

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 34, 2016

Nummer 34, 2016

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2016:1604 05-07-2016

ontslag rechterlijk ambtenaar

Hof

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:6621 17-08-2016

werker/PostNL Pakketten Benelux B.V.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:3684 16-08-2016

UWV/werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:6570 16-08-2016

werknemers/VEC B.V. c.s.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:3685 16-08-2016

werknemer/SAP Nederland B.V.

Rechtbank

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:5015 16-08-2016

werknemer/Praxis Doe-het-Zelf Center B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:6590 15-08-2016

werkneemster/NVD Beveiligingsgroep B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:4545 12-08-2016

werknemer/Wilco B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:4544 10-08-2016

werknemer/Cimsolutions BV

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:6240 10-08-2016

Siemens Industry Software B.V. c.s./Maverick Valves Manufacturing B.V.

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:6582 04-08-2016

DHL Aviation (Netherlands) B.V./werknemer

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:6448 03-08-2016

Europoort Cargo Inspections V.O.F./X

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:5666 13-07-2016

werkgever/werknemer

Centrale Raad van Beroep

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:2999 10-08-2016

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:2974 03-08-2016

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:2957 22-07-2016

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:2987 20-07-2016

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Amsterdam 01-08-2016

werkgever/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Den Haag 28-06-2016

werkneemster/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 11-08-2016

werknemer/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

De zaak Rasmussen: de verregaande invloed van Europese richtlijnen op het Nederlandse arbeidsrecht en de transitievergoeding in het bijzonder

prof. mr. dr. F.G. Laagland

RECHTSPRAAK

werker/PostNL Pakketten Benelux B.V.

Zelfstandige postpakketbezorger is geen werknemer: bedoeling van partijen en feitelijke uitvoering duiden op ondernemerschap.

(Hoger beroep van AR 2016-0014.) PostNL maakt voor de pakketverzorging gedeeltelijk gebruik van de diensten van zelfstandige pakketbezorgers (hierna: subcontractors). PostNL heeft daartoe met deze subcontractors overeenkomsten gesloten. X drijft sinds 5 juni 2012 een eenmanszaak. Op 21 juni 2012 en 26 november 2014 heeft X een Vervoersovereenkomst (hierna: de overeenkomst) gesloten met PostNL. De Belastingdienst heeft een VAR/WUO-verklaring afgegeven aan X. PostNL heeft de overeenkomst met X op 30 september 2015 opgezegd. Kern van het geschil tussen partijen is de vraag of X werkzaam is op basis van een overeenkomst van opdracht (standpunt PostNL) of op basis van een arbeidsovereenkomst (standpunt X). De kantonrechter heeft geoordeeld dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst. Alle omstandigheden in aanmerking genomen en afwegend, kwam bij X een beeld naar voren van een subcontractor die bewust en op eigen initiatief heeft gekozen voor het zelfstandig ondernemerschap, die geacht mag worden de consequenties daarvan te kunnen overzien, zich daar ook naar heeft gedragen en op het moment suprême – 21 september 2015 – heeft geopteerd voor afwijzing van de werknemersstatus en daarmee voortzetting van zijn zzp'erschap.

Het hof oordeelt als volgt. Allereerst toetst het hof wat de bedoelingen van partijen is geweest bij het aangaan van de arbeidsverhouding. In het tussen partijen op 21 juni 2012 gesloten precontract zijn partijen overeengekomen dat X op grond van een vervoersovereenkomst in opdracht van PostNL op ad-hocbasis pakketten zal gaan distribueren tegen een tarief van € 1,30 per succesvolle stop, dat X en zijn chauffeurs elkaar vrijelijk kunnen vervangen bij de uitoefening van de opdracht en dat X zelf vervanging moet regelen. Zij hebben in deze overeenkomst voorts een zogenaamde fiscale kwalificatie opgenomen, waarin is vermeld dat PostNL en X als zelfstandige zonder personeel niet de intentie hebben dat X op wat voor wijze dan ook als werknemer in dienst treedt bij PostNL of een gelieerde onderneming en dat de Belastingdienst ervan uitgaat dat PostNL geen loonheffingen op de vergoedingen inhoudt, zodat X niet in aanmerking komt voor een uitkering krachtens de WW en de WIA. De

vergoedingen worden als resultaat uit overige werkzaamheden door PostNL aan de Belastingdienst opgegeven en ook als zodanig door de Belastingdienst aangemerkt. Partijen hebben dus bewust niet gekozen voor een arbeidsovereenkomst. De maatschappelijke positie van partijen doet hieraan niet af.

Op grond van artikel 7:659 lid 1 BW is de werknemer verplicht de arbeid zelf te verrichten; hij kan zich daarin niet dan met toestemming van de werkgever door een derde doen vervangen. Zowel in het precontract als in de overeenkomst is een bepaling met betrekking tot vervangbaarheid/vervanging opgenomen. In het precontract is bepaald dat X als subcontractor en zijn chauffeurs elkaar vrijelijk kunnen vervangen bij de uitoefening van de opdracht, waarbij geldt dat X de vervanging zelf dient te regelen. In het precontract zijn geen verdere voorwaarden gesteld aan de wijze waarop vervanging dient plaats te vinden. De omstandigheid dat in artikel 7.2 van de overeenkomst is bepaald dat PostNL tijdig moest worden geïnformeerd over de vervanging – om te weten dat de pakketten in het depot niet aan X maar aan zijn vervanger moesten worden meegegeven – en dat PostNL uitsluitend wegens objectieve en zwaarwegende argumenten een specifieke vervanger van de vervoerder kon weigeren, betekent niet dat X toestemming moest vragen aan PostNL om zich te laten vervangen en een en ander doet geen afbreuk aan het in artikel 7.1 omschreven uitgangspunt dat X niet verplicht was de werkzaamheden zelf uit te voeren. Het hof heeft vastgesteld dat X zich in de periode 2013 tot en met 2015 voor 72 van zijn 593 ritten heeft laten vervangen. Tussen partijen is niet in geschil dat X voor de door hem uitgevoerde werkzaamheden een vergoeding ontving op basis van het door hem geleverde resultaat, te weten een vergoeding per succesvolle stop. Van een succesvolle stop is sprake wanneer één of meer pakketten op het daarvoor bestemde adres zijn afgeleverd. Daarnaast ontving X een zogenaamde producttoeslag per afgeleverd pakket. X werd dus niet betaald op basis van zijn inspanningen en/of op basis van gewerkte uren. Het risico van het niet bezorgen van de pakketten lag bij X. X kreeg geen vergoeding indien hij als gevolg van ziekte en/of andere (persoonlijke) verhinderingen niet in staat was zijn werkzaamheden uit te voeren. De hiervoor omschreven wijze van beloning sluit aan bij het ondernemerschap en ondernemersrisico van X en ligt ver verwijderd van een loonbetaling behorende bij een arbeidsovereenkomst. Daarnaast is het tarief afhankelijk van de uitkomst van de onderhandelingen van PostNL en de subcontractors.

Het hof is van oordeel dat de voorschriften van PostNL aan X (afmetingen busje, bedrijfskleding, scanner) onder de instructiebevoegdheid van PostNL vallen, die PostNL als werkgever toekomt op grond van artikel 7:660 BW en als opdrachtgever op grond van artikel 7:402 lid 1 BW. Dat van de instructiebevoegdheid gebruik is gemaakt, is dan ook geen doorslaggevend argument voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Hoewel de postpakketten binnen een bepaalde periode bezorgd moesten worden, neemt dat niet weg dat

er nog een zekere vrijheid bij X was daar nadere invulling aan te geven. De incidentele controles van PostNL leiden evenmin tot een gezagsverhouding. Op grond van alle hiervoor behandelde feiten en omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, is het hof van oordeel dat de rechtsverhouding tussen PostNL en X niet als een arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 17-08-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:6621

Zaaknummer: 200.188.909

Rechters: E.B. Knottnerus, M.E.L. Fikkers en J.H. Kuiper

Advocaten: E.D. van Tellingen en J.M. van Slooten

Wetsartikelen: 7:610 BW, 7:402 BW en 7:660 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/SAP Nederland B.V.

Vordering schadevergoeding wegens misgelopen bonussen na ontbinding arbeidsovereenkomst afgewezen op grond van Baijingsleer.

Van 20 april 2012 tot 1 mei 2014 heeft werknemer als senior sales executive gewerkt in dienst van SAP. Hij diende klanten te werven en overeenkomsten af te sluiten. Zijn salaris bestond uit een vast deel van 60% en een variabel deel van 40%. Het vaste deel bedroeg € 80.000,06 inclusief 8% vakantietoeslag en dertiende maand. Het variabele deel bedroeg € 49.966 bij het behalen van 100% van de voor hem vastgestelde doelen. In 2012 heeft werknemer 15,3% van zijn jaardoel gehaald, in 2013 18%. Vanwege deze tegenvallende resultaten heeft SAP ingezet op een einde van het dienstverband. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst per mei 2014 ontbonden onder toekenning van een vergoeding van € 20.000. In deze procedure vordert werknemer schadevergoeding wegens het mislopen van bonussen (variabel deel van zijn loon). De kantonrechter heeft deze vorderingen afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Bij de beoordeling van de vorderingen dient voorop te worden gesteld dat het feit dat de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter is ontbonden als een gegeven dient te worden beschouwd. Diverse stellingen van werknemer houden naar de kern genomen in dat SAP onrechtmatig heeft gehandeld (en, naar het hof begrijpt: toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst) door het hem onmogelijk te maken bonussen te verdienen. Echter: de schade die werknemer stelt daardoor te hebben geleden behelst gezien zijn stellingen niet anders dan de negatieve gevolgen die hij ondervindt als gevolg van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst per 1 mei 2014. Voor die negatieve gevolgen heeft de kantonrechter in zijn beschikking van 7 april 2014 een voorziening getroffen die geacht moet worden die negatieve gevolgen, en dus ook de schade als gevolg van een eventueel onrechtmatig handelen/een eventuele toerekenbare tekortkoming in de nakoming in voldoende mate op te vangen. De overweging van de kantonrechter doet in elk geval opgeld voor die gevallen waarin als gevolg van het einde van de dienstbetrekking aan werknemer elke mogelijkheid is ontnomen de lopende onderhandelingen tot een goed einde te brengen (en daarmee de bonussen te verdienen). Dit

levert een zelfstandige grond op waarom alle vorderingen ter zake van misgelopen bonussen dienen te worden afgewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-08-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:3685

Zaaknummer: 200.169.152/01

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

Advocaten: J.F.M. Verheij en C.A.C. Schroeten

Wetsartikelen: 7:685 (oud) BW, 7:611 BW, 6:162 BW en 6:74 BW

RECHTSPRAAK

werknemers/VEC B.V. c.s.

Aangeboden (nieuwe) pensioenregeling in overleg met OR en vakbond onderzocht en geselecteerd en met instemming van 90% van de werknemers geïmplementeerd. Redelijk voorstel tot wijziging arbeidsovereenkomst en aanvaarding daarvan kon in redelijkheid worden gegeven.

Centraal staat de vraag of de door VEC B.V. c.s. (hierna: VEC) aangeboden pensioenregeling bij Zwitserleven als een redelijk voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst moet worden aangemerkt en of de aanvaarding daarvan van vijf werknemers (hierna: werknemers) gegeven had kunnen worden. VEC diende nadere inlichtingen te verschaffen omtrent de destijds aanwezige mogelijkheden voor een andere pensioenregeling ter vervanging van de aansluiting bij het ABP.

Het hof oordeelt als volgt. VEC heeft gesteld dat is onderzocht of een collectieve aansluiting bij het pensioenfonds Zorg & Welzijn, dat evenals het ABP een middelloonregeling hanteert, mogelijk was, doch dat dit niet mogelijk was, omdat dat pensioenfonds te kennen had gegeven dat de activiteiten van VEC niet aansloten bij de van toepassing zijnde werkingssfeer. Ook heeft VEC aangevoerd dat een FPU-regeling, zoals die in de regeling met het ABP bestond, in 2008 in het kader van een middelloonregeling dan wel een beschikbare premieregeling niet meer kon worden aangeboden. VEC heeft voorts aangevoerd dat destijds vier grote pensioenverzekeraars zijn benaderd. Redenen voor de keuze voor een pensioenvoorziening bij Zwitserleven waren volgens VEC dat Zwitserleven een gematigde doorlopende provisiekende en geen toeslag rekende bij termijnbetalingen, Zwitserleven de mogelijkheid bood om te kiezen voor een maatschappijgarantiefonds waardoor oudere medewerkers konden sparen met een gegarandeerde opbrengst en de regeling bij Zwitserleven betekende een aanzienlijke besparing in de eigen bijdrage voor de deelnemers en een hogere aanspraak voor partners en wezen in geval van voortijdig overlijden. VEC heeft de selectie en implementatie van een nieuwe pensioenregeling gedaan in overleg en met instemming van ABVAKABO FNV en in overleg met de ondernemingsraad, terwijl 90% van de betreffende werknemers heeft ingestemd met de nieuwe pensioenregeling. Voornoemde feiten zijn niet voldoende

gemotiveerd betwist door werknemers. Gelet op het feit dat het voor VEC in redelijkheid niet mogelijk was voor de pensioenregeling aansluiting te verkrijgen bij het ABP en evenmin een FPU-regeling aan te bieden, dat VEC, bijgestaan door een pensioenadviseur en in overleg met de ondernemingsraad en ABVAKABO FNV, uitgebreid onderzoek heeft gedaan naar de reële mogelijkheden om een alternatieve pensioenvoorziening aan haar werknemers aan te bieden en dat zij uiteindelijk de onderhavige pensioenvoorziening bij Zwitserleven aan de werknemers heeft aangeboden met instemming van ABVAKABO FNV en 90% van de werknemers, is het hof van oordeel dat de aangeboden pensioenregeling bij Zwitserleven als een redelijk voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomsten moet worden aangemerkt en dat aanvaarding daarvan in redelijkheid van werknemers gevergd had kunnen worden. De grief faalt en het bestreden vonnis wordt bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 16-08-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:6570

Zaaknummer: 200.109.008

Rechters: E.B. Kottnerus, H. van Loo en W. Duitemeijer

Advocaten: G.J. Knotter en D.G. Veldhuizen

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Praxis Doe-het-Zelf Center B.V.

Ontslag op staande voet onterecht. Inontvangstneming van cadeaubon ter waarde van € 100 door vestigingsmanager levert geen dringende reden op. Verzoek om billijke vergoeding, transitievergoeding en vergoeding wegens onregelmatige opzegging (geen overlap) toegewezen.

