

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 45, 2015

Nummer 45, 2015

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3229 06-11-2015

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3234 06-11-2015

UWV/bestuurder van werkgever

Hoge Raad, ECLI:NL:PHR:2015:1130 10-07-2015

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Media PNO/KPN

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:4424 03-11-2015

X Visverwerking B.V./werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:4419 03-11-2015

werknemers en FNV Bondgenoten/BBA Tours BV

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2015:4436 03-11-2015

werknemer/Stichting Pensioenfonds ABP

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2015:7915 20-10-2015

werknemer/werkgever

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2015:370 10-02-2015

HEC B.V./werknemer

Rechtbank

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:5116 05-11-2015

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2015:6830 05-11-2015

Federatie Nederlandse Vakbeweging /X

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:9234 02-11-2015

werkneemster/Stichting Zuyderland Medisch Centrum

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:7744 02-11-2015

BSO Body & Budo World B.V./werkneemster

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2015:9182 30-10-2015

werkgever/werkneemster

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:12582 30-10-2015

werknemer/Haagse Milieu Services N.V.

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:5130 29-10-2015

werkgever/werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:5097 29-10-2015

Groningen Airport Eelde N.V./werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:5034 27-10-2015

FNV/werkgeefster

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:12402 19-10-2015

ISS Catering Services B.V./werkneemster

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2015:6783 16-10-2015

werknemer/werkgever

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2015:6870 18-02-2015

X/(curator van) Fleurbaaij Totaal Afbouw B.V. c.s.

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Gelderland 04-11-2015

werkneemster c.s./Vereniging Christelijk Voortgezet Onderwijs te Zutphen, h.o.d.n.
Baudartius College

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Den Haag 21-10-2015

werkgever/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen 19-10-2015

werkgever/werkneemster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Noord-Holland 30-10-2015

Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V./werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Noord-Holland 30-09-2015

VO-Raad c.s./Onderwijsstichting Zelfstandige Gymnasia

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige vakantiewetgeving

prof. mr. dr. W.L. Roozendaal

RECHTSPRAAK

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid

Uitvoerders van VUT-regelingen zijn eveneens gehouden aan informatieplicht ex artikel 17 PSW (oud).

Werknemer heeft tot en met 4 november 2004 als werknemer wettelijk verplicht deelgenomen in de ouderdomspensioenregeling van Bpf Bouw. Per 5 november 2004 is werknemer directeur-grotaandeelhouder (hierna: dga) in A B.V. geworden. In 2004 waren dga's uitgezonderd van de wettelijke verplichting tot deelname in Bpf Bouw. Werknemer heeft na 5 november 2004 niet op vrijwillige contractuele basis deelgenomen aan Bpf Bouw zodat zijn deelname per die datum is geëindigd. Werknemer was als werknemer tot en met 4 november 2004 en als dga vanaf 5 november 2004 tot en met 31 december 2005 verplicht deelnemer aan de zogenaamde aanvullingsregeling van de Stichting Vrijwillige Vervroegde Uittreding voor het UTA (Uitvoerend, Technisch, Administratief)-personeel in het Bouwbedrijf (hierna: VUT-fonds). Tevens nam werknemer verplicht deel aan de vroegpensioenregeling van de Stichting Vroegpensioenfonds voor het UTA-personeel in het Bouwbedrijf (hierna: het Vroegpensioenfonds). Per 1 januari 2006 zijn de vroegpensioenregeling van het Vroegpensioenfonds en de aanvullingsregeling van het VUT-fonds voor alle deelnemers beëindigd. Vanaf die datum heeft werknemer geen premiegegevens meer ingediend en geen premie meer betaald voor de vroegpensioenregeling en de aanvullingsregeling. Het Vroegpensioenfonds heeft in maart 2006 dga's die tot 1 januari 2006 hadden deelgenomen in het Vroegpensioenfonds en het VUT-fonds op de hoogte gesteld van het einde van de vroegpensioenregeling en de aanvullingsregeling per 1 januari 2006 en het aanbod gedaan om op vrijwillige basis deel te nemen aan de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regelingen 55-/55+ van Bpf Bouw. Bij brief van 16 december 2008 heeft werknemer Bpf Bouw bericht dat hij gebruik wil maken van de mogelijkheid om deel te nemen aan de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regelingen. Bij brief van 9 januari 2009 heeft Bpf Bouw dit verzoek afgewezen omdat het antwoordformulier niet tijdig was geretourneerd, te weten voor 1 mei 2006. Werknemer vorderde veroordeling van Bpf Bouw hem alsnog in de gelegenheid te stellen deel te nemen aan voormelde regelingen (de ouderdomspensioenregeling en de aanvullende regelingen 55-/55+) met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2006. Aan deze vordering heeft hij ten grondslag gelegd dat hij de brief

met bijlage van maart 2006 nooit heeft ontvangen en dat Bpf Bouw heeft gehandeld in strijd met haar zorgplicht voor haar (voormalige) deelnemers, onder meer door het aanbod niet aangetekend of met bewijs van ontvangst te verzenden en hem niet te rappelleren. Het hof heeft de vordering toegewezen.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De klachten nemen tot uitgangspunt dat op het Vroegpensioenfonds een uit artikel 17 PSW (oud) voortvloeiende zorgplicht rustte met betrekking tot de vroegpensioenregeling, maar betogen dat het hof heeft miskend dat een dergelijke zorgplicht niet op artikel 17 PSW (oud) kan worden gebaseerd voor zover het gaat om de beëindiging van de VUT-regeling door het VUT-fonds. Deze klachten falen. Het hof heeft geoordeeld dat op (de rechtsvoorgangers van) Bpf Bouw de in arrest van de Hoge Raad van 8 februari 2013 (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4465, *NJ* 2013/106) bedoelde zorgplicht rustte ten aanzien van de kennisgeving van de beëindiging van de vroegpensioenregeling en de daarmee samenhangende VUT-regeling, alsmede ten aanzien van de kennisgeving van het aanbod houdende een vervangende voorziening. Het hof heeft daarbij mede acht geslagen op de strekking van artikel 17 PSW (oud). Aldus steunt zijn oordeel kennelijk mede op het ook aan artikel 17 PSW (oud) ten grondslag liggende uitgangspunt dat uitvoerende instanties van dergelijke regelingen gehouden zijn deelnemers op de hoogte te stellen van wijzigingen van die regelingen, zoals in het onderhavige geval de beëindiging daarvan, alsmede - indien van toepassing - van een daarmee samenhangend aanbod deel te nemen aan een vervangende regeling, bij welk aanbod grote, voor die instanties kenbare persoonlijke en financiële belangen van de deelnemers kunnen zijn betrokken. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-11-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3229

Zaaknummer: 14/02904

Rechters: E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, G. de Groot, V. van den Brink en T.H. den Tanja-van Broek

Advocaten: H.J.W. Alt en G.R. den Dekker

Wetsartikelen: 17 PSW (oud)

RECHTSPRAAK

UWV/bestuurder van werkgever

Bestuurdersaansprakelijkheid voor onbetaalde werkgeverspremies. Misleiding door verpanding reeds afgewezen vordering.

UWV heeft sinds 2002 een vordering op X B.V. (hierna: X) wegens ten onrechte niet afgedragen werkgeverspremies. Deze vordering is in de periode tot en met 2004 opgelopen tot een bedrag van € 160.708,59. Werkgever heeft hierop gereageerd met de stelling dat zij op de rand van faillissement stond en dat het enige mogelijke actief een vordering van € 2 miljoen was op bedrijf B. Werkgever heeft via haar bestuurder UWV een pandakte gegeven op deze vordering ter hoogte van de verschuldigde premies. Deze akte is in januari 2008 overeengekomen. De vordering op B was evenwel reeds bij vonnis van november 2007 afgewezen. Bedrijf C, waarvan bestuurder eveneens bestuurder was, heeft bij vonnis van de rechtbank wel een vergoeding gekregen. Het UWV spreekt in deze procedure de bestuurder in persoon aan. Daartoe voert UWV aan dat de pandakte onjuist en misleidend was, omdat ten tijde van de ondertekening daarvan de desbetreffende vordering reeds door de Rechtbank Breda was afgewezen. Indien UWV zou hebben geweten dat die vordering reeds was afgewezen, zou het bestuurder persoonlijk aansprakelijk hebben gesteld op de voet van het destijds geldende artikel 16d Coördinatiewet Sociale Verzekering (hierna: CSV). Dat zou hebben geleid tot inning door UWV van het bedrag van € 100.000 dat bestuurder als uitvloeisel van de procedure van C tegen B heeft ontvangen. Inmiddels is aansprakelijkstelling van bestuurder op de voet van artikel 16d CSV niet meer mogelijk. Bestuurder heeft door misleiding UWV een verhaalsmogelijkheid ontnomen, waarvan hem als bestuurder van X persoonlijk een ernstig verwijt treft. Rechtbank en hof hebben de vordering afgewezen, met name omdat het causaal verband tussen de misleiding en de 'schade' ontbrak. UWV had onvoldoende duidelijk gemaakt dat zij anders over was gegaan op aansprakelijkstelling in persoon.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. Het onderdeel wijst erop dat UWV ten aanzien van het causaal verband tussen de misleiding en de schade, in feitelijke instanties onder meer, samengevat, het volgende heeft aangevoerd: (1) persoonlijke aansprakelijkstelling van bestuurders op de voet van artikel 16d CSV was (destijds) het zwaarste middel dat UWV in

geval van wanbetaling van (voorschot)premies ten dienste stond; (2) dienovereenkomstig was het beleid van UWV met betrekking tot persoonlijke aansprakelijkstelling van bestuurders (aansprakelijkstelling op de voet van art. 16d CSV) bewust terughoudend, in die zin dat niet tot persoonlijke aansprakelijkstelling werd overgegaan zolang nog enig redelijk alternatief voor die maatregel bestond; (3) verpanding van de door X gepretendeerde vordering werd als redelijk alternatief beschouwd, nu de advocaat van X had medegedeeld een 'redelijke verwachting' te hebben omtrent toewijzing van die vordering, die in totaal € 2.000.000 beliep, hetgeen afgezet tegen de omvang van de premieschulden van X ten bedrage van € 160.708,59 als voldoende zekerheid werd beschouwd; (4) UWV heeft dan ook (conform zijn terughoudende beleid) afgezien van persoonlijke aansprakelijkstelling van bestuurder op de voet van artikel 16d CSV, juist vanwege de door bestuurder gepleegde misleiding, namelijk in de door bestuurder gewekte (achteraf onjuist gebleken) veronderstelling dat de verpande vordering een reële waarde vertegenwoordigde; (5) het was juist bestuurder, die (samen met de advocaat van X) bij UWV erop aandrong af te zien van verdere rechtsmaatregelen ter incasso van de premieschulden; (6) UWV zou dus wél tot persoonlijke aansprakelijkstelling van bestuurder op de voet van artikel 16d CSV zijn overgegaan, bij wijze van 'ultimum remedium' en als enig middel dat UWV nog ter beschikking stond, indien UWV tijdig had geweten van de ongegrondheid van de vordering (dus bij gebreke van de door bestuurder gepleegde misleiding); (7) in dat kader zou (bovendien) zijn overgegaan tot beslaglegging op vermogensbestanddelen van bestuurder, waaronder zijn aandelen in C. In het licht van deze stellingen is het oordeel van het hof onbegrijpelijk. De klacht slaagt dus.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-11-2015

ECLI: ECLI:NL:HR:2015:3234

Zaaknummer: 14/04539

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, A.H.T. Heisterkamp en M.V. Polak

Advocaten: K. Teuben

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

**werkneemster c.s./Vereniging Christelijk Voortgezet
Onderwijs te Zutphen, h.o.d.n. Baudartius College**

Oordeel commissie van beroep VO over entreerecht twee docenten is op grond van de CAO VO een bindend advies. Werkgever is gebonden aan beslissing commissie van beroep VO en dient docenten het entreerecht LD toe te kennen.

Werkneemsters A en B zijn als docenten in dienst van de Vereniging Christelijk Voortgezet Onderwijs Zutphen. Op de arbeidsovereenkomsten van de werkneemsters is de CAO VO 2014-2015 van toepassing. In artikel 5.2 van de CAO VO is het entreerecht opgenomen: 'vanaf 1 augustus 2014 heeft elke leraar met een eerstegraadsbevoegdheid die 50% of meer van zijn lessen binnen structurele formatie geeft in een of meer van de jaren 4 en 5 havo en/of 4,5 en 6 vwo recht op een LD-functie'. A heeft vanaf schooljaar 2006/2007 alle schooljaren in overwegende mate (ruim meer dan 50%) lesgegeven in de bovenbouw van havo en/of vwo. B heeft vanaf 1 augustus 2009 tot en met 1 augustus 2014 in overwegende mate (ruim meer dan 50%) lesgegeven in de bovenbouw van havo en/of vwo. Voor het schooljaar 2014-2015 is A voor 47% en B voor 25% voor lessen in de bovenbouw van havo en/of vwo ingeroosterd. Werkneemsters hebben tegen dit besluit beroep ingesteld bij de commissie van beroep VO (hierna: CvB VO). De CvB VO heeft de beroepen van beide werkneemsters op 6 januari 2015 gegrond verklaard. De CvB VO heeft daarbij geoordeeld dat werkgever zich niet als goed werkgever in de zin van artikel 7:611 BW heeft gedragen door werkneemsters voor het schooljaar 2014-2015 minder dan de helft van hun lessen in de bovenbouw havo en/of vwo toe te delen, als gevolg waarvan zij niet het entreerecht LD geldend kunnen maken. Werkneemsters vorderen voor recht te verklaren dat werkgever op grond van de CAO VO 2011-2012 en de CAO VO 2014-2015 gebonden is aan de uitspraak van de CvB VO en deze onverkort en zonder voorbehoud dient na te komen door werkneemsters met ingang van 1 augustus 2014 het entreerecht LD toe te kennen en bij die datum te benoemen en te bezoldigen als docent LD.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Partijen strijden in de eerste plaats over de vraag wat de

status is van - en de toetsingsruimte van de kantonrechter met betrekking tot - de beslissingen van de CvB VO. Werkneemsters stellen zich op het standpunt dat sprake is van een bindend advies op grond van artikel 52 lid 3 Wet VO en artikel 20 lid 4 CAO VO. Werkgever heeft aangevoerd dat de beslissingen niet bindend zijn en heeft daarbij gewezen op het Amghane-arrest (HR 31 mei 1996, *NJ* 1996/693) en de daarop volgende rechtspraak (onder meer HR 9 november 2001, *NJ* 2001/692) en literatuur. De kantonrechter oordeelt dat sinds de genoemde arresten de cao-bepaling is gewijzigd. Artikel 20 lid 4 van de CAO VO 2011-2012 en de CAO VO 2014-2015 bepaalt: 'de uitspraak van de commissie is bindend.' De benodigde partijafspraken als basis voor het bindend advies berust in dit geval op de tussen partijen van kracht zijnde cao. Daar komt bij dat in het Amghane-arrest van belang was dat de commissie van beroep enkel een bekostigingsvoorwaarde was voor het bijzonder onderwijs, maar die wettelijke basis bestaat niet meer. Er zijn geen gronden gesteld of gebleken die zouden kunnen meebrengen dat die in de cao neergelegde contractuele basis in dit geval niet leidt tot de slotsom dat de in geschil zijnde beslissingen van de CvB VO voor werkgever bindend is. Een andere overeenkomst tussen de individuele partijen is daarvoor niet vereist. Werkgever is in beginsel gehouden aan de beslissing van de CvB VO van 6 januari 2015. In geval van een bindend advies dient de kantonrechter de beslissing van de commissie van beroep marginaal te toetsen aan de hand van het bepaalde in artikel 7:904 lid 1 BW. Niet gesteld of gebleken is dat, alle omstandigheden in aanmerking genomen, de commissie van beroep in redelijkheid niet tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Slotsom is dat werkgever is gebonden aan de beslissingen van de commissie van beroep en die beslissingen zal moeten nakomen. Werkneemsters dienen vanaf 1 augustus 2014 benoemd en bezoldigd te worden als docent LD.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 04-11-2015

Zaaknummer: 4060114 CV EXPL 15-2937

RECHTSPRAAK

X Visverwerking B.V./werknemer

Ontslag werknemer niet kennelijk onredelijk ondanks ontbreken ontslagvergoeding.

Werknemer (geboren 1971) is op 12 november 2007 in dienst getreden bij Fishion Processing B.V., een visverwerkingsbedrijf. Op 1 april 2012 is werknemer bij Visverwerking in dienst gekomen in het kader van overgang van onderneming ex artikel 7:662 BW. Hij was bij Visverwerking werkzaam in de functie van locatiemanager tegen een brutosalaris van laatstelijk € 4.036,57 exclusief vakantietoeslag per maand. Visverwerking heeft wegens bedrijfseconomische omstandigheden bij UWV WERKbedrijf een ontslagvergunning aangevraagd om de arbeidsovereenkomst met werknemer op te mogen zeggen. Met toestemming van UWV is de arbeidsovereenkomst per 1 januari 2014 opgezegd. Werknemer heeft herstel dan wel een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag gevorderd. De kantonrechter heeft een schadevergoeding van € 20.000 toegewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Gezien de financiële omstandigheden van Visverwerking kon in redelijkheid in financiële zin niet van haar worden verwacht dat zij werknemer een outplacementtraject of een sollicitatietraining aanbood. Overigens heeft werknemer de periode dat hij feitelijk geen werkzaamheden meer behoefde te verrichten kunnen benutten om elders te solliciteren. Het enkele feit dat Visverwerking geen ontslagvergoeding heeft aangeboden kan niet leiden tot de conclusie dat sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging. Werknemer heeft in dat verband geen bijzondere omstandigheden gesteld. Werknemer valt te prijzen voor het feit dat hij belangrijk voor Visverwerking is geweest en naar tevredenheid voor Visverwerking heeft gewerkt, maar een bijzondere omstandigheid als hiervoor bedoeld vormt dat niet. Weliswaar had Visverwerking van tevoren beter met werknemer kunnen en moeten communiceren over de ontslagvergunningaanvraag en de (on)mogelijkheden voor Visverwerking om werknemer bij te staan in het vinden van ander werk, maar ook dit leidt niet tot de conclusie dat sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-11-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:4424

Zaaknummer: HD 200.140.463/01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, J.P. de Haan en R.J.M. Cremers

Advocaten: M.A.H. Faassen en M.G. Spijker

Wetsartikelen: 7:681 BW (oud)

RECHTSPRAAK

werknemers en FNV Bondgenoten/BBA Tours BV

Uitleg CAO Besloten Busvervoer: shuttlevervoer of groepsvervoer. Vaststellingsovereenkomst vormt geen ‘toelichting bij cao’.

