

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 29, 2016

Nummer 29, 2016

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

INHOUDSOPGAVE

Hof van Justitie van de Europese Unie

Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2016:564 14-07-2016

Ornano/Ministero della Giustizia, Direzione Generale dei Magistrati del Ministero (Italië)

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:1508 08-07-2016

werknemer/Stichting

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:2814 12-07-2016

werknemer/DSM NV

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:2831 12-07-2016

Balkania/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:5294 28-06-2016

vrijwilliger/Parochie H.H. Vier Evangelisten en Nationale Nederlanden
Schadeverzekering Maatschappij N.V.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:1580 14-06-2016

werknemer/Nestaan Holland B.V.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:1538 07-06-2016

KH Beheer BV/werknemer

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:1210 10-05-2016

Miss Etam Services B.V./werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:2492 29-03-2016

Abvakabo FNV/Ziggo B.V.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:1821 08-03-2016

Aiptek International GmbH/agent

Rechtbank

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:3954 15-07-2016

werkneemster/werkgever

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:3277 13-07-2016

Caparis N.V./werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:3281 13-07-2016

werknemer/Arriva Personenvervoer Nederland B.V.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:5297 13-07-2016

X/Erasmus Universiteit Rotterdam

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:3838 13-07-2016

werknemer/ASR Schadeverzekering NV

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:4369 13-07-2016

werknemers/SKY Netherlands B.V.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2016:4337 13-07-2016

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:5045 13-07-2016

werkneemster/Huisarts voor Huisarts Kop van Noord-Holland BV

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:6097 12-07-2016

werkneemster/Reinaert Kliniek BV

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:4521 11-07-2016

X/PostNL Pakketten Benelux B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:4329 11-07-2016

werknemer/werkgever

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:5638 08-07-2016

Vereniging Nederlandse Verkeersvliegers/easyJet Airline Company Limited

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:3645 08-07-2016

werknemer/Ferro Informatie Systemen B.V.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:3644 08-07-2016

werkneemster/Ferro Informatie Systemen B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:4305 06-07-2016

Forrester Research B.V./werkneemster

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:5906 06-07-2016

Boek & Offermans Woningmakelaars Heerlen BV/werknemer

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:5914 05-07-2016

Stichting Kindante/werkneemster

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:4314 05-07-2016
werkgeefster/werkneemster

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:4374 01-07-2016
werknemer

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:2535 30-06-2016
werkgeefster/werknemer

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:5555 30-06-2016
De Speer Uitzendbureau B.V./werkneemster

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:4326 30-06-2016
Stichting Pantar Amsterdam/werknemer

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:3915 29-06-2016
werknemer/werkgever

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:3813 29-06-2016
FNV/werkgever

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:4302 20-06-2016
werknemer/werkgeefster

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:3866 15-06-2016
werknemer/VDB Services B.V.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:4376 10-06-2016
werkneemster

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:3811 08-06-2016
werknemer/werkgeefster

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:5290 10-05-2016
Nomot B.V./werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:1914 20-04-2016
CRH Structural Concrete B.V./werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:1913 20-04-2016
werknemer/CRH Structural Concrete B.V.

Centrale Raad van Beroep

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:2625 13-07-2016

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:2513 06-07-2016

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:2485 29-06-2016

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2013:324 05-04-2013

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Den Haag 22-06-2016

werkgever/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Midden-Nederland 06-07-2016

werkneemster/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Midden-Nederland 08-07-2016

werknemer/Initial B.V.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Noord-Holland 15-06-2016

werkgever/ondernemingsraad

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Het failliet van rol van de ondernemingsraad bij faillissement?

mr. dr. L.C.J. Sprengers

RECHTSPRAAK

UWV heeft terecht vastgesteld dat de herleefde WW-uitkering van appellant niet geldend gemaakt kan worden omdat de ontslagname van appellant heeft geleid tot verwijtbare werkloosheid.

Appellant ontvangt sinds 1 januari 2013 een WW-uitkering. In de periode vanaf 10 september 2013 tot 2 december 2013 ontvangt appellant wegens ziekte een ZW-uitkering. Met ingang van 2 december 2013 herleeft de WW-uitkering van appellant. Op 10 februari 2014 treedt appellant in dienst als medewerker technische dienst bij werkgeefster X. Op 26 maart 2014 neemt appellant ontslag bij werkgeefster X, omdat hij de werksituatie onwerkbaar acht, het werk niet leuk vindt en moet werken met gedateerd materiaal. Vervolgens vraagt appellant herleving van zijn WW-uitkering aan bij UWV. UWV stelt dat aan de voorwaarden voor herleving van de WW-uitkering van appellant is voldaan, maar dat de WW-uitkering niet aan appellant hoeft te worden uitbetaald omdat appellant wegens zijn ontslagname verwijtbaar werkloos is geworden. Hiertegen maakt appellant bezwaar. UWV verklaart het bezwaar van appellant ongegrond, omdat voor appellant geen acute noodzaak bestond ontslag te nemen en de door appellant genoemde redenen voor de ontslagname er niet toe leiden dat voortzetting van het dienstverband niet van appellant kon worden gevegd. Appellant gaat vervolgens in beroep, hetgeen door de rechtbank gegrond wordt verklaard omdat het bestreden besluit onzorgvuldig is voorbereid. De rechtbank heeft de rechtsgevolgen van het bestreden besluit echter wel in stand gelaten. Het hoger beroep van appellant is dan ook gericht tegen de instandlating van de rechtsgevolgen van het bestreden besluit. Appellant voert in hoger beroep aan dat hij te snel na zijn uitval in 2013 weer is gaan werken, dat een voltijdse baan te zwaar voor hem was en dat de sfeer op het werk vijandig en dreigend was. Naar aanleiding van een woordenwisseling heeft appellant naar eigen zeggen wegens een oncontroleerbare impuls ontslag genomen. Nu werkgeefster X appellant niet heeft gewezen op de consequenties van de ontslagname en appellant geen juridisch advies heeft gekregen hieromtrent, is de ontslagname volgens hem niet verwijtbaar.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. UWV heeft terecht onderzocht of de herleefde uitkering geldend gemaakt kon worden en in dat kader gezien of de ontslagname van appellant tot verwijtbare werkloosheid heeft geleid. Hoewel de sfeer op het werk, zoals door

appellant geschetst en zoals deze door hem werd ervaren, verre van aangenaam was en begrijpelijk is dat appellant niet langer bij werkgeefster X wilde blijven, was er gelet op de beperkte feitelijke onderbouwing van de gestelde onaangename werksfeer op 26 maart 2014 geen acute noodzaak om ontslag te nemen. Dat van hem niet kon worden geveerd nog langer in dienst te blijven en – bijvoorbeeld – vanuit die positie naar ander werk te zoeken is niet gebleken. Hieruit volgt dat de dienstbetrekking is beëindigd op verzoek van appellant zonder dat aan de voortzetting daarvan zodanige bezwaren waren verbonden, dat deze voortzetting redelijkerwijs niet van appellant kon worden geveerd.

Uit de informatie die volgt uit een door appellant overgelegd neuropsychofysiologisch onderzoek kan niet worden afgeleid dat appellant zijn impulsen niet onder controle heeft. Appellant heeft gesteld dat dit onderzoek in een rustige en veilige omgeving heeft plaatsgevonden en daarom geen representatief beeld geeft van zijn handelen in een werksituatie als bij werkgeefster X. Ook indien die stelling juist is, dan heeft appellant daarmee niet aannemelijk gemaakt dat hij niet-verwijtbaar zijn impulsen niet onder controle zou hebben. Appellant is er dan ook niet in geslaagd aannemelijk te maken dat zijn op 26 maart 2014 ontstane werkloosheid niet aan hem is te verwijten. Appellant heeft nog gesteld dat hij veel te snel en in een te grote omvang weer aan het werk is gegaan, dat werkgeefster X hem had moeten wijzen op de consequenties van zijn ontslagname en dat hij juridisch niet juist is geadviseerd over de ontstane situatie. Dit betoog kan appellant niet baten, omdat niet is gebleken dat hij nog ziek was toen de ZW-uitkering eindigde en omdat hij zelf verantwoordelijk is voor zijn indiensttreding met ingang van 10 februari 2014, zijn ontslagname op 26 maart 2014 en de adviezen van door hem ingeschakelde personen. Het hoger beroep slaagt niet en de aangevallen uitspraak wordt bevestigd.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 13-07-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:2625

Zaaknummer: 15-576 WW

Rechters: G.A.J. van den Hurk, H.G. Rottier en B.M. van Dun

Advocaten: D. Simons

Wetsartikelen: 21 lid 1 WW en 24 lid 2 aanhef en onder b WW

RECHTSPRAAK

Tussenuitspraak. De Raad heeft in de rapporten van de (bezwaar)arbeidsdeskundigen onvoldoende onderbouwing aangetroffen voor de conclusie dat appellant bij aanvang van zijn verzekering ingevolge de Wet WIA al volledig arbeidsongeschikt was.

Appellant is in 1974 op 20-jarige leeftijd vanuit Marokko naar Nederland gekomen. Vanaf december 1988 dreef appellant een bedrijf. Op 11 februari 1989 vond een schietincident plaats, waarbij het hoofd van appellant door een verdwaalde kogel werd geraakt. Als gevolg hiervan kan appellant nauwelijks lopen, kan hij zijn rechterarm niet gebruiken en heeft hij veel last van hoofdpijn. Een uitkering ingevolge de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW) is hem geweigerd. Weliswaar werd appellant 80 tot 100% arbeidsongeschikt geacht, maar hij voldeed niet aan de in de AAW geldende inkomenseis in het jaar voorafgaande aan de aanvang van zijn arbeidsongeschiktheid. Op 29 mei 2006 is appellant door de Dienst Werk en Inkomen (DWI) van de gemeente Amsterdam verwezen naar Pantar in het kader van een voortraject detachering. Per 1 december 2006 is appellant in dienst getreden bij de DWI. Op 15 november 2007 is appellant uitgevallen voor zijn werk als gevolg van fysieke klachten. Gedurende de wachttijd is het dienstverband van appellant op 1 december 2008 van rechtswege geëindigd. Bij besluit van 18 januari 2010 stelt UWV vast dat appellant met ingang van 12 november 2009 geen recht heeft op een uitkering op grond van de Wet WIA, op de grond dat na onderzoek van de verzekeringsarts en de arbeidsdeskundige was gebleken dat hij bij aanvang van zijn dienstverband op 1 december 2006 al volledig arbeidsongeschikt was. In hoger beroep bestrijdt appellant het oordeel van de rechtbank dat de medische en arbeidskundige gegevens voldoende steun bieden voor een bij hem vanaf de aanvang van zijn verzekering op 1 december 2006 reeds bestaande volledige arbeidsongeschiktheid.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Zoals de Raad in zijn uitspraak van 28 januari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH2844, al heeft geoordeeld heeft de door de Raad gevormde rechtspraak met betrekking tot artikel 30 lid 1 WAO, welke bepaling vergelijkbaar is met de tekst van artikel 46 lid 2 Wet WIA, zijn gelding behouden. Volgens vaste rechtspraak is voor de toepassing van artikel 30 lid 1, aanhef en onder a, van de WAO, vereist dat de omstandigheden van het geval voldoende en ondubbelzinnige indicaties geven voor het bestaan van een reële

en volledige arbeidsongeschiktheid bij aanvang van de verzekering. Hierbij geldt dat het enkele feit dat voor of bij aanvang van de verzekering klachten of beperkingen bestaan, niet toereikend is voor het aannemen van arbeidsongeschiktheid. Verder wordt volgens vaste rechtspraak het begrip algehele arbeidsongeschiktheid niet uitsluitend bepaald door het medisch oordeel. Indien een verzekerde ondanks ziekte of gebreken arbeid heeft verricht, moeten mede in aanmerking worden genomen factoren als de aard van de arbeid, de wijze waarop die arbeid werd verricht en het tijdvak gedurende hetwelk die arbeid werd verricht. Zie onder andere de uitspraken van de Raad van 17 mei 2006 en 11 mei 2007, resp. ECLI:NL:CRVB:2006:AX4595 en ECLI:NL:CRVB:2007:BA4844.

De vraag of de omstandigheden van het voorliggende geval voldoende en ondubbelzinnige indicaties geven voor het bestaan van een reële en volledige arbeidsongeschiktheid bij aanvang van de verzekering kan de Raad bij gebreke van voldoende zorgvuldig onderzoek door UWV thans nog niet beantwoorden. De Raad heeft in de rapporten van de (bezwaar)arbeidsdeskundigen onvoldoende onderbouwing aangetroffen voor een zo ver strekkende conclusie als die waarop het standpunt van UWV is gebaseerd, te weten dat appellant bij aanvang van zijn verzekering ingevolge de Wet WIA al volledig arbeidsongeschikt was, waaronder begrepen voor WSW-arbeid. Uit die rapporten valt niet op te maken dat een volledig inzicht heeft bestaan in de werkzaamheden die appellant in WSW-verband heeft verricht.

Mede gelet op de rechtspraak met betrekking tot het belang van informatie over de wijze waarop een dienstverband is vervuld, zal preciezer dan tot op heden is geschied moeten worden nagegaan of appellant zodanig heeft ondergepresteerd dat van een reële arbeidsprestatie zoals deze verwacht mag worden van een verzekerde met een indicatie voor WSW-arbeid als die van appellant, geen sprake is geweest. De omvang van het ziekteverzuim behoeft geen doorslaggevende rol te spelen bij de vraag of van zodanig onderpresteren sprake is, maar moet binnen de context van alle voor de beantwoording van die vraag relevante factoren worden gewogen. Daarnaast zal UWV alsnog met behulp van het CBBS moeten nagaan of voor appellant functies zijn te selecteren die hij met zijn beperkingen als neergelegd in de door verzekeringsarts Dienske opgestelde FML kan vervullen. De enkele omstandigheid dat appellant naar het oordeel van de arbeidsdeskundige Uittenbogaard niet geschikt is te achten voor WSW-arbeid rechtvaardigt, anders dan deze arbeidsdeskundige heeft aangenomen, niet dat een dergelijk onderzoek achterwege kan blijven.

De Raad oordeelt dat UWV zijn in artikel 3:2 Awb neergelegde onderzoeksplicht onvoldoende is nagekomen, als gevolg waarvan sprake is van een gebrek in de motivering van het bestreden besluit. UWV wordt opgedragen het gebrek in het bestreden besluit te herstellen.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 05-04-2013

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2013:324

Zaaknummer: 11-6454 WIA-T

Rechters: T. Hoogenboom, E.J. Govaers en D.J. van der Vos

Advocaten: T.A. Vetter

Wetsartikelen: 3:2 Awb, 7:12 lid 1 Awb, 46 lid 2 WIA en 43 onder c WIA

RECHTSPRAAK

Ornano/Ministero della Giustizia, Direzione Generale dei Magistrati del Ministero (Italië)

Het beginsel van gelijke beloning tussen mannen en vrouwen, houdt niet de verplichting in om vrouwelijke werknemers tijdens hun zwangerschapsverlof het volledige loon door te betalen.

Op 23 februari 2007 heeft Ornano, rechter bij het Tribunale di Cagliari (gerecht Cagliari, Italië), het ministerie van Justitie verzocht om uitbetaling van met name de bijzondere vergoeding voor rechters voor twee tijdvlakken van verplicht zwangerschapsverlof die zij in de jaren 1997/1998 en 2000/2001 had genoten. Bij een besluit van 30 maart 2007 heeft de minister van Justitie dit verzoek van Ornano afgewezen, omdat deze twee tijdvlakken van zwangerschapsverlof vóór de datum van inwerkingtreding van de gewijzigde versie van artikel 3, eerste alinea, van wet nr. 27/81, te weten 1 januari 2005, lagen, en deze wijziging geen terugwerkende kracht had. Na diverse nationale procedures – waaronder een toetsing aan de grondwettigheid van de bepaling – stelt de verwijzende rechter thans vragen aan het Hof in hoeverre het niet voorzien van terugwerkende kracht aan de compensatieregeling tijdens zwangerschapsverlof van toelagen die rechters tijdens werkzaamheden ontvangen in strijd is met Unierecht.

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt. Het in artikel 11 van Richtlijn 92/85 gebruikte begrip ‘bezoldiging’ omvat, evenals de in artikel 119 van het EG-Verdrag (later art. 141 EG) gegeven definitie, de voordelen die de werkgever direct of indirect gedurende het zwangerschapsverlof aan de werkneemster uit hoofde van haar dienstbetrekking betaalt. Het eveneens in genoemd artikel 11 voorkomende begrip ‘uitkering’ omvat daarentegen al het inkomen dat de werkneemster tijdens haar zwangerschapsverlof ontvangt en dat haar niet door haar werkgever uit hoofde van de arbeidsovereenkomst wordt betaald (zie in die zin arresten van 27 oktober 1998, Boyle e.a., C-411/96, ECLI:EU:C:1998:506, punt 31, en 1 juli 2010, Parviainen, C-471/08, ECLI:EU:C:2010:391, punt 35). Volgens vaste rechtspraak van het Hof kunnen werkneemsters zich echter niet met succes op artikel 11, punten 2 en 3, van Richtlijn 92/85 beroepen om gedurende hun zwangerschapsverlof het behoud van hun volledige bezoldiging te vorderen, alsof zij, net zoals de andere werknemers, daadwerkelijk hun arbeid zouden

verrichten (zie in die zin arresten van 13 februari 1996, Gillespie e.a., C-342/93, ECLI:EU:C:1996:46, punt 20; 30 maart 2004, Alabaster, C-147/02, ECLI:EU:C:2004:192, punt 46, en 1 juli 2010, Gassmayr, C-194/08, ECLI:EU:C:2010:386, punt 82). Het begrip 'bezoldiging' in artikel 11, punten 2 en 3, van Richtlijn 92/85 dient aldus te worden onderscheiden van het begrip 'volledige bezoldiging' die wordt verkregen wanneer de werkneemster daadwerkelijk haar arbeid verricht en die, in het onderhavige geval, de bijzondere vergoeding voor rechters omvat, die betrekking heeft op de kosten die de gewone rechters dragen in de uitoefening van hun beroep. Zoals blijkt uit Richtlijn 92/85 en uit de rechtspraak van het Hof, heeft de Uniewetgever willen garanderen dat de werkneemster tijdens haar zwangerschapsverlof een inkomen geniet dat ten minste gelijk is aan de uitkering die zij ingevolge de nationale socialezekerheidswetgeving zou ontvangen wanneer zij haar werkzaamheden om gezondheidsredenen onderbreekt (zie in die zin arresten van 27 oktober 1998, Boyle e.a., C-411/96, ECLI:EU:C:1998:506, punt 32; 1 juli 2010, Gassmayr, C-194/08, ECLI:EU:C:2010:386, punt 83, en 13 februari 2014, TSN en YTN, C-512/11 en C-513/11, ECLI:EU:C:2014:73, punt 36). Het in artikel 119 van het EG-Verdrag (later art. 141 EG) geformuleerde en in Richtlijn 75/117 gepreciseerde beginsel van gelijke beloning tussen mannen en vrouwen, houdt niet de verplichting in om vrouwelijke werknemers tijdens hun zwangerschapsverlof het volledige loon door te betalen en voorziet evenmin in specifieke criteria voor het bepalen van het bedrag van de uitkeringen die hun tijdens die periode worden betaald, met dien verstande dat het bedrag van die uitkeringen niet zo gering mag zijn dat het doel van het zwangerschapsverlof daardoor op de helling komt te staan. Voor zover die uitkeringen worden berekend op basis van een loon dat de vrouwelijke werknemer vóór het begin van haar zwangerschapsverlof ontving, dienen zij evenwel de loonsverhogingen te omvatten die zijn ingetreden tussen het begin van de door het referentieloon gedekte periode en het einde van het zwangerschapsverlof, en dit vanaf het ogenblik waarop die loonsverhogingen in werking zijn getreden (arrest van 13 februari 1996, Gillespie e.a., C-342/93, ECLI:EU:C:1996:46, punt 25). Uit deze rechtspraak volgt dat het enkele feit dat een gewone rechter tijdens een verplicht zwangerschapsverlof, in tegenstelling tot haar mannelijke collega's die hun arbeid daadwerkelijk verrichten, geen recht heeft op een bijzondere vergoeding voor rechters, geen discriminatie op grond van geslacht vormt in de zin van artikel 119 van het EG-Verdrag (later art. 141 EG) en artikel 1 van Richtlijn 75/117. Gelet op het bovenstaande dient op de vraag te worden geantwoord dat artikel 119 van het EG-Verdrag (later art. 141 EG), artikel 1 van Richtlijn 75/117, artikel 11, punt 2, onder b, van Richtlijn 92/85, alsmede artikel 11, punt 3, van deze laatste Richtlijn, aldus moeten worden uitgelegd dat ingeval de betrokken lidstaat niet heeft bepaald dat alle bestanddelen van de bezoldiging waarop een gewone rechter vóór haar zwangerschapsverlof recht had, moeten worden doorbetaald, deze bepalingen zich niet verzetten tegen een nationale regeling als aan de orde in het hoofdgeding, volgens welke een

gewone rechter in het geval waarin het tijdvak van verplicht zwangerschapsverlof vóór 1 januari 2005 ligt, geen recht heeft op een toelage ten aanzien van kosten die gewone rechters dragen in de uitoefening van hun beroep, op voorwaarde dat deze werkneemster gedurende dat tijdvak een inkomen heeft genoten dat ten minste gelijk is aan de uitkering die zij ingevolge de nationale socialezekerheidswetgeving zou ontvangen wanneer zij haar werkzaamheden om gezondheidsredenen onderbreekt. Het staat aan de verwijzende rechter om dit na te gaan.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 14-07-2016

ECLI: ECLI:EU:C:2016:564

Zaaknummer:

Rechters: J. Malenovský, M. Safjan en D. Šváby

Wetsartikelen: Richtlijn 75/117/EEG, 119 (oud) EG, 141 EG, 158 VWEU en Richtlijn 2006/54/EG

RECHTSPRAAK

werknemer/ASR Schadeverzekering NV

Astbestzaak. Verjaring. De aansprakelijkheid van artikel 7:658 BW laat zich moeilijk denken in een geval als het onderhavige dat erdoor wordt gekenmerkt dat de werknemer, die tevens de hoedanigheid van feitelijk leidinggevende heeft, zijn werkgever aansprakelijk houdt voor schade die hij heeft geleden doordat niet de redelijkerwijs van deze te vergen veiligheidsmaatregelen zijn getroffen.

Werknemer is van 1 juli 1968 tot 5 januari 1977 in dienst geweest bij zijn vader, die een loodgietersbedrijf exploiteerde. Op 5 januari 1977 hebben werknemer en zijn vader X BV opgericht. Werknemer is sinds 1978 directeur-groootaandeelhouder van X BV. In 1982 heeft X BV met ASR een aansprakelijkheidsverzekering gesloten. In 2012 is bij werknemer de diagnose longvlieskanker gesteld. Werknemer vordert onder meer een verklaring voor recht dat ASR jegens werknemer aansprakelijk en schadeplichtig is voor de vanwege door asbestblootstelling veroorzaakte longvlieskanker. ASR beroept zich op verjaring, voor zover de vordering betrekking heeft op gebeurtenissen die de schade hebben veroorzaakt en voor 3 april 1982 hebben plaatsgevonden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Wat betreft het verjaringsverweer, wordt als volgt overwogen. Eerst wordt ingegaan op de vraag of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld. Die redelijke termijn nam een aanvang toen in januari 2012 bij werknemer de diagnose mesothelioom werd gesteld. Werknemer heeft onverwijld de bemiddeling van het IAS ingeroepen en heeft spoedig daarna – op 17 maart 2012 – X BV aansprakelijk gesteld. Daarmee is de vraag niet geheel uitgewerkt, omdat ook daarna voortvarendheid diende te worden betracht bij het instellen van de rechtsvordering. De vraag is daarmee of de periode van 11 maart 2013 tot 1 oktober 2015 als een redelijke moet worden aangemerkt. Deze vraag wordt ontkennend beantwoord. Ongeacht de verdere omstandigheden van het geval had werknemer niet ruim twee en een half jaar de tijd mogen nemen om de rechtsvordering in te stellen. Gelet op onder meer deze omstandigheid slaagt

het beroep op verjaring en kan de mogelijke asbestbesmetting in de periode tot 3 april 1982 niet leiden tot een honorering van het beroep dat werknemer jegens ASR heeft gedaan op artikel 7:954 BW. Wat betreft de periode vanaf 1982 wordt als volgt overwogen. De schuldaansprakelijkheid van artikel 7:658 BW laat zich moeilijk denken in een geval als het onderhavige, dat erdoor wordt gekenmerkt dat de gelaedeerde werknemer, die tevens de hoedanigheid van feitelijk leidinggevende heeft en de hoogste beleidsbepaler van de werkgever was, zijn werkgever aansprakelijk houdt voor schade die hij heeft geleden doordat niet de redelijkerwijs van deze te vergen veiligheidsmaatregelen zijn getroffen. Waar ook in de prototypische arbeidsverhouding, waarin de werknemer zich heeft te richten naar de instructies die de leiding van de onderneming hem geeft, algemeen wordt aangenomen dat de werkgever geen verwijt kan worden gemaakt indien de – ervaren en geïnstrueerde – werknemer er welbewust voor kiest om geen gebruik te maken van door de werkgever ter beschikking gestelde veiligheidsvoorzieningen, klemmt zulks temeer in de situatie van werknemer, die zelf in zijn kwaliteit van beleidsbepaler de werkomstandigheden bepaalde en daarop moest toezien. Anders dan in een dergelijke ondergeschiktheidsrelatie ligt het in het onderhavige geval niet in de rede om rekening te houden met het ervaringsfeit dat het dagelijks werken in een gevaarlijke werkomgeving gemakkelijk met zich kan brengen dat niet alle voorzichtigheid in acht wordt genomen die ter voorkoning van schade geraden is. Werknemer is in de periode vanaf april 1982 allengs meer kantoorwerk gaan doen en stond derhalve als directeur regelmatig op de nodige afstand van de feitelijke uitvoering van het loodgieterswerk. Bedoeld ervaringsfeit kan hij, als werknemer, daarom niet aan zichzelf, als directeur, tegenwerpen. Het zou bovendien in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid die een directeur jegens de vennootschap in acht dient te nemen, dat werknemer zijn vennootschap aansprakelijk houdt voor schade die hij lijdt doordat hijzelf zijn taak als bestuurder niet naar behoren heeft uitgevoerd. Nu werknemer daarom geen vordering op zijn vennootschap heeft, is ASR als verzekeraar van die vennootschap niet tot vergoeding van deze schade gehouden.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 13-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:3838

Zaaknummer: C/16/408803 / HAZA 16-90 LH/1040

Rechters: P. Krepel

Advocaten: R.F. Ruers en H. van Katwijk

Wetsartikelen: 7:658 BW, 7:954 BW en 3:310 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Ontslag op staande voet na vermeende onzakelijke transacties met creditcard door commercieel directeur is een te vergaand middel. Transitievergoeding en billijke vergoeding (gerelateerd aan salaris over de periode vanaf datum ontslag op staande voet tot en met datum beschikking) verschuldigd.

Werknemer is met ingang van 15 maart 2010 bij werkgeefster in dienst getreden. Werknemer was laatstelijk werkzaam in de functie van commercieel directeur. In november 2013 heeft werkgeefster aan werknemer een creditcard verstrekt. Er zijn geen schriftelijke afspraken gemaakt over het gebruik van de creditcard. Op 2 maart 2016 is werknemer op staande voet ontslagen, vanwege de constatering dat werknemer de creditcard voor transacties heeft gebruikt die niet zijn terug te leiden tot zakelijke transacties. Werknemer verzoekt de kantonrechter om voor recht te verklaren dat het ontslag op staande voet nietig is. Daarnaast verzoekt werknemer om toekenning van de transitievergoeding, de gefixeerde schadevergoeding en een billijke vergoeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Zoals uit de ontslagbrief volgt is de kern van het verwijt dat werknemer vooral wordt gemaakt dat hij ondanks vele waarschuwingen op ongeoorloofde wijze gebruik heeft gemaakt van de zakelijke creditcard en hiermee onveroorloofbaar verder is gegaan, ook nadat hem bij brief van 3 februari 2016 nog te kennen is gegeven dat dit gedrag volstrekt onacceptabel is. Verder wordt werknemer verweten dat hij heeft nagelaten de onverklaarbare transacties nader te verklaren. De kantonrechter is allereerst van oordeel dat werkgeefster niet met documentatie heeft aangetoond dat werknemer in het verleden waarschuwingen heeft ontvangen voor wat betreft het vermeende misbruik van de zakelijke creditcard. Desgevraagd heeft werkgeefster naar voren gebracht dat zij het ook helemaal niet nodig vond om dienaangaande schriftelijke afspraken met werknemer te maken. Het past namelijk niet in haar bedrijfsvoering dat ‘ieder klein ding’ op schrift wordt gesteld. Naar het oordeel van de kantonrechter lijkt werkgeefster de verweten gedragingen die uiteindelijk tot het ontslag op staande voet hebben geleid hiermee juist te bagatelliseren. Hoewel werknemer ook nog het verwijt wordt gemaakt dat hij geen enkele verklaring heeft gegeven voor de

onverklaarbare transacties, gaat dit verwijt naar het oordeel van de kantonrechter niet op. Partijen hadden immers met elkaar afgesproken dat de bedragen die niet door middel van bonnen verklaard konden worden geboekt zouden worden op een grootboekrekening. Het voorgaande in aanmerking genomen maakt dat het ontslag op staande voet een te vergaande maatregel was en een minder verstreckende maatregel, zoals het geven van een laatste waarschuwing en/of het inhouden van loon meer voor de hand had gelegen. Volgt toewijzing van de verklaring voor recht.

Met betrekking tot de verzochte vergoedingen oordeelt de kantonrechter het volgende. De transitievergoeding is niet verschuldigd indien sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. De wetgever heeft voor ogen gestaan dat voor ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden en dat niet snel mag worden aangenomen dat geen transitievergoeding verschuldigd is. Van deze bijzondere omstandigheden is de kantonrechter in dit geval niet gebleken. Dit betekent dat werkgeefster de transitievergoeding verschuldigd is. Nu hiervoor geoordeeld is dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, wijst de kantonrechter – gelet op het hieromtrent bepaalde in de parlementaire geschiedenis – het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding toe. In dit geval zal de kantonrechter de billijke vergoeding vaststellen op € 30.570,98 bruto, hetgeen overeenkomt met het salaris inclusief vakantiegeld over de periode vanaf de datum van het ontslag op staande voet tot en met de datum van deze beschikking. Het feit dat werknemer al per 1 april 2016 een nieuwe werkgever heeft kunnen vinden is in dat verband wel van belang, maar neemt niet weg dat werknemer ten onrechte is geconfronteerd met de situatie dat hij van de ene dag op de andere zijn werk, inkomen en recht op een WW-uitkering verloor. Voor de kantonrechter is er dan ook geen aanleiding de billijke vergoeding te beperken, temeer omdat de billijke vergoeding ook bedoeld is als prikkel voor de werkgever om nieuwe misstappen te voorkomen. Nu de billijke vergoeding is gerelateerd aan het salaris dat werknemer zou hebben ontvangen over de periode van 3 maart 2016 tot 14 juli 2016, wijst de kantonrechter een separate vergoeding vanwege onregelmatige opzegging af in verband met de overlap van deze vergoedingen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 13-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2016:4337

Zaaknummer: 4993460 AZ VERZ 16-48, 5002624 AZ VERZ 16-52 en

Rechters: J.L. Sierkstra

Advocaten: M.W. Renzen en M.A.C. de Bruijn

Wetsartikelen: 7:673 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemers/SKY Netherlands B.V.

