbond enerzijds en de werkgeversvereniging Vereniging van Stichtingen Remplaçanten Nederlandse Orkesten anderzijds, een collectieve arbeidsovereenkomst voor remplaçanten van orkestleden (hierna: remplaçanten) gesloten. Deze collectieve arbeidsovereenkomst had onder meer betrekking op de minimumtarieven, niet alleen voor remplaçanten in het kader van een dienstverband (hierna: werknemersremplaçanten), maar ook voor remplaçanten die hun werkzaamheid op basis van een overeenkomst van opdracht uitoefenen en niet worden beschouwd als 'werknemers' in de zin van de overeenkomst zelf (hierna: zelfstandige remplaçanten). Inzonderheid was in bijlage 5 bij voormelde collectieve arbeidsovereenkomst bepaald dat aan zelfstandige remplaçanten ten minste het repetitie- en concerttarief dat voor werknemersremplaçanten was overeengekomen, vermeerderd met 16%, moest worden betaald. Op 5 december 2007 heeft de NMa een visiedocument gepubliceerd waarin zij het standpunt innam dat een bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst waarin minimumtarieven voor zelfstandige remplaçanten waren vastgelegd niet onttrokken was aan de werkingssfeer van artikel 6 van de Mededingingswet (Mw) en artikel 81 lid 1 EG-Verdrag in de zin van het arrest Albany (C-67/96,

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Het (Nederlandse) hof wenst te vernemen of het recht van de Unie aldus moet worden uitgelegd dat de bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst die minimumtarieven vastlegt voor zelfstandigen – leden van een van de aangesloten werknemersorganisaties – die voor een werkgever op basis van een overeenkomst van opdracht hetzelfde werk verrichten als werknemers in loondienst van die werkgever, buiten de werkingssfeer van artikel 101 lid 1 VWEU valt. In dit verband zij in herinnering gebracht dat volgens vaste rechtspraak een zekere mededingingsbeperkende werking weliswaar eigen is aan collectieve overeenkomsten tussen werkgevers- en werknemersorganisaties, maar de verwezenlijking van de met dergelijke overeenkomsten

nagestreefde doelstellingen van sociale politiek ernstig zou worden belemmerd indien de sociale partners bij hun gezamenlijke inspanning de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaarden te verbeteren, zich aan artikel 101 lid 1 VWEU moesten houden (zie arresten Albany, ECLI:EU:C:1999:430, punt 59; International Transport Workers' Federation en Finnish Seamen's Union, C-438/05, ECLI:EU:C:2006:784, punten 43 en 44). Voorts moet het begrip 'werknemer' in de zin van het recht van de Unie zelf worden gedefinieerd aan de hand van objectieve criteria die kenmerkend zijn voor de arbeidsverhouding, rekening houdend met de rechten en verplichtingen van de betrokken personen. Op dit punt is het vaste rechtspraak dat het hoofdkenmerk van deze verhouding is gelegen in de omstandigheid dat een persoon gedurende bepaalde tijd voor een ander onder diens gezag prestaties verricht tegen beloning (zie arresten N., C-46/12, ECLI:EU:C:2013:97, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak, alsook Haralambidis, C-270/13, ECLI:EU:C:2014:2185, punt 28). In dit verband heeft het Hof reeds gepreciseerd dat de kwalificatie als 'zelfstandige' naar nationaal recht niet uitsluit dat een persoon moet worden aangemerkt als 'werknemer' in de zin van het recht van de Unie, indien zijn zelfstandigheid slechts fictief is en dus een echte arbeidsverhouding verhult (zie in die zin arrest Allonby, C-256/01, ECLI:EU:C:2004:18, punt 71). Gelet op het voorgaande moet op de gestelde vragen dus worden geantwoord dat het recht van de Unie aldus moet worden uitgelegd dat de bepaling in een collectieve arbeidsovereenkomst zoals die in het hoofdgeding, die minimumtarieven vastlegt voor zelfstandigen – leden van een van de aangesloten werknemersorganisaties – die voor een werkgever op basis van een overeenkomst van opdracht hetzelfde werk verrichten als werknemers in loondienst van die werkgever, slechts buiten de werkingssfeer van artikel 101 lid 1 VWEU valt indien die dienstverleners 'schijnzelfstandigen' zijn, dat wil zeggen dienstverleners die zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van die werknemers. Het is aan de verwijzende rechterlijke instantie om te verifiëren of dit het geval is.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie
Datum uitspraak: 04-12-2014
ECLI: ECLI:EU:C:2014:2411
Zaaknummer: C-413/13
Rechters: A. Borg Barthet, A. Tizzano, E. Levits, M. Berger en S. Rodin
Advocaten: R.A.A. Duk
Wetsartikelen: 101 VWEU, 6 Mw en 7:610 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ontslag op staande voet wegens werken onder invloed van alcohol is terecht, ondanks wetenschap drankprobleem werknemer.

Werknemer is sinds maart 2008 in dienst van werkgever als kraanmachinist. Nadat een klacht was ontvangen door een klant van werkgever, dat werknemer in zijn kraancabine lag te slapen, heeft werknemer werkgever deelgenoot gemaakt van zijn drankprobleem. Nadien is werknemer wegens arbeidsongeschiktheid uitgevallen en opgenomen geweest in een verslavingszorgkliniek. In februari 2014 heeft tweemaal een alcoholcontrole op het werk plaatsgevonden. Bij de tweede controle is een te hoog promillage bij werknemer aangetroffen. Die middag is hij op staande voet ontslagen. Werknemer meent dat werkgever, die op de hoogte was van zijn privésituatie en alcoholverslaving, had moeten meedelen dat hij onder verscherpte controle werd gesteld en dat zij ten onrechte meteen naar het zwaarste middel heeft gegrepen zonder eerst een waarschuwing te geven. Daarbij heeft werknemer nog gewezen op het verschil in behandeling met een collega, die niet werd ontslagen na een rijontzegging.

Het hof oordeelt als volgt. Het is onaanvaardbaar dat een kraanmachinist zijn werkzaamheden verricht terwijl hij onder invloed is van een zodanige mate van alcohol, dat een promillage van 1,19 in de adem wordt gemeten, ongeacht de werkplek. Het is een feit van algemene bekendheid dat reeds na consumptie van twee glazen bier het vermogen om een voertuig goed te kunnen besturen en tijdig te reageren zodanig vermindert, dat de wetgever rijden met een voertuig op de openbare weg onder invloed van meer alcohol strafbaar heeft gesteld (art. 8 Wegenverkeerswet 1994). Werknemer bagatelliseert ten onrechte het gevaar dat zich met een kraan kan verwezenlijken en ziet over het hoofd dat op het parkeerterrein ook mensen komen en gaan. Voor de vraag of de verweten gedraging ontslag op staande voet rechtvaardigt, zal de bodemrechter moeten toetsen aan het door de kantonrechter geformuleerde, ruime criterium waarbij ook de persoonlijke omstandigheden van werknemer een rol spelen. In het kader van dit kort geding kan naar het oordeel van het hof nog niet worden gezegd dat het zeer waarschijnlijk is dat de bodemrechter het ontslag op staande voet nietig zal verklaren, ook al is het standpunt van werkgever, inhoudende dat zij bij haar keuze voor ontslag op staande voet

geen rekening hoefde te houden met de alcoholverslaving van werknemer omdat zij daarvan niet op de hoogte was, onjuist. Zij miskent dat die betwisting haaks staat op wat zij zelf schrijft in haar brief van 7 maart 2014 aan de gemachtigde van werknemer over het drankprobleem van werknemer, dat aan de orde kwam tijdens het functioneringsgesprek op 22 oktober 2013.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 25-11-2014
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:9127
Zaaknummer: 200.148.549/01
Rechters: M.E.L. Fikkers, H. de Hek en D.H. de Witte
Advocaten: G.J. Sjoer en L.S. Slinkman
Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ontslag op staande voet wegens werken bij derden tijdens ziekteverlof na een officiële waarschuwing. Ontslag na zes werkdagen nog steeds onverwijld verleend.

Werkgever detacheert personeel met name in de bouw. Werknemer is sinds 2009 werkzaam voor werkgever. Op 26 september 2013 schrijft werkgever aan werknemer dat zij hem heeft betrapt op werk bij een derde (op vrijdag 13 september), terwijl werknemer zich had ziek gemeld bij werkgever. Daarop is het loon ingehouden en heeft werknemer een officiële laatste waarschuwing gekregen (een gele kaart). Op 5 mei 2014 heeft werknemer zich opnieuw ziek gemeld wegens rugklachten. De werkgever treft hem bij controle aan op een ander adres in een waadpak, in een vijver. Werknemer is direct op non-actief gesteld en daarna op staande voet ontslagen.

Het hof oordeelt als volgt. Evenals de kantonrechter acht het hof het op voorhand niet geloofwaardig dat werknemer een bevriende hovenier bij een betalende klant zou gaan helpen met werkzaamheden die vergelijkbaar zijn met zijn werk voor werkgever, maar zonder daarbij zijn rug te belasten en dat hij daarvoor slechts – zoals werknemer stelt – 25 euro benzinegeld zou hebben ontvangen, terwijl werknemer nog herstellende was en sinds 5 mei 2014 niet meer voor zijn eigen werkgever had kunnen werken. Het ontslag op staande voet is terecht gegeven, mede vanwege de eerdere – uitdrukkelijke – waarschuwingen van werkgever. Ook het verweer van werknemer dat het ontslag niet onverwijld is gegeven en/of dat hem niet onverwijld de dringende reden voor de onmiddellijke opzegging van het dienstverband is meegedeeld, slaagt niet. Werkgever heeft gesteld dat zij uit oogpunt van zorgvuldigheid eerst een onderzoek wilde instellen, alvorens een definitief besluit te nemen. Mits met de nodige voortvarendheid uitgevoerd, staat een dergelijk onderzoek er niet aan in de weg dat aan het criterium van de onverwijlde opzegging en mededeling als bedoeld in artikel 7:677 lid 1 BW wordt voldaan (vgl. HR 21 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4436). De non-actiefstelling op vrijdag 23 mei 2014 maakte volstrekt duidelijk dat het werken voor een derde tijdens (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid door werkgever als zeer ernstig werd aangemerkt. Te billijken is dat het onderzoek enige tijd vergde, zeker nu Hemelvaartsdag op 29 mei 2014 viel.

Het gesprek op dinsdag 3 juni 2014 vond plaats op de zesde werkdag na de non-actiefstelling. Naar het voorlopig oordeel van het hof heeft werkgever het onderzoek daarmee met de nodige voortvarendheid uitgevoerd.

De aan werknemer verweten gedraging van het privé gebruiken van de bedrijfswagen (in april), telt niet mee, omdat deze gedraging reeds in mei bij werkgever bekend zou zijn en het ontslag pas in juni is gegeven.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Datum uitspraak: 25-11-2014
ECLI: ECLI:NL:GHARL:2014:9128
Zaaknummer: 200.153.997/01
Rechters: R.E. Weening, J.H. Kuiper en K.E. Mollema
Advocaten: M. Withaar en M.R.P. Ossentjuk
Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Overtreding concurrentiebeding; geen matiging concurrentiebedingboete.