(Vervolg op AR 2015-0497.) Kern van het geschil is de vraag of het vervoer van vliegveld Weeze naar Amsterdam v.v. moet worden aangemerkt als vervoer in de zin van artikel 21 onderdeel B van de cao 2006 (toerwagenritten/ongeregeld vervoer/pendelvervoer) dan wel als vervoer in de zin van artikel 21 onderdeel C van die cao (groepsvervoer). Appellanten leunen in hun interpretatie sterk op de vaststellingsovereenkomst van 17 januari 2008 als gesloten tussen FNV Bondgenoten enerzijds en BBA anderzijds en zij stellen daartoe dat ook het shuttlevervoer tussen Eindhoven Airport en Amsterdam (Schiphol), welk vervoer onderwerp was van de vaststellingsovereenkomst, wordt verloond op grond van het bepaalde in artikel 21 onderdeel C van de cao 2006 (dus groepsvervoer). Volgens BBA is het vervoer van vliegveld Weeze/Amsterdam (Schiphol) anders ingericht en kent het een internationaal aspect.

Het hof oordeelt als volgt. Op grond van de thans voorhanden informatie is het hof van oordeel dat die vaststellingsovereenkomst geen, althans onvoldoende basis biedt voor de beoordeling van de vraag of het onderhavige vervoer moet worden aangemerkt als toerwagenritten/ongeregeld vervoer/pendelvervoer of als groepsvervoer. In de eerste plaats is daartoe van belang dat die vaststellingsovereenkomst niet is gesloten tussen de partijen die de cao zijn overeengekomen (FNV Bondgenoten wel, maar BBA niet) en daarmee dus niet de status heeft van een toelichting op de cao. In de tweede plaats acht het hof van belang dat uit hetgeen thans aan feitelijke toelichting is gegeven op het vervoer, eerder erop duidt dat ook Eindhoven/Amsterdam is te beschouwen als pendelvervoer (dus in afwijking van hetgeen partijen in de vaststellingsovereenkomst zijn overeengekomen), dan dat Weeze/Amsterdam moet worden gezien als groepsvervoer. Het gaat (ook bij Eindhoven/Amsterdam) immers om vervoer van vooraf in groepen samengebrachte reizigers (de vliegtuigpassagiers) van dezelfde plaats van vertrek (Eindhoven/Weeze) naar dezelfde plaats van bestemming (Amsterdam) door verscheidene heen- en terugreizen. De verschillen tussen Eindhoven/Amsterdam en Weeze/Amsterdam hebben betrekking op het volgens een dienst/rooster rijden, het al dan niet wachten op vertraagde vluchten, en het al dan niet afgelasten van ritten met/zonder

compensatie als gevolg van vertraagde vluchten. Het hof acht die verschillen niet heel groot. In de kern komt het erop neer dat voor beide reizen geldt dat wel degelijk volgens een rooster wordt gereden. Hetgeen in de definitie wordt vermeld over 'in groepen samengebrachte reizigers' is niet hetzelfde als 'groepsvervoer' in de zin van artikel 21 onderdeel C van de cao 2006. Dat blijkt uit de definitie van groepsvervoer (art. 2 onderdeel k cao 2006). De reizigers waar het hier om gaat - vliegtuigpassagiers - behoren niet tot een 'beperkte groep personen'. Deze reizigers hebben steeds een andere samenstelling (en wellicht ook van omvang), zij behoren niet tot een groep, zij worden tot groep samengebracht, afhankelijk van de vlucht. Het hof acht verder van wezenlijk belang dat het vervoer Weeze/Amsterdam een internationaal karakter heeft, hetgeen in de cao uitdrukkelijk wordt genoemd in de definitie van pendelvervoer.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-11-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:4419

Zaaknummer: 200.091.685/02

Rechters: C.M. Aarts, M. van Ham en C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden

Advocaten: M.J.M. Postma en R.H. Stam

Wetsartikelen: CAO Besloten Busvervoer

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Pensioenfonds ABP

Geen onvoorwaardelijk recht op indexatie pensioen beroepsmilitair na omzetting Algemene militaire pensioenwet naar ABP.

Militair (geboren 1930) heeft als beroepsmilitair pensioen opgebouwd. De militair is met in gang van 9 september 1995 met pensioen gegaan. Op 1 juni 2001 is het pensioen overgedragen van het ministerie van Defensie naar ABP. Na 2008 is het pensioen van militair niet langer geïndexeerd. Militair stelt dat hij recht heeft op onvoorwaardelijke indexatie van zijn militair pensioen. Hij licht toe dat de Kaderwet militaire pensioenen (Wet van 13 december 2000 tot vaststelling van een kader voor de vereenvoudiging en de vernieuwing van het militaire pensioenstelsel, in werking getreden op 31 januari 2001) de indexatie als nominale aanspraak garandeert, dat deze wet uitzicht op volledige indexatie garandeert en dat op zijn militair pensioen volledige (onvoorwaardelijke) indexatie van toepassing is. Ten slotte voert hij aan dat met hem nooit is gecommuniceerd dat zijn onvoorwaardelijke indexatie voor het militair pensioen voorwaardelijk is geworden of dat zijn pensioen wegens een lagere dekkingsgraad van het ABP niet hoefde te worden geïndexeerd. De brief van 6 juni 2001 en de garanties van de Kaderwet militaire pensioenen wekten bij hem het gerechtvaardigd vertrouwen dat hij er financieel niet op achteruit zou gaan.

Het hof oordeelt als volgt. Voor zover militair bedoelt te betogen dat in het gewijzigde artikel L1 AMP het recht op onvoorwaardelijke indexatie is gehandhaafd, verwerpt het hof dit standpunt. In het gewijzigde artikel L1 AMP wordt uitdrukkelijk verwezen naar de Wet privatisering ABP en bepaald dat de pensioenen krachtens de AMP naar overeenkomstige normen en voorwaarden en vanaf hetzelfde tijdstip worden aangepast. Het hof herhaalt dat vaststaat dat het militair pensioen van militair tot 2008 feitelijk werd geïndexeerd (zie r.o. 3.1.4). Daarna is niet langer (volledig) geïndexeerd, vanwege de financiële positie van het pensioenfonds ABP. Uitgangspunt bij de beantwoording van de vraag of militair jegens ABP recht heeft op onvoorwaardelijke indexatie van zijn militair pensioen is de Kaderwet militaire pensioenen. Ingevolge artikel 3 lid 3 Kaderwet militaire pensioenen wordt, zoals overwogen, 'individuele gelijkwaardigheid van uitzichten op pensioen en, voor het totaal van de aan dezelfde dienstverhouding te ontleen nieuwe aanspraken, nominale gelijkheid van de op het

omzettingmoment al ingegane pensioenen' gegarandeerd. Het omzettingmoment moet daarbij worden gesteld op 1 juni 2001 (zie hiervoor). Waar militair op het omzettingmoment (slechts) een voorwaardelijk recht op indexatie van zijn militair pensioen had (zie r.o. 3.5.8), ziet de garantie op individuele gelijkwaardigheid en op nominale gelijkheid, waarvan in artikel 3 lid 3 Kaderwet militaire pensioenen sprake is, (slechts) op het voorwaardelijk recht op indexatie. Dat het militair pensioen van militair tot 2008 feitelijk werd geïndexeerd omdat de financiële positie van het pensioenfonds ABP dat toeliet, maakt dit niet anders. Reeds op basis van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat militair jegens ABP geen recht heeft op onvoorwaardelijke indexatie van zijn militair pensioen. Naar het oordeel van het hof kon militair er voorts niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat zijn militair pensioen onvoorwaardelijk althans volledig zou worden geïndexeerd. Het hof stelt voorop dat ingevolge artikel 2 lid 3 jo. artikel 1 onderdeel g Kaderwet militaire pensioenen, aanspraken op militair pensioen rechtstreeks aan het ABP-pensioenreglement worden ontleend. Ingevolge artikel 17.11.1 van het ABP-pensioenreglement is de indexatie van pensioenen, en ingevolge artikel 2 lid 3 jo. artikel 1 onderdeel g Kaderwet militaire pensioenen dus ook van militaire pensioenen, afhankelijk van de dekkingsgraad van ABP zoals in artikel 17.11.1 van het ABP-pensioenreglement verwoord. De wijze waarop de militaire pensioenen worden gefinancierd, maakt dat niet anders, omdat de toepasselijke regeling niet voorziet in een afwijking wegens die specifieke financieringswijze. Dat tot 2008 het militair pensioen van militair feitelijk werd geïndexeerd, brengt nog niet met zich dat militair daaraan het gerechtvaardigd vertrouwen kon ontleen dat hij recht zou hebben op onvoorwaardelijke indexatie. Tot die tijd werd niet voldaan aan de in artikel 17.11.1 ABP-pensioenreglement genoemde voorwaarde om niet, althans niet volledig te indexeren.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-11-2015

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2015:4436

Zaaknummer: HD 200.159.545/01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, M.J.H.A. Venner-Lijten en D.J.B. de Wolff

Advocaten: Prof. mr. drs. M. Heemskerk en E. Lutjens

Wetsartikelen: Kaderwet militaire pensioenen en Algemene militaire pensioenwet

RECHTSPRAAK

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Media PNO/KPN

Uitleg Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel begrippen onderdekking en indexering.

(Cassatie van AR 2014-0475.) PNO is een niet verplicht gesteld bedrijfstakpensioenfonds in de zin van de Pensioenwet (voorheen Pensioen- en spaarfondsenwet). De Nederlandse Omroep Zender Maatschappij N.V. (later Nozema Services N.V., hierna: Nozema) had aan haar werknemers pensioentoezeggingen gedaan en wilde deze pensioentoezeggingen, conform haar wettelijke plicht, onderbrengen bij een pensioenuitvoerder. Op 15 mei 2002 is tussen PNO en Nozema hiertoe een overeenkomst (hierna: de overeenkomst) gesloten die als doel had om de rechten en verplichtingen over en weer in het kader van de aansluiting van Nozema bij PNO vast te leggen. De aansluiting van Nozema bij PNO was onverplicht in de zin dat Nozema de pensioentoezeggingen ook bij een verzekeraar of een ondernemingspensioenfonds had kunnen onderbrengen. Op 20 oktober 2006 heeft een juridische fusie plaatsgevonden tussen Nozema en KPN, waardoor Nozema als rechtspersoon is opgehouden te bestaan. De werknemers van Nozema zijn per 1 oktober 2006 opgenomen in de pensioenregeling van de Stichting Pensioenfonds KPN. KPN heeft per 1 oktober 2006 de deelname aan de pensioenregeling van PNO beëindigd. De pensioenovereenkomst kent als uittredingsbepaling: 'Uittreding van de deelnemende als bedoeld in het eerste lid is slechts mogelijk, indien het fonds schadeloos wordt gesteld voor een eventueel uit die uittreding voortvloeiend verzekeringstechnisch nadeel voor het fonds.' KPN heeft een bedrag van € 849.060,26 betaald. Dit bedrag vordert KPN terug, omdat PNO een verkeerde berekening zou hebben gemaakt. Het hof heeft de vordering van KPN toegewezen. Volgens NPO heeft het hof ten onrechte aangenomen dat er geen onderdekking was.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel (hierna: Rekenregels) vormen Bijlage 2 bij het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (voorheen het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000) (*Stb.* 2000/633), dat zijn wettelijke grondslag vindt in artikel 13 lid 3 Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 (*Stb.* 2000/628). De Rekenregels zijn aan te merken als recht in de zin van artikel 79 lid 1 RO. Het

begrip ‘onderdekking’ is in de Rekenregels zelf niet gedefinieerd. Een definitie is evenmin te vinden in het Vrijstellings- en boetebesluit Wet Bpf 2000 (voorheen het Vrijstellingsbesluit Wet Bpf 2000), dan wel de voorloper daarvan, de Vrijstellingsregeling Wet Bpf (*Stcrt.* 1998/78). De uitleg van dit begrip dient derhalve te geschieden door aansluiting te zoeken bij de aanverwante regelgeving en beleidsdocumenten die zijn weergegeven in de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.18-3.24. Op grond van artikel 16 lid 1 van Richtlijn 2003/41/EG betreffende de werkzaamheden van en het toezicht op instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening (*PbEU* 2003, L 235/10) is iedere pensioeninstelling ertoe verplicht te allen tijde over voldoende en passende activa te beschikken om de technische voorzieningen met betrekking tot het geheel van de door haar uitgevoerde pensioenregelingen te dekken. Artikel 17 lid 1 van Richtlijn 2003/41/EG schrijft voor dat de in die bepaling bedoelde pensioeninstellingen permanent bij wijze van buffer aanvullende activa aanhouden naast de technische voorzieningen. Voor de berekening van het minimumbedrag van de aanvullende activa wordt in artikel 17 lid 2 van Richtlijn 2003/41/EG verwezen naar de artikel 27 en 28 van Richtlijn 2002/83/EG (*PbEU* 2002, L 345/1). Blijkens de bijlage bij de brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 22 juni 2005 (*Kamerstukken II* 2004/05, 28294, 21, bijlage, p. 2) leidt toepassing van laatstgenoemde richtlijnbevestigingen ertoe dat het minimaal vereist eigen vermogen uitkomt op circa 5% van de technische voorzieningen, hetgeen leidt tot een minimaal vereiste dekkingsgraad van 105%. Richtlijn 2003/41/EG is aanvankelijk geïmplementeerd in de Pensioen- en spaarfondsenwet en nadien in de Pensioenwet. In de toelichting op de desbetreffende wijziging van de Pensioen- en spaarfondsenwet wordt de door artikel 16 lid 2 van Richtlijn 2003/41/EG bedoelde situatie dat de pensioeninstelling over onvoldoende activa beschikt om de technische voorzieningen te dekken, aangemerkt als een geval van ‘vermogenstekort’ respectievelijk ‘onderdekking’ (*Kamerstukken II* 2004/05, 30104, 3, p. 11, 23-24 en 27). In het Besluit financieel toetsingskader pensioenfondsen (*Stb.* 2006/710), dat zijn wettelijke grondslag vindt in de Pensioenwet en de Wet verplichte beroepspensioenregeling, wordt onderscheid gemaakt tussen het ‘minimaal vereist eigen vermogen’ (art. 11) en het ‘vereist eigen vermogen’ (art. 12). Blijkens de bijbehorende nota van toelichting (p. 25-26) zijn voor de berekening van het minimaal vereist eigen vermogen als bedoeld in artikel 11 de voorschriften van de hiervoor in 3.5.3 vermelde richtlijnen bepalend, en bedraagt dit minimaal vereist eigen vermogen circa 5% van de technische voorzieningen. Voor het vereist eigen vermogen als bedoeld in artikel 12 wordt uitgegaan van een dekkingsgraad van maximaal 130%. Ten slotte wordt in de nota Toekomst pensioenstelsel uit 2012 gesproken van een situatie van onderdekking indien de dekkingsgraad onder de 105% ligt (*Kamerstukken II* 2011/12, 32043, 113, p. 10 en 26). Hetgeen hiervoor in 3.5.3-3.5.6 is overwogen, is grond om het begrip ‘onderdekking’ in de Rekenregels aldus uit te leggen dat daaronder wordt verstaan de situatie dat het minimaal vereist eigen

vermogen van een pensioeninstelling minder bedraagt dan 5% van de technische voorzieningen die de pensioeninstelling aanhoudt ter dekking van het geheel van de door haar uitgevoerde pensioenregelingen. Van onderdekking als bedoeld in de Rekenregels is derhalve sprake indien de pensioeninstelling niet voldoet aan de minimaal vereiste dekkingsgraad van 105%. Het hof heeft vastgesteld dat ten tijde van de uittreding van KPN (Nozema) de dekkingsgraad van PNO ruim 118% bedroeg, en geoordeeld dat er ten tijde van die uittreding bij PNO geen sprake was van onderdekking. Daaraan heeft het hof de gevolgtrekking verbonden dat de aan KPN in rekening gebrachte herstellpremie niet berust op het bepaalde in de Rekenregels ter zake van onderdekking. Blijkens het vorenstaande is het hof daarbij uitgegaan van een juiste rechtsopvatting met betrekking tot het begrip onderdekking als bedoeld in de Rekenregels.

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Rekenregels, weergegeven in de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.10-3.13, blijkt dat voor de toepassing van de Rekenregels onderscheid moet worden gemaakt tussen, enerzijds, het begrip 'inkoop van aanspraken voor niet-actieven' en, anderzijds, het begrip 'indexeringsrisico', waaronder is te verstaan de kans dat de kosten van (toekomstige) indexering van de aanspraken van de pensioentrekkenden en de 'slapers' (dat wil zeggen nog niet gepensioneerde deelnemers aan een pensioenregeling die bij de betrokken pensioeninstelling geen pensioen meer opbouwen) niet volledig uit de opbrengsten van het voor hen aanwezige pensioenvermogen kunnen worden gefinancierd. Artikel 1 onderdeel c van de Rekenregels bepaalt dat de compensatie ter vergoeding van het verzekeringstechnische nadeel mede omvat het deel van de doorsneejaarpremie dat betrekking heeft op de inkoop van aanspraken voor niet-actieven, verhoogd met voorzienbare toekomstige stijgingen hiervan. De Rekenregels voorzien daarentegen niet in algemene zin in compensatie van het bedrag dat nodig is ter dekking van het risico dat is verbonden aan de (toekomstige) indexering van de aanspraken van niet-actieven. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Rekenregels, weergegeven in de conclusie van de advocaat-generaal onder 3.10.3-3.10.4 en 3.10.6, blijkt dat om praktische en uitvoeringstechnische redenen ervan is afgezien om dit indexeringsrisico in algemene zin te scharen onder de compensatie ter vergoeding van het verzekeringstechnische nadeel. Dit laat onverlet dat de toekenning van indexering kan plaatsvinden langs de weg van de in artikel 1 onderdeel c bedoelde inkoop van aanspraken voor niet-actieven. Tegen deze achtergrond heeft het hof in r.o. 3.8 terecht geoordeeld dat artikel 1 onderdeel c van de Rekenregels uitsluitend betrekking heeft op de situatie dat het bedrijfstakpensioenfonds in de referentieperiode pensioenaanspraken voor niet-actieven heeft ingekocht. Anders dan PNO heeft aangevoerd, kan niet worden aanvaard dat, voor de toepassing van artikel 1 onderdeel c van de Rekenregels, elke premieheffing die plaatsvindt met het oog op de toekenning van indexering aan niet-actieven, heeft te gelden als de inkoop van aanspraken voor niet-actieven

(in de vorm van ‘extra, een verhoogd, pensioen’). Deze door PNO voorgestane uitleg van de Rekenregels, die ertoe zou leiden dat het bedrag dat nodig is ter dekking van het indexeringsrisico, mede ten laste zou komen van KPN als uittredende werkgever, strookt niet met de tekst van de Rekenregels, noch met het uit de totstandkomingsgeschiedenis af te leiden doel van deze regeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 10-07-2015

ECLI: ECLI:NL:PHR:2015:1130

Zaaknummer: 14/02970

Rechters: F.B. Bakels, A.H.T. Heisterkamp en C.A. Streefkerk

Advocaten: F. Chr Kroes en K. Teuben

Wetsartikelen: Rekenregels verzekeringstechnisch nadeel en 79 RO

RECHTSPRAAK

HEC B.V./werknemer

Verdelen taken werknemer onder collega's leidt niet tot schending wederindiensttreedingsvoorwaarde omdat geen nieuwe werknemer in dienst is genomen. Wel kennelijk onredelijke opzegging.