De bepaling in de arbeidsovereenkomsten van acteurs dat hun arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt als de (musical)productie stopt is in het onderhavige geval niet in strijd met het systeem van het ontslagstelsel.

Werknemers zijn per 25 januari 2016 voor bepaalde tijd in dienst getreden bij SKY Netherlands B.V. (hierna: Sky) in de functie van acteur in de (musical)productie Sky (hierna: de productie). De productie is in april 2016 in première gegaan in Amsterdam. In de arbeidsovereenkomsten staat vermeld dat de arbeidsovereenkomsten ook eerder dan de einddatum van rechtswege zullen kunnen eindigen indien en zodra de productie stopt. Bij mail van 31 mei 2016 heeft de executive producer bij Sky aan alle werknemers van Sky bericht dat de productie op 30 juni 2016 zal eindigen en dat dit voor de werknemer als Sky-medewerker betekent dat het contract met Sky op 30 juni 2016 zal eindigen. Werknemers vorderen doorbetaling van loon. Volgens Sky is de projectclausule in de arbeidsovereenkomsten niet aan te merken als een ontbindende voorwaarde maar als een projectbepaling in de zin van artikel 7:667 lid 1 BW, welke zeer gebruikelijk is in de theaterbranche.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In de jurisprudentie en ook door de wetgever bij de invoering van de WWZ wordt ervan uitgegaan dat het mogelijk is dat een arbeidsovereenkomst wordt gesloten voor de duur van een project. Daarbij kan de einddatum van dat project op het moment van sluiten van de overeenkomst niet op een kalendertijdstip worden vastgesteld omdat nog niet bekend is wanneer het project eindigt. Een productie waarvan niet op voorhand vaststaat hoe lang zij zal lopen, zoals de musical Sky, is aan te merken als een project. De bepaling in de arbeidsovereenkomsten van werknemers dat hun arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt als de productie stopt is op grond van het voorgaande niet zonder meer in strijd met het systeem van het ontslagstelsel. Daarbij speelt ook een rol dat de theaterbranche een uniek karakter heeft, alleen al door het feit dat het opzetten van een theaterproductie zeer risicovol is omdat meteen met een volledige cast moet worden gestart terwijl er (nog) geen zekerheid is over de omvang van de kaartverkoop. Het

project, de opvoering van de musical Sky, is voldoende duidelijk omschreven. De einddatum is objectief bepaalbaar. Dat is het moment waarop de laatste voorstelling van de musical Sky is opgevoerd. De laatste voorstelling was op 30 juni 2016 zodat op grond van de bepaling in de arbeidsovereenkomsten met werknemers de einddatum is gelegen op de eerste dag na die laatste voorstelling. Ook als het project voldoende duidelijk is omschreven en de einddatum objectief bepaalbaar is kan het invoeren van de projectbepaling in strijd zijn met de strekking van de regels met betrekking tot beëindiging van arbeidsovereenkomsten. Of dat het geval is dient te worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Volgens werknemers dient voor een rechtsgeldige projectbepaling de einddatum van het project objectief te kunnen worden vastgesteld zonder een eigen, subjectieve waardering van de omstandigheden door Sky als werkgever. Aan werknemers kan worden toegegeven dat in dit geval een besluit door de directie van Sky is genomen de productie te stoppen. Wanneer echter vast kan worden gesteld dat een redelijk handelend werkgever geen andere keus had dan de productie te stoppen dan is het feit dat het formele besluit door Sky zelf is genomen niet zonder meer een belemmering voor het invoeren van de projectbepaling. Sky heeft voldoende aangetoond dat de kaartverkoop gedurende de eerste maanden van de productie zo tegen is gevallen dat er nimmer quitte gedraaid werd en er zelfs wekelijks € 60.000 bij moest worden gefinancierd. Sky heeft onbetwist aangevoerd dat, nadat in mei werd geconstateerd dat de kaartverkoop achter bleef bij de verwachtingen, er met behulp van een samenwerking met Sanoma en SBS en het inkopen van televisiereclames is geprobeerd de kaartverkoop op gang te brengen. Kort nadat de commercials waren uitgezonden was er een geringe toename van de kaartverkoop maar in de loop van mei 2016 liep de kaartverkoop weer terug. Vanaf eind juni 2016 waren er nog minder kaarten verkocht. Omdat er geen uitzicht was op verbetering van de kaartverkoop en de externe geldschietters niet langer bereid waren wekelijks € 60.000 bij te storten had Sky in feite nog maar twee keuzes: het invoeren van de projectbepaling of een faillissement aanvragen. Wat van Sky als werkgever in het kader van goed werkgeverschap kan worden gevergd gaat niet zo ver dat bewust op faillissement moet worden aangestuurd. Ook als de positie van werknemers met een faillissement beter is dan zonder faillissement kunnen zij er geen aanspraak op maken dat Sky doelbewust op een situatie aanstuurt dat zij niet in staat is haar crediteuren, waaronder werknemers zelf, te betalen. Gelet op alle omstandigheden van het geval acht de voorzieningenrechter aannemelijk dat de bodemrechter zal oordelen dat Sky geen andere optie had dan om de productie te stoppen. Voorts is voor de beoordeling in deze zaak nog relevant dat door het stoppen van de productie er geen werk meer voor werknemers is, waardoor het belangrijkste kenmerk voor de definitie van een arbeidsovereenkomst is komen te vervallen en de arbeidsovereenkomsten in feite geheel inhoudsloos zijn geworden. In het voordeel van Sky zal nog worden meegenomen dat Sky, doordat de productie niet per direct maar pas na een maand is gestopt, in feite een

aanzeg- of opzegtermijn in acht heeft genomen van een maand. De vorderingen van werknemers zullen op grond van het voorgaande worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 13-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:4369

Zaaknummer: 5165123 KK EXPL 16-798

Rechters: H.M. Patijn

Advocaten: S.I. Janssen en H.M.J. Bogaard

Wetsartikelen: 7:667 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Huisarts voor Huisarts Kop van Noord-Holland BV

Werkneemster mocht er niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat zij ook na 104 weken arbeidsongeschiktheid 100% van het loon doorbetaald zou krijgen.

Werkneemster is op 1 maart 2011 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) Huisarts voor Huisarts van Noord-Holland BV (hierna: Huisarts voor Huisarts). Op 18 april 2013 is werkneemster ziek geworden. Bij beslissing van 24 november 2015 heeft het UWV een loonsanctie opgelegd aan Huisarts voor Huisarts tot 16 september 2015. Werkneemster vordert onder meer een verklaring voor recht dat Huisarts voor Huisarts in strijd handelt met het recht door na 18 april 2015 slechts 70% loon aan werkneemster uit te betalen. Huisarts voor Huisarts is van mening dat zij ten onrechte en onverschuldigd betalingen aan werkneemster heeft gedaan vanaf 18 april 2015. Gelet op de UWV-beslissing had zij slechts 70% van het loon hoeven te betalen tot 16 september 2015. Dit houdt in dat zij € 2.336,52 bruto te veel heeft betaald aan werkneemster, welk bedrag in reconventie wordt teruggevorderd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkneemster beroept zich erop dat zij er te goeder trouw en gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat Huisarts voor Huisarts ook na twee jaar arbeidsongeschiktheid, dus na 18 april 2015, 100% van het salaris zou blijven doorbetalen. Werkneemster verwijst in dit verband naar het arrest van het Hof Den Bosch van 14 juli 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:2626).

Vast staat dat geen sprake was van een wettelijke of contractuele verplichting tot doorbetaling van het loon tot 100% na 104 weken arbeidsongeschiktheid. De te beantwoorden vraag in deze is of werkneemster desalniettemin er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat ook na die tijd 100% van het loon zou worden doorbetaald. Er is geen sprake van zodanige feiten en omstandigheden dat werkneemster hiervan uit mocht gaan. Weliswaar heeft Huisarts voor Huisarts tot eind juni 2015 het loon voor 100% doorbetaald, maar zij is hiermee gestopt nadat zij haar vergissing bemerkte; zij is vanaf dat moment (tot eind oktober 2015) 70% gaan betalen. De situatie van werkneemster laat zich niet vergelijken met die in het arrest van 14

juli 2015. Het hof constateerde in die zaak dat er geen noemenswaardige verschillen waren tussen een eerdere ziekteperiode van vier maanden in 2013 – waarbij zonder grondslag 100% van het loon werd betaald – en een ziekteperiode van vier maanden in 2014. Kort gezegd overwoog het hof: in 2013 zonder reden 100%, dan ook in 2014. In de onderhavige zaak is echter wel sprake van een nieuwe situatie, te weten het verstrijken van de 104 wekentermijn. Het enkele feit dat de werkgever abusievelijk na het verstrijken van die termijn nog drie maanden 100% van het loon betaalt, brengt niet mee dat de werknemer er vervolgens gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat dit zo doorgaat. In het bijzonder nu er in beginsel geen grondslag is voor een 100% doorbetaling. Het vorenstaande brengt met zich dat er voor Huisarts voor Huisarts geen verplichting bestond tot 100% doorbetaling van het loon na 104 weken arbeidsongeschiktheid. Wat betreft de vordering van Huisarts voor Huisarts wordt als volgt overwogen. Een werknemer behoeft slechts ‘onverschuldigd’ betaald loon terug te betalen als het voor hem/haar evident duidelijk is dat aan de zijde van werkgever sprake is geweest van een vergissing. Van zodanige vergissing is in deze zaak geen sprake, alleen al vanwege het feit dat geen van partijen de kantonrechter ter zitting duidelijk heeft kunnen maken wat exact het basisloon is dat werknemer per maand verdient. Daar komt nog bij de onduidelijkheid over de doorbetalingsverplichting van Huisarts voor Huisarts vanwege de tot tweemaal toe herziene beslissing van het UWV. Gelet op deze omstandigheden behoeft het voor werknemer niet evident duidelijk te zijn dat zij te veel loon had ontvangen. Volgt afwijzing van zowel de vorderingen van werknemer als van de vordering van Huisarts voor Huisarts.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 13-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2016:5045

Zaaknummer: 4728001 CV EXPL 16-242 (H.K.)

Rechters: J.S. Reid

Advocaten: J.M. Chr Scheen en H. de Graaf-de Waard

Wetsartikelen: 7:629 BW

RECHTSPRAAK

Balkania/werknemer

Slaan leidinggevende onvoldoende komen vast te staan. Ontslag op staande voet niet rechtsgeldig. Geen grond voor matiging loonvordering.

Werknemer verricht sedert september 2014 werkzaamheden voor werkgeefster, Balkania. In de periode daarvoor bestond tussen hen een samenwerking in de vorm van een VOF, maar daar is werknemer uitgestapt. Werknemer is op 27 februari op staande voet ontslagen, omdat hij werkgeefster zou hebben geslagen. De kantonrechter heeft geoordeeld dat werkgeefster onvoldoende is geslaagd in het bewijs van de dringende reden.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof overweegt, voor zover relevant, dat alle omstandigheden van deze zaak in onderling verband en samenhang bezien, waaronder mede begrepen de leeftijd van werknemer (20 jaar ten tijde van het ontslag) en de aard van het dienstverband (een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van 12 maanden, ingegaan op 1 september 2014 en voorafgegaan door een 'contract vennootschap onder firma' van 15 november 2013 en in welk verband werknemer € 40.000 heeft geleend aan werkgeefster), voorshands niet met zich brengen dat het van werkgeefster redelijkerwijs niet kon worden gevergd het dienstverband tussen haar en werknemer te laten voortduren ondanks het voorval op 26 februari 2015. Voor zover werkgeefster minder vertrouwen in werknemer had, zoals zij blijktens het vonnis waarvan beroep in eerste aanleg ter zitting nog heeft gesteld, had zij eventueel andere maatregelen kunnen nemen. Voorshands is derhalve voldoende waarschijnlijk dat de vorderingen van werknemer in een bodemprocedure zullen worden toegewezen. Het hof stelt voorop dat werknemer op grond van het voorgaande in beginsel recht heeft op doorbetaling van zijn loon vanaf 27 februari 2015, tegen de hoogte waarvan geen grief is gericht, behoudens eventuele matiging op grond van artikel 7:680a BW. Werknemer heeft zijn werkzaamheden vanaf 27 februari 2015 niet verricht omdat hij door werkgeefster op staande voet is ontslagen. Hij heeft zich vervolgens beschikbaar gehouden om zijn werkzaamheden te verrichten. De enkele omstandigheid dat (de gemachtigde van) werknemer dit pas op 14 april 2015 schriftelijk aan werkgeefster heeft medegedeeld, komt in de gegeven omstandigheden voor haar risico en rechtvaardigt naar het oordeel van het hof geen matiging van de loonvordering.

Werkgeefster heeft niet gesteld dat toewijzing van de volledige loonvordering vanwege haar financiële situatie tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Hiervan is overigens ook niet gebleken. Alles overwegende is het hof voorshands van oordeel dat er geen grond is om de loonvordering van werknemer te matigen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-07-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:2831

Zaaknummer: 200.180.273/01

Rechters: M.E. Smorenburg, J.M. Brandenburg en O.G.H. Milar

Advocaten: R.A.J. van der Leeuw en P.G.J.M. Boonen

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:680a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/DSM NV

De opvatting dat werknemer in de gegeven omstandigheden de keus heeft om in plaats van zijn voormalig werkgever haar moedermaatschappij in rechte te betrekken, vindt geen steun in het recht.

Werknemer is in 1962 in dienst getreden bij de NV Nederlandse Staatsmijnen. De rechten en verplichtingen uit die arbeidsovereenkomsten met de werknemers van de NV Nederlandse Staatsmijnen, waaronder die van werknemer, zijn per 15 mei 1975 overgenomen door DSM Limburg BV. Werknemer is met ingang van 1 april 1996 op eigen verzoek ontslagen uit de dienst van DSM Limburg BV. Bij werknemer is in 2010 de longaandoening asbestose geconstateerd. De advocaat van werknemer heeft in een brief van 24 september 2011 DSM NV aansprakelijk gesteld voor de schade die werknemer lijdt ten gevolge van zijn asbestaandoening. DSM NV stelt zich op het standpunt dat deze zaak is verjaard. Werknemer vordert een verklaring voor recht dat DSM NV verwijtbaar tekort is geschoten en daardoor jegens hem schadeplichtig is geworden en DSM NV te veroordelen tot vergoeding van materiële en immateriële schade. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer afgewezen. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. In de onderhavige procedure heeft werknemer de moedermaatschappij, DSM NV, van zijn voormalig werkgever, DSM Limburg BV, gedagvaard. Tussen partijen is niet in geschil dat DSM NV zelf nooit de werkgever van werknemer is geweest. Van onduidelijkheid over de vraag welke vennootschap binnen het concern als zijn voormalig werkgever moet worden aangemerkt, is derhalve in hoger beroep geen sprake. Werknemer had DSM Limburg BV moeten dagvaarden. Werknemer voert onterecht aan dat hij op grond van de door DSM NV opgewekte schijn ervan uit mocht gaan dat DSM NV de door hem in rechte aan te spreken wederpartij is. Daartoe wordt het volgende overwogen. De advocaat van werknemer heeft zich uit eigen beweging op 24 september 2011 gewend tot DSM Insurances B.V. Hoewel hij zich in de volgende vier brieven is blijven richten tot DSM Insurance B.V., is de correspondentie met hem vanaf 4 november 2011 gevoerd door DSM Legal Affairs in de persoon van advocaat X. Advocaat X heeft twee brieven en twee e-mails aan

hem toegezonden. Overige correspondentie door advocaat X is niet gesteld en daarvan is ook niet gebleken. De twee brieven van advocaat X zijn weliswaar afgedrukt op briefpapier van DSM N.V. en door haar ondertekend met 'Advocaat Koninklijke DSM N.V.', maar – zoals tussen partijen vaststaat: – DSM N.V. is nooit werkgever van werknemer geweest. Gelet op het gemotiveerde betoog van DSM N.V. dat advocaat X als advocaat voor haar en haar dochterondernemingen werkzaam is, is de enkele vermelding van DSM N.V. op het briefpapier en in de ondertekening door advocaat X onvoldoende voor het oordeel dat werknemer er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat DSM N.V. in de gegeven omstandigheden de door hem in rechte aan te spreken vennootschap zou zijn. Daarbij is van belang dat op werknemer, die zich in voornoemde brieven is blijven richten tot DSM Insurance B.V. en kennelijk wist dat die vennootschap niet zijn werkgever was, uit het op 4 november 2011 aan hem toegezonden personeelsdossier had kunnen en moeten weten dat hij per 1 april 1996 uit dienst is gegaan van DSM Limburg B.V. en die vennootschap dus door hem bij dagvaarding van 12 juli 2013 of daarna in rechte had moeten of moet worden betrokken. Op werknemer, die werd bijgestaan door een professioneel gemachtigde, rustte in zoverre een zekere onderzoeksplicht en gesteld noch gebleken is dat hij daaraan heeft voldaan. Van enige (andere) verklaring of gedraging van DSM N.V. op grond waarvan werknemer heeft kunnen of mogen afleiden dat zij enige aansprakelijkheid jegens hem op zich zou nemen en/of de door hem in rechte aan te spreken schuldenaar zou (kunnen) zijn, is in zijn geheel niet gebleken. Uit het voorgaande volgt dat de door werknemer gestelde feiten en omstandigheden niet tot het oordeel leiden dat aan de eis van gerechtvaardigd vertrouwen is voldaan. Voor zover werknemer heeft bedoeld te stellen dat sprake is van één concern, zodat het enkele feit dat de dagvaarding is gericht aan DSM N.V. geen reden is om te concluderen dat de vordering tegen de onjuiste werkgever zou zijn gericht, kan het betoog niet slagen. De opvatting dat werknemer in de gegeven omstandigheden de keus heeft om in plaats van zijn voormalig werkgever haar moedermaatschappij in rechte te betrekken, vindt geen steun in het recht (vgl. conclusie A-G (nr. 2.6) bij HR 19 november 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AR2388). Volgt afwijzing van de vorderingen van werknemer.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-07-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:2814

Zaaknummer: 200.161.976_01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, J.F.M. Pols en M.E. Smorenburg

Advocaten: R.F. Ruers en W.H. van Baren

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Reinaert Kliniek BV

Toewijzing vordering tot wedertewerkstelling. Het verwijt van werkgever, dat werkneemster ongeoorloofd ' bezig' was met de computer van de directeur, is niet bewezen.

Werkneemster is met ingang van 12 oktober 2010 in dienst getreden bij Reinaert Kliniek BV (hierna: Reinaert). Op 22 juni 2016 heeft X medegedeeld dat werkneemster op non-actief wordt gesteld omdat zij volgens Reinaert ongeoorloofd ' bezig' was met de computer van de directeur. Reinaert heeft aan het UWV verzocht toestemming te verlenen om de arbeidsovereenkomst met werkneemster op te zeggen. Werkneemster vordert wedertewerkstelling.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De door werkneemster gestelde en door Reinaert onvoldoende betwiste feiten die zijn voorafgegaan aan de non-actiefstelling van 22 juni 2016 geven sterke aanwijzingen voor de veronderstelling dat Reinaert heeft getracht de arbeidsovereenkomst met werkneemster op andere dan de daarvoor wettelijk toegestane wijze te beëindigen en, toen werkneemster zich daartegen verweerde, vervolgens heeft gepoogd het werken voor werkneemster zo onaangenaam mogelijk te maken. Zo heeft Reinaert, zonder toestemming van het UWV en zonder dat daarvoor door haar redenen kenbaar zijn gemaakt, de arbeidsovereenkomst met werkneemster opgezegd op 30 mei 2016, terwijl zij wist dat werkneemster niet instemde met beëindiging van haar arbeidsovereenkomst. X heeft ter zitting gesteld dat hij niet wist dat een dergelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst slechts effect kan sorteren met toestemming van het UWV. Het is echter een feit van algemene bekendheid dat in een situatie als deze zonder toestemming van het UWV niet rechtsgeldig opgezegd kan worden. Zeker (een directeur van) een onderneming in de grootte van Reinaert behoort deze (basale) kennis te bezitten. Werkneemster is door Reinaert op 22 juni 2016 op non-actief gesteld op grond van de in de brief van X van 22 juni 2016 vermelde reden. De schriftelijke verklaring waar X in deze brief naar verwijst, blijkt een e-mailbericht van de planner van de operatiekamer van 22 juni 2016 te zijn. Werkneemster heeft geen kopie daarvan gekregen met het verzoek erop te reageren. Enige andere aanwijzing dan die verklaring dat werkneemster zich op 20 juni 2016 in de kamer van X in de buurt van

diens computer bevond, heeft Reinaert niet gegeven. Reinaert heeft ook niet duidelijk gemaakt wat er op zichzelf ontoelaatbaar aan is dat een directiesecretaresse zich om 18:15 – niet of nauwelijks buiten de reguliere werktijd, zeker op directieniveau – in de kamer van de directeur bevindt en ‘ bezig is ’ met diens computer. X heeft ter zitting verklaard dat de beelden ook door Reinaert zijn bekeken. De camera waarop volgens hem iets te zien zou kunnen zijn, was volgens X evenwel defect. Reinaert heeft verder verklaard dat het onderzoek naar het incident op 20 juni 2016 nog niet is afgerond en dat zij daar verder geen mededelingen over kan doen. Indien nodig zal Reinaert, zo stelt zij, de non-actiefstelling op grond van artikel 3.1.5 van de cao ZKN met drie weken verlengen. De voorgeschiedenis geeft de kantonrechter aanleiding de argumenten van Reinaert (extra) kritisch tegen het licht te houden. Reinaert heeft wellicht inderdaad de camerabeelden bekeken, maar gelet op de zeer expliciete stelling van werkneemster dat op de beelden te zien is dat zij om 16:24 uur het pand verlaat, heeft Reinaert niet mogen volstaan met de blote stelling dat de camera defect was. Van verder onderzoek door Reinaert is voorts niets gebleken aangezien een nadere toelichting waaruit dat onderzoek dan bestaat en waarop het zich richt, is uitgebleven. Zonder nadere toelichting, die Reinaert niet heeft gegeven, valt ook niet in te zien waarom het onderzoek (als dat al wordt verricht) na het incident van 20 juni 2016 nog niet is afgerond of waarom in de (voorlopige) bevindingen geen inzicht kan worden gegeven. Reinaert lijkt in de veronderstelling te verkeren dat zij op grond van artikel 3.1.5 van de cao ZKN de maximale duur van twee keer drie weken zonder meer voor onderzoek mag benutten. In een situatie als deze ligt het evenwel op de weg van de werkgever om voortvarendheid te betrachten teneinde (ook voor de werknemer) zo snel mogelijk duidelijkheid te krijgen. Nergens blijkt uit dat Reinaert het verdere onderzoek naar hetgeen is voorgevallen op 20 juni 2016 met de nodige spoed verricht. Volgt toewijzing van de vordering van werkneemster.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 12-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:6097

Zaaknummer: 5153881 CV EXPL 16-5621

Advocaten: C.S.B.E. Reinders en L.S. van Dis

Wetsartikelen: 3.1.5 CAO Zelfstandige Klinieken Nederland

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Schorsing concurrentiebeding. Gelet op de aanzienlijke positieverbetering die een aanstelling bij de concurrent oplevert, zowel arbeidsvoorwaardelijk als functie-inhoudelijk, wordt werknemer door handhaving van het concurrentiebeding onevenredig benadeeld.

Werknemer is op 1 mei 2002 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij werkgever. Op 24 oktober 2013 hebben partijen een nieuwe arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten, waarbij de functie van werknemer is gewijzigd. Op 10 december 2015 hebben partijen wederom een nieuwe arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten, waarbij de functie van werknemer wederom is gewijzigd. Alle arbeidsovereenkomsten tussen partijen bevatten een concurrentiebeding, inclusief relatiebeding, een geheimhoudingsbeding en een boeteclausule voor overtreding van de bedingen. Werknemer heeft een aanbod gekregen om als Business Unit Manager Accessories voor onbepaalde tijd in dienst te treden bij bedrijf X. Werknemer vordert in kort geding onder meer de werking van het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te schorsen, in die zin dat het werknemer is toegestaan bij X in dienst te treden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Op grond van hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd, is duidelijk geworden dat zowel werkgever als X zich bezighouden met de inkoop en verkoop van (onder meer) modeaccessoires, waarbij zij zich richten op winkels in het lage en middensegment. Er is bovendien een overlap in producten. X wordt daarom voorshands als een concurrent van werkgever aangemerkt. De vraag is dan of, na afweging van de wederzijdse belangen, het concurrentiebeding moet worden geschorst. Daarbij dient het belang van werkgever op bescherming van haar bedrijfsdebiët te worden afgezet tegen het belang van werknemer om zich vrij te kunnen bewegen op de arbeidsmarkt, zich verder te kunnen ontwikkelen en zijn arbeidsvoorwaardelijke positie te kunnen verbeteren. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter valt de belangenafweging in het nadeel van werkgever uit. Tegenover de belangen van werknemer heeft werkgever onvoldoende hard gemaakt dat werknemer over bijzondere specifieke bedrijfsmatige kennis beschikt, die niet reeds met het tussen partijen geldende relatie- en geheimhoudingsbeding afdoende wordt beschermd. De kantonrechter weegt ook mee dat werkgever door de afbouw van de individuele winstdeling

en de recente wijziging van de functie van werknemer eraan heeft bijgedragen dat werknemer minder gemotiveerd is geraakt en om zich heen is gaan kijken naar ander werk. Het verweer dat werknemer nog carrièremogelijkheden heeft bij werkgever komt de kantonrechter in dit licht bezien niet geloofwaardig voor. Gelet op de aanzienlijke positieverbetering die een aanstelling bij X voor werknemer oplevert, zowel arbeidsvoorwaardelijk als functie-inhoudelijk, wordt werknemer door handhaving van het concurrentiebeding onevenredig benadeeld. Het recht op vrije arbeidskeuze weegt in dit geval zwaarder. De verwachting is dan ook dat de bodemrechter het belang van werknemer zal laten prevaleren boven het belang van werkgever. Daarop vooruitlopend zal de kantonrechter het concurrentiebeding schorsen, zoals door werknemer verzocht.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 11-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:4329

Zaaknummer: KK EXPL 16-751

Rechters: I.H.J. Konings

Advocaten: S.J. van der Velde en E. Beekhuis

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting

***Ontslag van bestuurder van stichting wegens wanbeheer.
Bewijskracht van uitspraak van rechter in New Jersey, Verenigde
Staten.***

In deze Caribische zaak over het ontslag van een bestuurder van een Arubaanse stichting gaat het om de vraag of de rechter zijn oordeel dat sprake is van wanbeheer heeft mogen baseren op uitspraken van rechterlijke autoriteiten in New Jersey (Verenigde Staten), waarin ten aanzien van de desbetreffende bestuurder 'wrongful conduct' is vastgesteld. Ook rijst de vraag of de rechter ten onrechte een (tegen)bewijsaanbod van de bestuurder heeft gepasseerd.

De advocaat-generaal concludeert als volgt. In het onderhavige geval is het aan de rechter om te oordelen of, en zo ja, welke bewijskracht aan de buitenlandse beslissingen wordt toegekend. Het hof heeft kennis genomen van de uitspraken van de Chancery Judge [het hof doelt hiermee op de uitspraak van de Superior Court of New Jersey van 23 december 2009; A-G] en de Appellate Division en acht hun bevindingen voldoende bewijskracht op te leveren om te oordelen dat aan de zijde van verzoeker sprake is van 'wanbeheer'. A fortiori geldt dit voor de beslissing van de Chancery Judge die mede concludeerde tot 'wrongful conduct' (zie hiervóór rov. 4.6 [bedoeld zal zijn rov. 4.7; A-G]), maar ook indien uitsluitend gelet wordt op de beslissing in hoger beroep van de Appellate Division – welke beslissing op financiële feiten en omstandigheden is gebaseerd – acht het hof bewezen dat aan de zijde van verzoeker sprake was van tekortkomingen ten aanzien van het beheer over het vermogen van de stichting of van de zorg voor de verkrijging van de inkomsten waarover de stichting kan beschikken. In de onderhavige procedure heeft verweerder zich tot het GEA gewend en het ontslag van verzoeker gevorderd op grond van wanbeheer. Verweerder heeft zich ter onderbouwing van zijn stelling dat sprake is van wanbeheer beroepen op (in eerste instantie) de einduitspraak van de Superior Court of New Jersey van 23 december 2009 en (later ook) de uitspraak van de Superior Court of New Jersey Appellate Division van 24 december 2012. Zowel het GEA als het hof hebben vervolgens op basis van de feitelijke bevindingen in die uitspraken geoordeeld dat het bewijs is geleverd dat er sprake is van wanbeheer aan de zijde van verzoeker. Verzoeker heeft in hoger beroep slechts een algemeen bewijsaanbod gedaan (bewijs van zijn stellingen

door middel van ‘alle middelen rechtens’). Voor zover verzoeker daarbij het oog had op schriftelijke bewijsvoering, kan niet worden gezegd dat het hof blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het bepaalde in artikel 130 lid 2 ARv. Immers, van een partij die zich beroept op stukken waarover zij beschikt, mag worden verlangd dat zij die uit zichzelf in het geding brengt. De rechter behoeft haar daartoe niet in de gelegenheid te stellen. Er wordt van een partij dus verwacht dat zij zo veel mogelijk anticipeert op de eventuele relevantie van in haar bezit zijnde stukken voor het bewijs van haar stellingen en niet het oordeel van de rechter afwacht. Doet zij dit wel door de stukken niet over te leggen maar aan te bieden dat alsnog te doen, dan loopt zij het risico dat het te laat is om die stukken nog te kunnen overleggen. Gelet op het voorgaande lag het op de weg van verzoeker om eventuele schriftelijke bewijsmiddelen uit eigen beweging in het geding te brengen. Het hof heeft verzoeker de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs daarmee dus niet onthouden.