Werknemer is als intercedent in dienst getreden van werkgever op basis van een tijdelijke arbeidsovereenkomst tot einde 2010. Hij is hierna in dienst gebleven op basis van een jaarcontract en vanaf 30 december 2011 op basis van een contract voor onbepaalde tijd. Zijn laatstgenoten salaris bedroeg € 2.008 bruto per maand. Werknemer heeft in mei 2013 zijn overeenkomst met werkgever opgezegd per 1 juli 2013. Hij is in dienst getreden van een concurrent van de werkgever. In eerste aanleg vorderde werknemer achterstallig loon en vakantiedagen. In reconventie vorderde werkgever betaling van de boetes wegens overtreding van het concurrentiebeding (en verrekening met de eventuele loonaanspraak).

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan werknemer stelt is het feit dat bij zijn tweede contract een prestatieloon was overeengekomen, niet van zodanige aard dat sprake is van een aanmerkelijk zwaarder drukken. Evenmin zijn er gronden voor gedeeltelijke vernietiging van het beding. De bescherming van het bedrijfsdebiet middels een concurrentiebeding is in dit geval (om de voorsprong op andere concurrenten te behouden) gerechtvaardigd. Ingevolge artikel 6:94 lid 1 BW kan een bedongen boete door de rechter op verzoek van de schuldenaar worden gematigd indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist. Deze maatstaf noopt de rechter tot terughoudendheid. De rechter mag pas van zijn matigingsbevoegdheid gebruik maken als de toepassing van het boetebeding in de gegeven omstandigheden tot een buitensporig en daarmee onaanvaardbaar resultaat leidt. Daarbij dient niet slechts te worden gelet op de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete, maar ook op de aard van de overeenkomst, de inhoud en de strekking van het beding en de omstandigheden waaronder het is ingeroepen. Voor wat betreft die aspecten stelt het hof bij de beoordeling van het onderhavige boetebeding voorop dat het een gebruikelijk beding is als aanvulling op een concurrentiebeding. Het bevat een prikkel tot nakoming van het concurrentiebeding ten behoeve van de gerechtvaardigde belangen van een werkgever. In zoverre draagt het naar zijn aard bij aan het voorkomen van oneerlijke concurrentie. Voorts stelt het hof vast dat het onderhavige beding uitsluitend van toepassing is op een – als zwaarwegend te kwalificeren –

verzuim dat betrekking heeft op benadeling van een (voormalige) werkgever. Bij het antwoord op de vraag of de hoogte van de contractueel bedongen boete ten opzichte van de door werkgever werkelijk geleden schade buitensporig is, is het volgende van belang. De hoogte van de boete bedraagt rondom de (ruim) twee bruto maandsalarissen van werknemer. Werkgever heeft naar voren gebracht dat hij ten behoeve van het opstarten van de 'in house' vestiging heeft moeten investeren en daarvoor een lening heeft afgesloten van € 20.000 welke investering mede door de overstap van werknemer niet kon worden terugverdiend. Alles overziend kan voorshands niet worden gezegd dat de bedongen boete buitensporig is. Het bovenstaande brengt naar 's hofs voorlopig oordeel mede dat het onderhavige beding in beginsel niet voor matiging vatbaar is.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 26-08-2014
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:3534
Zaaknummer: 200.133.968/01
Rechters: D. Kingma, J.E. Molenaar en L.A.J. Dun
Advocaten: C.G. van der Wiel en J.G. Schmidt
Wetsartikelen: 7:653 BW en 6:94 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/BTS en inlener

Instructie 'niet lossen' onvoldoende om zorgplicht ex artikel 7:658 BW aan te nemen. Terbeschikkingstelling veiligheidsschoenen. Zelfstandig onderzoek naar klacht ontbreken 'cao-verzekering'.

Werknemer is sinds 2007 als uitzendkracht in dienst van BTS. Werknemer is uitgezonden naar X. Werknemer dient voor X tuinmachines te transporteren naar Spanje. In Spanje heeft werknemer bij het lossen van deze machines een ongeval overkomen. Hij is op enig moment bij het lossen van de tuinmachines in de aanhanger van de vrachtwagen gaan staan, waarbij hij met een teen onder een van de lepels van de bij het lossen gebruikte heftruck klem kwam te zitten. Ten gevolge hiervan heeft hij schade opgelopen in de vorm van verlies van de top van de grote teen van zijn linkervoet en een kneuzing van zijn rechterhand. Op 4 september 2007 is werknemer vanuit Spanje teruggevlogen naar Nederland. X en BTS waren op grond van artikel 51 van de CAO voor het Beroepsgoederenvervoer over de weg en de verhuur van mobiele kranen 2007 en 2008 verplicht een ongevallenverzekering voor werknemer af te sluiten. X had ten tijde van het voorval een ongevallenverzekering gesloten, die voor dit voorval echter geen dekking bood. Werknemer stelt BTS en X aansprakelijk voor de door hem geleden schade. De kantonrechter en het hof hebben de gevorderde verklaring voor recht afgewezen, stellende dat er geen sprake is geweest van een schending van de zorgplicht. Zowel BTS als X hebben werknemer de uitdrukkelijke instructie gegeven niet te lossen. In cassatie klaagt werknemer dat ten onrechte voorbij is gegaan aan zijn stellingen dat er complicaties waren waardoor hij genoodzaakt was mee te helpen, hem geen veiligheidsschoenen ter beschikking waren gesteld en dat zijn klacht over het ontbreken van een verzekering is afgedaan onder verwijzing naar het 'ontbreken van de zorgplichtschending ex art. 7:658 BW'.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Niet valt in te zien dat de omstandigheid dat werknemer was geïnstrueerd om de lading niet zelf te lossen, afdoet aan de zorgplicht van BTS en X om geëigende veiligheidsmaatregelen te treffen. Niet steeds zal voor een chauffeur goed te bepalen zijn of een handeling moet worden gerekend tot het lossen van de lading. Indien de aanleiding tot het voorval is geweest dat werknemer het zeildoek van de vrachtwagen ging losmaken omdat het dreigde te worden beschadigd, zoals hij als getuige heeft verklaard,

behoefde voor hem niet duidelijk te zijn of dit als 'lossen' moest worden aangemerkt. Bovendien dienden BTS en X ermee rekening te houden dat werknemers wel eens nalaten de voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is (vgl. HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7590, *NJ* 2013/11). In cassatie moet veronderstellenderwijs ervan worden uitgegaan dat X en BTS geen veiligheidsschoenen aan werknemer hebben verstrekt en dat dergelijke schoenen hadden kunnen bijdragen aan voorkoming of beperking van het letsel. Hiervan uitgaande, getuigt het oordeel van het hof van een onjuiste rechtsopvatting. Dat oordeel houdt immers in dat X en BTS reeds aan hun uit artikel 7:658 BW voortvloeiende zorgplicht hebben voldaan door werknemer voldoende duidelijk te instrueren om niet zelf te lossen en ook niet bij het lossen te helpen. Indien X of BTS wel veiligheidsschoenen ter beschikking heeft gesteld, dan gaat de zorgplicht niet zover dat ook gecontroleerd moet worden of werknemer ze meeneemt in de vrachtwagen.

Werknemer klaagt terecht dat het hof heeft miskend dat het verwijt dat X en BTS in strijd met de van toepassing zijnde cao hebben nagelaten om ten behoeve van werknemer een ongevallenverzekering af te sluiten, dient te worden aangemerkt als een zelfstandig verwijt naast het verwijt dat zij de uit artikel 7:658 BW voortvloeiende zorgplicht niet zijn nagekomen. De ongegrondheid van het als eerste vermelde verwijt vloeit dus niet reeds voort uit de ongegrondheid van het tweede. Ook betoogt het onderdeel terecht dat de feitelijke grondslag van de vordering van werknemer het hof aanleiding had moeten geven deze vordering, onder aanvulling van rechtsgronden, mede te beoordelen op basis van artikel 6:74 BW. Weliswaar heeft het hof het bezwaar van X en BTS tegen de aanvulling door werknemer van de grondslag van de vordering met (onder meer) artikel 6:74 BW gehonoreerd en die aanvulling op die grond buiten beschouwing gelaten, maar dat laat onverlet dat het hof, gelet op artikel 25 Rv, ambtshalve had moeten onderzoeken of artikel 6:74 BW op het vaststaande feitencomplex van toepassing is.

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 05-12-2014
ECLI: ECLI:NL:HR:2014:3519
Zaaknummer: 13/03613
Rechters: E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion, M.V. Polak en T.H. den Tanja-van Broek
Advocaten: P. Kuipers, R.L. Bakels en A. van Staden ten Brink
Wetsartikelen: 7:658 BW en 6:74 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Tiels Schoonmaakbedrijf

Kantonrechter blijft 'rechter in laatste feitelijke instantie' ten aanzien van een herroeping van een ontbindingsbeschikking na verwerping hoger beroep tegen deze beschikking wegens appelverbod.

De arbeidsovereenkomst tussen werknemer en TSB is ontbonden zonder toekenning van een vergoeding. Werknemer is tegen deze beschikking in hoger beroep gegaan. Het hof oordeelde dat onvoldoende vaststaat dat sprake is van een doorbrekingsgrond van het appelverbod en heeft het verzoek verworpen. In het onderhavige geding heeft werknemer het hof verzocht, kort weergegeven, om de beschikking van de kantonrechter en/of de beschikking van het hof te herroepen, het geding geheel dan wel gedeeltelijk te heropenen en alsnog de verzoeken tot ontbinding toe te wijzen onder toekenning aan werknemer van een door TSB te betalen immateriële schadevergoeding. Werknemer heeft aan dit verzoek ten grondslag gelegd dat de beschikking van de kantonrechter berust op bedrog van TSB in de procedure (art. 382 aanhef en onder a Rv) en dat werknemer na de beschikking van de kantonrechter stukken van beslissende aard in handen heeft gekregen die door toedoen van TSB waren achtergehouden (art. 382 aanhef en onder c Rv). Het hof heeft een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad gesteld omtrent de vraag welke rechter dit herroepingsverzoek moet behandelen.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Voor zover hier van belang bepaalt artikel 384 Rv in verbinding met artikel 391 Rv dat het verzoek tot herroeping van een beschikking wordt gebracht bij de rechter die 'in laatste feitelijke instantie over de zaak heeft geoordeeld'. De prejudiciële vraag ziet op het geval dat tegen een beschikking tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst – waartegen ingevolge artikel 7:685 lid 11 BW geen hoger beroep of beroep in cassatie openstaat – hoger beroep is ingesteld onder aanvoering van een zogenoemde doorbrekingsgrond, en dit beroep is verworpen omdat de gestelde doorbrekingsgrond zich niet voordoet. De vraag is of in een dergelijk geval de appelrechter dient te worden aangemerkt als de rechter die 'in laatste feitelijke instantie over de zaak heeft geoordeeld'. Volgens vaste rechtspraak kan een rechtsmiddelenverbod, zoals dat van artikel 7:685 lid 11 BW, worden doorbroken indien de rechter buiten het toepassingsgebied van de desbetreffende bepaling is getreden, deze ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten of bij

de behandeling van de zaak een zo fundamenteel rechtsbeginsel heeft veronachtzaamd dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak (zie o.m. HR 29 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4989, *NJ* 1986/242 in algemene zin en HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2312, *NJ* 2011/220 m.b.t. art. 7:685 lid 11 BW). Voor de ontvankelijkheid van het hoger beroep volstaat dat een beroep wordt gedaan op een van deze doorbrekingsgronden. Indien het beroep op een doorbrekingsgrond naar het oordeel van de appelrechter slaagt, beoordeelt hij vervolgens het geschil, voor zover aan zijn oordeel onderworpen. Indien het beroep op de doorbrekingsgrond faalt, wordt het hoger beroep verworpen. In dat geval is de beoordeling in hoger beroep beperkt gebleven tot de beoordeling van de (voor)vraag of sprake is van een doorbrekingsgrond. Als de beoordeling in hoger beroep beperkt is gebleven tot een ontkennende beantwoording van de vraag of zich een grond voor doorbreking van het rechtsmiddelenverbod voordoet, heeft dat rechtsmiddelenverbod belet dat het hof in feitelijke instantie opnieuw over de zaak heeft geoordeeld. In dat geval is het de rechter in eerste aanlog die in laatste feitelijke instantie over de zaak heeft geoordeeld in de zin van artikel 384 Rv.

