

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 37, 2016

Nummer 37, 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

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4046](#) 08-09-2016

werknemer/Stichting tanteLouise

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4047](#) 08-09-2016

werknemer/X Industrial Components B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4035](#) 06-09-2016

werkgever/werknemer

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4017](#) 06-09-2016

werknemers/DAF Trucks N.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4043](#) 06-09-2016

werknemer/werkgeefster

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4027](#) 06-09-2016

Stichting Phoenix/werknemer

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4022](#) 06-09-2016

werknemer/EIPA

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:7100](#) 02-09-2016

werknemster/Stichting Meriant

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:2441](#) 23-08-2016

werknemer/Securelink Nederland BV

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:2442](#) 09-08-2016

werknemer/Haagse Milieu Services

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:5654](#) 01-09-2016

werknemster/Zonnehuisgroep Amstelland

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:4074](#) 31-08-2016

werknemer/Stichting Openbaar Onderwijs Groep Groningen

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:7002 31-08-2016

X en Y/Spijkenisse Medisch Centrum B.V. c.s.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:4849 31-08-2016

werknemer/Pro Sports Holding B.V.

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2016:5505 30-08-2016

werknemster/werkgeefster

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:5648 30-08-2016

werknemster/Paydeta

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:4887 25-08-2016

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:5649 24-08-2016

werknemster/Kinderopvang 't Zonnehoekje B.V.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:6724 19-08-2016

werkgever/werknemer

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:4893 18-08-2016

werknemer/ASAS International B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:4441 10-08-2016

werkgeefster/werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:5653 05-08-2016

werknemer/App Tomorrow BV

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:5655 02-08-2016

Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland/werknemster

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:4844 01-08-2016

werknemster/Protestants-christelijke stichting Philadelphia Zorg

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2016:6351 20-07-2016

werknemer/werkgever

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:2560 24-05-2016

werknemer/Stichting Arbeidsloket

Centrale Raad van Beroep

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:3232 31-08-2016

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:3197 24-08-2016

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Overijssel 05-09-2016

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Oost-Brabant 01-09-2016

werkneemster/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

De billijke vergoeding: introductie van de punitive damage in het arbeidsrecht?

mr. dr. P. Kruit

Annotatie

De billijke vergoeding: introductie van de punitive damage in het arbeidsrecht?

mr. dr. P. Kruit

Annotatie

De billijke vergoeding: introductie van de punitive damage in het arbeidsrecht?

mr. dr. P. Kruit

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting tanteLouise

Ontslag werknemer ondanks vrijwillig vertrek van collega na ontslagdatum leidt niet tot schending herplaatsingsplicht ex artikel 7:669 lid 1 BW.

Werknemer (geboren 1961) is op 1 april 1992 in dienst getreden van tanteLouise, laatstelijk werkzaam als chef-kok. In verband met de stelselwijziging in de zorg (hervorming van de AWBZ en overdracht van verantwoordelijkheden van de rijksoverheid naar de gemeenten) heeft tanteLouise een reorganisatie moeten doorvoeren. Werknemer is per 1 november 2015 ontslagen. Op 7 december 2015 meldt werkgever dat een andere chef-kok vrijwillig ontslag heeft genomen, zodat er weer formatieruimte vrij is gekomen. Een andere ontslagen werknemer wordt op grond van de wederindiensttredingsregel teruggehaald. Volgens werknemer is het afspiegelingsbeginsel en herplaatsingsplicht verkeerd toegepast.

Het hof oordeelt als volgt. Wat de stelling betreft dat de feitelijke werkzaamheden van collega's tot een andere afspiegeling zouden hebben geleid, oordeelt het hof dat het gaat om uitwisselbare functies en niet op wat werknemers kunnen of deden. Wat de herplaatsingsplicht betreft staat de vraag centraal of de vrijgekomen formatieplaats in december wel of niet betrokken moet worden bij de herplaatsingsinspanning ex lid 1 van artikel 7:669 BW. Het hof oordeelt dat in het vrijwillig vertrek van chef-kok 2 geen grond kan zijn gelegen om te oordelen dat werknemer voor een herplaatsing in aanmerking had moeten komen, ook niet indien zijn arbeidsovereenkomst conform het toepasselijk sociaal plan wel met inachtneming van de juiste opzegtermijn (met ingang van 1 december 2015) zou zijn opgezegd. Op het moment waarop het vertrek van chef-kok 2 kwam vast te staan was de arbeidsovereenkomst met werknemer immers geëindigd. Dat op tanteLouise uit hoofde van het sociaal plan of de arbeidsovereenkomst een verdere (post-contractuele) verplichting rustte werknemer wederom in dienst te nemen is niet of onvoldoende gesteld.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4046

Zaaknummer: 200.192.307/01

Rechters: J.W. van Rijkom, R.J.M. Cremers en A.J. Henzen

Advocaten: W.H.C.N. van Beek en R. van der Stap

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel a BW, 7:683 BW en 11 Ontslagregeling

RECHTSPRAAK

werknemer/X Industrial Components B.V.

Kopiëren van 2455 prijscalculaties op een usb-stick leidt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst, maar niet tot ernstig verwijtbaar handelen werknemer. Transitievergoeding € 85.975,71 verschuldigd.

Werknemer (geboren 1966) is op 2 april 1990 in dienst getreden bij werkgever als commercieel en technisch binnendienstmedewerker. De laatste functie die werknemer heeft vervuld is die van marketing- en salesmanager, met een salaris van € 7.498,79 bruto per maand. Op de arbeidsovereenkomst is een bedrijfsreglement van toepassing. Hierin is een geheimhoudingsbeding opgenomen, alsmede een internetprotocol, inhoudende dat er geen gegevens over de werkgever en klanten mogen worden verstuurd aan derden. Werknemer heeft volgens werkgever in totaal 2455 prijscalculaties op een usb-stick gezet. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden per 1 maart 2016 onder toekenning van een billijke vergoeding van € 25.000 bruto (uit de beschikking van het hof volgt dat bedoeld is een transitievergoeding). Beide partijen zijn van deze beschikking in hoger beroep gekomen.

Het hof oordeelt als volgt. Het hof stelt vast dat bij werkgever geen duidelijke regels waren met betrekking tot het gebruik van usb-sticks. Artikel 17.3.2 onderdeel a en c van het arbeidsvoorwaardenreglement is daartoe niet specifiek genoeg. Werkgever heeft verder niet, althans onvoldoende onderbouwd dat werknemer de geheimhoudingsverplichting opgenomen in artikel 8 van het arbeidsvoorwaardenreglement heeft geschonden of op andere wijze misbruik heeft gemaakt van de informatie die hij op de usb-stick heeft gezet. Voor zover werkgever heeft bedoeld te stellen dat werknemer de intentie had om zijn geheimhoudingsverplichting te schenden of op andere wijze misbruik te maken van de calculaties, overweegt het hof dat deze intentie in dit geval niet kan worden vastgesteld. Het risico daarvan ligt bij werkgever, omdat zij de bewijslast heeft van de feiten die zij ten grondslag legt aan haar stelling dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. Nu geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen en/of nalaten is de uitzonderingsbepaling van artikel 7:673 lid 7 lid c BW niet van toepassing en maakt hij aanspraak op de gehele transitievergoeding van

€ 85.975,71 bruto. In zoverre slaagt de grief van werknemer. Het hof ziet geen aanleiding een additionele billijke vergoeding toe te kennen, omdat de verstoorde arbeidsverhouding en het verwijtbaar handelen deels ook voor rekening van werknemer komen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4047

Zaaknummer: 200.189.982/01

Rechters: M.E. Smorenburg, P.P.M. Rousseau en A.J. Henzen

Advocaten: F.J.M. Drykoningen en H. Nieuwenhuizen

Wetsartikelen: 7:683 BW, 7:671b BW, 7:673 BW, 7:669 lid 3 onderdeel e BW en 7:669 lid 3 onderdeel g BW

RECHTSPRAAK

Stichting Phoenix/werknemer

Werkgeversaansprakelijkheid na val werknemer van een laadklep van een vrachtauto. Schending van de zorgplicht, nu werkgever onvoldoende instructies heeft gegeven omtrent de uitvoering van de werkzaamheden.

Werknemer is voor bepaalde tijd van 8 september 2009 tot 8 maart 2010 bij Stichting Phoenix (hierna: Phoenix) in dienst geweest. Werknemer werd gedetacheerd door Phoenix en diende werkzaamheden te verrichten bij Kringloop Zuid en als rijder samen met twee collega's bij het milieupark afgedankte elektronische apparaten op te halen en naar het kringloopcentrum te brengen. Kern van het geschil is de vraag of Phoenix aansprakelijk is voor schade die werknemer stelt te hebben geleden en te lijden als gevolg van een hem tijdens de uitvoering van zijn werkzaamheden overkomen ongeval (werknemer is van een laadklep van de vrachtauto afgevallen).

Het hof oordeelt als volgt. Uitgangspunt is (evenals voor de kantonrechter) voor het hof dat werknemer een ongeval is overkomen in de uitoefening van de werkzaamheden. De kantonrechter heeft voorts geoordeeld dat werknemer door het ongeval schade heeft geleden. Grief I is gericht tegen dat oordeel. Volgens Phoenix betekent het enkele feit dat werknemer een ongeval is overkomen in de uitoefening van de werkzaamheden nog niet dat hij ook schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden. Het hof stelt voorop dat het aan de werknemer is om te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij schade heeft geleden en dat deze schade is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden voor de werkgever, waarbij geldt dat het vereiste dat de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden is overkomen, ruim moet worden uitgelegd. Partijen geven een verschillende lezing van de toedracht van het ongeval. Wanneer het hof uitgaat van hetgeen Phoenix over die toedracht heeft aangevoerd en de stukken die Phoenix ter onderbouwing daarvan in het geding heeft gebracht, dan volgt (ook) daaruit dat werknemer schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden voor Phoenix.

Grief II is gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat Phoenix niet aan haar zorgplicht

heeft voldaan. Volgens Phoenix blijkt uit de verklaringen van de collega's van werknemer dat werknemer in de vrachtwagen stond te bellen, terwijl er duidelijke instructies waren dat dit niet mocht. Het hof acht dit echter van onvoldoende belang. Waar het om gaat is dat de zorgplicht van Phoenix als werkgever meebracht dat zij haar werknemers zodanig instrueerde dat de collega's werknemer niet alleen moesten waarschuwen dat zij de laadklep naar beneden gingen brengen, maar ook dat geverifieerd moest worden of werknemer die waarschuwing daadwerkelijk had gehoord. Of werknemer nu stond te bellen of dat hij aan het werk was in de vrachtwagen doet er niet, althans onvoldoende, toe. Wanneer het hof uitgaat van de lezing die Phoenix geeft van de toedracht, dan is heel goed mogelijk dat werknemer de waarschuwing van zijn collega's niet heeft gehoord. Wanneer werknemer niet aan het bellen was, dan is evengoed mogelijk dat hij de waarschuwing van zijn collega's niet heeft gehoord. Immers, de werkzaamheden werden verricht op het milieupark. Phoenix heeft niet gesteld dat het werk daar zodanig geluidsarm is (hetgeen niet voor de hand ligt) dat het niet anders kan dan dat werknemer die waarschuwing gehoord moet hebben, ook als hij niet aan het bellen was. Dat werknemer niet mocht bellen, is dus niet doorslaggevend. Het gaat erom dat Phoenix haar werknemers zodanig had geïnstrueerd dat zij ook moesten controleren of een collega, in dit geval werknemer, deze waarschuwingen had gehoord en begrepen. Phoenix heeft niet gesteld dat die controle heeft plaatsgevonden. Volgens Phoenix gaat de hiervoor beschreven (instructie tot een) verificatieverplichting te ver en kon een dergelijke verificatie redelijkerwijs niet meer van haar verwacht worden. Het hof verwerpt ook deze stelling. Zoals de kantonrechter al heeft overwogen gaat het om werken op een zekere hoogte op een beweegbaar en in hoogte verstelbaar platform, hetgeen risico geeft op een val. Dat de laadklep continu in hoogte verandert, zoals Phoenix stelt, is een extra reden om een verificatieverplichting als de onderhavige aan te nemen, vanwege de ervaringsregel dat het dagelijks verkeren in een bepaalde situatie leidt tot een vermindering van de benodigde oplettendheid. Ook grief II faalt.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4027

Zaaknummer: 200.174.667_01

Rechters: P.M.A. van Groot-van Dijken, C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden en M. van Ham

Advocaten: H.M. Kruitwagen en R.J. Ruiter

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Geen onrechtmatige daad van (voormalig) werkgeefster bij overgang van onderneming. Werkgeefster heeft niet voldaan aan informatieverplichting. Geen causaal verband met schade. Nadelen werknemer zijn terug te voeren op het feit dat hij een nieuwe arbeidsovereenkomst is aangegaan met overnemende partij.

Werknemer is sinds 2001 werkzaam geweest bij (de rechtsvoorganger van) werkgeefster, aanvankelijk als steigerbouwer en naderhand als steigerinspecteur. Op 29 mei 2015 is aan alle werknemers van werkgeefster die niet op een vaste locatie waren geplaatst medegedeeld dat de buitendienst waarin zij werkzaam zijn, is verkocht aan het Duitse bedrijf Gerüstbau Block GmbH (hierna: Block). De werknemers, waaronder werknemer, zijn per 1 juni 2015 in dienst getreden bij Block. Er is sprake van een overgang van onderneming. Werknemer is op 17 juni 2015 arbeidsongeschikt geraakt. Op grond van het Duitse recht heeft de werkgeefster tijdens de arbeidsongeschiktheid van de werknemer gedurende zes weken een loondoorbetalingsverplichting. Daarna neemt de Krankenkasse 70% van de loondoorbetaling over gedurende maximaal 78 weken. Als de maximale uitkeringsduur is bereikt kan een in Nederland wonende werknemer met een Duitse werkgeefster in beginsel een zogeheten Erwerbsminderungsrente aanvragen. Werknemer is op 31 augustus 2015 weer arbeidsgeschikt verklaard en heeft zijn werkzaamheden hervat, maar is op 25 september 2015 opnieuw uitgevallen vanwege arbeidsongeschiktheid. Block heeft op 11 november 2015 de loonbetaling gestaakt. Volgens werknemer komt hij niet in aanmerking voor de Erwerbsminderungsrente nu hij nog geen vijf jaar verzekerd is in Duitsland. Volgens werknemer komt hij evenmin in aanmerking voor een WIA-uitkering, omdat de naar Nederlands recht geldende wachttijd van 104 weken nog niet verstreken is. Werknemer vordert dat werkgeefster wordt veroordeeld om het dienstverband met hem op de oude voorwaarden te herstellen. Aan de vordering heeft werknemer ten grondslag gelegd dat werkgeefster een onrechtmatige daad jegens hem heeft gepleegd doordat zij hem niet tijdig heeft geïnformeerd over de gevolgen die de overgang van onderneming voor hem zou hebben.