De Hoge Raad oordeelt als volgt. De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 08-07-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:1508

Zaaknummer: 15/04196

Rechters: A.M.J. van Buchem-Spapens, G. Snijders en M.V. Polak

Advocaten: M.J. van Basten Batenburg en J. de Bie Leuveling Tjeenk

Wetsartikelen: 12 Arubaanse Landsverordening op stichtingen en 151 Rv

RECHTSPRAAK

**Boek & Offermans Woningmakelaars Heerlen
BV/werknemer**

***Directe schorsing concurrentiebeding in kort geding toegewezen.
Matiging gevorderd voorschot op reeds verbeurde boetes.***

Werknemer is sinds 5 december 2011 in dienst bij Boek & Offermans Woningmakelaars Heerlen BV (hierna: B&O). In zijn arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding opgenomen. Bij brief van 22 september 2015 heeft werknemer de arbeidsovereenkomst opgezegd, waarbij hij tevens aankondigde dat hij een functie als verkoopmakelaar bij makelaar X heeft geaccepteerd. Werknemer is die functie per 1 november 2015 gaan vervullen bij makelaar X. B&O vordert de veroordeling van werknemer om zijn werkzaamheden bij makelaar X te staken. B&O vordert bovendien de veroordeling van werknemer tot betaling van een voorschot van € 25.000 op de reeds verbeurde boetes. Werknemer vordert in reconventie de directe schorsing van het concurrentiebeding totdat in de bodemprocedure ter zake is beslist.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Waar het gaat om een concurrentiebeding, geldt als wettelijk uitgangspunt de verplichting van een partij om zijn/haar overeengekomen verplichtingen na te komen. Vernietiging of gedeeltelijke vernietiging van het concurrentiebeding is *uitzondering* op die hoofdregel. Gelet op het feit dat werknemer zich tot op heden primair op het standpunt blijft stellen dat hij het betreffende beding (dat naar aard en inhoud niet voor meerdere uitleg vatbaar is: werken binnen een straal van 30 km voor een concurrent – *ongeacht wat voor werk* – is niet toegestaan) niet overtreedt, heeft het er de schijn van dat hij zich van die hoofdregel onvoldoende rekenschap heeft gegeven en blijft geven. Door direct na beëindiging van het dienstverband met B&O bij een concurrent in Maastricht te gaan werken, heeft werknemer het beding overtreden. De vraag die moet worden beantwoord is, of voldoende aannemelijk is dat een vordering tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van het beding door een bodemrechter zal worden toegewezen op grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van B&O, werknemer door het beding onbillijk wordt benadeeld. Gelet op hetgeen in deze korte procedure naar voren is gebracht en vast is komen te staan, is met een redelijke mate van zekerheid aan te nemen dat de rechter in een

eventuele bodemprocedure het beding gedeeltelijk (maar niet geheel) zal vernietigen in die zin dat de daarin opgenomen duur van twee jaar sterk zal worden beperkt tot ongeveer negen maanden. Daartoe wordt overwogen dat – in het kader van de matiging – (wel) mede van belang is dat werknemer bij B&O voornamelijk wezenlijk andere werkzaamheden uitvoerde dan thans bij makelaar X, alsook dat eventuele bij werknemer aanwezige concurrentiegevoelige informatie met het verstrijken van de tijd haar relevantie zal verliezen en inmiddels waarschijnlijk (grotendeels) verloren heeft. De in reconventie gevorderde directe schorsing van het beding totdat in de bodemprocedure ter zake is beslist, zal derhalve worden toegewezen. Ten aanzien van het in conventie gevorderde voorschot op de reeds verbeurte boetes is het voldoende aannemelijk dat de bodemrechter de boete zal matigen. Gelet op alle omstandigheden is het wel aangewezen om in ieder geval alvast een voorschot toe te wijzen van € 5.000, nu het waarschijnlijk is dat in de bodemprocedure de boete in elk geval niet verder zal worden gematigd dan tot dat bedrag.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 06-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:5906

Zaaknummer: 5153253 CV EXPL 16-5619

Rechters: P. Hoekstra

Advocaten: S.G.J. Habets en S.J.M. Peters

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Kwalificatie zorgovereenkomst. Arbeidsovereenkomst met PGB-budghouder. Partijen zijn het erover eens dat arbeidsverhouding verstoord is geraakt. Ontbinding op de g-grond. Matiging loonvordering vanwege bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst.

Werkneemster heeft sinds 2013 op basis van een mondelinge overeenkomst op meerdere dagen per week persoonlijke verzorging en begeleiding aan werkgeefster gegeven. X verleende ook zorg aan werkgeefster. Zij was degene die de verlening van zorg coördineerde. Op of omstreeks 30 september 2014 hebben partijen het formulier ‘Zorgovereenkomst arbeidsovereenkomst’ van de SVB ingevuld en ondertekend. Werkneemster heeft voor de zorg die zij in de periode van september 2015 tot en met december 2015 aan werkgeefster heeft verleend tot op heden geen loon ontvangen. Op of omstreeks 8 februari 2016 hebben partijen het formulier ‘Zorgovereenkomst met een freelancer’ ondertekend en opgestuurd naar de SVB. Medio maart 2016 heeft werkgeefster de zorgovereenkomst mondeling opgezegd. Het geschil gaat in de kern om de kwalificatie van de zorgovereenkomst als overeenkomst van opdracht of als arbeidsovereenkomst. Werkgeefster verzoekt tevens om, voor zover in rechte zou komen vast te staan dat sprake is van een arbeidsovereenkomst, de arbeidsovereenkomst te ontbinden vanwege een verstoorde arbeidsverhouding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Op grond van het door partijen in september 2014 ondertekende formulier ‘Zorgovereenkomst arbeidsovereenkomst’ moet worden aangenomen dat partijen hebben beoogd dat werkneemster haar werkzaamheden op basis van een arbeidsovereenkomst uitvoerde. Voor wat betreft de uitvoering van de zorgovereenkomst heeft werkneemster de door haar gestelde persoonlijke verplichting tot het verrichten van de arbeid en de gezagsrelatie voldoende onderbouwd. Het staat vast dat X de zorgwerkzaamheden voor werkgeefster coördineerde. Nu X de instructies aan werkneemster namens werkgeefster gaf is de gezagsrelatie voldoende aangetoond. Werkneemster was verplicht de arbeid persoonlijk te verrichten en mocht zich alleen in overleg laten vervangen. De kantonrechter hecht voor de kwalificatie van de overeenkomst tussen partijen geen waarde aan het formulier ‘Zorgovereenkomst met een freelancer’. Het staat vast dat partijen dit

formulier pas in februari 2016 hebben ondertekend. Werkneemster heeft voldoende toegelicht dat zij toen ten einde raad was omdat haar salaris over de periode van september tot en met december 2015 nog steeds niet was betaald en dat zij daarom op telefonisch advies van de SVB heeft geprobeerd dit alsnog te bewerkstelligen door een andere zorgovereenkomst toe te sturen. De kantonrechter overweegt dat het wel ongelukkig is dat de SVB zo lang geen loonheffingskorting heeft toegepast. Partijen zullen zich terdege moeten inspannen om te bewerkstelligen dat loonheffing alsnog kan plaatsvinden. Het verzoek om betaling van het achterstallige salaris over de periode van september tot en met december 2015 wordt toegewezen.

Het subsidiaire verzoek strekt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Nu partijen het erover eens zijn dat hun werkrelatie onherstelbaar verstoord is geraakt en herplaatsing niet aan de orde is zal de kantonrechter het verzoek tot ontbinding toewijzen op de g-grond. De kantonrechter oordeelt verder dat werkneemster recht heeft op de transitievergoeding. De overeenkomst is immers aangevangen in 2013 en loopt daarom meer dan twee jaar. Voor de berekening gaat de kantonrechter ervan uit dat werkgeefster een kleine werkgever is (met financiële problemen) en dat de arbeidsovereenkomst is aangevangen op 1 mei 2013. Dat brengt mee dat de transitievergoeding moet worden berekend op 6 keer 1/6 maandsalaris, derhalve op een bedrag van € 1.512 bruto. Het loon over de periode vanaf 1 april 2016 zal eveneens worden toegewezen. Wel ziet de kantonrechter aanleiding de loonvordering te matigen tot een periode van drie maanden. De reden voor de matiging is gelegen in de bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst. Werkgeefster heeft terecht aangevoerd dat de zorgovereenkomst tussen partijen een overeenkomst met een gering toekomstperspectief was en een aanzienlijk risico van beëindiging van de relatie op een niet door de werknemer gekozen moment. De arbeidsrelatie valt of staat immers met de behoefte aan zorg en de mogelijkheid om die behoefte te financieren. Werkgeefster is bovendien geen ondernemer.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 05-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:4314

Zaaknummer: EA VERZ 16-506 / EA VERZ 16-608

Advocaten: N.A. Berenschot en L.N. Huizenga

Wetsartikelen: 7:610 BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

Stichting Pantar Amsterdam/werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst werknemer met WSW-indicatie (e-grond). Werknemer is de verplichtingen die bij arbeidsongeschiktheid gelden onvoldoende nagekomen. Gelet op bijzondere positie werknemer geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen.

Werknemer is sinds 1 november 1996 in dienst van de Stichting Pantar Amsterdam (hierna: Pantar). Werknemer heeft een WSW-indicatie. Pantar verzoekt thans de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden vanwege verwijtbaar handelen van werknemer en/of vanwege een verstoorde arbeidsverhouding. Pantar stelt dat werknemer verwijtbaar heeft gehandeld, in die zin dat hij niet deugdelijk zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 7:660a BW is nagekomen. Werknemer is herhaaldelijk het verzuimprotocol niet nagekomen. Pantar heeft werknemer schriftelijk gemaand zijn verplichtingen na te komen, heeft hem diverse keren gewaarschuwd en heeft een second opinion aangevraagd. Werknemer heeft meerdere keren geweigerd passende arbeid te verrichten, is ten minste tweemaal niet bij de bedrijfsarts op controle of consult geweest zonder bericht van verhindering en was veelvuldig afwezig op de gesprekken van hoor en wederhoor. Zelfs de door Pantar opgelegde sancties (twee keer voorwaardelijk ontslag) en de loonopschorting hebben geen resultaat opgeleverd in die zin dat werknemer zijn handelen heeft aangepast, aldus Pantar. Werknemer verzoekt Pantar te veroordelen om hem het achterstallige loon vanaf 26 januari 2016 tot het einde van de arbeidsovereenkomst te betalen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Van Pantar kan – als bijzondere werkgever in WSW-verband – verwacht worden dat zij meer dan andere werkgevers zich richt op voortzetting van de arbeidsrelatie met de WSW-werknemers en dat zij meer accepteert en incasseert dan ‘gewone’ werkgevers. Dat heeft Pantar naar het oordeel van de kantonrechter echter ruimschoots gedaan. Pantar heeft zeer veel geduld betracht met werknemer, die keer op keer niet op zijn werk of afspraken is verschenen, zowel bij Pantar als bij de bedrijfsarts, en die zich over een lange periode veelvuldig niet aan het verzuimprotocol heeft gehouden of toezeggingen deed, die hij vervolgens niet nakwam. Werknemer is de verplichtingen die ook voor een WSW-werknemer bij arbeidsongeschiktheid gelden onvoldoende nagekomen. Dit

brengt de kantonrechter tot de conclusie dat de arbeidsovereenkomst op grond van verwijtbaar handelen zijdens werknemer ontbonden dient te worden, zodat de tweede grond van Pantar (de g-grond; verstoorde verhouding) verder onbesproken kan blijven. Overigens wordt ook die grond aanwezig geacht. Tegelijkertijd wordt geoordeeld dat geen sprake is van *ernstig* verwijtbaar handelen of nalaten zijdens werknemer. Gelet op de bijzondere positie van werknemer, met name zijn beperkingen, is zijn handelen niet op één lijn te stellen met de in de wetsgeschiedenis genoemde voorbeelden van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Werknemer komt een transitievergoeding toe. De kantonrechter ziet geen aanleiding om werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever doet zich hier niet voor.

Werknemer heeft verzocht Pantar te veroordelen om hem het achterstallige loon vanaf 26 januari 2016 tot het einde van de arbeidsovereenkomst te betalen. Pantar heeft echter op voornoemde datum op goede gronden de loonbetaling van werknemer gestaakt. Werknemer was – tot zover nu is komen vast te staan – toentertijd in staat om te re-integreren, was zonder bericht van verhindering niet aanwezig om passende arbeid te verrichten en heeft zich na 26 januari 2016 ook niet meer voor passende arbeid ter beschikking gehouden. Gelet op het bepaalde in artikel 7:658a BW jo. artikel 7:629 lid 3 onderdeel c/d BW heeft werknemer dus geen recht op loon tijdens ziekte.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 30-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:4326

Zaaknummer: EA 16-395 en EA 16-629

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: J. van Hulst en R. Achttienribbe

Wetsartikelen: 7:629 BW, 7:658a BW, 7:660a BW, 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

FNV/werkgever

Orderpickers verrichten uitzendarbeid in de zin van artikel 7:690 BW. Getuigenverklaringen. Allocatiefunctie. Arbeid onder toezicht en leiding van derde.

In het tussenvonnis van 7 januari 2015 heeft de kantonrechter FNV in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat de werknemers van werkgever werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst waarbij de werknemers, in het kader van de uitoefening van het beroep of bedrijf van werkgever, ter beschikking worden gesteld van een derde om krachtens een door deze aan werkgever verstrekte opdracht arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de derde. FNV heeft negen getuigen opgeroepen om bewijs te leveren.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tussen partijen is onder meer in geschil of sprake is van de allocatiefunctie. De aan FNV gegeven bewijsopdracht omvat aldus de allocatiefunctie als te bewijzen element. Uit de getuigenverklaringen, die elkaar aanvullen en bevestigen, leidt de kantonrechter af dat de bedrijven waar de betreffende getuigen werkzaam zijn/waren per week inschatten hoeveel werk er zou zijn en hoeveel orderpickers daarvoor nodig waren, en dat het aantal orderpickers van werkgever dat deze arbeid zou verrichten daarop werd afgestemd. Deze orderpickers werden soms kort van tevoren ingeschakeld, terwijl zij ook kort van tevoren te horen konden krijgen dat er voor hen geen werk was. In deze praktijk was het dus de functie van werkgever om de hoeveelheid beschikbare arbeid af te stemmen op de hoeveelheid beschikbaar werk, met andere woorden om de vraag naar en het aanbod van tijdelijke arbeid bij elkaar te brengen. Op grond van de aangehaalde verklaringen is aldus voldoende aannemelijk geworden dat werkgever ter zake van de orderpickers een allocatiefunctie vervult, ook in de 'klassieke/traditionele' zin van het woord.

De bewijsopdracht die aan FNV is gegeven omvat tevens als te bewijzen element dat de werkzaamheden bij derden worden uitgevoerd onder leiding en toezicht van die derde. Uit de getuigenverklaringen leidt de kantonrechter af dat de derde rechtstreekse zeggenschap had over de wijze waarop orderpickers van werkgever hun werkzaamheden verrichtten, in het bijzonder over de plek in de onderneming waar zij werden ingezet, welk werk zij deden, of zij

hun werk goed deden en of zij de gestelde norm haalden, wanneer zij pauze hielden en ook of zij in geval van ziekte het werk konden verlaten. Uit alle verklaringen in onderling verband beschouwd volgt dat is voldaan aan het criterium dat werkgever de orderpickers aan derden ter beschikking stelde om onder toezicht en leiding van die derden werkzaamheden te verrichten. De conclusie is dat FNV in zoverre is geslaagd in de bewijsopdracht dat zij heeft bewezen dat werkgever werknemers die logistieke werkzaamheden verrichten zoals inpakwerkzaamheden en orderpicking aan een of meer derden ter beschikking heeft gesteld op basis van overeenkomsten die volgens de definitie van artikel 7:690 BW uitzendovereenkomsten zijn. Thans rijst de vraag of de overeenkomsten tussen werkgever en haar werknemers vallen onder de werkingssfeer van de ABU CAO en de CAO SF, gezien de voorwaarde die daarin is gesteld dat de cao's van toepassing zijn op de uitzendovereenkomsten indien en voor zover de omvang van de uitzendloonsom tenminste 50% van het totale premieplichtige loon op jaarbasis van die uitzendonderneming bedraagt, behoudens dispensatie op grond van artikel 4 van de ABU CAO. Nu geoordeeld is dat de werkzaamheden worden uitgevoerd op basis van uitzendovereenkomsten en niet anders kan worden vastgesteld welk deel van de jaarlijkse loonsom daarmee is gemoeid dan doordat werkgever inzage geeft in haar loonadministratie, zal werkgever in de gelegenheid worden gesteld zich daarover uit te laten. Als werkgever erkent dat ten minste 50% van de jaarlijkse loonsom betrekking heeft op logistieke werkzaamheden zoals inpakwerkzaamheden en orderpicking die zij voor derden heeft verricht over de periodes dat de ABU CAO verbindend is verklaard, dan kan zij met die erkenning volstaan. Als zij dat betwist, dan wordt van haar verlangd dat zij daarover voldoende gespecificeerde gegevens in het geding brengt ter onderbouwing van die betwisting. De zaak wordt hiertoe verwezen naar de rol voor akte aan de zijde van werkgever.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 29-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:3813

Zaaknummer: 2956504

Rechters: M.P.C.J. van Bavel

Advocaten: M.H.D. Vergouwen en P.T. Sick

Wetsartikelen: 7:690 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Geldigheid contractuele afvloeiingsregeling. Baijingsleer. Belangenverstrengeling en onrechtmatig handelen.

In de arbeidsovereenkomst die is gesloten tussen werknemer en werkgever is in artikel 10 een contractuele afvloeiingsregeling opgenomen. Werknemer vordert nakoming van artikel 10 van de arbeidsovereenkomst, hetgeen neerkomt op een bedrag van € 283.859,37 bruto.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkgever refereert ten eerste naar de zogenaamde Baijingsleer. Niet in geschil is dat de kantonrechter in de reeds tussen partijen gevoerde procedure ex artikel 7:685 BW op de hoogte was van het bestaan van de contractuele afvloeiingsregeling. Dit heeft tot gevolg dat de kantonrechter in onderhavige procedure ervan uit kan gaan dat de kantonrechter in de procedure ex artikel 7:685 BW bij de beslissing over de vergoeding ex 7:685 lid 8 BW heeft aangenomen dat deze regeling wordt nagekomen. Uit de tekst van de overgelegde beschikking in de procedure ex artikel 7:685 BW volgt, anders dan werkgever stelt, niet dat de daar vastgestelde vergoeding in de plaats is gekomen van de vergoeding ingevolge artikel 10 van de arbeidsovereenkomst. Dit betekent dat werknemer ontvankelijk is in zijn vordering tot nakoming van artikel 10 van de arbeidsovereenkomst. Werkgever is bovendien van mening dat de contractuele afvloeiingsregeling in strijd is met de Zorgbrede Governance Code 2010 (hierna: ZGC 2010), alsmede met de Beloningscode Bestuurders in de Zorg (hierna: BBZ). Daaromtrent wordt als volgt overwogen. Uit de gang van zaken volgt dat de uiteindelijke aanpassing van de arbeidsvoorwaarden van werknemer in 2010, zoals weergegeven in het addendum van 9 juli 2010, het gevolg is van een traject waarin, na de ingeroepen hulp van een tweetal deskundige adviseurs, de raad van toezicht (RvT) van werkgever is gekend, waarna door de RvT van werkgever, daartoe statutair gerechtigd, op 18 mei 2010 een besluit is genomen. Dit besluit is vervolgens uitgevoerd door het opstellen van het addendum van 9 juli 2010 en de melding van de aangepaste arbeidsvoorwaarden bij de secretaris van de Toetsingscommissie BBZ. Dit heeft tot gevolg dat werkgever in beginsel gebonden is aan hetgeen zij met werknemer is overeengekomen, in het bijzonder het bepaalde in artikel 10 van de arbeidsovereenkomst. Dat werkgever thans vraagtekens plaatst bij het besluit van de RvT in 2010, afgezet tegen de Zorgbrede Governance Code en BBZ, kan

werknemer niet worden tegengeworpen. Werkgever stelt voorts met een beroep op artikel 6:248 BW en 6:258 BW dat sprake is van een zodanig uitzonderlijke situatie dat zij om die reden niet langer gebonden is aan de contractuele afvloeiingsregeling. Ook dit verweer slaagt niet. Er mag immers van uit worden gegaan dat de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de hoogte van de genoten beloning en bekrachtiging van bestaande arbeidsvoorwaarden destijds is meegewogen in de beslissing van de RvT. Bovendien is ernstig verwijtbaar handelen van werknemer bij de totstandkoming hiervan niet komen vast te staan. De loonkosten die werkgever heeft gemaakt komen voorts voor rekening en risico van werkgever en kunnen niet op deze wijze op werknemer worden afgewenteld. De stellingen van werkgever met betrekking tot ongeoorloofde belangenverstrengeling tussen werknemer en leveranciers van werkgever, onrechtmatig handelen in een dossier, waarbij werknemer zich meer concreet schuldig zou hebben gemaakt aan valsheid in geschrifte en bedrog zijn allen omstandigheden die op zichzelf zouden kunnen worden aangeduid als een dringende reden in de zin van artikel 7:667 en 7:678 BW. Daarmee zou sprake kunnen zijn van de uitzondering als beschreven in artikel 10 lid 1 van de arbeidsovereenkomst tussen partijen. Nu werknemer betwist dat hiervan sprake is, ligt het op de weg van werkgever dit te bewijzen, aangezien zij een beroep doet op deze uitzonderingsbepaling en de rechtsgevolgen daarvan. Nu zij bewijs heeft aangeboden, stelt de kantonrechter haar in de gelegenheid dit bewijs te leveren.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 29-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:3915

Zaaknummer: 4241917

Advocaten: J.S. Wurfbain en W.T.A. Kampschreur

Wetsartikelen: 6:248 BW, 6:258 BW en 7:685 BW

RECHTSPRAAK

**vrijwilliger/Parochie H.H. Vier Evangelisten en Nationale
Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij N.V.**

Werkgever aansprakelijk ex artikel 7:658 lid 4 BW voor val vrijwilliger van kerkdak. Vrijwilliger verricht werkzaamheden in de uitoefening van bedrijf van Parochie bij uitlichten kerkdak.

De Parochie is onderdeel van het Aartsbisdom Utrecht en heeft een eigen bestuur dat bestaat uit zes personen. In 2006 is er een klusgroep opgericht. X (65 jaar) was vrijwillig lid van de klusgroep van de Parochie. Met goedkeuring van het parochiebestuur zou de klusgroep verlichting plaatsen op het dak van de kerk om zo de muur en de toren van de kerk te verlichten. X is van de kerk gevallen en heeft ernstig (blijvend) letsel opgelopen. De kantonrechter heeft bij beschikking van 27 mei 2014 geoordeeld dat artikel 7:658 lid 4 BW niet op de onderhavige zaak van toepassing is, in de kern genomen omdat de werkzaamheden die X op de bewuste avond van 7 september 2012 verrichtte, niet tevens door werknemers van de Parochie hadden kunnen worden verricht zodat deze werkzaamheden niet onder de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de Parochie vallen. Evenmin is volgens de kantonrechter sprake van aanneming van werk in de zin van artikel 7:750 BW, zodat X (anders dan hij voorstaat) niet als aannemer kan worden aangemerkt en artikel 7:658 lid 4 BW ook op deze grond toepassing mist. Vervolgens heeft de kantonrechter aan de hand van de Kelderluikcriteria (HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079) onderzocht of de Parochie aansprakelijk is op grond van artikel 6:162 BW (in dit geval door X aangeduid als: gevaarstelling) omdat zij een op haar rustende zorgplicht heeft geschonden. De kantonrechter is tot het oordeel gekomen dat daarvan geen sprake is en dat de schade het gevolg is van een ongelukkige samenloop van omstandigheden bij het uitvoeren van de werkzaamheden. De vordering van X is afgewezen. X is het hiermee niet eens. De zinsnede 'in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf' als bedoeld in dit artikel dient volgens hem ruim opgevat te worden zodat daaronder niet alleen daadwerkelijke bedrijven of beroepen vallen, maar ook niet-beroepsmatige organisaties, particuliere clubs, verenigingen en andere organisaties die gebruik maken van vrijwilligers voor het doen verrichten van allerlei werkzaamheden. Van belang in dit verband is dat de Parochie een aantal diensten verleent zoals het gebruik van de kerk voor uitvaartdiensten en

huwelijksvoltrekkingen, onroerend goed verhuurt en inkomsten uit de graven nabij het kerkgebouw genereert. Daarnaast is er sprake van een duidelijke hiërarchische structuur en bestaat er een gezagsverhouding tussen de parochie en X. Voorts heeft de Parochie economisch profijt van de werkzaamheden van de vrijwilligers, aldus X.

Het hof oordeelt als volgt. Dat de door X verrichte werkzaamheden feitelijk (concreet) tot de bedrijfsuitoefening van de Parochie behoorden, blijkt naar het oordeel van het hof hieruit dat de Parochie (naast het belijden van het geloof) ook verantwoordelijk is voor het beheer en het onderhoud van het kerkgebouw en het kerkhof. Ten aanzien van het vereiste in de uitoefening van het beroep of bedrijf overweegt het hof dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het moet gaan om werkzaamheden die de ‘werkverschaffer’ in het kader van de uitoefening van zijn bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten (*Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 7, p. 15). Bepalend is derhalve dat werkzaamheden ook door eigen werknemers zouden kunnen worden verricht. Of in concreto werknemers in de Parochie zijn aan te wijzen die dezelfde werkzaamheden verrichten, is dan minder van belang. In dat licht is het verweer van de Parochie dat noch de werkzaamheden van de koster, noch die van de werknemers (de pastoor, de pastoraal medewerkers en de secretaresses) de door de klusgroep uitgevoerde werkzaamheden omvatten, niet relevant. Naar het oordeel van het hof heeft de Parochie onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die kunnen leiden tot het oordeel dat zij heeft voldaan aan haar zorgplicht van artikel 7:658 lid 1 BW. Ook volgens haar eigen stellingen heeft zij X geen (algemene en/of specifieke) veiligheidsinstructies gegeven (bijv. door hem te waarschuwen voor het niveauverschil op het dak) noch heeft zij (algemene en/of specifieke) veiligheidsmaatregelen getroffen (bijv. door het plaatsen van een steiger), terwijl zij op de hoogte was van de te verrichten klus van X en collega van X omdat zij daarvoor haar goedkeuring had verleend.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-06-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:5294

Zaaknummer: 200.159.986

Rechters: E.B. Knottnerus, J.L. Smeehuizen en A.A. van Rossum

Advocaten: F.A.M. Knuppe, H.A. Kragt en D. Knottenbelt

Wetsartikelen: 7:658 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Nestaan Holland B.V.

Werknemer is gehouden schade werkgever te vergoeden wegens ongerechtvaardigde wijziging van zijn pensioenregeling. Wijziging pensioenregeling overschrijdt Witteveenkader.

Werknemer is met ingang van 1 augustus 1988 bij Nestaan in dienst getreden in de functie van Hoofd Administratie/Bedrijfscontroller. In 1989 hebben partijen afspraken gemaakt over pensioen. De pensioenregeling is met ingang van 15 januari 2004 in een aantal opzichten gewijzigd. De desbetreffende pensioenbrief is door werknemer ondertekend op 15 januari 2004, zowel namens zichzelf als namens Nestaan. In deze regeling is in artikel 3 lid 3 de pensioengrondslag uitgebreid met het vakantiegeld en de 13e maand. Uit artikel 4 lid 1 volgt voorts dat het opbouwpercentage van het beoogde ouderdomspensioen verhoogd van 1,75% naar 2% op jaarbasis. Er heeft geen voorafgaand overleg over deze wijzigingen plaatsgevonden met de statutaire directie van Nestaan. Instemming met deze wijzigingen is door Nestaan ook achteraf niet gegeven. Bij eindvonnis van 7 november 2014 is werknemer veroordeeld om aan Nestaan te betalen een bedrag van € 128.444,63, vermeerderd met wettelijke rente, en is Nestaan in reconventie veroordeeld om aan werknemer diverse bedragen te betalen, vermeerderd met wettelijke rente. Volgens werknemer heeft hij de wijzigingen doorgevoerd vanwege het zogenoemde Witteveenkader. Bij ongewijzigde voortzetting van de pensioenregeling zou werknemer vanwege fiscale sancties een lager pensioen opbouwen dan hem in 1989 was toegezegd en zou Nestaan worden geconfronteerd met aanzienlijke fiscale boetes die niet op werknemer verhaalbaar zouden zijn. De noodzaak van de aanpassingen maakt dat deze gerechtvaardigd zijn, aldus nog steeds werknemer.

Het hof oordeelt als volgt. Voor zover werknemer beoogt te stellen dat de aanpassingen van de pensioenregeling niet meer dan een technische wijziging vormden met geen ander doel dan (kostenneutraal) te voldoen aan nieuwe fiscale regels in het kader van de Wet LB 1964 – in die zin dat de pensioenpremies en bijdragen in de toekomst ook ten laste van het brutoloon konden worden gebracht dan wel, voor zover het ging om het werkgeversaandeel daarin, voor de werkgever fiscaal aftrekbaar zouden zijn – is dat onvoldoende onderbouwd en gaat het hof daaraan voorbij. Niet is toegelicht waarom het specifiek en uitsluitend vanwege de nieuwe

fiscale regels nodig was het opbouwpercentage te verhogen en/of de pensioengrondslag te verruimen. De – betwiste – stelling dat de voordelen van de rente- en omvangkorting, de (vrijgevallen) premie voor het wezenpensioen en de renteparticipatie en winstdeling de oorspronkelijke pensioenregeling ‘mogelijk’ fiscaal bovenmatig zou maken is een onvoldoende onderbouwing.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 14-06-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:1580

Zaaknummer: 200.164.745/01

Rechters: R.S. van Coevorden, A.G. van Marwijk Kooij en H.M. Wattendorff

Advocaten: R.J.G. Veugelers en R.L.H. Boas

Wetsartikelen: 6:74 BW en 7:661 BW

RECHTSPRAAK

KH Beheer BV/werknemer

Afwijking van deskundigenoordeel is slechts gerechtvaardigd als werkgever bijkomende feiten en omstandigheden kan bewijzen. Loondoorbetaling bij ziekte.