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 05-12-2014
ECLI: ECLI:NL:HR:2014:3536
Zaaknummer: 14/03149
Rechters: F.B. Bakels, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion en G. de Groot
Advocaten: M. Ynzonides
Wetsartikelen: 382 Rv en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/X c.s.

Toewijzing vordering tot betaling achterstallig loon en verlofuren na onverwijlde opzegging Wajong-gerechtigde. Geen aansprakelijkheid voor schade bedrijfsbus.

Werknemer is van 2 april 2012 tot en met 3 mei 2013 in dienst geweest. Hij vordert betaling van achterstallig loon en verlofuren en voert daartoe het volgende aan. Er is geen grond voor inhouding van loon wegens een aanrijding (bij gebreke van opzet of bewuste roekeloosheid). Werknemer had goede gronden om (onverwijld) op te zeggen omdat X, zijn leidinggevende, onvoldoende rekening hield met zijn medische beperking als uitkeringsgerechtigde in de zin van Wajong. X deed niets om het werk van werknemer te vergemakkelijken. Werknemer handelde steeds in overleg met zijn jobcoach en ging zelf correct met het materiaal (ook de bus) om. Werknemer heeft dan ook nooit ingestemd met inhouding van enig bedrag op zijn loon omdat hij aansprakelijkheid voor schadetoebrenging aan de (onveilige) bus van de hand wijst.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In theorie had X juridische middelen ten dienste gestaan om zich teweer te stellen tegen de onverwijlde opzegging van werknemer. Dit is echter niet gebeurd. Een tegenvordering is niet ingesteld, laat staan dat X daar de vereiste onderbouwing aan geeft. Voor zover zij zich al beroept op verrekening, is dit veel te vaag en kan de kantonrechter dit passeren omdat de gegrondheid van zo'n (in alle opzichten bestreden) verweer niet op eenvoudige wijze vast te stellen is (art. 6:136 BW). Voorts realiseert X zich kennelijk niet dat een werknemer slechts in uitzonderlijke gevallen van door de werkgever te stellen én te bewijzen opzet of bewuste roekeloosheid aan te spreken is op vergoeding van aan de werkgever toegebrachte schade. Daaromtrent is echter niets gesteld. Ten onrechte is € 250 op het loon ingehouden vanwege de schade aan de bus. Voorts worden de gevorderde niet betaalde verlofuren toegewezen. Ook de nevenvorderingen zijn door X niet bestreden, hoewel ter zake van de buitengerechtelijke kosten en de proceskosten wel relevant is dat X onweersproken in haar antwoord naar voren gebracht heeft dat zij door de vordering in rechte overvallen is nadat haar reactie op de enkele brief van de raadsman van werknemer waarbij een claim aangekondigd was, onbeantwoord gebleven was. Dat laatste verweer snijdt hout, nu

werknemer zelfs niet de moeite genomen heeft in voortgezet debat op deze tegenwerping in te gaan. De proceskosten worden aldus gecompenseerd, dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Instantie: Rechtbank Limburg
Datum uitspraak: 03-12-2014
ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2014:10324
Zaaknummer: 3082404 CV EXPL 14-5878
Rechters: H.W.M.A. Staal
Advocaten: R.C. Breuls
Wetsartikelen: 6:136 BW, 7:628 BW, 7:658 BW, 7:677 BW en 7:679 BW

RECHTSPRAAK

Polski Chleb/werkneemster

Loonvordering en loondoorbetaling tijdens ziekte.

Polski Chleb exploiteert een bakkerij en twee winkels in Poolse voedingsmiddelen en brood. Werkneemster is op 1 oktober 2010 voor bepaalde tijd tot 1 april 2011 in dienst getreden van Polski. Werkneemster heeft tot 27 april 2011 gewerkt. Thans vordert zij loon van Polski. Zij heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat zij veel meer uren heeft gewerkt dan de omvang van haar arbeidsovereenkomst. Verder heeft zij gesteld dat zij voor onbepaalde tijd in dienst is getreden van Polski Chleb en dat zij zich op 27 april 2011 heeft ziek gemeld. De kantonrechter heeft de vorderingen grotendeels toegewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Uit het feit dat werknemer na 1 april 2011 heeft doorgewerkt, moet op grond van artikel 7:668 BW geconcludeerd worden dat de arbeidsovereenkomst op dezelfde voorwaarden is voortgezet voor de duur van zes maanden, te weten tot 1 oktober 2011. Ook het hof gaat ervan uit dat werknemer zich op 27 april 2011 heeft ziek gemeld bij Polski Chleb. In de eerste plaats vermelden de brieven van Delta Lloyd de datum van ziekmelding; dit is weliswaar 26 in plaats van 27 april 2011, doch dat zou het gevolg kunnen zijn van een vergissing, die in dit verband niet relevant is. In de tweede plaats vermeldt de brief van werknemer aan Polski Chleb van 26 mei 2011 haar ziekmelding op 27 april 2011. In de derde plaats is op de door Polski Chleb overgelegde loonstroken over de maanden mei en juni 2011 melding gemaakt van 22 ziektedagen (en 0 dagen gewerkt). Tot slot is het hof met de kantonrechter van oordeel dat het onaannemelijk is dat Polski Chleb niets onderneemt indien haar werknemer (zonder toestemming) met vakantie vertrekt en vervolgens niets meer van zich laat horen. Wat in mei 2011 tussen partijen zou zijn besproken vermeldt Polski Chleb overigens niet. Over de loonvordering vanaf juli 2011 (nu werknemer vanaf dat moment niet langer ziek wordt geacht) oordeelt het hof dat elke grond voor de loonvordering ontbreekt (art. 7:627 BW).

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 02-12-2014
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:5083
Zaaknummer: HD 200.124.112/02
Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, J.P. de Haan en I. Bouter
Advocaten: Ph.C.M. van der Ven en M. Strijks
Wetsartikelen: 7:627 BW, 7:628 BW en 7:629 BW

RECHTSPRAAK

Magna Tyres Europe B.V./werknemer

Overtreding concurrentie na ontslagname werknemer/aspirant-directeur van Magna Tyres Europe. Geen matiging concurrentiebeding. Deskundigenbericht nodig voor vaststelling of en zo ja in hoeverre boete gematigd moet worden.

Magna Tyres handelt wereldwijd in banden. Werknemer is vanaf begin jaren negentig werkzaam in de bandenindustrie. Tussen partijen is in 2008 gesproken over een arbeidsovereenkomst waarbij het de bedoeling was dat werknemer op korte termijn directeur van Magna Tyres Europe zou worden. Op grond van voornoemde arbeidsovereenkomst is werknemer met ingang van 1 maart 2008 als verkoopdirecteur bij Magna Tyres Europe in dienst getreden tegen een salaris van € 7.330 bruto per maand exclusief emolumenten. In de arbeidsovereenkomst is een non-concurrentiebeding en een geheimhoudingsbeding opgenomen. Werknemer heeft deze arbeidsovereenkomst opgezegd per 1 december 2008 en is in dienst getreden van Alliance Tire Europe B.V. (een concurrent). Magna Tyres heeft aanmerkelijke geldsommen gevorderd aan boetes. Werknemer heeft vernietiging van het concurrentiebeding gevorderd, dan wel handhaving van een gematigd concurrentiebeding en billijke vergoeding (art. 7:653 lid 4 BW). De kantonrechter heeft werknemer veroordeeld € 10.000 te betalen. Tegen dit vonnis keert Magna Tyres zich in hoger beroep. Zij vordert € 1.670.000, althans € 915.000, aan boetes. Partijen twisten over het antwoord op de vraag of het non-concurrentiebeding alleen ziet op bedrijfsactiviteiten van Magna Tyres Europe (standpunt van werknemer) of ook op de bedrijfsactiviteiten van Magna Tyres International (standpunt Magna Tyres Europe). De kantonrechter heeft het standpunt van werknemer gevolgd.

Het hof oordeelt als volgt. Gelet op een en ander in onderling verband beschouwd, tegen de achtergrond dat werknemer zich bij de totstandkoming van de overeenkomst(en) had voorzien van juridische bijstand, had hij kunnen en behoren te begrijpen dat met ‘gelijke of gelijksoortige producten’ ook OTR (off the road) banden werd bedoeld (niet zijnde agrobanden). Het hof acht in dit verband niet relevant dat Magna Tyres Europe nooit provisie heeft ontvangen van Magna Tyres International. Gelet op de functie van Magna Tyres

International, zoals hiervoor vermeld, is dat ook niet vreemd. Waar het om gaat is dat werknemer uit al deze omstandigheden heeft kunnen en moeten begrijpen dat het non-concurrentiebeding betrekking had op banden waar hij in zou gaan handelen (en feitelijk ook heeft gehandeld) tijdens zijn dienstverband bij Magna Tyres Europe en dat waren niet uitsluitend industriebanden, maar ook OTR-banden (niet zijnde agrobanden). Aan het voorgaande doet evenmin af dat werknemer, zoals hij heeft gesteld, het arbeidscontract niet met zijn adviseur heeft besproken. Dit ligt binnen zijn risicosfeer en regardeert Magna Tyres Europe niet nu werknemer niet heeft gesteld dat Magna Tyres Europe daarvan op de hoogte is geweest en gelet op de omstandigheid dat werknemer wel, voor Magna Tyres Europe kenbaar, zich had laten bijstaan bij de totstandkoming van de intentieovereenkomst, hoefde Magna Tyres Europe daar ook niet op bedacht te zijn. Met de indiensttreding van werknemer bij Alliance is het concurrentiebeding overtreden. Het hof ziet geen reden het beding verder te beperken; de temporele duur van een jaar komt het hof niet bovenmatig voor. Voorts was het werknemer wel toegestaan in veel overige delen van de markt actief te zijn. Weliswaar werd zijn salaris hoger en had hij bij Alliance een gunstiger bonusregeling, maar bij Magna Tyres Europe had werknemer de mogelijkheid om mede-eigenaar te worden, zodat zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet valt in te zien dat zijn positie bij Alliance werkelijk beter werd dan dat deze bij Magna Tyres Europe zou zijn geweest indien partijen uitvoering hadden gegeven aan de intentieovereenkomst.