Het hof oordeelt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat sprake is van een overgang van

onderneming, zodat werknemer op maandag 1 juni 2015 van rechtswege bij Block in dienst is gekomen met behoud van alle uit de arbeidsovereenkomst met werkgeefster behorende rechten en verplichtingen (art. 7:662 en 7:663 BW). Voorts staat tussen partijen vast dat werknemer daarvan op de hoogte is gesteld op vrijdag 29 mei 2015. Het hof is voorshands van oordeel dat werkgeefster daarmee niet aan haar informatieverplichting heeft voldaan. Immers, bij een overgang van onderneming dient de werkgever de werknemers voldoende openheid van zaken en duidelijkheid over de te maken keuzes te verschaffen en volledige voorlichting te geven omtrent hun rechtspositie, om te waarborgen dat werknemers die worden geconfronteerd met overgang van de onderneming waarbij zij werkzaam zijn, hun eventuele beslissing om afstand te doen van de hun door artikel 7:663 BW geboden bescherming, volledig geïnformeerd kunnen nemen (HR 26 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4492 en HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4043). Werknemer heeft geen reële mogelijkheid gehad om zich te beraden op de consequenties, nu werkgeefster pas op de laatste werkdag voorafgaand aan de overgang van onderneming haar personeel heeft ingelicht. Het hof beschouwt dat als een tekortkoming in de nakoming van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verbintenissen. Om recht te hebben op schadevergoeding dient echter onder meer sprake te zijn van causaal verband tussen de tekortkoming en de schade. Volgens werkgeefster zijn al deze nadelen echter terug te voeren op het feit dat werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst is aangegaan met Block, waarbij zij niet betrokken is geweest. Het hof acht dat verweer voorshands aannemelijk. Uit de stellingen van partijen en de overgelegde producties lijkt voorshands te volgen dat de arbeidsvoorwaarden zijn gewijzigd doordat werknemer met Block een nieuwe arbeidsovereenkomst heeft gesloten. De informatieverplichting van werkgeefster reikte naar het voorlopig oordeel van het hof niet zo ver dat zij haar werknemers diende te informeren over de persoonlijke specifieke gevolgen van een nieuw te sluiten arbeidsovereenkomst met Block. Werkgeefster heeft wel in haar informatiebrief aangegeven dat Block naar verwachting een nieuwe arbeidsovereenkomst ter ondertekening zou gaan voorleggen met nieuwe arbeidsvoorwaarden. Naar het voorlopig oordeel van het hof kon werkgeefster hiermee volstaan over dit onderwerp. Zij heeft duidelijk aan haar werknemers medegedeeld dat zij niet verplicht waren nieuwe arbeidsvoorwaarden te accepteren. Volgt bekrachtiging van het bestreden vonnis en veroordeling van werknemer in de proceskosten van het hoger beroep.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4043

Zaaknummer: 200.195.036_01

Rechters: C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, M. van Ham en A.J. Henzen

Advocaten: M. Driever en A.J.T.J. Meuwissen

Wetsartikelen: 6:162 BW, 7:662 BW en 7:663 BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Loon niet onverschuldigd betaald. Artikel 6:201 BW versus artikel 7:628 BW.

Werknemer is vanaf 1 januari 1991 als plafondmonteur volledig in dienst geweest van werkgever. Op enig moment is hij voor zichzelf begonnen en werkte hij nog maar één dag per week voor werkgever. Op 5 oktober 2014 zegt werknemer de arbeidsovereenkomst op. Werkgever accepteert deze opzegging zonder voorwaarden. Daarna vordert werkgever betaling van onverschuldigd loon en onregelmatige opzegging. Volgens werkgever was de afspraak dat er alleen op gewerkte dagen betaald zou worden en heeft werknemer de arbeidsovereenkomst onregelmatig opgezegd. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. Voor de beantwoording van de vraag of loon zonder rechtsgrond in de zin van artikel 6:201 BW is betaald zijn in dit geval de artikelen 7:627 en 7:628 lid 1 (oud) BW van belang. In het eerstgenoemde artikel wordt bepaald dat geen loon is verschuldigd voor de tijd gedurende welke de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht, terwijl in de laatstgenoemde bepaling staat dat de werknemer het recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon behoudt indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Werkgever stelde het werkschema op. Als het zo is dat werkgever regelmatig op een klus stond te wachten op werknemer die niet of nooit kwam opdagen, dan is de omstandigheid dat werkgever tijdens het dienstverband hier nooit een probleem van heeft gemaakt een factor die voor zijn rekening en risico komt. Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat werkgever heeft ingestemd met de opzegging van werknemer en daarmee niet langer sprake kan zijn van onregelmatige opzegging.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4035

Zaaknummer: 200.176.269/01

Rechters: C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, O.G.H. Milar en A.J. Henzen

Advocaten: J.A.A. van der Weijst en H.F.A. Leenders

Wetsartikelen: 7:628 BW en 6:201 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/EIPA

Uitleg van beding. Vergoeding door EIPA van de schoolkosten van de kinderen van werknemer. Omstandigheid waarmee bij het aangaan van de overeenkomst geen rekening is gehouden. Hof bepaalt dat het beding deel uitmaakt van de arbeidsovereenkomst en dat partijen zich bij invulling van het beding dienen te gedragen als goed werknemer en goed werkgever.

Werknemer is sedert 1 maart 2009 in dienst van Stichting Europees Instituut voor Bestuurskunde (hierna: EIPA) als Senior Lecturer in Unit III-Europees Beleid. In de aanbiedingsbrief van 1 december 2008 bij de arbeidsovereenkomst is de navolgende tekst opgenomen: 'I would also like to confirm the agreement that EIPA will cover the tuition fees for both your children at the International school X.' Werknemer heeft twee kinderen, voor wie EIPA het schoolgeld voor het bezoek aan de primary school heeft betaald voor de schooljaren 2008-2009 tot en met 2012-2013. Op enig moment heeft EIPA werknemer laten weten: '(...) Referring to my letter of 1 December 2008, EIPA had agreed to cover the tuition fees for both your children at the International Primary School X. This agreement regarded a yearly contribution of € 8.000. I would like to inform you that EIPA is prepared to continue the payment of a contribution to the school fees of your children and reimburse an amount of € 8.000 per year, but will not cover the amount on top. Please note that invoice [...] will therefore not be covered by EIPA.'

Werknemer vordert, na wijziging van eis in hoger beroep, dat het hof zal verklaren voor recht dat partijen bij aanvang van de arbeidsovereenkomst zijn overeengekomen dat EIPA gedurende de duur van het dienstverband het schoolgeld voor de beide kinderen van werknemer zal betalen zolang deze basisonderwijs en voortgezet onderwijs volgen en om met ingang van het schooljaar 2015/2016 het schoolgeld voor de beide kinderen van werknemer te betalen zolang deze voortgezet onderwijs volgen.

Het hof oordeelt als volgt. Bij de beoordeling van dit geschil wordt voorop gesteld dat in geen van de tussen partijen gesloten schriftelijke arbeidsovereenkomsten een bepaling is

opgenomen met betrekking tot de vergoeding van schoolkosten. De afspraak waar werknemer een beroep op doet betreft een mondelinge overeenkomst, waarvan EIPA bij brief van 1 december 2008 een schriftelijke bevestiging heeft gestuurd. In deze bevestiging is sprake van 'tuition fees (...) at the International school X'. De school was ten tijde van het aangaan van de arbeidsovereenkomst een internationale basisschool. Onduidelijk is of in de brief van 1 december 2008 wordt verwezen naar één onderwijsinstelling of naar twee verschillende, alleen de basisschool of zowel de basisschool als de middelbare school. In dat opzicht bevat de afspraak, zoals deze in de brief van 1 december 2008 is weergegeven een onduidelijkheid die uitleg behoeft. Grief 1, gericht tegen het oordeel dat een dergelijke uitleg noodzakelijk is, faalt. Voor de beantwoording van de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhoudingen tussen partijen zijn geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Beide partijen hebben bij het maken van de afspraak niet gedacht aan (en hebben dus niet gesproken over) de kosten voor voortgezet onderwijs. Dat maakt het moeilijk om te beoordelen welke zin partijen over en weer redelijkerwijs aan de afspraak met betrekking tot de schoolkosten mochten en mogen toekennen, zeker nu zij daar elk een eigen uitleg aan geven. Het hof neemt in aanmerking dat de afspraak over de vergoeding van schoolkosten niet op zichzelf staat, maar deel uitmaakt van de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst. Wanneer binnen het verband van de arbeidsovereenkomst een geschil ontstaat over de toepasselijke arbeidsvoorwaarden, dient bij het zoeken naar een oplossing voor dat geschil in acht te worden genomen dat partijen zich over en weer jegens elkaar hebben te gedragen als een goed werknemer en goed werkgever. Het hof acht termen aanwezig om een comparitie van partijen te gelasten om hun de gelegenheid te bieden zich uit te laten over hetgeen zij over en weer van elkaar vanuit het oogpunt van goed werkgeverschap en goed werknemerschap zouden mogen verlangen. De comparitie zal tevens worden benut om te bezien of het geding met een regeling kan worden beëindigd. Elke verdere beoordeling en beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4022

Zaaknummer: 200.172.307_01

Rechters: R.J.M. Cremers, J.I.M.W. Bartelds en Y.L.L.A.M. Deflos-Roy

Advocaten: H.H.G. Theunissen en R.F.H. Mertens

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemers/DAF Trucks N.V.

Belonen van werknemers voor goede ideeën in de ideeënbus wordt begrensd door artikel 7:611 BW/6:248 BW. Grote vrijheid werkgever.

DAF kent een Reglement Ideeëncentrum (hierna: het reglement), gedateerd mei 2010. Daarin is onder meer aangegeven dat het ideeënbusstelsel bij DAF als doelstellingen heeft medewerkers aan te moedigen gebruik te maken van hun kennis, vindingrijkheid en speurzin ten aanzien van verbeteringen, vernieuwingen en kostenbesparing binnen de onderneming, medewerkers de mogelijkheid te bieden een bijdrage te leveren aan de handhaving en voortdurende versteviging van de positie van de onderneming en erkentelijkheid uit te drukken door middel van beloning of aanmoedigingspremie aan medewerkers met een idee dat een verbetering inhoudt en uitvoerbaar is of een ontwikkeling in gang zet. Werknemers hebben een idee ingediend dat uiteindelijk is goedgekeurd en geïmplementeerd (aanschaf warmtebeeldcamera voor het opsporen van lekken). In deze procedure vorderen werknemers dat zij op grond van het reglement, gelet op de daarmee te behalen besparingen, in aanmerking komen voor de maximale beloning van € 15.000 en dus van € 5.000 per persoon. Hen is destijds een beloning van € 516,66 bruto betaald (totaal). De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. DAF heeft naar het oordeel van het hof als werkgever de vrijheid om haar werknemers voor ideeën al dan niet te belonen. Die vrijheid van DAF wordt begrensd door de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichting om zich als een goed werkgever te gedragen, door de uit artikel 6:248 BW uit redelijkheid en billijkheid voortvloeiende verplichting om haar gedrag mede te laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van werknemers en door het reglement. Daarbij is het aan DAF om haar reglement uit te leggen en toe te passen. Het is dan ook aan DAF om, met inachtneming van haar verplichtingen voortvloeiende uit goed werkgeverschap en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid, te beoordelen of een idee al dan niet kan worden beschouwd als een idee waarvan de besparing kan worden berekend. Naar het oordeel van het hof heeft DAF niet verkeerd gehandeld.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4017

Zaaknummer: 200.171.490/01

Rechters: M.J.H.A. Venner-Lijten, O.G.H. Milar en A.J. Henzen

Advocaten: K. Zeylmaker en J.J.W. van Mens

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Beoordeling subsidiair verzoek. Ontbindingsverzoek van werknemer op grond van artikel 7:671c lid 1 BW. Het niet langer tewerkstellen van werknemer leidt niet tot ernstig verwijtbaar handelen van werkgever. Geen toekenning transitievergoeding en/of billijke vergoeding.

Werknemer verzoekt om ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671c lid 1 BW onder toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding in verband met ernstig verwijtbaar handelen. Dit ernstig verwijtbaar handelen bestaat volgens werknemer hieruit dat hij na een lang dienstverband door het zware, repeterende werk arbeidsongeschikt is geworden en werkgever onvoldoende heeft ingezet op re-integratie. Ook heeft werkgever de arbeidsdeskundige onjuist geïnformeerd, is werknemer niet meer tewerkgesteld, heeft werknemer geen loon meer ontvangen, doch heeft werkgever werknemer niet ontslagen. Werkgever verzet zich niet tegen ontbinding van de arbeidsovereenkomst, maar verzet zich wel tegen toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding.

De kantonrechter is van oordeel dat werknemer niet aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever. Werknemer heeft slechts gesteld dat zijn knie- en heupklachten veroorzaakt zijn door zware werkzaamheden bij werkgever, doch heeft zijn stelling niet onderbouwd. Uit de producties blijkt voorts dat werkgever weliswaar een verlengde loondoorbetalingsverplichting opgelegd heeft gekregen, maar de reden hiervoor is gelegen in de omstandigheden dat re-integratie in het tweede spoor onvoldoende van de grond is gekomen. Uit rapportages blijkt dat re-integratie tweede spoor niet tot het gewenste resultaat heeft geleid en dat in de praktijk hervatting van het eigen werk met een loonwaarde van 45% het maximaal haalbare is gebleken. De stelling van werknemer dat hij in staat is zijn eigen werk volledig uit te voeren, volgt de kantonrechter dan ook niet. Uit het rapport van de arbeidsdeskundige blijkt dat werknemer niet geschikt is voor maatgevende arbeid en dat andere passende arbeid bij werkgever niet aanwezig wordt geacht.

Op grond van voorgaande komt de kantonrechter tot de conclusie dat werkgever geen verwijt, laat staan een ernstig verwijt, te maken valt van de omstandigheid dat werknemer vanaf 1

oktober 2014 geen werkzaamheden meer verricht voor werkgever. Voor toekenning van een transitievergoeding en/of billijke vergoeding bestaat derhalve geen aanleiding. De arbeidsovereenkomst tussen partijen wordt ontbonden met ingang van 1 oktober 2016 zonder toekenning van een transitievergoeding en/of billijke vergoeding.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 05-09-2016

Zaaknummer: 5075417 EJ VERZ 16-178

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Meriant

Ondanks mislukt verbetertraject geen verstoorde arbeidsverhouding nu leidinggevende van werkneemster inmiddels is vertrokken en werkneemster bereid is op andere vestiging te werken. Veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst zonder nadere voorzieningen nu werkneemster onbetaald verlof had opgenomen voor aanvang ontbindingsprocedure.

Werkneemster is op 1 mei 1978 in dienst getreden bij de rechtsvoorgangster van Meriant, een organisatie die zorg en ondersteuning biedt aan ouderen op onder meer de locaties Coornhert State en Anna Schotanus te Heerenveen. Werkneemster was parttime als verzorgende werkzaam op locatie Coornhert State. Haar laatstgenoten brutosalaris bedroeg € 1.398,40 per maand, exclusief toeslagen en emolumenten zoals een maandelijkse onregelmatigheidstoeslag van € 393,06. Op enig moment hebben zich incidenten voorgedaan op de locatie Coornhert State en is de verhouding tussen werkneemster en haar leidinggevende slecht geworden. Nadien is tussen werkgever en werkneemster discussie ontstaan. Werkgever verlangt dat werkneemster aan een verbetertraject deelneemt. Werkneemster meent evenwel dat zij niet disfunctioneert, maar enkel omwille van de goede verstandhouding bereid was elders te gaan werken (andere locatie). Tussen partijen vinden op enig moment onderhandelingen over het einde van de arbeidsovereenkomst plaats. Werkneemster keert dan niet meer terug op het werk. Werkgever stelt zich op het standpunt dat sprake is van werkweigering en verzoekt ontbinding. De kantonrechter ontbindt op die grond (e-grond) en wijst de transitievergoeding af.