Werknemer is op 28 augustus 1972 in dienst getreden bij KH Beheer BV (hierna: KH). Werknemer is sindsdien een aantal keer arbeidsongeschikt geweest. Hij is op 22 februari 2011 weer volledig begonnen met werken bij KH. Op 3 april 2011 is werknemer door KH geschorst. Hij heeft vervolgens tot 29 augustus 2011 (met behoud van loon) niet voor KH gewerkt. KH heeft de loondoorbetaling per 1 november 2011 gestopt. Bij brief van 31 januari 2013 heeft KH met toestemming van het UWV de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd. KH vordert onder meer een verklaring voor recht dat KH na 10 december 2009 geen loondoorbetalingsverplichting heeft en dat werknemer hoofdelijk aansprakelijk is voor de door KH als gevolg van verduistering geleden schade. Werknemer heeft in reconventie gevorderd KH te veroordelen aan hem over de periode van 1 november 2011 tot 3 juli 2012 zijn loon te betalen. De kantonrechter heeft de vorderingen van KH afgewezen en de vordering van werknemer toegewezen. Tegen dit vonnis komt KH in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Wat betreft de periode van 10 december 2009 tot 1 november 2011 wordt als volgt geoordeeld. Anders dan KH heeft betoogd, is er geen sprake geweest van een onafgebroken periode van arbeidsongeschiktheid van 104 weken. De periode van arbeidsongeschiktheid is onderbroken door de hersteldverklaring van werknemer per 22 februari 2011, waarna hij in ieder geval vier weken volledig gewerkt heeft. Dat ook KH uitging van een hersteldverklaring per de genoemde datum blijkt duidelijk uit de brief van casemanager van KH van 23 februari 2011, waarin is genoteerd dat ook KH ervan uitgaat dat werknemer per die datum volledig is hersteld. Dit betekent dat, nu de arbeidsongeschiktheid van werknemer met ten minste vier weken is onderbroken, er weer een nieuwe ziekteperiode is gaan lopen toen werknemer zich nadien weer ziek meldde, met een loondoorbetalingsverplichting gedurende 104 weken voor KH. KH stelt dat werknemer feitelijk niet zijn eigen, maar slechts passende werkzaamheden in het kader van zijn re-integratie heeft verricht. Voor zover KH daarmee beoogt te stellen dat uit het verrichten van

deze passende werkzaamheden de gehele of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid blijkt, wordt die stelling verworpen, ook als wordt uitgegaan van het verrichten van andere dan de eigen werkzaamheden. Immers, bij een onderbreking in de zin van artikel 7:629 lid 10 BW gaat het om een periode waarin de werknemer in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte *verhinderd* is geweest zijn arbeid te verrichten, wat als gezegd niet het geval was. Niet bepalend is of de werknemer feitelijk zijn arbeid heeft *verricht*. Wat betreft de periode na 1 november 2011 staat het oordeel van de bedrijfsarts tegenover het oordeel van de verzekeringsarts. Om tot de conclusie te komen dat aan het oordeel van de verzekeringsarts minder gewicht moet worden toegekend, moet sprake zijn van bijkomende feiten en omstandigheden die deze conclusie rechtvaardigen. Volgens KH bestaan die omstandigheden eruit dat werknemer bij het UWV de indruk heeft gewekt dat hij bedrijfsleider was, terwijl hij werfbaas/terreinchef was. KH lijkt hiermee te stellen dat werknemer het UWV om de tuin heeft proberen te leiden en dat het UWV hierin is meegegaan. Uit de stukken blijkt echter anders. Het UWV heeft de discussie die daarover tussen partijen werd gevoerd uitdrukkelijk meegewogen in haar deskundigenoordeel van 11 oktober 2010. Gelet op het voorgaande is er geen aanleiding om te twifelen aan de juistheid van de deskundigenoordelen van het UWV. Het voorgaande betekent dat werknemer ook na 1 november 2011 arbeidsongeschikt was. Zijn vordering tot betaling van dat loon over de periode 1 november 2012 tot en met 3 juli 2012 wordt daarom toegewezen. Wat betreft de stelling van KH dat werknemer betrokken is geweest bij de fraude, is KH niet in staat gebleken concreet aan te wijzen waaruit dit blijkt. Nu het ontbreekt aan concrete aanwijzingen die wijzen op betrokkenheid van werknemer bij de fraude, kan werknemer volstaan met betwisting van de betrokkenheid. Volgt toewijzing van de vordering van werknemer en afwijzing van de vorderingen van KH.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 07-06-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:1538

Zaaknummer: 200.167.840

Rechters: R.S. van Coevorden, M.J. van der Ven en S.R. Mellema

Advocaten: A.J. Fontijn en M.J. Klinkert

Wetsartikelen: 7:629 BW

RECHTSPRAAK

Miss Etam Services B.V./werknemer

Hoger beroep tegen een in de ontbindingsbeschikking toegekende transitievergoeding omdat tijdens de ontbindingstermijn een ontslag op staande voet plaatsvindt. Onder omstandigheden kan de appelrechter de ontbindingsbeschikking dan geheel vernietigen.

Werknemer was vanaf 1 februari 2010 werkzaam voor een dochteronderneming van Etam Groep Retail B.V. (verder: Etam Retail) in de functie van Area Manager. Per 1 april 2012 werd zijn functie Regionaal Sales Manager en vanaf 1 april 2015 Sales Manager. Etam Retail is op 21 april 2015 in staat van faillissement verklaard. Miss Etam heeft een deel van de activiteiten van Etam Retail voortgezet. Werknemer is op 1 mei 2015 voor 40 uur per week bij Miss Etam in dienst getreden als Sales Manager, tegen een brutomaandsalaris van € 5.250 exclusief 8% vakantiegeld en overige emolumenten. In augustus 2015 is werknemer geschorst, omdat hij zich niet zou houden aan kaders bij de selectieprocedure. Op 16 oktober 2015 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst per 1 december 2015 ontbonden onder toekenning van een transitievergoeding aan werknemer. Op 5 november is werknemer op staande voet ontslagen omdat – aldus Miss Etam – gebleken is dat werknemer ook belangrijke informatie heeft achtergehouden. Op 18 december 2015 heeft werknemer bij de kantonrechter een verzoekschrift ex artikel 7:681 BW ingediend, waarbij hij zich neerlegt bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst per 5 november 2015, maar waarin hij aanspraak maakt op een billijke vergoeding omdat het ontslag op staande voet van 5 november 2015 zonder dringende redenen zou zijn gegeven. Op dit verzoek was ten tijde van de mondelinge behandeling in hoger beroep van de onderhavige zaak nog niet beslist. In het thans aan de orde zijnde hoger beroep vordert Miss Etam – zakelijk weergegeven en na hernieuwde eiswijziging – de vernietiging van de bestreden beschikking, maar uitsluitend wat betreft de toegekende transitievergoeding en opnieuw rechtdoende te bepalen dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst per 1 december 2015 het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer zodat miss Etam geen (transitie)vergoeding aan werknemer verschuldigd is. Miss Etam legt aan deze gewijzigde eis ten grondslag dat na de beschikking van de rechtbank nieuwe feiten en omstandigheden bekend zijn geworden op basis waarvan zij werknemer op 5 november 2015

op staande voet heeft ontslagen.

Het hof oordeelt als volgt. Tussen partijen staat vast dat de tussen hen bestaande arbeidsovereenkomst per 5 november 2015 is geëindigd. Dit betekent dat van een ontbinding van de arbeidsovereenkomst per 1 december 2015 geen sprake meer kan zijn. Echter dat brengt niet automatisch mee dat daarmee ook de op grond van de bestreden beschikking verschuldigde vergoeding niet langer verschuldigd is. Het zou immers – zo volgt uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad – in strijd zijn met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen indien zonder aanwending van een rechtsmiddel rechtskracht zou kunnen worden ontzegd aan een onherroepelijke rechterlijke uitspraak (zie bijv. ECLI:NL:HR:2014:2898). Dit betekent dat Miss Etam een belang heeft bij haar hoger beroep. Dat neemt niet weg dat – nu door de Wet werk en zekerheid hoger beroep tegen ontbindingsbeschikkingen mogelijk is geworden en tijdig een rechtsmiddel is ingesteld – in een situatie dat de kantonrechter een arbeidsovereenkomst heeft ontbonden maar aan de arbeidsovereenkomst vóór het beoogde tijdstip van ontbinding door onvoorziene omstandigheden een einde is gekomen, de appelrechter daarin in beginsel aanleiding kan zien vast te stellen dat de beoogde ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet is geëffectueerd, zodat van een uit die ontbinding voortvloeiende transitievergoeding (volgend uit het bepaalde in art. 7:673 lid 1 onderdeel a ten 2e BW) ook geen sprake kan zijn. De vraag rijst of dit beginsel in deze zaak ook op dient te gaan, nu partijen de verschuldigdheid van de transitievergoeding ad € 10.395 op 15 oktober 2015 tijdens de mondelinge behandeling zijn overeengekomen. Deze afspraak over de verschuldigdheid van de transitievergoeding is door het ontslag op staande voet niet ongedaan gemaakt. Miss Etam heeft zich dit kennelijk gerealiseerd. Zij stelt immers dat als zij op 15 oktober 2015 op de hoogte zou zijn geweest van het feit dat de aanstellingsgesprekken met de Community Managers reeds in de eerste week van juni 2015 hadden plaatsgevonden, zij de betreffende afspraak nimmer zou hebben gemaakt. Maar ook indien het hof wel zou kunnen toekomen aan een oordeel over de vraag of sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 7:673 lid 7 BW, zou het hoger beroep falen, omdat Miss Etam naar het oordeel van het hof onvoldoende heeft gesteld om het oordeel te rechtvaardigen dat het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van werknemer. Van algemene bekendheid is dat de periode na een doorstart doorgaans een hectische periode is, waarin veel en tegelijkertijd moet worden bedacht en geregeld. In zo een periode heeft werknemer, toen er op 12 juni 2015 – dus feitelijk na afloop van het met de directie besproken selectieproces – door de nieuwe leidinggevende van werknemer een overleg werd gepland over dat proces, niet gemeld dat de gesprekken met de geselecteerde Community Managers al hadden plaatsgevonden. Hoewel het ‘de koninklijke weg’ geweest zou zijn als werknemer (dan wel zijn collega) zou hebben gemeld dat de gesprekken al hadden plaatsgevonden, kwalificeert het niet-melden niet als ernstig verwijtbaar handelen als hier bedoeld. Dit geldt

temeer omdat niet valt in te zien dat Miss Etam door dit zwijgen van werknemer op enige relevante wijze is benadeeld; de gesprekken hadden hoe dan ook al plaatsgevonden.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 10-05-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:1210

Zaaknummer: 200.184.023/01

Rechters: M.J. van der Ven, M.L.A. Filippini en A.G. van Marwijk Kooij

Advocaten: K.L.M. Kaldenbach en J.P.M. Borsboom

Wetsartikelen: 7:671b BW, 7:673 lid 7 BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

CRH Structural Concrete B.V./werknemer

Werkgever heeft belang bij voorwaardelijke ontbinding, daar werknemer de mogelijkheid heeft om rechtsmiddelen aan te wenden tegen eerdere beschikking (zie AR 2016-0793), waardoor kan komen vast te staan dat ontslag op staande voet toch niet terecht is geweest. Toewijzing ontbindingsverzoek (e-grond).

Werknemer is op 1 april 2008 in dienst getreden bij CRH Structural Concrete B.V. (hierna: CRH). In de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat het werknemer niet is toegestaan om, zonder voorafgaande toestemming van CRH, nevenactiviteiten te verrichten. Op 19 november 2015 is werknemer geschorst. Onder meer na onderzoek van Hoffmann Bedrijfsrecherche van 27 november 2015 tot 4 december 2015 is gebleken dat de partner van werknemer als enig aandeelhouder van HACO B.V. aandeelhouder is van NVB/BMN. Ook is tijdens het onderzoek vastgesteld dat werknemer actief betrokken is bij NVB, BMN en Concrete People. Het onderzoeksbureau heeft vastgesteld dat hiermee sprake is van ongeoorloofde nevenactiviteiten en belangenverstrengeling. Bij brief van 15 december 2015 heeft CRH werknemer daarop op staande voet ontslagen. CRH verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer voorwaardelijk te ontbinden vanwege verwijtbaar handelen van werknemer (e-grond) dan wel vanwege een verstoorde arbeidsverhouding (h-grond).

De kantonrechter oordeelt als volgt. CRH stelt belang te hebben bij de door haar gevraagde ontbinding voor het geval *in rechte onherroepelijk mocht komen vast te staan dat de arbeidsovereenkomst niet is geëindigd door het ontslag op staande voet*. In het kader van het inmiddels vervallen artikel 7:685 BW is aanvaard dat een werkgever, nadat een werknemer de nietigheid van een ontslag op staande voet heeft ingeroepen, een gerechtvaardigd belang kan hebben bij voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, namelijk voor het geval de arbeidsovereenkomst blijkt niet te zijn geëindigd door dat ontslag (HR 21 oktober 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4670, NJ 1984/296). De kantonrechter ziet geen reden om voor de verzochte ontbinding met toepassing van artikel 7:671b BW tot een ander oordeel te komen. Bij beschikking van vandaag (zie AR 2016-0793) heeft de kantonrechter geoordeeld dat het door CRH aan werknemer op 15 december 2015 op staande voet gegeven ontslag rechtsgeldig

is geweest. Aangezien werknemer de mogelijkheid heeft om rechtsmiddelen aan te wenden tegen laatstgenoemde beschikking, heeft CRH belang bij haar onderhavige verzoek omdat na hoger beroep, cassatie en verwijzing na cassatie kan komen vast te staan dat het ontslag op staande voet niet terecht is geweest. CRH heeft belang om nu – en niet pas wanneer het geschil oud en belegen is geworden en na toepassing van artikel 7:683 lid 3 en 4 BW – een oordeel van de kantonrechter te krijgen over het geschil onder wegdenking van het ontslag op staande voet.

Naar het oordeel van de kantonrechter bestaat er een redelijke grond voor ontbinding, als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW, om welke reden herplaatsing van werknemer niet in de rede ligt. Als in de beschikking van vandaag (AR 2016-0793) ten aanzien van de dringende reden in het kader van het ontslag op staande voet is overwogen, valt naar het oordeel van de kantonrechter ook in dit verzoek uit de vaststaande feiten af te leiden dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van werknemer. Voor de verdere motivering verwijst de kantonrechter naar wat in die beschikking is overwogen. De slotsom is dat de kantonrechter het (voorwaardelijk) verzoek van CRH op de primaire grondslag zal toewijzen. Omdat naar het oordeel van de kantonrechter sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door werknemer, zal de kantonrechter overeenkomstig het verzoek van CRH met toepassing van artikel 7:671b lid 8 onderdeel b BW de ontbindingsdatum bepalen op 1 mei 2016. Vanwege het ernstig verwijtbaar handelen van werknemer ziet de kantonrechter geen aanleiding om aan werknemer de transitievergoeding, laat staan een billijke vergoeding, toe te kennen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 20-04-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:1914

Zaaknummer: 4737116 AR VERZ 16-5

Rechters: R.T. Terpstra

Advocaten: J. Kalisvaart, I. Staps-Geenen, W.W.J. Ribbers en S.J.E. van Bergen

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

RECHTSPRAAK

werknemer/CRH Structural Concrete B.V.

Werknemer heeft zich beziggehouden met andere ondernemingen, ondanks verbod op nevenactiviteiten. Dringende reden voor ontslag op staande voet. Loon over periode van schorsing werknemer door werkgever verschuldigd (Van der Gulik/Vissers).

Werknemer is op 1 april 2008 in dienst getreden bij CRH Structural Concrete B.V. (hierna: CRH). In de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat het werknemer niet is toegestaan om, zonder voorafgaande toestemming van CRH, nevenactiviteiten te verrichten. Op 19 november 2015 is werknemer geschorst. Onder meer na onderzoek van Hoffmann Bedrijfsrecherche van 27 november 2015 tot 4 december 2015 is gebleken dat de partner van werknemer als enig aandeelhouder van HACO B.V. aandeelhouder is van NVB/BMN. Ook is tijdens het onderzoek vastgesteld dat werknemer actief betrokken is bij NVB, BMN en Concrete People. Het onderzoeksbureau heeft vastgesteld dat hiermee sprake is van ongeoorloofde nevenactiviteiten en belangenverstrengeling. Bij brief van 15 december 2015 heeft CRH werknemer daarop op staande voet ontslagen. Werknemer verzoekt het ontslag op staande voet te vernietigen. Voorts verzoekt werknemer betaling van loon over de periode van 19 november 2015 tot 15 december 2015.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Op grond van de feiten komt de kantonrechter tot zijn oordeel dat werknemer CRH een dringende reden heeft gegeven hem op staande voet te ontslaan. De vastgestelde feiten leveren het beeld op dat werknemer in zijn eigen belang zich heeft beziggehouden met andere ondernemingen dan CRH en daarvoor is betaald met een (management)fee. Dat op zich levert al overtreding op van het verbod op nevenactiviteiten in de arbeidsovereenkomst en een dringende reden, omdat werknemer als geen ander – hij was de baas van de locatie Veenoord – behoorde te weten dat nevenactiviteiten zonder toestemming niet zijn toegestaan, terwijl hij dat ook wist, getuige een eerder gevraagde toestemming voor deelname in Concrete People. Doordat na een halfjaar die toestemming werd ingetrokken moest het werknemer temeer duidelijk zijn dat CRH geen belangenverstrengeling wilde. Het verloop van het gesprek met twee werknemers van Hoffmann Bedrijfsrecherche op 19 november 2015 leert de kantonrechter dat werknemer erg

goed wist dat hij fout zat en heeft geprobeerd zijn betrokkenheid bij andere ondernemingen te verdoezelen. De kantonrechter gelooft dat het gesprek voor werknemer onverwacht is gekomen, maar stelt vast dat werknemer het wel gedurende bijna drie uren heeft gevoerd. Dan is er gelegenheid te over geweest voor werknemer om zich uit het gesprek terug te trekken, wat hij niet heeft gedaan. Ook heeft werknemer het gespreksverslag ondertekend. Omdat het gesprek lang heeft geduurd en zich heeft ontwikkeld van eerst ontkenning naar vervolgens erkenning hecht de kantonrechter er veel waarde aan. Ook de inhoud van overgelegde whatsappberichten tonen de ongeoorloofde nevenactiviteiten en belangenverstrengeling aan. Voorts is het ontslag op staande voet onverwijld medegedeeld. De kantonrechter is van oordeel dat CRH voldoende voortvarend heeft gehandeld. Naar het oordeel van de kantonrechter is het ontslag op staande voet dan ook rechtsgeldig. Het verzoek tot vernietiging van het ontslag wordt afgewezen. Dat brengt de kantonrechter tot een overweging over de inhouding van het salaris van werknemer tijdens de schorsing van 19 november 2015 tot 15 december 2015. Voor de inhouding van salaris tijdens een schorsing is een contractuele grondslag nodig. Omdat naar het oordeel van de kantonrechter een voldoende contractuele grondslag ontbreekt, kon CRH alleen gebruik maken van de mogelijkheid disciplinaire straffen op te leggen die de overeengekomen arbeidsvoorwaarden onaangetast laten. In het arrest Van der Gulik/Vissers & Partners heeft de Hoge Raad beslist dat een schorsing een oorzaak voor het niet verrichten van de bedongen werkzaamheden is die in de risicosfeer van de werkgever valt. Volgt toewijzing van het verzoek tot veroordeling van CRH tot betaling van loon over voornoemde periode.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 20-04-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:1913

Zaaknummer: 4792733 AR VERZ 16-27 e.v.

Rechters: R.T. Terpstra

Advocaten: W.W.J. Ribbers, S.J.E. van Bergen, J. Kalisvaart en I. Staps-Geenen

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Abvakabo FNV/Ziggo B.V.

Uitleg artikel 29 CAO Kabel Telecom: resultaatafhankelijke uitkering wordt berekend naar rato werkdagen en niet naar rato van loon (arbeidsduurvermindering met behoud van loon).

Op grond van artikel 29 van de cao hebben werknemers van Ziggo naast het vaste brutosalaris recht op een resultaatafhankelijke uitkering (hierna te noemen: rau). Abvakabo FNV c.s. hebben in eerste aanleg een verklaring voor recht gevorderd dat de aanspraak op de rau als bedoeld in artikel 29 van de cao van werknemers die gebruik maken van de PRES-regeling (een regeling die erin voorziet dat tegen inlevering van 5% resp. 10% van het loon een werknemer 20% resp. 40% minder kan werken), jaarlijks wordt bepaald door de som van het in het desbetreffende jaar verdiende althans daadwerkelijk ontvangen brutosalaris en voorts gevorderd primair veroordeling van Ziggo tot naleving van artikel 29 cao door, kort gezegd, over te gaan tot uitbetaling van de rau aan alle (gebonden en niet-gebonden) werknemers overeenkomstig voorgaande zin met terugwerkende kracht vanaf 2006 en subsidiair dezelfde veroordeling maar dan alleen voor (ex-)werknemers die lid zijn van Abvakabo FNV. De kantonrechter heeft bij vonnis van 26 mei 2014 de vorderingen van Abvakabo FNV c.s. afgewezen. In de kern genomen heeft de kantonrechter daarin geoordeeld dat de bewoordingen van de bepaling over de rau in de PRES-regeling slechts voor één uitleg vatbaar zijn: de hoogte van de rau wordt niet gebaseerd op het verdiende salaris maar op het (salaris behorende bij het) feitelijke werktijdpercentage. Verder heeft de kantonrechter overwogen dat Ziggo op grond van de PRES-regeling aan de deelnemers ervan meer salaris betaalt dan waarop zij op grond van de cao aanspraak kunnen maken, zodat de stelling van Abvakabo FNV c.s. dat de bepaling over de rau nietig is, moet worden verworpen.

Het hof oordeelt als volgt. In artikel 29 cao is de rau gekoppeld aan en afhankelijk van de bereikte resultaten in de onderneming. Dit wordt onderstreept met de (zie art. 3.5) zinsnede: 'Zo wordt jouw bijdrage aan die resultaten nog eens extra beloond.' Hieruit blijkt dat de ratio van de rau is gelegen in een koppeling van een op een bedrijfsresultaat gebaseerde uitkering aan de mate waarin een medewerker daadwerkelijk een bijdrage aan het bedrijfsresultaat heeft geleverd (in het onderhavige geval: drie of vier dagen per week) en niet afhankelijk is

van het feitelijke verdiende salaris (90% of 95%). Of anders gezegd, hoe meer een werknemer werkt, des te meer hij aan het bedrijfsresultaat meewerkt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-03-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:2492

Zaaknummer: 200.154.725

Rechters: P.L.R. Wefers Bettink, E.B. Krottnerus en A.A. van Rossum

Advocaten: M.B. van Voorthuizen en A.P. van Fijn Draat

Wetsartikelen: CAO Kabel & Telecom

RECHTSPRAAK

Aiptek International GmbH/agent

Beëindiging agentuurovereenkomst en vaststelling billijke vergoeding.

In de onderhavige zaak is na uitvoerig getuigenverhoor komen vast te staan dat (a) sprake is van een agentuurovereenkomst en (b) dat deze door Aiptek is beëindigd. Vervolgens staat de vraag centraal of de agent recht heeft op een vergoeding ex artikel 7:442 BW. Op grond van artikel 7:442 lid 1a BW heeft de handelsagent bij het einde van de agentuurovereenkomst recht op een vergoeding voor zover hij bij de principaal nieuwe klanten heeft aangebracht of de overeenkomsten met de bestaande klanten aanmerkelijk heeft uitgebreid en de principaal nog aanzienlijke voordelen oplevert en de betaling van deze vergoeding billijk is (art. 7:442 lid 1b BW), gelet op alle omstandigheden van het geval, in het bijzonder op de verloren provisie uit de overeenkomsten met deze klanten. De vaststelling van de klantenvergoeding verloopt in drie fasen. In de eerste fase dienen de voordelen die transacties met door de handelsagent aangebrachte klanten de principaal opleveren, gekwantificeerd te worden (art. 7:442 lid 1 onderdeel a BW). Vervolgens moet in de tweede fase beoordeeld worden of reden bestaat het aldus vastgestelde bedrag aan te passen met het oog op de billijkheid, gelet op alle omstandigheden van het geval, en met name gelet op de door de handelsagent gederfde provisie; de billijkheid kan zowel een verhoging als een verlaging van het in de eerste fase vastgestelde bedrag meebrengen (art. 7:442 lid 1 onderdeel b BW). Ten slotte wordt in de derde fase getoetst of het uit de twee eerdere berekeningsfasen volgende bedrag het in lid 2 van artikel 7:442 BW bedoelde maximumbedrag niet te boven gaat (zie HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865). Zoals overwogen, moeten eerst de voordelen worden gekwantificeerd die transacties met de door de handelsagent (agent) aangebrachte klanten voor de principaal (Aiptek) opleveren. Het gaat hier om de voordelen die zijn gelegen in de mogelijkheid voor de principaal (Aiptek) om de aangebrachte klantenrelaties na beëindiging van de agentuurovereenkomst te kunnen blijven gebruiken zonder daarover provisie verschuldigd te zijn. Aiptek stelt echter dat zij in het geheel geen voordeel van de aangebrachte klanten heeft ondervonden en dus geen goodwillvergoeding hoeft te betalen, maar laat (ook in hoger beroep) na concreet aan te geven welke inspanningen zij heeft verricht om de door agent aangebrachte klanten aan zich te blijven binden, anders dan zij in algemene zin (productontwikkeling, markt van particulieren) heeft gedaan. In het licht van

haar stelling dat agent wegens het wegvallen van de door hem aangebrachte klanten geen recht heeft op een klantenvergoeding en gelet op hetgeen agent hiertegen heeft ingebracht, lag het op de weg van Aiptek om op dat punt met concrete gegevens te onderbouwen wat zij heeft gedaan om die klanten te behouden.

Het hof is derhalve van oordeel dat er weliswaar van uit moet worden gegaan dat Aiptek geen voordelen van de door agent aangebrachte klanten heeft genoten, maar dat het anderzijds niet de bedoeling van artikel 7:442 lid 1 BW is, welk artikel ertoe strekt de handelsagent tegenover de principaal te beschermen zodat deze bepaling overeenkomstig deze strekking moet worden uitgelegd (zie HvJ EG 26 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:195 (Turgay Semen) en HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865 (T-Mobile/Klomp)) agent onder deze omstandigheden in het geheel geen vergoeding te geven. Dat betekent dat het hof zo veel mogelijk bij artikel 7:442 BW leden 1 en 2 zal aansluiten. Een uniforme toepassing van artikel 7:442 lid 1 onderdeel a BW brengt, aldus de Hoge Raad, mee dat het voordeel van de principaal (Aiptek) wordt vastgesteld op basis van de in de laatste twaalf maanden door de handelsagent verdiende bruto provisie betreffende de nieuwe en geïntensiveerde bestaande klanten, welk bedrag vervolgens wordt gecorrigeerd met factoren betreffende (a) de duur van het voordeel dat de principaal naar verwachting aan de transacties met genoemde klanten kan ontlenen, (b) het verloop van het klantenbestand, en (c) de versnelde ontvangst van provisie-inkomsten door de agent die in één keer een vergoeding krijgt uitgekeerd. Ook van belang is in hoeverre de handelsagent in staat zou zijn geweest nieuwe overeenkomsten af te sluiten bij klanten van de principaal die door een andere agent waren aangebracht. Volgens agent (en Aiptek) bedroeg de provisie over de laatste 12 maanden € 7.500. Het hof acht de als uitgangspunt geldende klantenvergoeding van € 7.500, gelet op alle omstandigheden van het geval, niet billijk. Enerzijds geldt (als onweersproken) weliswaar dat agent niet gebonden was aan een concurrentiebeding en de door hem aangebrachte klanten kon blijven gebruiken, maar anderzijds zijn er volgens het hof redenen om af te wijken van het uitgangspunt om te relateren aan de vergoeding voor de laatste 12 maanden omdat deze vergoeding van € 7.500 significant afwijkt van die over de jaren 2007 (€ 93.100), 2008 (€ 86.357) en 2009 (€ 24.426). Het hof stelt dan ook een billijke vergoeding vast op € 25.000, hetgeen conform artikel 7:442 lid 2 BW het maximumbedrag van € 52.845,75 (standpunt agent) dan wel € 36.611,40 (standpunt Aiptek) niet overstijgt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-03-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:1821

Zaaknummer: 200.130.882

Rechters: B.J. Lenselink, H. van Loo en A.A. van Rossum

Advocaten: E.M.A. Tromp en L.G.M. Delahaije

Wetsartikelen: 7:44o BW

RECHTSPRAAK

X/Erasmus Universiteit Rotterdam

Universiteit niet aansprakelijk voor schade als gevolg van val over kabelhaspel. Persoon in overheidsdienst (art. 7:615 BW), zodat artikel 7:658 BW niet van toepassing is.

X is per 1 oktober 2011 als accountant in dienst getreden van de Erasmus Universiteit Rotterdam (hierna: EUR) voor de duur van twee jaar. X stelt dat hij op 10 september 2013 op weg naar de parkeergarage op het terrein van de EUR is gevallen over de losliggende kabel van een kabelhaspel. Dit heeft volgens hem geleid tot rugklachten, polsklachten en psychische klachten. De EUR is volgens X aansprakelijk – voor zover de aansprakelijkheid niet reeds in de brief van 4 december 2013 is erkend – op grond van artikel 7:658 BW, artikel 6:174 BW, artikel 6:173 BW dan wel artikel 6:162 BW.

De rechtbank oordeelt als volgt. Door X is in de eerste plaats gesteld dat hij in de brief van 4 december 2013 van Y een erkenning van de aansprakelijkheid door EUR voor de gevolgen van het ongeval mocht lezen. De rechtbank volgt X niet in dit standpunt. In deze brief wordt immers vermeld dat het Facilitair Bedrijf de locatie van de door werknemer genoemde kabelhaspel niet heeft kunnen verifiëren en stelt Y dat er op dit punt sprake is van een patstelling. X heeft primair aansprakelijkheid van de EUR als werkgever op grond van artikel 7:658 BW aan zijn vordering ten grondslag gelegd. De EUR heeft hier tegenin gebracht dat X geen beroep kan doen op deze arbeidsrechtelijke bepaling, nu hij werkzaam was op basis van een ambtelijke aanstelling. De rechtbank overweegt dat in artikel 7:615 BW is bepaald dat titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (waar art. 7:658 BW deel van uitmaakt) niet van toepassing is op personen in overheidsdienst. Daarbij is niet relevant dat de rechtsverhouding tussen de EUR en X materieel voldeed aan de omschrijving van artikel 7:610 lid 1 BW. De EUR is een openbare universiteit, zodat X valt onder de in artikel 7:615 BW genoemde groep personen. Het beroep op artikel 7:658 BW faalt.