Werknemer is sinds medio 1991 (met tussenpozen) in dienst bij Praxis Doe-het-Zelf Center B.V. (hierna: Praxis). De laatste functie die werknemer vervulde is die van vestigingsmanager. Werknemer was tot 2015 werkzaam bij filiaal 1 en vanaf 2015 werd hij vestigingsmanager van filiaal 2. Bij filiaal 1 was jaarlijks een oliebolenkraam aanwezig. Tussen Praxis en die oliebolenkraam bestond een samenwerkingsverband. Werknemer heeft op 31 december 2015 bij een andere oliebolenkraam een cadeaubon in ontvangst genomen ter waarde van € 100. De medewerker van de oliebolenkraam heeft in een schriftelijke verklaring aangegeven de cadeaubon over te hebben gehad en aan werknemer te hebben gegeven als presentje om hem succes te wensen op zijn nieuwe locatie en als dank voor de samenwerking. Praxis heeft werknemer op 5 februari 2016 op staande voet ontslagen vanwege het in strijd handelen met de binnen Praxis geldende regelgeving. Werknemer verzoekt om ten laste van Praxis een billijke vergoeding, een transitievergoeding en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging toe te kennen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Praxis heeft met voldoende mate van voortvarendheid gehandeld en is onverwijld overgegaan tot het geven van het ontslag op staande voet. Het gaat er vervolgens om of het in ontvangst nemen van de cadeaubon door werknemer als dringende reden is aan te merken. Werknemer onderhield op 31 december 2015 als vestigingsmanager geen betrekking (meer) met de oliebolenkraam. Het aanbieden van de cadeaubon door de medewerker van de oliebolenkraam en het aannemen daarvan door werknemer kan dan ook niet in verband worden gebracht met het op onzuivere wijze verkrijgen van een gunst van werknemer en het vermengd raken van een zakelijk belang van Praxis met een privébelang van werknemer. In de gang van zaken is daarentegen bevestiging te vinden voor de juistheid van hetgeen de medewerker van de oliebolenkraam in de overgelegde schriftelijke verklaring

heeft beschreven, namelijk dat zij op 31 december 2015 door toeval een cadeaubon over had en dat zij die cadeaubon spontaan aan werknemer heeft gegeven om hem, nu zij elkaar niet meer jaarlijks zouden treffen, te bedanken en succes te wensen. Daarbij ging het om een gift van relatief bescheiden omvang. Verder wordt in aanmerking genomen dat werknemer al vanaf 1991 in dienst is van Praxis en een smetteloos arbeidsverleden bij haar heeft opgebouwd. Een en ander in aanmerking genomen wordt geoordeeld dat de feiten waarop Praxis het ontslag op staande voet van 5 februari 2016 heeft gebaseerd niet kwalificeren als een dringende reden. Het door Praxis gegeven ontslag op staande voet is een te vergaande maatregel en is niet rechtsgeldig. Het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding moet dan ook worden toegewezen. Op basis van de omstandigheden van het onderhavige geval wordt de billijke vergoeding vastgesteld op een bedrag van € 20.000. Hoewel het aannemen van de cadeaubon door werknemer aan hem kan worden nagedragen, is het eindigen van de arbeidsovereenkomst niet het gevolg van handelen of nalaten van werknemer dat is aan te merken als ernstig verwijt. Dat betekent dat Praxis de transitievergoeding verschuldigd is en zal worden veroordeeld tot betaling daarvan. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat 'een aanspraak op ten onrechte niet genoten loon kan worden verdisconteerd in de billijke vergoeding (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 55 en *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 92). In het onderhavige geval is de billijke vergoeding echter uitsluitend gerelateerd aan het verwijt dat Praxis ten aanzien van de beëindiging van het dienstverband is te maken en is niet ook gebaseerd op het loon dat werknemer door het ontslag ten onrechte niet heeft genoten. Bij toekenning van de gefixeerde schadevergoeding ontstaat dan ook geen overlap met de billijke vergoeding. Ook de gefixeerde schadevergoeding is derhalve toewijsbaar.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 16-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:5015

Zaaknummer: EA VERZ 16-399

Rechters: R.H.C. van Harmelen

Advocaten: J.C. Hennipman en A.M.M. Lemmen

Wetsartikelen: 7:671 BW, 7:673 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

DHL Aviation (Netherlands) B.V./werknemer

Afwijzing ontbindingsverzoek. Het zonder toestemming schoenen uit het magazijn pakken voor gebruik en het halen van eten tijdens lunchtijd met de bedrijfsauto levert geen verwijtbaar handelen (e-grond) op. Meer dan vier jaar oude incidenten kunnen in het kader van de e-grond geen rol spelen.

Werknemer is op 1 januari 2000 in dienst getreden bij DHL Aviation (Netherlands) B.V. (hierna: DHL). De laatste functie die werknemer vervulde is die van Supervisor. Op 12 november 2015 heeft een incident plaatsgevonden, kort samengevat inhoudende dat werknemer een bepaald type werkschoenen waar hij om had gevraagd, en welke hem waren geweigerd door DHL, zelf heeft gepakt uit het magazijn van het Service Center Amsterdam. Hier heeft werknemer een disciplinaire maatregel voor ontvangen. Op 19 december 2015 heeft werknemer tijdens werktijd patat gehaald met gebruikmaking van de bedrijfswagen. Op 5 januari 2016 is werknemer op non-actief gesteld. DHL verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden, vanwege verwijtbaar handelen van werknemer (e-grond).

De kantonrechter oordeelt als volgt. De door DHL naar voren gebrachte feiten en omstandigheden leveren naar het oordeel van de kantonrechter geen verwijtbaar handelen op. Vooropgesteld moet worden dat een aantal oudere incidenten uiteenlopende onderwerpen betroffen en zich alle hebben afgespeeld vóór juni 2011, derhalve meer dan vier jaar voor het incident op 12 november 2015. In het kader van een verstoorde arbeidsverhouding zouden dergelijke 'oude' incidenten wellicht een rol kunnen spelen, omdat bij een opeenstapeling van incidenten het vertrouwen van de werkgever in de loop van een langere periode kan komen te ontbreken. Voor de onderbouwing van verwijtbaar handelen zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW, kunnen deze incidenten geen rol meer spelen. De kantonrechter is met DHL van mening dat het incident op 12 november 2015 ernstig is, mede gelet op de leidinggevende positie van werknemer en zijn voorbeeldfunctie, en voorts gelet op het feit dat hem expliciet was verboden de betreffende schoenen zelf weg te nemen. Dit incident rechtvaardigt een (ernstige) disciplinaire maatregel. Anders ligt dit ten aanzien van het incident op 19 december 2015. Onvoldoende weersproken is de stelling van werknemer dat hij

op de bewuste dag, zoals hij wel vaker deed, in zijn pauze patat of ander eten ging halen voor hemzelf en de overige collega's met de bedrijfsauto. Ook werd de bedrijfsauto regelmatig gebruikt om medewerkers op Schiphol af te zetten bij vertrek naar hun vakantiebestemming. Werknemer had zijn eigen auto ook op het bedrijfsterrein staan en had deze dus makkelijk kunnen gebruiken. Het feit dat hij dit niet heeft gedaan maar de bedrijfsauto heeft genomen, geeft reeds aan dat sprake was van een bestendig gebruik. Dit incident kan derhalve niet worden gekwalificeerd als verwijtbaar gedrag aan de zijde van werknemer. Het feit dat de Huisregels privégebruik van de bedrijfsauto verbieden, waaronder volgens DHL ook het halen van eten voor medewerkers tijdens werktijd moet worden begrepen, doet hieraan niet af. Daar komt bij dat werknemer de schriftelijke bevestiging van een gesprek van 23 november 2015 en het feit dat hem daarbij een 'laatste waarschuwing' werd gegeven pas ontving op 5 januari 2016, derhalve ná het incident van 19 december 2015. Voor zover hij in deze laatste waarschuwing al aanleiding had kunnen zien om op te passen, kwam deze dus (veel) te laat. Gelet op het feit dat werknemer zich van geen kwaad bewust was toen hij op 19 december 2015 eten ging halen, had een eerdere ontvangst van de bewuste brief overigens niet veel uitgemaakt. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 04-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2016:6582

Zaaknummer: 5171852 \ AO VERZ 16-205

Rechters: T.S. Pieters

Advocaten: M.R. van Heloma Lugt en L. de Graaf

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

RECHTSPRAAK

ontslag rechterlijk ambtenaar

Ontslag rechterlijk ambtenaar wegens langdurige arbeidsongeschiktheid.

Een rechter in de Rechtbank Limburg is sinds 1 juli 2013 arbeidsongeschikt wegens ziekte. Artikel 46i lid 1 Wvra bepaalt dat een rechterlijk ambtenaar die wegens ziekte ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid door de Hoge Raad kan worden ontslagen indien (a) de ongeschiktheid twee jaar onafgebroken heeft geduurd, (b) herstel van zijn ziekte binnen een periode van zes maanden na voornoemde termijn van twee jaar redelijkerwijs niet is te verwachten en (c) naar het oordeel van de functionele autoriteit duurzame re-integratie in de eigen arbeid, in andere passende arbeid bij een gerecht of binnen het gezagsbereik van Onze Minister, of in passende arbeid buiten dat gezagsbereik, niet binnen een redelijke termijn is te verwachten. Artikel 46j Wvra houdt in – kort gezegd – dat de Hoge Raad het oordeel van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) betreft bij de beoordeling of sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 46i lid 1 Wvra. Bij beslissing van het UWV van 11 juni 2015 is aan betrokkene een WIA-uitkering toegekend. Volgens de toelichting bij de beslissing had betrokkene sinds 1 juli 2013 twee jaar door ziekte niet kunnen werken. Het UWV achtte haar 100% arbeidsongeschikt. De Hoge Raad is van oordeel dat voldoende gronden aanwezig zijn om de betrokkene op de voet van artikel 46i Wvra per 1 september 2016 als rechterlijk ambtenaar ontslag te verlenen.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 05-07-2016

ECLI: ECLI:NL:HR:2016:1604

Zaaknummer: 16/03218

Rechters: W.A.M. van Schendel, C.A. Streefkerk, M.W.C. Feteris, T.H. den Tanja-van Broek en E.N. Punt

Wetsartikelen: 46o Wvra, 46i Wvra en 46j Wvra

RECHTSPRAAK

UWV/werknemer

Uitleg anticumulatieoverweging. Cumulatie ontslagvergoeding en bovenwettelijke uitkering op grond van een regeling bij de geldende cao.

Werknemer was van 1993 t/m 2007 werkzaam bij (een rechtsvoorganger van) het UWV. Bij beschikking van 27 augustus 2007 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbonden, met veroordeling van het UWV tot betaling van een billijke vergoeding aan werknemer van € 80.000. De kantonrechter heeft daarbij bepaald dat de toegekende vergoeding strekt tot suppletie op de uitkering ingevolge de Werkloosheidswet, maar dat de vergoeding niet kan cumuleren met het bovenwettelijk deel van de Regeling bovenwettelijke uitkering bij werkloosheid Arbeidsvoorziening (hierna: de regeling). Partijen hebben een verschillende uitleg gegeven aan deze ‘anticumulatieoverweging’. Werknemer vordert onder meer dat het UWV zal worden veroordeeld om vanaf 1 april 2013 tot 1 juli 2025 de uitkeringen op grond van hoofdstuk 3 van de regeling ter hoogte van 70% van het door het UWV vast te stellen dagloon te betalen. In het vonnis waarvan beroep heeft de kantonrechter geoordeeld dat de toegekende ontbindingsvergoeding dient ter suppletie op de WW-uitkering voor een zodanige termijn als waarvoor deze vergoeding als suppletie toereikend is en dat na ommekomst van die termijn werknemer in beginsel recht heeft op de vooralsnog opgeschorte bovenwettelijke uitkering op grond van de regeling. Tegen dit vonnis komt het UWV in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Het UWV heeft terecht opgemerkt dat toepassing van de zienswijze van de kantonrechter zoals neergelegd in het dictum van het vonnis waarvan beroep ertoe leidt dat het UWV meer zou moeten gaan betalen dan door werknemer was gevorderd. Hierdoor worden de grenzen van de rechtsstrijd overschreden. Het geschil wordt daarom in zijn volle omvang opnieuw beoordeeld. Allereerst wordt ingegaan op de ingangsdatum van de betalingsverplichting op grond van de regeling. De discussie omtrent dit punt vindt zijn oorsprong in een verschil van mening omtrent hetgeen op grond van de ontbindingsbeschikking met de ontslagvergoeding moet worden opgesoupeerd. Bij de beoordeling van het met de anticumulatieoverweging beoogde doel wordt in acht genomen

dat de ontslagvergoeding dient om een voorziening te treffen ter ondervanging van de gevolgen van het verlies van loon. Gelet op de uitdrukkelijke verwijzing in het dictum naar een aanvulling tot 100% van het laatstgenoten loon, kan geen twijfel bestaan omtrent het doel van de toegekende ontslagvergoeding. Wanneer het 'opsouperen' enkel zou gelden ten bate van de bovenwettelijke uitkering, dan zou dat feitelijk tot gevolg hebben dat het langer duurt voordat werknemer die uitkering ontvangt dan wanneer het 'opsouperen' geldt voor de som van de bovenwettelijke uitkering en het gedeelte aan inkomensverlies dat niet gedekt wordt door de WW-uitkering. Aan de beschikking valt geen aanknopingspunt te ontlenen voor een oordeel dat de anticumulatieoverweging met zich brengt dat de ontslagvergoeding slechts opgesoupeerd moet worden aan de bovenwettelijke uitkering, zonder daarbij ook het inkomensverlies te betrekken dat niet door (boven)wettelijke uitkeringen wordt gedekt. De bovenwettelijke uitkering dient te worden betaald nadat de ontslagvergoeding is gebruikt om het volledige verschil te overbruggen tussen de wettelijke uitkering en het laatstverdiende loon. Het UWV heeft niet weersproken dat in dat geval de aanspraak op uitbetaling van de bovenwettelijke uitkering aanvangt op 1 april 2013. De aanvangsdatum van de betalingsverplichting op grond van de regeling wordt dan ook vastgesteld op die datum. Ten aanzien van de omvang van de verschuldigde bovenwettelijke uitkering verschillen partijen eveneens van mening. Het hof is, anders dan de kantonrechter in het bestreden vonnis, van oordeel dat uit de anticumulatieoverweging niet valt af te leiden dat het de bedoeling van de kantonrechter is geweest om een aanspraak op de bovenwettelijke uitkering op te schorten. De anticumulatieoverweging vermeldt slechts dat de toegekende vergoeding niet kan cumuleren met het bovenwettelijk deel van de regeling. Wanneer zou worden aangenomen dat de aanspraak op de bovenwettelijke uitkering is opgeschort, zodat die vanaf maand 1 ontstaat na het opsouperen van de ontslagvergoeding, dan betekent dat dat werknemer gedurende de eerste vijf jaar na het opsouperen van zijn ontslagvergoeding een hogere bovenwettelijke uitkering ontvangt dan hij zou hebben gekregen wanneer hem geen ontslagvergoeding zou zijn toegekend. Een dergelijke uitkomst is in strijd met de anticumulatieoverweging in de beschikking van 27 augustus 2007. Aangenomen moet daarom worden dat de anticumulatieoverweging niet tot gevolg heeft gehad dat de aanspraak op de bovenwettelijke uitkering werd opgeschort, maar dat daarmee is bedoeld dat de ontbindingsvergoeding in de plaats zou komen van de bovenwettelijke vergoeding. De omvang van de bovenwettelijke uitkering moet daarom worden berekend met inachtneming van de datum van ontslag en niet met inachtneming van de datum waarop de ontslagvergoeding is opgesoupeerd.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-08-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:3684

Zaaknummer: 200.163.792_01

Rechters: R.J.M. Cremers, O.G.H. Milar en J.F.M. Pols

Advocaten: E.C. van Fenema en M.M.J.F. Sijben

Wetsartikelen: 23 Rv en 24 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Ontslag op staande voet terecht. Of het voor de werknemer onmiddellijk duidelijk is wat de reden is voor het ontslag op staande voet, hangt niet uitsluitend af van de tekst van de ontslagbrief.