Het hof oordeelt als volgt. Hoewel duidelijk is dat werkneemster niet doordrongen is van de noodzaak van een verbetertraject, hetgeen wellicht verklaarbaar is omdat sinds 2010 geen officiële functioneringsgesprekken hebben plaatsgevonden, kan niet worden gezegd dat zij met betrekking tot de uitvoering van dat traject zodanig verwijtbaar heeft gehandeld dat dit ontbinding op de e-grond rechtvaardigt. De gegrondheid van deze beroepsgronden leidt ertoe dat het hof, in het kader van de devolutieve werking van het hoger beroep, dient na te gaan of

het ontbindingsverzoek op de subsidiair aangevoerde g-grond wel toewijsbaar zou zijn geweest. Dat is naar het oordeel van het hof niet het geval. Meriant heeft niet onderbouwd met wie de verhouding verstoord is. Voor zover het hof uit de feiten zou moeten afleiden dat de verhouding tussen werkneemster en haar toenmalige clusterhoofd ernstig verstoord was, is dat 'opgelost' door overplaatsing van werkneemster naar de andere locatie van Meriant, terwijl het clusterhoofd bovendien niet meer voor Meriant werkt. Meriant heeft al met al niet onderbouwd dat er sprake was van zodanig verstoorde verhoudingen, dat voortzetting van haar niet gevegd kon worden. Het hof zal Meriant veroordelen tot herstel per 1 oktober 2016 en geen voorziening treffen als bedoeld in artikel 7:682 lid 6 BW (dat krachtens art. 7:683 lid 4 BW van overeenkomstige toepassing is bij een veroordeling tot herstel) voor de periode tussen 10 februari 2016, de datum van ontbinding, en 1 oktober 2016. Daartoe is redengevend enerzijds dat werkneemster op 10 februari nog steeds onbetaald verlof genoot (welke omstandigheid in dit geval voor haar eigen rekening komt), zodat zij in de tussenliggende periode geen inkomens- en/of pensioenschade heeft geleden als gevolg van de ontbinding, en anderzijds dat werkneemster in haar beroepschrift weliswaar herstel van de arbeidsovereenkomst heeft gevraagd, maar eerst tijdens de mondelinge behandeling concreet heeft aangeboden om ook weer daadwerkelijk aan het werk te gaan. Het hof is voorts van oordeel dat in de omstandigheden van dit geval partijen nog korte tijd gegeven moet worden om zich na het wijzen van deze beschikking voor te bereiden op de nieuwe situatie, mede gelet op het feit dat werkneemster sinds 15 september 2015 niet meer voor Meriant heeft gewerkt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 02-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:7100

Zaaknummer: 200.190.720/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, J.H. Kuiper en P.L.R. Wefers Bettink

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

Wetsartikelen: 7:683 BW en 7:682 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Zonnehuisgroep Amstelland

Stoelendansmethode. Verzoek om herstel van de arbeidsovereenkomst (art. 7:682 BW) afgewezen. Sollicitatieprocedure voor nieuwe functie is niet onzorgvuldig geweest en de nieuwe functie verschilt dusdanig met de oude functie dat de oude functie wel degelijk is komen te vervallen.

Werkneemster is in dienst getreden bij Zonnehuisgroep Amstelland (hierna: ZHGA). ZHGA heeft op 1 oktober 2015 een besluit genomen tot reorganisatie. Onderdeel van het plan was het volledig vervallen van de functies locatiemanager (zes arbeidsplaatsen) en de functie van werkneemster (vijftien arbeidsplaatsen). In de nieuwe organisatie zijn daar circa dertien nieuwe functies voor in de plaats gekomen. Werkneemster heeft op 30 november 2015 een gesprek gevoerd met de selectiecommissie. Werkneemster werd door de selectiecommissie niet geschikt bevonden voor de nieuwe functie. Op 8 maart 2016 heeft het UWV partijen bericht dat de toestemming om de arbeidsovereenkomst met werkneemster op te zeggen wordt gegeven. ZHGA heeft de arbeidsovereenkomst tegen 30 april 2016 opgezegd. Werkneemster verzoekt veroordeling van ZHGA om de arbeidsovereenkomst in de (nieuwe) functie van hoofd zorg nieuw te herstellen met ingang van 1 mei 2016.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkneemster bestrijdt dat haar arbeidsplaats is vervallen met de stelling dat de functie van hoofd zorg nieuw uitwisselbaar is met haar oude functie. Het staat vast dat de nieuwe functie in een hogere salarisschaal is ingedeeld dan de oude functie, hetgeen een sterke aanwijzing is dat de functies niet gelijkwaardig zijn. De indeling in een hogere salarisschaal van de nieuwe functie is gebaseerd op een waardering van de functie. Die functie is op vier van de negen niveaubepalende gezichtspunten van het op grond van de cao toepasselijke functiewaarderingssysteem hoger uitgevallen dan de waardering van de oude functie. ZHGA heeft hiermee voldoende gemotiveerd dat voor de nieuwe functie een hoger kennisniveau is vereist. Het staat verder vast dat de ondernemingsraad heeft ingestemd met de hogere waardering van de nieuwe functie. Tegenover de sterke aanwijzing dat de functies niet uitwisselbaar zijn legt de stelling van werkneemster dat er feitelijk niet veel is veranderd onvoldoende gewicht in de schaal. Dat geldt temeer nu zij heeft erkend dat de span

of control van het nieuwe hoofd zorg groter is dan die van het oude hoofd zorg. Tijdelijke waarneming tijdens vakantie en daarmee een grotere span of control is immers niet vergelijkbaar met het dragen van de eindverantwoordelijkheid. Bovendien is niet in geschil dat het nieuwe hoofd zorg als gevolg van de reorganisatie minder kan terugvallen op de hogere leidinggevende en de ondersteuning van centrale diensten. Daarbij komt dan nog dat een hoofd zorg in de nieuwe organisatie een grotere verantwoordelijkheid heeft voor het beheren van de budgetten. De kantonrechter gaat er dan ook van uit dat de functie hoofd zorg nieuw terecht is ingedeeld in een hogere salarisschaal. Het voorgaande brengt mee dat het UWV met juistheid heeft overwogen dat de arbeidsplaats van werkneemster is vervallen door reorganisatie. Werkneemster heeft verder aangevoerd dat zij herplaatst had moeten worden in de functie van hoofd zorg nieuw omdat deze functie voor haar passend is. De kantonrechter overweegt dat ZHGA op grond van het sociaal plan diende te zoeken naar de meest geschikte kandidaat voor de nieuwe functie en dat zij mocht selecteren op kwaliteit. Het is niet aannemelijk dat partijen bij het sociaal plan hebben beoogd dat alle personen die als eerste mochten solliciteren ook geschikt zouden zijn voor en dus benoembaar zouden zijn in de functie van hoofd zorg nieuw. Dat is niet te rijmen met de bestempeling van die functie als een cruciale functie in de nieuwe organisatie en het openstellen van de mogelijkheid om kandidaten te selecteren op kwaliteit. Voorts zijn de bezwaren van werkneemster niet van dien aard dat de sollicitatieprocedure onjuist of in strijd met de beginselen van goed werkgeverschap moet worden geoordeeld. Dat sprake is geweest van willekeur of dat ZHGA de selectieprocedure opzettelijk op een bepaalde wijze heeft ingestoken dat werkneemster niet geschikt zou worden bevonden is wel gesteld maar onvoldoende onderbouwd. Volgt afwijzing van het verzoek van werkneemster.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 01-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:5654

Zaaknummer: EA VERZ 16-756

Rechters: H.A.M. Pinckaers

Advocaten: M.F. Hilberdink en K. Wassenburg

Wetsartikelen: 7:682 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Pro Sports Holding B.V.

Faillissementssituatie. Nieuwe werkgever dient te worden aangemerkt als opvolgend werkgever als bedoeld in artikel 7:673 lid 4 onderdeel b BW. Berekening hoogte transitievergoeding. Datum indiensttreding.

Werknemer is op 14 juni 1996 in dienst getreden bij Pro Sport B.V. (hierna: Pro Sport). Laatstelijk was werknemer werkzaam als regiomanager. Per 1 februari 2010 is werknemer in dienst getreden bij Dolcis B.V. (hierna: Dolcis), welke vennootschap, evenals Pro Sport, deel uitmaakte van Hoogenbosch Retail Group B.V. (hierna: HRG), waarvan de aandelen werden gehouden door Macintosh Retail Group N.V. (hierna: Macintosh). Hij vervulde daar de functie van retailmanager. Zijn standplaats bleef ongewijzigd en hij behield dezelfde leaseauto. Macintosh is op 30 december 2015 failliet verklaard. HRG, Dolcis en Pro Sport zijn op 5 januari 2016 failliet verklaard. Het dienstverband met werknemer is opgezegd. PSH heeft de activa van Pro Sport overgenomen. Op 23 februari 2016 is werknemer in dienst getreden bij PSH, in de functie van retailmanager. Werknemer verzoekt veroordeling van PSH tot betaling van een transitievergoeding. Werknemer stelt zich op het standpunt dat PSH moet worden aangemerkt als opvolgend werkgever als bedoeld in artikel 7:673 lid 4 onderdeel b BW.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het begrip ‘opvolgend werkgeverschap’ in voornoemde bepaling moet op dezelfde wijze worden uitgelegd als dat begrip in artikel 7:668a lid 2 BW. De bepaling van artikel 7:673 lid 4 onderdeel b BW is – in een faillissementssituatie – aldus van toepassing in het geval een koper van activa uit een failliete boedel een werknemer die in dienst was van de failliet in dienst neemt voor het verrichten van soortgelijke werkzaamheden als hij eerder voor de failliet heeft verricht. In het onderhavige geval was werknemer niet in dienst van Pro Sport, maar van Dolcis. Gelet op de wettekst en de toelichting is evenwel niet uitgesloten dat de voorafgaande werkgever een ander is dan de failliet. Het gaat om de vraag of PSH ten aanzien van de verrichte arbeid als opvolger van de voorafgaande werkgever moet worden beschouwd. Werknemer werkte feitelijk voor HRG. Dat blijkt onder meer uit het feit dat hij in 2010 is overgegaan van Pro Sport naar Dolcis in dezelfde of nagenoeg dezelfde functie, uit het feit dat alle retailmanagers van HRG werkzaam waren op het kantoor te 's-Hertogenbosch en dat de standplaats van werknemer na de overgang niet is gewijzigd en uit

het feit dat hij dezelfde leaseauto behield. Tevens blijkt dat uit het feit dat de beoordelingen van het functioneren van werknemer werden gedaan door HRG. Werknemer was formeel (om fiscale/financieel-administratieve redenen) in dienst van een dochteronderneming. Uit de overgelegde loonstroken blijkt evenwel dat de aangehouden datum van indiensttreding altijd 14 juni 1996 is geweest. Werknemer heeft in dienst van PSH eveneens als retailmanager werkzaamheden verricht en wel ten behoeve van de overgenomen winkels/activa van Pro Sport. Vast staat dat hij die werkzaamheden verrichtte vanuit hetzelfde kantoor als voorheen. Tevens staat vast dat hij dezelfde leaseauto als voorheen is blijven rijden. PSH heeft aangevoerd dat zij geen leasecontracten heeft overgenomen. Niettemin is een en ander een aanwijzing dat de vennootschappen van HRG zeer met elkaar verweven waren en dat de curatoren dat ook zo hebben gezien, nu zij het kennelijk geen probleem vonden dat een voormalige werknemer van een van de failliete vennootschappen gebruik bleef maken van een leaseauto ten behoeve van de doorstart van een andere failliete vennootschap. Werknemer heeft ten behoeve van PSH zijn werkzaamheden voortgezet waar het de overgenomen winkels van Pro Sport betreft. De kantonrechter concludeert dat PSH ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moet worden de opvolger van Dolcis te zijn. PSH is daarom een transitievergoeding aan werknemer verschuldigd. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen moet Dolcis, bij de overgang van werknemer van Pro Sport naar Dolcis, worden beschouwd als de opvolgend werkgever van Pro Sport (ook als daarbij het destijds geldende ‘zodanige banden’-criterium in aanmerking wordt genomen). Voor de berekening van de hoogte van de transitievergoeding moet daarom worden uitgegaan van de datum van indiensttreding van 14 juni 1996. Volgt toewijzing van het verzoek.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 31-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:4849

Zaaknummer: 5243965

Rechters: J.H. Wiggers

Advocaten: Th.J.A. Winnubst en M.J. Folkeringa

Wetsartikelen: 7:673 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

X en Y/Spijkenisse Medisch Centrum B.V. c.s.

Longartsen failliet ziekenhuis krijgen grotendeels gelijk. Er is sprake van ongerechtvaardigde verrijking, daar gedeelte van de patiënten van de longartsen, na praktijkovername, bij de ziekenhuizen is gebleven.

X en Y zijn longarts en vorm(d)en samen een maatschap. X en Y zijn respectievelijk sinds 2002 en 2007 werkzaam geweest bij het Ruwaard van Puttenziekenhuis te Spijkenisse (hierna: RVP), dat werd geëxploiteerd door de Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis (hierna: SRPZ). De samenwerking van X en Y met SRPZ vond plaats op basis van toelatingsovereenkomsten, op grond waarvan zij als medisch specialist waren toegelaten tot het ziekenhuis om voor eigen rekening en risico de longgeneeskundepraktijk uit te oefenen. Op 24 juni 2013 is SRPZ op eigen verzoek in staat van faillissement verklaard door de Rechtbank Den Haag. De curatoren hebben de inventaris, voorraden en immateriële activa van het ziekenhuis overgedragen aan SMC en niet de zelfstandige praktijken van de medisch specialisten. SMC heeft met X en Y arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gesloten. Die arbeidsovereenkomsten hebben, na verlenging, gegolden tot en met 31 december 2014. X en Y vorderen verklaringen voor recht, inhoudende dat SMC c.s. de praktijken van X en Y op onrechtmatige wijze hebben overgenomen, zonder daarvoor een redelijke vergoeding te betalen en dat SMC c.s. hierdoor ongerechtvaardigd zijn verrijkt.