Van de zijde van X is aangevoerd dat het al dan niet toepasselijk zijn van artikel 7:658 BW voor de onderhavige zaak niet van groot belang is, omdat de Centrale Raad van Beroep een daarmee vergelijkbare toets hanteert voor ambtenaren (zie ECLI:NL:CRVB:2000:AB0072). X

gaat er hierbij echter aan voorbij dat deze toets plaatsvindt in de bestuursrechtelijke rechtsgang (in het kader van de beoordeling van een besluit na een aan het bevoegd gezag gedaan verzoek tot schadevergoeding), waardoor deze norm niet in de beoordeling van een civielrechtelijke aansprakelijkstelling wordt betrokken. Het beroep op aansprakelijkheid van de EUR als werkgever wordt dan ook afgewezen. Ook het beroep op artikel 6:174 BW, 6:173 BW, 6:162 BW en 6:171 BW faalt. Daartoe wordt onder meer het volgende overwogen. De EUR kan niet als kabelbeheerder in de zin van artikel 6:174 lid 2 BW aangemerkt worden. Het beroep op risicoaansprakelijkheid voor roerende zaken is onvoldoende onderbouwd. Uit het dossier volgt dat de kabelhaspel in het bezit was van een externe uitvoerder. De kabelhaspel is dus niet door de EUR zelf op het terrein geplaatst. Niet gesteld of gebleken is dat de plaatsing van de kabelhaspel desondanks aan de schuld van de EUR is te wijten, dan wel krachtens de in het verkeer geldende opvattingen voor haar rekening dient te komen. De gevaarzetting kan daardoor niet aan de EUR worden toegerekend (art. 6:162 lid 3 BW). Volgt afwijzing van de vorderingen van X.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:5297

Zaaknummer: C/10/485817 / HA ZA 15-1011

Rechters: A. Boer

Advocaten: K. Aantjes en W.A.M. Rupert

Wetsartikelen: 6:171 BW, 6:162 BW, 6:173 BW, 6:174 BW, 7:615 BW en 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Ontslag 51-jarige salesmanager wegens bedrijfseconomische redenen niet kennelijk onredelijk. Vakantie tijdens non-actiefstelling.

Werknemer is van 1 juli 1991 tot 1 april 2015 in dienst geweest. Laatstelijk vervulde hij de functie Senior Sales Manager. Na verkregen toestemming is de arbeidsovereenkomst tegen 1 april 2015 wegens bedrijfseconomische redenen opgezegd. Partijen twisten in de onderhavige procedure onder meer over de vraag of de opzegging kennelijk onredelijk is (art. 7:681 (oud) BW).

De kantonrechter oordeelt als volgt. Op grond van de overgelegde gegevens van de bedrijfsresultaten van de afgelopen jaren wordt de stelling dat voor het ontslag geen deugdelijke bedrijfseconomische reden bestond verworpen. Uit de overgelegde stukken blijkt afdoende dat de onderhandelingen tussen partijen over voortzetting van de samenwerking nooit hebben gezien op het inzetten van werknemer in zijn oude functie van salesmanager, maar op de inzet als buitendienstmedewerker en als zelfstandige. Van een voorgewende of valse reden is geen sprake.

Volgens werknemer zijn de gevolgen van het ontslag voor hem te ernstig in vergelijking met het belang van werkgeefster bij het ontslag, gelet op zijn hoge leeftijd (51), lange dienstverband (24 jaar), hoge salaris (€ 6.393,60 per maand incl. vakantiegeld) en de ongunstige arbeidsmarktperspectieven. De kantonrechter deelt dit standpunt van werknemer niet. Werknemer is een zeer ervaren salesmanager en kan deze ervaring ook inzetten buiten de medische sector, als werknemer in loondienst en als zelfstandige. Werknemer had bovendien ruim de tijd te zoeken naar een andere passende functie. Het ontslag is niet kennelijk onredelijk op grond van het gevolgencriterium.

Volgens werknemer heeft hij recht op betaling van € 6.216 bruto ter vergoeding van de per 1 april 2015 opgebouwde, maar niet opgenomen vakantiedagen (21 dagen). Vooropgesteld wordt, verwijzend naar HR 21 maart 2003 (JAR 2003/91) dat een werknemer – ingevolge artikel 7:628 lid 1 BW – het recht behoudt op het naar tijdruimte vastgestelde loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor

rekening van de werkgeefster dient te komen. Indien een op non-actief gestelde werknemer op vakantie gaat, is hij op dat moment niet beschikbaar voor de overeengekomen arbeid, en moet de werknemer geacht worden zijn vakantiedagentegoed te hebben benut. Nu werkgeefster op een enkele wijze heeft onderbouwd dat werknemer in 2015 langer dan een week vakantie heeft genoten, worden vijf vakantiedagen van het tegoed van 21 afgeboekt. Werkgeefster heeft niet gesteld dat zij na de op non-actiefstelling bij werknemer erop heeft aangedrongen dat hij zijn vakantiewensen zou doorgeven. Werknemer heeft zijn aanspraak op de overige vakantiedagen behouden. Werkgeefster wordt niet gevolgd in haar stelling dat sprake is van rechtsverwerking. Werkgeefster wordt veroordeeld tot betaling van 16 vakantiedagen (€ 4.736 bruto). De wettelijke verhoging wordt gematigd tot 10%.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 06-07-2016

Zaaknummer: 4500719 AC EXPL 15-4274 SW/15814

RECHTSPRAAK

werknemer

Dat de rechter in een eerdere procedure tussen dezelfde partijen een oordeel heeft gegeven, brengt niet mee dat de onafhankelijkheid van de rechter niet langer is gewaarborgd. Geen schending hoor en wederhoor. Afwijzing wrakingsverzoek.

Werknemer heeft een vordering ingesteld tegen zijn voormalig werkgeefster. Het gaat in hoofdzaak om de vraag of een tot stand gekomen vaststellingsovereenkomst nietig is, en of er als gevolg van verricht overwerk gedurende de arbeidsovereenkomst stilzwijgend een tweede arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. De mondelinge behandeling van het kort geding heeft plaatsgevonden op 9 juni 2016. Werknemer heeft een wrakingsverzoek ingediend. Werknemer heeft aan zijn verzoek ten grondslag gelegd dat onpartijdigheid van de rechter niet langer is gewaarborgd, omdat zij eerder een zaak van hem (tussen werknemer en werkgeefster) heeft behandeld. In strijd met het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de rechtbanken heeft de rechter meer dan 24 uur voor de zitting ingediende producties uitgesloten van behandeling. Volgens werknemer zijn aan hem heel veel vragen gesteld maar nauwelijks aan zijn wederpartij. Daardoor heeft geen hoor en wederhoor plaatsgevonden.

De rechtbank oordeelt als volgt. Het feit dat de rechter in een eerdere procedure tussen dezelfde partijen maar over andere geschilpunten een oordeel heeft gegeven, brengt niet mee dat de onafhankelijkheid van de rechter niet langer is gewaarborgd. Het had bovendien op de weg van werknemer gelegen om, nadat hij had vernomen dat de onderhavige zaak aan de rechter in behandeling was gegeven, daartegen bezwaar te maken. Werknemer heeft dat niet gedaan en toen de rechter het punt aan de orde stelde, heeft werknemer evenmin bezwaren geuit. De beslissing om een aantal (niet toegelichte) producties niet toe te laten, had te maken met de grote hoeveelheid van de ingediende producties in combinatie met het tijdstip en de bezwaren daartegen van de wederpartij. Deze beslissing is een processuele beslissing. Het door een rechter nemen van een (niet welgevallige) processuele beslissing levert op zichzelf volgens vaste jurisprudentie nog geen grond op voor wraking. Overigens komt het de rechtbank voor dat deze beslissing na toepassing van hoor en wederhoor is genomen. Volgens

de rechter heeft werknemer gezegd dat niet alle producties relevant waren, hetgeen door werknemer niet is weersproken. In het licht van deze feiten en omstandigheden was de beslissing van de rechter niet dermate onbegrijpelijk dat daaruit vooringenomenheid van de rechter kan worden afgeleid. De bezwaren van werknemer tegen de grote hoeveelheid vragen die de rechter hem tijdens de mondelinge behandeling van het kort geding heeft gesteld en de wijze waarop dit geschiedde, zijn vooral gerezen omdat volgens werknemer de rechter vragen had moeten stellen over de punten die hij relevant vindt. Het is echter aan de rechter om te bepalen welke vragen zij aan werknemer wenst te stellen. Nu voorts werknemer tijd en ruimte heeft gekregen om – los van de vragen – naar voren te brengen wat hij relevant vond, is niet gebleken dat werknemer niet voldoende zijn standpunt heeft kunnen toelichten. Het beginsel van hoor en wederhoor is dan ook niet geschonden. Volgt afwijzing van het verzoek.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 01-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:4374

Zaaknummer: HA RK 237.2016

Rechters: M.V. Ulrici, A.P. Schoonbrood-Wessels en W.M.C. van den Berg

Wetsartikelen: 36 Rv

RECHTSPRAAK

De Speer Uitzendbureau B.V./werkneemster

Niet-ontvankelijkheid (voormalig) werkgever in ontbindingsverzoek, nu sprake is van overgang van onderneming en de rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst reeds van rechtswege op de nieuwe werkgever zijn overgegaan.

Werkneemster is op 1 augustus 2009 in dienst getreden bij uitzendbureau Holland Groep Personeelsdiensten. Directeur van dat bedrijf was Y. Dit bedrijf is in juni 2013 failliet verklaard. De Speer Uitzendbureau B.V. (hierna: De Speer) is op 24 december 2012 opgericht. Directeur van De Speer is X. In juni 2013 opende De Speer een tweede vestiging in Hoorn op de locatie van – voorheen – Holland Groep Personeelsdiensten. Voor die vestiging is werkneemster met ingang van 1 juli 2013 als intercedent in dienst getreden. Op 22 augustus 2013 is De Speer Personeelsdiensten B.V. (hierna: Personeelsdiensten) opgericht. X voert de directie over dit bedrijf met Y. Personeelsdiensten en De Speer zijn gevestigd op hetzelfde adres. Op 1 maart 2016 is De Speer uitgeschreven uit het handelsregister. De Speer verzoekt de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden vanwege het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming (a-grond). Werkneemster verweert zich tegen het verzoek en stelt dat sprake is van overgang van onderneming op grond waarvan zij in dienst is bij Personeelsdiensten.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voor het antwoord op de vraag of sprake is van een overgang is volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie het beslissende criterium of de identiteit van het betrokken bedrijf bewaard blijft. De kantonrechter is van oordeel dat in het onderhavige geval sprake is van overgang van onderneming. De Speer en Personeelsdiensten voeren beide een uitzendbureau. Voorts is sprake van dezelfde of soortgelijke activiteiten. Beide ondernemingen zijn op hetzelfde adres gevestigd. De Speer stelt dat achter dit adres wel degelijk twee kantoorunits schuil gaan en dat de huur van een van de units, die door De Speer werd gebruikt, per 29 februari 2016 is opgezegd. De kantonrechter overweegt dat als er twee bedrijven worden gevoerd, het niet voor de hand ligt om één adres te voeren, alleen al om verwarring met de postbezorging te voorkomen. In de mail die door De Speer ter zitting is overgelegd staat dat De Speer vanwege

het staken van haar activiteiten genoodzaakt is de huurovereenkomst tussen De Speer Uitzendbureau B.V. en de verhuurder op te zeggen. Er wordt geen specifieke unit genoemd. Deze formulering sluit voorts niet uit dat de huurovereenkomst op naam van beide vennootschappen stond en op naam van Personeelsdiensten wordt voortgezet. De Speer en Personeelsdiensten stonden feitelijk onder dezelfde leiding. X is directeur van De Speer en tevens van Personeelsdiensten. Y is ook directeur van Personeelsdiensten. Y was formeel geen directeur van De Speer, maar in de gedingstukken kan voldoende onderbouwing gevonden worden voor de stelling van werknemer dat Y feitelijk wel optrad als directeur van De Speer. Van de acht vaste werknemers niet-zijnde uitzendkrachten van De Speer zijn er vijf bij Personeelsdiensten in dienst gekomen. Dat de arbeidsovereenkomsten pas in februari 2015 zijn aangegaan met Personeelsdiensten, dus ongeveer een jaar voor het formele aandeelhoudersbesluit tot staken van de activiteiten, maakt niet dat deze omstandigheid niet mag worden meegewogen aangezien een overgang van onderneming ook in fasen of met korte onderbrekingen kan plaatsvinden. Feit is dat vanaf medio 2014 dezelfde activiteiten door beide bedrijven vanaf hetzelfde adres in Nijmegen zijn uitgeoefend. In uitingen naar buiten toe hanteerden beide bedrijven dezelfde gegevens met betrekking tot hun bereikbaarheid. Aangezien sprake is van overgang van onderneming gaan de rechten en plichten die bestaan voor De Speer uit de arbeidsovereenkomst tussen haar en werknemster van rechtswege over op Personeelsdiensten. Op het tijdstip van indienen van het onderhavige verzoek was De Speer dus geen werkgever meer. Volgt niet-ontvankelijkverklaring van het verzoek.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 30-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2016:5555

Zaaknummer: 5064518 / OA VERZ 16-146

Rechters: B. Liefing-Voogd

Advocaten: G.W.J.M. van Mierlo en P. Heijnen

Wetsartikelen: 7:662 BW, 7:669 lid 3 onderdeel a BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Werknemer gebruikt fysiek geweld jegens een collega. Ontbinding wegens verwijtbaar handelen. Geen ernstig verwijtbaar handelen. Transitievergoeding in vier termijnen.

Werknemer is sinds 2003 in dienst. Laatstelijk vervulde hij de functie werkplaatsreceptionist. Werkgever verzoekt ontbinding op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW (verwijtbaar handelen). Daartoe wordt aangevoerd dat werknemer op 11 februari 2016 zeer intimiderend gedrag heeft vertoond jegens zijn collega X. Het verweer van werknemer strekt primair tot afwijzing van het verzoek. Hij heeft een tegenverzoek ingediend en verzoekt om toekenning van de transitievergoeding en billijke vergoeding als de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit verklaringen blijkt dat werknemer X van achteren heeft beet gepakt. Verder blijkt uit de verklaringen dat een collega de werknemer van achteren heeft beetgepakt en werknemer van X heeft afgetrokken. Op grond daarvan wordt geoordeeld dat werknemer in de werkplaats fysiek geweld heeft gebruikt jegens een collega. Het gedrag van werknemer moet worden aangemerkt als grensoverschrijdend gedrag. Deze gang van zaken valt aan werknemer, die overigens zelf niet inziet dat zijn handelen als ontoelaatbaar moet worden beschouwd, te verwijten. Er is sprake van verwijtbaar handelen, maar er is geen aanleiding het gedrag van werknemer als ernstig verwijtbaar te kwalificeren. Herplaatsing ligt niet in de rede. Het ontbindingsverzoek wordt toegewezen. Er is geen aanleiding voor toekenning van een billijke vergoeding aan werknemer, omdat geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Werkgever wordt veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding (€ 20.252,61). Werkgever heeft gevraagd te bepalen de transitievergoeding in termijn te mogen betalen. Dit verzoek wordt ingewilligd (vier termijnen), nu werknemer zich daartegen niet heeft verzet.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 22-06-2016

Zaaknummer: 5074952 \ EJ VERZ 16-83638

RECHTSPRAAK

werknemer/VDB Services B.V.

Uitzendkracht heeft recht op dezelfde reiskostenvergoeding als de werknemers die bij de inlener, in een gelijke of gelijkwaardige functie, in dienst zijn. Tevens toewijzing van achterstallig loon na misgelopen periodieke loonsverhogingen.

Werknemer werkt sinds april 2001, steeds op basis van een uitzendovereenkomst, bij een exportslachterij. De exportslachterij heeft ook medewerkers die werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst. Op de betreffende arbeidsovereenkomsten is de CAO voor de Vleessector van toepassing. De CAO voor de Vleessector voorziet niet in een reiskostenvergoeding voor woon-werkverkeer. In de CAO voor de Vleessector is een periodieke verhoging van de feitelijke lonen opgenomen. Sinds 1 augustus 2011 is werknemer in dienst van uitzendonderneming VDB Services B.V. (hierna: VDB). De ABU CAO is van toepassing op de arbeidsovereenkomst. Vanaf 1 januari 2013 maakt werknemer voor het woon-werkverkeer gebruik van zijn eigen auto. Werknemer vordert veroordeling van VDB om aan hem onder meer een reiskostenvergoeding over de periode 1 januari 2013 tot 9 februari 2016, alsmede achterstallig loon te betalen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer heeft als uitzendkracht op grond van de ABU CAO recht op dezelfde reiskostenvergoeding als de werknemers die bij de exportslachterij, in een gelijke of gelijkwaardige functie, in dienst zijn (art. 20 en 28 ABU CAO). VDB kan ter afwering van de vordering niet volstaan met de opmerking dat de CAO voor de Vleessector niet voorziet in een reiskostenvergoeding. Niet vereist is namelijk dat voornoemd recht op reiskostenvergoeding is vastgelegd bij cao. Nu door VDB niet althans onvoldoende gemotiveerd is weersproken dat de exportslachterij aan haar werknemers die hetzelfde of gelijksoortige werk verrichten als werknemer, feitelijk een reiskostenvergoeding betaalt, dient VDB op grond van de ABU CAO ook aan werknemer een vergoeding voor woon-werkverkeer te betalen, ongeacht of zij dat bedrag bij de exportslachterij in rekening brengt of zal kunnen brengen. Nu VDB heeft nagelaten te informeren bij de exportslachterij naar de precieze inhoud van de reiskostenregeling zal de kantonrechter uitgaan van € 0,19 per kilometer. De kantonrechter veroordeelt VDB om aan werknemer te betalen een bedrag van € 8.436 ter zake

van reiskostenvergoeding over voornoemde periode.

Werknemer stelt voorts dat VDB de loonsverhogingen waarop hij volgens de CAO voor de Vleessector recht heeft, niet heeft toegepast. De kantonrechter is van oordeel dat VDB de juistheid van de berekeningen van werknemer onvoldoende heeft weersproken. Zij kan niet volstaan met de opmerking dat zij die berekeningen niet begrijpt en dat zij steeds de loontabellen van de CAO voor de Vleessector heeft gevolgd. Het gevorderde achterstallig loon van € 1.080 bruto zal daarom worden toegewezen met dien verstande dat daarop in mindering strekt het bedrag van € 76,79 netto dat VDB in februari 2015 al aan werknemer heeft voldaan.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 15-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:3866

Zaaknummer: 4817895 AC EXPL 16-749 aw/1370

Rechters: J.J.M. de Laat

Advocaten: I.J. van den Broek

Wetsartikelen: 20 ABU CAO, 24 ABU CAO en 28 ABU CAO

RECHTSPRAAK

werkneemster

***Uit de Amsterdamse uitdrukking ‘Het gaat drie keer nergens over’,
uitgesproken door een ‘Amsterdamse’ kantonrechter en gezien in het
licht van hetgeen ter zitting is besproken, kan geen partijdigheid
worden afgeleid. Afwijzing wrakingsverzoek.***

Werkneemster heeft in een procedure een vordering ingesteld tegen haar werkgeefster tot afgifte van haar personeelsdossier. Op 12 mei 2016 heeft de mondelinge behandeling van het kort geding plaatsgevonden. Blijkens het proces-verbaal heeft de wederpartij van werkneemster naar aanleiding van vragen van de rechter verklaard dat het personeelsdossier alleen nog in digitale vorm aanwezig was en dat het mogelijk was om documenten uit dat dossier te printen. Vervolgens heeft de rechter verklaard: ‘Waar gaat deze zaak over? Of even inloggen, of even uitprinten? Deze zaak gaat eigenlijk nergens over.’ Vervolgens heeft de gemachtigde van werkneemster verwezen naar een arrest van de Hoge Raad uit 2007. Volgens de gemachtigde is dat arrest niet achterhaald door de digitalisering en geeft het aanspraak op een afschrift van het dossier. Na een korte schorsing heeft de gemachtigde namens werkneemster een wrakingsverzoek gedaan, omdat de rechter heeft gezegd dat de zaak nergens over gaat en de uitspraak van de Hoge Raad niet relevant meer is.

De rechtbank oordeelt als volgt. De rechter heeft ter zitting aangevoerd dat de uitdrukking ‘Het gaat drie keer nergens over’ een Amsterdamse uitdrukking is. Uitgesproken door een ‘Amsterdamse’ kantonrechter en geleet op zijn toelichting kan daaruit naar het oordeel van de rechtbank geen partijdigheid worden afgeleid. De rechter heeft met zijn opmerking nog geen oordeel gegeven over gegrondheid van de vordering van werkneemster. Blijkens het proces-verbaal was die opmerking een reactie op de verklaring van de wederpartij van werkneemster dat er geen bezwaar was om een afschrift van het personeelsdossier aan werkneemster te verstrekken (zij het in digitale vorm). Partijen waren het er dus over eens dat werkneemster de beschikking zou krijgen over haar personeelsdossier. Tussen hen bestond enkel een verschil van mening over de praktische uitvoering daarvan, hetgeen tot de voorlopigevoorzieningsprocedure had geleid. In dat licht gezien is de opmerking van de kantonrechter dat de zaak nergens over ging, niet ongepast. De uitspraak van de rechter over

het belang van het bewuste arrest van de Hoge Raad, zoals door werkneemster is gesteld, levert evenmin een blijk van enige vooringenomenheid op. Kennelijk heeft de rechter bedoeld om een juridisch kader te schetsen. Dat de rechter (blijkens zijn schriftelijke reactie) ter zitting de conclusie heeft getrokken dat er kennelijk aan de zijde van de wederpartij (niet langer) bezwaar bestond tegen de verstrekking van het personeelsdossier en dat hij dit heeft 'vastgesteld' geeft evenmin blijk van enige partijdigheid. Volgt afwijzing van het wrakingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 10-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:4376

Zaaknummer: HA RK 206.2016

Rechters: E.D. Bonga-Sigmond, N.C.H. Blankevoort en K.A. Brunner

Advocaten: F.O. Zwartkruis

Wetsartikelen: 36 Rv

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Toewijzing vordering wedertewerkstelling schooldirectrice. Kort geding gericht op wedertewerkstelling leent zich niet voor een beoordeling of een eventueel ontbindingsverzoek kans van slagen zou hebben.

Werkneemster is in dienst van De Vereniging als directeur van een school. Met ingang van 1 augustus 2015 is een aanvang gemaakt met het werken met een meerschoolsdirectiemodel. Tussen partijen is verschil van inzicht ontstaan over de nieuwe organisatie. Op 16 september 2015 heeft werkneemster zich ziek gemeld. Na re-integratie op een andere locatie van de Vereniging is zij met ingang van 8 februari 2016 volledig hersteld verklaard. Op 8 februari 2016 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen werkneemster en de verenigingsdirecteur. Werkneemster is sindsdien met buitengewoon verlof met behoud van bezoldiging. Werkneemster en de Vereniging zijn een mediationtraject gestart, maar dit heeft niet tot resultaten geleid. In de onderhavige procedure vordert werkneemster wedertewerkstelling in de functie directeur.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat het verlenen van buitengewoon verlof slechts mogelijk is met wederzijds goedvinden. De kantonrechter volgt niet het betoog van de Vereniging dat aan dit vereiste is voldaan. Het buitengewoon verlof kan geen grondslag zijn voor de weigering van de Vereniging om werkneemster toe te laten haar functie uit te oefenen. De Vereniging heeft ook geen rechtspositionele maatregel genomen die deze weigering kan rechtvaardigen. De aankondiging van de Vereniging dat werkneemster bij toewijzing van haar vordering een schorsingsbesluit tegemoet zal kunnen zien, getuigt in dit stadium van de procedure niet van goed werkgeverschap. Dit daargelaten de vraag of een schorsingsbesluit op dit moment de rechterlijke toetsing zou kunnen doorstaan. De kantonrechter ziet geen aanleiding om op die beoordeling vooruit te lopen. Ter zitting heeft de Vereniging toegelicht dat (het bestuur van) de Vereniging zich ook beraadt op een mogelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst met werkneemster vanwege verstoorde verhoudingen en/of het ontbreken van vertrouwen. De Vereniging stelt daartoe dat werkneemster heeft geweigerd om loyaal mee te werken aan de uitvoering van het nieuwe organisatie-model. De

Vereniging wijst erop dat in het rapport van Scolix forse kritiek wordt geleverd op werkneemster, die zou hebben nagelaten ouders en teamleden tijdig te informeren over het proces om te komen tot een andere structuur en de komst van C en dat de opsteller van het rapport het bijna onmogelijk acht dat de wenselijk geachte cultuur wordt bereikt als werkneemster terugkeert als directeur. Deze kortgedingprocedure die door werkneemster is ingesteld met het doel terug te keren in haar functie leent zich echter niet voor een beoordeling of een eventueel ontbindingsverzoek kans van slagen zou hebben. De gevorderde wedertewerkstelling in de functie directeur wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 15-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:3954

Zaaknummer: 5029872 UV EXPL 16-134 SM/1152

Rechters: J.M. Willems

Advocaten: A.P. Vink-Mulder en B.J. Boiten

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Ferro Informatie Systemen B.V.

Werkgeefster heeft ten onrechte de Overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine werkgevers toegepast. Goed werkgeverschap, informatieplicht toekenning en hoogte transitievergoeding.

Werknemer is vanaf 1 maart 2015 tot en met 31 januari 2016 in dienst geweest bij Ferro Informatie Systemen B.V. (hierna: FIS). FIS heeft op 10 juli 2015 voor werknemer een ontslagvergunning aangevraagd vanwege bedrijfseconomische redenen. Daarbij heeft FIS zich beroepen op de Overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine werkgevers. Bij beschikking van 11 augustus 2015 heeft het UWV de gevraagde toestemming verleend. Tevens heeft het UWV verklaard dat FIS niet aan alle voorwaarden voldoet voor de overbruggingsregeling. Per brief van 31 augustus 2015 heeft FIS de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd per 1 februari 2016, derhalve tegen een langere opzegtermijn. Aan werknemer is door FIS met toepassing van de overbruggingsregeling een deel van de transitievergoeding betaald. Werknemer verzoekt FIS te veroordelen tot betaling van het restant van de transitievergoeding. FIS heeft volgens werknemer ten onrechte de overbruggingsregeling toegepast.

De kantonrechter oordeelt als volgt. FIS stelt primair dat zij voldoet aan de bepalingen in artikel 7:673d BW jo. artikel 24 van de Ontslagregeling om in aanmerking te komen voor de overbruggingsregeling, omdat voor wat betreft de toetsing van die voorwaarden moet worden gekeken naar de boekjaren 2013, 2014 en 2015 omdat de arbeidsovereenkomst met werknemer is geëindigd per 1 februari 2016. Vast staat dat FIS op 10 juli 2015 reden zag om voor werknemer een ontslagvergunning aan te vragen en dat FIS de arbeidsovereenkomst met werknemer reeds in 2015 had kunnen opzeggen, gelet op de wettelijke opzegtermijn. FIS is daartoe niet overgegaan. Daarnaast heeft FIS een afwijzende verklaring van het UWV ontvangen ter zake van het beroep op de overbruggingsregeling en heeft zij werknemer nimmer laten weten het niet eens te zijn met deze verklaring. Evenmin heeft FIS werknemer laten weten dat zij, met wijziging van de referteperiode voortkomend uit een langere opzegtermijn, alsnog in aanmerking wilde komen voor de overbruggingsregeling.

Welbeschouwd heeft FIS werknemer met haar handelwijze op het verkeerde been gezet. Goed werkgeverschap brengt met zich dat werknemers wat betreft de toekenning van een transitievergoeding en de hoogte hiervan goed geïnformeerd worden en niet later de rekening gepresenteerd krijgen. Naast goed werkgeverschap volgt naar het oordeel van de kantonrechter ook uit een redelijke uitleg van de regelgeving dat FIS niet in aanmerking komt voor de overbruggingsregeling. FIS heeft op 10 juli 2015 een ontslagvergunning aangevraagd, waarbij zij zich heeft beroepen op de overbruggingsregeling en op basis van artikel 8 van de Ontslagregeling een daartoe strekkende verklaring heeft aangevraagd. Hiermee heeft FIS haar referentieperiode vastgelegd. Niet voor niets moet de verklaring gelijktijdig worden verzocht met de aanvraag voor een ontslagvergunning. Immers, de ontslagvergunning van werknemer is verleend met inachtneming van de (toekomstige) bedrijfsresultaten van FIS en de hoogte van de toe te kennen transitievergoeding. Zodoende heeft het UWV in zijn oordeel beide verzoeken in samenhang gezien. Gelet op deze samenhang geeft de Ontslagregeling geen ruimte om (achteraf) 'een knip te maken' tussen de aanvraag van een ontslagvergunning en een aanvraag voor een verklaring waarin staat dat de werkgever voldoet aan de voorwaarden voor de overbruggingsregeling. FIS betoogt subsidiair dat door het UWV ten onrechte is geconcludeerd dat 2012 tot een positief netto resultaat heeft geleid, nu ook 2012 met inachtneming van het bepaalde in artikel 12a lid 1 Wet LB in feite een negatief resultaat heeft opgeleverd. De kantonrechter volgt dit betoog van FIS niet. De Ontslagregeling geeft geen ruimte voor een alternatieve wijze van vaststellen van het bedrijfsresultaat over de drie aan het ontslag voorafgaande jaren. Een dergelijke interpretatieve wijze van vaststelling zou ook te zeer in strijd zijn met de rechtszekerheid die een werknemer kan ontleen aan de Ontslagregeling, omdat het zou kunnen leiden tot het standpunt van de werkgever dat het bedrijfsresultaat weliswaar positief is, maar dat rekening moet worden gehouden met bijzondere (boekhoudkundig onderbouwde) omstandigheden die ertoe moeten leiden dat het resultaat tóch als negatief moet worden aangemerkt, waartegen een werknemer vervolgens moeilijk verweer zou kunnen voeren. Volgt toewijzing van het verzoek.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 08-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:3645

Zaaknummer: 5042827

Rechters: T. Zuidema

Advocaten: R.C.M. Klatten en F.P.J. Schraa

Wetsartikelen: 7:673d BW, 8 Ontslagregeling en 24 Ontslagregeling

RECHTSPRAAK

werkneemster/Ferro Informatie Systemen B.V.

Werkgeefster heeft ten onrechte de Overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine werkgevers toegepast. Goed werkgeverschap, informatieplicht toekenning en hoogte transitievergoeding.

Werkneemster is vanaf 1 april 1997 tot 1 februari 2016 in dienst geweest bij Ferro Informatie Systemen B.V. (hierna: FIS). FIS heeft op 10 juli 2015 voor werkneemster een ontslagvergunning aangevraagd vanwege bedrijfseconomische redenen. Daarbij heeft FIS zich beroepen op de overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine werkgevers. Bij beschikking van 11 augustus 2015 heeft het UWV de gevraagde toestemming verleend. Tevens heeft het UWV verklaard dat FIS niet aan alle voorwaarden voldoet voor de overbruggingsregeling. Per brief van 31 augustus 2015 heeft FIS de arbeidsovereenkomst met werkneemster opgezegd met ingang van 1 februari 2016, derhalve tegen een langere opzegtermijn. Aan werkneemster is door FIS met toepassing van de overbruggingsregeling een deel van de transitievergoeding betaald. Werkneemster verzoekt FIS te veroordelen tot betaling van het restant van de transitievergoeding. FIS heeft volgens werkneemster ten onrechte de overbruggingsregeling toegepast.