Werknemer is sinds 1 augustus 2015 in dienst. Op 13 mei 2016 heeft een gesprek plaatsgevonden met werknemer. De directeur van werkgeefster heeft tijdens het gesprek aangegeven reden te zien voor een ontslag op staande voet. De ontslagbrief vermeldt dat de dringende reden bestaat uit het werken voor het eigen recruitmentbureau in de werktijd van werkgeefster en met de middelen van werkgeefster. Werknemer verzoekt het ontslag op staande voet te vernietigen en werkgeefster te verplichten hem weer toe te laten tot haar kantoorruimte om zijn werkzaamheden te verrichten. In de visie van werknemer was hem niet onmiddellijk duidelijk wat de ontslaggrond was, omdat in de ontslagbrief iets anders staat dan hetgeen hem door de directeur tijdens het gesprek op 13 mei 2016 is medegedeeld. Volgens werknemer is de in de ontslagbrief opgegeven, gefixeerde grond bovendien niet juist.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voor de werknemer dient onmiddellijk duidelijk te zijn welke dringende reden tot opzegging heeft geleid. In de ontslagbrief is hem verweten dat hij in de tijd dat hij behoorde te werken voor werkgeefster werkzaamheden heeft uitgevoerd voor het eigen bedrijf, waarbij hij tijd en middelen van werkgeefster inzette, zonder haar toestemming. Aan werkgeefster kan worden toegegeven dat de bewoordingen van deze brief dienen te worden gelezen in het licht van het gesprek tussen partijen, dat direct aan de ontvangst van die brief is voorafgegaan. Uit het verslag volgt dat tijdens het gesprek het feitencomplex, de aan werknemer verweten gedragingen en het ontslag op staande voet zijn besproken. Het had werknemer daarom aanstonds duidelijk moeten zijn welke gedragingen aanleiding waren voor het ontslag op staande voet. De letterlijke tekst van de ontslagbrief, die (meer) beknopt is geformuleerd en waarin de koppeling met die feitelijke gedragingen niet expliciet is gemaakt, is in dit geval niet doorslaggevend, maar bovendien, in het licht van het besprokene, voldoende begrijpelijk. Werknemer had redelijkerwijs kunnen en moeten begrijpen dat hij niet is ontslagen vanwege een overtreding van een verbod op nevenactiviteiten – tussen partijen staat vast dat er geen nevenwerkzaamhedenbeding tussen

hen is overeengekomen –, maar dat in de kern genomen de hem tijdens het gesprek verweten gedragingen daarvoor grond zijn geweest. Uit de inhoud van het gespreksverslag van 13 mei 2016 volgt afdoende dat dit werknemer ook onmiddellijk duidelijk was. Er is geen reden om eraan te twifelen dat het gespreksverslag een natuurgetrouwe weergave is van hetgeen tussen partijen die dag is besproken. Werknemer heeft ter zitting noch eerder aangegeven dat het verslag – inhoudelijk bezien – niet juist zou zijn. Het heimelijk achterhouden van voor de werkgeefster relevante informatie is laakbaar en wordt werknemer terecht verweten. Werkgeefster ziet de fundamentele twijfels die bij haar bestaan omtrent de betrouwbaarheid en integriteit van werknemer gevoed door de afwijkingen, die onbetwist bestaan tussen de GPS-gegevens van de cartracker en de klantbezoeken, die werknemer volgens de door hem bij werkgeefster aangeleverde weekstaten zou hebben afgelegd. Werknemer is er niet in voldoende mate in geslaagd de GPS-registraties en de afwijkende weekstaten te verantwoorden en de gemotiveerde stellingen van werkgeefster op dit punt te weerleggen. Werknemer heeft met zijn gedragingen het vertrouwen van werkgeefster ernstig beschadigd. Deze hem terecht verweten gedragingen rechtvaardigen het wegens een dringende reden gegeven ontslag op staande voet. De door werknemer aangevoerde, maar niet nader feitelijk onderbouwde persoonlijke omstandigheden maken dat niet anders. Reeds uit het gespreksverslag volgt dat de persoonlijke omstandigheden van werknemer, waar mogelijk, (ook) door werkgeefster zijn meegewogen bij haar beslissing om over te gaan tot een onmiddellijke opzegging van de arbeidsovereenkomst, maar dat deze niet tot een andersluidende beslissing hebben geleid. Werknemer heeft kennelijk toen, evenmin als nu, kenbaar gemaakt of en zo ja welke inkomsten hij uit zijn bedrijf geniet. Volgt afwijzing van het verzoek van werknemer.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 11-08-2016

Zaaknummer: 5129681 AZ VERZ 16-60

RECHTSPRAAK

Siemens Industry Software B.V. c.s./Maverick Valves Manufacturing B.V.

Werkgever is ex artikel 6:170 BW aansprakelijk voor schade als gevolg van een door werknemer illegaal gekopieerd softwareprogramma.

Siemens Product heeft een softwareprogramma voor Maverick Manufacturing ontwikkeld. Tussen Siemens en Maverick Manufacturing is in geschil of Maverick Manufacturing inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van Siemens omdat op een van haar computers een illegale versie van het softwareprogramma is aangetroffen en of zij de daardoor door Siemens gestelde schade dient te vergoeden. Maverick Manufacturing is onder meer van mening dat zij niet aansprakelijk kan worden gehouden voor het illegaal kopiëren van het softwareprogramma, omdat zij daarvan niet op de hoogte was en zij niet kan voorkomen dat (een van) haar werknemers gemakkelijk van internet te downloaden software op een computer van Maverick Manufacturing zet. Siemens heeft dit verweer van Maverick Manufacturing bestreden door te wijzen op het bepaalde in artikel 6:170 BW. In de visie van Siemens rust op Maverick Manufacturing een risicoaansprakelijkheid.

De rechtbank oordeelt als volgt. Op grond van artikel 6:170 BW is degene in wiens dienst een ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk voor de schade, aan een derde toegebracht door een fout van die ondergeschikte, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst de ondergeschikte staat, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap heeft over de gedragingen waarin de fout is gelegen. Daarbij moet aan de hand van alle ter zake dienende omstandigheden worden onderzocht of tussen de fout van de ondergeschikte en diens opgedragen taak een zodanig verband bestaat dat degene in wiens dienst de ondergeschikte staat voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk is (zie HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6020 en HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7557). Niet in geschil is dat de werknemer een ondergeschikte is en dat hij een fout heeft gemaakt doordat hij een illegale versie van het softwareprogramma op de laptop van Maverick Manufacturing heeft geplaatst. Ter bestrijding van haar aansprakelijkheid heeft Maverick Manufacturing aangevoerd dat er geen functioneel verband bestaat tussen het kopiëren van de illegale versie van het softwareprogramma en de

aan de werknemer opgedragen werkzaamheden omdat hij dat programma niet nodig had voor die werkzaamheden. Daarbij ziet Maverick Manufacturing er echter aan voorbij dat ook fouten buiten de taakvervulling tot aansprakelijkheid van Maverick Manufacturing kunnen leiden, ook als zij daarvan onwetend was. Het gaat erom of de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van de opgedragen werkzaamheden is vergroot. Daarvan is sprake omdat aan de werknemer 'administrator'-rechten zijn verleend. Het functionele verband is voorts af te leiden uit de omstandigheid dat (een deel van) het softwareprogramma ook legaal door andere werknemers van Maverick Manufacturing werd gebruikt en de illegale kopie in werktijd is gebruikt op een laptop die door Maverick Manufacturing ter beschikking is gesteld. Maverick Manufacturing heeft nog aangevoerd dat zij niet aansprakelijk kan worden gehouden omdat het voor haar als werkgever onmogelijk is om te voorkomen dat haar werknemers illegaal software kopiëren op een van haar computers. Daarbij ziet Maverick Manufacturing eraan voorbij dat het erom gaat dat zij zeggenschap heeft; zij heeft de bevoegdheid haar werknemers te verbieden illegaal software te kopiëren. Voor het aannemen van aansprakelijkheid in de zin van artikel 6:170 BW is niet relevant of werknemers gevolg geven aan een dergelijk verbod. Evenmin is voor het aannemen van aansprakelijkheid relevant dat software gemakkelijk van internet is te downloaden en dat dit buiten het zicht van Maverick Manufacturing heeft plaatsgevonden; op Maverick Manufacturing rust als werkgever onder de hiervoor genoemde voorwaarden een risicoaansprakelijkheid. Gelet op het voorgaande wordt het handelen van de werknemer aan Maverick Manufacturing toegerekend. Maverick Manufacturing heeft inbreuk gemaakt op het auteursrecht van Siemens. De vordering op dit punt wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 10-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:6240

Zaaknummer: C/10/489563 / HA ZA 15-1190

Rechters: G.J. Heevel

Advocaten: W.E.L. van Kerkvoorden en A.P. Marco

Wetsartikelen: 6:170 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Cimsolutions BV

Werkgever heeft onterecht een bedrag ingehouden op het loon van werknemer vanwege vroegtijdige teruggave van een leaseauto. Toezegging werkgever dat geen beëindigingskosten verschuldigd zijn indien de leaseovereenkomst wordt overgenomen door een collega.

Werknemer is op 1 september 2014 bij Cimsolutions BV (hierna: Cimsolutions) in dienst getreden. Door Cimsolutions is aan werknemer een bedrijfsauto ter beschikking gesteld. Werknemer heeft de arbeidsovereenkomst met Cimsolutions opgezegd tegen 1 oktober 2015 om in dienst te treden bij Andarr Technology Services BV (hierna: Andarr). Bij brief van 26 augustus heeft Cimsolutions aan werknemer meegedeeld dat hij € 6114,36 dient te vergoeden vanwege vroegtijdige teruggave van de leaseauto. Cimsolutions heeft vervolgens een bedrag van € 1036,58 ingehouden op het loon van werknemer in verband met 'boete teruggave auto'. Werknemer vordert onder meer veroordeling van Cimsolutions om aan werknemer € 1541,76 te betalen. Werknemer stelt dat er geen sprake is van beëindigingskosten, nu de auto, die hij tot zijn beschikking had, bij Cimsolutions is blijven rijden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Cimsolutions erkent dat de auto waar werknemer in reed bij Cimsolutions is blijven rijden en dat een collega daar nu gebruik van maakt. Cimsolutions heeft daarvoor gekozen om de schade voor Cimsolutions te beperken. Het inleveren van de auto bij Athlon was namelijk – vanwege een boete bij voortijdige teruggave – nog duurder geweest, aldus Cimsolutions. Cimsolutions heeft de stelling van werknemer dat het leasecontract is overgenomen door een collega vervolgens onbetwist gelaten. Er is dan ook voldoende komen vast te staan dat het leasecontract door een collega is overgenomen en dat daarmee aan de voorwaarde zoals genoemd in de brief van Cimsolutions van 26 augustus 2015 is voldaan en werknemer geen kosten verschuldigd is voor het voortijdig inleveren van de leaseauto. Cimsolutions heeft immers in de brief van 26 augustus 2015 zelf aan werknemer aangegeven dat hij geen vergoeding hoeft te betalen bij het inleveren van de leaseauto indien de leaseovereenkomst wordt overgenomen door een collega. Dat de brief anders begrepen moet worden heeft Cimsolutions niet gesteld. Dat Cimsolutions wel kosten maakt, omdat de collega die gebruik maakt van de auto geen bijdrage betaalt en feitelijk in een te dure auto

rijdt, maakt het voorgaande overigens niet anders, aangezien dit een keuze van Cimsolutions is geweest die werknemer niet kan worden tegengeworpen. Gelet op het voorgaande heeft Cimsolutions geen recht op betaling van enig bedrag vanwege de voortijdige inlevering van de leaseauto door werknemer. Nu Cimsolutions onterecht een bedrag heeft ingehouden op het loon van werknemer, zal de vordering van werknemer tot betaling van de hoofdsom worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 10-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:4544

Zaaknummer: 4797344 UC EXPL 16-2235 JES/1267

Rechters: J.J.M. de Laat

Advocaten: M. Hagenaars en A. Klaassen

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Fiscaal advocaat overtreedt nevenwerkzaamheden- en relatiebeding en is boete van € 260.000 verschuldigd. Boetebeding op grond waarvan naast boete een schadevergoeding kan worden gevorderd voor zover de schade de boete overstijgt, is rechtsgeldig.

Werknemer, fiscaal advocaat, is voor bepaalde tijd in dienst getreden van werkgever, een advocatenkantoor. In de arbeidsovereenkomst is een nevenwerkzaamheden- en relatiebeding opgenomen. Verder wordt in de arbeidsovereenkomst bepaald 'dat werknemer bij iedere overtreding hiervan een direct opeisbare boete van € 20.000 verschuldigd is, te vermeerderen met een bedrag van € 500 voor iedere dag dat de overtreding voortduurt voor zover het een doorlopende overtreding is. Het voorgaande laat onverlet de gehoudenheid van werknemer tot vergoeding aan werkgever van alle schade die door het handelen van werknemer is of zal ontstaan, indien deze schade meer bedraagt dan (de som van) gemeld boetebedrag'. Feitelijk was werknemer werkzaam op partnerniveau. Het was ook de bedoeling om dit op den duur in een gelijke aandeelhoudersverhouding met de andere partners met een managementfee in plaats van een arbeidsovereenkomst tot uiting te laten komen. Voordien is echter besloten de samenwerking te beëindigen. Werkgever vordert onder meer betaling van een boete van € 260.000 omdat werknemer minimaal 13 keer het relatie- en/of nevenactiviteitenbeding heeft geschonden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tegenover de gemotiveerde en met stukken onderbouwde stellingen per met naam en toenaam besproken zaak, heeft werknemer steeds onvoldoende gemotiveerd betwist dat hij de bedingen heeft geschonden. Geconcludeerd wordt dat werknemer 13 keer in strijd met het relatie- en/of nevenactiviteitenbeding heeft gehandeld en dat hij daarvoor telkens de in het addendum overeengekomen boete van € 20.000 verschuldigd is, te weten in totaal € 260.000. Anders dan werknemer aanvoert, zijn de onderhavige bedingen niet nietig. In het beding is bepaald dat een vordering tot schadevergoeding slechts is toegelaten voor zover de schade de boete overstijgt. Bovendien vordert werkgever ook alleen de boete en niet tevens schadevergoeding. Onder deze omstandigheden is geen sprake van strijd met artikel 7:651 lid 1 BW. Verder doet werknemer

een beroep op matiging. Nu hij echter dit beroep in het geheel niet heeft toegelicht, wordt dit beroep verworpen. De gevorderde boete van € 260.000 wordt toegewezen. Werkgever heeft het gestelde recht op vakantiedagen en -toeslag van werknemer onvoldoende gemotiveerd betwist, zodat de door werknemer gevorderde bedragen verschuldigd zijn.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 01-08-2016

Zaaknummer: 4786784 CV EXPL 16-3925

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

***Ontbinding arbeidsovereenkomst statutair bestuurder (h-grond)
wegens onoverbrugbaar verschil van inzicht over de ondernemings- en
managementstructuur. Nakoming contractuele bepaling over
pensioenvoorziening.***

Werknemer is op 1 februari 2003 in dienst getreden. Hij is sedert 1 juni 2013 voor een periode van vier jaar benoemd tot bestuurder in de functie van financieel directeur/chief financial officer (hierna: CFO). Op 9 oktober 2015 is werknemer in het ziekenhuis opgenomen met hoge bloeddruk en burn-outklachten. Sinds die datum en tot heden is werknemer volledig arbeidsongeschikt. Op 18 april 2016 is werknemer door de raad van commissarissen (hierna: RvC) gehoord over zijn voorgenomen ontslag, waarna de RvC werknemer bij besluit van 20 april 2016 heeft ontslagen als statutair bestuurder. Werkgever verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW, in verbinding met artikel 7:669 lid 3 onderdeel g en h BW en aan werknemer een vergoeding toe te kennen van € 232.000 bruto, met de vaststelling dat in deze vergoeding de wettelijke transitievergoeding, alsmede iedere andere vergoeding (voor zover door werkgever verschuldigd) is inbegrepen. Werkgever heeft aangevoerd dat het takenpakket van werknemer als CFO na de *delisting* aanzienlijk is verminderd en dat de managementstructuur is gewijzigd, in die zin dat de aandeelhouder prijs stelt op samenwerking met één directeur die aan het hoofd staat van een managementteam, waardoor aan een CFO minder behoefte bestaat. Volgens werkgever heeft werknemer echter geweigerd om deze situatie onder ogen te zien en bleef hij vasthouden aan zijn rol en takenpakket als CFO van vóór de *delisting*. De algemeen directeur en de RvC hebben unaniem het vertrouwen in een verdere samenwerking met werknemer opgezegd. Gegeven het ontslag van werknemer als statutair bestuurder en de uitholling van zijn functie als CFO is het ook onmogelijk voor werknemer om arbeid te verrichten die gericht is op realisatie van het ondernemersdoel van werkgever, en zou terugkeer leiden tot een onwerkbaar situatie op managementniveau, aldus werkgever. Werknemer verweert zich tegen het verzoek en stelt dat de verzochte ontbinding moet worden afgewezen. Bij toewijzing van de ontbinding verzoekt werknemer werkgever te veroordelen

om aan hem een vergoeding te betalen van € 464.000 bruto en om de in de overeenkomst van 7 maart 2013 in artikel 12 lid 6 bedoelde verplichting na te komen.