De rechtbank oordeelt als volgt. Het concrete verwijt is in de eerste plaats gelegen in het niet verlengen van de toelatingsovereenkomsten van X en Y dan wel het niet aanbieden van nieuwe. Als onbetwist staat vast dat sommige andere artsen wel in de gelegenheid zijn gesteld om enige tijd na oprichting van SMC met haar een nieuwe toelatingsovereenkomst te sluiten en daardoor in feite op dezelfde voet voort te gaan als voor het faillissement. De rechtbank oordeelt dat de contractsvrijheid, die het uitgangspunt is, in casu in zoverre beperkt was dat SMC rekening had te houden met de voor haar kenbare belangen van X en Y. Na afweging van die belangen en de andere belangen stond het haar vrij om daaraan in concreto voorbij te gaan. SMC stond immers voor de opgave om een succes te maken van de doorstart van een ziekenhuis, waarbij zeer vele personen zoals patiënten, artsen en werknemers en hun belangen betrokken waren. Aanvankelijk is afgezien van het aanbieden van nieuwe

toelatingsovereenkomsten omdat de situatie onvoldoende was uitgekristalliseerd. SMC heeft X en Y toen tijdelijke arbeidsovereenkomsten aangeboden. Dat was, in die omstandigheden, een redelijke beslissing. Later bleek dat de andere longartsen hadden te kennen gegeven niet met X en Y samen te willen werken. SMC hechtte echter bij de nieuwe invulling sterk aan regionale inbedding van de longgeneeskunde in haar ziekenhuis. Dit bracht mee dat de longartsen van SMC en de ziekenhuizen nauw moesten samen werken. Dat die samenwerking in de huidige constructie noodzakelijk is kon SMC in redelijkheid menen. Geconfronteerd met de wens van de andere longartsen om zonder X en Y verder te gaan en in hun plaats jonge mensen aan te trekken kon SMC dan ook in redelijkheid tot de beslissing komen om X en Y geen nieuwe toelatingsovereenkomst (en ook, na 1 januari 2015, geen arbeidsovereenkomst) aan te bieden. Het tweede onrechtmatigheidselement in de visie van X en Y is de overname van hun praktijk. Daarmee wordt bedoeld op de feitelijke voortzetting van de behandeling van voormalige patiënten van X en Y in het gebouw en met gebruikmaking van de faciliteiten van het voormalige RVP, dat inmiddels door SMC c.s. gedreven wordt. Niet ter discussie staat dat deze feitelijke gang van zaken met name is veroorzaakt doordat de artsen geen heil zagen in de samenwerking met X en Y als hiervoor bedoeld. Hetgeen op dat punt hiervoor is overwogen geldt ook hier. Het derde onrechtmatigheidselement in de visie van X en Y is het niet betalen van een redelijke vergoeding voor de overgenomen praktijk. In het algemeen wordt handelen of nalaten dat op zichzelf niet onrechtmatig is niet alsnog onrechtmatig wegens het enkele niet betalen van een vergoeding. Er bestaat geen algemeen geldende rechtsnorm van die strekking. Het voorgaande laat onverlet dat sprake kan zijn van ongerechtvaardigde verrijking. X en Y stellen daartoe dat zij, als gevolg van de gehele gang van zaken, verarmd zijn, dat SMC c.s. verrijkt zijn, dat tussen de verrijking en verarming een causale relatie bestaat en dat voor die verrijking geen rechtvaardiging bestaat. De verarming die X en Y in het kader van de vordering vergoed willen zien is het verlies aan goodwill. In het kader van de verrijking is voldoende onderbouwd dat een gedeelte van de patiënten van X en Y (en RVP) bij SMC is gebleven; daarin is een verrijking gelegen. De verklaring voor recht op dit punt kan dus gegeven worden. Het schadedebat dient in volle omvang in een schadestaatprocedure te worden gevoerd.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 31-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:7002

Zaaknummer: C/10/483461 / HA ZA 15-895

Rechters: P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, A. Eerdhuijzen en W.J. van den Bergh

Advocaten: S.D.W. Gratama en T. van der Valk

Wetsartikelen: 6:212 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Paydeta

Van rechtswege beëindiging arbeidsovereenkomst. Geen opvolgend werkgeverschap, omdat sprake is van wezenlijke verschillen in de te verrichten (administratieve) arbeid. Transitievergoeding niet verschuldigd.

De besloten vennootschap Paydeta B.V. (hierna: Paydeta) houdt zich bezig met uitzenden, detachering en payrolling. Werkneemster is op datum X in dienst getreden van Paydeta op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de functie van administratief medewerker. De arbeidsovereenkomst is nadien verlengd voor bepaalde tijd tot en met 3 april 2016, maar op initiatief van Paydeta niet voortgezet en op die datum van rechtswege geëindigd. Werkneemster verzoekt om toekenning van de transitievergoeding. Zij voert daartoe aan dat zij sinds 5 december 2011 altijd dezelfde soort administratieve werkzaamheden heeft verricht voor uitzendbureau 1, ongeacht wie haar formele werkgever was. Uitzendbureau 2 en Paydeta zijn gelieerd aan uitzendbureau 1 en worden redelijkerwijs geacht elkaars opvolger te zijn, zoals bedoeld in artikel 7:673 lid 4 onderdeel b BW, zodat de arbeidsduur van alle arbeidsovereenkomsten bij elkaar moet worden opgeteld. De arbeidsovereenkomsten hebben aldus meer dan 24 maanden geduurd en nu de arbeidsovereenkomst op initiatief van Paydeta niet is voortgezet, is Paydeta aan haar een transitievergoeding verschuldigd. Paydeta stelt zich op het standpunt dat geen sprake is van opvolgend werkgeverschap.

De kantonrechter moet op grond van het bepaalde in artikel 7:673 lid 4 onderdeel b BW beoordelen of Paydeta ten aanzien van de verrichte arbeid, redelijkerwijs geacht moet worden opvolger te zijn van uitzendbureau 2 en uitzendbureau 1. Ten aanzien van uitzendbureau 2 moet Paydeta inderdaad geacht worden de opvolger te zijn nu onweersproken is gebleven dat de door werkneemster verrichte arbeid ook tijdens de arbeidsovereenkomst met Paydeta, dezelfde is gebleven. In deze periode bedroeg de totale arbeidsduur bijna 14 maanden. Uit de toelichting van werkneemster ter zitting gegeven maakt de kantonrechter op dat gedurende de periode dat werkneemster werkzaam was op basis van haar arbeidsovereenkomst met uitzendbureau 1, zij haar werkzaamheden voor en op de vestiging van supermarkt Jumbo heeft

verricht. Nadien, in de periode dat zij hetzij op basis van een arbeidsovereenkomst met uitzendbureau 2, hetzij op basis van een arbeidsovereenkomst met Paydeta werkzaam was, heeft zij haar werkzaamheden uitsluitend voor en op de vestiging van uitzendbureau 1 verricht. De kantonrechter concludeert dat de door werkneemster verrichte arbeid in deze twee periodes qua plaats waar de werkzaamheden werden verricht verschilde. Ook verschilde de inhoud van de werkzaamheden en werden deze voor verschillende opdrachtgevers (eerst voor een supermarkt en daarna voor een uitzendbureau) verricht. De kantonrechter is van oordeel dat het hier om wezenlijke verschillen gaat in de te verrichten arbeid. Gelet op het voorgaande is onvoldoende komen vast te staan dat Paydeta ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs als opvolgend werkgever ten opzichte van uitzendbureau 1 moet worden beschouwd. Dit betekent dat de arbeidsovereenkomst met Paydeta niet meer dan 24 maanden had geduurd toen deze op 3 april 2016 niet werd verlengd en Paydeta aan werkneemster geen transitievergoeding verschuldigd is.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 30-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:5648

Zaaknummer: EA VERZ 16-641

Rechters: M.D. Ruizeveld

Advocaten: D.D. Kock

Wetsartikelen: 7:686a BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Kinderopvang 't Zonnehoekje B.V.

Werkneemster had de aanzegging, nu zij zelf uitging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, moeten opvatten als een opzegging. Uit haar handelen blijkt ook dat zij de aanzegging als beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft opgevat. Vervaltermijn artikel 7:686a BW verstreken.

Werkneemster en Kinderopvang 't Zonnehoekje B.V. (hierna: 't Zonnehoekje) zijn op 14 april 2014 een arbeidsovereenkomst aangegaan. Het betrof een zogenoemde nul-urenovereenkomst op basis waarvan werkneemster bij 't Zonnehoekje in dienst is getreden van 22 april 2014 tot en met 23 april 2015. De arbeidsovereenkomst werd in maart 2015 verlengd tot 23 april 2016. Bij brief van 30 juni 2015 heeft 't Zonnehoekje werkneemster bericht dat de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 juli 2015 'wordt omgezet naar een vaste aanstelling voor 28 uur in de week'. Bij brief van 10 maart 2016 heeft 't Zonnehoekje werkneemster medegedeeld dat de arbeidsovereenkomst op 23 april 2016 afloopt. Werkneemster vordert 't Zonnehoekje te veroordelen tot nakoming van de arbeidsovereenkomst en werkneemster toe te laten de werkzaamheden te hervatten. Werkneemster stelt daartoe dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen en dat deze niet op rechtsgeldige wijze is beëindigd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. 't Zonnehoekje betoogt onder meer dat de brief van 30 juni 2015 aan werkneemster uitsluitend de bevestiging bevat dat de overeenkomst die op dat moment gold, werd gewijzigd van een nul-urencontract in een dienstverband met een vast aantal werkuren. Dat betoog is niet op één lijn te stellen met hetgeen ter zitting is verklaard. 't Zonnehoekje heeft desgevraagd immers toegelicht dat zij heeft ingestemd met het verzoek van werkneemster en in de brief van 30 juni 2015 heeft bevestigd dat zowel een vaste aanstelling werd gegeven als een vast aantal uren per week. Op grond van het voorgaande wordt dan ook als uitgangspunt genomen dat met ingang van 1 juli 2015 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen partijen tot stand is gekomen. 't Zonnehoekje heeft bij brief van 10 maart 2016 aangezegd dat het dienstverband op 23 april 2016 zou eindigen. De aanzegging moet in het onderhavige geval naar voorlopig oordeel van de kantonrechter als opzegging

gelden. Met de aanzeggingsbrief van 10 maart 2016 beoogde 't Zonnehoekje aan werkneemster duidelijk te maken dat wat haar betreft de arbeidsovereenkomst per 23 april 2016 zou eindigen. Dat wordt niet anders doordat 't Zonnehoekje daarbij veronderstelde dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gold. Werkneemster had deze mededeling, nu zij zelf uitging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en de mededeling betrekking had op het einde van die overeenkomst, moeten opvatten als een opzegging. Werkneemster heeft de mededeling van 't Zonnehoekje ook daadwerkelijk opgevat als beëindiging van haar dienstverband. Daarom heeft zij immers bij brieven (van haar gemachtigde) van 28 april 2016 en 13 mei 2016, die niet zijn overgelegd maar waarvan de inhoud ter zitting is toegelicht, geprotesteerd tegen die beëindiging, zich beschikbaar gehouden voor het verrichten van werkzaamheden en aanspraak gemaakt op doorbetaling van haar salaris. Omdat de brief van 10 maart 2016 door werkneemster was op te vatten als opzegging en de facto blijkens de brieven van 28 april 2016 en 13 mei 2016 door haar ook op die manier is opgevat, had zij vervolgens binnen de termijn van artikel 7:686a lid 4 onderdeel a BW de nietigheid daarvan dienen in te roepen. Nu deze (verval)termijn inmiddels is verstreken en dus geen bodemprocedure meer door haar aangevangen kan worden, althans niet met te verwachten succes, is geen plaats voor het treffen van een voorziening in kort geding waarmee op een voor werkneemster gunstige beslissing in een bodemprocedure vooruit wordt gelopen. Volgt afwijzing van de vorderingen van werkneemster.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 24-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:5649

Zaaknummer: KK EXPL 16-956

Rechters: R.H.C. van Harmelen

Advocaten: H. Dogan en L.M. Seriese

Wetsartikelen: 7:668 BW en 7:686a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Securelink Nederland BV

Ontbinding arbeidsovereenkomst op de g-grond na nog geen drie maanden effectief dienstverband. Ernstige verwijtbaarheid van werkgever vanwege te snel aansturen op beëindiging. Billijke vergoeding van € 30.000.

Werknemer is sinds juni 2015 werkzaam bij Securelink Nederland BV (hierna: Securelink). Omdat Securelink van mening is dat de match tussen werknemer en Securelink onvoldoende is, doet Securelink eind augustus 2015 aan werknemer een voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden. Werknemer wint juridisch advies in en accepteert het voorstel. Partijen sluiten vervolgens een vaststellingsovereenkomst. Nadat werknemer elders opnieuw juridisch advies heeft ingewonnen, ontbindt hij de vaststellingsovereenkomst door gebruik te maken van de wettelijke bedenkttermijn. Werknemer heeft laten weten bereid te zijn een vaststellingsovereenkomst te sluiten in ruil voor een beëindigingsvergoeding van een jaarsalaris (€ 100.000). Securitas verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:699 lid 3 onderdeel h BW en/of op grond van artikel 7:699 lid 3 onderdeel g BW. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst tussen partijen per 1 februari 2016 ontbonden op de g-grond, onder toekenning van een billijke vergoeding aan werknemer ter hoogte van € 10.000. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. De arbeidsverhouding tussen partijen is ernstig en duurzaam verstoord geraakt. Anders dan de kantonrechter overweegt, staat de relatief korte tijdspanne tussen eind augustus en begin november 2015 (indiening van het verzoekschrift) hieraan niet in de weg. Deze verstoring is met name veroorzaakt door de mededeling van Securitas op 28 augustus 2015 dat zij de arbeidsovereenkomst wenste te beëindigen en daarop vooruitlopend werknemer met onmiddellijke ingang heeft vrijgesteld van werkzaamheden. Dat er binnen het management van Securitas onvrede bestond over de werkwijze en aanpak van werknemer is gelet op de overgelegde stukken wel gebleken. Daaruit volgt ook dat werknemer wist dat zijn werkwijze niet geheel aansloot bij de door Securelink gewenste werkwijze en uit verschillende e-mails leidt het hof af dat werknemer zijn eigen koers wilde blijven varen. Maar dat de

kennelijke onvrede van Securelink voldoende duidelijk aan werknemer is gecommuniceerd en aan hem voldoende gelegenheid is geboden om zijn werkwijze en aanpak bij te stellen blijkt niet uit de stukken. Dat de op non-actiefstelling en de aankondiging dat Securelink het dienstverband wenste te beëindigen voor werknemer geheel onverwacht waren, is dan ook aannemelijk. Aan de verdere verstoring heeft werknemer bijgedragen door na ontbinding van de vaststellingsovereenkomst aan te sturen op een ontslagvergoeding van 12 maanden salaris en op geen enkele wijze daadwerkelijk aanspraak te willen maken op hervatting van zijn werkzaamheden. Ook zijn hoge, leidinggevende positie is daarbij van belang. Gelet op het voorgaande, wordt geoordeeld dat de verstoring van de arbeidsverhouding tussen partijen zodanig is, dat van Securelink in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Aangezien de kantonrechter de arbeidsovereenkomst terecht heeft ontbonden, is er geen grond voor herstel noch voor het toekennen van een billijke vergoeding in plaats van herstel in de zin van artikel 7:683 lid 3 BW. Als uitgangspunt wordt genomen dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van Securelink als bedoeld in artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW. De wijze waarop Securelink werknemer buiten de organisatie heeft geplaatst, zonder hem een reële kans te geven zich te conformeren aan de door Securelink gewenste werkwijze, kwalificeert als ernstig verwijtbaar handelen. Aan werknemer wordt een billijke vergoeding toegekend van € 30.000. Bij de bepaling van de hoogte wordt onder andere in aanmerking genomen dat werknemer geen recht heeft op een transitievergoeding vanwege zijn korte dienstverband.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 23-08-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:2441

Zaaknummer: 200.186.212/01

Rechters: C.J. Frikkee, S.R. Mellema en L.G. Verburg

Advocaten: W.M. Hes, W.M. Blom en M. van der Brink

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

RECHTSPRAAK

werknemer/ASAS International B.V.

Ragetlieregels en opvolgend werkgeverschap. Aan aanzegging kan niet achteraf alsnog het karakter van een opzegging worden toegekend. Veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen vennootschap en bestuurder kan door de rechter niet worden uitgesproken.