De kantonrechter oordeelt als volgt. FIS stelt primair dat zij voldoet aan de bepalingen in artikel 7:673d BW jo. artikel 24 van de Ontslagregeling om in aanmerking te komen voor de overbruggingsregeling, omdat voor wat betreft de toetsing van die voorwaarden moet worden gekeken naar de boekjaren 2013, 2014 en 2015 omdat de arbeidsovereenkomst met werkneemster is geëindigd per 1 februari 2016. Vast staat dat FIS op 10 juli 2015 reden zag om voor werkneemster een ontslagvergunning aan te vragen en dat FIS de arbeidsovereenkomst met werkneemster reeds in 2015 had kunnen opzeggen, gelet op de wettelijke opzegtermijn. FIS is daartoe niet overgegaan. Daarnaast heeft FIS een afwijzende verklaring van het UWV ontvangen ter zake van het beroep op de overbruggingsregeling en heeft zij werkneemster nimmer laten weten het niet eens te zijn met deze verklaring. Evenmin heeft FIS werkneemster laten weten dat zij, met wijziging van de referteperiode voortkomend uit een langere opzegtermijn, alsnog in aanmerking wilde komen voor de overbruggingsregeling.

Welbeschouwd heeft FIS werkneemster met haar handelwijze op het verkeerde been gezet. Goed werkgeverschap brengt met zich dat werknemers wat betreft de toekenning van een transitievergoeding en de hoogte hiervan goed geïnformeerd worden en niet later de rekening gepresenteerd krijgen. Naast goed werkgeverschap volgt naar het oordeel van de kantonrechter ook uit een redelijke uitleg van de regelgeving dat FIS niet in aanmerking komt voor de overbruggingsregeling. FIS heeft op 10 juli 2015 een ontslagvergunning aangevraagd, waarbij zij zich heeft beroepen op de overbruggingsregeling en op basis van artikel 8 van de Ontslagregeling een daartoe strekkende verklaring heeft aangevraagd. Hiermee heeft FIS haar referentieperiode vastgelegd. Niet voor niets moet de verklaring gelijktijdig worden verzocht met de aanvraag voor een ontslagvergunning. Immers, de ontslagvergunning van werkneemster is verleend met inachtneming van de (toekomstige) bedrijfsresultaten van FIS en de hoogte van de toe te kennen transitievergoeding. Zodoende heeft het UWV in zijn oordeel beide verzoeken in samenhang gezien. Gelet op deze samenhang geeft de Ontslagregeling geen ruimte om (achteraf) 'een knip te maken' tussen de aanvraag van een ontslagvergunning en een aanvraag voor een verklaring waarin staat dat de werkgever voldoet aan de voorwaarden voor de overbruggingsregeling. FIS betoogt subsidiair dat door het UWV ten onrechte is geconcludeerd dat 2012 tot een positief netto resultaat heeft geleid, nu ook 2012 met inachtneming van het bepaalde in artikel 12a lid 1 Wet LB in feite een negatief resultaat heeft opgeleverd. De kantonrechter volgt dit betoog van FIS niet. De Ontslagregeling geeft geen ruimte voor een alternatieve wijze van vaststellen van het bedrijfsresultaat over de drie aan het ontslag voorafgaande jaren. Een dergelijke interpretatieve wijze van vaststelling zou ook te zeer in strijd zijn met de rechtszekerheid die een werknemer kan ontlenen aan de Ontslagregeling, omdat het zou kunnen leiden tot het standpunt van de werkgever dat het bedrijfsresultaat weliswaar positief is, maar dat rekening moet worden gehouden met bijzondere (boekhoudkundig onderbouwde) omstandigheden die ertoe moeten leiden dat het resultaat toch als negatief moet worden aangemerkt, waartegen een werknemer vervolgens moeilijk verweer zou kunnen voeren. Volgt toewijzing van het verzoek.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 08-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:3644

Zaaknummer: 5043054

Rechters: T. Zuidema

Advocaten: T.H. Poot en F.P.J. Schraa

Wetsartikelen: 7:673d BW, 8 Ontslagregeling en 24 Ontslagregeling

RECHTSPRAAK

Caparis N.V./werknemer

Afwijzing verzoek ontbinding arbeidsovereenkomst concerncontroller op basis van e-grond, g-grond en h-grond. Er wordt voorbijgegaan aan de door werkgever geschetste gevolgen van de afwijzing van het verzoek (opstappen RvC en algemeen directeur).

Werknemer is met ingang van 1 november 2012 in dienst getreden van Caparis in de functie van concerncontroller. Caparis verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW (verwijtbaar handelen/nalaten werknemer), subsidiair op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW (verstoorde arbeidsverhouding), meer subsidiair op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel h BW. Hier legt Caparis het volgende aan ten grondslag. Werknemer heeft in strijd met de interne regels op 30 oktober 2015 namens Caparis een nieuwe managementovereenkomst met B gesloten, met een looptijd van vier jaar, zonder deze overeenkomst voorafgaand voor te leggen aan de RvC, hetgeen op grond van het zogenoemde vierogenprincipe wel had moeten gebeuren. Hiermee heeft werknemer gehandeld in strijd met de procesbeschrijving. Daarnaast heeft werknemer B ten onrechte laten classificeren als een werknemer van Caparis. Vanwege de onjuiste classificatie heeft Caparis schade geleden. Caparis verwijt werknemer verder dat hij in zijn hoedanigheid van waarnemend algemeen directeur (in de periode van 6 oktober 2015 tot 12 februari 2016) niet adequaat heeft ingegrepen toen hem de problematiek omtrent de individuele ontwikkelingsplannen (hierna: IOP's) en de mogelijke financiële gevolgen bleek. Ten slotte verwijt Caparis werknemer dat hij ook wat betreft de inschakeling van Sayblue de procesbeschrijving met voeten heeft getreden. Het verweer van werknemer strekt primair tot afwijzing van het ontbindingsverzoek.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De door Caparis naar voren gebrachte feiten en omstandigheden leveren geen redelijke grond voor ontbinding op, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel e, g of h BW. De procesbeschrijving bepaalt dat de voltallige directieraad (hierna: DR) dient in te stemmen met het voornemen tot inhuur van personeel en dat bij het ontbreken van consensus het voorstel wordt voorgelegd aan de RvC. Niet in geschil is dat binnen de DR consensus bestond over de verlenging van de managementovereenkomst met B,

tot 1 januari 2020. De procesbeschrijving schrijft niet voor dat de consensus dient te berusten op of moet blijken uit een formeel besluit van de DR. Werknemer en/of de DR was niet gehouden om (een concept van) de managementovereenkomst van 30 oktober 2015 voor te leggen aan de RvC, alvorens deze te formaliseren, door de ondertekening van de overeenkomst door werknemer. Vast staat dat werknemer B ten onrechte heeft laten classificeren met de code ANV. Deze administratieve fout rechtvaardigt echter niet de conclusie dat van Caparis niet gevergd kan worden het dienstverband met werknemer voort te zetten. Dat Caparis vanwege de onjuiste classificatie schade heeft geleden is niet onderbouwd met verifieerbare gegevens. Werknemer kan, gelet op de afspraken met de algemeen directeur, ter zake de kwestie omtrent IOP's evenmin een verwijt worden gemaakt. Caparis verwijt werknemer verder dat de inhuur van Sayblue zich niet verhoudt tot de procesbeschrijving. Partijen hebben er kennelijk ter zake de inschakeling van Sayblue een verschillende interpretatie van de procesbeschrijving op nagehouden. Dit rechtvaardigt echter niet de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Conclusie is dat geen sprake is van verwijtbaar handelen en/of nalaten door werknemer.

Ook het beroep op de h-grond faalt. De omstandigheid dat partijen van mening verschillen over de interpretatie van de procesbeschrijving, betekent niet dat sprake is van verschil van inzicht over het te voeren beleid. Ter zitting heeft Caparis ter onderbouwing van haar beroep op de h-grond ook nog naar voren gebracht dat de AVA, de RvC en de algemeen directeur van Caparis duidelijk hebben uitgesproken dat zij niet verder kunnen met werknemer. Een afwijzing van het ontbindingsverzoek grijpt volgens Caparis onomkeerbaar diep in in de structuur en de continuïteit van Caparis. Een terugkeer van werknemer bij Caparis zal leiden tot het opstappen van de RvC en waarschijnlijk ook de algemeen directeur. De zeggenschap binnen Caparis komt alsdan te liggen bij B en werknemer terwijl zij evident onrechtmatig, dan wel onjuist en onbehoorlijk, hebben gehandeld, aldus Caparis. Nu hiervoor is geoordeeld dat er geen gronden zijn voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen Caparis en werknemer, wordt voorbijgegaan aan de door Caparis geschetste gevolgen van het voortduren van de arbeidsovereenkomst. Het ontbindingsverzoek wordt afgewezen. Het tegenverzoek van werknemer tot wedertewerkstelling wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 13-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:3277

Zaaknummer: 5051278 AR VERZ en 5134123 AR VERZ

Rechters: J.A. Werkema

Advocaten: E.W. Kingma en H.J. Funke

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

RECHTSPRAAK

werknemer/Arriva Personenvervoer Nederland B.V.

Ontslag op staande voet buschauffeur wegens incasseren van geld van passagiers zonder (direct) vervoersbewijzen te verstrekken is niet rechtsgeldig.

Werknemer is op 1 maart 2009 in dienst getreden bij (de rechtsvoorgangster van) Arriva als buschauffeur. Werknemer is op staande voet ontslagen. Hem wordt verweten dat hij geld van passagiers heeft geïncasseerd, maar geen vervoersbewijzen heeft verstrekt. Arriva is hierdoor financieel gedupeerd. Werknemer betwist de dringende reden en verzoekt vernietiging van het ontslag op staande voet. Hij vordert bij wijze van voorlopige voorziening loondoorbetaling ingaande 1 juni 2016.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het ontslag op staande voet is niet rechtsgeldig. Vast staat dat werknemer (in het geval van de 'mystery guest') driemaal niet ter plekke een kaartje heeft afgestempeld en aan de passagier heeft verstrekt, nu werknemer dit heeft erkend. Hiermee staat echter nog niet vast dat hij dat kaartje niet later van de rol heeft gehaald, heeft gestempeld en weggegooid, waarmee het door de passagier betaalde geld evengoed aan Arriva is toegekomen. Werknemer heeft gemotiveerd gesteld dat hij de kaartjes en de geldla in zijn tas bewaart in verband met de overvallen op buschauffeurs die de afgelopen tijd in het land hebben plaatsgevonden, alsmede dat meerdere van zijn collega-buschauffeurs dat op deze wijze doen. Als de passagier door door te lopen, aangeeft daar niet op te wachten, stempelt werknemer het kaartje later, op een rustiger moment af. Arriva heeft niet (gemotiveerd) betwist dat werknemer de kaartjes en het geldbakje in zijn tas bewaart en dat meerdere buschauffeurs dit doen. Vast is komen te staan dat Arriva geen (gecommuniceerd) beleid heeft omtrent de plaats waar de kaartenrollen geplaatst dienen te worden. Evenmin is door Arriva aangevoerd of anderszins gebleken dat aan de chauffeurs ooit concrete aanwijzingen zijn verstrekt of richtlijnen zijn afgegeven over de vraag waar/hoe de kaartenrollen bewaard moeten worden. Laat staan dat aan de chauffeurs kenbaar is gemaakt dat afwijking van die aanwijzingen/richtlijnen tot (verstrekken) disciplinaire maatregelen zou leiden. Daarnaast is van belang dat, zoals ook door Arriva erkend, de meeste passagiers, in ieder geval in het streekvervoer, tegenwoordig met de OV-chipkaart reizen waardoor er nog slechts enkele

kaartjes worden verkocht. Voorts is van belang dat vaststaat dat werknemer op 7 juni 2016 dezelfde waarde aan consignatievoorraad bij Arriva heeft ingeleverd als de waarde van de consignatie die aan hem is verstrekt. Van een overschot van de consignatievoorraad was dus geen sprake. De conclusie is dat niet is komen vast te staan dat werknemer de kaartjes, die hij niet aan de passagier heeft verstrekt omdat deze doorliep voordat hij een kaartje heeft kunnen verstrekken, later niet alsnog heeft afgescheurd en gestempeld. Arriva heeft geen bewijs aangeboden van de stelling dat werknemer de kaartjes ook later niet heeft afgescheurd en gestempeld. Bovendien is gesteld noch gebleken dat werknemer minder (aan Arriva) betalende klanten heeft gehad dan zijn collega's, zodat ook daaraan op geen enkele wijze is af te leiden dat werknemer, in ruil voor het van passagiers geïnde geld, verzuimt kaartjes af te scheuren en te stempelen en het geïnde geld aldus niet zou afdragen aan Arriva. Het verzoek om vernietiging van het ontslag, de vordering tot loondoorbetaling en de vordering tot wedertewerkstelling worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 13-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:3281

Zaaknummer: 5144892 AR VERZ 16-138 en 5145081 AR VERZ 16-130

Rechters: E.T.M. Zwart-Sneek

Advocaten: J.S. Mennega en N.H.M. Poort

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Forrester Research B.V./werkneemster

Werkgever had geen grond voor non-actiefstelling en kan een ernstig verwijt worden gemaakt. Ontbinding wegens verstoorde arbeidsrelatie. Billijke vergoeding moet naar aard in relatie staan tot de ernst van het verwijt dat werkgever kan worden gemaakt, en niet tot de gevolgen van het ontslag voor werkneemster. Billijke vergoeding van € 10.000 is passend.

Werkneemster is in dienst van Forrester in de functie van accountmanager. Forrester verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst, zonder vergoeding. Aan het verzoek legt Forrester ten grondslag dat werkneemster haar functioneren onvoldoende heeft verbeterd, ondanks de gelegenheid die haar geboden is. Haar handelen is bovendien verwijtbaar. In ieder geval is de arbeidsverhouding zodanig verstoord dat voortzetting hiervan niet gevegd kan worden van Forrester. Werkneemster voert verweer. Zij voert aan dat zij terecht vragen heeft gesteld bij haar verbetertraject. Forrester heeft die nooit beantwoord of serieus genomen. Aan de voorwaarden uit het PIP heeft werkneemster voldaan, zodat niet valt in te zien waarom de arbeidsovereenkomst nu moet eindigen. Voor zover de arbeidsovereenkomst wel zou worden beëindigd verzoekt werkneemster om toekenning van de transitievergoeding en een billijke vergoeding. Forrester heeft immers ernstig verwijtbaar gehandeld door werkneemster te schorsen zonder goede grond. Ten slotte verzoekt werkneemster (gedeeltelijke) vernietiging van haar concurrentiebeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voor ontbinding op de d-grond is geen aanleiding, nu niet kan worden vastgesteld dat werkneemster in voldoende mate in de gelegenheid is gesteld haar functioneren te verbeteren. Vervolgens is de vraag of sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Uit de overgelegde stukken en hetgeen ter zitting is besproken blijkt voldoende dat dat het geval is, althans in de verhouding tussen werkneemster en haar leidinggevende. Aanleiding voor deze verstoring was de wijze waarop werkneemster zich in haar verbetertraject heeft opgesteld. Werkneemster was het volgens eigen zeggen eens met de constatering eind 2015 dat haar prestaties onder de maat waren. Niettemin heeft zij vervolgens

op het plan om dat te verbeteren voornamelijk wantrouwend en defensief gereageerd. Voorts heeft zij al meteen een advocaat naar voren geschoven, hetgeen dit wantrouwen heeft bevestigd. Bovendien zijn daarmee de verhoudingen onnodig geformaliseerd. Niet is gebleken dat de verhouding na het voorval met Nuon/Vattenfal onherstelbaar verstoord was. Van pogingen, al dan niet met hulp van derden, de relatie te herstellen is niet gebleken. Door vervolgens werkneemster op non-actief te stellen heeft Forrester herstel vergaand bemoeilijkt. Nu zij voor die op non-actiefstelling geen goede grond had kan Forrester daarvan een ernstig verwijt gemaakt worden. Zij is met die op non-actiefstelling immers op oneigenlijke wijze vooruitgelopen op een nog te nemen beslissing in de ontbindingsprocedure. In beginsel zou de consequentie van één en ander moeten zijn dat Forrester alsnog moet trachten de verhouding te herstellen. Gezien de vergaande verstoring van de arbeidsverhouding zoals die de kantonrechter ook ter zitting is gebleken, zal het ontbindingsverzoek echter worden toegewezen. Tevens speelt daarbij een rol de omvang van het team waarbinnen werkneemster werkzaam is, een klein team van zes personen met X als leidinggevende. Herplaatsing buiten dit team is niet mogelijk. Weliswaar kan werkneemster een verwijt worden gemaakt van haar opstelling in het verbetertraject, dat is geen ernstig verwijt, zodat Forrester de transitievergoeding verschuldigd is. Deze bedraagt onweersproken € 4.606,98 bruto.

Forrester kan van de op non-actiefstelling wel een ernstig verwijt worden gemaakt. Zij is daarom een billijke vergoeding verschuldigd. Ten aanzien van de hoogte van de toe te kennen billijke vergoeding heeft te gelden dat deze naar haar aard in relatie moet staan tot de ernst van het verwijt dat Forrester kan worden gemaakt, en niet tot de gevolgen van het ontslag voor werkneemster, die zijn immers verdisconteerd in de transitievergoeding. De ernst van het verwijt is met name gelegen in het op oneigenlijke wijze veroorzaken van een onherstelbare verstoring van de arbeidsrelatie. De billijke vergoeding moet dan een zekere omvang hebben, om te voorkomen dat deze handelwijze een aantrekkelijke optie is voor een werkgever. Anderzijds heeft Forrester gedurende de op non-actiefstelling aan haar verplichtingen voldaan en zij verzet zich niet tegen beperking van het concurrentiebeding. Alle omstandigheden in aanmerking nemend acht de kantonrechter een billijke vergoeding van € 10.000 passend.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 06-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:4305

Zaaknummer: 5060681 EA VERZ 16-524 en 16-774

Rechters: C.W. Inden

Advocaten: J.A. Bruins en T.J. Vlot

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

RECHTSPRAAK

Stichting Kindante/werkneemster

Afwijzing verzoek ontbinding arbeidsovereenkomst 60-jarige leerkracht. Hoewel disfunctioneren wordt aangevoerd, is alleen de g-grond aan het ontbindingsverzoek ten grondslag gelegd. Verstoorde arbeidsrelatie niet komen vast te staan en mogelijkheden tot herplaatsing.

Werkneemster is in 1978 in dienst getreden van Kindante als leerkracht. Kindante verzoekt de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden. Ter onderbouwing van dit verzoek voert Kindante aan dat zij het vertrouwen in de professionele kwaliteiten van werkneemster verloren heeft en dat de professionele samenwerkingsrelatie tussen partijen verstoord en compleet uitzichtloos is. Zij stelt dienaangaande dat werkneemster ondanks diverse trajecten niet in staat gebleken is haar functioneren te verbeteren. Hierdoor werd het vertrouwen in werkneemster te kwetsbaar en is na een periode van ziekteverlof gekozen voor een 'doorstart' op de Martinusschool. Daar leek het aanvankelijk de goede kant op te gaan, maar later kwam het tot spanningen met collega's, leerlingen en ouders. Ter zitting heeft Kindante benadrukt dat zij haar verzoek uitsluitend baseert op de 'g-grond'. Het verweer van werkneemster strekt primair tot afwijzing van het verzoek.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Kindante vindt dat van disfunctioneren sprake was (en is). Werkneemster betwist dat. Wat hier verder ook van zij, Kindante heeft haar verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet gebaseerd op disfunctioneren. Derhalve kan in het midden blijven of de coachingstrajecten nodig waren vanwege disfunctioneren van werkneemster. Het verzoek is uitsluitend gegrond op een verstoorde verhouding tussen partijen. Kindante heeft kennelijk gepoogd om werkneemster, zonder dat daar een voor de kantonrechter duidelijke aanleiding voor was, te bewegen haar medewerking te verlenen tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Het feit dat werkneemster daarover met Kindante overleg gevoerd heeft is onvoldoende om tot de conclusie te komen dat werkneemster daarmee bevestigd heeft dat er sprake is van een onherstelbare verstoorde arbeidsverhouding tussen partijen. Kindante stelt dat zij geen vertrouwen meer heeft in werkneemster omdat haar functioneren, ondanks de diverse trajecten, niet is verbeterd. Die

stelling heeft Kindante evenwel onvoldoende onderbouwd in het licht van de positieve schriftelijke verslagen van haar werknemers op de Martinusschool.

Werkneemster werkt reeds sinds 1978 voor Kindante (althans) haar rechtsvoorganger en is inmiddels 60 jaar oud. De kans dat werkneemster na beëindiging van de arbeidsovereenkomst met Kindante ander werk zal vinden, is uiterst gering. Desondanks heeft Kindante, zonder dat daar een duidelijke aanleiding voor was, gepoogd de arbeidsovereenkomst met werkneemster te beëindigen. Werkneemster is als gevolg daarvan arbeidsongeschikt geworden. Desondanks ziet zij mogelijkheden om de arbeidsverhouding voort te zetten, temeer daar er volgens haar binnen Kindante voldoende mogelijkheden zijn om haar te herplaatsen. Kindante heeft daartegen aangevoerd dat herplaatsing bij een andere school alleen maar leidt tot verplaatsing van 'het probleem'. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen is evenwel onduidelijk gebleven wat 'het probleem' is, aangezien werkneemster juist goed leek te functioneren op de Martinusschool. Een verdere betwisting van de stelling van werkneemster dat herplaatsing mogelijk is, is uitgebleven. Het moet er derhalve voor gehouden worden dat werkneemster binnen de organisatie van Kindante herplaatst kan worden. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 05-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:5914

Zaaknummer: 5047328 AZ VERZ 16-110

Rechters: J.J. Groen

Advocaten: J.H.Th. Frissen en C. Mohr

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

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Werkgeefster acht het, gelet op het risico van een epileptische aanval, onverantwoord om werknemer de bedongen arbeid (werk met haakse slijpers) te laten verrichten. Afwijzing ontbindingsverzoek wegens verband met opzegverbod.

Werkgeefster verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer, werkzaam als allround medewerker, te ontbinden. Aan dit verzoek legt zij ten grondslag dat werknemer, sinds hij zelfstandig is gaan wonen, zich regelmatig afmeldt in verband met epileptische aanvallen. Het risico een epileptische aanval te krijgen tijdens de werkzaamheden is reëel. Nu werknemer werkt met haakse slijpers is het risico op ongelukken te groot. Onderzoek heeft uitgewezen dat andere passende werkzaamheden niet voorhanden zijn. Werkgeefster stelt voorts dat werknemer in 2014 drie waarschuwingen heeft gehad omdat hij ongeoorloofd heeft verzuimd op het werk te verschijnen. Daarnaast is hij op 15 april 2016, na een niet ingewilligd verzoek om verlof op die datum, zonder berichtgeving niet verschenen op z'n werk. Het verweer van werknemer strekt tot afwijzing van het verzoek.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Onweersproken is door werknemer gesteld dat hij thuis zit en geen werkzaamheden meer voor werkgeefster verricht. Vanwege de epileptische aanvallen acht werkgeefster het onverantwoord om werknemer de bedongen arbeid te laten verrichten. Er is sprake van een opzegverbod, omdat werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte. Dit opzegverbod staat gezien artikel 7:671b lid 6 BW in de weg aan ontbinding, omdat het verzoek verband houdt met de ziekte van werknemer. Het verzoek is immers gebaseerd op de ongeschiktheid van werknemer tot het verrichten van de bedongen werkzaamheden als gevolg van het feit dat hij last heeft van epileptische aanvallen en dat staat in relatie met de ongeschiktheid wegens ziekte. Dat betekent dat het verzoek om ontbinding op deze grond moet worden afgewezen. Voor zover werkgeefster aan het verzoek ten grondslag legt dat sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW, dient dit verzoek bij gebreke van een deugdelijke onderbouwing tevens te stranden.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 30-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:2535

Zaaknummer: 5037818 \ EJ VERZ 16-165

Rechters: A.M.S. Kuipers

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel g BW, 7:670 BW en 7:671b BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Geen schorsing wereldwijd geldend concurrentiebeding dat gedurende twee jaar na einde arbeidsovereenkomst van toepassing is. Online marketingbranche. Nu het non-concurrentiebeding pas acht maanden geleden is overeengekomen, had werknemer zich bij het aangaan van dit zeer uitgebreide en expliciete beding moeten realiseren dat werkgeefster er veel aan gelegen was dat hij niet op gebied van lead generation concurrerend in de markt zou treden.

Werknemer is op 1 april 2014 in dienst getreden van werkgeefster. Werkgeefster drijft sinds 2011 een online marketingbureau dat is gespecialiseerd in 'lead generation'. In de arbeidsovereenkomst is een non-concurrentiebeding opgenomen voor de duur van twee jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst en een wereldwijde geografische reikwijdte. Werknemer heeft zijn arbeidsovereenkomst opgezegd omdat hij zo snel mogelijk in Azië een eigen marketingonderneming op het gebied van lead generation wenst op te richten en daarvoor reeds een investeerder heeft gevonden. Werknemer vordert in de onderhavige procedure primair de werking van het non-concurrentiebeding te schorsen, althans te matigen in duur tot een jaar en in geografisch bereik tot Europa en Australië. Werkgeefster heeft verweer gevoerd en een tegenvordering ingediend.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit de stellingen van partijen wordt geconcludeerd dat lead generation een vorm van marketing betreft, waarbij op het internet met instemming persoonsgegevens worden verworven, die in bundels worden verkocht aan bedrijven om vervolgens hun eigen product aan deze personen op het internet aan te bieden. Het verdienmodel lijkt erop gebaseerd dat het benaderen van de personen uit deze persoonsbestanden op internet voor ondernemers tot meer (potentiële) internetklanten leidt dan andere aangeboden persoonsbestanden, waardoor een ondernemer geneigd is om juist deze bestanden te kopen. In ieder geval is voldoende aannemelijk geworden dat lead generation op het gebied van marketing recentelijk is ontwikkeld en een niche betreft. Werkgeefster heeft aangevoerd dat zij voornemens is om ook de Aziatische markt te

veroveren. Nu verder geldt dat onbetwist is gebleven dat werknemer een werknemer was van het eerste uur, door zijn functie als Head Country Manager van alle ins en outs van de bedrijfsvoering, en meer specifiek lead generation, op de hoogte was en hij het vak goed beheerst, is het begrijpelijk dat werkgeefster met hem een verstrekkend en zeer uitgebreid non-concurrentiebeding op het gebied van lead generation is overeengekomen. Hier staat tegenover dat werknemer benadeeld wordt door het non-concurrentiebeding. Hij heeft immers in beginsel recht op een vrije arbeidskeuze en heeft een speciale interesse ontwikkeld in lead generation. Nu echter onbetwist is gebleven dat hij zijn knowhow en kunde op dit speciale gebied in de afgelopen twee jaar heeft opgebouwd bij werkgeefster en gesteld noch gebleken is dat hij niet ook op andere gebieden binnen het vak van marketing werkzaam kan zijn, weegt zijn belang niet zwaarder dan dat van werkgeefster. Daarbij geldt dat hij er zelf voor gekozen heeft om zijn baan op te zeggen, terwijl hij juist opslag had gekregen en, gelet op de verstrekte bonussen, moet worden aangenomen dat hij door werkgeefster voor zijn werkzaamheden voldoende werd gewaardeerd. Nu het non-concurrentiebeding bovendien pas acht maanden geleden is overeengekomen, had hij zich bij het aangaan van dit zeer uitgebreide en expliciete beding moeten realiseren dat werkgeefster er veel aan gelegen was dat hij niet op gebied van lead generation concurrerend in de markt zou treden, nergens in de wereld en niet binnen twee jaar. Werkgeefster heeft voldoende gemotiveerd aangevoerd dat concurrerende werkzaamheden van werknemer gedurende twee jaar na beëindiging van het dienstverband voor haar zeer bedreigend zijn. Tegenover de betwisting van werkgeefster, heeft werknemer onvoldoende gesteld om te kunnen concluderen dat in deze nieuw opkomende markt zijn kennis eerder dan na twee jaar te veel is verouderd om bedreigend te zijn voor werkgeefster. De door werknemer gevorderde voorlopige voorziening wordt geweigerd. De tegenvorderingen van werkgeefster worden bij gebrek aan (spoedeisend) belang afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 20-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:4302

Zaaknummer: 5068830 KK EXPL 16-624

Rechters: L. van Berkum

Advocaten: M.A. van Haelst en M.W. Koole

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Nomot B.V./werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen. Experts verrichten hun werkzaamheden in een eigen werkgebied om op een doelmatige en efficiënte wijze, en tegen zo laag mogelijke (reis)kosten per expert het gehele land te kunnen bedienen. Functie van expert is hierdoor niet (zonder meer) uitwisselbaar.