Werknemer (geboren 1957) is op 1 maart 2000 in dienst getreden bij HEC en werkzaam geweest als pizzabakker in het door HEC geëxploiteerde restaurant. HEC heeft bij brief van 9 juni 2010 de CWI verzocht een ontslagvergunning voor werknemer te verlenen op grond van bedrijfseconomische omstandigheden, die haar noodzaakte tot inkrimping van haar personeelsbestand. HEC heeft de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd tegen 1 september 2010. Volgens werknemer is de wederindiensttreedingsvoorwaarde geschonden zodat hij recht heeft op loon. De overtreding bestaat hieruit, dat een collegawerknemer die reeds in dienst was een uitbreiding van zijn arbeidsovereenkomst heeft gekregen om de werkzaamheden van werknemer ernaast te doen. De kantonrechter heeft overwogen dat een wederindiensttreedingsvoorwaarde ertoe strekt dat de ontslagen werknemer in de gelegenheid moet worden gesteld zijn vroegere werkzaamheden te hervatten indien de eerder vervallen arbeidsplaats binnen de in de voorwaarde gestelde termijn weer beschikbaar komt. Dat is, zo overweegt de kantonrechter, ook het geval indien een ander, die al in dienst was, de desbetreffende werkzaamheden gaat verrichten en er een wijziging of uitbreiding van de arbeidsovereenkomst (met die ander) plaatsvindt. HEC stelt dat van een schending van de wederindiensttreedingsvoorwaarde eerst sprake kan zijn indien een nieuwe werknemer in dienst wordt genomen. HEC heeft na het ontslag van werknemer geen nieuwe werknemer in dienst genomen. Onder 'in dienst nemen' als bedoeld in de wederindiensttreedingsvoorwaarde kan volgens HEC niet mede worden begrepen het herverdelen van taken onder medewerkers die ten tijde van het ontslag, waarop de voorwaarde van toepassing is, al in dienst waren. Dat geldt zeker indien, zoals in het onderhavige geval, de taken van de ontslagen werknemer zijn verdeeld onder de reeds in dienst zijnde medewerkers.

Het hof oordeelt als volgt. Van overtreding van de wederindiensttreedingsvoorwaarde kan naar het oordeel van het hof alleen worden gesproken indien er binnen de in de voorwaarde gestelde termijn een nieuwe werknemer wordt aangetrokken om de werkzaamheden te

verrichten die de werknemer met wie de arbeidsovereenkomst met gebruik van de ontslagvergunning is opgezegd, daarvoor verrichtte. Daarvan is in dit geval geen sprake geweest. Nu HEC de wederindiensttretingsvoorwaarde niet heeft overtreden, staat vast dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen op 1 september 2010 rechtsgeldig is geëindigd. De vraag of het ontslag van werknemer kennelijk onredelijk is in aanmerking nemende de in artikel 7:681 lid 2 onderdeel b BW voorgeschreven belangenafweging (gevolgencriterium) moet naar het oordeel van het hof bevestigend worden beantwoord. Bij deze beslissing hebben de relatief hoge leeftijd van werknemer (53 jaar), de duur van het dienstverband (10 jaar), het feit dat gesteld noch gebleken is dat werknemer niet naar behoren heeft gefunctioneerd, alsmede de omstandigheid dat hem geen enkele ontslagvergoeding is toegekend een rol gespeeld. Bij de bepaling van de werknemer toekomende schadevergoeding dient het hof alle omstandigheden ten tijde van het ontslag in aanmerking te nemen. Dat zijn aan de zijde van werknemer de hiervoor genoemde omstandigheden, het feit dat er in zijn omgeving vraag is naar pizzabakkers en dat hij na zijn ontslag niets heeft gedaan om een baan elders te vinden, zoals HEC onweersproken heeft gesteld, en aan de zijde van HEC enerzijds het feit dat zij genooddaakt was tot reorganiseren maar anderzijds dat de door HEC verstrekte financiële gegevens zonder toelichting, die ontbreekt, niet de conclusie rechtvaardigen dat HEC niet tot het betalen van de hierna te noemen vergoeding in staat is. De stelling van HEC dat zij bereid was geweest werknemer te helpen bij het zoeken naar een nieuwe baan, heeft bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding geen rol gespeeld. Het had, anders dan HEC suggereert, op haar weg gelegen daartoe het initiatief te nemen. Gesteld noch gebleken is evenwel dat HEC werknemer hulp bij het vinden van een andere baan heeft aangeboden. Alle genoemde omstandigheden in aanmerking nemende, begroot het hof de werknemer toekomende schadevergoeding op € 18.000 bruto. Zijn vordering is tot dit bedrag toewijsbaar. Voor het toekennen van immateriële schadevergoeding ziet het hof in de omstandigheden van het geval geen aanleiding. Wettelijke rente wordt toegewezen als gevorderd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-02-2015

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2015:370

Zaaknummer: 200.108.067/01

Rechters: S.F. Schütz, A.M.A. Verscheure en W. Tonkens-Gerkema

Advocaten: E.A.E.G.J. Libosan en C. Hofmans

Wetsartikelen: 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Haagse Milieu Services N.V.

Ontslag op staande voet wegens het structureel aannemen van bovenmatige volumes afval zonder dit te vermelden op de boordcomputer en het aannemen van beloningen van derde(n) is, mede gelet op de geldende gedragsregels en richtlijnen, rechtsgeldig. Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten werknemer.

Werknemer is in 1995 bij (de rechtsvoorganger van) HMS in dienst getreden. Hij is door HMS gedetacheerd bij Van Gansewinkel. Werknemer hield zich uit hoofde van zijn functie bij Van Gansewinkel, veelal samen met zijn collega B, bezig met het ophalen van afval. Werknemer en zijn collega zijn op staande voet ontslagen wegens het structureel aannemen van bovenmatige volumes afval met een Van Gansewinkel-voertuig zonder dit te vermelden in de boordcomputer en het aannemen van beloningen van derde(n) voor het uitvoeren van deze activiteiten. Werknemer verzoekt vernietiging van de opzegging. HMS verzoekt voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst en verzoekt voor recht te verklaren dat geen transitievergoeding verschuldigd is.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vast staat dat HMS en Van Gansewinkel een stringent beleid voeren met betrekking tot de naleving van gedragsregels en richtlijnen ter voorkoming van integriteitschendingen en onrechtmatig handelen door haar medewerkers. De medewerkers mogen beslist geen bovenmatige volumes afval meenemen al dan niet tegen betaling, in geld of in natura. De medewerkers worden over dit beleid geïnformeerd door middel van schriftelijk materiaal, waaronder het 'Veiligheids- en Gedragsboekje' van Van Gansewinkel, het huishoudelijk reglement van Van Gansewinkel en de huisregels van HMS. Werknemer heeft evenals alle andere medewerkers in april 2010 een brief van Van Gansewinkel ontvangen waarin hij wordt gewezen op de regels en wordt gewaarschuwd dat voortaan bij overtreding van deze regels maatregelen zullen worden genomen die consequenties hebben voor zijn dienstverband. Ook in bijeenkomsten met het personeel heeft het management hier aandacht aan besteed. In 2014 heeft werknemer via Van Gansewinkel een training over integriteit gevolgd. Werknemer heeft bevestigd dat hij van dit beleid op de hoogte is geweest. Het ophalen van extra volumes afval brengt extra kosten met zich en

daarom moet Van Gansewinkel de juiste hoeveelheden aan de klanten in rekening kunnen brengen. Indien een medewerker de regels niet naleeft, leidt Van Gansewinkel daardoor schade. In zijn verklaring op 2 juli 2015 heeft werknemer erkend dat hij extra afval bij klanten heeft meegenomen, zonder die extra ledigingen (volledig) in de boordcomputer in te voeren. Ook heeft hij erkend eenmaal geld te hebben aangenomen van een klant. Met de schriftelijke verklaring van werknemer en het Integriteitsrapport van 2 juli 2015 heeft HMS de aanwezigheid van de gestelde dringende redenen voldoende aangetoond. Werknemer heeft geen geconcretiseerd tegenbewijs aangeboden. Werknemer heeft zich schuldig gemaakt aan een dringende reden, die tot gevolg heeft dat van HMS redelijkerwijze niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De persoonlijke omstandigheden van werknemer, zoals zijn leeftijd en zijn langdurig dienstverband, leiden niet tot een andere conclusie. Het verzoek en de vorderingen van werknemer worden afgewezen. Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door HMS in verband met het ontslag op staande voet naar voren gebrachte feiten en omstandigheden een redelijke grond voor ontbinding op, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW omdat werknemer verwijtbaar heeft gehandeld. Herplaatsing van werknemer ligt niet in de rede. Het voorwaardelijk ontbindingsverzoek van HMS wordt toegewezen. De kantonrechter ziet in hetgeen door HMS naar voren is gebracht, aanleiding om te ontbinden op de kortst mogelijke termijn, nu HMS voldoende heeft gesteld en onderbouwd dat sprake is van een ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van werknemer als bedoeld in artikel 7:671 lid 8 onderdeel b BW. Werknemer heeft derhalve ook geen aanspraak op de transitievergoeding. De door HMS gevorderde schadevergoeding ex artikel 7:677 lid 2 BW wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 30-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:12582

Zaaknummer: 4423489 RP VERZ 15-50584

Rechters: F.J. Verbeek

Advocaten: J.W. Wijers en L.V. Claassens

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V./werknemer

Fout ten aanzien van gebruik KLM-voertuig door werknemer vormt geen redelijke grond voor ontbinding arbeidsovereenkomst. Geen controle- en handhavingssysteem voor het gebruik van KLM-voertuigen.

Werknemer is in dienst van KLM. Op de arbeidsovereenkomst is de cao voor KLM-grondpersoneel van toepassing. KLM verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen door werknemer en een verstoorde arbeidsrelatie (art. 7:669 lid 3 onderdeel e en g BW). Ter onderbouwing daarvan heeft KLM naar voren gebracht dat werknemer oneigenlijk gebruik heeft gemaakt van een KLM-voertuig. KLM-voertuigen zijn alleen bedoeld voor gebruik op de locatie Schiphol en incidenteel zakelijk gebruik buiten Schiphol. Een werknemer dient toestemming te hebben van een leidinggevende voor het gebruik van het voertuig. Als deze toestemming is verkregen mag de werknemer het voertuig intern bij KLM op naam laten zetten. Werknemer had geen toestemming. Op grond van hetgeen is neergelegd in de cao, de gedragscode en de binnen KLM geldende procedures voor het gebruik van dienstvoertuigen wist werknemer dat hij het voertuig oneigenlijk gebruikte. Voorts levert het gebruik maken van brandstof van KLM voor privédoeleinden diefstal op. Het verweer van werknemer strekt tot afwijzing van het verzoek.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Van een redelijke grond voor ontbinding als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel e en g BW is geen sprake. Vast staat dat werknemer het voertuig heeft gebruikt voor bezoek aan een zieke werknemer en voor het halen en brengen van een zieke werknemer. Ook staat vast dat hij de auto voor woon-werkverkeer ter beschikking heeft gesteld aan een medewerker. Verder staat vast dat hij het voertuig zelf voor woon-werkverkeer heeft gebruikt, terwijl hij daarnaast een reiskostenvergoeding ontving van KLM. Werknemer heeft een fout gemaakt door op deze wijze van het voertuig gebruik te maken. Deze fout is echter niet zo ernstig, dat deze moet worden aangemerkt als verwijtbaar handelen of nalaten. Daarbij is van belang dat de door KLM gestelde procedure voor het gebruik van dienstvoertuigen binnen KLM niet schriftelijk is vastgelegd. De stelling dat iedereen binnen KLM van de regels omtrent het gebruik op de hoogte was, heeft KLM niet nader onderbouwd.

Hetgeen is neergelegd in de cao en de gedragscode is niet meer dan een algemene regel. Voorts was het gebruik van het voertuig door KLM zichtbaar door het automatische tankregistratiesysteem. De kantonrechter leidt hieruit af dat werknemer nooit de intentie heeft gehad op heimelijke wijze gebruik te maken van het voertuig. KLM beschikt niet over een controle- en handhavingssysteem voor het gebruik van KLM-voertuigen. Werknemer is hierdoor niet eerder op zijn handelingen aangesproken. Daarnaast weegt mee dat werknemer ruim 33 jaar bij KLM in dienst is, altijd goed heeft gefunctioneerd en direct openheid van zaken heeft gegeven. De stelling dat de arbeidsverhouding is verstoord, hangt direct samen met het standpunt van KLM dat werknemer zich verwijtbaar heeft gedragen. Nu geen sprake is van verwijtbaar gedrag, is er ook geen grond voor ontbinding wegens een verstoorde arbeidsrelatie. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 30-10-2015

Zaaknummer: 4411687 \ AO VERZ 15-245 en 4470999 AO VERZ 15-264

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Uit Regeling UWV Ontslagprocedure volgt niet dat het UWV een verzoek om toestemming voor opzegging wegens langdurige arbeidsongeschiktheid niet in behandeling neemt, omdat geen actueel oordeel van de arbodienst/bedrijfsarts kan worden overgelegd. Slapend dienstverband? In dit geval niet aannemelijk dat arbeidsovereenkomst in stand is gelaten om geen transitievergoeding te betalen. Afwijzing ontbindingsverzoek werkgever en afwijzing tegenverzoek werknemer (ex art. 7:686 BW).

Werknemer is sinds 2011 in dienst als jachtschilder. Sinds 9 oktober 2012 is hij arbeidsongeschikt. Vanaf 5 november 2014 geldt er voor werkgever geen loondoorbetalingsverplichting meer. Werkgever verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW, omdat werknemer geen gehoor geeft aan oproepen van de bedrijfsarts. Werkgever voert aan dat werknemer langer dan twee jaar arbeidsongeschikt is en hij inmiddels is gere-integreerd bij een andere externe werkgever. Werkgever heeft dan ook voorbereidingen getroffen tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst via de UWV-procedure ex artikel 7:669 lid 3 onderdeel b BW. Omdat werkgever niet beschikt over een actueel oordeel van de bedrijfsarts is het niet mogelijk een ontslagaanvraag bij het UWV in te dienen, aldus werkgever. Werknemer heeft een tegenverzoek ingediend op grond van artikel 7:686 BW. Hij verzoekt toekenning van een schadevergoeding van €4.229,10 bruto. Hij stelt daartoe dat werkgever tekort is geschoten in de nakoming van de verplichting om zich tot hem als goed werkgever te gedragen omdat hij na het einde van het tweede ziektejaar (5 november 2014) de 'slapende arbeidsovereenkomst' niet heeft beëindigd. Temeer daar werknemer niet meer geschikt is voor het eigen en ander passend werk bij werkgever. Het gevorderde schadebedrag is gelijk aan de hoogte van de transitievergoeding.

Ten aanzien van het verzoek van werkgever oordeelt de kantonrechter als volgt. Werkgever heeft ter onderbouwing van zijn standpunt verwezen naar de beleidsregels UWV van

september 2012. In die beleidsregels valt te lezen dat door de werkgever bij de ontslagaanvraag een actueel oordeel van de arbodienst/bedrijfsarts moet worden overgelegd. Deze beleidsregels zijn inmiddels vervallen, zodat de werkgever geen beroep meer toekomt op die beleidsregels. Uit de per 1 juli 2015 geldende Regeling UWV Ontslagprocedure volgt niet de stelling van werkgever dat het UWV een verzoek om toestemming niet in behandeling neemt omdat geen actueel oordeel van de arbodienst/bedrijfsarts kan worden overgelegd. Wel kan het UWV een dergelijk stuk bij de werkgever opvragen. Niet kan worden aangenomen dat werknemer verwijtbaar heeft gehandeld door geen gehoor te geven aan een oproep van de arbodienst/bedrijfsarts in verband met het voornemen van werkgever om een ontslagaanvraag bij het UWV in te dienen. Het ontbindingsverzoek van werkgever wordt afgewezen.

Ten aanzien van het tegenverzoek van werknemer verwerpt de kantonrechter het betoog van werknemer, aangezien niet kan worden aangenomen dat op de werkgever op basis van de arbeidsovereenkomst een verplichting rust de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Door werknemer zijn onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd die tot een dergelijke conclusie leiden. Onvoldoende aannemelijk is geworden dat de werkgever de arbeidsovereenkomst in stand heeft gehouden vanwege het niet betalen van een transitievergoeding. Werkgever wilde immers aan het UWV toestemming vragen om de arbeidsovereenkomst te mogen opzeggen. Bovendien kan op verzoek van een werknemer de rechter de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever ontbinden. De werknemer heeft in dat geval op grond van artikel 7:673 lid 1 onderdeel b BW recht op een transitievergoeding. Volgt afwijzing van het verzoek van werknemer.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 21-10-2015

Zaaknummer: 4406849 \ EJ VERZ 15-85136

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Senior assistent-scheidsrechter is werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Beroep op bepaalde in artikel 7:668a lid 5 (oud) BW en de cao is (mede gelet op het als gevolg van de WWZ gewijzigde art. 7:668a BW) in strijd met goed werkgeverschap.

Werknemer heeft in eerste aanleg kort samengevat gevorderd de veroordeling van werkgever om werknemer op straffe van een dwangsom met onmiddellijke ingang te plaatsen op de seniorlijst en hem in te zetten als senior assistent-scheidsrechter, alsmede de veroordeling van werkgever tot betaling aan werknemer van achterstallig en toekomstig salaris. De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis het verweer van werkgever dat de arbeidsovereenkomst op 30 juni 2013 is geëindigd verworpen, maar de vorderingen van werknemer, met uitzondering van die betreffende de proceskosten, afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. In het bestreden vonnis heeft de kantonrechter naar aanleiding van het beroep van werkgever op het bepaalde in artikel 7:668a lid 5 (oud) BW in samenhang met artikel 5 lid 4 van de cao verwezen naar een vonnis van de kantonrechter in de Rechtbank Midden-Nederland van 18 december 2013 (zie AR 2014-0022). In dit vonnis (gewezen tussen een andere scheidsrechter en werkgever) verwijst de kantonrechter naar de Richtlijn 1999/70/EG van de Raad van de Europese Unie, waaraan als bijlage is gevoegd de Raamovereenkomst van het EVV, de UNICE en het CEEP inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van 18 maart 1999. De kantonrechter heeft in die zaak, artikel 7:668a (oud) BW ‘richtlijnconform’ interpreterend, onder meer overwogen dat de bewoordingen van artikel 7:668a lid 5 (oud) BW ruimte laten voor restrictieve interpretatie van de wettelijke mogelijkheid om bij cao ten nadele van de werknemer af te wijken van de ketenregeling van het eerste lid. Mede gelet op de strekking van de Wet flexibiliteit en zekerheid hebben de partijen bij een cao niet het recht om geheel af te zien van elke beperking van de in artikel 5 lid 1 van de raamovereenkomst genoemde maatregelen ter bescherming van werknemers tegen voortdurende werkonzekerheid, aldus de kantonrechter in die zaak. Mede in aanmerking genomen dat de desbetreffende scheidsrechter bijna 17 jaar aaneengesloten voor werkgever

heeft gewerkt, waarvan alleen in de twee laatste arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gedurende 6 1/2 jaar, oordeelde de kantonrechter dat het beroep van werkgever op artikel 5 lid 4 van de cao jegens de bewuste scheidsrechter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar en daarmee in strijd met goed werkgeverschap was als bedoeld in artikel 7:611 BW. In het bestreden vonnis heeft de kantonrechter de overwegingen uit het vonnis van 18 december 2013 met betrekking tot de uitleg van artikel 7:668a lid 5 (oud) BW overgenomen en tot de hare gemaakt. Werkgever komt hiertegen in grief II in het incidenteel hoger beroep op. Werkgever erkent daarbij dat er grenzen dienen te bestaan ten aanzien van de mate - zowel in aantal als in duur - waarin arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd telkenmale kunnen worden verlengd. In het geval van werknemer is echter, aldus werkgever, geen sprake van het in strijd handelen met goed werkgeverschap. Er is slechts sprake van drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met een totale looptijd van bijna vijf jaar. Volgens werkgever heeft de kantonrechter in het geval van werknemer de grens (aanmerkelijk) te vroeg getrokken.