De rechtbank oordeelt als volgt. Er is sprake van een redelijke grond voor ontbinding, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel h BW. Gelet op de stukken, waaronder de verklaringen van de voorzitter van de RvC en een coach, is voldoende gebleken dat werknemer na de *delisting* niettemin is blijven vasthouden aan zijn 'oude' rol als CFO en niet, althans onvoldoende is meegegaan in de wens van werkgever om haar ondernemingsstructuur te wijzigen en te komen tot een eenhoofdige directie, met bijbehorende wijzigingen ten aanzien van de functie van werknemer als CFO. Ook op de zitting heeft werknemer gesteld dat hij graag zag en ziet dat zijn positie als CFO gehandhaafd blijft en dat hij die functie blijft bekleden. Dit verschil van inzicht over de managementstructuur en de invulling van de functie van werknemer als CFO, en de vruchteloze gesprekken en pogingen van partijen om daarin een oplossing te bereiken, hebben ertoe geleid dat de aandeelhouder, de voltallige RvC en de CEO het vertrouwen in verdere samenwerking met werknemer hebben verloren. Dat heeft ook geleid tot het ontslag van werknemer als statutair bestuurder. Onder die omstandigheden valt niet in te zien dat de arbeidsovereenkomst van werknemer nog zinvol kan worden voortgezet. De rechtbank ziet geen reden om aan te nemen dat het vertrouwen nog hersteld kan worden. Gelet op deze vertrouwensbreuk is sprake van omstandigheden zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel h BW, die zodanig zijn dat van werkgever in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Anders dan werknemer betoogt, betreft dit een zelfstandige en voldragen grond voor ontbinding. Daarbij neemt de rechtbank ook in aanmerking dat blijkens de wetsgeschiedenis ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel h BW onder meer gerechtvaardigd kan zijn in geval van een manager met wie verschillen van inzicht bestaan over het te voeren beleid (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 130). Herplaatsing ligt gelet op het voorgaande niet in de rede. Werknemer wordt niet gevolgd in zijn stelling dat het opzegverbod tijdens ziekte in de weg staat aan ontbinding. Het verzoek staat los van de ongeschiktheid wegens ziekte van werknemer. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.

Partijen zijn het erover eens dat werknemer op grond van artikel 12 lid 2 van de overeenkomst bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst in ieder geval aanspraak heeft op een contractuele vergoeding ter hoogte van één jaarsalaris, te weten € 232.000 bruto. Nu werkgever heeft gevraagd om toekenning daarvan aan werknemer, zal dit onder de beslissing op het verzoek worden opgenomen. Overeenkomstig het verzoek van werkgever zal daarbij worden bepaald dat in deze vergoeding de wettelijke transitievergoeding, alsmede iedere andere vergoeding is inbegrepen. Werknemer heeft gesteld dat in artikel 12 lid 2 van de overeenkomst van 7 maart 2013 ook staat dat de schadeloosstelling maximaal tweemaal een

jaarsalaris kan bedragen, als de hoogte van de schadeloosstelling van één jaarsalaris kennelijk onredelijk is als bedoeld in artikel 7:681 (oud) BW. Geoordeeld wordt dat werknemer zijn stelling dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag onvoldoende heeft onderbouwd. Voor zover werknemer bij wijze van tegenverzoek heeft gevraagd om toekenning van een contractuele vergoeding van € 464.000 bruto, althans een hogere vergoeding dan € 232.000 bruto, wordt dit verzoek afgewezen.

Werknemer heeft daarnaast verzocht om werkgever te veroordelen om de in artikel 12 lid 6 van de overeenkomst van 7 maart 2013 genoemde verplichting na te komen. De rechtbank begrijpt deze vordering aldus dat bedoeld wordt werkgever te veroordelen tot nakoming van de in dat artikel genoemde pensioenvoorziening. Werknemer stelt terecht dat gelet op de onderlinge samenhang van de leden 2, 3, 4 en 6 van artikel 12 moet worden geconstateerd dat in artikel 12 lid 6 een kennelijk foute verwijzing staat naar artikel 12 lid 3 en 4, en dat evident is bedoeld om te verwijzen naar artikel 12 lid 2 en 3. De door werkgever overgelegde verklaring van de huidige voorzitter van de RvC, waarin wordt toegelicht wat diens visie is op de bedoeling van artikel 12 lid 6, is geen reden om tot een ander oordeel te komen. Op de zitting is gebleken dat hij niet bij de totstandkoming van de overeenkomst betrokken is geweest. Zijn visie kan dan ook geen rol spelen bij de vraag wat partijen over en weer van elkaar mochten verwachten. Daarentegen is wel relevant de stelling van werknemer, die door werkgever niet dan wel onvoldoende is weersproken, dat een lid van de RvC bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst heeft opgemerkt dat werknemer bij ontslag recht heeft op een pensioenvoorziening. Daarvan uitgaande mocht werknemer ook in dat verband redelijkerwijs verwachten dat de pensioenvoorziening van artikel 12 lid 6 van toepassing zou zijn in de situatie die hier aan de orde is. De vordering van werknemer wordt toegewezen, in die zin dat werkgever gehouden is om de in artikel 12 lid 6 van de overeenkomst van 7 maart 2013 opgenomen pensioenvoorziening jegens werknemer na te komen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 13-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2016:5666

Zaaknummer: C/15/242225 / HA RK 16-74

Rechters: H.A. Pott Hofstede, P.J. Jansen en M. Goedhuis-Visser

Advocaten: M.P. van Broeckhuijsen, M.B. Vesterling en R.A.A. Duk

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Geen billijke vergoeding bij einde arbeidsovereenkomst bepaalde tijd. Te weinig betaalde transitievergoeding. Volledige loonstop gedurende periode dat ten onrechte geen passende arbeid is verricht. Schending zorgplicht werkgeefster, omdat geen RI&E is opgesteld. Schadevergoeding van € 2000 wegens polsletsel.

Werkneemster is sinds 1 maart 2013 in dienst als teamleidster. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Gehandicaptenzorg van toepassing. De arbeidsovereenkomst is per 1 maart 2016 van rechtswege geëindigd door het verstrijken van de derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Werkneemster vordert betaling van een billijke vergoeding van € 15.000 en een bedrag van € 430,82 wegens nog verschuldigde transitievergoeding. Daarnaast heeft zij een zevental loongerelateerde vorderingen ingesteld en een vergoeding van schade die zij heeft geleden door een arbeidsongeval.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De verzochte billijke vergoeding (ex art. 7:673 lid 9 onderdeel a BW) wordt afgewezen. Het werkneemster overkomen ongeval heeft niets van doen met het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst. Weliswaar staat vast dat de verhouding tussen partijen is verslechterd vanaf (in ieder geval) november 2015 door de perikelen in verband met ziekte en re-integratie van werkneemster maar dat dit de reden is geweest van het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst blijkt uit niets. Ten aanzien van de transitievergoeding wordt geoordeeld dat werkneemster voldoende inzichtelijk heeft gemaakt hoe haar berekening tot stand is gekomen. Het had op de weg van werkgeefster gelegen, niet slechts een eigen berekening te geven, maar ook inhoudelijk aan te geven waarom de berekening door werkneemster niet juist zou zijn. Het verzoek met betrekking tot betaling van een aanvullend bedrag aan transitievergoeding van € 430,82 wordt toegewezen. Over de maanden november 2015 tot en met februari 2016 is het loon niet (volledig) betaald. Op grond van de periodieke evaluatie van de bedrijfsarts wordt geoordeeld dat werkneemster over de periode 14 oktober 2015 tot 23 november 2015 100% arbeidsongeschikt was. Ten onrechte is over die periode een loonsanctie van 50% gehanteerd. Blijkens het deskundigenoordeel van het UWV d.d. 23 februari 2016 is werkneemster per 24 november 2015

niet volledig geschikt te achten voor het eigen werk in verband met ziekte. Dit impliceert dat werkneemster wel gedeeltelijk geschikt geacht moet worden voor het verrichten van haar eigen werk en – naar moet worden aangenomen – ook van passende arbeid. Op grond van artikel 7:629 lid 3 onderdeel c BW heeft werkneemster gedurende de tijd dat zij deze werkzaamheden niet heeft verricht geen aanspraak op doorbetaling van haar loon. Werkgeefster heeft de loonsanctie ter zake, die zij tijdig ter kennis heeft gebracht van werkneemster, terecht op kunnen leggen. Dat heeft zij ook kunnen doen voor het deel van de werktijd waarvoor werkneemster arbeidsongeschikt was (ECLI:NL:HR:2014:1341). Werkneemster maakt terecht aanspraak op doorbetaling van haar loon over de periode van 1 tot en met 23 november 2015. Over de periode van 24 november 2015 tot en met 29 februari 2016 is die aanspraak niet terecht. De vakantietoeslag en eindejaarsuitkering wordt toegewezen, echter berekend over de ten onrechte niet betaalde bedragen over oktober en november 2015. Werkneemster kan geen aanspraak maken op opbouw van vakantie-uren gedurende de periode dat de loonsanctie terecht is opgelegd (art. 7:634 lid 1 BW). Wel heeft werkgeefster onvoldoende gemotiveerd bestreden dat zij een bedrag van € 3234,71 bruto, verminderd met de daarin ten onrechte berekende opbouw van vakantie-uren over de periode 24 november 2015 tot en met 29 februari 2016 te weinig heeft betaald, zodat de vordering op dit punt wordt toegewezen.

Werkneemster stelt dat haar tijdens haar werkzaamheden op 4 februari 2015 een arbeidsongeval is overkomen, als gevolg waarvan zij een ontsierend litteken op haar pols heeft opgelopen. Zij vordert een schadevergoeding van € 2500 (ex art. 7:658 BW/7:611 BW). Werkgeefster heeft niet betwist dat werkneemster door een cliënt is geduwd en daarbij door een ruit is gevallen, waardoor zij schade heeft geleden (een snijwond van ongeveer 5 cm lang bij haar pols en de gevolgen daarvan). Werkgeefster heeft niet aan haar zorgplicht voldaan, omdat kennelijk geen RI&E is opgesteld. Werkgeefster heeft door dit nalaten er niet voor gezorgd dat de mogelijke gevaren voor haar medewerkers werden geïnventariseerd en dat deze gevaren door het opstellen van een plan van aanpak zo veel mogelijk en zo goed mogelijk konden worden voorkomen en/of geëlimineerd. Op basis van het Smartengeldboek van de ANWB en gelet op alle omstandigheden van het geval, acht de kantonrechter een vergoeding van € 2000 ex aequo et bono passend.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 28-06-2016

Zaaknummer: 5024531 EJ VERZ 16-82322

RECHTSPRAAK

Europoort Cargo Inspections V.O.F./X

***Arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht? Overtreding
ronselbeding?***

Op 10 december 2011 is tussen Europoort en X een 'subcontractor overeenkomst' tot stand gekomen. Europoort is gespecialiseerd in het uitvoeren van brandstofcontroles bij schepen. In de overeenkomst wordt Europoort aangeduid met 'opdrachtgever' en X met 'zelfstandige'. Op 2 mei 2014 heeft de partner van X een bv opgericht met als bedrijfsactiviteit 'het controleren van brandstoffen van schepen'. Op 29 juli 2014 heeft X aan Europoort bericht dat hij zijn werkzaamheden voor Europoort per 31 juli 2014 zal staken. Thans vordert Europoort een verklaring voor recht dat X het in artikel 10 van de subcontractorovereenkomst opgenomen non-concurrentie- en relatiebeding heeft overtreden door het direct of indirect (doen) benaderen van haar werknemers. Tevens vordert Europoort betaling van verbeurde boetes ad € 45.000. X voert gemotiveerd verweer. X vordert – voor het geval zou mogen blijken dat er sprake is van overtreding – matiging van het concurrentie- en het relatiebeding.

De rechtbank oordeelt als volgt. De eerste vraag die ter beoordeling voorligt is of de overeenkomst, zoals Europoort stelt en door X gemotiveerd is betwist, stilzwijgend is voortgezet onder dezelfde voorwaarden. In dat verband overweegt de rechtbank als volgt. De overeenkomst bevat termen (dienstbetrekking, arbeidsovereenkomst), en bepalingen met betrekking tot een proeftijd en een leaseauto, die de associatie met een arbeidsovereenkomst oproepen. Uit de gehele tekst van de overeenkomst blijkt echter dat partijen bij het aangaan van de overeenkomst duidelijk de bedoeling hadden om een overeenkomst van opdracht aan te gaan. De uitvoering van de overeenkomst is met die bedoeling in overeenstemming geweest. X handelde als zzp'er/eenmanszaak 'C en V werken Middelharnis', beschikte over een VAR-verklaring en zijn eenmanszaak factureerde de werkzaamheden bij Europoort. Dat betekent dat het arbeidsovereenkomstenrecht niet van toepassing is en van een stilzwijgende verlenging in de zin van artikel 7:668 BW geen sprake is. De overeenkomst is aangegaan voor 12 maanden eindigend op 22 december 2012 (art. 1.2 van de overeenkomst). Vast staat echter dat X nadien dezelfde werkzaamheden is blijven uitvoeren voor Europoort onder dezelfde voorwaarden. Gesteld noch gebleken is dat partijen andere afspraken hebben gemaakt over de

voortzetting van de overeenkomst na 22 december 2012. Indien X niet meer gebonden wilde zijn aan het concurrentiebeding, zoals door hem is gesteld, had het op zijn weg gelegen dit aan de orde te stellen. Vast staat echter dat hier tussen partijen niet over gesproken is. Feitelijk hebben partijen de overeenkomst stilzwijgend voortgezet op dezelfde condities. Dat betekent dat X gebonden is aan artikel 10 van de overeenkomst. Vervolgens komt de vraag aan de orde of X het ronselbeding (art. 10.3 van de overeenkomst) heeft overtreden. Ongeacht de vraag wie er wie heeft benaderd, de verklaringen lopen op dat punt uiteen, in beide gevallen had X de heer A en de heer B, die op dat moment werknemers van Europoort waren, te verstaan moeten geven dat hij hen niets kon zeggen over zijn werk bij de bv, laat staan hen op dat gebied iets te bieden te hebben, omdat hij was gebonden aan de afspraak met Europoort om geen werknemers van hen te benaderen en/of te bewegen elders in dienst te treden. Door dit na te laten en de heren over zijn werk te informeren heeft X het ronselbeding overtreden. Daarmee is hij toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst en aldus gehouden de daaruit voortvloeiende schade aan Europoort te vergoeden. Europoort maakt echter geen aanspraak op schadevergoeding maar op de in artikel 10.4 overeengekomen boete van € 22.500 per overtreding. Het boetebeding omvat één bedrag (€ 22.500) voor vele, mogelijk sterk uiteenlopende tekortkomingen. De Hoge Raad (HR 13 februari 1998, *NJ* 1998/725) heeft overwogen dat in dat geval voor de hand ligt dat in beginsel de billijkheid klaarblijkelijk eist dat de rechter van zijn bevoegdheid tot matiging gebruik maakt om te differentiëren naar gelang van de ernst van de tekortkoming en van de schade die daardoor is veroorzaakt. De rechtbank ziet in casu aanleiding de boete te matigen tot € 10.000. De slotsom is dat de gevorderde verklaring voor recht zal worden toegewezen en de gevorderde boetes tot een bedrag van € 10.000.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 03-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:6448

Zaaknummer: C/10/486951 / HA ZA 15-1063

Rechters: C. Sikkel

Advocaten: H.J. Visser en E.B. van den Ouden

Wetsartikelen: 7:610 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Wilco B.V.