Werknemer is in dienst van Nomot. Nomot heeft op 30 oktober 2015 het UWV om toestemming gevraagd de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen wegens bedrijfseconomische redenen. Bij beslissing van 22 december 2015 heeft het UWV de gevraagde ontslagvergunning geweigerd, nu naar haar oordeel het afspiegelingsbeginsel door Nomot niet op de juiste wijze is toegepast. Het verzoek van Nomot strekt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een redelijke grond, te weten bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 7:669 lid 1 jo. lid 3 onderdeel a BW, onder toekenning van een transitievergoeding van € 3.443,22 bruto.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werknemer voert aan dat ten aanzien van het ontslag op bedrijfseconomische gronden binnen zijn functie landelijk moet worden afgespiegeld. Alle experts verrichten soortgelijke werkzaamheden die volgens werknemer onderling uitwisselbaar zijn. Voorts heeft werknemer aangevoerd dat er andere functies binnen Nomot beschikbaar zijn waarop hij kan worden ingezet. Nomot heeft niet weersproken dat indien de functies van expert in de verschillende regio's uitwisselbaar zijn werknemer niet in aanmerking komt voor ontslag, maar een expert in Friesland. Zij betwist echter dat de functies van expert in de regio Randstad/Midden-Nederland en de regio Noordoost-Nederland uitwisselbaar zijn. Beoordeeld dient te worden of daarvan sprake is. De stelling van Nomot dat de experts in de verschillende regio's niet uitwisselbaar zijn vanwege verschillende dialecten en regionale verschillen volgt de kantonrechter niet. Nomot heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat specifieke kennis en/of vaardigheden noodzakelijk zijn om in andere regio's de functie van expert te kunnen verrichten. Dat voor de experts in de verschillende regio's sprake is van een (substantieel) verschil in functie-inhoud, vereiste kennis, vaardigheden en vereiste competenties is dan ook niet komen vast te staan. Bij de beoordeling van de vraag binnen

welke groep door de werkgever moet worden afgespiegeld, kunnen echter ook andere factoren een rol spelen. Nomot heeft voldoende duidelijk gemaakt dat de experts hun werkzaamheden verrichten in een eigen werkgebied om op een doelmatige en efficiënte wijze, met een zo beperkt mogelijke reistijd per expert en tegen zo laag mogelijke (reis)kosten per expert het gehele land te kunnen bedienen. Werknemer heeft niet weersproken dat, wanneer hij zijn werkzaamheden in Friesland zou moeten uitvoeren, hij buiten zijn afspraken om 4,5 uur per dag aan reistijd kwijt zou zijn en dat dientengevolge beperkte tijd zou overblijven om expertisebezoeken af te leggen en de reiskosten aanzienlijk zouden toenemen. Hij heeft weliswaar terecht aangevoerd dat eventuele extra reistijd en reiskosten als gevolg van wijzigingen in de organisatie in beginsel voor rekening en risico van de werkgever komen, maar door te wijzen op het grote verlies aan effectieve arbeidsuren en de extra (reis)kosten die ontstaan als een expert uit het westen Noordooost-Nederland zou moeten bedienen heeft Nomot voldoende aangetoond dat de functie van expert in de regio Randstad/Midden-Nederland en die van expert in de regio Noordooost-Nederland niet zonder meer uitwisselbaar is. Het komt erop neer dat Nomot voldoende heeft aangetoond dat zij haar onderneming op zodanige wijze heeft georganiseerd dat het werkgebied van de experts met hun functie is verbonden. Dat geldt wellicht in mindere mate wanneer de werkgebieden dicht bij elkaar liggen, of de experts regelmatig over en weer in elkaars werkgebied worden ingezet, maar wel wanneer, zoals in het onderhavige geval, de werkgebieden ver van elkaar liggen en de experts, anders dan bij calamiteiten, niet ook in elkaars gebied werkzaam zijn. Nomot heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat werknemer niet binnen een redelijke termijn herplaatsbaar is in een andere passende functie binnen haar organisatie. De arbeidsovereenkomst wordt per 1 juli 2016 ontbonden.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 10-05-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:5290

Zaaknummer: 4856303 \ VZ VERZ 16-3352

Rechters: J.W. Langelier

Advocaten: J. van der Woude en L.H.W.J. Rutten

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

RECHTSPRAAK

X/PostNL Pakketten Benelux B.V.

Is pakketbezorger PostNL werkzaam op basis van een arbeidsovereenkomst?

Op 16 januari 2012 heeft X zijn eenmanszaak laten registreren bij de KvK. Met ingang van 22 januari 2013 hebben PostNL en X een vervoersovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten. De opzegtermijn van de vervoersovereenkomst betreft één maand. Daarvoor was X werkzaam in opdracht van een onderneming die op basis van een vervoersovereenkomst voor PostNL werkte. Op enig moment heeft PostNL X aangeboden bij haar in dienst te treden. Bij brief van 25 oktober 2015 heeft X dit aanbod geweigerd. Op 18 maart 2016 heeft PostNL de overeenkomst met X opgezegd wegens vermeend onjuist scangedrag. Thans verzoekt X een verklaring voor recht dat sprake is van een arbeidsovereenkomst. Daarnaast verzoekt X de opzegging te vernietigen. Aan deze verzoeken legt X het volgende ten grondslag. De vervoersovereenkomst moet feitelijk worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst en derhalve is de opzegging ongegrond. PostNL voert gemotiveerd verweer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit de schriftelijke vervoersovereenkomst blijkt dat het de bedoeling van partijen was om een overeenkomst van opdracht aan te gaan, geen arbeidsovereenkomst. Verder heeft X ter zitting aangegeven dat hij zijn eenmanszaak een klein jaar eerder dan het sluiten van de overeenkomst tussen X en PostNL heeft opgericht, om via tussenkomst van een andere subcontractor van PostNL te kunnen rijden. Er mag daarom van worden uitgegaan dat X zijn onderneming niet ten behoeve van de vervoersovereenkomst tussen partijen heeft opgericht en dat hij kennelijk op enig moment – na bekend te zijn geraakt met de praktijk van PostNL – er bewust voor heeft gekozen direct met PostNL zaken te doen. Daarnaast heeft X voor zijn onderneming een bus aangeschaft en droeg hij daarmee enig ondernemersrisico en bezat hij enig ondernemingskapitaal. Bovendien heeft X een VAR-verklaring overgelegd. Verder is X altijd beloofd op grond van resultaat en heeft daarvoor facturen ontvangen. Voorts blijkt uit de overeenkomst dat X niet gehouden was om zelf de werkzaamheden te verrichten en dat hij zich mocht laten vervangen, hetgeen hij feitelijk ook meermalen heeft gedaan. Dit is essentieel anders dan hij een arbeidsovereenkomst. Ten slotte heeft X ter zitting verklaard dat hij zelf mensen ter vervanging heeft moeten zoeken, deze zelf

heeft opgeleid en zelf heeft betaald en dat deze vervangers niet (altijd) een testje bij PostNL moesten doen. Ook dit alles wijst op zelfstandigheid van X. Zoals ook in andere uitspraken tussen PostNL en subcontractors is overwogen, staat daartegenover dat PostNL specifieke instructies aan de subcontractors gaf, gelijk aan werknemers. Zo gaf PostNL aan welke kleding en welk schoeisel gedragen moest worden, dat en hoe een scanner gedragen moest worden, welke afmetingen de bus diende te hebben, op welke tijden werd bezorgd, mocht X zich niet structureel laten vervangen en werden enige tijd straatcontroles uitgevoerd. Hiermee werd de ondernemersvrijheid van X ingeperkt. De kantonrechter is evenwel van oordeel dat de inperking van de ondernemersvrijheid niet zodanig is dat de overeenkomst als een arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd. Voor zover de inperking van de ondernemingsvrijheid op enig moment zodanig zou zijn geweest dat aan het bestaan van een arbeidsovereenkomst zou kunnen worden getwijfeld, is die twijfel opgeheven doordat X in 2015 het aanbod tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst heeft geweigerd. Daarmee heeft X immers duidelijk uitdrukking gegeven aan zijn wens als zelfstandige werkzaam te zijn. Dat X dit aanbod niet kon aannemen – en dus geen vrije keuze had – vanwege de grote financiële gevolgen, heeft hij onvoldoende onderbouwd. Dit betekent dat alle verzoeken van X zullen worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 11-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:4521

Zaaknummer: 5080582 EA VERZ 16-547

Rechters: K.G.F. van der Kraats

Advocaten: J.N.A. Dijkman en J.M. van Slooten

Wetsartikelen: 7:610 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Initial B.V.

Ontslag op staande voet wegens het door werknemer zelfstandig opstellen, ondertekenen en opsturen van werkgeversverklaring is rechtsgeldig.

Werknemer is op 1 januari 2011 bij Initial in dienst getreden in de functie van accountmanager. Op 29 maart 2016 heeft werknemer zelf een werkgeversverklaring opgesteld en ondertekend, waarbij hij het heeft doen voorkomen alsof de verklaring was afgegeven door zijn leidinggevende de heer B. Werknemer heeft deze werkgeversverklaring vervolgens naar Rebo Groep opgestuurd voor de inschrijving op een huurwoning. Op donderdag 31 maart 2016 heeft de heer M, namens Rebo, contact opgenomen met Initial in het kader van een routinecontrole. Uiteindelijk is de heer M pas op dinsdag 5 april 2016 doorverbonden met de HR-afdeling van Initial. Vervolgens heeft nog diezelfde dag een telefoongesprek plaatsgevonden tussen werknemer en Initial. Initial heeft werknemer op 6 april 2016 op staande voet ontslagen. Thans verzoekt werknemer vernietiging van het ontslag op staande voet, wedertewerkstelling en loondoorbetaling. Voorts verzoekt werknemer een transitievergoeding. Werknemer legt aan zijn verzoeken ten grondslag dat geen sprake is van een dringende reden. Verder stelt werknemer dat het ontslag niet onverwijld is gegeven. Initial voert gemotiveerd verweer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Allereerst stelt werknemer dat het ontslag niet onverwijld is gegeven. De kantonrechter volgt werknemer niet in zijn stelling. Vast staat weliswaar dat Rebo Initial op 31 maart 2016 telefonisch heeft trachten te bereiken, maar uit niets blijkt dat Initial reeds op dat moment op de hoogte is geraakt van het feit dat werknemer zelf een werkgeversverklaring heeft opgesteld en ondertekend. Immers, uit de op de zitting afgespeelde geluidsfragmenten is niet af te leiden dat op 31 maart 2016 reeds twijfels zijn geuit over de echtheid en juistheid van de werkgeversverklaring. Vast staat dat M vervolgens op 5 april 2016 opnieuw heeft gebeld en is doorverbonden met de afdeling HR van Initial. De kantonrechter acht het aannemelijk dat Initial toen pas op de hoogte is geraakt van het feit dat werknemer zelf een werkgeversverklaring heeft opgesteld en ondertekend. Initial heeft werknemer vervolgens nog diezelfde dag gehoord en hem op 6 april 2016 op staande voet ontslagen. Gelet op deze gang van zaken is het ontslag op staande voet onverwijld gegeven.

Vervolgens komt de vraag aan de orde of sprake is van een dringende reden. Hiertoe overweegt de kantonrechter als volgt. Werknemer stelt dat hij met B had afgesproken dat hij een (model)werkgeversverklaring zou invullen en in het postvak van B zou leggen. Eerst nadat werknemer tevergeefs contact had gezocht met B om na te gaan of hij al in de gelegenheid was geweest om de werkgeversverklaring te ondertekenen, heeft werknemer, met het oog op de sluiting van de inschrijving en gedreven door paniek, de verklaring zelf ondertekend door plaatsing van een ‘verzonnen’ handtekening van B. De kantonrechter stelt vast dat in het dossier geen aanknopingspunten zijn te vinden die de betrokkenheid van B bij de opstelling en afgifte van de werkgeversverklaring onderbouwen. Zelfs indien moet worden uitgegaan van de door werknemer gestelde omstandigheden, dient het fingeren van een handtekening van zijn werkgever onder een werkgeversverklaring werknemer echter zwaar te worden aangerekend. Ook als het zo zou zijn dat B werknemer had toegezegd snel de verklaring te tekenen, dan vormt dat nog geen rechtvaardiging voor het vervolgens zonder nader overleg zelf invullen en van een fictieve handtekening voorzien. Initial heeft zich immers niet kunnen vergewissen van de inhoud en de juistheid van het stuk. En een derde, Rebo in dit geval, moet kunnen vertrouwen op de echtheid van het stuk. De kantonrechter merkt de gedraging van werknemer aan als een zodanig ernstige schending van de op hem rustende verplichting zich jegens Initial als goed werknemer te gedragen, en daarmee als een dermate ernstige inbreuk op het vertrouwen dat Initial in hem moest kunnen stellen, dan van haar redelijkerwijs niet kon worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Alle omstandigheden in aanmerking nemend heeft Initial de arbeidsovereenkomst onverwijld om een dringende reden mogen opzeggen. Dit betekent dat het primaire verzoek van werknemer wordt afgewezen. De subsidiaire verzoeken zijn evenmin toewijsbaar.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 08-07-2016

Zaaknummer: 5131056 UE VERZ 16-281 JH/1050 (hoofdzaak), 5131079 UE 16-282 (incident) en 5203745 UE 16-342 (voorwaardelijk tegenverzoek)

RECHTSPRAAK

UWV heeft, vanwege de onzorgvuldige voorbereiding van de eigenrisicodrager welke voorbereiding UWV had moeten controleren, besluiten op onjuiste wijze bekendgemaakt, waardoor op onjuiste gronden het bezwaar niet-ontvankelijk is verklaard; het incidentele hoger beroep slaagt.

Betrokkene werkt bij [BV] en meldt zich op 27 augustus 2012 ziek. De arbeidsovereenkomst eindigt op 15 september 2012. [BV] is eigenrisicodrager en betaalt vanaf 15 september 2012 aan betrokkene een ZW-uitkering. [BV] dient vanaf 10 december 2012 in totaal vijf verschillende formulieren 'Verzoek om een beslissing over de Ziektewetuitkering voor eigenrisicodrager Ziektewet' in. Naar aanleiding daarvan geeft UWV bij besluit van 28 december 2012 (besluit 1) de beschikking af die leidt tot verlaging van de ZW-uitkering van betrokkene. Dit besluit wordt naar [adres 1] van betrokkene gestuurd. Bij besluit van 7 maart 2013 geeft UWV bovendien de beschikking af tot schorsing van de ZW-uitkering van betrokkene met ingang van 22 januari 2013. Dit besluit wordt naar [adres 2] van betrokkene gestuurd. Met twee op 5 juni 2013 gedateerde brieven is namens betrokkene bezwaar gemaakt tegen beide besluiten, waarbij betrokkene ten aanzien van de ontvankelijkheid aanvoert dat de besluiten naar verkeerde adressen zijn gestuurd, omdat betrokkene al sinds november 2012 op [adres 3] woont. UWV verklaart beide bezwaren niet-ontvankelijk, omdat de besluiten aan het juiste adres zijn verstuurd en daarmee op de juiste wijze aan betrokkene bekend zijn gemaakt. Beide bezwaren zijn na afloop van de bezwaartermijn door UWV ontvangen en van een verschoonbare termijnoverschrijding is geen sprake, aldus UWV. De rechtbank verklaart het beroep van betrokkene tegen besluit 1 gegrond, maar het beroep tegen besluit 2 ongegrond. UWV stelt hoger beroep in tegen de uitspraak met betrekking tot besluit 1; betrokkene stelt incidenteel hoger beroep in tegen de uitspraak met betrekking tot besluit 2.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt.

Ter bepaling van de omvang van het geding geldt dat, indien hoger beroep is ingesteld, incidenteel hoger beroep op grond van artikel 8:110 lid 1 Awb openstaat voor degene die ook hoger beroep had kunnen instellen. Dat UWV met zijn hogerberoepschrift de omvang van het

geding in het hoger beroep heeft beperkt tot het oordeel van de rechtbank in besluit 1, staat er niet aan in de weg dat betrokkene in het ingestelde incidenteel hoger beroep het oordeel van de rechtbank over besluit 2 ter discussie stelt. Deze beperking volgt ook niet uit de tekst van artikel 8:110 lid 1 Awb. De indiener van incidenteel hoger beroep hoeft zich dus niet te beperken tot de beslissingen over de besluiten waarop het hoger beroep betrekking heeft. Het betoog van UWV dat betrokkene niet-ontvankelijk is in zijn incidenteel hoger beroep, volgt de Raad niet.

Op grond van artikel 2 Regeling werkzaamheden, administratieve voorschriften en kosten eigenrisicodragen ZW rust op de eigenrisicodrager de verplichting een beslissing op zorgvuldige wijze voor te bereiden, onder andere met behulp van een door UWV beschikbaar gesteld formulier. De verzekerde dient op basis van artikel 2 Controlevoorschriften Ziektewet 2010 onverwijld elke wijziging in zijn woon- of verblijfadres te melden aan UWV. Dit laatste is volgens de Raad echter geen verplichting van de verzekerde. Nu de betrokkene voorafgaand aan besluit 1 en 2 geen correspondentie heeft gevoerd met UWV, lag het ook niet op de weg van betrokkene zijn adreswijziging te melden aan UWV. Daar komt bij dat betrokkene ter zitting verklaarde dat hij aan [adres 1] woonruimte had in een pand van [BV]. Hij mocht zich daar van [BV] niet inschrijven, en na het einde van de arbeidsovereenkomst moest betrokkene de woonruimte verlaten. [BV] wist dus dat [adres 1] niet langer het adres was van betrokkene. De Raad houdt het ervoor dat [BV] ook ermee bekend was dat [adres 3] het nieuwe adres was van betrokkene. Ook de bedrijfsarts was op de hoogte van het nieuwe adres van betrokkene. De eerder genoemde verplichting van [BV] als eigenrisicodrager om een door UWV te nemen besluit zorgvuldig voor te bereiden omvat volgens de Raad ook een opgave van het juiste adres waarnaar de gevraagde beschikking moet worden gezonden. Van een zorgvuldige voorbereiding door [BV] is geen sprake, nu het nieuwe adres van betrokkene niet is vermeld in het formulier, terwijl [BV] wel wist van dit nieuwe adres. Deze gebreken in de voorbereiding zijn op grond van artikel 63a e.v. ZW aan UWV toe te rekenen. UWV had de voorbereiding en onderbouwing van [BV] immers moeten controleren. Beide besluiten hadden moeten worden verzonden naar [adres 3]. Het hoger beroep van UWV tegen besluit 1 slaagt niet. Het incidentele hoger beroep van betrokkene tegen besluit 2 slaagt wel, waardoor de bezwaartermijn niet op 8 maart 2013 is aangevangen en het bezwaar van betrokkene op onjuiste gronden niet-ontvankelijk is verklaard. De Raad vernietigt besluit 2 en draagt UWV op een nieuwe beslissing op bezwaar te nemen.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 29-06-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:2485

Zaaknummer: 15/1897 ZW

Rechters: M. Greebe, J.S. van der Kolk en A.T. de Kwaasteniet

Wetsartikelen: 8:110 Awb, 63a ZW en 29 ZW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Concurrentie- en relatiebeding in arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voldoen niet aan motiveringsplicht ex artikel 7:653 BW. Ondanks vernietiging van het concurrentie- en relatiebeding wordt het werknemer verboden om tot 1 maart 2017 op enigerlei wijze werkzaamheden bij Bedrijf X te verrichten, omdat de indiensttreding van werknemer bij Bedrijf X als onrechtmatig jegens werkgeefster moet worden aangemerkt.

Op 1 augustus 2014 is werknemer bij werkgeefster in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. De laatste keer is de arbeidsovereenkomst verlengd tot 1 juni 2016. In januari 2016 heeft werknemer bij werkgeefster aangegeven dat hij graag in dienst wilde treden bij Bedrijf X. Partijen hebben vervolgens meerdere keren met elkaar gesproken over de indiensttreding van werknemer bij Bedrijf X. Op 18 maart 2016 is werkgeefster een privé-e-mail van werknemer van 18 maart 2016 aan Bedrijf X onder ogen gekomen, waaruit blijkt dat werknemer aan Bedrijf X voorstelt klanten van werkgeefster van buiten zijn rayon afhandig te maken. Op 21 maart 2016 heeft werkgeefster werknemer op staande voet ontslagen. Thans verzoekt werknemer (in het incident) schorsing van het concurrentie- en relatiebeding. In de hoofdzaak verzoekt werknemer betaling van een billijke vergoeding en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging. Ten slotte verzoekt werknemer vernietiging van het concurrentie- en relatiebeding. Werkgeefster voert gemotiveerd verweer. Voor het geval de kantonrechter het concurrentie- en/of het relatiebeding schorst of vernietigt, verzoekt werkgeefster een verbod voor werknemer om tot 1 maart 2017 op enige wijze werkzaamheden te verrichten voor dan wel ten behoeve van Bedrijf X.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Partijen zijn verdeeld over (het antwoord op) de vraag of in het onderhavige geval sprake was van een dringende reden voor het ontslag. De e-mail van 18 maart 2016 van werknemer aan Bedrijf X is voor werkgeefster reden geweest om werknemer op staande voet te ontslaan. Werkgeefster stelt dat uit de e-mail van 18 maart 2016

blijkt dat werknemer lijsten met informatie over klanten van werkgeefster had veiliggesteld en van plan was om die aan Bedrijf X ter beschikking te stellen, zodat Bedrijf X direct achter klanten van werkgeefster aan zou kunnen gaan. Werknemer betwist die conclusie. De kantonrechter overweegt als volgt. Werknemer wist dat werkgeefster aanvankelijk veel moeite had met de door hem gewenste indiensttreding bij haar concurrent Bedrijf X. Het moet voor werknemer dan ook helder geweest zijn dat werkgeefster zeer veel waarde hechtte aan het behoud van haar klantenkring en dat zij absoluut niet wilde dat door de indiensttreding van werknemer bij Bedrijf X aan de haal zou worden gegaan met haar klanten. In zijn e-mail aan Bedrijf X schrijft werknemer echter: 'dus alle klanten buiten rayon 05 mee beginnen en afpakken (lijsten heb ik.)' en verderop: '17 maart 2017 volledig geheel rayon 05 pakken.' Dit kan naar het oordeel van de kantonrechter niet anders uitgelegd worden dan dat werknemer aan Bedrijf X voorstelt meteen klanten van werkgeefster van buiten zijn rayon afhandig te maken. Op grond van het vorenstaande, is begrijpelijk dat werkgeefster werknemer op staande voet heeft ontslagen. Geoordeeld wordt derhalve dat werkgeefster de arbeidsovereenkomst met werknemer op 21 maart 2016 onverwijld om een dringende reden heeft mogen opzeggen. Het verzoek van werknemer ter zake van de billijke vergoeding en de vergoeding wegens onregelmatige opzegging is daarom niet toewijsbaar. Voorts verzoekt werknemer dat het concurrentie- en relatiebeding worden vernietigd, omdat de motivering van het zwaarwegende belang in de arbeidsovereenkomst ontbreekt. Overwogen wordt dat in het onderhavige geval sprake is van een tijdelijke arbeidsovereenkomst waarop de WWZ-wetgeving van toepassing is, hetgeen betekent dat een schriftelijke motivering van de werkgever, waaruit blijkt dat het beding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen, aanwezig dient te zijn. Echter, de onderhavige motivering voldoet niet aan de gestelde vereisten. Immers, in de motivering is opgenomen dat bedrijfsgevoelige informatie moet worden beschermd, maar niet is concreet gemaakt om welke kennis het gaat. Ook is onvoldoende onderbouwd waarom het belang om bedrijfsgevoelige informatie een concurrentie- en relatiebeding vereist. Voorts is opgenomen dat opgedane persoonlijke banden met klanten moeten worden beschermd, maar dit is geenszins toegesneden op de persoon of functie van werknemer. Kortom, het concurrentie- en relatiebeding is in te algemene bewoordingen geformuleerd. Dit betekent dat de verzoeken tot vernietiging van het concurrentie- en relatiebeding worden toegewezen.

Nu het concurrentie- en relatiebeding worden vernietigd, betekent dat aan de voorwaarde voldaan is waaronder werkgeefster haar verzoek heeft ingesteld. De kantonrechter wijst het verzoek van werkgeefster toe. Immers, werkgeefster heeft er belang bij dat er geen vertrouwelijke bedrijfsinformatie bij haar concurrent terechtkomt. Gelet op het bezit van werknemer van die lijsten en nu in de voormelde e-mail gesuggereerd wordt dat die lijsten door werknemer aan Bedrijf X ter beschikking zullen worden gesteld, is voldoende

aannemelijk geworden dat werknemer zijn geheimhoudingsplicht gaat schenden als hij bij Bedrijf X in dienst treedt. Derhalve moet de door werknemer gewenste indiensttreding bij Bedrijf X als onrechtmatig jegens werkgeefster worden aangemerkt en is een preventieve maatregel op zijn plaats. Werknemer wordt het derhalve verboden om tot 1 maart 2017 op enigerlei wijze werkzaamheden te verrichten voor dan wel ten behoeve van Bedrijf X dan wel op enigerlei wijze betrokken te zijn bij Bedrijf X.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 08-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:3811

Zaaknummer: 4982264 / ME VERZ 16-85

Rechters: M.J.C.M. Manders

Advocaten: H.P. Wellenberg

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Vereniging Nederlandse Verkeersvliegers/easyJet Airline Company Limited

easyJet mag eigen personeel – piloten van andere vestigingen – inzetten om de gevolgen van de staking op te vangen.

Sinds maart 2015 heeft easyJet een basis op Schiphol Airport. EasyJet Holland heeft piloten aangenomen op basis van een arbeidsovereenkomst naar Nederlands recht (AMS-based piloten). Op 19 augustus 2015 is op initiatief van VNV een overleg gestart tussen partijen over de collectieve arbeidsvoorwaarden van de bij easyJet Holland werkzame piloten. Op 12 juni 2016 heeft VNV in een persbericht aangekondigd dat zij haar leden heeft opgeroepen om op 14 juni 2016 van 06:00 uur tot 14:00 uur het werk neer te leggen. Op 14 juni 2016 hebben 15 piloten van easyJet Holland gestaakt. EasyJet heeft veertien piloten afkomstig van andere bases dan Amsterdam ingezet om de vluchten uit te voeren van de stakende piloten van easyJet Holland. Thans vordert VNV vordert easyJet te verbieden om gedurende twaalf weken na betekening van dit vonnis gedurende een door VNV aangekondigde werkonderbreking of staking vluchten die gedurende de stakingsperiode normaliter door AMS-based piloten worden uitgevoerd, te laten uitvoeren door andere piloten dan AMS-based piloten van easyJet. EasyJet voert gemotiveerd verweer. In reconventie vordert easyJet VNV te verbieden om in verband met de door haar voorgestane verbetering van de collectieve arbeidsvoorwaarden werkonderbrekingen en/of stakingsacties te organiseren of daaraan deel te (laten) nemen voor een periode van twaalf weken vanaf datum vonnis, voor zover die werkonderbrekingen en/of stakingsacties plaatsvinden op enig moment binnen het tijdvak van vrijdag 06:00 uur tot en met zondag 23:59 uur en VNV te verbieden dat zij werkonderbrekingen en/of stakingsacties organiseert zonder aankondiging aan easyJet, welke aankondiging uiterlijk 48 uren vóór de aanvang van iedere stakingsactie of werkonderbreking per e-mail moet zijn ontvangen.

De voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Een van de in dit geding aan de orde gestelde kwesties betreft de vraag of het easyJet is toegestaan de effecten van de staking op te vangen door piloten uit andere vestigingen van easyJet in te vliegen en die piloten de vluchten te laten uitvoeren die door stakende AMS-based piloten zouden worden uitgevoerd. Het komt daarom systematisch juist voor om de geschilpunten te bespreken aan de hand van de drie vragen.

Ad A: Zijn de voorgenomen stakingen in beginsel rechtmatige collectieve acties?

EasyJet heeft ter zitting opgemerkt dat VNV het recht heeft om te staken. De voorzieningenrechter stelt op die grond vast dat easyJet niet betwist dat de aangekondigde actie bij kan dragen tot doeltreffende uitoefening van het recht op collectief onderhandelen. Zij betwist wel dat de acties onder de geschetste omstandigheden proportioneel zijn.

Ad B: Is het invliegen van piloten uit andere easyJet-vestigingen een rechtmatige reactie?

Het debat tussen partijen over dit geschilpunt heeft zich toegespitst op het zgn. onderkruipersverbod, sedert 1 juli 1998 opgenomen in artikel 10 van de Waadi. VNV betoogt dat het uitgangspunt van artikel 10 Waadi is dat geen arbeidskrachten ingezet mogen worden met het doel werkzaamheden te verrichten die normaliter door de stakers worden verricht. EasyJet heeft daarop primair gereageerd met de stelling dat de Waadi in het onderhavige geval niet van toepassing is omdat geen sprake is van 'het ter beschikking stellen van arbeidskrachten'. Zij voert daartoe aan dat zij haar onderneming(en) zodanig heeft georganiseerd dat alle betrokken arbeidskrachten in dienst zijn van één en dezelfde werkgever. Subsidiair doet easyJet een beroep op de uitzondering van artikel 1 lid 3 onderdeel c Waadi, de zgn. intra-concernuitzondering. De voorzieningenrechter oordeelt hierover als volgt. Inzet van personeel om de effecten van een staking op te vangen of te mitigeren kan op velerlei wijze plaatsvinden. Gelet op de tekst van artikel 10 Waadi heeft het daarin opgenomen verbod uitsluitend het oog op niet 'eigen' personeel: personeel dat niet al een kostenpost voor de ondernemer vormde vóórdat de behoefte aan inzet ontstond. Daartoe bevat artikel 10 jo. artikel 1 Waadi een nauwkeurige omschrijving van wat wel en niet is toegestaan. De vennootschapsrechtelijke structuur van de door easyJet gedreven onderneming brengt mee dat het primaire standpunt van easyJet juist moet worden geacht. Nu het door easyJet ingezette personeel al vóór die inzet bij haar op de loonlijst stond, is immers van het ter beschikking stellen van personeel aan 'een ander' in de zin van de Waadi geen sprake. De omstandigheid dat easyJet in organisatorische zin wellicht meer trekken heeft van een concern met meerdere ondernemingen ontnemt aan de genoemde juridische werkelijkheid niet de zelfstandige betekenis. En wanneer dat wel zo zou zijn, komt VNV er ook niet, want dan verhindert het bepaalde in artikel 1 lid 3 Waadi dat er sprake is van ter beschikking stellen. Kortom, het invliegen van piloten door easyJet uit andere vestigingen is niet onrechtmatig is. Dat brengt mee dat de vorderingen van VNV in conventie zullen worden afgewezen.

Ad C: Indien vraag A bevestigend wordt beantwoord: is het, mede gelet op het antwoord op vraag B, maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk om aan de voorgenomen uitoefening van het recht op collectieve actie één of meer van de in reconventie gevorderde beperkingen te stellen?