Naar het voorlopig oordeel van het hof is het beroep van werkgever op het bepaalde in artikel 7:668a lid 5 (oud) BW en artikel 5 lid 4 van de cao ook in dit geval in strijd met goed werkgeverschap. Daarbij neemt het hof de overwegingen uit het bestreden vonnis en het daarin aangehaalde vonnis van 18 december 2013 over en maakt die tot de zijne. Werknemer is al in juli 2004 als scheidsrechter in het betaald voetbal werkzaam, aanvankelijk op de C-lijst en sinds de zomer van 2007 als assistent-scheidsrechter, waarbij hij - onder meer - is opgetreden in wedstrijden in de Jupiler League. Op 1 augustus 2008 is een arbeidsovereenkomst tussen partijen gesloten. Anders dan werkgever meent, is naar het voorlopig oordeel van het hof de periode voor 1 augustus 2008 bij de beoordeling van de vraag of werkgever in strijd met goed werkgeverschap heeft gehandeld, niet zonder belang. Weliswaar verschillen partijen van mening over de vraag of werknemer voor 1 augustus 2008 bij werkgever in dienst was, maar zelfs als moet worden geoordeeld dat dit niet het geval is, bestond er in die periode wel een band tussen partijen. Naar het voorlopig oordeel van het hof dient de omstandigheid dat werknemer op 30 juni 2013 al negen jaar als (assistent-)scheidsrechter voor werkgever heeft gefunctioneerd, bij de beoordeling van de zaak te worden meegewogen. Bij het voorgaande neemt het hof mede in aanmerking dat artikel 7:668a BW met ingang van 1 juli 2015 is gewijzigd. Hoewel het geschil dient te worden beoordeeld aan de hand van de tot 1 juli 2015 geldende wettekst, acht het hof het niet zonder belang dat in het op 1 juli 2015 in werking getreden artikel de vrijheid van cao-partijen om af te wijken van de ketenregeling in duur is beperkt tot ten hoogste 48 maanden, aanzienlijk korter dan de hiervoor genoemde negen jaren en ook korter dan de bijna vijf jaren, die werknemer op basis van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voor werkgever heeft gewerkt. Daarnaast moet uit de overeenkomst of regeling blijken dat voor bij die

overeenkomst of regeling te bepalen functies of functiegroepen de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering deze verlenging of verhoging vereist. In de als bijlage bij de richtlijn gevoegde raamovereenkomst wordt ook reeds gesproken over het vaststellen van objectieve redenen voor een vernieuwing van overeenkomsten voor bepaalde tijd. In dat kader heeft werkgever (slechts) gewezen op de gewenste flexibiliteit in de doorgroei van (assistent-)scheidsrechters. Waarom dit doel niet zou kunnen worden bereikt door opzegging van met oudere scheidsrechters gesloten arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, maakt werkgever niet duidelijk. Uit het voorgaande vloeit voort dat naar het voorlopig oordeel van het hof sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en dat deze niet op 30 juni 2013 is geëindigd. De loonvordering wordt toegewezen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 20-10-2015

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2015:7915

Zaaknummer: 200.167.828

Rechters: P.L.R. Wefers Bettink, A.A. van Rossum en F.J. de Vries

Advocaten: H. Houwers en H.J.A. Knijff

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:668a BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werkneemster

UWV verleent toestemming voor opzegging arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen. Overgang van onderneming. Bij het sluiten van een bedrijfslocatie/vestiging, is het opzegverbod tijdens ziekte niet van toepassing.

Werkgever heeft het UWV verzocht om toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst van werkneemster wegens bedrijfseconomische redenen. Werkgever stelt dat van 1 januari 2010 tot 1 april 2015 het parkeerbeheer in gemeente X werd uitgevoerd. Een andere partij heeft deze werkzaamheden per 1 april 2015 voortgezet, waardoor alle arbeidsplaatsen zijn komen te vervallen. Werkgever heeft zich op het standpunt gesteld dat sprake is van een overgang van onderneming. In kort geding is geoordeeld dat daarvan sprake is. Werkneemster is van mening dat van een overgang van onderneming geen sprake is en dat zij in 2013 de toezegging zou hebben gehad dat zij in geval van een toekomstige overgang van onderneming bij werkgever mocht blijven. Werkgever betwist deze toezegging. Werkneemster is verder van mening dat de ontslagaanvraag moet worden afgewezen, omdat er sprake is van een situatie waarbij een opzegverbod tijdens ziekte geldt.

UWV AJD oordeelt als volgt. Er is geen reden om ten aanzien van de overgang van onderneming anders te oordelen dan de Rechtbank Noord-Nederland. Door de overgang van onderneming zijn alle arbeidsplaatsen vervallen. Daar waar geen werknemer in dienst blijft van de betreffende vestiging, is per definitie juist afgespiegeld. Dit is nog los van de opvatting van de Hoge Raad dat door het niet mee over willen gaan naar de rechtsopvolger de arbeidsovereenkomst eindigt. Voldoende aannemelijk is dat herplaatsing niet mogelijk is en dat de gemeente X werkneemster niet meer wil inzetten. Ten slotte wordt opgemerkt dat de overname/overgang van onderneming voor werkgever op de betreffende locatie bedrijfsbeëindiging betekent, waardoor er geen opzegverbod van toepassing is. Het eindoordeel hieromtrent ligt bij de kantonrechter. De gevraagde toestemming voor opzegging van de arbeidsovereenkomst wordt verleend.

Instantie: Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen

Datum uitspraak: 19-10-2015

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

VO-Raad c.s./Onderwijsstichting Zelfstandige Gymnasia

Onderwijsstichting is gehouden om bepaling over het entreerecht in CAO VO na te leven en leraren die aan de gestelde eisen voldoen met terugwerkende kracht in LD-functie te plaatsen.

De VO-Raad, Algemene Onderwijsbond, FNV Overheid, Federatie van Onderwijsvakorganisaties en CNV Connectief (hierna: eisers) zijn cao-partijen bij de CAO Voortgezet onderwijs 2014-2015 (hierna: CAO VO) geweest. Onderwijsstichting Zelfstandige Gymnasia (hierna: OSZG) treedt op als vertegenwoordiger en werkgever van een zestal zelfstandige gymnasia en is lid van de VO-Raad. Eisers zijn in 2008 met de minister van OC&W het Convenant Actieplan Leerkracht van Nederland overeengekomen. Kern van dat convenant is dat het leraarschap aantrekkelijker gemaakt dient te worden, hetgeen onder meer tot uiting moet komen in een betere beloning. In artikel 5.2 van de CAO VO is het entreerecht opgenomen: 'vanaf 1 augustus 2014 heeft elke leraar met een eerstegraadsbevoegdheid die 50% of meer van zijn lessen binnen structurele formatie geeft in een of meer van de jaren 4 en 5 havo en/of 4,5 en 6 vwo recht op een LD-functie'. Verder wordt bepaald dat het entreerecht per 31 juli 2015 vervalst. Met de gemeenschappelijke medezeggenschapsraad (GMR) van OSZG is afgesproken dat op de scholen van OSZG het entreerecht niet geldt. Wel zijn andere afspraken gemaakt over het entreerecht. Eisers vorderen dat voor recht wordt verklaard dat OSZG in strijd handelt met artikel 5.2 lid 1 CAO VO en OSZG wordt opgedragen leraren die aan de gestelde eisen voldoen met terugwerkende kracht in een LD-functie te plaatsen, op straffe van een dwangsom.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat van de CAO VO niet mag worden afgeweken op grond van het bepaalde in artikel 1.3 lid 1. Op grond van het derde lid van artikel 1.3 kan een werkgever cao-partijen verzoeken een passende oplossing vast te stellen. OSZG heeft van die laatste mogelijkheid gebruik gemaakt. Cao-partijen hebben daarop laten weten geen reden te zien om af te wijken van artikel 5.2 van de CAO VO. Het verweer van OSZG dat sprake is van willekeur nu eisers actie ondernemen tegen OSZG en niet jegens andere schoolinstellingen wordt verworpen, omdat deze stelling onvoldoende is onderbouwd. OSZG heeft nog aangevoerd dat ze op vrij eenvoudige wijze de toepassing van het entreerecht

had kunnen ontduiken zoals veel andere scholen ook hebben gedaan, door de docenten zodanig in te roosteren dat zij per 1 augustus 2014 voor minder dan 50% werden ingeroosterd voor de bovenbouw waardoor zij niet zouden kwalificeren voor de LD-functie. De kantonrechter gaat hieraan voorbij. Niet alleen heeft OSZG niet voor deze weg gekozen, daarnaast is het zo dat - zoals eisers ook hebben aangegeven - waar scholen een door OSZG geschetste handelwijze hebben gevolgd de Commissie van Beroep VO deze praktijk wegens strijd met goed werkgeverschap heeft gesanctioneerd. OSZG voert voorts aan dat eisers hun recht van spreken hebben verloren door nooit enige waarschuwing of actie jegens OSZG te ondernemen. Dit verweer wordt gepasseerd. Er is geen rechtsregel op grond waarvan een partij pas gebonden zou zijn nadat hij eerst gewaarschuwd is. Dat de VO-Raad de cao die per 1 augustus 2015 afliep heeft opgezegd, maakt niet dat daarmee ook de gebondenheid van OSZG aan die cao in het verleden is beëindigd. Niet valt in te zien op grond waarvan de VO-Raad geen belang meer zou hebben bij de procedure.

OSZG heeft uiteengezet dat zij niet zomaar de cao-bepaling over het entreerecht naast zich neerlegt. Zij heeft een eigen promotiebeleid en wil dat graag handhaven. Cao-partijen hebben geen reden gezien om af te wijken van bepalingen in artikel 5.2. Eisers hebben daarbij aangegeven dat het OSZG reeds lange tijd bekend was, namelijk sinds 2008/2009, dat het entreerecht zou worden ingevoerd per 1 augustus 2014. OSZG heeft dit geheel genegeerd en haar eigen (promotie)beleid onverkort voortgezet. OSZG is ook niet in overleg getreden met eisers. Dat wilde OSZG pas nadat zij door eisers was aangesproken. Ongetwijfeld heeft het financiële consequenties voor OSZG om het entreerecht in te voeren. Dat heeft het ook voor andere schoolinstellingen. OSZG heeft het erop aan laten komen en moet daar dan nu de consequenties ook voor aanvaarden. Met eisers is de kantonrechter van oordeel dat het aan partijen bij de cao is om een passende oplossing vast te stellen, zoals ook bepaald in artikel 1.3 lid 3. Er is geen reden waarom de kantonrechter daarin zou treden. De vorderingen van eisers worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 30-09-2015

Zaaknummer: 3943394 \ CV EXPL 15-2254

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Werknemer ontkent brief, waarin wordt gemeld dat arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet wordt verlengd, te hebben ontvangen. Werkgeefster dient te bewijzen dat daadwerkelijk en tijdig is aangezegd.

Werknemer is op 13 januari 2015 in dienst getreden bij werkgeefster. De laatste functie die werknemer vervulde, is die van Adviseur Hypotheken. De arbeidsovereenkomst is aangegaan voor bepaalde tijd en van rechtswege geëindigd op 13 juli 2015. Werknemer verzoekt werkgeefster te veroordelen tot betaling van een vergoeding van € 2.300 bruto, wegens het niet nakomen van de aanzegverplichting als bedoeld in artikel 7:668 lid 1 onderdeel a BW. Werkgeefster heeft een aan de werknemer geadresseerde brief d.d. 8 juni 2015 in het geding gebracht, waarin aan werknemer wordt gemeld dat de arbeidsovereenkomst niet wordt verlengd. Werknemer ontkent deze brief te hebben ontvangen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voorop gesteld wordt dat de wet nadrukkelijk verlangt dat de werkgever de werknemer schriftelijk informeert (*Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 79). Werknemer heeft gemotiveerd betwist dat werkgeefster heeft voldaan aan de wettelijk vastgestelde schriftelijke aanzegverplichting. In de wetsgeschiedenis van artikel 7:668 BW is ten aanzien van de bewijslastverdeling het volgende opgemerkt (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 36 (NV II)): ‘Ten aanzien van de bewijslast (verdeling) geldt het volgende. Aangezien de werknemer zich zal moeten beroepen op het niet (tijdig) aangezegd zijn, zal hij dit wel eerst moeten stellen. Vervolgens zal de werkgever, aangezien op hem de plicht rust om aan te zeggen, moeten bewijzen dat hij dat ook daadwerkelijk en tijdig gedaan heeft. Aangezien de aanzegging schriftelijk dient plaats te vinden, doet een werkgever er wijs aan om de aanzegging aangetekend te versturen.’ Als uitgangspunt voor de schriftelijke aanzegverplichting van artikel 7:668 lid 1 BW heeft de ontvangsttheorie van artikel 3:37 lid 3 BW te gelden. Deze theorie impliceert dat een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring enkel werking heeft wanneer vaststaat dat die verklaring de betrokken persoon ook daadwerkelijk heeft bereikt. In deze zaak staat vast dat de onderhavige brief niet per aangetekende post is verzonden en dat deze brief niet ‘voor gezien’ door werknemer is

ondertekend. Nu hierboven reeds is vastgesteld dat op werkgeefster de bewijslast rust van haar stelling dat de brief van 8 juni 2015 werknemer tijdig heeft bereikt, zal werkgeefster conform haar bewijsaanbod worden toegelaten tot het leveren van bewijs. Volgt aanhouding van de zaak.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 05-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:5116

Zaaknummer: 4438437 AR VERZ 15-21

Rechters: E.J. Oostdijk

Advocaten: J.C.M. van der Knaap en G. Kooij

Wetsartikelen: 3:37 BW en 7:668 BW

RECHTSPRAAK

Federatie Nederlandse Vakbeweging /X

Kosten voor huisvesting en voeding arbeidsmigranten komen op grond van artikel 55 CAO Bouwnijverheid niet voor rekening uitzendonderneming. Uitleg cao-bepaling.

X is een uitzendonderneming. Zij stelt uitzendkrachten ter beschikking aan vooral bouwondernemingen. X werft haar werknemers in Nederland, maar ook onder meer in Polen en Duitsland. Zij stelt aan de werknemers in Nederland huisvesting ter beschikking. X maakt bij de beloning van haar werknemers gebruik van de zogenoemde ET-regeling. Zij ruilt een deel van het brutoloon uit met onder meer de kosten voor de huisvesting in Nederland en reiskosten van en naar het land van herkomst, de extraterritoriale kosten. Deze kosten worden dus onbelast verstrekt met als gevolg dat de werknemers een hoger nettoloon ontvangen en X een lager brutoloon hoeft te betalen. Op de uitzendovereenkomsten van X met haar werknemers zijn de bepalingen van de CAO NBBU van toepassing. FNV en X hebben zich op de voet van artikel 96 Rv samen tot de kantonrechter gewend. Partijen hebben de kantonrechter verschillende vragen voorgelegd. Centraal in deze procedure staat de vraag, of X aan de werknemers die zij in het buitenland heeft geworven (hierna: de arbeidsmigranten), kosten voor de door haar aan hen ter beschikking gestelde huisvesting in rekening mag brengen. Partijen verschillen van mening over de voor de beantwoording van deze vraag relevante uitleg van artikel 55 CAO Bouwnijverheid. FNV stelt dat als het werk zo ver van de woning van de werknemer gelegen is dat dagelijks huiswaarts keren onredelijk zou zijn, de voeding en huisvesting tijdens de daardoor ontstane afwezigheid van huis, voor rekening komen van de werkgever. FNV wijst erop dat in het artikel dus het woord 'woning' voorkomt, maar ook het woord 'huis' in de frase 'de daardoor ontstane afwezigheid van huis'. Volgens FNV kan met de bepaling gezien deze bewoordingen, niet anders zijn bedoeld dan de woonplaats van de arbeidsmigrant in het land van herkomst. De kosten van de huisvesting moeten dus worden vergoed ofwel, indien huisvesting door de werkgever ter beschikking is gesteld zoals X doet, moet deze huisvesting kosteloos zijn, aldus FNV. In de visie van X moet onder het begrip 'woning' in voormeld artikel worden verstaan, de door X ter beschikking gestelde woonruimte in de buurt van de werkplek, dus 'de tijdelijke verblijfplaats' van de werknemer, waaronder begrepen de arbeidsmigrant. X heeft in dit verband naar voren

gebracht dat dit artikel geschreven is om de werknemer te beschermen tegen onredelijke reistijd. In het geval een werknemer dicht bij de werkplek gehuisvest is, is er geen sprake van een onredelijke reistijd, zodat geen aanspraak bestaat op vergoeding uit hoofde van dit artikel.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Toepassing van de zogenoemde cao-norm leidt tot de door X bepleite uitleg. De letterlijke bewoordingen van het artikel laten ruimte voor de door beide partijen bepleite tekstuele interpretaties van artikel 55, zowel waar het gaat om het begrip 'woning' als voor het woord 'huis' in de frase 'de daardoor ontstane afwezigheid van huis'. Een voor derden kenbare officiële toelichting op de cao is niet voorhanden, zodat dat geen hulpmiddel biedt bij de uitleg van het artikel. Anders dan door FNV mogelijk bedoeld is te stellen, is de door haar overgelegde notitie van de Stichting Naleving CAO voor Uitzendkrachten (SNCU) niet als een dergelijke toelichting aan te merken. Artikel 50 van dezelfde cao geeft een regeling voor dezelfde werknemers als bedoeld in artikel 55, dus kort gezegd, voor de werknemers die zo ver van het werk wonen dat dagelijks huiswaarts keren onredelijk zou zijn, in de onderhavige casus de arbeidsmigranten. In artikel 50 is bepaald dat deze werknemers 'als regel' eenmaal per week naar huis mogen gaan en dat de hiermee verband houdende reiskosten door de werkgever vergoed moeten worden. Artikel 51 van deze cao bepaalt verder dat reisurenen moeten worden vergoed indien de arbeid in een andere dan de woongemeente van de werknemer plaatsvindt. Onder reisurenen moet worden verstaan de uren gedurende welke gereisd wordt van 'de woning' tot het werk en weer terug. De door FNV bepleite uitleg leidt tot het rechtsgevolg dat de arbeidsmigrant, uit welk land hij ook komt, wekelijks op kosten van de werkgever naar en van het buitenland mag reizen en dit zelfs dagelijks mag doen in de tijd van de werkgever. Dit rechtsgevolg is in elk geval deels onmogelijk en voor het overige dermate ongerijmd, dat deze uitleg van FNV niet kan worden gevolgd. Dat werknemers in de praktijk slechts een maal per vier weken naar de buitenlandse woning reizen zoals door FNV aangegeven, kan hier niet aan afdoen. De uitleg van X leidt tot het rechtsgevolg dat arbeidsmigranten, net als de overige werknemers, slechts recht hebben op een vergoeding voor onder meer huisvesting indien zij vanuit hun (tijdelijke) huisvesting, alsnog elders op een verafgelegen plaats aan het werk moeten. Niet ter discussie staat tussen partijen dat de regeling van artikel 55 is geschreven om werknemers te beschermen tegen onredelijk lange reistijden en ook in de uitleg van X wordt deze bescherming geboden. De werknemers moeten hun huisvesting in Nederland dus zelf betalen, maar in aanmerking genomen dat de arbeidsmigrant zelf, zij het doorgaans niet uit luxe, de keuze maakt in Nederland te komen werken, is dit niet onredelijk. Ten slotte heeft X terecht betoogd dat bij de uitleg van een cao-bepaling rekening gehouden kan worden met de wijze waarop het onderwerp waarop de uit te leggen bepaling betrekking heeft, in andere cao's is geregeld. X heeft hierbij verwezen naar de cao's in de sector Metaal en Techniek. Artikel 47 van deze cao's bepaalt dat indien de werknemer werkzaamheden moet verrichten buiten de plaats waarvoor

de dienstbetrekking is aangegaan onder meer pensionkosten worden vergoed, indien een overnachting noodzakelijk is in verband met de noodzakelijke reistijd en/of moeilijke reisgelegenheid. Hier wordt dus aangesloten bij de standplaats en dus niet, zoals in de uitleg van FNV, bij de woning van de arbeidsmigrant in het buitenland. Ook aan deze omstandigheid komt betekenis toe, nu deze cao's aan werknemerszijde door dezelfde partijen zijn gesloten als de CAO Bouwnijverheid en ook betrekking hebben op een vergelijkbare sector.