Eindbeschikking na bewijsopdracht. Werkgeefster slaagt niet in de haar gegeven bewijsopdracht. Ontslag op staande voet is daarom niet rechtsgeldig. Afwijzing voorwaardelijk tegenverzoek.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In de tussenbeschikking van 10 februari 2016 is Wilco in de gelegenheid gesteld bewijs te leveren van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat werknemer geen toestemming had voor het meenemen van drie Fantasia IX-boeken op 7 oktober 2015. Wilco heeft in het kader van de bewijsopdracht A, B, C en D laten horen. Werknemer heeft in contra-enquête zichzelf doen horen. Nu gesteld noch gebleken is dat op 7 oktober 2015 anderen dan werknemer en B aanwezig waren op de bandenmaakafdeling, kunnen uitsluitend B en werknemer uit eigen wetenschap verklaren over wat daar is voorgevallen en gezegd. Werknemer verklaart dat hij van B toestemming heeft gekregen om de drie boeken mee te nemen. B ontkent dat hij deze toestemming heeft gegeven. Nu de verklaringen van B en werknemer juist op dit doorslaggevende punt recht tegenover elkaar staan en de bewijslast bij Wilco rust, ligt het op de weg van Wilco om voor zover mogelijk nader bewijs in het geding te brengen. Echter, de verklaringen van A, D en C dragen niet bij aan de bewijslevering, omdat zij over de al dan niet verleende toestemming niet uit eigen waarneming kunnen verklaren. Werknemer daarentegen verklaart dat het mogelijk is dat de overhandiging van de boeken door B aan hem geregistreerd is op beveiligingscamera's. Nu ook C en D onder ede verklaren dat er camera's aanwezig zijn op de afdeling bandenmakerij, is naar het oordeel van de kantonrechter vast komen te staan dat zich camera's bevinden op de afdeling waar werknemer op 7 oktober 2015 aan het werk was. De opmerkingen van Wilco, bij akte na getuigenverhoor, dat er geen camera's hangen op de bandenmaakafdeling, zijn, met het oog op voornoemde (andersluidende) verklaringen (onder ede) van C en D, niet geloofwaardig. De conclusie moet dan ook zijn dat er beelden zijn, waarop in elk geval is waar te nemen wat er is gebeurd op de afdeling bandenmakerij op 7 oktober 2015. Partijen zijn het er verder over eens dat er in het magazijn/expeditieruimte camera's hangen. Op de beelden van de bewakingscamera's zou derhalve ook te zien kunnen zijn of B en werknemer de afdeling Bandenmakerij gezamenlijk verlieten. Wilco heeft echter nagelaten ook maar enig beeldmateriaal in het geding te brengen. Ook anderszins heeft Wilco geen nader bewijs in het

geding gebracht. Nu zij dat niet heeft gedaan, wordt geoordeeld dat Wilco niet in het haar opgedragen bewijs is geslaagd. Het moet er dan ook voor gehouden worden dat werknemer in elk geval materieel toestemming heeft gekregen van B om de drie Fantasia IX-boeken mee te nemen, ook al staat er geen handtekening en/of stempel in de drie bedoelde boeken. Daaruit volgt dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig gegeven is. De opzegging van 7 oktober 2015 wordt dan ook vernietigd.

In de zaak van het (voorwaardelijk) tegenverzoek. Wilco heeft bij tegenverzoek verzocht om werknemer te veroordelen tot betaling van een vergoeding wegens onregelmatige opzegging. Nu de opzegging vernietigd wordt, moet dit deel van het verzochte worden afgewezen. Wilco heeft verder verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Wilco legt aan dit tegenverzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten grondslag dat er sprake is van verwijtbaar handelen door werknemer, omdat hij volgens Wilco zonder toestemming drie boeken heeft meegenomen. Daarbij voert Wilco nog aan dat werknemer een gewaarschuwd man is, niet alleen wat betreft het beleid omtrent het meenemen van boeken maar ook waar het betreft het stilzetten van machines zonder toestemming en het bellen en roken op de werkvloer. De grondslag is zozeer dezelfde als die ten aanzien van het ontslag op staande voet is aangevoerd, dat er geen enkele redelijke grond is voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Immers, omdat Wilco niet is geslaagd in de haar gegeven bewijsopdracht, moet ook bij de beoordeling van het tegenverzoek het uitgangspunt zijn dat werknemer wel materieel toestemming had om de drie boeken mee te nemen. Het (voorwaardelijk) verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst zal dan ook worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 12-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:4545

Zaaknummer: 4664843 AE VERZ 15-166, 4723057 UE VERZ 16-2

Rechters: L.C. van Heuveling Beek

Advocaten: J.W. Menkveld en S.N. Meijers

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:679 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/NVD Beveiligingsgroep B.V.

De functie van HR-medewerker kwalificeert niet als passend. Weliswaar keren de HR-taken die werkneemster verrichtte (ongeveer 50% van haar functie) terug in de functieomschrijving van HR-medewerker, echter deze functie kent daarnaast nog 11 andere taakbestanddelen die allemaal niet voorkomen in de combifunctie HR/Facilitair adviseur. Verzoek werkneemster tot toekenning van een billijke vergoeding afgewezen.

Op 25 september 2008 is werkneemster bij NVD in dienst getreden als facilitair medewerker. Werkneemster had een combifunctie. In deze functie verrichtte werkneemster taken op facilitair en HR-gebied en daarnaast ook nog taken als kwaliteitsmanager. Na wisselingen in het HR-management per 1 mei 2014 is de functie van HR-medewerker in het leven geroepen, waarbij voor die functie een tijdelijke kracht is aangetrokken. Vanwege de door NVD doorgevoerde reorganisatie zijn de taken van werkneemster vervallen, gedigitaliseerd of overgeheveld naar andere functionarissen. Vervolgens heeft NVD de arbeidsovereenkomst (met toestemming van het UWV d.d. 23 maart 2016) bij brief van 25 maart 2016 opgezegd met ingang van 1 mei 2016. Thans verzoekt werkneemster toekenning van een billijke vergoeding, omdat NVD ernstig verwijtbaar heeft gehandeld dan wel heeft nagelaten. Werkneemster had namelijk herplaatst kunnen worden in de functie van HR-medewerker. Die functie wordt nu vervuld door een medewerker met een tijdelijke overeenkomst. Dat NVD zich onvoldoende heeft ingespannen om werkneemster te herplaatsen in de functie HR-medewerker die vervuld werd door een tijdelijke kracht, levert ernstige verwijtbaarheid op aan de kant van NVD. NVD voert gemotiveerd verweer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. NVD heeft niet ernstig verwijtbaar gehandeld of nagelaten. Gelet op artikel 9 lid 1 onderdeel a Ontslagregeling en artikel 10 Ontslagregeling (en art. 7:672 lid 2 BW) diende NVD ten tijde van haar verzoek bij het UWV om toestemming de arbeidsovereenkomst op te zeggen (in dit geval rond eind januari 2016) een inschatting te maken van de mogelijkheden tot herplaatsing van werkneemster in een passende, als vacant

te gelden functie. De vraag of die inschatting juist is geweest moet ex tunc worden beoordeeld aan de hand van de vacatures die bij NVD bestonden of binnen een redelijke termijn zouden ontstaan. Deze redelijke termijn liep in dit geval van 23 maart 2016 (beslissing UWV) tot 23 mei 2016 (de opzegtermijn van twee maanden). De tijdelijke arbeidsovereenkomst van de medewerkster die ten tijde van de beslissing van het UWV de functie vervulde waarin werkneemster herplaatst had willen worden, zou niet eindigen voor 23 mei 2016, aangezien die overeenkomst onweersproken doorliep tot 30 juni 2016. Daarnaast is de kantonrechter – evenals het UWV – van mening dat de functie van HR-medewerker niet als passend kwalificeert voor werkneemster. Wanneer de functieprofielen van enerzijds het HR-gedeelte van de combifunctie van werkneemster en anderzijds die van de functie van HR-medewerker worden vergeleken, valt op dat hierin duidelijke zwaarteverschillen zitten. Het accent in de functie van HR-medewerker ligt bij werving en selectie. Weliswaar keren de HR-taken die werkneemster verrichtte (ongeveer 50% van haar functie) terug in de functieomschrijving van HR-medewerker, echter deze functie kent daarnaast nog 11 andere taakbestanddelen die allemaal niet voorkomen in de combifunctie HR/Facilitair adviseur. Het gaat daarbij met name om taken op het gebied van werving en selectie. Deze taken behoren niet tot de vervallen functie van werkneemster. Voorts heeft NVD onweersproken gesteld dat zij voor de nieuwe functie van HR-medewerker onder het kopje Functie-eisen heeft opgenomen dat ervaring als intercedente een pre is, en dat de kandidaat de opleiding toepasbare psychologie moet hebben gevolgd. Aan beide functie-eisen voldoet werkneemster niet. Nu de functie van HR-medewerker niet als passend kwalificeert, had NVD deze niet hoeven aanbieden aan werkneemster. Het verzoek van werkneemster wordt dus afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 15-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2016:6590

Zaaknummer: 5198600 \ AO VERZ 16-212

Rechters: T.S. Pieters

Advocaten: P.M. Neuteboom en R.J. Wiebosch

Wetsartikelen: 7:66g lid 1 BW, 7:67z lid 2 BW, 7:68z lid 1 onderdeel b BW, 9 lid 1 onderdeel a Ontslagregeling en 10 Ontslagregeling

RECHTSPRAAK

UWV heeft terecht een loonsanctie opgelegd wegens het niet opvolgen van het deskundigenoordeel door de werkgever.

Appellante is een klein bouw-/renovatiebedrijf, met twee medewerkers en een meewerkend eigenaar/directeur. Werknemer is sinds 23 april 2001 bij appellante in dienst als timmerman. Op 6 december 2011 valt hij als gevolg van knieklachten uit voor zijn werk. Nadat UWV de aanvraag voor een uitkering met verkorte wachttijd op 4 april 2013 afwijst, en nog acht maanden resteren voordat het einde van de reguliere wachttijd is bereikt, vraagt appellante een deskundigenoordeel aan om te kunnen beoordelen wat van haar in het kader van de re-integratie van werknemer kan worden geleverd. Een arbeidsdeskundige concludeert dat appellante nog onvoldoende heeft gedaan om werknemer aan het werk te helpen en dat activiteiten gericht op het zogenoemde tweede spoor, re-integratie in passend werk bij een andere werkgever, ingezet moeten worden. Op verzoek van appellante brengt een re-integratiebedrijf, Dé Praktijkjob BV, na een intakegesprek met werknemer advies uit. Dit bedrijf adviseert appellante juist de weg naar een aanvraag van een WIA-uitkering in te zetten, omdat werknemer in de visie van het re-integratiebedrijf niet in staat is om enige vorm van arbeid te verrichten. Werknemer vraagt op 13 augustus 2013 een WIA-uitkering aan. De aanvraag leidt tot een verlenging van het tijdvak waarin appellante als werkgeefster het loon van werknemer tijdens ziekte moet doorbetalen. Het verzoek van appellante de opgelegde loonsanctie te bekorten wijst UWV af. Het bezwaar en beroep tegen de opgelegde loonsanctie en de afwijzing van het verkortingsverzoek worden ongegrond verklaard. De rechtbank stelt vast dat geen sprake is van een bevredigend re-integratieresultaat. Aan het bestreden besluit ligt volgens de rechtbank het standpunt van UWV ten grondslag dat er feitelijk geen re-integratie-activiteiten zijn geweest, terwijl voor UWV vaststaat dat werknemer wel tot arbeid in staat was. Het standpunt van appellante dat werknemer geen duurzaam benutbare mogelijkheden had, acht de rechtbank onvoldoende onderbouwd in het licht van de rapporten van de verzekeringsartsen. Ten onrechte heeft appellante het ingewonnen deskundigenoordeel niet gevolgd. De intake bij Dé Praktijkjob en het MDO bij Roessingh Arbeid kunnen daaraan niet afdoen.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Niet in geschil is dat er in het geval van

werknemer geen bevredigend re-integratieresultaat is bereikt en dat appellante en werknemer geen op re-integratie gerichte activiteiten hebben verricht. Ter beantwoording is de vraag of appellante voor het achterwege laten van die activiteiten een deugdelijke grond had omdat zij er, zoals zij heeft gesteld, in redelijkheid van uit mocht gaan dat werknemer geen arbeidsmogelijkheden had. Evenals de rechtbank is de Raad van oordeel dat UWV terecht heeft geconcludeerd dat appellante tekort is geschoten en dat UWV terecht een loonsanctie heeft opgelegd en terecht heeft geweigerd die te verkorten. Kort gezegd legt de Raad het volgende aan het oordeel ten grondslag. Nu het deskundigenoordeel duidelijk was, had appellante dat oordeel als uitgangspunt moeten nemen bij haar opdracht aan het re-integratiebedrijf bij de oriëntatie op het tweede spoor. Nu dat niet is gebeurd en het ervoor moet worden gehouden dat dat bedrijf niet op de hoogte was van het deskundigenoordeel en de verzekeringsgeneeskundige en arbeidskundige opvattingen die tot dat oordeel hadden geleid, had appellante niet in redelijkheid op basis van het advies in het Plan van Aanpak van dat bedrijf af kunnen zien van verdere re-integratie-activiteiten. Zoals ook ter zitting duidelijk is geworden, was appellante steeds van mening dat er meer aanleiding was om de visie van haar bedrijfsarts en de arbeidsdeskundige van haar arbodienst te volgen, dan het deskundigenoordeel. Het had in de rede gelegen dat appellante na ontvangst van het deskundigenoordeel, dat haar mening niet onderschreef, de inhoud daarvan met haar bedrijfsarts had besproken. Als appellante, op basis van een gemotiveerde nadere beoordeling door haar bedrijfsarts, dan zou hebben gevonden dat het deskundigenoordeel niet gevolgd zou moeten worden, had appellante dat onderbouwd met UWV kunnen bespreken of had zij een nieuw deskundigenoordeel kunnen vragen. Dat is echter niet gebeurd, en onder die omstandigheden mochten de verzekeringsarts en de arbeidsdeskundige van UWV, die de eindevaluatie van het Plan van Aanpak WIA hebben beoordeeld, het deskundigenoordeel tot uitgangspunt nemen en vaststellen dat appellante ten onrechte geen activiteiten heeft ontplooid.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 10-08-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:2999

Zaaknummer: 14/5684 WIA

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

Advocaten: M.H.M. Deppenbroek

Wetsartikelen: 25 WIA

RECHTSPRAAK

Meldingen en aangifte van bedreiging met een vuurwapen tegen beter weten in en in strijd met de waarheid gedaan vormen objectief dringende reden voor ontslag. Werknemer stelt terecht dat UWV gehouden is werkloosheid zelfstandig te onderzoeken.