Het hof stelt voorop dat op grond van artikel 6:94 lid 1 BW matiging van een contractuele boete mogelijk is indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist (HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6638). Gelet op dezelfde omstandigheden die reeds bij de matiging van het concurrentiebeding zijn besproken en het door werknemer bij Magna Tyres Europe verdiende salaris, is het hof voorlopig van oordeel dat de kantonrechter van zijn bevoegdheid tot matiging erg ruim gebruik heeft gemaakt. Het hof kan nog geen definitief oordeel geven, omdat daartoe nadere informatie nodig is over de verhouding tussen de werkelijke schade en de hoogte van de boete. Werknemer heeft betoogd dat de door Magna Tyres Europe geleden schade nihil of gering is, terwijl volgens Magna Tyres Europe de schade een paar ton bedraagt. Het hof acht het in het kader van het beroep op matiging van belang om nader inzicht te verkrijgen in de door Magna Tyres Europe geleden schade. Die schade hoeft niet nauwkeurig te worden berekend, omdat het non-concurrentiebeding er (mede) toe strekt om dat juist niet te hoeven doen. Een schatting van de schade volstaat derhalve. Het hof heeft behoefte aan deskundige voorlichting hierover.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak: 02-12-2014
ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:5076
Zaaknummer: HD 200.106.383/01
Rechters: M. van Ham, N.J.M. van Etten en M.E. Bruning
Advocaten: P.R. Mars en A.D. Siderius
Wetsartikelen: 7:653 BW en 6:94 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Proceon/werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst overspannen directeur van verschillende basisscholen wegens verstoorde arbeidsrelatie. Dat werknemer aanspraak maakt op wachtgeldregeling, leidt er niet toe dat geen vergoeding wordt toegekend.

Werknemer is in 2010 in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) Proceon. Hij is werkzaam als directeur op verschillende basisscholen. Proceon verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van verandering van omstandigheden en voert daartoe het volgende aan. Er is sprake van een verstoorde arbeidsrelatie die maakt dat beëindiging van de arbeidsovereenkomst moet volgen. Proceon wijt deze situatie aan de wijze waarop werknemer vanaf juni 2014 binnen enkele weken het team en de medezeggenschap van school X tegen zich in het harnas heeft gejaagd. Daarna heeft hij bewust getracht onrust en opstand binnen de organisatie te bewerkstelligen. Er is geen aanleiding voor het toekennen van enige vergoeding. Werknemer zal na het einde van de arbeidsovereenkomst aanspraak kunnen maken op een bovenwettelijke wachtgeldregeling.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Nu beide partijen het erover eens zijn dat de arbeidsrelatie ernstig is verstoord, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Het bestaan van de vigerende wachtgeldregeling is een relevante omstandigheid die moet worden meegewogen. Echter, het enkele bestaan daarvan heeft niet tot gevolg dat geen vergoeding toegekend kan worden. Partijen zijn het erover eens dat werknemer lange tijd prima gefunctioneerd heeft, waarvoor zowel door Proceon alsook de ouders van de scholen waaraan Proceon verbonden is geweest waardering is uitgesproken. Proceon dient als werkgever uiteraard zorgvuldig om te gaan met de belangen van werknemer, die eerder door haar is aangewezen om in een lastige setting ook op school X te gaan werken. De kantonrechter kan de beslissing van Proceon in dit geval echter billijken. Daarbij weegt bijzonder zwaar mee dat Proceon bij haar beslissing ook het oordeel van externe waarnemers heeft betrokken, die spraken over een onmogelijke situatie. Proceon heeft zich naast de belangen van werknemer ook rekenschap te geven van haar andere werknemers, die deels ook werkzaam zijn op school X. Niet gezegd kan worden dat Proceon onvoldoende oog heeft gehad voor de belangen van

werknemer. Werknemer zich niet steeds opgesteld zoals een goed werknemer behoort te doen door zich niet alleen in laatdunkende bewoordingen over zijn directeur uit te laten, maar zijn boodschap ook aan een breder publiek te verkondigen. Gelet op het aandeel van werknemer zelf in het ontstaan van het conflict, het feit dat hij aanspraak kan maken op een bovenwettelijke wachtgeldregeling, het aangeboden outplacementtraject en de door werknemer zelf uitgesproken gunstige arbeidsmarktpositie is slechts een vergoeding op zijn plaats die lager is dan C=1. Rechtvaardiging voor een vergoeding ligt in het gegeven dat Proceon ook een verwijt te maken valt, het goede functioneren tot aan de benoeming op school X in welke periode werknemer met succes verantwoordelijkheid voor twee scholen gedragen heeft, de lastige taak bij school X en de overspannenheid van werknemer die blijkens de verklaring van zijn psycholoog een rol heeft gespeeld bij de wijze waarop hij gereageerd heeft. Een vergoeding van € 12.500 wordt billijk geacht.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 01-12-2014
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2014:6235
Zaaknummer: 3494486 AE VERZ 14-178
Rechters: J.O. Zuurmond
Advocaten: J. Schutter en W. Brussee
Wetsartikelen: 7:685 BW

RECHTSPRAAK

DPA Beheer B.V./werknemer

Arbeidsovereenkomst directeur wordt na overname wegens een verstoorde arbeidsrelatie ontbonden onder toekenning van een vergoeding van € 100.000. Voor het geval en onder de voorwaarde dat in een bodemprocedure wordt vastgesteld dat werknemer bescherming op grond van artikel 7:663 BW toekomt, wordt een vergoeding toegekend van € 720.000.

Werknemer was van 1 december 1997 tot 2000 in dienst bij en statutair directeur van Ingenieursbureau Technipower BV (hierna: Technipower). In 2000 heeft hij via vennootschap A de aandelen van Technipower gekocht. Vanaf 1 januari 2001 had werknemer een arbeidsovereenkomst met vennootschap A en niet langer met Technipower. Bij overeenkomst van 3 oktober 2013 heeft Technipower haar activa verkocht aan DPA Group N.V. Op 16 oktober 2013 is werknemer in dienst getreden van DPA Beheer (hierna: DPA) als directeur van DPA Technipower. DPA verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Er is sprake van een daling van het aantal inzetbare professionals en van het gemiddeld uurtarief en is er geen verbetering opgetreden in de complexe administratie van belonings- en factureringsafspraken en de daaruit voortkomende problemen. Dat leidt tot de conclusie dat DPA Beheer voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat DPA Technipower onder leiding van werknemer niet goed presteerde. De slechte prestaties van DPA Technipower zijn echter niet in die mate aan het functioneren van werknemer te wijten dat gesproken kan worden van disfunctioneren. Naast hetgeen dat door werknemer naar voren is gebracht, speelt mee dat ten tijde van de overname sprake was van een acute noodsituatie bij Technipower, waardoor een overname van de activa noodzakelijk was om een faillissement te voorkomen. DPA Beheer kon in die omstandigheden niet verwachten dat werknemer op eigen kracht de prestaties van DPA Technipower zou kunnen verbeteren. Nu sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Bij de beoordeling of werknemer bescherming toekomt op grond van artikel 7:663 BW staat voorop dat werknemer geen arbeidsovereenkomst had met Technipower. Dan dient

beoordeeld te worden of werknemer nagenoeg exclusief werkzaam was voor Technipower en de werkzaamheden die hij verrichtte voor de andere onderdelen van de Astrea-groep van 'rechtens verwaarloosbare omvang' waren (Botzen-arrest). Dit is door werknemer niet aannemelijk gemaakt. Of werknemer bescherming op grond van artikel 7:663 BW toekomt, kan in deze procedure niet worden vastgesteld. In de bijzondere omstandigheden van deze zaak moet in redelijkheid rekening worden gehouden met een langere arbeidsduur, namelijk 3 dienstjaren, wat resulteert in 5,5 gewogen dienstjaren. Daarbij is van belang dat de koopovereenkomst onder grote druk en in zeer korte tijd is gesloten, dat over de inhoud van de arbeidsovereenkomst toen nog niets was overeengekomen en dat daardoor werknemer geen enkele onderhandelingsruimte meer had. Ter zitting is erkend dat het afzien van anciënniteit door werknemer geen punt van onderhandeling is geweest en dat het ten aanzien van de hoogte van het salaris 'slikken of stikken' was. Daarnaast is er sprake van verwijtbaarheid aan de zijde van DPA Beheer, wat leidt tot toepassing van een C-factor van 1,5. Dat alles leidt ertoe dat aan werknemer een vergoeding wordt toegekend van € 100.000. Voor het geval en onder de voorwaarde dat in een bodemprocedure wordt vastgesteld dat werknemer ten opzichte van DPA Beheer wel bescherming op grond van artikel 7:663 BW toekomt, wordt aan werknemer een vergoeding toegekend van € 720.000 (uitgaande van een brutosalaris van € 20.000 per maand, 1 januari 1997 als datum indiensttreding en een C-factor van 1,5).

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant
Datum uitspraak: 25-11-2014
ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2014:7351
Zaaknummer: 3488225 \ EJ VERZ 14-726
Rechters: I.L. Rijnbout
Advocaten: J. Schulp en A.J. van Wulfften Palthe
Wetsartikelen: 7:663 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/WMS Gaming International

Werkgever is ontslagvergoeding niet verschuldigd, omdat werknemer bij het sluiten van de beëindigingsovereenkomst reeds uitzicht had op nieuw werk (ontbindende voorwaarde).

WMS houdt zich wereldwijd bezig met de ontwikkeling, productie en handel in kansspelautomaten voor de casino-industrie. In dat kader is zij bezig met ontwerp, fabricage en distributie van games en gerelateerde software voor de legale wereldwijde gamingindustrie. Werknemer was sinds 18 oktober 2004 bij WMS in dienst, laatstelijk in de functie van Regional Sales Director Europe. Zijn laatstgenoten salaris bedroeg € 7.168,21 bruto per maand met emolumenten. In 2012 hebben partijen onderhandeld over een beëindigingsovereenkomst. Afgesproken is dat werknemer een bedrag van € 89.370 bruto zou ontvangen en het concurrentiebeding wordt gematigd tot drie maanden. Voorwaarde verbonden aan de ontslagvergoeding was dat werknemer geen ander werk noch uitzicht op werk had. De overeenkomst is op 15 juni 2012 getekend. Op 18 juni 2012 bericht IGT (directe concurrent van WMS) aan haar relaties dat per direct werknemer bij haar in dienst is getreden. WMS heeft de beëindigingsvergoeding niet betaald. Op basis van deze feiten is een bewijsvermoeden aangenomen dat werknemer ten tijde van het sluiten van de beëindigingsovereenkomst uitzicht had op nieuw werk. Het verweer van werknemer dat hij op vrijdagmiddag een open sollicitatiebrief heeft gestuurd en de maandag na het weekend is aangenomen, komt het hof niet plausibel voor.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 25-11-2014
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2014:4891
Zaaknummer: 200.134.472/01
Rechters: J.E. Molenaar, D. Kingma en L.A.J. Dun
Advocaten: M. Huijben en M. Streng
Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/mr. T.S. Pieters

Verzoek tot wraking kantonrechter in ontbindingsprocedure is niet tijdig door werkgever ingediend. Niet-ontvankelijkheid.