Werknemer is op 18 november 2011 in dienst getreden bij ASAS Otomotiv, een vennootschap naar Turks recht en onderdeel van de ASAS Groep. Partijen zijn in februari 2015 overeengekomen dat hij zijn werkzaamheden zou voortzetten vanuit Nederland. Omdat ook de loonbetaling in Nederland zou plaatsvinden, is vanwege de standplaatswijziging en wijziging van fiscaal regime op 9 april 2015 ASAS International opgericht. ASAS Otomotiv is enig aandeelhouder van ASAS International. Werknemer is enig werknemer en – gezamenlijk met ASAS Otomotiv – bestuurder van ASAS International. Ter effectivering van een en ander hebben ASAS International en werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst gesloten met ingang van 20 april 2015. De arbeidsovereenkomst is aangegaan voor de duur van zes maanden. De arbeidsovereenkomst is per 20 oktober 2015 voortgezet. Werknemer vordert onder meer veroordeling van ASAS International tot het toelaten van werknemer tot zijn werkzaamheden en tot betaling van (onder meer) achterstallig loon over de periode van 20 april 2016 tot 1 juli 2016.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De vordering om werknemer opnieuw tewerk te stellen moet worden afgewezen. Volgens het door ASAS International overgelegde uittreksel uit het Handelsregister is werknemer (gezamenlijk bevoegd) bestuurder van ASAS International. Ingevolge het derde lid van artikel 2:244 BW kan een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst tussen vennootschap en bestuurder door de rechter niet worden uitgesproken. Zoals door ASAS International terecht is betoogd, stuit de vordering tot tewerkstelling hierop af.

Vervolgens moet worden beoordeeld of artikel 7:667 lid 4 BW meebrengt dat voor beëindiging van de (voor bepaalde tijd voortgezette) arbeidsovereenkomst opzegging vereist is. Vast staat

dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen ASAS Otomotiv en werknemer met wederzijdse instemming is geëindigd en is voortgezet door een (eenmalig verlengde) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen ASAS International en werknemer. Omdat volgens werknemer geen voorafgaande opzegging heeft plaatsgehad en ASAS International de opvolgend werkgever is van ASAS Otomotiv meent werknemer dat op grond van voormelde wettelijke bepalingen de arbeidsovereenkomst onverminderd voortduurt zodat hij ook na 20 april 2016 aanspraak heeft op loon. Het verweer van ASAS International, dat wel degelijk sprake is geweest van een opzegging, wordt verworpen. Uit een e-mailbericht van 15 maart 2016 kan niet anders worden afgeleid dan dat het einde van de arbeidsovereenkomst per 20 april 2016 is aangezegd en dat geen sprake is geweest van opzegging. Aan een onmiskenbare en ook als zodanig bedoelde aanzegging kan niet achteraf alsnog het karakter van een opzegging worden toegekend. Vervolgens moet worden beoordeeld of ASAS International is te beschouwen als opvolgend werkgever van ASAS Otomotiv. De kantonrechter is voorshands van oordeel dat ASAS International onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt en onderbouwd dat de werkzaamheden die werknemer voor haar verricht aanmerkelijk verschillen van die voor ASAS Otomotiv. De werkzaamheden liggen wat betreft aard en vaardigheden en bijbehorende beloning zodanig in elkaars verlengde, dat ASAS International redelijkerwijs geacht moet worden de opvolgend werkgever van ASAS Otomotiv te zijn. Omdat sprake is van opvolgend werkgeverschap was voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met ASAS International voorafgaande opzegging nodig. Nu die opzegging er niet geweest is, duurt de arbeidsovereenkomst onverminderd voort. Het (qua hoogte door ASAS International niet weersproken) loon vanaf 20 april 2016, zijnde een bedrag van € 15.922,24 bruto berekend tot 1 juli 2016, is toewijsbaar.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 18-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:4893

Zaaknummer: 5216946

Rechters: G.J. Roeterdink

Advocaten: C.J.M. Waasdorp en A. Kara

Wetsartikelen: 7:667 BW en 7:668 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Overtreding concurrentiebeding (relatiebeding) door indiensttreding bij opdrachtgever van werkgeefster. Op grond van omstandigheden van geval worden geen financiële consequenties verbonden aan overtreding concurrentiebeding. Toepasselijkheidscriteria artikel 9a Waadi kunnen ertoe leiden dat belemmeringverbod Waadi (onbedoeld) van toepassing is op werknemer van een (catering)bedrijf, mits de werkzaamheden onder toezicht en leiding van ‘inlener’ worden verricht.

Werkgeefster exploiteert een cateringbedrijf. Werknemer is op 1 oktober 2013 in dienst getreden bij werkgeefster in de functie van eventmanager, specifiek voor het verrichten van werkzaamheden in sportaccommodatie X van de gemeente Almere. In de arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding (relatiebeding) opgenomen. Bij brief van 8 juli 2015 heeft werknemer de arbeidsovereenkomst met werkgeefster opgezegd. Werknemer is op 1 september 2015 in dienst getreden bij de gemeente Almere in de functie van assistent-sportthalbeheerder. In deze hoedanigheid is hij werkzaam voor acht sportaccommodaties van gemeente Almere, waaronder sportaccommodatie X. Werkgeefster heeft werknemer hier geen toestemming voor verleend. Werkgeefster vordert een verklaring voor recht dat werknemer door indiensttreding bij de gemeente Almere in strijd heeft gehandeld met het relatiebeding en vordert werknemer te veroordelen tot betaling van verbeurde boetes. Werknemer stelt zich op het standpunt dat het concurrentiebeding op grond van artikel 9 lid 1 Waadi nietig is te achten en stelt subsidiair dat werkgeefster geen (rechtens) relevant belang heeft bij de handhaving van het concurrentiebeding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Sinds 27 april 2012 bevat de Waadi een belemmeringsverbod. Artikel 9a lid 1 Waadi verbiedt degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt, belemmeringen in de weg te leggen voor de totstandkoming van een arbeidsovereenkomst tussen de ter beschikking gestelde werknemer en degene aan wie hij ter beschikking is gesteld na afloop van de terbeschikkingstelling. Uit de toepasselijkheidscriteria

van de Waadi vloeit voort dat sinds de Waadi (nieuw) vaker situaties ontstaan waarin partijen wellicht ongewild, onbedoeld of ongewenst met de beschermende bepalingen van de Waadi worden geconfronteerd. In dit geval een cateringbedrijf dat eigen werknemers tijdelijk aan een klant uitleent. Gebeurt dat onder leiding en toezicht van de klant, dan is de Waadi in beginsel van toepassing. Werkgeefster heeft uitdrukkelijk gesteld dat de werkzaamheden van werknemer onder toezicht en leiding van werkgeefster zijn uitgeoefend. Werknemer heeft het standpunt van werkgeefster onvoldoende weersproken, zodat de kantonrechter ervan uit dient te gaan dat werknemer onder toezicht en leiding van werkgeefster zijn werkzaamheden heeft verricht voor de gemeente Almere op sportaccommodatie X. Dit heeft tot gevolg dat het belemmeringsverbod van artikel 9a Waadi in dit geval geen toepassing vindt. Het concurrentiebeding kan dan ook op die grond niet als nietig worden aangemerkt.

De kantonrechter kan een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk vernietigen, indien in verhouding tot het te beschermen belang van werkgeefster de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld. De kantonrechter stelt vast dat in de arbeidsovereenkomst een concurrentiebeding is opgenomen en dat de gemeente Almere (nog steeds) opdrachtgever is van werkgeefster, zodat werknemer het concurrentiebeding, door in dienst te treden bij de gemeente Almere in de functie van assistent-sporthalbeheerder, onder meer op de locatie X in beginsel heeft overtreden. Werkgeefster kan niet worden gevolgd in haar standpunt dat, als gevolg van de indiensttreding van werknemer bij de gemeente Almere, zij geen opdrachten meer zal verkrijgen van de gemeente Almere. Dat verband ontbreekt nu juist, omdat werkgeefster feitelijk al geen opdrachten voor sportaccommodatie X kreeg vanaf medio 2014. Het door werkgeefster gestelde belang te voorkomen dat haar werknemers in dienst treden bij opdrachtgevers, zulks onder meer om te voorkomen dat het aangaan van een dienstverband tussen opdrachtgever en werknemer aan lopende of toekomstige opdrachten (geheel of gedeeltelijk) in de weg komt te staan, ontbreekt derhalve in onderhavig geval. Reeds op deze grond is een beroep op het boetebeding bij afweging van de wederzijdse belangen onredelijk. De kantonrechter neemt verder nog in aanmerking dat werknemer zijn positie door in dienst te treden bij de gemeente Almere heeft verbeterd. De kantonrechter zal de verklaring voor recht dat werknemer in strijd heeft gehandeld met het relatiebeding door in dienst te treden van de gemeente Almere toewijzen, maar verbindt daaraan geen verdere financiële consequenties ten laste van werknemer.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 10-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:4441

Zaaknummer: 4556439

Rechters: R.F. van Aalst en R.M. Berendsen

Advocaten: C.A. Fokker en G.B.M. Zuidgeest

Wetsartikelen: 1 Waadi, 9a Waadi, 7:653 BW en 7:690 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Haagse Milieu Services

Verhoormethode te suggestief en houdt geen rekening met neuropsychologische toestand werknemer waardoor bekende verklaringen van werknemer onvoldoende dragend zijn voor ontslag op staande voet.

Werknemer (geboren 1967) is in 1995 in dienst getreden bij (de rechtsvoorgangster van) HMS als chauffeur/belader en hield zich bezig met het ophalen van afval. Naar aanleiding van een anonieme melding dat medewerkers van Van Gansewinkel en HMS betrokken zouden zijn bij het aannemen van bovenmatige volumes afval (grotere volumes dan voorzien in de overeenkomst met Van Gansewinkel/HMS) en het aannemen van beloningen van derden hiervoor, is Van Gansewinkel een onderzoek gestart. Uit het onderzoek volgt dat werknemer bij verschillende klanten meer vuil aanneemt dan is afgesproken. Nadat werknemer met de resultaten van het onderzoek is geconfronteerd en zich heeft uitgelaten over de feiten, wordt hij op staande voet ontslagen, vanwege het in strijd met het hem bekende en ter zake stringent gevoerde beleid (a) extra volumes afval heeft opgehaald, zonder die extra ledigingen (volledig) te vermelden in de boordcomputer, alsmede (b) voor het meenemen van extra afval beloningen van derden heeft aangenomen. De kantonrechter heeft het vernietigingsverzoek van werknemer afgewezen. Op verzoek van de werkgever is de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbonden en geoordeeld dat werknemer geen recht heeft op een transitievergoeding.

Het hof oordeelt als volgt. Hoewel het hof van oordeel is dat de wijze van verhoor niet de schoonheidsprijs verdient, ziet het hof geen aanleiding om de verklaring die werknemer op 2 juli 2015 heeft afgelegd geheel buiten beschouwing te laten. Dit neemt niet weg dat voldoende aannemelijk is geworden dat werknemer door de wijze van vraagstelling en het tonen van de beelden van een afvalinname waarbij hij niet betrokken was in elk geval ten dele op het verkeerde been is gezet, zodat de enkele verklaring van werknemer van 2 juli 2015 niet toereikend is voor de onderbouwing van de dringende reden voor ontslag op staande voet. Werknemer betwist ook dat hij geld heeft ontvangen voor het extra werk. Volgt aanhouding en bewijsopdracht.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 09-08-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:2442

Zaaknummer: 200.184.300/01

Rechters: C.J. Frikkee, S.R. Mellema en M. Brink

Advocaten: M.M.C. van der Sanden en L.V. Claassens

Wetsartikelen: 7:677 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/App Tomorrow BV

Ontslag op staande voet terecht. Werknemer heeft reeds geannuleerde afspraak in agenda gemanipuleerd om de indruk te wekken dat hij naar de afspraak was gegaan. Veroordeling van werknemer tot betaling van een vergoeding gelijk aan het loon over de opzegtermijn.

Werknemer is sinds 15 januari 2014 in dienst van APP Tomorrow BV (hierna: APP Tomorrow). Op 6 mei 2016 is werknemer op staande voet ontslagen. APP Tomorrow heeft als reden voor het ontslag op staande voet onder meer aangevoerd dat werknemer meerdere malen zijn agenda in WebCRM zodanig eigenhandig heeft gemanipuleerd dat het lijkt alsof hij een klant bezocht, terwijl hij daar niet was geweest. Werknemer vordert onder meer vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst en wedertewerkstelling.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In de onderhavige zaak speelt allereerst de vraag of vaststaat dat werknemer op 6 mei 2016 een eerder reeds geannuleerde afspraak op groen heeft gezet. Uit de door App Tomorrow overgelegde screenshots en een restore op 6 mei 2016 om 9:50 uur volgt dat de afspraak in Maastricht van 6 mei 2016 om 10:00 uur in de periode 3 mei tot 6 mei 2015 om 9:50 uur steeds op geannuleerd heeft gestaan. Daarmee is de lezing van werknemer dat hij op 5 mei 2016 in de avond heeft gezien dat de afspraak op groen stond voldoende weerlegd. Voorts wordt er, mede gelet op de vele inlogmomenten op 5 en 6 mei 2016, van uitgegaan dat werknemer op 6 mei 2016 in de ochtend wist dat deze afspraak was geannuleerd en dat ook al een nieuwe afspraak stond gepland in juni 2016. Van enige onduidelijkheid omtrent de status van de afspraak kan dan ook geen sprake zijn geweest. Op grond van het voorgaande, alsmede gelet op de waarneming van X op 6 mei 2016 dat rond half tien de afspraak op groen stond en dat hij bij deze update de naam van werknemer heeft zien staan, wordt geconcludeerd dat werknemer inderdaad de status van de afspraak in de agenda heeft gewijzigd en op groen heeft gezet en dat hij deze, nadat X hem daarover heeft gebeld, weer heeft teruggezet op rood. Voorts moet worden geconcludeerd dat werknemer met deze wijziging in de agenda de bedoeling heeft gehad het te doen voorkomen alsof hij die ochtend een afspraak had in Maastricht. Het feit dat hij diezelfde ochtend, nadat hij door App Tomorrow op de annulering was gewezen, zonder toestemming vrij heeft genomen en zich

daarna naar eigen zeggen ook nog eens ziek heeft gemeld, wijzen er ook op dat werknemer die dag niet van plan was voor App Tomorrow te werken. Bovendien zijn werknemer bij het ontslag op staande voet ook andere verwijten gemaakt, althans is verwezen naar eerdere waarschuwingen die er alle kort gezegd op neerkomen dat zijn werkhouding, communicatie en vervulling van zijn taken te wensen over laten, slechts gepareerd met de reactie dat uit niets blijkt dat er echt wat aan de hand was. Daarmee zijn deze verwijten door werknemer onvoldoende gemotiveerd weersproken en kunnen deze verwijten wel degelijk in samenhang met het vorenstaande, als grond dienen voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet. Bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden dient ook rekening te worden gehouden met de persoonlijke omstandigheden van werknemer. Werknemer heeft dergelijke omstandigheden, anders dan dat het ontslag financiële gevolgen voor hem heeft, evenwel niet aangevoerd. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat de gedragingen van werknemer op 6 mei 2016, mede in het licht bezien van de daarvoor reeds aan werknemer gegeven waarschuwingen aangaande zijn werkhouding een dringende reden voor ontslag hebben opgeleverd waardoor het van App Tomorrow niet langer kon worden geleverd de arbeidsovereenkomst met werknemer in stand te houden. Het verzoek tot vernietiging van het ontslag wordt daarom afgewezen. Nu werknemer opzettelijk, althans door zijn schuld, App Tomorrow een dringende reden voor ontslag op staande voet heeft aangereikt, is hij ingevolge artikel 7:677 lid 2 BW verplicht een vergoeding te betalen, welke ingevolge lid 3 onderdeel a van hetzelfde artikel gelijk is aan het loon over de opzegtermijn. Bij gebreke van een afspraak tussen partijen over de duur van de opzegtermijn, geldt op grond van artikel 6:672 lid 3 BW een opzegtermijn van één maand. Rekening houdend met de dag waartegen de arbeidsovereenkomst had mogen worden opgezegd – in casu, wederom bij gebreke van een andere regeling, tegen het einde van de maand – zal de vergoeding worden vastgesteld op het loon over de periode van 7 mei 2016 tot en met 30 juni 2016 inclusief 8% vakantietoeslag. Dit komt neer op een toe te wijzen bedrag van afgerond € 3066 bruto. Het meer gevorderde zal worden afgewezen. Voor het verhogen van deze vergoeding met de wettelijke verhoging als bedoeld in artikel 7:625 BW bestaat geen grond, nu deze aanspraak slechts is toegekend aan een werknemer in geval van ontijdige loonbetaling. Wel is werknemer wettelijke rente verschuldigd met ingang van 6 mei 2016.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 05-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:5653

Zaaknummer: EA VERZ 16-677, 16-681, 16-680, 16-793

Rechters: A.W.J. Ros

Advocaten: M.M. van Til en S.Y. Pannekoek

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/Protestants-christelijke stichting Philadelphia Zorg

***Ontslag op staande voet onverwijld gegeven. Werkneemster heeft
gelden uit de kassa verduisterd. Gefixeerde schadevergoeding.
Bewijsopdracht. Geen transitievergoeding verschuldigd.***

Werkneemster is op 1 juli 2004 in dienst getreden bij de protestants-christelijke stichting Philadelphia Zorg (hierna: Philadelphia). Werkneemster is op 8 december 2015 door Philadelphia geschorst omdat bij Philadelphia het vermoeden was ontstaan dat werkneemster gelden had verduisterd en onttrokken uit een kassa. Philadelphia heeft vervolgens een onderzoek ingesteld naar de vermeende verduistering. Werkneemster is naar aanleiding van een op 8 maart 2016 uitgebracht rapport op staande voet ontslagen. Werkneemster vordert onder meer vernietiging van de opzegging en wedertewerkstelling.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De kern van het geschil is of het ontslag op staande voet onverwijld gegeven is. In onderhavige situatie staat vast dat eind november 2015 vreemde transacties zijn geconstateerd door de nieuwe waarnemend locatiemanager met betrekking tot kasadministratie waarvoor werkneemster op dat moment verantwoordelijk was.