Appellant is vanaf 2 september 2002 werkzaam bij werkgeefster in de functie van buschauffeur. Bij beschikking van 3 augustus 2009 (ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ5232) heeft de kantonrechter van de Rechtbank Amsterdam de arbeidsovereenkomst ontbonden met ingang van de dag na die waarop de beschikking is uitgesproken. De kantonrechter heeft onder meer overwogen dat appellant tegen beter weten in en in strijd met de waarheid meldingen en aangifte heeft gedaan van bedreiging en bedreiging met een vuurwapen. De kantonrechter heeft deze meldingen en aangifte door appellant aangemerkt als een dringende reden als bedoeld in artikel 7:685 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

UWV verstrekt bij besluit van 25 juli 2011 appellant met ingang van 14 januari 2011 een voorschot op een WW-uitkering. Een definitieve beslissing op de aanvraag kan niet worden genomen, omdat appellant in beroep zou zijn gegaan tegen de beschikking van de kantonrechter. Werkgeefster maakt bezwaar tegen dit besluit van UWV. UWV stelt vast dat het niet mogelijk is om in hoger beroep te gaan tegen een beschikking van de kantonrechter, tenzij fundamentele rechtsbeginselen zijn geschonden of artikel 7:685 van het BW ten onrechte wel of niet is toegepast. Er had definitief beslist kunnen worden op de aanvraag, zodat ten onrechte een WW-uitkering is verstrekt op basis van voorschotten. Bij besluit van 19 december 2011 stelt UWV vast dat appellant vanaf 5 augustus 2009 recht heeft op een WW-uitkering, maar dat deze uitkering niet tot uitbetaling komt omdat appellant verwijtbaar werkloos is geworden (weigeringsbesluit). Ook wordt een bedrag van in totaal € 21.711,80 aan verstrekt voorschot van appellant teruggevorderd (intrekkings- en terugvorderingsbesluit). Bij beslissing op bezwaar van 13 juli 2012 (bestreden besluit 1) verklaart UWV het bezwaar van appellant tegen de besluiten van 19 december 2011 ongegrond. In hoger beroep heeft appellant naar voren gebracht dat hij hetgeen is voorgevallen, heeft ingeschat als een bedreiging, zodat geen sprake is geweest van een valse aangifte. Volgens appellant heeft UWV niet mogen volstaan met het acht slaan op de beschikking van de kantonrechter, maar had het een eigen

onderzoek moeten instellen. Appellant heeft er voorts op gewezen dat hij na schorsing gewoon ingeroosterd is voor werk, zodat het de dringende reden aan subjectiviteit ontbreekt. Bij besluit van 28 januari 2016 (bestreden besluit 2) heeft UWV het bezwaar van appellant alsnog gegrond verklaard en het eerdere standpunt herzien. Volgens UWV is appellant wel verwijtbaar werkloos geworden, maar kan hem dit niet in overwegende mate worden verweten.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt ten aanzien van bestreden besluit 2. Evenals de kantonrechter is de Raad van oordeel dat appellant de meldingen en aangifte van bedreiging met een vuurwapen tegen beter weten in en in strijd met de waarheid heeft gedaan. Deze gedragingen van appellant zijn aan te merken als een objectief dringende reden voor ontslag. Daarbij is de ernst van de beschuldigingen van belang, met name de gestelde bedreiging met een vuurwapen. Het uiten van de beschuldigingen heeft immers niet alleen consequenties gehad voor de vier mannen, die als gevolg daarvan zijn aangehouden en in verzekering zijn gesteld, maar heeft ook tot gevolg gehad dat de hulp van politie onnodig is ingeroepen en dat een groot aantal passagiers onnodig hinder heeft ondervonden. Daarnaast is van belang dat het doen van deze onterechte beschuldigingen gevolgen zou kunnen hebben gehad voor de samenwerking tussen werkgeefster en de politie, die juist tot stand was gekomen ter bestrijding van geweld in het openbaar vervoer. Deze samenwerking hield in dat de politie onmiddellijk zou ingrijpen, wanneer een buschauffeur melding maakt van overlast, zeker wanneer sprake is van enige bedreiging. Voor continuering van deze steun is essentieel dat uitsluitend melding wordt gemaakt van bedreiging indien het ook werkelijk om bedreiging gaat. Werkgeefster heeft er dan ook groot belang bij dat buschauffeurs geen meldingen doen die in strijd zijn met de waarheid. De omstandigheid dat appellant door de strafrechter is vrijgesproken, leidt niet tot een ander oordeel. Uit het vonnis blijkt immers niet wat voor de strafrechter aanleiding is geweest om appellant vrij te spreken, nu de strafrechter zijn vonnis niet heeft gemotiveerd.

Partijen verschillen voorts van mening over de vraag of werkgeefster ten aanzien van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst een zodanige voortvarendheid heeft betracht dat aan het ontslag een subjectieve dringende reden ten grondslag ligt. Bij de vraag naar de subjectiviteit van de dringende reden dienen alle omstandigheden van het geval in de beoordeling te worden betrokken. Niet gezegd kan worden dat het tijdsverloop tussen het moment van het voorval en het moment van het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden met zich brengt dat werkgeefster onvoldoende voortvarend heeft gehandeld. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat werkgeefster op geen enkel moment te kennen heeft gegeven dat de verweten gedragingen niet als ernstig werden gezien of dat daaraan andere gevolgen zouden worden verbonden dan een ontslag. Bovendien is van belang

dat appellant vanaf 22 april 2009 tot het einde van de dienstbetrekking was geschorst en geen werkzaamheden meer heeft verricht voor werkgeefster. Eventuele andere vermeldingen in het rooster doen hieraan niet af. Geconcludeerd wordt dat is voldaan aan de eis van subjectieve dringendheid. De overige omstandigheden, waaronder de leeftijd van appellant, de duur van de dienstbetrekking, de wijze van functie vervulling en de relatie met de Marokkaanse lijnmanager geven geen aanleiding voor het oordeel dat geen sprake is geweest van een dringende reden voor ontslag. Dit brengt met zich dat aan de werkloosheid van appellant een dringende reden ten grondslag heeft gelegen. UWV heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat appellant verwijtbaar werkloos is geworden.

Tussen partijen is voorts in geschil of appellant van zijn gedraging enig verwijt kan worden gemaakt dan wel of de gedraging hem in overwegende mate kan worden verweten. Hoewel niet met volledige zekerheid kan worden uitgesloten dat het incident in 2009 appellant niet volledig kan worden verweten, gelet op zijn medische situatie, vormen de genoemde stukken onvoldoende aanleiding voor het opleggen van een maatregel van 50% gedurende een periode van 26 weken op grond van verminderde verwijtbaarheid. Appellant heeft immers pas op 21 april 2015 melding gedaan van het feit dat er wellicht omstandigheden waren die maken dat de gedragingen hem niet dan wel in mindere mate kunnen worden verweten. Vervolgens heeft hij pas op 10 november 2015 eerdergenoemde medische stukken overgelegd. Deze hebben echter geen betrekking op zijn medische situatie in 2009, maar zien op zijn situatie in 2015. Anders dan UWV ziet de Raad geen aanleiding om appellant in dit geval het voordeel van de twijfel te gunnen, nu door zijn toedoen geruime tijd is verstreken en zijn medische situatie ten tijde van het incident daardoor niet meer met voldoende zekerheid is vast te stellen.

Met de vernietiging van bestreden besluit 2 is ook de intrekking door UWV van bestreden besluit 1, voor zover dit ziet op het weigeringsbesluit, vernietigd. Dit betekent dat moet worden beoordeeld of bestreden besluit 1 in zoverre juist is. Appellant heeft terecht aangevoerd dat UWV in dit geval niet heeft mogen volstaan met het overnemen van het oordeel van de kantonrechter. Volgens vaste rechtspraak is UWV gehouden zich een eigen oordeel te vormen over de vraag of de aanvrager van een WW-uitkering verwijtbaar werkloos is geworden. De kantonrechter heeft in de ontbindingsbeschikking weliswaar een gedetailleerde beschrijving gegeven van hetgeen op de camerabeelden is te zien, maar dit brengt niet met zich dat UWV kon volstaan met kennisneming van deze beschikking. Bestreden besluit 1 wordt daardoor niet gedragen door een deugdelijke motivering en komt voor vernietiging in aanmerking. De rechtbank heeft dit niet onderkend, zodat ook de aangevallen uitspraak zal worden vernietigd. Omdat echter uit de eerdere overwegingen van de Raad volgt dat UWV gehouden was de WW-uitkering van appellant te weigeren met ingang van 5 augustus 2009, omdat appellant verwijtbaar werkloos is geworden, is er aanleiding om

de rechtsgevolgen van bestreden besluit 1 in stand te laten.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 03-08-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:2974

Zaaknummer: 13/891 WW

Rechters: B.M. van Dun, C.C.W. Lange en A.I. van der Kris

Advocaten: J.B.M. Swart en A.M.J. Bouman

Wetsartikelen: 24 WW

RECHTSPRAAK

Herziening en terugvordering uitkering in verband met genoten inkomsten. Geen omstandigheden aanwezig die aan herziening, geheel of gedeeltelijk, met terugwerkende kracht in de weg staan.

Appellant ontvangt van 18 augustus 2010 tot en met 30 juni 2013 een loongerelateerde WGA-uitkering op grond van de Wet WIA. In het kader van het doorlopen van een re-integratietraject bij Salude is hij per 1 januari 2011 werkzaam geweest bij een taxibedrijf en heeft hieruit inkomsten verworven. UWV constateert bij besluit van 5 mei 2014 dat de inkomsten van appellant zijn gewijzigd, stelt de uitkering over de periode van 1 januari 2011 tot en met 31 mei 2013 opnieuw vast en vordert de te veel betaalde uitkering ten bedrage van € 20.742,49 van appellant terug. Het bezwaar van appellant wordt ongegrond verklaard. In hoger beroep herhaalt appellant dat het hem niet redelijkerwijs duidelijk was dat hij te veel WIA-uitkering ontving, omdat hij netto nooit meer verdiende dan het minimumloon. Appellant wijst daarbij op een werkplan opgesteld door de werkcoach, waarin duidelijk is vermeld dat appellant naast zijn WIA-uitkering ook inkomsten uit werk heeft en dat deze inkomsten op dat moment meer dan 50% van zijn restverdien capaciteit bedroegen. Volgens appellant heeft hij alles tijdig doorgegeven en is er sprake van onbehoorlijk bestuur van UWV door pas na vier jaar met een terugvordering te komen.

De Raad komt tot de volgende beoordeling. Tussen partijen is niet in geding dat appellant in de periode van 1 januari 2011 tot en met 31 mei 2013 inkomsten heeft gehad. De rechtbank heeft met juistheid geoordeeld dat UWV, in het geval aan de daarvoor geldende voorwaarden is voldaan, gehouden is toepassing te geven aan de in dit geval van toepassing zijnde herzieningsbepaling van artikel 76 lid 1 aanhef en onder c Wet WIA. Zoals de Raad meermalen heeft overwogen, bijvoorbeeld in zijn uitspraak van 18 december 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4696, staan tekst, doel en strekking van kortingsartikelen aan toepassing met terugwerkende kracht niet in de weg. Onder omstandigheden kan toepassing met terugwerkende kracht echter in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel, of met een (andere) ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, in welk verband van belang is dat UWV van toepassing van een kortingsartikel pleegt af te zien in gevallen waarin het de verzekerde niet redelijkerwijs duidelijk kon zijn dat te veel aan uitkering werd ontvangen.

UWV hanteert daarbij een beleid zoals dat is neergelegd in de Beleidsregels schorsing, opschorting, herziening en intrekking uitkeringen 2006 (*Stcrt.* 2006, 230). Het oordeel van de rechtbank dat UWV zich terecht en op goede gronden op het standpunt heeft gesteld dat zich in het geval van appellant geen omstandigheden hebben voorgedaan op grond waarvan UWV met toepassing van de Beleidsregels geheel of gedeeltelijk van herziening met terugwerkende kracht had moeten afzien, is juist. Het feit dat appellant op 4 juli 2011 bij zijn werkcoach melding heeft gemaakt van het feit dat hij inkomsten uit arbeid genoot, maakt dit niet anders. Voorts heeft de rechtbank met juistheid geoordeeld dat UWV de te veel betaalde uitkering met toepassing van artikel 77 lid 1 Wet WIA terecht van appellant heeft teruggevorderd.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 22-07-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:2957

Zaaknummer: 15/2506 WIA

Rechters: R.E. Bakker

Wetsartikelen: 77 lid 1 WIA

RECHTSPRAAK

Volgens vaste rechtspraak van de Raad mag van een aanvrager van een WW-uitkering worden verwacht dat hij zich op de hoogte stelt van zijn rechten en plichten. De stelling van appellante dat haar wegens haar psychiatrische stoornis niet verweten kan worden dat zij niet heeft gesolliciteerd, slaagt niet.

UWV brengt appellante met ingang van 31 oktober 2012 in aanmerking voor een WW-uitkering. Na een ziekmelding vanuit de WW op 17 maart 2014 heeft het UvW appellante een uitkering ingevolge de Ziektewet (ZW) toegekend. De ZW-uitkering wordt bij besluit van 28 april 2014 beëindigd, omdat appellante geschikt wordt geacht tot het verrichten van haar arbeid. Met ingang van 28 april 2014 herleeft de WW-uitkering van appellante. Bij besluit van 13 augustus 2014 verlaagt UWV de uitkering met ingang van 11 augustus 2014 met 25% gedurende vier maanden op de grond dat appellante in de periode van 28 april 2014 tot en met 7 augustus 2014 onvoldoende heeft gesolliciteerd. Het bezwaar en beroep van appellante worden ongegrond verklaard.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Appellante betoogt in hoger beroep dat zij al jaren onder behandeling is van een psychiater en een psycholoog en kampt met ernstige psychische problemen, wat ook blijkt uit het medische rapport van haar behandelend psychiater van 4 juni 2014. Van appellante kan niet worden verwacht dat zij de inhoud van de brieven en brochures van UWV begrijpt. Tijdens het gesprek met de werkcoach op 6 augustus 2014 heeft appellante voor het eerst expliciet vernomen dat zij diende te solliciteren. Daarvoor was zij niet bekend met de sollicitatieplicht. Als reactie op deze mededeling van de werkcoach heeft appellante gemeld dat er een bezwaarprocedure loopt bij UWV tegen de intrekking van haar ZW-uitkering en dat zij in dat kader door UWV naar een psychiater is gestuurd voor een expertise. De werkcoach heeft volgens appellante gezegd dat hij contact zou opnemen met de afdeling bezwaar en beroep en dat zij voorlopig niet verplicht zou zijn te solliciteren.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Niet is in geschil dat appellante in de periode van 28 april 2014 tot en met 7 augustus 2014 geen sollicitatie-activiteiten heeft verricht. Evenmin is in geschil dat appellante haar verplichting om te voorkomen dat zij werkloos blijft

niet is nagekomen, nu zij in deze periode niet heeft getracht passende arbeid te verkrijgen. UWV heeft op grond van deze overtreding aan appellante de in het Maatregelenbesluit socialezekerheidswetten beschreven maatregel opgelegd van 25% verlaging van het uitkeringsbedrag over vier maanden.