Op 21 oktober 2014 heeft de gezamenlijke mondelinge behandeling plaatsgevonden van het door werkgever ingediende (voorwaardelijke) verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met werkneemster. Bij brief van 28 oktober 2014 heeft werkgever een verzoek tot wraking van de kantonrechter ingediend. Werkgever legt, samengevat, aan zijn verzoek ten grondslag dat de kantonrechter gedurende de zitting van 21 oktober 2014 blijk heeft gegeven van vooringenomenheid en partijdigheid. Zo zou de kantonrechter onvoldoende kritische vragen aan werkneemster hebben gesteld en haar uitlatingen bij voorbaat als vaststaand hebben aangenomen en tendentieuze opmerkingen hebben geuit ten nadele van de gemachtigde van werkgever. Ook heeft de kantonrechter de gemachtigde van werkneemster ruimschoots tijd gegeven voor het voordragen van haar pleitnota, terwijl de gemachtigde van werkgever zijn pleitnota niet mocht voordragen. De griffier heeft per e-mail van 24 oktober 2014 aan de gemachtigde van werkneemster gevraagd of deze nog van de mogelijkheid gebruik wil maken op de pleitnota van mr. Koning te reageren. Werkgever acht dit zeer ongebruikelijk.

De rechtbank oordeelt als volgt. Op grond van artikel 37 Rv dient een wrakingsverzoek waarvan de grondslag is gelegen in hetgeen zich tijdens de zitting heeft voorgedaan, terstond of kort na de zitting te worden ingediend. Uit hetgeen werkgever ter toelichting op de zitting van 10 november 2014 heeft verklaard, blijkt dat de feiten en omstandigheden waarop hij zijn wrakingsverzoek heeft gebaseerd, alle zijn gelegen in hetgeen zich tijdens de mondelinge behandeling van 21 oktober 2014 heeft voorgedaan. Het had derhalve op de weg van werkgever gelegen zijn wrakingverzoek op, of korte tijd na 21 oktober 2014 in te dienen. Het verzoek is echter niet eerder gedaan dan 28 oktober 2014. Niet is gebleken dat de omstandigheid dat werkgever (nog) niet over het proces-verbaal van de zitting van 21 oktober 2014 beschikte, daaraan in de weg stond. Bij de beantwoording van de vraag of werkgever het wrakingsverzoek tijdig heeft ingediend, speelt de datum waarop de griffier een e-mail aan de gemachtigde van werkneemster heeft gestuurd geen rol, aangezien werkgever deze e-mail niet

als zelfstandige grond voor het verzoek heeft aangevoerd maar slechts als bevestiging van het vermoeden van partijdigheid en vooringenomenheid van de kantonrechter dat bij hem had postgevat op grond van hetgeen ter zitting was voorgevallen. Het verzoek om wraking is niet tijdig gedaan, zodat werkgever niet-ontvankelijk in zijn verzoek moet worden verklaard.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland
Datum uitspraak: 24-11-2014
ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2014:11321
Zaaknummer: C/15/218458/HA RK 14/75
Rechters: J.J. Dijk en J.M. Van Janse Mantgem
Wetsartikelen: 37 Rv

ANNOTATIE

Solidair staken: ja, mits...

F.M. Dekker

1. Inleiding

Op 31 oktober jl. heeft de Hoge Raad zich voor het eerst sinds het *Douwe Egberts*-arrest (HR 28 januari 2000, *NJ* 2000/292, m.nt. T. Koopmans) weer eens inhoudelijk over het stakingsrecht uitgelaten (voor de volledigheid: HR 8 juni 2007, *JAR* 2007/163 betrof niet de staking zelf, maar een vordering tot schadevergoeding als gevolg van de reeds in een andere procedure onrechtmatig bevonden staking). Het ging om een belangenconflict tussen FNV Bondgenoten en Het Zwarte Corps (hierna: de vakbonden) enerzijds en het Amsterdamse havenbedrijf Rietlanden Terminals B.V. (hierna: Rietlanden) anderzijds. Dit conflict – dat al tot verschillende collectieve acties bij Rietlanden aanleiding had gegeven – leidde medio oktober 2012 tot een onaangekondigde staking. Ten tijde van die staking was Rietlanden bezig met het lichten en lossen van het zeeschip Evgenia, dat circa 120.000 ton steenkool voor Enerco B.V. (hierna: Enerco) bevatte. Door de staking werd het werk aan de Evgenia niet voltooid. De vakbonden hebben hun kaderleden bij andere overslagbedrijven vervolgens verzocht zich solidair te verklaren met de acties bij Rietlanden en schepen van klanten van Rietlanden niet te lossen. Dit werk werd 'besmet verklaard'. Doordat de oproep van de vakbonden in grote mate werd opgevolgd, is het werk aan de Evgenia, dat onder de besmetverklaring viel, ook niet elders verricht. Enerco kreeg daardoor niet de beschikking over haar kolen. Omdat de vakbonden weigerden de besmetverklaring op te heffen, stapte Enerco naar de rechter.

2. Oordeel Hof Arnhem-Leeuwarden

Nadat de Voorzieningenrechter Utrecht de vakbonden in het gelijk had gesteld, legde het Hof Arnhem-Leeuwarden het gelijk alsnog bij Enerco (Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2013, *JAR* 2013/211, m.nt. E.M. Hoogeveen). Het oordeelde dat een besmetverklaring die niet alleen werkzaamheden bij de bestaakte onderneming maar ook derden-ondernemingen betreft, niet door artikel 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest (ESH) wordt gedekt en derhalve in beginsel onrechtmatig is. De vakbonden hebben geen feiten en omstandigheden gesteld die een

rechtvaardiging kunnen opleveren voor hun handelen. Volgens het hof valt niet in te zien op welke wijze afbreuk zou worden gedaan aan het doel van de vakbonden wanneer de loswerkzaamheden door een ander bedrijf dan Rietlanden zouden worden verricht. Nu niet aannemelijk is dat de besmetverklaring heeft bijgedragen aan het stakingsdoel van de vakbonden, terwijl deze voor Enerco aanzienlijke en oplopende schade veroorzaakte, moet de besmetverklaring naar het oordeel van het hof in de gegeven omstandigheden als onrechtmatig worden aangemerkt. Ten overvloede voegde het hof nog toe dat ook als de besmetverklaring wel onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH zou vallen, deze een toetsing aan artikel G ESH niet zou doorstaan. Het hof baseerde dit oordeel op de voorgaande overwegingen.

3. Oordeel Hoge Raad

In cassatie bestreden de vakbonden beide pijlers van 's hofs arrest: zij klaagden zowel over het oordeel dat de besmetverklaring niet door artikel 6 lid 4 ESH zou worden gedekt als over het oordeel dat een toetsing aan artikel G ESH voor hen negatief zou uitvallen.

Bij de beoordeling van de eerste klacht herinnert de Hoge Raad er om te beginnen aan dat artikel 6 lid 4 ESH in Nederland rechtstreekse werking heeft. De strekking van deze bepaling – het waarborgen van de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen – geeft, mede gelet op het karakter van dit recht als sociaal grondrecht, volgens de Hoge Raad geen aanleiding het begrip 'collectief optreden' beperkt uit te leggen. Dit brengt mee dat een vakbond in beginsel vrij is in de keuze van middelen om haar doel te bereiken. Of (nog) sprake is van een collectieve actie in de zin van artikel 6 lid 4 ESH, wordt, aldus de Hoge Raad, vooral bepaald door het antwoord op de vraag of de actie redelijkerwijs kan bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Indien die vraag bevestigend wordt beantwoord, valt de collectieve actie onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH. Het oordeel van het hof dat de onderhavige besmetverklaring niet kan worden aangemerkt als een collectieve actie in de zin van artikel 6 lid 4 ESH, berust, zo vervolgt de Hoge Raad, kennelijk op de opvatting dat een dergelijke besmetverklaring reeds buiten de reikwijdte van dat artikel valt op de grond dat een zodanige actie wordt uitgevoerd in een ander bedrijf dan dat van de werkgever tegen wie de actie zich richt. Gelet op het geschetste juridisch kader, is die opvatting onjuist. Bepalend is immers of de besmetverklaring redelijkerwijs kan bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen, en daarmee tot het actiedoel (hetgeen bijv. het geval kan zijn indien de besmetverklaring Enerco kan prikkelen druk uit te oefenen op Rietlanden). Een ontkennende beantwoording van die vraag volgt, zo concludeert de Hoge Raad, nog niet uit het door het hof gegeven oordeel dat geen afbreuk wordt gedaan aan het stakingsdoel indien de loswerkzaamheden door een ander bedrijf dan Rietlanden kunnen worden verricht.

Het slagen van het eerste cassatieonderdeel brengt mee dat moet worden onderzocht of de beslissing van het hof zelfstandig kan worden gedragen door zijn ten overvloede gegeven oordeel. Dit oordeel houdt in dat zelfs indien de besmetverklaring zou vallen onder artikel 6 lid 4 ESH en derhalve zou moeten worden getoetst aan artikel G ESH, die toetsing voor de vakbonden negatief zou uitvallen. Ter onderbouwing verwijst het hof naar hetgeen in de overwegingen daarvoor is gesteld. Die overwegingen bouwen echter voort op het (onjuiste) uitgangspunt dat de besmetverklaring in beginsel onrechtmatig is. Aangezien het hier aan de orde zijnde oordeel van het hof er veronderstellenderwijs van uitgaat dat de besmetverklaring juist in beginsel rechtmatig is omdat zij onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH valt, kan de verwijzing naar de voorgaande overwegingen volgens de Hoge Raad niet als basis voor dat oordeel dienen. Het arrest van het hof lijdt, althans zo begrijp ik de Hoge Raad, aan een innerlijke tegenstrijdigheid. Meer in het bijzonder wijst de Hoge Raad nog op de volgende twee punten:

a. Voor het oordeel dat de besmetverklaring de toetsing aan artikel G ESH niet zou doorstaan, is medebepalend de vaststelling dat de vakbonden geen feiten en omstandigheden hebben gesteld die een rechtvaardiging kunnen opleveren voor hun handelen. Daarmee heeft het hof evenwel miskend dat, indien een collectieve actie valt onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH, het niet aan de vakbonden is om hun handelen te rechtvaardigen. Die actie dient dan immers in beginsel te worden aangemerkt als een rechtmatige uitoefening van hun sociale grondrecht. Het was derhalve aan Enerco om de door haar gestelde onrechtmatigheid te onderbouwen.

b. Bij een collectieve actie als de onderhavige is onvermijdelijk dat deze schade veroorzaakt bij derden die door de actie worden getroffen. Indien de actie valt binnen het bereik van artikel 6 lid 4 ESH, is echter uitgangspunt dat daarmee een zwaarwegend belang wordt gediend. Dan brengt de enkele omstandigheid dat Enerco als derde voldoende onderbouwd heeft gesteld ‘dat zij aanzienlijke en in de tijd oplopende schade leed als gevolg van de onmogelijkheid om de Evgenia, en mogelijk ook andere schepen, in Nederland te doen lossen’, niet zonder nadere vaststellingen omtrent de omvang van de schade, de betrokken belangen en de relevante overige omstandigheden van het geval mee dat de besmetverklaring vanwege die schade onrechtmatig is.