Werkneemster is gehoord en direct daarna is een intern onderzoek opgestart. Dat dit alles niet voortvarend is gebeurd is ook niet door werkneemster gesteld. Werkneemster stelt dat toen het intern onderzoek op 7 januari 2016 was afgerond er reeds voldoende feiten en omstandigheden waren gebleken om haar op staande voet te ontslaan en dat er op dat moment geen reden was een aanvullend extern onderzoek door bureau X te laten plaatsvinden. De kantonrechter constateert dat uit het intern onderzoek van Philadelphia bleek dat werkneemster zich niet aan de voorgeschreven procedures had gehouden. Het interne onderzoeksrapport geeft een feitelijke weergave van het aantal (vreemde) mutaties doch richt zich niet, althans summier, op de vraag hoe het kan dat die vreemde mutaties op de naam van werkneemster zijn ontstaan, of de gelden haar ten goede zijn gekomen en of zij heeft gehandeld in samenwerking met of op aanwijzing van derden. Werkneemster heeft tijdens het interne onderzoek de feiten niet erkend en op vele vragen geantwoord dat zij de toedracht van bepaalde transacties niet meer kon herinneren. Gelet op de inhoud van het

interne onderzoeksrapport, in combinatie met de opstelling van werkneemster, is begrijpelijk dat Philadelphia op dat moment niet het risico wilde nemen dat later zou kunnen blijken dat werkneemster slechts een slordige kasadministratie over het jaar 2015 had bijgehouden en door betrokkenheid van derden de schijn tegen had gekregen, en zij daardoor werkneemster ten onrechte op staande voet zou ontslaan. Gelet hierop had Philadelphia voldoende aanleiding de bevindingen uit het intern onderzoek te laten toetsen door een professionele externe partij en tevens te laten onderzoeken of er andere medewerkers betrokken waren voordat zij tot het geven van een ontslag op staande voet overging. Zij heeft hierbij ook niet onnodig lang gewacht en is direct volgend op de conclusie van het intern onderzoek overgegaan tot het verlenen van de opdracht aan bureau X. Ook nadat de conclusies van bureau X bekend waren heeft zij direct werkneemster uitgenodigd voor een hoorgesprek en heeft zij voortvarend gehandeld met het geven van het ontslag op staande voet. Nu het ontslag onverwijld is gegeven houdt op grond van het vorenstaande het op 10 maart 2016 gegeven ontslag op staande voet stand. Nu de gedragingen van werkneemster als ernstig verwijtbaar kunnen worden bestempeld, is de transitievergoeding op grond van artikel 7:673 lid 7 BW ook niet verschuldigd. Ingevolge artikel 7:677 BW is werkneemster, als de partij die door opzet of schuld de dringende reden heeft gegeven om de arbeidsovereenkomst onverwijld op te zeggen, aan Philadelphia een vergoeding verschuldigd gelijk aan het bedrag van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij een regelmatige opzegging had behoren voort te duren. Nu werkneemster op grond van artikel 7:661 lid 1 BW aansprakelijk is voor de schade die zij Philadelphia heeft toegebracht is zij op grond van artikel 6:96 BW ook aansprakelijk voor de door Philadelphia gemaakte onderzoekskosten. Philadelphia vordert tot slot vergoeding van alle schade die door werkneemster is toegebracht. Nu sprake is geweest van opzet, althans bewuste roekeloosheid, in de zin van artikel 7:661 BW, dient werkneemster deze schade te vergoeden. De kantonrechter overweegt met betrekking tot de twee door Philadelphia gestelde totaalbedragen dat op basis van de thans beschikbare informatie onvoldoende vaststaat dat deze transacties (dubbelboeken en/of niet verantwoorden) ertoe hebben geleid dat er gelden bij Philadelphia zijn onttrokken en dat dit door werkneemster is gebeurd. Ten behoeve van de waarheidsvinding zal Philadelphia worden toegelaten tot bewijs dat er door werkneemster gelden zijn onttrokken door het dubbelboeken en/of niet verantwoorden van transacties in de uitoefening van haar functie als kassier bij Philadelphia. Tevens zal Philadelphia de omvang van de daarmee verband houdende schade moeten bewijzen. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 01-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:4844

Zaaknummer: 5061501 ME VERZ 16-109

Rechters: R.M. Berendsen

Advocaten: J.R. Bügel en D.J. Rutgers

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

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Arbeidsloket

Kennelijk onredelijk ontslag wegens valse of voorgewende reden. Payrollovereenkomst. Ontslag door payrollwerkgever is kennelijk onredelijk: toekenning schadevergoeding.

Op verzoek van sportverenigingen treedt De Stichting Arbeidsloket (hierna: de stichting) op als formele werkgever van personeel, dat vervolgens geplaatst wordt bij de sportvereniging. Werkneemster is per 15 februari 1989 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) de stichting. Zij heeft vanaf dat moment werkzaamheden als turncoach verricht bij de (rechtsvoorganger van de) vereniging Tiga. Tiga heeft op 24 juni 2015 de overeenkomst met betrekking tot het dienstverband van werkneemster met de stichting opgezegd met ingang van 1 juli 2015. Op 27 juni 2015 heeft de stichting het UWV om toestemming verzocht om de arbeidsovereenkomst met werkneemster te mogen opzeggen. Bij beslissing van 30 juli 2015 heeft het UWV aan de stichting toestemming verleend tot ontslag van werkneemster wegens bedrijfseconomische redenen. Werkneemster vordert onder meer herstel van de arbeidsovereenkomst.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De vraag of de arbeidsovereenkomst tussen de stichting en werkneemster als payrolling kwalificeert, wordt bevestigend beantwoord. De eerste arbeidsovereenkomst tussen de stichting en werkneemster is tot stand gekomen na werving en selectie door Tiga en de opvolgende arbeidsovereenkomsten bouwen op dit contract voort. Werkneemster is ook langdurig en exclusief aan Tiga uitgeleend en aldaar uitsluitend werkzaam geweest. Daar waar werkneemster heeft gesteld dat zij door de stichting ook bij andere scholen en/of sportverenigingen zou zijn ingezet, heeft zij niet betwist dat dit maar twee keer is gebeurd op basis van afzonderlijk opgemaakte payrollcontracten, zodat de kantonrechter daaraan voorbijgaat. Daarnaast is gebleken dat werkneemster haar werkzaamheden heeft uitgevoerd onder toezicht en leiding van Tiga. Zij diende, blijkens de toepasselijke algemene voorwaarden van haar arbeidsovereenkomst met de stichting, de vergaderingen met het bestuur bij te wonen en zich aan de aldaar gemaakte afspraken te houden. In de cao is voorts bepaald dat de materiële werkgever de werktijden vaststelt. Ook werden met het bestuur van Tiga voortgangsgesprekken gevoerd. Dat er fricties zijn ontstaan

nadat door het bestuur voor werkneemster – die kennelijk door voorgaande besturen de vrije hand werd gelaten – ‘de teugels werden aangetrokken’ is voor de zeggenschap van Tiga eens temeer een bewijs. Werkneemster heeft om die reden aanvankelijk in de procedure bij het UWV ook steeds betoogd dat zij exclusief in dienst was van Tiga, maar die stelling heeft zij in deze procedure verlaten. Dat de stichting als werkgever van werkneemster heeft te gelden, is dan ook tussen partijen in confesso. Maar dat daarbij geen sprake is van payrolling onderschrijft de kantonrechter gelet op het voorgaande niet. Dit houdt in dat de stichting zich niet van een valse of voorgewende reden in de zin van artikel 7:681 lid 2 onderdeel a (oud) BW heeft bediend door zich in de UWV-procedure op te stellen als payrollonderneming. De kantonrechter is wel met werkneemster eens dat zij door de opzegging van de arbeidsovereenkomst onevenredig wordt getroffen. Door de gekozen payrollconstructie heeft werkneemster onvoldoende mogelijkheid gehad om de opzegging van het inleencontract door Tiga op inhoudelijke gronden aan te vechten en te laten toetsen. Daarbij is, behoudens de gebleken al jaren durende verstoorde verhouding op de werkvloer, niet gesteld dat werkneemster daarvan (als enige) een ernstig verwijt valt te maken. Werkneemster wordt thans, na ruim 25 dienstjaren, zonder enige afvloeiingsregeling – zoals zij zelf ervaart – ‘afgedankt’, terwijl haar perspectieven om aan ander werk te komen, niet gunstig zijn. De omstandigheid dat werkneemster door de gekozen payrollconstructie zich niet heeft kunnen verweren tegen de opzegging van het inleencontract door Tiga en die niet op inhoudelijke gronden heeft kunnen laten toetsen, merkt de kantonrechter, alles afwegende, aan als een tekortkoming die als kennelijk onredelijk kwalificeert. Deze omstandigheid dient voor risico en rekening van de stichting te komen. De kantonrechter kent aan werkneemster een schadevergoeding ex artikel 7:681 lid 1 (oud) BW (oud) toe, rekening houdend met het feit dat het dienstverband van werkneemster (met de materiële werkgever) bij een reguliere ontslagprocedure na een inhoudelijke beoordeling omtrent haar functioneren vrijwel zeker zou zijn geëindigd wegens een –niet betwiste – duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. Alsdan zou zij ofwel via de UWV-route (oud) – zonder vergoeding – zijn opgezegd, dan wel via een (pre-WWZ) ontbindingsprocedure bij de kantonrechter bij een ‘neutrale ontbinding’ op een vergoeding van circa € 30.000 zijn uitgekomen. Bij de hoogte van de toe te kennen vergoeding wordt voorts betrokken het feit dat werkneemster nog een andere (betaalde) baan heeft en het gegeven dat de stichting geen commercieel oogmerk heeft en diens gevolg over beperkte (niet geoormerkte) financiële middelen beschikt. Rekening houdend met al deze omstandigheden wordt aan werkneemster toegekend een schadevergoeding van – afgerond – € 15.000.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 24-05-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:2560

Zaaknummer: 4514881 CV EXPL 15-13785

Rechters: E.J. Oostdijk

Advocaten: J.M. Jansen en D. Kneppel

Wetsartikelen: 7:681 (oud) BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Loonvordering zieke schoonmaakmedewerkster. Tegenstrijdige oordelen verzekeringsgeneeskundige en arbeidsdeskundige UWV omtrent passende arbeid. Geen toepassing artikel 7:629a lid 5 BW. Werkgeefster wordt in de gelegenheid gesteld zelf navraag te doen bij UWV. Aanhouding zaak.

Werkneemster is van 26 april 2013 tot 26 oktober in dienst geweest als schoonmaakmedewerkster. Zij heeft zich op 14 mei 2014 ziek gemeld. Tussen partijen is discussie ontstaan over de mate van arbeidsongeschiktheid dan wel de aangeboden werkzaamheden. In een deskundigenoordeel van het UWV van 28 oktober 2014 is vastgesteld dat de aangeboden arbeid niet passend is. Werkneemster stelt dat zij recht heeft op achterstallig loon over de periode 1 mei 2014 tot en met 25 oktober 2014 van 90% van het dagloon ter hoogte van in totaal een bedrag van € 3.090,52. Volgens werkneemster kan aan het oordeel van de bedrijfsarts niet de waarde worden toegedicht die werkgeefster daaraan toekent, aangezien dat oordeel geen recht doet aan het oordeel van de verzekeringsarts.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De verzekeringsgeneeskundige heeft eenzelfde medisch oordeel over de klachten en belastbaarheid van werkneemster als de bedrijfsarts. Door de arbeidsdeskundige wordt een daarvan afwijkende beschrijving gegeven van de belastbaarheid van werkneemster. Die is dragend voor het eindoordeel dat het aangeboden werk niet passend zou zijn. Aan het volgen van het oordeel van de deskundigen van het UWV staat in de weg dat het ogenschijnlijk tegenstrijdige opvattingen betreft tenzij de verzekeringsgeneeskundige inderdaad een nader dan wel ander oordeel heeft ingenomen. Dat blijkt echter niet uit het afgegeven schriftelijk oordeel of aanvulling daarop/wijziging daarvan. In eerste instantie is van belang om vast te stellen welk standpunt de verzekeringsgeneeskundige daadwerkelijk heeft ingenomen. Werkgeefster heeft de suggestie gedaan om gebruik te maken van de in artikel 7:629 lid 3 onderdeel c BW [red: bedoeld zal zijn artikel 7:629a lid 5 BW] geboden mogelijkheid voor de kantonrechter zich rechtstreeks te wenden tot de verzekeringsgeneeskundige van het UWV. Het is echter geen mogelijkheid dat artikel daartoe aan te wenden nu dat klaarblijkelijk is toegesneden op de vraag die in dat artikel met

betrekking tot de arbeidsongeschiktheid aan de orde gesteld wordt. De kantonrechter stelt werkgeefster op basis van artikel 22 Rv in de gelegenheid op dit punt navraag te doen bij het UWV en het resultaat daarvan in het geding te brengen. Volgt aanhouding van de zaak.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 01-09-2016

Zaaknummer: 4872383 CV EXPL 16-2766

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Partijen worden in voorwaardelijke ontbindingsprocedure in de gelegenheid gesteld zich uit te laten omtrent het belang bij hun verzoeken, nu in een afzonderlijke zaak het verzoek om vernietiging van het ontslag op staande voet is toegewezen en is geoordeeld dat werkgever is gebonden aan tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst.