Vooropgesteld moet worden dat het niet aan de voorzieningenrechter is om te beoordelen wat een redelijk arbeidvoorwaardenpakket is en evenmin welk type actie op een gegeven moment proportioneel is aan een concreet eisenpakket. Collectieve actie is de voortzetting van de communicatie met andere middelen, waarbij ook in de keuze van actiemiddelen, de duur daarvan en de communicatie daarover, de verantwoordelijkheid primair bij de strijdende partijen ligt. Voor ingrijpen door de voorzieningenrechter is slechts plaats wanneer die aan partijen toekomende ruimte te buiten wordt gegaan. Bij de beoordeling of en in hoeverre dat in casu het geval is verdient allereerst opmerking dat de voorzieningenrechter niet is gebleken dat VNV haar leden heeft opgeroepen tot een langdurige en algemene staking en evenmin dat VNV dat in de (nabije) toekomst van plan is. De voorzieningenrechter stelt vast dat easyJet onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat de arbeidsvoorwaarden van de AMS-based piloten in aanzienlijke mate ongunstig afsteken bij die van de piloten in haar vestigingen in het buitenland en van andere budgetcarriers in Nederland. Voorts heeft easyJet niet aannemelijk gemaakt dat zij zich in de onderhandelingen redelijk heeft opgesteld. De voorzieningenrechter stelt op grond van de ter zitting door easyJet gegeven antwoorden op de haar gestelde vragen vast dat easyJet VNV thans tot 1/3 van de kosten van het door VNV verlangde pakket tegemoet is gekomen. Zij heeft niet kunnen aangeven wat haar argumenten zijn voor die zuinige opstelling. Gelet op de kleine miljard winst die zij over 2015 heeft geboekt zal die niet gelegen zijn in financieel onvermogen. In aanmerking genomen de terughoudendheid die de voorzieningenrechter ten aanzien van de beoordeling van de posities van partijen past, is er dan ook geen aanleiding voor het oordeel dat de door VNV overwogen acties – kortdurende stakingen – een disproportionele reactie vormen op de opstelling van easyJet in de onderhandelingen. De voorzieningenrechter komt nu toe aan een bespreking van de door easyJet verlangde beperkingen op het punt van aankondiging vooraf en tijdvakken waarin. Vast staat dat VNV bij de staking van 14 juni 2016 aan de eis van aankondiging van een staking op een termijn van minimaal 48 uur van tevoren is tegemoetgekomen. EasyJet heeft ter zitting verklaard dat alle op 14 juni geplande vluchten konden worden uitgevoerd. Naar valt aan te nemen is dat met name gelukt doordat easyJet dankzij de aankondiging voldoende tijd heeft gekregen om piloten uit andere vestigingen in te vliegen. Het lijdt dan ook geen twijfel dat door het opleggen van een plicht tot voorafgaande aankondiging in aanzienlijke mate afbreuk wordt gedaan aan de effectiviteit van het stakingsmiddel. De door easyJet gevraagde aankondigingstermijn is dan ook een forse beperking van het aan VNV toekomende stakingsrecht, waarvoor zeer zware argumenten moeten kunnen worden gegeven. Die ziet de voorzieningenrechter niet. Met het voorgaande is niet gezegd dat er geen enkele aankondigingstermijn zou moeten gelden. De voorzieningenrechter zal dan ook voorschrijven dat VNV haar acties op een termijn van minimaal zes uur voorafgaand aan de actie moet aankondigen. De voorzieningenrechter oordeelt ook dat in het weekeinde direct volgend op

dit vonnis in het geheel geen stakingsacties mogen plaatsvinden en dat deze gedurende de daaropvolgende drie weekeinden niet zijn toegestaan tussen vrijdag 6:00 uur en zondag 6:00 uur Nederlandse tijd.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 08-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2016:5638

Zaaknummer: C/15/244818 / KG ZA 16-457

Rechters: A.H. Schotman

Advocaten: J.W. Stam, H.M.J. Bogaard en M.C.E. Peels

Wetsartikelen: 10 Waadi en 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest

RECHTSPRAAK

Het feit dat tussen het incident op 20 juni 2011 en de feitelijke ontslagdatum 1 februari 2012 iets meer dan zeven maanden zijn verstreken, maakt niet dat aan het ontslag geen subjectieve dringende reden ten grondslag ligt.

Werknemer is sinds 13 juni 2003 op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst van betrokkene, in de functie van leraarondersteuner. Nadat werknemer van betrokkene eerder schriftelijke waarschuwingen heeft ontvangen, vindt op 20 juni 2011 een incident op school plaats, waarbij werknemer een leerling tweemaal zou hebben bespuugd en bedreigd. Op 24 juni vindt een gesprek met werknemer plaats. Bij besluit van 28 juni 2011 zegt betrokkene de arbeidsovereenkomst met werknemer op, op de grond dat de professionele integriteit van werknemer niet passend is bij betrokkene en dat werknemer dus ongeschikt is voor de door hem uitgeoefende functie. Betrokkene stelt werknemer eveneens vrij van werkzaamheden. Bij brief van 5 oktober 2011 trekt betrokkene het ontslagbesluit in nadat de werknemer erop had gewezen dat het ontslag ten onrechte niet was voorafgegaan door een schriftelijk voornemen tot ontslag. Betrokkene herstelt het gebrek en zegt de arbeidsovereenkomst bij besluit van 28 oktober 2011 opnieuw op per 1 februari 2012. Tot 1 februari 2012 blijft werknemer vrijgesteld van werkzaamheden. Werknemer vraagt op 6 februari 2012 met succes een WW-uitkering aan. Betrokkene maakt bezwaar tegen dit besluit en stelt dat de WW-uitkering bij wijze van maatregel blijvend geheel geweigerd had moeten worden op de grond dat werknemer verwijtbaar werkloos is geworden. UWV verklaart het bezwaar ongegrond. De rechtbank acht het beroep van betrokkene gegrond. De rechtbank heeft vastgesteld dat tussen het incident op 20 juni 2011 en de feitelijke ontslagdatum 1 februari 2012 iets meer dan zeven maanden zijn verstreken, hetgeen substantieel te noemen is. De rechtbank heeft daaruit, anders dan UWV, niet geconcludeerd dat betrokkene daardoor niet de nodige onverwijldheid in haar handelen heeft betracht om tot beëindiging van het dienstverband te komen. UWV stelt hoger beroep in en betoogt dat aan het ontslag van werknemer geen subjectieve dringende reden ten grondslag ligt, nu betrokkene niet met de juiste voortvarendheid heeft gehandeld.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Dat de gedragingen van werknemer in objectieve zin een dringende reden opleverden voor ontslag is niet in geschil. Partijen

verschillen uitsluitend van mening over de vraag of betrokkene bij het opzeggen van de arbeidsovereenkomst een zodanige voortvarendheid heeft betracht dat aan het ontslag een subjectieve dringende reden ten grondslag ligt. Beoordeeld moet worden of een omstandigheid die als dringende reden voor ontslag zou kunnen worden aangemerkt (objectieve dringende reden) voor de betreffende werkgever in de specifieke situatie en in de specifieke werkrelatie een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert (bijvoorbeeld CRvB 18 februari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH2387). Het oordeel van de rechtbank dat sprake is van een subjectieve dringende reden wordt onderschreven. Het incident heeft plaatsgevonden op 20 juni 2011. Nadat op 24 juni 2011 een gesprek met werknemer had plaatsgevonden heeft betrokkene op 28 juni 2011 de arbeidsovereenkomst met werknemer met inachtneming van de geldende opzegtermijn opgezegd per 1 oktober 2011, waarbij betrokkene werknemer heeft vrijgesteld van werkzaamheden. Betrokkene heeft aldus voortvarend gehandeld. Bovendien heeft betrokkene, door werknemer vrij te stellen van werkzaamheden, duidelijk te kennen gegeven dat zijn aanwezigheid op het werk niet meer werd geduld. Dat betrokkene dit ontslag per 1 oktober 2011 vervolgens om formele redenen niet heeft gehandhaafd en op 28 oktober 2011 de arbeidsovereenkomst met werknemer, opnieuw met inachtneming van de geldende opzegtermijn en een vrijstelling van werkzaamheden, heeft opgezegd per 1 februari 2011 maakt dit niet anders. Daartoe is van belang dat betrokkene ook na het niet handhaven van het ontslag per 1 oktober 2011 voortvarend heeft gehandeld bij het (wederom) beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Uit de hiervoor weergegeven gang van zaken volgt dat het gedrag van werknemer voor betrokkene een dringende reden vormde om tot ontslag over te gaan. Er is geen moment aan te wijzen waarop bij werknemer de indruk kan zijn ontstaan dat dit anders was.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 06-07-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:2513

Zaaknummer: 14/3630 WW

Rechters: E. Dijt, B.M. van Dun en F.M.S. Requisizione

Advocaten: F.A. Chorus

Wetsartikelen: 24 WW en 27 WW

RECHTSPRAAK

werkgever/ondernemingsraad

Kantonrechter verleent vervangende toestemming ex artikel 27 WOR voor het nemen van het besluit tot het vaststellen van de vakantieroosters voor studenten.

Werkgever is een Regionaal Opleidingen Centrum. In 2013 heeft werkgever het studentenvakantierooster voor de studiejaren 2014/2015 en 2015/2016 ter instemming aan de OR voorgelegd. Op voorstel van de OR werd, in tegenstelling tot voorafgaande jaren, ten aanzien van de begindatum van het schooljaar niet aangesloten bij de vakantieperiode van Regio Noord, maar werd het schooljaar op een vaste datum (rond 20 augustus) gestart. Op 10 november 2015 heeft werkgever het conceptstudentenvakantierooster voor de schooljaren 2016/2017 en tot 2017/2018 aan de OR voorgelegd. De OR heeft de verzochte instemming geweigerd. Vervolgens heeft werkgever het besluit genomen om het studentenvakantierooster vast te stellen conform haar concept. Aansluitend heeft de OR een beroep gedaan op de nietigheid van het besluit. Thans verzoekt werkgever de kantonrechter vervangende toestemming te verlenen voor het nemen van het besluit tot het vaststellen van de vakantieroosters voor studenten, waarbij het schooljaar op een vaste datum begint. Aan dit verzoek heeft werkgever ten grondslag gelegd dat de weigering van de OR om in te stemmen met het voorgenomen besluit onredelijk is. Werkgever stelt dat het vaststellen van een vaste begindatum van het schooljaar een onderdeel is van een project om de werkdruk te verlagen en de kwaliteit te verhogen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Gebleken is dat de afwijkende studentenvakantieregeling voor de periode 2014/2015 en 2015/2016 op voorstel van de OR in 2013 is geïntroduceerd. De reden hiervoor was dat de schooljaren dan telkens ongeveer even lang zouden zijn, hetgeen onder meer de werkdruk van het personeel zou verlagen. De OR heeft ter zitting verklaard dat deze wijziging tot op heden niet tot een substantiële vermindering van de werkdruk heeft geleid. Desgevraagd heeft de OR tevens verklaard dat de toetsingsperiode hiervoor eigenlijk te kort is. Nu werkgever in dit verband onbetwist heeft gesteld dat het aanpassen van de vakantieregeling een onderdeel is van werkdrukverlagende maatregelen waarmee werkgever nog bezig is en de OR ook zelf van oordeel is dat de toetsingsperiode kort is kan het argument

dat thans nog geen substantiële werkdrukvermindering is opgetreden niet slagen. Het door de OR aangevoerde argument dat hij op basis van de uitslag van de onder het personeel gehouden enquête instemming aan de voorgestelde vakantieregeling kon weigeren wordt gepasseerd nu is gebleken dat slechts 48% van het personeel de poll heeft ingevuld en daarvan 62% tegen het voorgenomen besluit heeft gestemd. Enkel afgaan op de uitkomst van deze poll is dan ook niet redelijk. Dat, zoals door de OR is aangevoerd, de studenten die stage lopen bij een onderwijsinstelling die aansluit bij de vakantieregeling van de Regio Noord problemen ondervinden van een afwijkende vakantieregeling is, na betwisting hiervan door werkgever, niet nader onderbouwd. Partijen hebben ter zitting bovendien verklaard dat deze groep minder dan 10% van de studenten betreft. Dit is een dusdanig kleine groep, dat op grond hiervan toestemming aan de voorgestelde regeling onthouden onredelijk is. Dit geldt temeer nu de studentenraad nota bene instemming heeft gegeven aan het conceptrooster. Nu werkgever heeft gesteld dat haar belangen zijn gelegen in een verdere ontwikkeling van het project om de werkdruk te verminderen en de kwaliteit van het onderwijs te verhogen, waarbij de continuïteit van een vast rooster waarin elk jaar een gelijk aantal weken is opgenomen en een stabiele programmering kan worden geboden, van cruciaal belang zijn, wegen de belangen van werkgever zwaarder. Op grond van het vorenstaande is de kantonrechter dan ook van oordeel dat de beslissing van de OR om zijn instemming aan het voorgenomen besluit te onthouden onredelijk is. Mitsdien zal de door werkgever verzochte toestemming met ingang van heden worden verleend.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 15-06-2016

Zaaknummer: 4911364 EJ VERZ 16-71

ANNOTATIE

Het failliet van rol van de ondernemingsraad bij faillissement?

mr. dr. L.C.J. Sprengers

1. Inleiding

Onderwerpen die lang sluimeren kunnen soms ineens tot uitbarsting komen. Dat geldt zeker voor de positie van de werknemer bij faillissement en in het bijzonder de rol van de ondernemingsraad daarbij. De opkomst van het flitsfaillissement: de prepack met als doel nog meer slagkracht in de voorfase te creëren om succesvol doorstarten mogelijk te maken heeft als katalysator opgetreden in het recente debat. Het politieke en juridische debat is mede beïnvloed door een aantal spraakmakende voorbeelden: de doorstart van de kinderdagverblijfsketen Estro naar een nieuwe onderneming die eigendom was van hetzelfde private equity fund HIG Capital en de mislukte doorstart van de warenhuisketen V&D. De SER-commissie bevordering medezeggenschap heeft in maart 2016 een stroomschema gepubliceerd om meer bekendheid te geven aan de medezeggenschapsregels bij insolventie (<https://www.ser.nl/nl/themas/or-en-medezeggenschap/or-faillissement.aspx>). De wetgever is bezig met een groot wetgevingstraject om te komen tot herijking van het faillissementsrecht, bestaande uit drie pijlers: fraudebestrijding, reorganisatie en modernisering. De pijler reorganisatie valt uiteen in drie delen, de wetsvoorstellen Wet continuïteit ondernemingen I, II en III, waarvan deel I in juni 2016 door de Tweede Kamer is aangenomen. Op het moment dat deze ontwikkelingen spelen komt de Ondernemingskamer met een verrassende beschikking over de vraag of de curator gehouden is advies te vragen op grond van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) over het besluit tot verkoop van een deel van de activa.

2. Oordeel Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer geeft aan dat de wet niet met zoveel woorden uitsluitel geeft over de vraag of het adviesrecht van de ondernemingsraad in het algemeen ook (al dan niet onverkort) geldt gedurende het faillissement van de (rechts)persoon die de onderneming in stand hield. De Ondernemingskamer geeft aan dat in de literatuur de meningen hierover verdeeld zijn. En

dat uit WODC-onderzoek uit april 2016 blijkt dat de ondernemingsraad tijdens faillissement in de praktijk slechts in enkele gevallen actief wordt betrokken bij de besluitvorming door de curator. Het adviesrecht laat zich naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet eenvoudig met het faillissementsrecht rijmen. 'Het adviesrecht gaat uit van de situatie dat de onderneming zich niet in insolvente toestand bevindt. De ondernemingsraad is de vertegenwoordiger van de werknemers enerzijds en overlegpartner van de ondernemer anderzijds, een en ander in het belang van het goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen. Als uitgangspunt geldt daarbij dat werknemers via de ondernemingsraad worden betrokken bij de totstandkoming van besluiten in de onderneming, waardoor ze in belangrijke mate worden geraakt. Het adviesrecht van artikel 25 WOR is een van de middelen daartoe. De mogelijkheid tot uitoefening daarvan dient te worden geboden op het moment dat het advies nog van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. De invloed van een eventueel advies en daarmee de reikwijdte van een eventueel adviesrecht van de ondernemingsraad wordt in een faillissementssituatie echter wezenlijk beperkt door de noodlijdende toestand van de onderneming en door het doel van het faillissementsrecht. Een van de hoofdtaken van de faillissementscurator betreft immers de vereffening van de boedel: de bestanddelen van de boedel dienen te gelde te worden gemaakt, omdat de gezamenlijke schuldeisers van de failliet uit de opbrengst zoveel mogelijk voldaan kunnen worden. De wet geeft de curator daartoe specifieke bevoegdheden die, ten behoeve van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, afbreuk doen aan de rechten die anderen, onder wie werknemers, in een normale situatie hebben.' Als voorbeeld wordt genoemd het opzeggen van de arbeidsovereenkomst zonder ontslagvergunning door de curator. 'De curator zal bij het te gelde maken van de activa de belangen van de werknemers van de failliete onderneming weliswaar mee laten wegen – zoals hij ook in het onderhavige geval heeft gedaan – maar de hoogte van de opbrengst van de faillissementsboedel zal voor de curator leidend zijn. Het is daarom zeer de vraag in hoeverre het advies van de ondernemingsraad om het voorgenomen besluit van de curator tot verkoop van die activa nog van wezenlijke invloed zou kunnen zijn, gelet op het primaat van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de failliet in het faillissementsrecht. Tot slot overweegt de Ondernemingskamer dat de termijn van een maand ex artikel 25, zesde lid WOR ook niet goed valt in te passen in een situatie van faillissement. Het adviesrecht is derhalve naar oordeel van de Ondernemingskamer in beginsel onverenigbaar met de op afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator.' Of en in welke gevallen een uitzondering op het beginsel denkbaar is kan volgens de Ondernemingskamer in dit geval in het midden blijven, omdat voldoende is vast komen staan dat de curator de onderneming van de gefailleerde vennootschap gedurende faillissementen niet heeft voortgezet. De handelingen als curator waren beperkt uitvoering geven aan het door hem als bewindvoerder tijdens de surseance in gang gezette biedingsproces en het daarna verder

afwikkelen van de failliete boedels. ‘De curator heeft de ondernemingen aldus niet in stand gehouden. Hij was dientengevolge niet gehouden (vooraf) advies van de ondernemingsraad met betrekking tot dat besluit te vragen en evenmin verplicht de kosten van deze procedure voor rekening van de boedels te laten komen.’

3. Commentaar

De vraag of een ondernemingsraad een adviesrecht heeft over het aanvragen van surseance van betaling is in het verleden in de rechtspraak aan de orde geweest. De Hoge Raad heeft in 2001 aangegeven dat er geen adviesrecht hierover aan de ondernemingsraad toekomt (HR 6 juni 2001, *NJ* 2001/477). Er was in eerdere rechtspraak ingegaan op de vraag of het aanvragen van een eigen faillissement adviesplichtig was vanwege een voorgenomen besluit tot beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming (Rb. Den Bosch 9 april 1980, *NJ* 1980/546). Daar was geen sprake van omdat een faillissement niet automatisch inhoudt een besluit tot het beëindigen van de werkzaamheden van de onderneming. In de IJsselwerfzaak ging het om de vraag of er sprake was van een belangrijke wijziging in de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming. Anders dan de Ondernemingskamer oordeelde de Hoge Raad dat daar geen sprake van was. De benoeming van een bewindvoerder brengt geen verandering in de interne verdeling van de bevoegdheden met zich, waarbij de Hoge Raad verwees naar de wetsgeschiedenis. Zaal geeft in haar proefschrift aan dat dit bij aanvragen van het eigen faillissement wezenlijk anders zou kunnen zijn, omdat de curator bestuurder in de zin van WOR wordt (I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 235).

Een andere vraag is of wanneer een faillissement is uitgesproken de bevoegdheden van de ondernemingsraad nog aanwezig zijn en de curator ook gehouden is deze te respecteren. De Ondernemingskamer geeft aan dat de wet hier geen uitsluitel over geeft. Indien de Faillissementswet (Fw) of de WOR zou hebben willen regelen dat daar geen sprake van was, dan had het in de lijn gelegen dat de wetgever dit expliciet geregeld zou hebben of in ieder geval daar in de parlementaire behandeling op gewezen zou hebben. De Ondernemingskamer betreft niet de parlementaire behandeling van de Faillissementswet erbij, waarin met zoveel woorden door de minister is aangegeven dat de ondernemingsraad adviesrecht heeft ten aanzien van besluiten van de curator of bewindvoerder, nadat deze in beeld zijn. In de parlementaire geschiedenis is dit als volgt verwoord: ‘Mocht de curator c.q. bewindvoerder het voornemen hebben om besluiten te nemen als bedoeld in onder andere artikel 25 van de WOR dan dient hij daarbij de rechten van de ondernemingsraad te respecteren’ (*Kamerstukken II* 1996/97, 24615, 9, p. 16). Ook de SER-commissie bevordering medezeggenschap heeft op 22 maart 2016 een stroomschema over medezeggenschap bij insolventie publiek gemaakt waarin is opgenomen dat de WOR tijdens insolventie van toepassing is, evenals de WMCO en de

SER-fusiegedragsregels.

De Ondernemingskamer komt echter tot een andere conclusie waarbij een dubbele redenering wordt gevolgd. Ten eerste is de Ondernemingskamer van mening dat het adviesrecht onverenigbaar is met de op de afwikkeling van de boedel gerichte rol van de curator. Daarvoor worden twee argumenten aangevoerd. Namelijk dat het zeer de vraag is in hoeverre het advies van de ondernemingsraad op een voorgenomen besluit van de curator tot verkoop van de activa nog van wezenlijke invloed kan zijn, gelet op het primaat van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de failliet in het faillissement. Dit argument zou mijns inziens passender zijn om bij de belangenafweging ex artikel 26 lid 4 WOR te betrekken waarbij de vraag of er sprake is van een redelijke belangafweging ingevuld wordt door de ruimte die in deze omstandigheden nog aanwezig is. Een ondernemer die geconfronteerd wordt met de stopzetting van een subsidie en daardoor zijn ondernemingsactiviteiten drastisch zal moeten inkrimpen heeft een aantal keuzes te maken maar binnen beperkte kaders. Ook daar kan de vraag gesteld worden in hoeverre het advies nog van wezenlijke invloed kan zijn. De invloed zal zich met name richten op de afwegingen die gemaakt worden binnen de kaders van de aanwezige keuze/beleidsvrijheid. De Ondernemingskamer lijkt ervan uit te gaan dat de curator geen keuzevrijheid heeft omdat hij nu eenmaal het belang van de gezamenlijke schuldeisers dient te laten prevaleren. Ik vind dit veel te kort door de bocht. Ook binnen de door de Faillissementswet bepaalde kaders dienen verschillende belangen te worden afgewogen. De Ondernemingskamer onderkent dit in deze beschikking ook door in een bijzin erop te wijzen dat de curator in dit geval bij het te gelde maken van de activa de belangen van de werknemers van de failliete onderneming mee heeft laten wegen. Er waren opties waartussen een afweging is gemaakt. Dit toont bij uitstek al aan dat er een zekere mate van beleidsvrijheid is binnen de kaders van het faillissementsrecht. Dit maakt het vreemd om op voorhand van onverenigbaarheid te spreken, nog los van het feit dat de wettekst daar geen aanleiding toe geeft noch de wetsgeschiedenis. Het tweede argument betreft de samenloop van termijnen die een probleem opleveren. De Ondernemingskamer heeft in het verleden in haar rechtspraak nou juist altijd ruimte geboden om kijkend naar de belangen die spelen te toetsen of de voorschriften van de WOR strikt toegepast dienen te worden dan wel soepel geïnterpreteerd moesten worden. Die ruimte lijkt in een situatie als deze met betrekking tot de toepassing van de termijnen ook voorhanden. Neem daarbij de herhaaldelijk uitgesproken en ook waargemaakte bereidheid van de Ondernemingskamer om indien het nodig is op zeer korte termijn een zitting te beleggen en uitspraak te doen, lijkt dat het termijnenprobleem te relativiseren.

Ten tweede voert de Ondernemingskamer aan dat in beginsel het adviesrecht onverenigbaar is met faillissement. Maar dit is blijkbaar niet altijd zo. Er zijn mogelijk omstandigheden waar

dit niet zo is. Maar daar is in dit geval geen sprake van omdat de curator de onderneming niet heeft voortgezet. Hij heeft alleen uitvoering gegeven aan het door hem als bewindvoerder tijdens de surseance in gang gezette biedingsproces en het daarna verder afwikkelen van de failliete boedels. Kijkend naar de wetsgeschiedenis bevreemdt ook deze overweging van de Ondernemingskamer. Want ook ten tijde van surseance is de WOR van toepassing en is er gehoudenheid om de ondernemingsraad te raadplegen. Het adviesrecht is gekoppeld aan voorgenomen besluiten, waarover advies gevraagd moet worden op het moment dat dit voorgenomen besluit een voldoende mate van concreetheid heeft gekregen. Vraag is of in gevallen die wel worden aangeduid als flitsfaillissement, waar de plannen bedacht worden voor faillissement en het faillissement gebruikt wordt om het af te wikkelen, het voorgenomen besluit, en daarmee het moment waarop advies moet worden gevraagd, niet ligt voor het faillissement. Hoe dit ook zij, komt het vreemd over om afwezigheid van adviesrecht te motiveren aan de hand van het argument dat nu de curator de onderneming niet voortgezet heeft, er over de beslissingen tot het afstoten van activiteiten geen adviesrecht is. Immers, ook dat is een adviesplichtig besluit namens de rechtspersoon met betrekking tot de onderneming. In de redenering van de Ondernemingskamer zou een curator die langer onderhandelt en in de tussenperiode om de waarde van de boedel niet te schaden de bedrijfsvoering voortzet, dan mogelijkerwijs wel advies moeten vragen over het verkopen van activa. Als hij de fase voorafgaand aan het faillissement gebruikt heeft om een en ander reeds voor te bereiden is daar geen reden meer toe. Dit overtuigt niet.

4. Wijziging faillissementswetgeving

In juni 2016 heeft de stemming in de Tweede Kamer plaatsgevonden over een wijziging van de Faillissementswet onder meer over het regelen van de prepack door het aanwijzen van de beoogd curator in de fase voor faillissement (Wet continuïteit ondernemingen I, w.o., 34218). Door de Tweede Kamer is een amendement aangenomen waarbij toegevoegd wordt aan artikel 363 lid 4 FW dat wanneer er een ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld, de rechtbank die een verzoek krijgt om in de voorfase van het faillissement al een persoon aan te wijzen die daarna als curator kan gaan optreden daaraan de voorwaarde dient te verbinden 'dat deze ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging bij de voorbereiding van een dreigend faillissement wordt betrokken, tenzij het belang van de onderneming zich hiertegen verzet'. In de toelichting op het amendement (*Kamerstukken II* 2015/16, 34218, 9, p. 2) wordt aangegeven dat de impact van het faillissement voor werknemers over het algemeen groter is dan voor andere schuldeisers. Om die reden en als extra waarborg tegen misbruik achten de indieners het van het grootste belang dat werknemers worden betrokken bij de voorbereiding van het faillissement en dat zij in het faillissement advies kunnen uitbrengen aan de curator over een verkoop en doorstart van rendabele

bedrijfsonderdelen. In de toelichting op het amendement noch in de voorgestelde wijziging van de wettekst wordt aandacht besteed aan de in de WOR aan ondernemingsraden of personeelsvertegenwoordiging toegekende rol en in welke mate deze in de stille voorbereidingsfase ook nog aanwezig is. Het kan zijn dat de indieners (stilzwijgend) ervan uitgegaan zijn dat de rol van de ondernemingsraad op dit moment non-existent is. Maar dit blijkt niet uit de toelichting.

Sterker nog dan voorheen wordt in de Wet continuïteit ondernemingen I duidelijk gemaakt dat ook in de faillissementsfase een belangenafweging dient plaats te vinden tussen de maximale opbrengst voor de boedel en het behoud van zo veel mogelijk werkgelegenheid (art. 363 lid 1 Fw). Na dit wetsontwerp volgt het voorstel over de Wet continuïteit ondernemingen II over het buitengerechtelijke dwangakkoord en het voorstel van Wet continuïteit ondernemingen III over de doorleveringsverplichting voor leveranciers van essentiële goederen. (Zie Ph. W. Schreurs, *Ondernemingsrecht* 2016/34 met ideeën over verbetering in de positie van de werknemer bij bedrijven in moeilijkheden en de Wet continuïteit ondernemingen III).

5. Een effectievere rol ondernemingsraad wenselijk

In artikel 19 lid 2 Grondwet is bepaald dat de wet regels stelt over de rechtspositie van hen die arbeid verrichten en over hun bescherming daarbij, alsmede over medezeggenschap. Geconstateerd moet worden dat op dit moment onvoldoende duidelijk is wat de bevoegdheid van de ondernemingsraad (of personeelsvertegenwoordiging) in geval van insolventie is bij besluiten die de belangen van de werknemers zwaar raken. Het is bevreemdend dat op het moment dat de meest rigoureuze beslissingen aan de orde zijn de rol van de vertegenwoordigers van personeel zo onduidelijk is. Tot aan de hier besproken beschikking van de Ondernemingskamer kon er in ieder geval nog van uitgegaan worden dat de ondernemingsraad, zoals in de parlementaire geschiedenis toegelicht, zijn bevoegdheden behield ten tijde van surseance en faillissement ten aanzien van besluiten van de curator. De Ondernemingskamer gaat er blijkbaar van uit dat medezeggenschap geldt voor mooiweersituaties en ophoudt wanneer het gaat donderen. Ik ben van mening dat de Ondernemingskamer ten onrechte voorbijgaat aan de wetsgeschiedenis en kiest voor de niet-ontvankelijkheidsverklaring vanwege het afwezig zijn van het adviesrecht. Het past beter in de systematiek van de WOR om wel uit te gaan van een adviesrecht en vervolgens in het kader van de belangenafweging ex artikel 26 lid 4 WOR, de specifieke aspecten in faillissement voortvloeiend uit de Faillissementswet mee te nemen. Het is echter te eenvoudig om ervan uit te gaan dat geen wezenlijke invloed kan plaatsvinden in het kader van besluitvorming op grond van de Faillissementswet, omdat alles gericht is op het maximale resultaat voor de boedel. Ook voor de Wet continuïteit ondernemingen I was al duidelijk dat belangen van

werknemers meegewogen moeten worden door curatoren. Ook niet te licht moet voorbijgegaan worden aan het feit dat wanneer een bedrijf in dusdanige financiële problemen terechtkomt dat op grond van de Faillissementswet ingegrepen wordt, er dan nog allerlei keuzes te maken zijn waarbij een rol voor de ondernemingsraad van groot belang kan zijn. Bijvoorbeeld de keuze ten aanzien van de selectiecriteria welke werknemers bij een doorstart wel of niet mee overgaan naar de nieuwe eigenaar. Arbeidsrechtelijk is geregeld dat de beschermende bepalingen van de Wet overgang van onderneming niet van toepassing zijn in situatie van faillissement. Dat neemt niet weg dat het verplichten van de curator om inzichtelijk te maken welke criteria hij heeft gehanteerd, mogelijkwerijs ook een preventieve werking heeft ten aanzien van misbruik. Bij misbruik moet niet alleen gedacht worden aan situaties waarbij de aanvraag als geheel ten onrechte is, maar ook het misbruik van de rechteloze positie van het personeel waarbij daarvoor in de plaats geen enkel redelijk criterium wordt gehanteerd. Een belangrijke functie van het moeten informeren en verantwoorden richting ondernemingsraad over de gebruikte selectiecriteria brengt ook met zich dat een curator bij zichzelf te rade zal moeten gaan of hij goed uitlegbare criteria heeft gehanteerd.

Het is daarom van belang om de adviespositie van de ondernemingsraad in een situatie van faillissement te (blijven) regelen. Nu de Ondernemingskamer voor zichzelf in beginsel geen rol ziet weggelegd in de samenloop tussen Faillissementswet en WOR, moet nagegaan worden of die rol niet sterker in het faillissementsrecht verankerd zou moeten worden. Zeker nu in de Faillissementswet met zoveel woorden is opgenomen dat het behoud van zo veel mogelijk werkgelegenheid een rol speelt bij de belangafweging, lijkt er eens temeer reden om nog beter aandacht te besteden aan de positie van de medezeggenschap.

De Ondernemingskamer lijkt het failliet over de rol van ondernemingsraad bij faillissement uitgesproken te hebben. Reden voor de wetgever om duidelijker te reguleren dat volwassen medezeggenschap niet alleen bij mooi weer van belang wordt geacht, maar juist ook in de hevigste stormen.