4. De solidariteitsstaking en artikel 6 lid 4 ESH

De maandag na de uitspraak van de Hoge Raad verscheen in *de Volkskrant* een artikel met de kop ‘Stakingsrecht opgerekt: ook acties bij leveranciers’. In dat artikel stelt Sagel, die in cassatie namens de vakbonden optrad, dat het arrest een doorbraak in het Nederlandse stakingsrecht betekent. Volgens hem is nu duidelijk dat het, als dat redelijkerwijs kan

bijdragen aan het actiedoel, ook is toegestaan te staken bij bijvoorbeeld de toeleverancier van degene met wie een conflict bestaat. Dit standpunt van Sagel wordt in hetzelfde artikel door Verhulp genuanceerd. Volgens de auteur van het krantenartikel merkte Verhulp op dat het al langer zo is dat actievoeren ook bij derden mag, zolang dat maar gericht is op arbeidsvoorwaarden. Wel erkende Verhulp dat er sprake is van een trend in de jurisprudentie waarin het stakingsrecht wordt verruimd en dat dit arrest in die trend past.

De nuancering van Verhulp is in zoverre terecht dat de redenering die de Hoge Raad toepast niet geheel nieuw is. Al in het *NS*-arrest (HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688, m.nt. P.A. Stein) aanvaardde de Hoge Raad dat ook stakingen die plaatsvinden bij een derde onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH kunnen vallen. De Hoge Raad sprak in dat verband over acties die afwijken van het 'het normale type', doordat zij zich keren tegen de één, maar zich richten tegen een ander. Verder knoopte de Hoge Raad voor het oordeel dat dergelijke collectieve acties evenzeer door artikel 6 lid 4 ESH kunnen worden gedekt, ook toen al aan bij de strekking van die bepaling. Hij overwoog:

'3.4 (...) Essentieel kan daarbij niet zijn dat acties welke het Comite kwalificeert als "politieke stakingen", zich richten tegen de overheid; beslissend moet veeleer zijn dat het bij dergelijke acties gaat om stakingen die niet meer vallen onder de strekking van art. 6 lid 4, die ook volgens het Comite is: bescherming van het recht op collectief onderhandelen, omdat zij resultaten beogen die duidelijk geheel buiten het terrein van zulk onderhandelen vallen. Daarmede is voor wat betreft art. 6 lid 4 tevens de grens bepaald tussen collectieve acties met een "politiek element" die nog wel, en collectieve acties met een "politiek element" die niet meer door het door de verdragsstaten erkende recht worden gedekt: richten dergelijke acties zich tegen overheidsbeleid op het stuk van arbeidsvoorwaarden die het onderwerp plegen of behoren te zijn van collectief onderhandelen, dan vallen zij (nog) onder art. 6 lid 4; keren zij zich tegen andersoortig overheidsbeleid, dan vallen zij daarbuiten en is in die zin sprake van een zuiver politieke staking.'

Blijkens deze overweging is het voor de vraag of een staking onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH valt niet van belang of de staking zich ook keert tegen dezelfde entiteit als waartegen zij is gericht, met andere woorden: of de staking plaatsvindt bij de werkgever met wie het conflict bestaat. Bepalend voor de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH is de strekking ervan, door de Hoge raad verwoord als de 'bescherming van het recht op collectief onderhandelen'. Wel brengt een redelijke toepassing van die bepaling volgens de Hoge Raad mee dat de bestaakte werkgever in dergelijke situaties wordt aangemerkt als een 'derde' in de zin van artikel G ESH, wiens rechten onder omstandigheden een beperking in de uitoefening van het stakingsrecht kunnen rechtvaardigen. Deze leer is kort na het *NS*-arrest door de Hoge Raad herhaald in het kader van een staking bij Hoogovens (HR 7 november 1986, *NJ* 1987/226, m.nt. P.A. Stein) en

nadien nogmaals in het *Havenstaking*-arrest (HR 11 november 1994, *NJ* 1995/152, m.nt. P.A. Stein). In dit licht bezien verbaast het hier geannoteerde arrest dan ook niet.

Toch meen ik dat Sagel het met zijn opmerkingen in *de Volkskrant* bij het rechte eind had. De Hoge Raad mag dan weliswaar een vergelijkbare redenering hanteren als in voorgaande arresten, hij doet dit echter wel op een totaal andersoortige casus dan in die arresten aan de orde was. Het ging daarin namelijk steeds om politieke stakingen: de collectieve actie richtte zich tegen voorgenomen (arbeidsvoorwaarden)beleid van de overheid. Deze situatie verschilt in twee – met elkaar samenhangende – opzichten van het geval dat zich in casu voordeed. In de eerste plaats richtte de staking zich hier tegen een particulier bedrijf (Rietlanden). Het was om deze reden heel goed mogelijk om degene met wie het conflict bestond zelf te bestaken. Sterker nog, dit gebeurde ook: de collectieve actie bestond primair uit een (onaangekondigde) werkstaking bij Rietlanden. Dit brengt mij direct bij het tweede relevante verschil, namelijk dat de besmetverklaring een solidariteitsstaking was – ook wel sympathiestaking of secundaire staking genoemd. Het betrof niet de 'hoofdstaking', maar een (tweede) staking ter ondersteuning van die hoofdstaking. Vanwege deze twee verschillen was het wat mij betreft op voorhand niet zeker dat de Hoge Raad simpelweg toepassing zou geven aan de redenering uit het *NS*-arrest. Door dat wel te doen heeft de Hoge Raad artikel 6 lid 4 ESH een breed toepassingsbereik gegeven en in ieder geval *in abstracto* aanvaard dat een solidariteitsstaking onder dat artikel kan vallen.

Het *Enerco*-arrest is niet de eerste keer dat de Hoge Raad zich over een solidariteitsstaking uitsprak. Een dergelijke staking was ook aan de orde in de bekende *Panhonlibco*-kwestie uit 1960 (HR 15 januari 1960, *NJ* 1960/84). In dat arrest besliste de Hoge Raad dat werkweigering, ook als die in collectief verband wordt uitgevoerd, wanprestatie oplevert, tenzij zij plaatsvindt onder omstandigheden die van dien aard zijn dat naar de heersende rechtsovertuiging in redelijkheid van de werknemers niet kan worden gevergd de werkzaamheden voort te zetten. Bij de beoordeling van de vraag of deze uitzondering zich voordoet, moest volgens de Hoge Raad een onderscheid worden gemaakt tussen 'acties, waarbij een doel wordt beoogd dat de verhouding tussen de betrokken werknemers en hun werkgevers betreft, en acties, welke op een buiten die verhouding gelegen doel zijn gericht'. Bij acties van de laatste soort, zoals de voorliggende solidariteitsstaking, achtte de Hoge Raad het genoemde criterium slechts vervuld, 'indien bij het doel der actie algemene belangen of zedelijke beginselen in zodanige mate zijn betrokken en met het oog daarop de actie zo dringend is geboden, dat tegenover die werkgevers de doorbreking der contractuele gebondenheid daardoor kan worden gerechtvaardigd'.

In de literatuur werd al enige tijd betwijfeld of de *Panhonlibco*-leer na het *NS*-arrest nog wel betekenis had (zie bijv. L. Tilstra, *Grenzen aan het stakingsrecht* (diss. Groningen), Deventer:

Kluwer 1994, p. 98; en A.Ph.C.M. Jaspers, *Nederlands stakingsrecht op een nieuw spoor?*, Deventer: Kluwer 2004, p. 58). In het *NS*-arrest brak de Hoge Raad immers al met deze leer voor de politieke staking. Nu doet hij dat ook voor de – niet-politieke – solidariteitsstaking. Voor de vraag of een collectieve actie (in beginsel) rechtmatig is, is dus niet (langer) van belang of daarmee een doel wordt beoogd die de verhouding tussen de stakende werknemers en hun werkgever betreft, maar of die actie redelijkerwijs kan bijdragen tot een doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Het mag daarbij ook gaan om een geschil tussen andere werknemers en een andere werkgever dan waar de staking plaatsvindt.

Over de solidariteitsstaking is maar weinig rechtspraak voorhanden. Mij zijn – naast het *Panhonlibco*-arrest – slechts drie uitspraken over dit onderwerp bekend. De eerste stamt uit 1972. In die zaak paste de president van de Rechtbank Rotterdam het *Panhonlibco*-arrest toe. Hij gaf aan de gedaagden toe 'dat solidariteit in georganiseerd verband tegenover vakgenoten een groot goed is', maar oordeelde vervolgens dat 'een dergelijke solidariteit er nimmer toe mag leiden, dat nodeloos schade wordt toegebracht aan derden, die buiten het gerezen conflict staan, dan wel dat de normale rechtsgang wordt belemmerd' (Pres. Rb. Rotterdam 24 oktober 1972, *NJ* 1972/457). Tien jaar later gooide zijn Utrechtse collega het over een andere boeg. Hij oordeelde dat de door de ambtenaren van de gemeentelijke reinigingsdienst voorgenomen solidariteitsstaking vanwege een onevenredigheid tussen het middel en het nagestreefde doel misbruik van bevoegdheid opleverde (Pres. Rb. Utrecht 11 maart 1982, *KG* 1982/51). Tot slot is er de uitspraak van de Amsterdamse president van 24 september 1998 (*JAR* 1998/195), de enige uitspraak die dateert van na het *NS*-arrest. Deze president bediende zich van een redenering die vergelijkbaar is met die van de Hoge Raad in het *Enerco*-arrest. Het ging in die zaak om een door KLM-piloten voorgenomen staking ter betuiging van solidariteit aan de piloten van Northwest Airlines. De president overwoog dat voor de beantwoording van de vraag of een solidariteitsstaking rechtmatig kan zijn, moet worden onderzocht of een dergelijke staking wordt gedekt door artikel 6 lid 4 ESH. Om dat vast te stellen moest volgens hem worden onderzocht 'of de solidariteitsstaking door piloten van KLM functioneel is ter waarborging van de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen in het geval van een belangengeschil'. Nadat hij had vastgesteld dat van een belangengeschil tussen de piloten en KLM geen sprake was, overwoog de Amsterdamse president:

'Dat betekent dat moet worden nagegaan of de solidariteitsstaking functioneel is ter waarborging van de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen van de Northwest verkeersvliegers in hun belangengeschil met Northwest en zo ja, of aan VNV, althans aan de bij KLM werkzame piloten, op grond van artikel 6 lid 4 ESH de bevoegdheid toekomt vanwege een geschil over arbeidsvoorwaarden tussen Northwest en de piloten die bij haar in dienst zijn de eigen werkgever met wie geen geschil bestaat te bestaken.'