Werknemer is op 4 november 2004 in dienst getreden bij AVS. Zijn laatste functie was General Manager. AVS heeft werknemer bij brief van 22 april 2016 op staande voet ontslagen. In een naast de voorliggende zaak lopende zaak verzoekt werknemer om vernietiging van het hem door AVS gegeven ontslag op staande voet en verzoekt hij voor recht te verklaren dat AVS gebonden is aan de tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst van 29 februari 2016. In bovengenoemde zaak zijn bij beschikking van 19 augustus 2016 de verzoeken van werknemer toegewezen. In de onderhavige procedure verzoekt AVS voorwaardelijke ontbinding.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De uitspraak in de bovengenoemde procedure heeft tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet op 22 april 2016 is geëindigd met het ontslag op staande voet dat AVS op die dag aan werknemer gaf, maar per 1 juni 2016 op grond van de tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst van 29 februari 2016. Op dit moment bestaat er geen arbeidsovereenkomst tussen partijen. Voor ontbinding daarvan op welke grond dan ook onder toekenning van een vergoeding aan werknemer onder welke benaming dan ook, bestaat op dit moment dan ook geen aanleiding. Dit wordt alleen anders indien hoger beroep wordt ingesteld in de andere zaak en het gerechtshof het oordeel van de kantonrechter ten aanzien van de opzegging in stand laat maar – anders dan de kantonrechter – oordeelt dat de vaststellingsovereenkomst van 29 februari 2016 niet in stand gelaten kan worden. Alleen in dat geval bestaat er dan nog een arbeidsovereenkomst waarvan beide partijen in deze procedure de voorwaardelijke ontbinding kunnen verzoeken. Echter, gezien het op 23 februari 2016 gewezen arrest van het Hof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2016:435),

met name gelet op rechtsoverweging 16, moet het er thans voor gehouden worden dat het hof de arbeidsovereenkomst niet op een in het verleden liggend tijdstip kan doen eindigen (art. 7:863 lid 6 BW). Dat zou tot gevolg hebben dat AVS in beginsel gehouden is het loon aan werknemer door te betalen tot aan het door het hof te bepalen toekomstig einde van de arbeidsovereenkomst. Het belang van AVS bij een dergelijke uitkomst is niet evident. Zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe. Om die reden verzoekt de kantonrechter beide partijen, nu bekend zijnde met de uitkomst in de andere procedure, zich bij akte uit te laten omtrent het belang die zij bij hun verzoeken in deze procedure nog menen te hebben.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 19-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:6724

Zaaknummer: 5215057-VZ VERZ 16-15532

Rechters: P. Vlaswinkel

Advocaten: R.M.T. van den Bosch en S.J. Nauta

Wetsartikelen: 7:671b BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Openbaar Onderwijs Groep Groningen

***Aansprakelijkstelling stafmedewerker school vanwege afgeven
onwelgevallige referentie faalt. Of docent op enig moment een
Verklaring Omtrent het Gedrag heeft verstrekt, wordt door beide
partijen wisselend in het midden gelaten.***

In de periode van 14 december 2012 tot het begin van de zomervakantie van 2013, heeft werknemer op grond van een met OSG2 gesloten arbeidsovereenkomst gewerkt als invaldocent Duits. Hij heeft dat gedaan op het Reitdiep College. Na het einde van het dienstverband met OSG2 heeft werknemer gesolliciteerd naar een functie als invaldocent bij de RSG Ter Apel. Werknemer heeft het Reitdiep College opgegeven als referent. De RSG Ter Apel heeft per e-mail informatie gevraagd aan het Reitdiep College. De informatie is namens de directeur verstrekt door een stafmedewerker personeel en organisatie die aan werknemer per e-mail verslag heeft gedaan van de informatie die zij heeft verstrekt. Werknemer is niet aangenomen op het RSG Ter Apel. Werknemer vordert voor recht te verklaren dat de stafmedewerker jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld.

De kantonrechter stelt voorop dat niet vaststaat dat werknemer niet is aangenomen door de RSG Ter Apel als gevolg van de informatie die het Reitdiep College over hem heeft verstrekt. Om proceseconomische redenen zal de kantonrechter echter bij de beoordeling van het geschil van dat oorzakelijk verband veronderstellenderwijs uitgaan en aan werknemer geen bewijs opdragen van zijn in dit verband betrokken stellingen. Zonder nadere toelichting die werknemer niet geeft, is niet begrijpelijk waarom een stafmedewerker geen informatie mag geven en het geven van informatie onrechtmatig zou zijn. Werknemer stelt verder dat de aan de RSG Ter Apel verstrekte informatie feitelijk onjuist is. Die stelling heeft werknemer onvoldoende onderbouwd. Het is werknemer geweest die ervoor heeft gekozen het Reitdiep College te misleiden door opportuniteitsshalve bij zijn sollicitatie een niet waarheidsgetrouw curriculum vitae te gebruiken, met alle gevolgen van dien. In de gegeven omstandigheden had werknemer er rekening mee moeten houden dat de commotie waartoe het verzwijgen van de

onfortuinlijke aanstelling bij de CSG Wessel Gansfort heeft geleid bij het Reitdiep College, en de afspraken die naar aanleiding daarvan zijn gemaakt bij het geven van een referentie zouden worden gedeeld met een mogelijk nieuwe werkgever. Werknemer miskent verder dat het Reitdiep College bovendien uit haar eigen ervaringen kon putten. Die eigen ervaringen komen erop neer dat werknemer niet in staat was (tijdig) een Verklaring Omtrent het Gedrag te verstrekken en dat ook op het Reitdiep College is geklaagd over grensoverschrijdend gedrag van werknemer.

De kantonrechter ziet in het licht van deze zaak aanleiding om te overwegen dat het zonder meer zorgelijk is te noemen dat OSG2 kennelijk miskent dat het verstrekken van een Verklaring Omtrent het Gedrag in het primair onderwijs, het voortgezet onderwijs en in het beroepsonderwijs en volwasseneneducatie verplicht is voor (onder meer) docenten. Door een docent aan te stellen en te laten werken *voordat* hij een Verklaring Omtrent het Gedrag heeft verstrekt, wordt niet alleen de wet overtreden maar mist ook iedere borging dat het gedrag van een aan te stellen docent in het verleden géén bezwaar vormt voor het vervullen van de functie. Door een docent aan te stellen voordat die docent een Verklaring Omtrent het Gedrag heeft verstrekt, wordt het immers mogelijk gemaakt dat die docent in het verleden een strafbaar heeft gepleegd dat relevant is voor het vervullen van zijn functie en aan het vervullen van die functie in de weg staat. Of werknemer op enig moment een Verklaring Omtrent het Gedrag heeft verstrekt, wordt in deze zaak door beide partijen wijselijk in het midden gelaten. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 31-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:4074

Zaaknummer: 4918872 / CV EXPL 16-4202

Rechters: B.R. Tromp

Advocaten: I. Lfil en G.W. Brouwer

Wetsartikelen: 6:162 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Werkverzuim als gevolg van voorlopige hechtenis (wegens verdenking hennepteelt) is onvoldoende grond voor ontslag op staande voet Office Manager. Afwijzing voorwaardelijk ontbindingsverzoek op basis van h-grond, e-grond en g-grond.

Werkneemster is in dienst in de functie van Office Manager. Op 14 maart 2016 is zij in Duitsland aangehouden op verdenking van een strafbaar feit. Sindsdien verblijft werkneemster in voorlopige hechtenis en heeft werkgeefster geen salaris meer betaald. Op 28 maart 2016 is werkneemster op staande voet ontslagen wegens werkweigering. Werkneemster verzoekt het ontslag te vernietigen. Zij stelt zich op het standpunt dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het ontslag op staande voet is niet rechtsgeldig. In zijn uitspraak van 17 december 2010 (ECLINL:HR:2010:BO1821) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er geen grond bestaat voor een algemene 'subregel' dat werkverzuim als gevolg van een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling in beginsel, behoudens bijzondere omstandigheden, een dringende reden vormt die ontslag op staande voet rechtvaardigt. Dat geldt evenzeer indien het werkverzuim het gevolg is van een veroordeling wegens een ernstig delict waardoor de werknemer nog geruime tijd gedetineerd blijft, aldus de Hoge Raad. Indien bij een onherroepelijke strafrechtelijke veroordeling een dergelijke subregel niet kan worden aangenomen, kan dat al zeker niet in een situatie van voorlopige hechtenis (zoals hier aan de orde), waarbij van een veroordeling van de werknemer nog geen sprake is. Steun hiervoor vindt de kantonrechter ook in de wet zelf. De wet geeft een aantal voorbeelden van gevallen die een dringende reden zouden kunnen opleveren. Gezien de terminologie van artikel 7:678 lid 2 onderdeel d BW heeft de wetgever bedoeld dat vast moet staan dat de werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan een misdrijf en dat de enkele verdenking daarvan niet voldoende is voor de conclusie dat er sprake is van een dringende reden. Een verdenking kan dus op grond van de wet geen objectief dringende reden zijn (zie ook mr. dr. M.M. Koevoets, 'Niet in de bak en toch ontslag?', *ArbeidsRecht* 2002/63). Verder is komen vast te staan dat werkgeefster op of rondom 14 maart 2016 op de hoogte is gebracht van de aanhouding. Het

verzoek tot vernietiging van het ontslag wordt toegewezen.

Ten aanzien van het voorwaardelijk ontbindingsverzoek van werkgeefster wordt als volgt geoordeeld. Het beroep op artikel 7:669 lid 3 onderdeel h BW faalt. Deze grond is slechts bedoeld voor bijzondere gevallen die niet zijn terug te voeren op de omstandigheden als genoemd onder artikel 7:669 lid 3 onderdeel a tot en met g BW. De memorie van toelichting noemt als voorbeelden detentie en illegaliteit van de werknemer en – gedurende de parlementaire behandeling – ook bijvoorbeeld de voetbaltrainer die wordt ontslagen wegens achterblijvende resultaten en de manager met wie verschillen van inzicht bestaan over het te voeren beleid. De kantonrechter is van oordeel dat voorlopige hechtenis niet gelijkgesteld kan worden met detentie als bedoeld in de memorie van toelichting, nu detentie gebaseerd is op een strafrechtelijke veroordeling en voorlopige hechtenis niet. Het beroep op artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW faalt ook. Het enkele feit dat een werknemer vanwege verdenking van een strafbaar feit en de daaruit voortvloeiende voorlopige hechtenis werk verzuimt, is op zichzelf nog geen redelijke grond voor ontbinding. Immers ook in het arbeidsrecht geldt het beginsel dat iemand aan enig strafbaar feit onschuldig wordt geacht zolang zijn schuld niet is komen vast te staan (de ‘onschuldpresumptie’). Er zullen dus altijd bijkomende omstandigheden moeten worden aangevoerd die een beëindiging rechtvaardigen. Deze bijkomende omstandigheden heeft werkgeefster naar voren gebracht bij de g-grond. Ook het beroep op de g-grond faalt. De vraag is of het verlies aan vertrouwen in werkneemster heeft geleid tot een zodanig (objectief) verstoorde arbeidsverhouding met werkgeefster dat van werkgeefster in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst met werkneemster te laten voortduren. Die vraag beantwoordt de kantonrechter ontkennend. Daartoe acht hij allereerst van wezenlijk belang dat er geen verband bestaat tussen de aard van het strafbare feit (hennepteelt) en de aard van het werk (het verrichten van secretariaats- en administratieve werkzaamheden). Ook heeft het strafbare feit niet op het werk plaatsgevonden. Evenmin is gebleken dat werkgeefster door het strafbare feit in de publiciteit is betrokken of dat zij door het strafbare feit klanten heeft verloren. Een herstel van de vertrouwensrelatie moet mogelijk worden geacht. Het voorwaardelijk ontbindingsverzoek wordt afgewezen. Werkneemster heeft na het einde van de voorlopige hechtenis recht op wedertewerkstelling en, voor zover zij zich dan beschikbaar voor werk stelt en houdt, recht op loon.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 30-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2016:5505

Zaaknummer: 5110809 AZ VERZ 16-85 en 5115790 AZ VERZ 16-87

Rechters: J.L. Sierkstra

Advocaten: T.B.M. Kersten en M.J.M. Groen

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 onderdeel e BW, 7:66g lid 3 onderdeel g BW, 7:66g lid 3 onderdeel h BW,
7:671b BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Overbruggingsregeling transitievergoeding kleine werkgever. In beginsel is het gemiddelde van het nettoresultaat van de drie voorafgaande boekjaren van belang om te bepalen of de werkgever voldoet aan de gestelde voorwaarden.

Werknemer is sinds 1999 in dienst in de functie van eerste monteur/magazijnmedewerker/keurmeester. Werkgeefster heeft het UWV op 2 november 2015 gevraagd om een verklaring dat zij voldoet aan de voorwaarden voor de Overbruggingsregeling transitievergoeding. Werkgeefster heeft op 10 november 2015 wegens bedrijfseconomische redenen bij het UWV een ontslagvergunning gevraagd voor werknemer. De ontslagaanvraag was gebaseerd op bedrijfseconomische redenen. Bij beslissing van 3 december 2015 heeft het UWV verklaard dat werkgeefster niet aan de voorwaarde van artikel 24 lid 2 onderdeel a Ontslagregeling voldoet, zodat de Overbruggingsregeling niet op haar van toepassing is. Werkgeefster heeft een transitievergoeding van € 2.308,19 bruto betaald, berekend volgens de Overbruggingsregeling. Werknemer verzoekt werkgeefster te veroordelen tot betaling van de (resterende) transitievergoeding van € 15.926,53 bruto als bedoeld in artikel 7:673 lid 2 BW.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het wettelijk kader ligt besloten in de Overbruggingsregeling (art. 7:673d BW in verbinding met de cumulatieve voorwaarden neergelegd in art. 24 van de Ontslagregeling). Met deze regeling wordt voorzien in een overgangssituatie voor kleine werkgevers die met de invoering van de transitievergoeding in artikel 7:673 BW bij een ontslagprocedure via het UWV sinds de invoering van de WWZ een vergoeding verschuldigd zijn aan de werknemer, daar waar dat voorheen niet het geval was. Op grond van artikel 24 lid 2 Ontslagregeling is een van de voorwaarden dat het nettoresultaat van de onderneming van de werkgever over het boekjaar, bedoeld in het derde lid, en de twee daaraan voorafgaande boekjaren kleiner is geweest dan nul. In de parlementaire geschiedenis van artikel 7:673d BW noch in die van de Overbruggingsregeling zijn aanknopingspunten te vinden op welke wijze het resultaat van de drie voorliggende boekjaren moet worden beoordeeld. Over elk jaar afzonderlijk (de visie van werknemer) dan wel over de drie jaren

gemiddeld (de visie van werkgeefster). De kantonrechter gaat ervan uit dat in beginsel het gemiddelde van de drie voorafgaande boekjaren van belang is om te bepalen of de werkgeefster voldoet aan de gestelde voorwaarden. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat het doel van deze regeling is om de kleine werkgever met wie het in bedrijfseconomisch opzicht slecht gaat en die om die reden verzoekt de arbeidsovereenkomst met een werknemer te beëindigen, ter zake de verschuldigde transitievergoeding te ontzien. Uit de door werkgeefster overgelegde stukken blijkt dat het nettoresultaat over de drie voorafgaande jaren gemiddeld genomen negatief is geweest. Tevens speelt een rol dat tussen partijen niet in geschil is dat het (bescheiden) positieve nettoresultaat van boekjaar 2013 kan worden toegeschreven aan de uitkering van schadepenningen die Interpolis heeft uitgekeerd voor een schade die in 2012 is ontstaan. Tegenover die schade-uitkering staat een herbouwplicht. Zonder die schade-uitkering zou werkgeefster in 2013, net als in 2014 en 2015, een negatief resultaat hebben behaald. De Overbruggingsregeling is van toepassing. Het verzoek van werknemer tot toekenning van de (resterende) wettelijke transitievergoeding ex artikel 7:673 BW wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 25-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:4887

Zaaknummer: 5195464 \ EJ VERZ 16-448

Rechters: G.J. Roeterdink

Advocaten: S.P. van der Beek-Verdoorn en H.E.P. van Geelkerken

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

RECHTSPRAAK

Nationale Stichting tot Exploitatie van Casinospelen in Nederland/werkneemster

Voor zover werkneemster kan worden verweten dat zij een onder embargo ontvangen adviesaanvraag aan de OR heeft doorgestuurd aan derden, is deze tekortkoming niet van dien aard dat dit een ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt (ook niet wegens wanprestatie).