Volgens vaste rechtspraak van de Raad (bijvoorbeeld ECLI:NL:CRVB:2015:2422) mag van een aanvrager van een WW-uitkering worden verwacht dat hij zich op de hoogte stelt van zijn rechten en plichten. In voorlichtingsfolders van UWV en op de website uwv.nl is te vinden wat de voor een werkloze werknemer geldende rechten en plichten zijn. Appellante had dus op de hoogte kunnen zijn van wat van haar werd verwacht op het punt van het verrichten van sollicitaties en was daarvoor niet afhankelijk van een expliciete mededeling in een gesprek door de werkcoach. Dat zij door psychische problemen niet in staat zou zijn brieven en brochures van UWV te begrijpen heeft appellante niet aannemelijk gemaakt. De brief van haar behandelend psychiater van 4 juni 2014 geeft daarvoor geen aanknopingspunt. Gelet hierop kon appellante ervan op de hoogte zijn dat zij vanaf 28 april 2014, toen de ZW-uitkering werd beëindigd en de WW-uitkering herleefde, verplicht was te solliciteren. De maatregel is opgelegd omdat appellante in periode van 28 april 2014 tot en met 7 augustus 2014 niet heeft gesolliciteerd. Dat de werkcoach, naar appellante stelt, haar op 6 augustus 2014 gezegd zou hebben dat zij, kennelijk in afwachting van contact met de afdeling bezwaar en beroep in de ZW-zaak, niet hoefde te solliciteren, heeft geen betrekking op deze reeds (vrijwel) verstreken periode en kan dus reeds daarom niet afdoen aan het feit dat appellante in die periode de sollicitatieplicht niet heeft nageleefd. Overigens blijkt, zoals de rechtbank met juistheid heeft overwogen, noch uit het gespreksverslag van UWV noch uit de verklaring van de zoon van appellante dat de werkcoach heeft gezegd dat appellante niet hoefde te solliciteren. De subsidiaire stelling van appellante dat haar wegens haar psychiatrische stoornis niet verweten kan worden dat zij niet heeft gesolliciteerd, slaagt niet. Verwezen wordt naar de hiervoor genoemde uitspraak van de Raad. Daaruit volgt dat appellante vanaf 28 april 2014 in staat is om arbeid te verrichten en dus ook om te solliciteren.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 20-07-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:2987

Zaaknummer: 15/2549 WW

Rechters: H.G. Rottier, C.C.W. Lange en E. Dijt

Advocaten: K. Aslan

Wetsartikelen: 24 WW en 27 WW

ANNOTATIE

De zaak Rasmussen: de verregaande invloed van Europese richtlijnen op het Nederlandse arbeidsrecht en de transitievergoeding in het bijzonder

prof. mr. dr. F.G. Laagland

1. Inleiding

De transitievergoeding heeft als doel de overgang naar een nieuwe baan te vergemakkelijken en dient ter compensatie voor het verlies van het dienstverband. Bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd bestaat doorgaans recht op pensioen; de werknemer is voor inkomen niet langer afhankelijk van betaald werk. Dit argument rechtvaardigt volgens de wetgever dat artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW het recht op een transitievergoeding uitsluit indien het dienstverband eindigt in verband met of na het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd of een binnen de onderneming geldende pensioenleeftijd (pensioenontslag). Maar is het plaatje wel zo zwart-wit?

In de Deense zaak die leidde tot het arrest Rasmussen van het Hof van Justitie besloot de werknemer na einde dienstverband zijn bij de werkgever opgebouwde recht op vroegpensioen uit te stellen en zijn beroepsloopbaan voort te zetten. De Deense wet bepaalde dat de werknemer geen ontslagvergoeding ontving omdat recht bestond op een door de werkgever betaald ouderdomspensioen. De wettekst werd in de Deense rechtspraak zo uitgelegd dat het er niet toe deed of de werknemer actief bleef op de arbeidsmarkt – zoals gold voor de werknemer in de zaak Rasmussen. Deze toepassing vond geen genade bij het Hof van Justitie: de Deense bepaling was in strijd met het verbod op leeftijdsdiscriminatie. In de formulering van het Nederlandse artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW schuilt een soortgelijk gevaar. De bepaling sluit aan bij een beëindiging van het dienstverband in verband met of na het bereiken van een leeftijd waarop recht op pensioen ontstaat. Niet is vereist dat de werknemer ook daadwerkelijk aanspraak maakt op zijn pensioen en/of de arbeidsmarkt verlaat.

In deze annotatie gaat de auteur na wat het arrest Rasmussen betekent voor artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW. Voordat hiertoe wordt overgegaan, komt de betekenis van het arrest in een

breder Europese context aan de orde. Het arrest is namelijk ook om andere redenen interessant. Het is sinds 2010 de eerste keer dat de befaamde Küçükdeveci-techniek met succes is toegepast. Het Hof van Justitie verduidelijkt bovendien hoe ver de plicht tot richtlijnconform interpreteren reikt. Een belangrijk leerstuk voor de Nederlandse arbeidsrechtjurist, aangezien tal van nationale arbeidsrechtelijke regels een basis kennen in Europese richtlijnen. Denk aan de regels inzake overgang van onderneming, collectief ontslag en opvolgende arbeidsovereenkomsten.

2. Richtlijnconform interpreteren versus de Küçükdeveci-techniek

Het meeste Europese arbeidsrecht is neergelegd in richtlijnen. Richtlijnen werken door in de horizontale arbeidsrelatie via implementatie in nationale wetgeving. Als Nederland een richtlijn niet tijdig of niet correct omzet, kunnen particulieren jegens elkaar geen rechtstreeks beroep doen op de bepalingen van de richtlijn. Dit is sinds 1986 vaste rechtspraak van het Hof van Justitie (HvJ EG 26 februari 1986, C-152/84): richtlijnen richten zich tot lidstaten en niet tot particulieren.

Een belangrijke nuance op het verbod van horizontale doorwerking is de techniek van richtlijnconform interpreteren. De nationale rechter is gehouden zijn nationale recht – niet slechts het implementatierecht – in het licht van de relevante richtlijn(en) uit te leggen. Richtlijnconforme interpretatie stelt de rechter in staat de volle werking van het Unierecht te verzekeren. De plicht hiertoe vloeit voort uit het loyaliteitsbeginsel. Een andere nuance blijkt uit de arresten Mangold (HvJ EG 22 november 2005, C-144/04) en Küçükdeveci (HvJ EU 5 januari 2010, C-555/07). Nationale regels die discrimineren op leeftijd blijven buiten toepassing indien de regels vallen binnen de reikwijdte van Richtlijn 2000/78/EG inzake gelijke behandeling op de werkplek (Küçükdeveci-techniek). Mocht men nog twijfelen aan de houdbaarheid van de Küçükdeveci-techniek, dan behoort die twijfel vanaf nu tot de verleden tijd. In een halfjaar tijd heeft het Hof van Justitie de techniek tweemaal toegepast: zonder succes in het arrest Bio Philippe Auguste SARL (HvJ EU 15 oktober 2015, AR 2016-0561) en met succes in het arrest Rasmussen dat in deze annotatie centraal staat.

De Küçükdeveci-techniek is een noodgreep voor het ontbreken van rechtstreekse horizontale werking van Richtlijn 2000/78/EG en de onmogelijkheid voor de rechter om het nationale recht richtlijnconform uit te leggen. Pas als richtlijnconform interpreteren niet mogelijk is, komt de Küçükdeveci-techniek in beeld. Het Hof van Justitie benadrukt deze rangorde nogmaals in het arrest Rasmussen. Belangrijk is dus de vraag tot hoever de plicht tot richtlijnconform interpreteren reikt. Hoe ver kan (of: moet) een rechter daarin gaan? Het Hof van Justitie overwoog in eerdere arresten dat de verplichting niet kan dienen als grondslag voor een uitleg *contra legem*. Deze begrenzing is gebaseerd op het rechtszekerheidsbeginsel en

het daarmee samenhangende verbod tot terugwerkende kracht (vgl. HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, punt 101 (Adeneler)). Een particulier moet het geldende recht kunnen kennen; hij moet kunnen weten waar hij aan toe is. Een uitleg in strijd met een duidelijke en eenduidige wettekst staat met de rechtszekerheid op gespannen voet en is niet toegestaan.

In de zaak Rasmussen zag het Deense Hooggerechtshof zich naar eigen zeggen geconfronteerd met een uitleg *contra legem*. Het Deense recht geeft een werknemer die gedurende twaalf, vijftien of achttien jaren ononderbroken bij dezelfde onderneming in dienst is geweest recht op een ontslagvergoeding bij einde dienstverband. Van het recht hierop is uitgesloten de werknemer die van zijn werkgever een ouderdomspensioen *zal* ontvangen en zich voor de leeftijd van vijftig jaar bij de betrokken pensioenregeling heeft aangesloten (cursivering: FL). Volgens vaste rechtspraak van het Deense Hooggerechtshof wordt ‘zal’ uitgelegd als ‘kan’. Voor de uitsluiting was daarom niet relevant dat de werknemer ervoor koos tijdelijk van het pensioen af te zien om zijn beroepsloopbaan voort te zetten. Het Deense Hooggerechtshof achtte het *contra legem* om deze bestendige en duidelijke rechtspraak te wijzigen in die zin dat de werknemer zijn aanspraak op pensioen moest verzilveren. De Deense rechter stelde geen prejudiciële vragen over de grenzen van richtlijnconform interpreteren; de prejudiciële vragen richtten zich op toepassing van de Kükükdeveci-techniek. Dit weerhield het Hof van Justitie er niet van te benadrukken dat richtlijnconform interpreteren niet *contra legem* is op de enkele grond dat de bepaling in de rechtspraak tot dan toe is uitgelegd op een wijze die onverenigbaar is met het Unierecht. Met andere woorden: de rechter is verplicht tot een draai van 180 graden ten opzichte van eerdere eenduidige rechtspraak.

De overweging van het Hof van Justitie doet denken aan het arrest van de Hoge Raad inzake Albron/Roest (HR 5 april 2013, AR 2013-0276 m.nt. Even). Het Gerechtshof Amsterdam legde het begrip ‘werkgever’ in artikel 7:663 BW zo uit dat hieronder tevens de niet-contractuele werkgever moest worden verstaan. Het Gerechtshof Amsterdam kwam tot deze uitleg op basis van Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van onderneming na het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie. De Hoge Raad verwierp de cassatieklacht dat de richtlijnconforme interpretatie van het Gerechtshof Amsterdam *contra legem* was vanwege het feit dat in rechtspraak en literatuur van een andere uitleg werd uitgegaan dan de uitleg die het Hof van Justitie gaf. De zienswijze van de Hoge Raad is nu bevestigd door het Hof van Justitie. Het arrest Rasmussen gaat in die zin nog een stap verder omdat in dat geval de afwijkende uitleg door het hoogste rechtscollege was gegeven, terwijl het in het arrest Albron/Roest ging om lagere rechtspraak en literatuur.

Het Deense Hooggerechtshof is op basis van de overweging van het Hof van Justitie strikt genomen gehouden het Deense recht alsnog richtlijnconform te interpreteren. Voor het

rechtsgevolg maakt het echter geen verschil of de rechter de litigieuze bepaling richtlijnconform interpreteert dan wel buiten toepassing laat wegens strijd met het Europese verbod op leeftijdsdiscriminatie. In beide gevallen heeft de werknemer alsnog recht op de ontslagvergoeding. Het onderscheid lijkt daarom academisch geneuzel, maar is praktisch relevant omdat de Küçükdeveci-techniek tot dusver alleen is toegepast bij leeftijdsdiscriminatie in zaken die vallen onder de werkingssfeer van Richtlijn 2000/78/EG. Deze techniek staat de nationale rechter niet ter beschikking indien een nationale bepaling in strijd is met een ander rechtsbeginsel of andere richtlijn. In die situaties moet de nationale rechter het doen met de methode van richtlijnconform interpreteren. Dat deze plicht zeer ruim moet worden opgevat, betekent een toenemende invloed van Europese richtlijnen op horizontale arbeidsverhoudingen. De ruime benadering van richtlijnconform interpreteren geldt immers voor alle (arbeidsrechtelijke) richtlijnen. Het hiervoor genoemde arrest Albron/Roest illustreert hoe groot het bereik voor het Nederlandse arbeidsrecht kan zijn.

3. Het rechtszekerheidsbeginsel als ondergeschoven kindje

Zoals gezegd, kent de techniek van richtlijnconform interpreteren haar grens in de rechtszekerheid. Een uitleg in strijd met de duidelijke tekst van de wet is niet toegestaan. Het arrest Rasmussen maakt duidelijk dat de nationale rechter wel gehouden is tot een draai van 180 graden ten opzichte van eerdere rechtspraak. Het Hof van Justitie besteedt geen aandacht aan de vraag hoe deze benadering zich verhoudt tot het rechtszekerheidsbeginsel. Dat doet het wel ten aanzien van de Küçükdeveci-techniek. De tweede prejudiciële vraag van het Deense Hooggerechtshof stelt aan de orde of de nationale rechter mag bepalen dat het rechtszekerheidsbeginsel prevaleert boven de rechtstreekse werking van het verbod op leeftijdsdiscriminatie. Het antwoord van het Hof van Justitie is helder en niet voor tweeërlei uitleg vatbaar: dat is niet toegestaan. De rechtszekerheid moet wijken voor een Unieconforme toepassing van het recht. Dit zal bij richtlijnconform interpreteren niet anders zijn. Het buiten toepassing laten van een bepaling geldt als een verdergaande inbreuk op de rechtszekerheid dan richtlijnconform interpreteren waarbij de bepaling als zodanig in stand blijft.

Het is opmerkelijk hoe eenvoudig het Hof van Justitie het rechtszekerheidsbeginsel in de zaak Rasmussen terzijde schuift. Verschillen beide technieken nu echt zoveel van een uitleg in strijd met de duidelijke tekst van een wet? Uiteraard bestaat een verschil tussen wetgeving en rechtspraak. In Nederland doet een rechter op basis van de wet (art. 11 Wet AB) uitspraak in een concreet geschil (art. 13 Wet AB). Men moet oppassen aan rechterlijke uitspraken algemene regels te ontleen. Aan de andere kant kan niet worden ontkend dat van uitspraken van de Hoge Raad een zekere rechtsvinding uitgaat. De werking van een arrest benadert soms dicht de werking van een wet. Dit geldt zeker als de Hoge Raad zijn eigen eerdere uitspraken volgt en een jurisprudentiële zichtbaar maakt door naar zijn eerdere rechtspraak te

verwijzen. Precies zo'n situatie deed zich voor in de zaak Rasmussen: het Deense Hooggerechtshof legde de nationale bepaling al jaren zo uit dat het niet uitmaakte of de werknemer zijn recht op pensioen geldend maakte. De gelijkenis met een uitleg *contra legem* is mijns inziens nog sterker in de situatie dat de rechter een nationale bepaling buiten toepassing laat op basis van de Küçükdeveci-techniek. Ook dan wordt de wet in zekere zin herschreven. Toch delft ook dan de rechtszekerheid het onderspit.

Het arrest Rasmussen roept bij mij de vraag op in hoeverre het verbod tot een uitleg *contra legem* daadwerkelijk op het rechtszekerheidsbeginsel is gebaseerd. Het lijkt meer te gaan om de bevoegdheden van de rechter – wat kan hij wel en wat kan hij niet. Van de rechter kan niet worden verlangd in de plaats te treden van de wetgevende macht. Wetgeving wordt opgesteld door het democratisch gelegitimeerd gezag. Deze beperking geldt niet ten opzichte van de uitleg van wetgeving. Een draai van 180 graden ten opzichte van eerdere rechtspraak valt binnen de taakstelling van een rechter. Hetzelfde geldt voor het buiten toepassing laten van een nationale bepaling. Met andere woorden: een Unieconforme toepassing van het nationale recht staat voorop, mits de rechter daartoe de middelen heeft. Hij is tot een Unieconforme toepassing gewoonweg niet in staat bij een duidelijke wettekst. Dat heeft weinig van doen met de rechtszekerheid. Deze zienswijze wordt ondersteund door A-G Bot die in zijn conclusie de beperking van een uitleg *contra legem* enkel rechtvaardigt met verwijzing naar de taakstelling van de rechter. Zo bezien valt de uitkomst (beter) te begrijpen: de rechtszekerheid wijkt voor de wens van het Hof van Justitie om de effectieve werking van het Unierecht te verzekeren.