Dit onderzoek pakte voor de KLM-piloten nadelig uit. Volgens de president was niet gebleken dat de Northwest-piloten werden belemmerd in hun recht op collectief onderhandelen of in hun bevoegdheid om collectief actie te voeren. Om die reden was de solidariteitsstaking niet functioneel ter waarborging van de onbelemmerde uitoefening van het recht op collectief onderhandelen van de bij Northwest werkzame verkeersvliegers. 'Die waarborg is er immers al', aldus de Amsterdamse president. Daaraan kon niet afdoen 'dat niet kan worden uitgesloten dat Northwest mogelijk eerder zou kunnen zwichten voor de verlangens van haar piloten indien ook de piloten van KLM een deel van hun taken vanwege solidariteit met hun collega's bij Northwest niet uitvoeren. Artikel 6 lid 4 ESH is er immers op gericht de machtsverhouding tussen de bij een belangengeschil betrokken partijen door het recht op collectieve actie in evenwicht te brengen, maar niet op meer dan dat'.

Het oordeel van het Hof Arnhem-Leeuwarden in de *Enerco*-zaak kwam de facto neer op een algeheel verbod op solidariteitsstakingen. Daarmee was het hof strenger dan de Hoge Raad in het *Panhonlibco*-arrest en ook dan de hiervoor genoemde presidenten. Geen van hen sloot de solidariteitsstaking immers categorisch uit. Het valt toe te juichen dat de Hoge Raad niet in die lijn van het hof is meegegaan. Daarmee zou Nederland internationaal te zeer uit de pas hebben gelopen. De ILO verzet zich bijvoorbeeld al sinds 1983 tegen een volledige uitsluiting van de *sympathy strike*. Zij koppelt de rechtmatigheid van een dergelijke staking rechtstreeks aan die van de hoofdstaking: is de hoofdstaking toegestaan, dan is de *sympathy strike* dat ook (B. Gernigon, A. Odero en H. Guido, *ILO Principles Concerning the Right to Strike*, Geneve: ILO 2000, p. 15-16). Ook het ESH-deskundigencomité heeft zich over deze problematiek uitgelaten. Zij stelt zich op het standpunt dat een solidariteitsstaking in beginsel onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH valt. Het comité heeft het Verenigd Koninkrijk om die reden inmiddels meermaals op de vingers getikt vanwege het daar geldende verbod op *secondary action* (zie laatstelijk Conclusions XVII-1, Vol. 2, p. 517). Uit een studie van Warneck uit 2007 blijkt voorts dat solidariteitsstakingen, al dan niet onder voorwaarden, in vrijwel alle – destijds – 27 lidstaten van de EU zijn toegestaan. Als uitzonderingen werden slechts Letland, Luxemburg, Nederland en het Verenigd Koninkrijk geïdentificeerd (W. Warneck, *Strike Rules in de EU27 and Beyond*, Brussel: ETUI-REHS, p. 8). Tot slot heeft in de lente van dit jaar ook het EHRM geoordeeld dat een *secondary industrial action* binnen het bereik van artikel 11 EVRM valt (EHRM 8 april 2014, *EHRC* 2014/168, m.nt. F. Dorssemont). Het baseerde zich daarbij op voormelde standpunten van de ILO en het ESH-deskundigencomité: 'In this regard, it is clear from the passages set out above (paragraphs 26-37) that secondary action is recognised and protected as part of trade union freedom under ILO Convention No. 87 and the European Social Charter.' Daarnaast hechtte het EHRM belang aan het feit dat solidariteitsstakingen in veel lidstaten als rechtmatige vorm van collectieve actie is aanvaard: 'In addition, such an understanding of trade union freedom finds further support in the

practice of many European States that have long accepted secondary strikes as a lawful form of trade union action.' De conclusie luidde dan ook:

'77. It may well be that, by its nature, secondary industrial action constitutes an accessory rather than a core aspect of trade union freedom, a point to which the Court will revert in the next stage of its analysis. Nonetheless, the taking of secondary industrial action by a trade union, including strike action, against one employer in order to further a dispute in which the union's members are engaged with another employer must be regarded as part of trade union activity covered by Article 11.'

Uiteindelijk hielp dit oordeel de Engelse vakbonden overigens niet verder. Het Britse verbod op *secondary industrial action* hield volgens het EHRM namelijk een geoorloofde beperking van het grondrecht op vakverenigingsvrijheid in. Binnen de hem toekomende ruime beoordelingsvrijheid kon de Britse wetgever zich naar het oordeel van het EHRM redelijkerwijs op het standpunt stellen dat het verbod noodzakelijk was 'for the protection of the rights and freedoms of others' als bedoeld in artikel 11 lid 2 EVRM. Van belang om op te merken is wel dat de beperkingsgronden van artikel 11 EVRM ruimer zijn dan die van artikel G ESH.

In het *Enerco*-arrest heeft de Hoge Raad nog slechts *in abstracto* geaccepteerd dat een solidariteitsstaking onder artikel 6 lid 4 ESH kan vallen. Of dit artikel ook in het concrete geval van de besmetverklaring van het werk van Rietlanden van toepassing is, heeft ons hoogste rechtscollege nog niet uitgemaakt. Dat kan ook niet, nu de vraag of die besmetverklaring redelijkerwijs kan bijdragen aan het stakingsdoel van de vakbonden een feitelijke aangelegenheid betreft. Het is nu aan Hof 's-Hertogenbosch om zich over deze vraag te buigen. Het zal interessant zijn te zien hoe dat hof aan het door de Hoge Raad geformuleerde criterium invulling gaat geven. Het gebruik van het woord 'redelijkerwijs' in dat criterium laat enige ruimte voor objectivering en discussie. De Hoge Raad lijkt evenwel een ruime toepassing voor te staan. Na de overweging dat voor de vraag of de besmetverklaring valt onder artikel 6 lid 4 ESH bepalend is of die redelijkerwijs kan bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen, voegde de Hoge Raad tussen haakjes namelijk toe: 'hetgeen bijvoorbeeld het geval kan zijn indien de besmetverklaring Enerco kan prikkelen druk uit te oefenen op Rietlanden'. Voor zover ik weet bestaat tussen Enerco en Rietlanden geen andere relatie dan dat Enerco een klant van Rietlanden was. In dat licht bezien is deze toevoeging van de Hoge Raad verstrekkend. Hier kan een aardige vergelijking worden gemaakt met de recente pilotenstaking bij Air France. Gevolg van die staking was dat tal van vluchten niet doorgingen. Veel passagiers hebben hun reis daardoor moeten omboeken bij een concurrent van Air France. Maar stel nu dat de vakbonden met succes werknemers van andere luchtvaartmaatschappijen hadden opgeroepen om geen tickets te verkopen aan

gedupeerde Air France-passagiers. Dat zou ver gaan, maar is in wezen wat in deze zaak gebeurde. Enerco werd door de vakbonden ingezet als pressiemiddel richting Rietlanden: Enerco werd welbewust belemmerd in haar mogelijkheden de schadelijke gevolgen van de staking te beperken, in de hoop dat Enerco op haar beurt druk zou uitoefenen op Rietlanden. Het is naar mijn mening echter wel erg veel gevraagd van een klant om zich met het arbeidsvoorwaardenbeleid van zijn opdrachtnemer te bemoeien. Zeker wanneer wordt bedacht dat het – zoals dat per definitie het geval is bij collectieve acties – gaat om een belangenconflict en niet om een rechtsgeschil. Een belangenconflict kenmerkt zich daardoor dat er niet noodzakelijkerwijs een juist en een onjuist standpunt is: noch de werkgever noch het personeel heeft objectief het gelijk aan zijn zijde. Kan dan wel van een derde worden gevergd dat die zich in de strijd mengt en partij kiest? Bij solidariteit kan ik mij iets voorstellen indien binnen een bedrijf sprake is van een grove misstand, bijvoorbeeld als de werkgever structureel minder betaalt dan het wettelijk minimumloon of het voor de bedrijfstak geldende cao-loon, of als hij structureel weigert de verschuldigde overwerkvergoedingen uit te betalen. Indien de discussie evenwel 'slechts' is of de lonen in het betreffende bedrijf met 1% of met 2% moeten stijgen, ligt solidariteit mijns inziens minder voor de hand.

5. De solidariteitsstaking en artikel G ESH

De formulering van de beperkingsmogelijkheden

Een collectieve actie die valt onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH moet, ondanks de met haar beoogde en op de koop toegenomen schadelijke gevolgen voor werkgever en derden, volgens vaste rechtspraak in beginsel worden geduld als een rechtmatige uitoefening van het in de genoemde bepaling erkende sociale grondrecht. Dit uitgangspunt stelt de Hoge Raad ook in het *Enerco*-arrest voorop. Hij overweegt daarna:

'3.8.1 (...) Niettemin kan de actie in verband met art. G ESH worden verboden of beperkt indien zij, gelet op de zorgvuldigheid die krachtens art. 6:162 BW in het maatschappelijk verkeer in acht moet worden genomen ten aanzien van een derde (in dit geval: Enerco), in zodanige mate inbreuk maakt op diens rechten dat beperkingen, maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk zijn. Of dit het geval is, is een vraag die moet worden beslist door – met inachtneming van alle omstandigheden van het geval – de met de uitoefening van het grondrecht gediende belangen af te wegen tegen die waarop inbreuk wordt gemaakt (vgl. HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG3098).'

Het arrest waar de Hoge Raad aan het slot van deze overweging naar verwijst is het *VSN* -arrest. Het is opvallend dat de Hoge Raad voor de formulering van de beperkingsmogelijkheden van een collectieve actie bij dat arrest aansluit. Het *VSN*-arrest wijkt

op dit punt namelijk af van alle andere stakingsarresten. In die andere arresten overwoog de Hoge Raad steeds dat slechts plaats is voor het oordeel dat een – door artikel 6 lid 4 ESH gedekte – collectieve actie onrechtmatig is, indien – met inachtneming van de door artikel G ESH gestelde beperkingen – op grond van een afweging van alle omstandigheden van het geval moet worden geoordeeld dat de vakbonden in redelijkheid niet tot hun actie hadden kunnen komen (vgl. HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688, m.nt. P.A. Stein (*NS*); HR 7 november 1986, *NJ* 1987/226, m.nt. P.A. Stein (*Hoogovens*); HR 19 april 1991, *NJ* 1991/690 (*Kip en Sloetjes*); HR 22 november 1991, *NJ* 1992/508 (*Landelijk patiënten/consumenten platform*); HR 11 november 1994, *NJ* 1995, 152, m.nt. P.A. Stein (*Havenstaking*); en HR 28 januari 2000, *NJ* 2000/292, m.nt. T. Koopmans (*Douwe Egberts*)). Waarom de Hoge Raad in het *VSN*-arrest een andere formulering hanteerde en waarom hij die formulering nu opnieuw van stal haalt, is mij niet duidelijk. Deze formulering maakt op mij, met name door de toevoeging dat het verbod of de beperking 'maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk' moet zijn, een strengere indruk. Toch waag ik te betwijfelen of dit ook door de Hoge Raad is bedoeld. De slotzin van het hierboven weergegeven citaat, waaruit blijkt dat de onrechtmatigheid van een collectieve actie moet worden vastgesteld door middel van een belangenafweging, doet namelijk vermoeden dat beide formuleringen uiteindelijk op hetzelfde neerkomen. Dat maakt het feit dat de Hoge Raad zich van twee verschillende formuleringen bedient evenwel des te verwarrender.