FNV heeft ten slotte een verklaring voor recht gevorderd, die volgens de kantonrechter zo moet worden begrepen, dat indien X de kosten van huisvesting niet aan de arbeidsmigranten hoeft te vergoeden, uitruil niet is toegestaan. In de CAO NBBU is in artikel 22 bepaald dat en onder welke voorwaarden uitruil voor onder meer dubbele huisvestingskosten mag plaatsvinden. Ter zitting is desgevraagd en onweersproken zijdens X aangegeven, dat de werknemers bij het aangaan van de uitzendovereenkomst een aparte bijlage ontvangen waarin is aangegeven dat en op welke wijze uitruil plaatsvindt. Hiermee is voldaan aan de eisen die in de cao worden gesteld aan het rechtsgeldig overeenkomen van de uitruil. De gevorderde verklaring voor recht wordt afgewezen. Van de zijde van X is onder meer het geschilpunt omtrent de voedingstoelage aangedragen. Volgens X is zij deze toelage niet verschuldigd aan de arbeidsmigranten. In de eerste plaats niet omdat dit uit artikel 55 volgt. Bovendien valt de toelage niet onder de definitie van inlenersbeloning van de CAO NBBU omdat de vergoeding niet onbelast kan worden verstrekt, aldus X. De kantonrechter begrijpt dat X een verklaring voor recht heeft gevorderd, inhoudend dat zij de toelage niet is verschuldigd. Hiervoor is reeds overwogen dat er in de onderhavige situatie geen sprake is van - samenvattend - een zo ver van de woning van de werknemer gelegen werk dat dagelijks huiswaarts keren onredelijk zou zijn. Dit betekent dus dat artikel 55 hier toepassing mist en X reeds hierom de voedingstoelage niet is verschuldigd. De gevorderde verklaring voor recht zal daarom worden toegewezen. De overige vragen die X heeft gesteld, heeft zij niet vertaald in één of meer concrete vorderingen. Voor het overige wordt X derhalve niet-ontvankelijk verklaard.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 05-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2015:6830

Zaaknummer: 4439972 CV 15-6194

Rechters: I.C.J.I.M. van Dorp

Advocaten: N. Ruiter en D.A.M. Lagarrigue

Wetsartikelen: 96 Rv, 55 CAO Bouwnijverheid en 22 CAO NBBU

RECHTSPRAAK

BSO Body & Budo World B.V./werkneemster

Groepsleidster kinderopvang vergeet tweejarig kind op warme zomerse dag uit auto te halen. Geen dringende reden voor ontslag op staande voet, wel (voorwaardelijke) ontbinding wegens verwijtbaar handelen. Geen ernstig verwijtbaar handelen. Overuren en transitievergoeding.

Werkneemster is met ingang van 1 augustus 2012 in dienst getreden van ABBW, die onder meer buitenschoolse opvang verzorgt. Op 13 augustus 2015, een warme zomerdag, heeft werkneemster samen met een andere groepsleidster een groep van tien kinderen, in leeftijd variërend van 1 tot 12 jaar, meegenomen naar een buitenspeeltuin. Daarbij heeft werkneemster gebruik gemaakt van haar eigen auto om vier kinderen te vervoeren en haar collega van een bedrijfsauto van ABBW om de overige zes kinderen te vervoeren. Ongeveer 1,5 uur na aankomst in de buitenspeeltuin hebben werkneemster en haar collega bemerkt dat een van de kinderen (van twee jaar oud) ontbrak. Gebleken is dat het kind in de auto van werkneemster was achtergebleven. Hoewel het kind langere tijd in de hete, afgesloten auto had gezeten, was hij ongedeerd. Vanwege dit incident zijn werkneemster en haar collega op staande voet ontslagen. ABBW verzoekt primair een schadevergoeding ex artikel 7:677 lid 2 BW. Subsidiair verzoekt ABBW voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel e en/of g en/of h BW. Werkneemster verzoekt vernietiging van de opzegging.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het gaat hier om een kind dat in het kader van professionele kinderopvang door zijn ouders aan de zorg en verantwoordelijkheid van ABBW was toevertrouwd. Dat brengt met zich dat van ABBW, en daarmee ook van werkneemster, mocht worden verlangd dat zij haar taken voor het aan haar zorg en verantwoordelijkheid toevertrouwde kind op een professionele en verantwoorde wijze zou verrichten. Geen betoog behoeft dat die norm met zich brengt dat wanneer het gaat om een uitstapje naar een buitenspeeltuin, dus buiten de beschermde omgeving van het kinderdagverblijf, van werkneemster en haar collega mocht worden verlangd dat zij gedurende dat uitstapje, het vervoer daaronder begrepen, steeds voldoende toezicht hielden op de kinderen en zich er

behoorlijk van vergewisten dat de groep kinderen compleet was. Duidelijk is dat werkneemster hier de fout is ingegaan. Bovendien gaat het hier om een fout van werkneemster in de uitvoering van haar werkzaamheden voor ABBW die (zeer) ernstige gevolgen had kunnen hebben. Gelet op alle overige omstandigheden van het geval, waaronder het feit dat werkneemster tot aan het voorval ruim drie jaar (ten minste) naar behoren had gefunctioneerd met (door)groeimogelijkheden in het verschiet, haar (betrekkelijk jonge) leeftijd, de gevolgen van het ontslag op staande voet voor haar, waaronder het feit dat zij dan niet in aanmerking komt voor een WW-uitkering en geconfronteerd kan worden - en ook is geworden - met een vordering van ABBW als bedoeld in artikel 7:677 lid 2 BW, is de kantonrechter, een en ander in onderling verband bezien, van oordeel dat ook al is er sprake van een fout die tot zeer ernstige gevolgen had kunnen leiden, een ontslag op staande voet hier niet op zijn plaats was en dat ABBW dus had behoren te volstaan met een minder vergaande maatregel dan die ultieme sanctie. De door werkneemster gevorderde vernietiging van de opzegging wordt toegewezen. De door ABBW gevorderde schadevergoeding ex artikel 7:677 lid 2 BW wordt afgewezen.

Ten aanzien van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek wordt als volgt geoordeeld. Gezien de aard van haar functie, de ernst van de door werkneemster gemaakte fout en de overige omstandigheden van het geval is de kantonrechter van oordeel dat, hoewel een ontslag op staande voet hier een te vergaand middel was, van ABBW, mede gezien het negatieve effect dat een incident als dit op de continuïteit van haar onderneming heeft dan wel kan hebben, in redelijkheid niet kon en kan worden gevergd te volstaan met een disciplinaire maatregel waarbij de arbeidsovereenkomst in stand zou zijn gebleven, zoals een waarschuwing of (tijdelijke) schorsing dan wel een overplaatsing naar haar andere vestiging, voor zover dat al mogelijk zou zijn geweest, en (derhalve) met recht (thans) de ontbinding van de arbeidsovereenkomst nastreeft. Het ontbindingsverzoek wordt op basis van de e-grond toegewezen. Aan werkneemster kan echter geen ernstig verwijtbaar handelen worden verweten, zodat zij aanspraak maakt op de transitievergoeding. Partijen verschillen van mening over de vraag van welk loon uitgegaan dient te worden, dit in verband met door werkneemster regelmatig gewerkte meer-/overuren. Overwogen wordt dat gezien het Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding (*Stb.* 2014, 538) en de Regeling looncomponenten en arbeidsduur (*Stb.* 2014, 36823) moet worden uitgegaan van het bruto maandloon, vermeerderd met (voor zover hier van belang) de vakantietoeslag, met de toeslag vitaliteitsbudget en met het gemiddelde overwerkloon per maand over de voorafgaande twaalf maanden.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 02-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:7744

Zaaknummer: 4425568 VZ VERZ 15-18470

Rechters: V.F. Milders

Advocaten: B.J. de Deugd en R. Delgado

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 onderdeel e BW, 7:673 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Zuyderland Medisch Centrum

Werkneemster heeft vier jaar na ontheffing uit haar functie als echoscopiste geen spoedeisend belang bij gevorderde wedertewerkstelling en rectificatie.

Werkneemster is sedert 1 april 1988 in dienst van (de rechtsvoorganger van) Zuyderland. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Ziekenhuizen van toepassing. Van 1 april 2000 tot 24 augustus 2011 werkte werkneemster als echoscopiste op de afdeling obstetrie en gynaecologie. Op 23 augustus 2011 is werkneemster ontheven uit haar functie 'in verband met recent vier gemiste hartafwijkingen en andere redenen'. Vanaf 12 januari 2012 is zij werkzaam op de afdeling Endoscopie en vanaf 19 augustus 2013 op de afdeling Acute Opname Afdeling (hierna: AOA). Op 27 februari 2014 ziet Zuyderland zich genoodzaakt het inwerktraject op de AOA per direct te beëindigen. Werkneemster is sedert 1 maart 2014 arbeidsongeschikt. Werkneemster vordert wedertewerkstelling als echoscopiste zodra zij daartoe medisch geschikt wordt bevonden en rehabilitatie middels publicatie van een bericht via intranet en het personeelsblad.

Nu ter zitting geen andere omstandigheden zijn aangevoerd, is de kantonrechter van oordeel dat de gestelde omstandigheden niet van dien aard zijn dat op dit moment sprake is van een situatie die zodanig acuut of ernstig is, dat van werkneemster niet gevergd kan worden de uitkomst van een bodemprocedure af te wachten. Werkneemster oefent immers de functie van echoscopiste al niet meer uit sinds 24 augustus 2011. De vraag die beantwoord moet worden - ook gezien het verweer van Zuyderland - is of er (nog) sprake is van een schorsing, gezien alleen al het tijdsverloop en de wijze waarop partijen nadien met elkaar zijn omgegaan. Waar werkneemster er voorts voor gekozen heeft om eerst in oktober 2015 - ruim vier jaar nadat zij uit haar functie als echoscopiste is ontheven - de ontheffing aan te vechten, kan niet gezegd worden dat zij voldoende spoedeisend belang heeft bij de wedertewerkstelling en opheffing van de gestelde schorsing. In ieder geval is dit belang van werkneemster in gewicht afgenomen naar mate de tijd na de ontheffing uit haar functie verder is verstreken. Evenmin heeft werkneemster aanleiding gezien om na de beëindiging van het inwerktraject op de AOA op 27 februari 2014 een dergelijke vordering in te stellen. Er is ook geen spoedeisend belang

ten aanzien van de gevorderde rectificatie. Verder is tussen partijen in geschil of Zuyderland gehouden is aan werkneemster het volledige loon door te betalen gedurende het tweede ziektejaar (vanaf 28 februari 2015). Niet gebleken is dat in de arbeidsovereenkomst en/of cao een bepaling is opgenomen tot aanvulling van het loon - tot 100% - gedurende het tweede ziektejaar, zodat overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:629 BW een korting op het loon is toegepast en 70% wordt betaald. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 02-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:9234

Zaaknummer: 4450106 CV EXPL 15-8716

Rechters: R.H.J. Otto

Advocaten: R.J. Ruiter en J.A.M.G. Vogels

Wetsartikelen: 7:629 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werkneemster

Fysiotherapeut weigert patiëntendossiers compleet te maken en nauwkeurig bij te werken, hetgeen binnen de beroepsgroep wel wordt verwacht. Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren.

Werkneemster is sinds 1984 werkzaam als fysiotherapeut. In 2014 heeft werkgever de praktijk overgenomen. Tussen partijen is niet meer in geschil dat sprake is van een arbeidsovereenkomst tussen partijen. Werkgever verzoekt ontbinding op basis van de d-, e- en/of g-grond. Het verweer van werkneemster strekt primair tot afwijzing van het verzoek.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Hoewel werkneemster ongeschikt is tot het verrichten van haar arbeid wegens ziekte, staat het opzegverbod niet aan ontbinding in de weg. Het ontbindingsverzoek houdt namelijk geen verband met de arbeidsongeschiktheid. Ten aanzien van het gestelde disfunctioneren wordt het volgende overwogen. Na de overname van de praktijk door werkgever ging er een nieuwe wind in de praktijk waaien. Daar waar de vorige eigenaren de teugels lieten vieren, is ter zitting duidelijk geworden dat werkgever groot belang hecht aan (onder meer) het - in overeenstemming met de eisen die aan de beroepsgroep worden gesteld - volledig bijhouden van patiëntendossiers. Toen geconstateerd werd dat de patiëntendossiers van werkneemster niet compleet waren, heeft zij tot uiterlijk 1 december 2014 de tijd gekregen om deze dossiers in orde te maken. De deadline van 1 december 2014 is vervolgens bijgesteld naar 31 december 2014. Door werkneemster is niet althans onvoldoende gemotiveerd weersproken dat op 1 januari 2015 nog geen enkel dossier in Intramed (buiten het 'oefendossier') compleet door haar is bijgewerkt. Nu werkneemster, hoewel zij heeft aangegeven daartoe in staat te zijn, de dossiers in Intramed niet volledig dan wel in het geheel niet heeft ingevuld ondanks herhaalde verzoeken van werkgever, moet worden geoordeeld dat zij ongeschikt is voor het verrichten van de bedongen arbeid, anders dan ten gevolge van ziekte of gebreken. Immers, het houden van een compleet dossier is voorgeschreven op grond van de aangehaalde Modelregeling Fysiotherapeut-Patiënt KNGF en het interne protocol. Werkneemster lijkt het belang van complete en nauwkeurig bijgewerkte patiëntendossiers, zoals dat ter zitting door werkgever is toegelicht, niet te onderkennen. Het verweer dat zij onvoldoende tijd heeft gehad om de patiëntendossiers compleet te maken, kan geen stand

houden. Zij heeft daarvoor aanvankelijk drie en uiteindelijk vier maanden de tijd gehad. Het betoog van werkneemster dat voor haar niet duidelijk was wat van haar verlangd werd, kan niet worden gevolgd. In het protocol is namelijk exact omschreven wat van iedere fysiotherapeut (dus ook werkneemster) ten aanzien van het bijhouden van patiëntendossiers verlangd wordt. In het gesprek op 13 november 2014 is dat nogmaals mondeling door werkgever toegelicht. En ook hier geldt: de trainingen hebben het gewenste resultaat gehad nu de gemachtigde van werkneemster heeft bericht dat zij zich het systeem (Intramed) eigen heeft gemaakt. De conclusie uit het vorenstaande is dat de d-grond, zoals die in artikel 7:669 lid 3 BW is neergelegd, volledig is vervuld. Dit rechtvaardigt in verbinding met het bepaalde in artikel 7:671b lid 1 BW een ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen partijen. Aan een beoordeling van de in artikel 7:669 lid 3 BW neergelegde e- en/of g-grond wordt mitsdien niet meer toegekomen. Nu geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen, heeft werkneemster wel recht op de transitievergoeding (€ 51.431,20 bruto). Nu in deze procedure vaststaat dat er over 2014 gemiddeld 22 uren arbeid per week is verricht en de hoogte van de transitievergoeding mede aan de hand daarvan is vastgesteld, wordt geen aanleiding gezien om de transitievergoeding voorwaardelijk toe kennen of pas opeisbaar te laten worden indien in de andere, voor deze rechtbank aanhangige, procedure onherroepelijk is beslist.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 30-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2015:9182

Zaaknummer: 4453444 AZ VERZ 15-182 en 4495571 AZ VERZ 15-192

Rechters: A.J. Henzen

Advocaten: A.F.J.M. Mulders en A.G.E. Jaspers

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel d BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens verstoorde arbeidsrelatie als gevolg van meningsverschil over arbeidsduur per week. Geen billijke vergoeding.