Het arrest is ook om een andere reden te billijken. Het is lastig hoe rechters in rechtspraak rekening moeten houden met de rechtszekerheid. Het Deense Hooggerechtshof vraagt zich af of het kan besluiten dat de rechtszekerheid prevaleert zodat de werkgever de ontslagvergoeding niet is verschuldigd. Maar hoe zit het met een volgende soortgelijke zaak? Rechtspraak wijzigt immers door rechtspraak. Een alternatief dat rekening houdt met de rechtszekerheid zou zijn dat de rechter een oordeel voor de toekomst geeft en de partijen in het concrete geval naar huist stuurt met een op de oude leest geschoeide beslissing. Het kan zijn dat het Deense Hooggerechtshof dit alternatief in gedachten had. Een dergelijke benadering past mijns inziens niet goed binnen de context van een privaatrechtelijk geschil. Het is een schrale troost voor de partij die de zegevierende opvatting met verve in de procedure heeft verdedigd. Partijen procederen niet in het belang van *het* recht, maar in het belang van *hun* recht. Bovendien verplicht het loyaliteitsbeginsel de rechter het nationale recht Unieconform uit te leggen; de rechter heeft niet de mogelijkheid overgangsrecht op te stellen.

Rest de vraag of de gedupeerde werkgever schadevergoeding kan vorderen van de staat. De werkgever in de zaak Rasmussen paste het geldende recht toe. De ontslagvergoeding was sinds jaar en dag niet verschuldigd aan een werknemer die bij einde dienstverband recht had

op pensioen, maar besloot zijn aanspraak hierop uit te stellen. Nu blijkt dat het Deense Hooggerechtshof de wet in het verleden consequent in strijd met het Unierecht heeft uitgelegd. Het is echter de werkgever die daarvan de dupe is. Hij is alsnog gehouden de ontslagvergoeding aan de werknemer te voldoen.

Het is onduidelijk of de leer van staatsaansprakelijkheid uitkomst biedt voor de gedupeerde werkgever in de zaak Rasmussen. Wanneer een richtlijnconforme uitleg *contra legem* is, kan de gedupeerde particulier de lidstaat aansprakelijk stellen vanwege het onjuist omzetten van een richtlijn (HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en 9/90 (Francovich)). Dit is in Nederland met succes gebeurd bij de vakantiewetgeving (HR 18 september 2015, AR 2015-0898). Ook rechtspraak in strijd met Unierecht kan leiden tot staatsaansprakelijkheid (HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (Köbler)). Het gaat in de zaak Rasmussen echter om de spiegelbeeldige situatie: het recente oordeel van de Deense rechter is juist in lijn met het Unierecht. De schade is geleden vanwege eerder onzorgvuldig overheidshandelen (onrechtmatig uitgevaardigde wetgeving dan wel bestendige rechtspraak) waarop de werkgever als particulier dacht te kunnen vertrouwen. Ik ben geen Europese rechtspraak tegengekomen waarin een particulier op deze grond de staat aansprakelijk heeft gesteld. Dat het Hof van Justitie het rechtszekerheidsbeginsel in het arrest Rasmussen eenvoudig terzijde schuift, biedt weinig hoop op een succesvolle afloop. Een zelfde beeld ontstaat bij een blik naar Duitsland. In Duitsland geldt een met de K $\ddot{u}$ c $\ddot{u}$ kdeveci-techniek vergelijkbare systematiek. De rechter moet wetgeving in strijd met het Grundgesetz (de Duitse grondwet) buiten toepassing laten. Deze plicht geldt vanaf het moment dat het Bundesverfassungsgericht de strijd heeft vastgesteld en geldt voor het geschil in kwestie, alsmede voor nog niet verjaarde en toekomstige rechtsvorderingen. De gedupeerde particulier kan echter geen schadevergoeding claimen als het gaat om een algemene niet tot de betreffende particulier gerichte wet (hetgeen bij wetgeving doorgaans het geval is). Dat is vaste rechtspraak.

4. De regeling van artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW

4.1. Legitieme doel

De Deense wet sluit een ontslagvergoeding bij een langdurig dienstverband uit indien de werknemer na ontslag recht heeft op een algemeen ouderdomspensioen (art. 2a lid 2 funktionærlov) dan wel een bij de werkgever opgebouwd pensioen (art. 2a lid 3 funktionærlov). Beide bepalingen zijn gebaseerd op een criterium dat onlosmakelijk met de leeftijd van werknemers is verbonden. Leeftijdsonderscheid als zodanig leidt nog niet tot leeftijdsdiscriminatie. Leeftijdsonderscheid is op grond van artikel 6 Richtlijn 2000/78/EG te rechtvaardigen door 'een legitiem doel, met inbegrip van legitieme doelstellingen van het beleid op het terrein van de werkgelegenheid, de arbeidsmarkt of de beroepsopleiding, en de

middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn’.

In de zaak Rasmussen ging het om een bij de werkgever opgebouwd pensioen. Dat was ook het geval in het arrest Andersen uit 2010 (HvJ EU 12 december 2010, AR 2010-0832). In het laatste arrest overwoog het Hof van Justitie dat het onderscheid naar leeftijd als zodanig niet onredelijk is in het licht van het met de ontslagvergoeding nagestreefde doel: het bieden van een betere bescherming aan werknemers voor wie de overgang naar een nieuwe dienstbetrekking wegens hun hoge aantal dienstjaren in de onderneming moeilijk blijkt te zijn. Werknemers die met pensioen gaan, verlaten doorgaans de arbeidsmarkt zodat de idee achter de ontslagvergoeding voor deze groep niet opgaat. Een soortgelijke overweging leest men terug in het arrest Landinwat betreft het niet-verschuldigd zijn van de ontslagvergoeding indien recht bestaat op een algemeen ouderdomspensioen (HvJ EU 26 februari 2015, AR 2015-0190).

Interessant is de wijze waarop het Hof van Justitie in de drie Deense zaken het legitieme doel onderbouwt. Een legitiem doel hoeft niet per definitie te zijn gericht op de bescherming van de categorie werknemers die van de regeling nadeel ondervindt. Het moet gaan om een doelstelling van sociaal beleid. Hiervan is ook sprake indien de specifieke doelstelling van een regeling voor een bepaalde categorie werknemers – zoals hier de gepensioneerden – niet opgaat (vgl. HvJ EU 6 december 2012, AR 2012-1059). Deze benadering kan men doortrekken naar het Nederlandse artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW. In Nederland is de transitievergoeding bedoeld ter compensatie voor de gevolgen van het ontslag en het vergemakkelijken van de overgang naar ander werk (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 17, p. 69). Artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW heeft als doel te voorkomen dat de transitievergoeding ten goede komt aan werknemers die niet langer zijn aangewezen op het verrichten van arbeid om in hun levensonderhoud te voorzien. Gepensioneerden ontvangen immers een vervangend inkomen in de vorm van ouderdomspensioen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 40 en 112). Deze doelstelling valt binnen de categorie legitieme doelstellingen. Dat werknemers in Nederland de transitievergoeding niet hoeven in te zetten voor de transitie naar ander werk, maakt naar ik voorzie geen verschil. Uit de arresten blijkt niet dat de ontslagvergoeding in Denemarken wel verplicht voor transitie moet worden ingezet.

4.2. Passende en noodzakelijke maatregelen

Naast een legitiem doel moeten de maatregelen om dat doel te bereiken passend en noodzakelijk zijn. Volgens het Hof van Justitie voldoet de Deense regeling hieraan als de werknemer na einde dienstverband de arbeidsmarkt verlaat. Het betalen van de ontslagvergoeding aan werknemers die met pensioen gaan, dient geen enkel doel op het gebied van de werkgelegenheid. Op dit punt ging het fout in de zaak Rasmussen. De

werknemer stelde zijn recht op pensioen uit en besloot zijn beroepsloopbaan voort te zetten. Hij ontving desondanks geen ontslagvergoeding. De Deense bepaling ging daarmee verder dan noodzakelijk om het nagestreefde doel te bereiken. Artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW vereist evenmin dat de werknemer aanspraak maakt op zijn pensioen, dan wel de arbeidsmarkt verlaat. De bepaling sluit aan bij een beëindiging van het dienstverband in verband met of na het bereiken van de overeengekomen of bij wet vastgestelde (AOW-)leeftijd. Het gaat volgens de memorie van toelichting bij de Verzamelwet VWS 2016 om de leeftijd waarop recht op pensioen ontstaat (*Kamerstukken II* 2014/15, 24273, 3, p. 20).

Er bestaat geen gevaar wanneer de werknemer na het pensioenontslag recht heeft op een uitkering op grond van de Algemene Ouderdomswet. Hoewel wordt gediscussieerd over de mogelijkheid het recht op AOW uit te stellen, is de wetgever hiertoe vooralsnog niet overgegaan. Wel staat het Nederlandse recht toe dat de werknemer naast zijn AOW-uitkering actief blijft op de arbeidsmarkt. Ook indien de werknemer na het pensioenontslag besluit zijn beroepsloopbaan voort te zetten, heeft hij geen recht op een transitievergoeding. Ik verwacht dat artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW in deze situatie de Europese leeftijdsdiscriminatietoets doorstaat. Ik put hiervoor inspiratie uit het zojuist genoemde arrest Landin. In deze zaak ontving de werknemer geen ontslagvergoeding omdat hij recht had op een algemeen ouderdomspensioen, ook al besloot hij dit recht op te schorten en zijn beroepsloopbaan voort te zetten. Het Hof van Justitie achtte de Deense bepaling passend en noodzakelijk. Relevant was dat de werknemer aanspraak kon maken op een algemeen ouderdomspensioen zonder dat het consequenties had voor de toelage aan pensioen die hij per maand ontving. Met andere woorden: de werknemer kon beschikken over een vervangingsinkomen en ondervond geen financieel nadeel als hij zijn aanspraak daarop geldend maakte. Dat is in Nederland niet anders. Sterker nog, anders dan in het Deense recht staat het Nederlandse recht de werknemer niet toe zijn algemeen ouderdomspensioen op te schorten.

Het arrest Landin verschilt van de arresten Andersen en Rasmussen in die zin dat de werknemers in de laatste twee zaken nog niet de wettelijke pensioenleeftijd hadden bereikt (het ontslag had naar het lijkt ook niets met de pensioenleeftijd te maken). De werknemers hadden bij einde dienstverband geen recht op een algemeen ouderdomspensioen, maar konden hun bedrijfspensioen vervroegd laten ingaan. Echter, het risico bestond dat de werknemers bij vervroegde pensionering een lager bedrag aan pensioen per maand moesten accepteren. Daarom kon niet van de werknemers worden verwacht hun aanspraak geldend te maken. Een zelfde risico bestaat bij toepassing van artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW in de situatie dat het dienstverband eindigt in verband met een binnen de onderneming geldende pensioenleeftijd die lager dan de AOW-leeftijd ligt. Het Nederlandse recht sluit – anders dan het Deense recht – aan bij de pensioenleeftijd als reden voor ontslag. Dat maakt voor dit

aspect geen verschil (op een ander punt is het onderscheid wel relevant; zie par. 5). Ook op basis van het Nederlandse recht gaan werknemers er als gevolg van een actuariële herrekening doorgaans financieel op achteruit als zij hun aanspraak op het bedrijfspensioen vóór de fiscale pensioenrichtleeftijd van 67 jaar laten ingaan (art. 18a lid 6 Wet op de loonbelasting). In mijn visie doorstaat artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW de Europese toets van leeftijdsdiscriminatie dan ook niet wanneer de werknemer besluit geen gebruik te maken van zijn recht op prepensioen. Dit geldt mijns inziens ook voor een regeling in een sociaal plan die inhoudt dat de ontslagvergoeding wordt afgetopt tot het moment waarop werknemers over een vervroegd pensioen kunnen beschikken (zie hierover Hof Den Bosch 7 juni 2016, AR 2016-0630).

Lastig vind ik de situatie dat de werknemer besluit wel vervroegd aanspraak te maken op het bedrijfspensioen, maar *ook* besluit zijn beroepsloopbaan voort te zetten. Deze constructie is in Nederland fiscaal toegestaan voor zover de werknemer vijf jaar vóór de AOW-leeftijd zit (zie Besluit van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 6 november 2015, nr. BLKB2015/830M). De werknemer beschikt in deze situatie enerzijds over een vervangingsinkomen, maar ondervindt anderzijds negatieve financiële consequenties vanwege de actuariële herrekening; hij financiert het vervangingsinkomen in feite zelf. De Deense zaken geven op dit punt geen uitsluitsel. In geen van de drie zaken maakte de werknemer daadwerkelijk aanspraak op het bedrijfs- dan wel algemeen ouderdomspensioen. Ik verwacht dat het financieel nadeel de doorslag geeft en de uitkeringen van een vervroegd pensioen niet kunnen worden beschouwd als een vervangingsinkomen dat uitsluiting van de transitievergoeding rechtvaardigt. Ook in deze situatie bestaat daarom hoogstwaarschijnlijk strijd met het Europese verbod op leeftijdsdiscriminatie.

5. Leefijdscriminatie en wat nu?

Ontvangt de werknemer na zijn pensioenontslag AOW, dan houdt artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW stand en bestaat geen recht op een transitievergoeding. Dit geldt ook indien bij overeenkomst een hogere leeftijd dan de AOW-leeftijd is overeengekomen. Problemen doen zich voor bij een pensioenontslag wegens een binnen de onderneming geldende pensioenleeftijd die lager dan de AOW-leeftijd ligt. Zet de werknemer zijn beroepsloopbaan voort (eventueel naast zijn prepensioen), dan is toepassing van artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW in strijd met het Europese verbod op leeftijdsdiscriminatie. Hoewel het arrest Rasmussen laat zien hoe ver de plicht tot richtlijnconform interpreteren reikt, biedt deze techniek geen uitkomst in de Nederlandse context. In de tekst van artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW valt niet te lezen dat is vereist dat de werknemer zijn recht op het bij zijn werkgever opgebouwde pensioen daadwerkelijk verzilvert en bovendien de arbeidsmarkt verlaat. De rechter dient artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW daarom buiten toepassing te laten, met als gevolg dat de

werknemer bij einde dienstverband alsnog recht op de transitievergoeding heeft.

De rechter zal de Küçükdeveci-techniek in bovengenoemde situatie overigens niet vaak hoeven toe te passen. Zoals gezegd, is bij toepassing van artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW de ontslaggrond relevant. Centraal staat een ontslag tegen (in dit geval) een lagere leeftijd dan de AOW-leeftijd. Eindigt het dienstverband voor de AOW-leeftijd om een andere reden (bijv. disfunctioneren) dan gaat artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW niet op, zelfs niet indien de werknemer aanspraak maakt op vervroegd pensioen en besluit de arbeidsmarkt te verlaten. Hoewel de tekst van artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW doet voorkomen alsof een ondernemer alle vrijheid heeft bij het bepalen van de binnen zijn onderneming geldende pensioenleeftijd, is dat schone schijn. Een pensioenleeftijd lager dan de wettelijke pensioenleeftijd is slechts toegestaan bij het bestaan van een objectieve rechtvaardigingsgrond. Hieraan is bijvoorbeeld voldaan bij de pensioenleeftijd van 55 jaar voor piloten. Is de lagere pensioenleeftijd binnen de onderneming niet toegestaan, dan is het pensioenontslagbeding onrechtmatig en komt men aan artikel 7:673 lid 7 onderdeel b BW in het geheel niet toe.