Stelplicht en bewijslast

Aan het slot van het *Enerco*-arrest vraagt de Hoge Raad aandacht voor een tweetal aspecten van de stelplicht en bewijslast bij een beroep op artikel G ESH. Het eerste aspect betreft de verdeling van die stelplicht en bewijslast. De Hoge Raad overweegt dat het, indien een collectieve actie valt onder de reikwijdte van artikel 6 lid 4 ESH, niet aan de vakbonden is om hun handelen te rechtvaardigen, maar dat het aan de derde is om de door haar gestelde onrechtmatigheid te onderbouwen. Dit oordeel van de Hoge Raad is niet nieuw, maar kwam ook al in het *Havenstaking*-arrest voor. Dat het hof hier de mist in ging, komt doordat het bij de bespreking van het beroep op artikel G ESH verwees naar vaststellingen in het kader van de vraag of de actie werd gedekt door artikel 6 lid 4 ESH. Ten aanzien van laatstgenoemde vraag rust de stelplicht en bewijslast (kan de actie redelijkerwijs bijdragen tot de doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen) wel bij de vakbonden.

Belangrijker is het tweede aspect waar de Hoge Raad op ingaat en dat betrekking heeft op de zwaarte van de stelplicht en bewijslast. De Hoge Raad memoreert dat indien een actie binnen het bereik van artikel 6 lid 4 ESH valt, uitgangspunt is dat daarmee een zwaarwegend belang wordt gediend. Dan brengt de enkele omstandigheid dat Enerco als derde voldoende onderbouwd heeft gesteld 'dat zij aanzienlijke en in de tijd oplopende schade leed als gevolg van de onmogelijkheid om de Evgenia, en mogelijk ook andere schepen, in Nederland te doen

lossen', volgens de Hoge Raad niet zonder nadere vaststellingen omtrent de omvang van de schade, de betrokken belangen en de relevante overige omstandigheden van het geval mee dat de besmetverklaring vanwege die schade onrechtmatig is.

Het oordeel dat als uitgangspunt moet worden genomen dat met een onder artikel 6 lid 4 ESH vallende collectieve actie een zwaarwegend belang wordt gediend, is wederom niet nieuw. Dit oordeelde de Hoge Raad reeds in het *VSN*-arrest. Hij voegde in dat arrest evenwel toe dat zulks onder bijzondere omstandigheden anders kan zijn. Het is naar mijn mening jammer dat de Hoge Raad in casu niet van deze *escape* gebruik heeft gemaakt. Voormeld uitgangspunt van de zwaarwegendheid van de zijdens de vakbonden spelende belangen ligt mijns inziens bij een solidariteitsstaking, zoals de onderhavige besmetverklaring, namelijk minder voor de hand. Zoals het hof ook overwoog, valt niet goed in te zien op welke wijze afbreuk zou worden gedaan aan het doel van de vakbonden wanneer de loswerkzaamheden door een ander bedrijf dan Rietlanden zouden worden verricht. Het belang bij een solidariteitsstaking is volgens mij per definitie minder zwaarwegend dan het belang bij de primaire staking. Ook het EHRM oordeelde in het al genoemde arrest in deze richting (zie ook randnummer 17 van de noot van Dorssemont in *EHRC* 2014/168):

'87. If a legislative restriction strikes at the core of trade union activity, a lesser margin of appreciation is to be recognised to the national legislature and more is required to justify the proportionality of the resultant interference, in the general interest, with the exercise of trade union freedom. Conversely, if it is not the core but a secondary or accessory aspect of trade union activity that is affected, the margin is wider and the interference is, by its nature, more likely to be proportionate as far as its consequences for the exercise of trade union freedom are concerned.'

Tegen deze achtergrond achtte het EHRM het Britse (wettelijke) verbod op *secondary action* een gerechtvaardigde beperking van artikel 11 EVRM. Op dit punt lagen er volgens mij mogelijkheden voor de Hoge Raad om de scherpe kantjes van zijn oordeel af te halen. De situatie zou dan zijn dat een solidariteitsstaking weliswaar door artikel 6 lid 4 ESH kan worden gedekt, en in dat geval dus als in beginsel rechtmatig zou moeten worden toegestaan, maar dat een beperking ervan wegens aan derden toegebrachte schade eerder kan worden aangenomen dan bij 'primaire' stakingen. Bij solidariteitsstakingen dient mijns inziens meer ruimte te bestaan voor een proportionaliteitstoetsing. De van de solidariteitsstaking te verwachten schade moet daarbij dan niet worden afgewogen tegen het belang van de staking *an sich*, maar tegen de toegevoegde waarde van die staking ten opzichte van de hoofdstaking. Daarbij dient ook te worden meegewogen dat Enerco nog weer een andersoortige derde is dan de concurrenten van Rietlanden. De concurrenten hebben richting het stakende personeel de mogelijkheden om tegenmaatregelen (inhouding van loon, uitsluiting, enz.) te nemen, zoals

elke bestaakte werkgever die heeft. Voor Enerco geldt dat niet.

De overweging van de Hoge Raad dat de enkele omstandigheid dat Enerco als derde voldoende onderbouwd heeft gesteld 'dat zij aanzienlijke en in de tijd oplopende schade leed als gevolg van de onmogelijkheid om de Evgenia, en mogelijk ook andere schepen, in Nederland te doen lossen', niet zonder nadere vaststellingen omtrent de omvang van de schade, de betrokken belangen en de relevante overige omstandigheden van het geval meebrengt dat de besmetverklaring vanwege die schade onrechtmatig is, houdt strikt genomen een verwijt richting het hof in. Het hof had volgens de Hoge Raad immers meer moeten vaststellen. Voor de feitenvaststelling is een rechter evenwel afhankelijk van de inbreng van partijen (met uitzondering van feiten van algemene bekendheid). In het verwijt ligt dus tevens een oordeel over de zwaarte van de stelplicht en bewijslast besloten. Een vergelijking van het *Havenstaking*-arrest en het *VSN*-arrest maakt duidelijk dat op dit punt niet elke derde gelijk is. In het *Havenstaking*-arrest ging het om een politieke staking, zodat de bestaakte werkgevers – zoals ook de Hoge Raad in overweging 5.1 van dat arrest uitdrukkelijk vaststelde – als derde in de zin van artikel G ESH moesten worden beschouwd. In overweging 5.5 oordeelde de Hoge Raad vervolgens dat voor een beperking van de staking sprake diende te zijn van 'een onmiddellijk en concreet gevaar voor een specifieke, aanzienlijke schade, waarvan aard en vermoedelijke omvang, tegenover een eventuele betwisting, van de zijde van de werkgevers aannemelijk dienen te worden gemaakt'. In het *VSN*-arrest ging het om een collectieve actie in het openbaar vervoer van – in de woorden van het *NS*-arrest – het 'normale type'. De Hoge Raad overwoog in dat arrest:

'4.7.1. (...) *dat het hier – anders dan in de zaak die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 11 november 1994, NJ 1995, 152 – niet gaat om de omvang van door de werkgever als gevolg van de staking geleden en bij onbeperkt voortduren van de staking te lijden schade, maar om die van derden*, waaronder niet alleen de door de staking direct gedupeerde reizigers van het normaliter door VSN verzorgde streek- en stadsvervoer, maar ook de werkgevers van die reizigers. Kan in eerstbedoelde situatie van de bestaakte werkgever, zeker als de door hem in algemene termen gestelde schade door de bond gedetailleerd wordt betwist, worden verlangd dat hij de door hem beweerdelijk te lijden schade cijfermatig aannemelijk maakt, in laatstbedoelde situatie kan een dergelijke eis niet worden gesteld.' [cursivering toegevoegd, FMD]

De gecursiveerde woorden zijn opvallend. De werkgevers uit het *Havenstaking*-arrest – het arrest waar de Hoge Raad in het citaat naar verwijst – waren immers eveneens derden. In overweging 5.1 van dat arrest stelde de Hoge Raad dit ook uitdrukkelijk. Blijkbaar zijn er in dit verband twee soorten derden. Aan de ene kant is er de 'echte' derde, zoals de reiziger in het geval van de OV-staking of de passagier bij de Air France-pilotenstaking. Aan de andere kant

is er de werkgever die als derde wordt beschouwd omdat de staking, hoewel tegen hem gekeerd, niet tegen hem is gericht. Deze werkgever-derde is blijkbaar niet in alle opzichten gelijk aan de hiervoor bedoelde 'echte' derde. Weliswaar is hij derde in die zin dat zijn schade een beperking van de collectieve actie kan rechtvaardigen, maar op hem rust in dat verband een zwaardere stelplicht. Van de werkgever-derde wordt immers verwacht dat hij zijn schade cijfermatig aannemelijk maakt, van de 'echte' derde niet. De Hoge Raad lijkt Enerco, gezien de zwaarte van haar stelplicht, in het hokje van de werkgever-derde te stoppen.

6. Slot

Hoewel vrijwel elk oordeel van de Hoge Raad in het *Enerco*-arrest valt terug te voeren op een eerder arrest, dient het mijns inziens toch als baanbrekend te worden beschouwd. De reden daarvoor is dat de casuspositie waarover de Hoge Raad had te oordelen een totaal andere was dan die uit de bedoelde eerdere arresten.

Het oordeel dat een solidariteitsstaking onder het bereik van artikel 6 lid 4 ESH kan vallen is verstrekkend, doch gezien de internationale ontwikkelingen begrijpelijk en onvermijdelijk. Op dit punt had de Hoge Raad volgens mij dan ook weinig ruimte voor een andersluidende beslissing. Een dergelijke beslissing zou bovendien een categorische uitsluiting van de solidariteitsstaking moeten inhouden, hetgeen evenzeer verstrekkend zou zijn.

Het voorgaande geldt echter niet voor het oordeel over de mogelijkheden tot het beperken van een solidariteitsstaking. Op dat punt had de Hoge Raad een stuk meer beoordelingsvrijheid en het is jammer dat daarvan geen gebruik is gemaakt. Zo had ik liever gezien dat de Hoge Raad had geoordeeld dat het uitgangspunt dat de vakbonden een zwaarwegend belang hebben bij een door artikel 6 lid 4 ESH gedekte staking bij solidariteitsstakingen niet geldt, zodat een beperking van die staking eerder kan worden aangenomen. Op die manier hadden de scherpe kantjes van het scharen van de solidariteitsstaking onder artikel 6 lid 4 ESH kunnen worden afgehaald en zou in mijn visie een evenwichtiger systeem hebben bestaan.