Werknemer is op 24 oktober 2009 in dienst getreden. Werkgever verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW jo. artikel 7:669 lid 3 onderdeel e, althans g dan wel h BW. Ter onderbouwing daarvan heeft werkgever het volgende naar voren gebracht. Werknemer weigert vanaf 10 maart 2015 gehoor te geven aan herhaalde oproepen van werkgever voor het uitvoeren van wagenparkcontroles. Sedert die datum stelt werknemer dat hij aanspraak maakt op een dienstverband met een omvangrijker arbeidsduur (thans berekend op 27,25 uren per week) dan de 11 uren waarvoor hij wekelijks wordt opgeroepen. Het standpunt dat de arbeidsomvang 27,25 uren per week bedraagt, acht werkgever evenwel onjuist, zodat thans een patstelling is ontstaan. Werknemer wil namelijk pas weer aan het werk wanneer hem werk voor 27,25 uren per week wordt aangeboden. Anders wil hij nog slechts als zzp'er zijn diensten aanbieden, een constructie waarvoor werkgever op haar beurt niet voelt ten behoeve van de continuïteit van het te verrichten werk.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gelet op hetgeen partijen hebben aangevoerd, gaat het in deze zaak niet zozeer om de vraag of er een redelijke grond is op basis waarvan de arbeidsovereenkomst tussen partijen moet worden ontbonden, nu beide partijen stellen dat tussen hen inmiddels een zodanig onwerkbaar arbeidsverhouding is ontstaan dat voortdurend van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van hen kan worden gevergd. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. De kantonrechter ziet, alles afwegende, geen aanleiding om aan werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door werkgever is geen sprake. Vast staat dat werknemer sedert 24 mei 2013 niet meer is opgeroepen voor de extra werkzaamheden in het kader van de bandenwisselweken en nadien uitsluitend is opgeroepen voor zijn werkzaamheden als bandencontroleur met een urenomvang van gemiddeld 11 uren per week. Ook staat vast dat werknemer sedert 24 mei 2013 geen enkele juridische actie heeft ondernomen om voor die (extra) werkzaamheden te worden opgeroepen en ook thans geen vordering, in welke vorm

dan ook, heeft ingediend. Dat werkgever in die omstandigheden medio 2015 heeft vastgehouden aan een contract met een arbeidsomvang van 11 uren per week en de loon- en oproepaanspraken van werknemer op basis van een omvang van 27,25 uren per week heeft afgewezen, acht de kantonrechter niet een zodanig grovelijke veronachtzaming van zijn verplichtingen als werkgever dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen in de zin van artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW. Werkgever zal daarom niet worden belast met de betaling van een billijke vergoeding aan werknemer. Nu partijen daaromtrent geen uitspraak hebben verzocht, zal de kantonrechter zich niet uitlaten over de krachtens artikel 7:673 lid 1 BW aan werknemer, behoudens in geval van diens ernstig verwijtbaar handelen, toekomstende transitievergoeding en de omvang daarvan.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 29-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:5130

Zaaknummer: 4435877 AR VERZ 15-19

Rechters: E.J. Oostdijk

Advocaten: B. Smid en A.Z. van Braam

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 onderdeel g BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

Groningen Airport Eelde N.V./werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst (e-grond) na inname verklaring van geen bezwaar en luchthavenpas als gevolg van strafrechtelijke veroordeling brandweermedewerker (werkzaam op een luchthaven). Ernstig verwijtbaar handelen door werknemer.

Werknemer is sinds 14 juli 1997 in dienst van Groningen Airport Eelde. Hij is laatstelijk werkzaam in de functie van medewerker in algemene dienst, afdeling Brandweer. De functie waarin werknemer werkzaam is, is een zogenaamde vertrouwensfunctie als bedoeld in artikel 11a lid 2 van het Besluit beveiliging burgerluchtvaart jo. de Wet veiligheidsonderzoeken waarvoor de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) een verklaring van geen bezwaar moet afgeven. Voor werknemer is (in het verleden) een dergelijke verklaring afgegeven. Op 16 december 2014 is werknemer door de marechaussee op de luchthaven van Groningen Airport Eelde staande gehouden en voor verhoor meegenomen. Hij werd ervan verdacht dat hij als lid van de vrijwillige brandweer van de gemeente Hoogezand-Sappemeer op kosten van die gemeente voor een bedrag van tussen de € 7.500 en € 10.000 voor privédoeleinden had getankt. Werknemer is voor genoemd vergrijp inmiddels strafrechtelijk vervolgd, wat op 20 maart 2015 heeft geleid tot een veroordeling (een taakstraf en een voorwaardelijke gevangenisstraf). Op 5 augustus 2015 ontving Groningen Airport Eelde van het Hoofd Veiligheidsonderzoeken van de AIVD een brief waarin, zakelijk weergegeven, staat vermeld dat de verklaring van geen bezwaar wordt ingetrokken en dat werknemer binnen acht weken uit zijn vertrouwensfunctie dient te worden ontheven. Groningen Airport Eelde verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden, primair op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW jo. artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW ((ernstig) verwijtbaar handelen en nalaten).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Primair stelt Groningen Airport Eelde zich op het standpunt dat werknemer (ernstig) verwijtbaar heeft gehandeld door de brandweer van Hoogezand-Sappemeer op te lichten met als gevolg dat de AIVD zich genoodzaakt zag om de verklaring van geen bezwaar in te trekken. De kantonrechter deelt dit standpunt. Weliswaar heeft de gedraging niet bij Groningen Airport Eelde maar bij de vrijwillige brandweer van de

gemeente Hoogezand-Sappemeer plaatsgevonden, maar doordat deze gedraging heeft geleid tot het intrekken van de voor het werk bij Groningen Airport Eelde benodigde verklaring van geen bezwaar, heeft de gedraging van werknemer ook feitelijk een grote (negatieve) invloed op de arbeidsovereenkomst tussen partijen in die zin dat werknemer zonder een dergelijke verklaring - krachtens wet en de toepasselijke cao - zijn werkzaamheden niet meer kan uitoefenen. Ook jegens Groningen Airport Eelde kan werknemer daarom een ernstig verwijt worden gemaakt van zijn strafbaar (en inmiddels strafrechtelijk bestraft) handelen als brandweerman bij de gemeente Hoogezand-Sappemeer. De stelling van werknemer dat Groningen Airport Eelde hem begin januari 2015 te kennen heeft gegeven dat hij bij Groningen Airport Eelde kan blijven werken en dat de omstandigheid dat de verklaring omtrent geen bezwaar daarna is ingetrokken geen reden kan zijn voor beëindiging van het dienstverband, snijdt naar het oordeel van de kantonrechter geen hout. In de brief van 7 januari 2015, die werknemer voor akkoord heeft ondertekend, staat namelijk klip en klaar dat als de luchthavenpas van werknemer moet worden ingetrokken als gevolg van een negatief (afgifte)advies van de AIVD, Groningen Airport Eelde alsnog zal overgaan tot ontslag wegens dringende reden. Nu de verklaring omtrent geen bezwaar en de luchthavenpas inmiddels zijn ingetrokken, is de situatie die op 7 januari 2015 klaarblijkelijk al werd voorzien bewaarheid geworden en kan Groningen Airport Eelde het verwijt aan het adres van werknemer (alsnog) aan het verzoek ten grondslag leggen. Het ontbindingsverzoek wordt op de primaire grondslag toegewezen. Met toepassing van artikel 7:671b lid 8 onderdeel b BW wordt de ontbindingsdatum bepaald op 1 november 2015.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 29-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:5097

Zaaknummer: 4435979 AR VERZ 15-20

Rechters: E.J. Oostdijk

Advocaten: E.A.C. van der Wiel en L.S. Slinkman

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel e BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

FNV/werkgeefster

Door eerst ontslagaanvragen in te dienen en daarna pas FNV over ontslagen te informeren, wordt in strijd gehandeld met artikel 15 CAO Motorvoertuigen- en Tweewielerbedrijf (waarin een overlegtraject is opgenomen). Werkgeefster is schadevergoeding van € 5.000 aan FNV verschuldigd.

Werkgeefster exploiteert een onderneming die zich bezighoudt met handel in en reparatie van personenauto's en lichte bedrijfswagens. Zij is lid van werkgeversvereniging Bovag, die partij is bij de collectieve arbeidsovereenkomst voor het Motorvoertuigen- en Tweewielerbedrijf (hierna: de cao). Ook FNV is partij bij de cao. Bij werkgeefster waren 25 werknemers in dienst. Op 13 oktober 2014 heeft werkgeefster ten aanzien van zeven werknemers bij het UWV een ontslagaanvraag om bedrijfseconomische redenen ingediend. Vervolgens heeft zij hierover op 14 oktober 2014 haar personeel geïnformeerd. Tevens heeft zij op die dag onder meer A, bestuurder Metaal van FNV, per e-mail van de ontslagaanvragen in kennis gesteld. FNV stelt dat werkgeefster artikel 15 van de cao (over fusie, sluiting en reorganisatie) niet heeft nageleefd. Het standpunt van FNV komt erop neer dat werkgeefster haar al voordat de ontslagaanvragen bij het UWV werden ingediend had moeten informeren, zodat zij reeds voordien haar vakbondsactiviteiten had kunnen uitoefenen en daarmee ook de mogelijkheid zou hebben gehad om eerder invloed uit te oefenen op de voorgenomen reorganisatie. Werkgeefster heeft gesteld dat het moment waarop FNV moest worden ingelicht niet duidelijk is omschreven in artikel 15 cao, maar dat zij FNV met de melding van 14 oktober 2014 tijdig heeft ingelicht.

De kantonrechter oordeelt als volgt. FNV was partij bij de totstandkoming van de cao, werkgeefster was dat niet. Artikel 15 is een voorbeeld van een zogenoemde diagonale bepaling, waardoor een verbintenis ontstaat tussen een contractspartij enerzijds en een lid van een contractspartij anderzijds. De uitleg van een diagonale cao-bepaling dient te geschieden aan de hand van de zogenoemde cao-norm (HR 26 mei 2000, NJ 2000/473). Het bepaalde in artikel 15 lid 3 cao geeft enige nadere bepaling van het tijdstip van de kennisgeving, namelijk 'zodra verwacht kan worden dat de eventuele sluiting en/of reorganisatie wellicht doorgang

kan vinden'. Het gebruik van de termen 'verwacht kan worden' en 'wellicht' duidt op een vroegtijdig stadium, waarin de werkgever in beginsel heeft besloten tot het willen doorvoeren van een reorganisatie, maar er nog geen sprake is van zekerheid omtrent de doorgang ervan. Het bepaalde in het vierde en vijfde lid van artikel 15 cao duiden eveneens op een vroegtijdig stadium. In het vierde lid wordt de werkgever opgelegd mede te delen welke (sociale) gevolgen hij verwacht, indien en voor zover die gevolgen alsdan reeds te overzien zijn. Dit duidt op een situatie waarbij er nog geen duidelijkheid is omtrent de precieze gevolgen van de voorgenomen reorganisatie. In het vijfde lid ten slotte worden een aantal concrete handelingen die voorafgaan aan de daadwerkelijke uitvoering van een reorganisatie opgesomd, waarover tussen de werkgever en de vakbond overleg moet worden gevoerd. In Bijlage 2 is verwoord dat de gevolgen van (onder meer) een reorganisatie voor de werknemers in de besluitvorming moeten worden betrokken, voordat de reorganisatie een feit is. Werkgeefster heeft FNV pas geïnformeerd een dag nadat zij de ontslagaanvragen bij het UWV had ingediend en tevens eerst nadat zij op 14 oktober 2014 haar personeel had ingelicht over de reorganisatie. Alleen al gelet op in artikel 15 lid 5 cao genoemde concrete handelingen, waaraan volgens de aanhef van dit artikellid door werkgeefster en FNV gezamenlijk aandacht zou moeten worden besteed, was dit te laat. Voorts is werkgeefster met het indienen van de ontslagaanvragen al begonnen met het feitelijk uitvoering gegeven aan de reorganisatie, zonder dat het in artikel 15 cao bedoelde overlegtraject met onder meer FNV was gestart. FNV heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat werkgeefster haar positie heeft ondermijnd door haar in strijd met het bepaalde in artikel 15 cao niet tijdig te informeren omtrent de voorgenomen reorganisatie. Voldoende aannemelijk is gemaakt dat FNV door toedoen van werkgeefster schade heeft geleden bestaande uit prestige-verlies naar de leden en verlies van wervingskracht naar de overige werknemers. Werkgeefster wordt ex artikel 15 en 16 Wet CAO veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding aan FNV van € 5.000.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 27-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2015:5034

Zaaknummer: 3832782 \ CV EXPL 15-1100

Rechters: E.T.M. Zwart-Sneek

Advocaten: R.A. Severijn en H.J. Funke

Wetsartikelen: 15 CAO Motorvoertuigen- en Tweewielerbedrijf, 15 Wet CAO en 16 Wet CAO

RECHTSPRAAK

ISS Catering Services B.V./werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst werkneemster die, ondanks verzoeken daartoe, diverse malen niet op het werk is verschenen. Geen ernstig verwijtbaar handelen.

Werkneemster is in 1997 in dienst getreden bij werkgever. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Contractcatering van toepassing. Werkneemster is, ondanks verzoeken daartoe, meermalen niet op haar werk verschenen. Werkgever verzoekt de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW, primair in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW en subsidiair in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkgever voert aan dat de redelijke grond voor ontbinding is gelegen in het feit dat werkneemster, ondanks verzoeken daartoe, diverse malen niet op haar werk is verschenen. Werkgever heeft haar meerdere keren gewaarschuwd voor de consequenties van dit gedrag en desondanks heeft werkneemster haar werk niet hervat noch contact met haar werkgever gezocht. Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door werkgever in dat verband naar voren gebrachte feiten en omstandigheden een redelijke grond voor ontbinding op, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW. Gelet op de door werkgever naar voren gebrachte feiten en omstandigheden, die door werkneemster niet zijn weersproken, ligt herplaatsing van werkneemster niet in de rede. Het verzoek van werkgever wordt toegewezen. De kantonrechter ziet in hetgeen door werkgever naar voren is gebracht, geen aanleiding om te ontbinden op de kortst mogelijke termijn, nu werkgever niet, althans onvoldoende, heeft gesteld en onderbouwd dat sprake is van een ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van werkneemster, conform artikel 7:673 lid 7 onderdeel c BW. De arbeidsovereenkomst wordt dan ook met toepassing van artikel 7:671b lid 8 onderdeel a BW ontbonden per 1 februari 2016.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 19-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:12402

Zaaknummer: 4428027 RP VERZ 15-50591

Rechters: A.J. Japenga

Advocaten: E. von Weiler

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel e BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Vergoeding wegens onregelmatige opzegging en billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW sluiten elkaar niet uit en worden allebei aan werknemer toegekend.

Werknemer is met ingang van 1 april 2015 in dienst getreden in de functie van (oproep) logistiek medewerker voor veertien uur per week tegen een salaris van € 525,37 bruto per maand, inclusief vakantietoeslag en vakantiedagen. De arbeidsovereenkomst is aangegaan voor bepaalde tijd, namelijk voor de duur van zes maanden. In artikel 4 van de arbeidsovereenkomst is bepaald dat zowel de werkgever als de werknemer bevoegd zijn de arbeidsovereenkomst tussentijds schriftelijk op te zeggen, tegen het einde van de kalendermaand, met inachtneming van de wettelijke bepalingen en opzegtermijnen. Bij brief van 27 juli 2015 heeft werkgever aan werknemer geschreven dat zijn arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang is geëindigd en dat zijn laatste werkdag op 6 juli was. Werknemer vordert betaling van € 961,24 bruto wegens onregelmatige opzegging als bedoeld in artikel 7:672 lid 9 BW. Omdat werkgever de arbeidsovereenkomst ook in strijd met artikel 7:671 BW heeft opgezegd, namelijk zonder schriftelijke instemming van werknemer, verzoekt hij om krachtens artikel 7:681 BW tevens een billijke vergoeding toe te kennen ter hoogte van één bruto maandsalaris van € 567,40, inclusief vakantiegeld. Werkgever is niet verschenen en heeft dus geen verweer gevoerd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In het onderhavige geval staat vast dat werkgever de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op 27 juli 2015 per 7 juli 2015 (dus met terugwerkende kracht) tussentijds schriftelijk heeft opgezegd. Dit is in strijd met het bepaalde in artikel 4 van de arbeidsovereenkomst en met artikel 7:672 lid 1 en lid 2 onderdeel a BW, enerzijds omdat niet tegen het einde van de kalendermaand is opgezegd en anderzijds omdat geen opzegtermijn van één maand in acht is genomen. De op grond van artikel 7:672 lid 9 BW gevorderde vergoeding in de zin van het loon van 7 juli 2015 tot 1 september 2015 wordt toegewezen. Dit geldt ook voor de in het gevorderde bedrag verwerkte verhoging van het contractueel overeengekomen loon met 8% wegens strijd met de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag. In deze zaak staat daarnaast ook als onweersproken vast dat

werkgever de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig heeft opgezegd omdat er geen sprake is van schriftelijke instemming van werknemer, hetgeen blijkt uit artikel 7:671 lid 1 aanhef BW wel is vereist. Het verzoek van werknemer om op grond van artikel 7:681 lid 1 onderdeel a BW een billijke vergoeding toe te kennen (in plaats van de opzegging te vernietigen) is dus gegrond. Blijkens de parlementaire geschiedenis impliceert het handelen van een werkgever in strijd met artikel 7:671 BW reeds dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever.

De vraag die zich vervolgens voordoet is of het mogelijk is om de op grond van artikel 7:681 lid 1 onderdeel a BW verzochte billijke vergoeding toe te kennen indien reeds op grond van artikel 7:672 lid 9 BW een vergoeding wegens onregelmatige opzegging is toegewezen. De kantonrechter is van oordeel dat deze vergoedingen elkaar niet uitsluiten. De opzegging in de onderhavige zaak is immers zowel onregelmatig als vernietigbaar en de gevorderde vergoedingen berusten op twee verschillende gronden. De kantonrechter zoekt hierbij aansluiting bij jurisprudentie over een vergelijkbare situatie onder het 'oude' recht waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat de vordering tot schadevergoeding wegens onregelmatig ontslag (art. 7:677 lid 4 BW jo. 6:780 (oud) BW [red: bedoeld zal zijn art. 7:680 (oud) BW]) en de vordering tot schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag (art. 6:781 (oud) BW [red: bedoeld zal zijn art. 7:681 (oud) BW]) elkaar niet uitsluiten en dus naast elkaar gevorderd kunnen worden (HR 29 september 1995, *NJ* 1996/90, ECLI:NL:HR:1995:ZC1830 en HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5360 (*Kwik-Fit/X*)). De verzochte billijke vergoeding wordt toegewezen. Ten overvloede overweegt de kantonrechter daarbij als volgt. Nu werknemer geen vernietiging van de opzegging heeft verzocht, maar een beroep doet op de bepaling van de billijke vergoeding ex artikel 7:681 lid 1 BW, acht de kantonrechter zijn aanspraak op een bedrag gelijk aan één maand ten onrechte niet genoten loon (dat hij bij vernietiging van de opzegging zou hebben ontvangen) als billijke vergoeding - naast de vergoeding wegens onregelmatige opzegging - niet onredelijk. In de nota naar aanleiding van het verslag van 24 januari 2014 van de vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid, belast met het voorbereidend onderzoek van wetsvoorstel 33 818 (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 55) is vermeld dat wanneer in plaats van een vernietiging van de opzegging een billijke vergoeding wordt toegekend, 'een aanspraak op ten onrechte niet genoten loon kan worden verdisconteerd in de billijke vergoeding'. In de memorie van antwoord (*Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 92) is dat standpunt in vrijwel gelijklopende bewoordingen herhaald.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 16-10-2015

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2015:6783

Zaaknummer: 4395948 \ HA VERZ 15-109 \ 512 \ 636

Rechters: C.J.M. Hendriks

Advocaten: W.H.B.M. Litjens

Wetsartikelen: 7:671 BW, 7:672 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

X/(curator van) Fleurbaaij Totaal Afbouw B.V. c.s.

Werknemer stelt diverse partijen (waaronder uitzendbureau en (onder)aannemer) in deelgeschilprocedure aansprakelijk voor schade als gevolg van arbeidsongeval. Bevoegdheid rechtbank.

Uitzendovereenkomst. Oorzaak ongeval vergt nadere instructie waarvoor deelgeschilprocedure zich niet leent.

X heeft op 17 december 2013, in opdracht van Slijterij Ewijk en na bemiddeling door Hercurius, werkzaamheden verricht op een bouwplaats aan de Stieltjesstraat te Nijmegen. Combinatie Klokbouw/Züblin TPG locatie V.O.F. was aldaar de hoofdaannemer en Fleurbaaij diens onderaannemer. Slijterij Ewijk was de onderaannemer van Fleurbaaij. X werd voor zijn werkzaamheden betaald door Hercurius. De werkzaamheden van X bestonden onder meer uit het plaatsen van plafonds, waarbij gebruik werd gemaakt van een plafondplatentillift. Boels is eigenaar van de lift en heeft deze verhuurd aan Fleurbaaij. Fleurbaaij heeft de lift ter beschikking gesteld aan X. Tijdens het werken met de lift is een bout, die bevestigd was aan de hendel waarmee de lift omhoog wordt gebracht, afgebroken. Hierdoor is de lift op het hoofd en de nek van X terecht gekomen. X vordert voor recht te verklaren dat verweerders (Fleurbaaij, Hercurius, ASR, Slijterij Ewijk, Boels Verhuur en Achmea) ieder voor zich, althans één of meerdere van hen (hoofdelijk) aansprakelijk zijn voor de schade ten gevolge van het ongeval.

De rechtbank is in het kader van de bevoegdheidskwestie voorlopig van oordeel dat tussen X en Hercurius sprake is van een uitzendovereenkomst (art. 7:690 BW). Hercurius heeft X ter beschikking gesteld om arbeid te verrichten bij Slijterij Ewijk. De rechtbank is op grond van artikel 93 onderdeel c Rv onbevoegd om kennis te nemen van het geschil tussen X en Hercurius (en ASR). Dit geschil wordt op de voet van artikel 71 lid 2 Rv verwezen naar de kantonrechter. Dan de bevoegdheid ten aanzien van de verwerende partijen Fleurbaaij en Slijterij Ewijk. Als primaire grondslag is ten aanzien van deze partijen artikel 7:658 lid 4 BW aangevoerd. Anders dan partijen hebben betoogd volgt uit die bepaling niet dat de kantonrechter ter zake bevoegd is. Tussen partijen staat immers vast dat tussen X enerzijds en Fleurbaaij en Slijterij Ewijk anderzijds geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, op grond

waarvan op basis van artikel 93 onderdeel c Rv de kantonrechter bevoegd zou zijn om van het geschil kennis te nemen. Weliswaar staat in de laatste volzin van artikel 7:658 lid 4 Rv dat de kantonrechter bevoegd is kennis te nemen van kwesties betreffende inlenersaansprakelijkheid, maar daaruit kan niet een bevoegdheid scheppende hoofdregel worden afgeleid die gelijk te stellen is met die van artikel 93 Rv. De rechtbank acht zich bevoegd kennis te nemen van de verzoeken tegen Fleurbaaij en Slijterij Ewijk. Anders dan Fleurbaaij heeft betoogd, is de rechtbank van oordeel dat de onderhavige verzoeken in een deelgeschilprocedure kunnen worden voorgelegd. Juist is dat partijen inhoudelijk niet met elkaar in onderhandeling zijn of nauwelijks zijn geweest. Dat is echter juist het gevolg van het thans voorgelegde verschil van inzicht over de aansprakelijkheidsvraag.

Ten aanzien van aansprakelijkheid van Boels/Achmea wordt als volgt geoordeeld. Naar het oordeel van de rechtbank staat gelet op het met stukken onderbouwde verweer van Boels niet vast wat de oorzaak is van het ongeval: een gebrek aan de lift of onjuist gebruik daarvan. Beantwoording van die vraag vergt nadere instructie waarvoor deze procedure zich - gelet op het karakter daarvan - niet leent. Daarop strandt dit onderdeel van het verzoek. Slijterij Ewijk is - hoewel conform de wettelijke bepalingen opgeroepen om te worden gehoord - niet verschenen. De stelling van X dat Slijterij Ewijk als inlener in de gelegenheid was om instructies te geven aan X en als onderaannemer in staat was om toezicht te houden op de veiligheid van X zijn door Slijterij Ewijk dan ook niet bestreden. Ook niet bestreden is dat X op 17 december 2013 tijdens de uitvoering van zijn werkzaamheden schade heeft geleden, zodat op grond van artikel 7:658 lid 4 BW de rechtbank van oordeel is dat Slijterij Ewijk jegens X aansprakelijk is voor de dientengevolge geleden schade. Aan X wordt een voorschot op de schade van € 25.000 toegekend. De aansprakelijkheid van Fleurbaaij (ex art. 7:658 lid 4 BW) kan in deze deelgeschilprocedure niet worden vastgesteld. Daarvoor is een nadere instructie vereist, waarvoor deze deelgeschilprocedure zich niet leent. Ook kan zonder nadere instructie geen beslissing worden gegeven op de vraag of sprake is van een gebrekkige zaak in de zin van artikel 6:173 BW (de subsidiaire grondslag).

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 18-02-2015

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2015:6870

Zaaknummer: C/05/270482 / HA RK 14-134

Rechters: S.C.P. Giesen

Advocaten: J. Stappaerts-Zijlmans, H. van Katwijk en H.A. Kragt

Wetsartikelen: 93 Rv, 6:173 BW, 7:658 BW en 7:690 BW

ANNOTATIE

Staatsaansprakelijkheid voor onrechtmatige vakantiewetgeving

prof. mr. dr. W.L. Roozendaal

In artikel 7:635 lid 4 (oud) BW was bepaald dat zieke werknemers geen vakantie opbouwen behalve over de laatste zes maanden van hun dienstbetrekking. In 2012 is deze regel geschrapt wegens strijd met het Unierecht. Werknemers die door de geschrapte regel gedupeerd zijn, hebben de Staat aansprakelijk gesteld voor de gevolgen ervan. De Hoge Raad heeft nu bepaald dat de Staat quasi risicoaansprakelijk is voor de onjuiste implementatie van de Arbeidstijdenrichtlijn. De vraag is of dit onvermijdelijk was. Na een bespreking van het arrest wordt nog eens de achtergrond van dit geschil geschetst. Voorts wordt bekeken wat er op het spel stond in de huidige procedure. Naar mijn mening wordt de Staat ten onrechte verweten dat de Arbeidstijdenrichtlijn niet tijdig is aangepast aan de rechtspraak van het Hof van Justitie. Dit komt vooral door door de Hoge Raad niet onderkende onduidelijkheid over de opbouw van vakantierechten in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Door die onduidelijkheid is bovendien eigenlijk nog steeds niet te zeggen of de Nederlandse wet nu wel aan de eisen van de Arbeidstijdenrichtlijn voldoet.

1. De uitspraak

De werkneemster in deze zaak is in januari 2007 ziek geworden. Toen de overeenkomst in november 2010 met wederzijds goedvinden werd beëindigd was zij dat nog steeds. Volgens artikel 7:635 lid 4 BW zoals dat tot 1 januari 2012 bestond, verwierf een werknemer die wegens ziekte geen arbeid verrichtte, aanspraak op vakantie over het tijdvak van de laatste zes maanden waarin de arbeid niet werd verricht. De werkneemster heeft bij het einde van het dienstverband vakantiedagen uitgekeerd gekregen conform deze bepaling.

Vanaf omstreeks 2009 werd door een aantal uitspraken van het Hof van Justitie (o.a. HvJ EU 20 januari 2009, C-350/06 (Schultz-Hoff) en C-520/06 (Stringer)) duidelijk dat artikel 7:635 lid 4 (oud) BW in strijd was met artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn. De werkneemster stelde in 2011 de Staat aansprakelijk voor de misgelopen vakantiedagen.

In eerste aanleg werd haar vordering toegewezen (*JAR* 2012/84). De kantonrechter beoordeelde de aansprakelijkheid aan de hand van de zogenoemde Francovich-norm, de Europese rechtspraak inzake staatsaansprakelijkheid voor onjuist geïmplementeerde Unie-regelgeving (HvJ EU 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90 (Francovich) en HvJ EU 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pecheur)). De Staat ging daarvan in hoger beroep (Hof Den Haag 15 oktober 2013, *JAR* 2013/279).

De werknemster heeft in hoger beroep een incidentele grief aangevoerd, inhoudende dat de aansprakelijkheid niet gebaseerd moest worden op de genoemde Europese rechtspraak, maar op artikel 6:162 BW. De Staat heeft dit bestreden, omdat een wet in formele zin volgens hem geen onrechtmatige daad kan opleveren. Onder verwijzing naar het arrest De Staat/Van Gelder (HR 9 mei 1986, *NJ* 1987/252) meende het hof echter dat het uitvaardigen en handhaven van een met hogere regelgeving strijdige regeling een onrechtmatige daad oplevert, ook als dat een wet in formele zin is. Met het uitvaardigen en handhaven van een dergelijke regeling, staat volgens die uitspraak de schuld in beginsel vast.

Overigens speelde in het arrest ook de vraag hoe de schade begroot moet worden, maar dit laat ik in dit commentaar buiten beschouwing. Het hof heeft het oordeel in eerste aanleg bekrachtigd, zij het dat de vordering volgens het hof alleen kon worden toegewezen over de minimale wettelijke vakantiedagen en niet over de bovenwettelijke vakantiedagen.

In cassatie wordt nog eens betoogd dat de Staat niet aansprakelijk kan zijn op grond van artikel 6:162 BW voor strijd tussen wetgeving in formele zin en hogere regelgeving. Artikel 94 Gw regelt de gevolgen van een dergelijke strijd, en daaruit volgt volgens de Staat alleen dat de betreffende wetgeving geen toepassing kan vinden. Voor het overige geldt het toetsingsverbod van artikel 120 Gw.

De Hoge Raad denkt hier anders over. De Hoge Raad herhaalt het standpunt van het hof dat het gevolg van strijd tussen formele wetgeving en hogere regelgeving is dat het uitvaardigen en handhaven van die wetgeving onrechtmatig is en daarom op grond van artikel 6:162 BW verplicht tot betaling van schadevergoeding, wederom onder verwijzing naar het arrest De Staat/Van Gelder. Dit strookt volgens de Hoge Raad ook met de aan artikel 93 en 94 ten grondslag liggende gedachte dat de rechtstoepassing in Nederland in overeenstemming moet zijn met de daar genoemde bepalingen. De verplichting tot vergoeding van schade is een effectieve en adequate remedie om dit te bevorderen. Het toetsingsverbod van artikel 120 Gw ziet niet op het verbod te toetsen aan artikel 94 Gw (HR 14 april 1989, *NJ* 1989/469 (Harmonisatiewet-arrest)). Er is geen reden om een uitzondering te maken voor het rechtstreeks werkende Unierecht. Die werking voorziet niet in het buiten toepassing laten van strijdige wetgeving, maar niet tijdige of onjuiste implementatie van een richtlijn is wel in strijd

met de verplichting van de Staat op grond van artikel 4 lid 3 VEU en 288 VWEU en is om die reden onrechtmatig. De Staat heeft ook geen redenen aangevoerd waaruit blijkt dat in dit geval een uitzondering op deze beginselen moet worden gemaakt, nu de Staat al sinds het BECTU-arrest (HvJ EU 26 juni 2001, C-173/99) rekening diende te houden met de uitleg die het Hof in Schultz-Hoff aan artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn heeft gegeven.

2. Commentaar

In het navolgende schets ik nog eens, ter opfrissing van het geheugen, de achtergrond van de wetswijziging van 2012, waarin artikel 7:635 lid 4 (oud) BW is geschrapt en een vervalttermijn is ingevoerd in artikel 7:640a BW (par. 3). Daaruit blijkt dat ook de Staat meende dat de Nederlandse wetgeving in strijd was met het Unierecht. Gelet op het Frankovich-arrest moeten de gevolgen daarvan op de ene of de andere manier aan de Nederlandse Staat kunnen worden toegerekend. De Staat heeft in deze procedure niet betwist dat artikel 7:635 lid 4 (oud) BW in strijd was met artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn. Waarom verzette de Staat zich dan toch zo vastberaden tegen aansprakelijkheid? De achtergrond van de rechtsstrijd over de grondslag van de aansprakelijkheid van de Staat wordt besproken in paragraaf 4. Dan bespreek ik de aannahme van de Hoge Raad, dat sinds het BECTU-arrest rekening gehouden moest worden met de uitleg van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn die in Schultz-Hoff is gegeven (par. 5). Naar mijn mening was tot Schultz-Hoff niet duidelijk welke eisen gesteld moesten worden aan de vakantieopbouw van de zieke werknemer. De vraag is nog steeds actueel, omdat dat voor andere werknemers die (gedeeltelijk) niet werken en geen loon ontvangen nog steeds niet duidelijk is (par. 6).

3. De onjuiste implementatie van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn

De Arbeidstijdenrichtlijn 93/104/EG bepaalde in artikel 7 lid 1:

‘De lidstaten treffen de nodige maatregelen opdat aan alle werknemers jaarlijks een vakantie met behoud van loon van ten minste vier werken word toegekend, overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie.’

De Arbeidstijdenrichtlijn geeft geen afwijkmogelijkheid van deze regel. De uiterste implementatietermijn van deze regel was 23 november 1996. In de opvolgende Arbeidstijdenrichtlijn 2003/88/EG is de bepaling ongewijzigd overgenomen.

In 2001 werd de vraag aan het Hof van Justitie voorgelegd, welke mogelijkheid de zinsnede ‘overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie’ meebracht voor de lidstaat om

werknemers in bepaalde omstandigheden het recht op vakantie te ontzeggen (HvJ EU 26 juni 2001, C-173/99 (BECTU)). Het ging in die zaak om een regel op grond waarvan werknemers een minimumperiode van 13 weken in dienst moesten zijn voordat zij aanspraak kregen op vakantie. Het Hof bepaalde dat de zinsnede alleen slaat op de toepassingsmodaliteiten van de jaarlijks vakantie, zoals de voorwaarden voor de uitoefening en de tenuitvoerlegging van het recht, maar niet op het ontstaan van het recht. Het ontstaan van het recht mag niet van enigerlei voorwaarde afhankelijk worden gesteld en komt toe aan alle werknemers. De minimumperiode was derhalve in strijd met artikel 7 van de Arbeidstijdenrichtlijn.

In 2009 bleek dat ook de omstandigheid dat werknemers vanwege hun gezondheidstoestand niet kunnen werken, geen afbreuk kon doen aan het ontstaan van het recht op vakantie (HvJ EU 20 januari 2009, C-350/06 (Schultz-Hoff) en C-520/06 (Stringer)). Toen werd duidelijk dat de Nederlandse vakantiewetgeving in strijd was met deze regel. Artikel 7:634 BW bevatte de hoofdregel dat de vakantie opgebouwd werd aan de hand van het recht op loon. In artikel 7:634 lid 4 (oud) BW werd een uitzondering op deze regel gemaakt op grond waarvan de werknemer tijdens een ziekteperiode slechts vakantie verwierf over een periode van maximaal zes maanden, behoudens voor de periode dat hij (toch) de bedongen arbeid verrichtte, waarover hij een evenredige hoeveelheid vakantie opbouwde. Achtergrond van deze regeling was het voorkomen van verlofstuwmeren en het beperken van de aan ziekte en arbeidsongeschiktheid verbonden kosten voor het bedrijfsleven (*Kamerstukken II* 1985/86, 19575, 3, p. 7).

Het Schultz-Hoff-arrest heeft geleid tot het schrappen van artikel 7:635 lid 4 (oud) BW met ingang van 1 januari 2012. Tegelijkertijd werd ingevoerd artikel 7:640a BW. Op grond van deze bepaling geldt voor het opnemen van de wettelijke vakantiedagen een vervaltermijn van zes maanden na de laatste dag van het kalenderjaar waarin de aanspraak is verworven, tenzij de werknemer tot aan dat tijdstip redelijkerwijs niet in staat is geweest om vakantie op te nemen. Is dat laatste het geval, dan geldt de verjaringstermijn van vijf jaar in artikel 7:642 BW. Een vervaltermijn is niet in strijd met artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn, zo bleek al uit het arrest Schultz-Hoff, zij het onder de voorwaarde dat de betrokken werknemer daadwerkelijk de mogelijkheid heeft gehad om van het vakantierecht gebruik te maken. Voor werknemers die met ziekteverlof zijn, zal dat niet altijd het geval zijn. Zelfs voor die categorie werknemers mag het recht op vakantie vervallen, zo bleek uit het Schulte-arrest (HvJ EU 22 november 2011, C-214/10), mits de overdrachtsperiode de duur van de referentieperiode waarvoor zij wordt toegekend, wezenlijk overschrijdt. Een vervaltermijn van vijftien maanden na de referentieperiode van een jaar voldoet aan die voorwaarde. Doordat een verjaringstermijn van vijf jaar geldt voor vakantiedagen die de zieke werknemer redelijkerwijs niet kon opnemen, voldoet ons recht vanaf 1 januari 2012 op dit punt aan de voorwaarden die het Hof van Justitie

stelt.

De vraag rees al snel hoe werknemers die voor dat tijdstip langdurig ziek waren geweest, hun vakantierechten op grond van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn konden verzilveren. Konden zij dat vakantietegoed door hun werkgever laten uitbetalen? Omdat Europese richtlijnen niet rechtstreeks werken tussen particulieren, zou uitbetaling door de werkgever alleen mogelijk zijn bij een richtlijnconforme uitleg van artikel 7:635 lid 4 (oud) BW. De wet was echter zonneklaar, en tot een *contra legem*-toepassing van de wet is de rechter niet gehouden (zie recent HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12 (Association de mediation sociale); zie voor lagere rechtspraak over de toepassing van deze regels op de vordering van vakantietegoeden van de werkgever, Ktr. Utrecht 14 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK0017, die vond dat het wel kon, en Hof Amsterdam 10 november 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK4648, dat vond dat het niet kon). Dan blijft over het aansprakelijk stellen van de Staat op grond van de rechtspraak die voortvloeit uit het Francovich-arrest, zo concludeerde ook het Hof van Justitie in een soortgelijke Franse zaak over het recht op vakantie van zieke werknemers (HvJ EU 24 januari 2012, C-282/10 (Dominguez)).

4. Staatsaansprakelijkheid voor onjuiste implementatie van Europees recht

Gelet op het feit dat de Nederlandse Staat zonder omhaal heeft erkend dat artikel 7:635 lid 4 (oud) BW in strijd was met het gemeenschapsrecht, rijst de vraag waarom de aansprakelijkheid hiervoor dan tot aan de Hoge Raad betwist werd. Dat zal uiteraard iets te maken hebben gehad met het feit dat de Staat door een relatief grote groep werknemers aansprakelijk is gesteld (een ondernemende advocaat heeft 1300 claims verzameld). Naast de rechtsstrijd over de begroting van de schade, die ik onbesproken laat, was er echter ook een zeer principiële kwestie aan de orde, die in de conclusie van de A-G uitvoerig uiteengezet wordt. Het gaat in de kern om de vraag wat de grondslag voor de aansprakelijkheid moest zijn: artikel 6:162 BW of de Francovich-jurisprudentie. Het Hof was uitgegaan van het eerste, terwijl voor de Staat de tweede grondslag gunstiger uit zou pakken. De tweede biedt namelijk meer disculpatiemogelijkheden voor de Staat dan de eerste.

Op grond van de Francovich-jurisprudentie gelden drie voorwaarden voor aansprakelijkheid: de geschonden rechtsregel van Unierecht moet ertoe strekken rechten toe te kennen aan particulieren; er moet sprake zijn van een voldoende gekwalificeerde schending van het Unierecht en er moet een direct causaal verband zijn tussen de schending van de verplichting en de schade. Er is sprake van een voldoende gekwalificeerde schending als de lidstaat de grenzen waarbinnen hij binnen de uitoefening van zijn normatieve bevoegdheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft miskend, waarvoor van belang is de duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel. Een schending is in ieder geval voldoende

gekwalficeerd als zij is blijven bestaan in weerwil van een arrest waaruit de schending duidelijk blijkt.

Deze grondslag voor aansprakelijkheid bood de Staat in het onderhavige geval derhalve de gelegenheid om aan aansprakelijkheid te ontkomen door te betogen dat pas met het Schultz-Hoff-arrest duidelijk was geworden dat de Nederlandse vakantiewetgeving niet voldeed, en dat zij nadien niet heeft gedraald met het aanpassen van de wet.

Het aansprakelijkheidsregime van artikel 6:162 BW biedt normaliter ook een dergelijke disculpatiemogelijkheid. Sinds het arrest *De Staat/Van Gelder* is echter een strenger regime gevestigd voor aansprakelijkheid van de overheid voor onverbindende regelgeving. Ingeval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen, is daarmee in beginsel de schuld van het overheidslichaam gegeven. Het onrechtmatige handelen wordt in beginsel automatisch aan het overheidsorgaan toegeschreven. Toepassing van deze leer op de onderhavige casus betekent dus dat de Staat geen beroep kan doen op het ontbreken van een verwijt inzake de onjuiste implementatie van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn, behoudens door haar aan te dragen bijzondere omstandigheden.

Uit de uitvoerige conclusie van A-G Keus blijkt dat de Hoge Raad een knoop door te hakken had over de vraag of het arrest *De Staat/Van Gelder* op deze situatie van toepassing was. Er waren sterke argumenten aan te voeren zowel voor als tegen dit standpunt.

Een belangrijk principieel argument om voor de aansprakelijkheid voor formele wetgeving te leunen op de *Francovich*-norm en niet op de *De Staat/Van Gelder*-norm, is de wenselijkheid van een restrictieve aansprakelijkheid voor handelingen van de wetgevende macht. Het Hof van Justitie heeft hieromtrent overwogen dat de wetgevende macht 'niet telkens in haar voorbereidingen mag worden belemmerd door de mogelijkheid van schadevergoedingsacties, wanneer zij aanleiding heeft in het algemeen belang normatieve maatregelen te nemen, die de belangen van particulieren kunnen aantasten' (HvJ EG 25 mei 1978, ECLI:EU:C:1978:113 (HNL)). Daarnaast geldt een aantal technisch-juridische argumenten die de A-G noemt tegen het aannemen van de bijna-risicoaansprakelijkheid op grond van *De Staat/Van Gelder*. De *De Staat/Van Gelder*-rechtspraak gold tot dan toe alleen lagere besluiten. De situatie voldoet bovendien niet aan de eisen in *De Staat/Van Gelder*, te weten dat er sprake moet zijn geweest van uitvaardiging van een met een hogere regeling strijdig voorschrift. Op het moment van uitvaardiging van de bewuste regel in 1985 was die strijd er namelijk niet. Ook is het voorschrift niet onverbindend geworden door de onverenigbaarheid, zoals in *De Staat/Van Gelder* wordt geëist. De regel bleef immers tot 1 januari 2012 geldend recht voor de

vakantieaanspraken die werknemers op werkgevers hadden. Voorts ligt het niet voor de hand om aansprakelijkheid voor formele wetgeving te baseren op artikel 6:162 BW, nu deze bepaling niet van een hogere orde is dan de formele wet. De doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde dwingt bovendien niet tot de toepassing van artikel 6:162 BW. Artikel 94 Gw schrijft alleen voor dat strijdige wetgeving buiten toepassing moet blijven, maar regelt niet de verdere gevolgen van die onverenigbaarheid.

Een belangrijk argument dat A-G Keus noemt voor het aannemen van de aansprakelijkheid op grond van het De Staat/Van Gelder-arrest is dat het vanuit het gezichtspunt van de gelijkheid voor de publieke lasten beter te verdedigen is de schade ten laste van de collectiviteit te brengen dan haar te laten bij degene die toevallig het slachtoffer van het onrechtmatig handelen was. Voorts mag van de overheid een bijzondere juridische deskundigheid worden verwacht, zodat onzekerheid omtrent de uitleg van een regeling voor rekening van de overheid dient te komen. Het toepassen van dit arrest op de onderhavige casus past ten slotte bij het Europese gelijkwaardigheidsbeginsel, inhoudende dat een vordering ter bescherming van de rechten die de burger aan het Unierecht kan ontleen, door het nationale recht niet ongunstiger mag worden behandeld dan soortgelijke vorderingen die louter op nationaal recht zijn gebaseerd. Als soortgelijke vordering kan worden aangemerkt de schade als gevolg van strijd tussen onverbindende lagere regelgeving en hoger recht, alhoewel ook te betogen valt dat deze vorderingen nu juist op relevante onderdelen niet vergelijkbaar zijn. Doorslaggevend acht de A-G uiteindelijk dat het in casu niet gaat om onverbindende wetgeving, zodat hij meende dat het hof een onjuiste maatstaf had aangelegd.

Zoals al bleek heeft de Hoge Raad de knoop anders dan de A-G doorgehakt door te bepalen dat de De Staat/Van Gelder-leer wel onverminderd van toepassing is op deze situatie, onder verwijzing naar het feit dat de verplichting van de vergoeding van schade een effectieve en adequate manier is om te bevorderen dat de Nederlandse rechtstoepassing in overeenstemming is met internationale bepalingen, waaronder het Unierecht. De Hoge Raad legt de ratio van deze regel mitsdien in de wenselijkheid van het getrouw uitvoeren van het Unierecht, en niet zozeer in de gelijke verdeling van lasten over ingezetenen. Dat maakt dat de uitzondering op de bijna-risicoaansprakelijkheid ook gelegen kan zijn in de vraag of, en vanaf wanneer, duidelijk was wat de Nederlandse wetgever te doen stond om het Unierecht getrouw uit te voeren. In dat licht kan belang gehecht worden aan het feit dat de Hoge Raad opmerkt dat de Staat al sinds het BECTU-arrest (HvJ EU 26 juni 2001, C-173/99) rekening diende te houden met de uitleg die het Hof in Schultz-Hoff aan artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn heeft gegeven. De Hoge Raad knoopt dus voor de aansprakelijkheid aan bij het tijdstip waarop duidelijk kon zijn wat van de Nederlandse wetgever verwacht kon worden, en niet bij het tijdstip waarop de implementatietermijn van de Arbeidstijdenrichtlijn was verstreken. Dat

maakt het verschil tussen de Francovich-norm en de De Staat/Van Gelder-norm wat kleiner, zij het dat in laatstgenoemde norm de Staat zich op deze uitzondering moet beroepen terwijl in de Francovich-norm de klager moet bewijzen dat de Staat de grenzen van zijn bevoegdheid kennelijk en ernstig heeft miskend.

5. Het getrouw uitvoeren van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn

De regel dat iedereen recht heeft op vier weken vakantie is, zo veronderstelt ook de Hoge Raad, helder sinds het BECTU-arrest, omdat volgens dit arrest geen enkele voorwaarde mag worden gesteld aan het recht op vakantie. Dat oordeel lijkt mij aanvechtbaar. Strikte toepassing van de genoemde regel zou namelijk betekenen dat iedere werknemer op de eerste dag van indiensttreding vier weken doorbetaalde vakantie cadeau krijgt, ongeacht de lengte van zijn dienstverband en de duur van het dienstverband per week. Maar in het BECTU-arrest, waar het ging om de ontzegging van vakantieopbouw aan werknemers met een dienstverband van korter dan dertien weken, suggereerde niemand dat die werknemers vanaf dag één van hun korte dienstverband een vakantietegoed van vier doorbetaalde weken moest worden toegekend. Artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn bevat klaarblijkelijk de impliciete veronderstelling dat de vier weken vakantie per jaar worden toegekend aan de werknemer met een standaard voltijdsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De vakantierechten van werknemers met andere contractvormen worden toegekend naar rato. Het pro rata temporis-beginsel bij de opbouw van vakantie is inmiddels door het Hof van Justitie met zoveel woorden erkend (HvJ EU 22 april 2010, C-486/08, r.o. 33 (Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols); zie ook HvJ EU 13 juni 2013, C-415/12 (Bianca Brandes/Land Niedersachsen)).

Impliciet wordt dus de opbouw van vakantie toch afhankelijk gesteld van een voorwaarde, die in verband staat met de omvang van het dienstverband. Maar kon na het BECTU-arrest al duidelijk zijn welk criterium dit zou zijn? Men kan hiervoor als criterium nemen dat men vakantie krijgt voor zover er overeengekomen uren zijn verstreken. Gelet op de recuperatiefunctie van vakantie is het aantal overeengekomen uren echter niet per se het meest geschikte criterium. In plaats daarvan kunnen de daadwerkelijk gewerkte uren als criterium dienen. Omdat de werknemer soms niet werkt door een oorzaak die niet in zijn risicosfeer ligt (bijv. tekort aan werk) kan men in plaats daarvan het recht op loon als uitgangspunt nemen voor de opbouw. Dat zijn allemaal verdedigbare keuzes als het gaat om de opbouw van vakantierechten.

Na het BECTU-arrest stond slechts vast dat het recht op vakantie opgebouwd moest worden door elke werknemer in de zin dat een minimale gewerkte periode geen voorwaarde mag zijn, maar naar mijn mening was het helemaal nog niet duidelijk aan de hand van welk criterium

het recht op vakantie vervolgens moest of mocht worden opgebouwd. In het Nederlandse recht was gekozen voor het criterium 'verloonde uren', behoudens voor de zieke werknemer. Voor de zieke werknemer die nog deels de bedongen arbeid kon verrichten, gold het criterium 'gewerkte uren in bedongen arbeid', voor andere zieke werknemers maximaal over zes maanden opbouw onafhankelijk van loon of gewerkte uren. Of de zesmaandenregel ten opzichte van de richtlijn onverplichte 'extra' vakantie of juist te weinig vakantie was, kon mijns inziens na het BECTU-arrest nog niet gezegd worden.

Pas na Schultz-Hoff en Stringer bleek dat de voorwaarde dat de werknemer daadwerkelijk heeft gewerkt, in ieder geval voor zieke werknemers niet opgaat, en dat zij bij een voltijds dienstverband recht hebben op vier weken vakantie. Terecht trok de Nederlandse wetgever daaruit de conclusie dat artikel 7:635 lid 4 (oud) BW in strijd is met artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn. Deze conclusie leidde vervolgens binnen korte tijd tot het aanpassen van de wet.

Om nog even terug te keren naar de onderhavige zaak, volgt uit het voorgaande mijns inziens dat de Staat pas na het Schultz-Hoff-arrest kon weten dat de wetgeving moest worden aangepast. Dat betekent dat zowel volgens de Francovich-rechtspraak als volgens de door de Hoge Raad thans toegepaste De Staat/Van Gelder-leer, de Staat niet aansprakelijk zou moeten zijn voor de niet-opgebouwde vakantie van zieke werknemers voordat een redelijke termijn was verstreken, waarin de wetgeving aan dat arrest kon worden aangepast. Ongetwijfeld zijn in cassatie soortgelijke gronden aangedragen om de Hoge Raad daarvan te overtuigen (welke gronden precies, blijkt niet uit de gepubliceerde stukken), maar de Hoge Raad heeft zich daarvoor niet gevoelig getoond.

De vraag rijst evenwel of dat standpunt vol kan worden gehouden in eventuele volgende procedures over de onjuiste implementatie van de Arbeidstijdenrichtlijn.

6. Is de huidige wet richtlijnconform?

Vanaf het Schultz-Hoff-arrest was duidelijk dat het criterium voor opbouw van vakantie bij zieke werknemers niet gelegen mag zijn in gewerkte uren. Voor deze categorie is kennelijk voldoende dat er sprake is geweest van (het verstrijken van) overeengekomen uren. Maar moet dit criterium nu ook in alle gevallen gehanteerd worden? De wetgever denkt kennelijk van niet. De wetgever heeft bij de wetswijziging in 2012 het uitgangspunt dat het recht op vakantie wordt opgebouwd al naar gelang men recht op loon heeft, namelijk niet verlaten, zo blijkt uit artikel 7:634 BW.

Is de regeling daardoor (nog steeds) in strijd met artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn? Dat valt te bezien. Voor zieke werknemers is de zaak in ieder geval goed geregeld, ook al hebben zij na

verloop van tijd geen recht meer op loon. Artikel 7:653 lid 1 onderdeel d BW bepaalt dat de werknemer die tegen zijn wil niet in staat is de overeengekomen arbeid te verrichten, toch recht heeft op vakantie. Zieke werknemers zijn per definitie tegen hun wil niet in staat de *overeengekomen* arbeid te verrichten, zodat zij altijd vakantie blijven opbouwen over de overeengekomen arbeidsduur, overigens ook als zij het recht op loon verliezen door bijvoorbeeld niet mee te werken met hun re-integratie (zie hierover ook W.H.A.C.M. Bouwens, 'Vakantie en ziekte', AAe 2012/385).

De uitzondering van lid 1 onderdeel d biedt echter geen oplossing voor werknemers die het recht op loon verliezen omdat zij niet willen werken, terwijl zij nog wel in staat zijn de overeengekomen arbeid te verrichten. Wat te denken van de stakende werknemer, de verzuimende werknemer, de werknemer met sabbatical, of de werknemer met kortdurend zorgverlof of ouderschapsverlof? Dit zijn allemaal voorbeelden van situaties waarin de Nederlandse werknemer volgens artikel 7:635 BW geen vakantierechten opbouwt over overeengekomen uren, voor zover hij over die uren geen recht heeft op loon (op grond van de wet of een cao). Het is de vraag of het Hof van Justitie zou menen dat in deze situaties het gemeenschapsrecht wordt geschonden. Daarvoor is het zinvol nog eens te kijken naar hetgeen het Hof van Justitie zegt over het pro rata temporis-beginsel. In r.o. 33 in het Tiroler-arrest stelt het Hof:

'Overigens moet worden vastgesteld dat het stellig passend is het in clause 4, punt 2, van de kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid neergelegde "pro rata temporis"-beginsel toe te passen bij de toekenning van de jaarlijkse vakantie voor *een periode waarin deeltijds wordt gewerkt* [cursivering WR]. Voor een dergelijke periode is de vermindering van het recht op jaarlijkse vakantie ten opzichte van het recht op jaarlijkse vakantie dat wordt toegekend voor een periode waarin voltijds wordt gewerkt immers om objectieve redenen gerechtvaardigd' (HvJ EU 22 april 2010, C-486/08 (Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols)).

Als we deze overweging in samenhang met artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn interpreteren, hanteert het Hof hierbij een systeem waarbij werknemers automatisch recht hebben op vier weken doorbetaalde vakantie per jaar, behoudens een objectieve rechtvaardiging. Die objectieve rechtvaardiging is kennelijk in beginsel aanwezig, als gedurende een periode deeltijds wordt gewerkt. We weten echter op grond van het Schultz-Hoff-arrest ook dat zieke werknemers die helemaal niet hebben gewerkt, wel recht hebben op vakantie, zodat er dus ook gevallen zijn waarin de werknemer toch vakantie opbouwt ondanks het feit dat niet is gewerkt. Er valt kortom te twisten over de vraag in welke gevallen de werknemer die op overeengekomen uren niet heeft gewerkt, toch recht op vakantie op kan bouwen. Dit hangt kennelijk af van de reden waarom hij niet heeft gewerkt.

Mogelijk sluit het Hof van Justitie bij de vraag onder welke voorwaarden vakantie wordt opgebouwd, aan op IAO-verdrag 132 inzake het recht op betaalde vakantie uit 1970. In het Schultz-Hoff-arrest verwees het Hof naar dit verdrag (r.o. 38). Artikel 4 bepaalt dat vakantie naar rato van de lengte van het dienstverband wordt opgebouwd. In artikel 5 lid 4 wordt bepaald dat vakantie ook wordt opgebouwd bij ziekteverlof en zwangerschap en ander arbeidsverzuim *los van de wil van de werknemer*. Wellicht zal het Hof van Justitie dit overnemen voor de bepaling van het recht op opbouw van vakantie door verlofgangers en verzuimende werknemers. Dat betekent dat deze ook naar Europees recht geen vakantie opbouwen tijdens hun afwezigheid, tenzij het niet-werken onvrijwillig is. Zeker is dat echter niet. Het Hof van Justitie heeft tot nu toe namelijk niet alle aspecten van dit verdrag overgenomen. Zo voorzien artikel 5 lid 1 tot en met 3 in de mogelijkheid een minimumperiode vast te stellen waarna pas recht op vakantie ontstaat, een mogelijkheid die in het BECTU-arrest nu juist door het Hof van de hand gewezen werd.

7. Tot besluit

Het gemeenschapsrecht is nog niet uitgekristalliseerd als het gaat om de vraag in hoeverre vakantie moet worden opgebouwd over niet-gewerkte uren. Dit hangt af van de reden waarom niet is gewerkt. We weten met zekerheid dat tijdens ziekte wel vakantie moet worden opgebouwd. Ook kunnen we met vrij veel zekerheid vaststellen dat in geval van een deeltijdcontract over de niet overeengekomen, en aldus niet gewerkte uren geen vakantie wordt opgebouwd. Van andere situaties zoals de verlofganger of de stakende werknemer is echter nog niet bepaald of het niet opbouwen van vakantie objectief gerechtvaardigd is. Juist omdat de rechtspraak over de opbouw van vakantierechten van het Hof van Justitie nog niet uitgekristalliseerd is, wordt de Staat door de Hoge Raad wat mij betreft ten onrechte verweten dat het recht op opbouw van vakantie van zieke werknemers niet al na het BECTU-arrest is aangepast in de Nederlandse vakantiewetgeving. Toepassing van de leer van de Hoge Raad zou betekenen dat ook werknemers die om een andere reden dan ziekte verzuimen, met succes een schadevergoeding wegens niet-uitbetaalde vakantiedagen van de Staat kunnen vorderen. Stel dat een dergelijke casus zich voordoet, dan zou ik de rechter in overweging willen geven om een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen, om duidelijkheid te krijgen over de vraag wanneer het niet opbouwen van vakantie over overeengekomen uren gerechtvaardigd is.