Werkneemster is in dienst van Holland Casino. Zij is sinds 2006 lid van de OR. Sinds 2002 is werkneemster werkzaam voor de Algemene Bond van Casinopersoneel (hierna: Vakbond ABC). Op 21 december 2015 is zij ontslagen door Vakbond ABC. De zaak is thans nog onder de rechter. Holland Casino verzoekt (1) om werkneemster te gebieden afschriften van alle bescheiden die zij in haar bezit heeft aan Holland Casino te verstrekken en (2) de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden (primair) op grond van artikel 7:671b lid 1 jo. artikel 7:678 BW, (subsidiair) op grond van artikel 7:671b jo. artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW en (meer subsidiair) op grond van wanprestatie als bedoeld in artikel 7:686 BW met veroordeling tot terugbetaling van het loon vanaf 19 januari 2014. Ter zitting heeft Holland Casino de rechtsgronden aangevuld met artikel 7:671b jo. artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW. Holland Casino voert daartoe aan dat sprake is van – kort gezegd – een dringende reden dan wel (ernstig) verwijtbaar handelen, nu werkneemster stelselmatig vertrouwelijke informatie heeft gelekt naar derden en valsheid in geschrifte c.q. verduistering heeft gepleegd. Werkneemster voert verweer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Holland Casino heeft verzocht om werkneemster te gebieden ‘afschrijven van alle bescheiden die zij in haar bezit heeft aan Holland Casino te verstrekken’. Dit verzoek wordt afgewezen, nu dit te onbepaald is. Weliswaar heeft Holland Casino in haar verzoekschrift nader omschreven op welke bescheiden zij het oog heeft, maar ook die beschrijving is te onbepaald. Er bestaat per definitie een zeker spanningsveld tussen de rol van werkneemster als werknemer, als OR-lid en als vakbondsbestuurder. Het lijkt erop dat werkneemster het onderscheid tussen de verschillende functies die zij uitoefent en de

verschillende petten die zij draagt onvoldoende heeft bewaakt. In dit geval gaat het niet om het doorsturen van zaken- en bedrijfsgeheimen of concurrentiegevoelige informatie, maar om een onder embargo ontvangen OR-adviesaanvraag met bijlagen die is doorgestuurd aan een collega-vakbondsbestuurder. Desgevraagd heeft Holland Casino verklaard dat zij geen schade heeft geleden doordat derden van die informatie voortijdig kennis hebben genomen. Mede gezien de leeftijd van werknemster en de lengte van het dienstverband (27 jaar) heeft een ontbinding op grond van een dringende reden zeer ingrijpende gevolgen voor werknemster. Alles afwegend komt de kantonrechter tot het oordeel dat het doorsturen van de genoemde informatie door werknemster geen dringende reden voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst oplevert. Het doorsturen van de onder embargo verstrekte adviesaanvraag met bijlagen levert wel verwijtbaar handelen op, maar dat handelen is niet van dien aard dat van Holland Casino in redelijkheid niet kan worden verwacht de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Stelselmatig lekken van vertrouwelijke informatie door werknemster is niet vast komen te staan. Holland Casino heeft voorts aangevoerd, onder verwijzing naar de aangifte, dat werknemster zich schuldig heeft gemaakt aan het declareren van niet gemaakte reiskosten bij Vakbond ABC. Voor de beoordeling of het declaratiegedrag van werknemster een dringende reden dan wel verwijtbaar handelen jegens Holland Casino oplevert, zoals door Holland Casino is betoogd, is het volgende van belang. Van een strafrechtelijke veroordeling van werknemster is geen sprake. Werknemster wordt zelfs (nog) niet strafrechtelijk vervolgd. Een verband tussen haar werkzaamheden voor Holland Casino en het mogelijk strafbaar handelen is niet direct aanwezig, zodat haar arbeidsrechtelijk geen verwijt valt te maken. Wel is denkbaar dat een eventuele strafrechtelijke veroordeling haar ongeschikt maakt voor haar functie. Daarvan is op dit moment echter nog geen sprake. Ongeschiktheid voor de functie is bovendien niet als grondslag aangevoerd voor de verzochte ontbinding. Dat de arbeidsverhouding met werknemster inmiddels onherstelbaar is verstoord is door Holland Casino niet onderbouwd. Aan de verzochte ontbinding wegens wanprestatie heeft Holland Casino dezelfde feiten en omstandigheden ten grondslag gelegd. Ook deze grond leidt niet tot toewijzing van het verzoek. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 02-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:5655

Zaaknummer: 5099711 EA VERZ 16-586 en 5099787 EA VERZ 16-587

Rechters: I.H.J. Konings

Advocaten: L. van der Zwet en S.J.W.M. Vonken

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW, 7:671b BW, 7:678 BW, 7:686

BW en zo WOR

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ontslag op staande voet koerier wegens het niet afdragen van betaalde facturen aan werkgever is rechtsgeldig. Meegewogen wordt dat uit whatsappberichten van na het ontslag blijkt dat werknemer geen bezwaar maakt tegen het ontslag. Geen transitievergoeding.

Werknemer is in dienst als koerier/bezorger van fietsonderdelen. Nadat is geconstateerd dat werknemer wederom betaalde facturen niet aan werkgever heeft afgedragen, is hij op staande voet ontslagen. Werknemer beroept zich op de vernietigbaarheid van het ontslag.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Voorop gesteld wordt dat werknemer ter zitting te kennen heeft gegeven dat hij geen bezwaren heeft geuit tegen de schriftelijke waarschuwing op 13 augustus 2015. Daarmee staat vast dat de in die waarschuwing genoemde facturen die aan werknemer zijn voldaan, niet aan werkgever zijn afgedragen. Voorts staat vast dat daaraan voorafgaand ook al een eerste incident ('omdat dit niet de eerste keer is') omtrent het niet afdragen van contante betalingen door werknemer aan zijn werkgever had plaatsgevonden. Op de door werkgever overgelegde kopieën van de originele facturen van Nijs van Bijnen en Cycle and Ride staat 'voldaan', de datum en de handtekening van werknemer. Daarmee staat vast dat werknemer deze contante betalingen in ontvangst heeft genomen. Verder zijn door werkgever diverse geldontvangstlijsten overgelegd. Verder acht de kantonrechter van belang dat uit de overgelegde whatsappberichten, die kort nadat werknemer op staande voet was ontslagen door hem aan werkgever zijn verzonden, niet blijkt dat hij bezwaar maakt tegen het ontslag op staande voet. Sterker nog, hij lijkt in zijn ontslag te berusten. De dringende reden is genoegzaam komen vast te staan. De persoonlijke omstandigheden van werknemer en de ingrijpende gevolgen van het ontslag op staande voet maken dat niet anders. Werknemer heeft door zijn handelen immers ook het vertrouwen van zijn werkgever ernstig geschaad. Het verzoek tot vernietiging van het ontslag en de overige vorderingen van werknemer worden afgewezen. Omdat in casu sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer, kan ook geen transitievergoeding aan werknemer ten laste van werkgever worden toegekend.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 20-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2016:6351

Zaaknummer: 5114117 AZ VERZ 16-120

Rechters: J.J. Groen

Advocaten: C.S.B.E. Reinders, J.J. Baltus en H.E.P. van Geelkerken

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

RECHTSPRAAK

Niet-ontvankelijkheid wegens ontbreken procesbelang. Wegens werkhervatting kan het beoogde resultaat, toestemming voor een proefplaatsing met behoud van WW-uitkering, niet meer worden bereikt.

Bij besluit van 14 juli 2014 weigert UWV aan appellant toestemming te verlenen voor een proefplaatsing van zes maanden bij VBEX te Alkmaar met behoud van zijn WW-uitkering. Appellant heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt. UWV verklaart het bezwaar van appellant ongegrond. Bij de aangevallen uitspraak verklaart de rechtbank het beroep van appellant wegens het ontbreken van procesbelang niet-ontvankelijk. Daartoe overweegt de rechtbank dat de WW-uitkering van appellant met ingang van 29 september 2014 is beëindigd wegens werkhervatting, waardoor het beoogde resultaat, toestemming voor een proefplaatsing, niet meer kan worden bereikt.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Appellant heeft betoogd dat de rechtbank op basis van een ten onrechte in de procedure betrokken stuk tot het ontbreken van procesbelang heeft geconcludeerd. Het door de rechtbank opgevraagde stuk is op 12 mei 2015 bij de rechtbank ontvangen. Aangezien de zitting plaatsvond op 22 mei 2015 is de tiendagentermijn van artikel 8:58 Awb niet in acht genomen. Met het toelaten van het nadere stuk is appellant echter niet in zijn verdediging geschaad, nu de daarin neergelegde informatie dat de WW-uitkering van appellant met ingang van 29 september 2014 was beëindigd in verband met werkhervatting, bij appellant bekend was en UWV daarvan reeds melding had gemaakt in zijn al op 12 februari 2015 door de rechtbank ontvangen verweerschrift. Appellant heeft zich zonder nader onderzoek kunnen uitlaten over dit stuk. De rechtbank heeft met het toelaten van het stuk de goede procesorde niet geschonden. Vastgesteld wordt dat het hoger beroep van appellant niet tot een voor hem gunstiger resultaat kan leiden. Toestemming voor een proefplaatsing met behoud van WW-uitkering kan alleen worden verleend aan een werknemer die recht heeft op een WW-uitkering. Aangezien de WW-uitkering van appellant per 29 september 2014 is beëindigd, kan het door appellant nagestreefde resultaat, te weten het alsnog verlenen van de gevraagde toestemming voor een proefplaatsing bij VBEX, niet daadwerkelijk worden bereikt.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 31-08-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:3232

Zaaknummer: 15-4682 WW

Rechters: B.M. van Dun

Wetsartikelen: 8:58 BW

RECHTSPRAAK

Appellant treft geen verwijt van werkloosheid gezien zijn medische toestand.

Appellant is sinds 1990 met een indicatie op grond van de Wet sociale werkvoorziening (WSW) werkzaam bij werkgever. Vanaf 2007 is appellant gewaarschuwd in verband met het niet nakomen van afspraken, het zich niet houden aan het verzuimreglement en ongeoorloofde afwezigheid. In maart 2010 leidt dat tot een aanvraag van de werkgever om ontslagadvies ten aanzien van appellant aan UWV. Op advies van UWV voert werkgever het ontslag niet uit. De werkgever blijft problemen ondervinden in de houding en het gedrag van appellant. Hij blijft zonder redenen weg van het werk en komt, ondanks gemaakte afspraken, niet bij de bedrijfsarts. Er worden diverse maatregelen getroffen om hem te prikkelen het werk te hervatten, waaronder een loonstop. Op 11 juni 2013 heeft appellant in een gesprek met de werkgever te kennen gegeven het werk niet te hervatten. Op 12 juni 2013 zegt de werkgever, onder verwijzing naar de van toepassing zijnde cao en de artikelen 7:677 en 7:678 BW, de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang op. Appellant vraagt een WW-uitkering aan. Bij besluit van 27 juni 2013 weigert UWV de WW-uitkering blijvend geheel. UWV stelt dat appellant door eigen schuld werkloos is geworden en dat hij had kunnen weten dat zijn gedrag een dringende reden voor ontslag vormde.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Onder de gegeven omstandigheden kon van de werkgever redelijkerwijs niet langer worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Aan de werkloosheid van appellant lag daarom een dringende reden in de zin van artikel 7:678 BW ten grondslag. De vraag in dit geding is of appellant ten aanzien van die werkloosheid een verwijt treft.

Appellant is sinds 1 oktober 1990 met een indicatie vanuit de WSW in dienst geweest bij de werkgever. Hij heeft een IQ van 45 tot 50 en heeft beperkte vaardigheden op het gebied van lezen en schrijven. In het kader van de adviesaanvraag ten aanzien van het ontslag van appellant in 2010 heeft een voor UWV werkzame arbeidsdeskundige op 30 juli 2010 een rapport opgesteld. In het rapport wordt onder andere geconcludeerd dat appellant onvoldoende doelmatig en zelfstandig kan handelen. Dat blijkt eveneens uit het indicatiebesluit AWBZ.

In het kader van de bezwaarprocedure heeft een voor UWV werkzame verzekeringsarts bezwaar en beroep op basis van dossieronderzoek, en zonder appellant te hebben gezien, een beschouwing gegeven ten aanzien van de vraag of er medische redenen zijn waarom appellant zich niet aan de met hem gehouden afspraken kon houden. De verzekeringsarts concludeert dat gezien de vaststelling dat appellant kan autorijden, een bezigheid waarbij hij afspraken in het verkeer moet begrijpen, hij zich ook aan afspraken moet houden. De reden waarom wordt afgeweken van de bevindingen in 2010 en van het CIZ wordt niet gegeven. Voor zover het rapport van de verzekeringsarts bezwaar en beroep al een antwoord geeft op de vraag of de werkloosheid verwijtbaar is – nu de beantwoording immers geen uitspraak doet over verwijtbaarheid, maar slechts ingaat op medische redenen waarom appellant zich niet aan afspraken zou kunnen houden – is het rapport te summier en onvolledig. Het had uit het oogpunt van de vereiste zorgvuldigheid van de besluitvorming op de weg van UWV gelegen om nader onderzoek te doen naar de relevante feiten en op basis van een juiste vraagstelling tot een oordeel te komen over de (mate van) verwijtbaarheid van appellant. Nu UWV dit heeft nagelaten is het bestreden besluit niet met de vereiste zorgvuldigheid voorbereid en berust het evenmin op een deugdelijke motivering. Niet is komen vast te staan dat appellant van zijn werkloosheid een verwijt kan worden gemaakt. UWV kon dan ook niet op die grond de WW-uitkering weigeren.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 24-08-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:3197

Zaaknummer: 15/1224 WW

Rechters: G.A.J. van den Hurk, H.G. Rottier en A.I. van der Kris

Advocaten: U. van Ophoven

Wetsartikelen: 24 WW en 7:678 BW

ANNOTATIE

De billijke vergoeding: introductie van de punitive damage in het arbeidsrecht?

mr. dr. P. Kruit

1. Inleiding

Het is inmiddels ruim een jaar geleden dat WWZ haar intrede deed voor wat betreft het ontslagrecht. Begrippen als ‘de Kantonrechttersformule’ en ‘kennelijk onredelijk ontslag’ beginnen langzaam uit ons arbeidsrechtelijk gedachtegoed te verdwijnen. De arbeidsrechtpraktijk is in volle gang aan het werk met de limitatieve ontslaggronden, de transitievergoeding en de billijke vergoeding. Met name dit laatste aspect van de billijke vergoeding zorgt – zelfs na een jaar WWZ – nog voor de nodige onduidelijkheid. In de rechtspraak is een grote mate van diversiteit zichtbaar bij toepassing van de billijke vergoeding (C.J. Frikkee & M.E. Smorenburg, ‘Berekening van een billijke vergoeding’, *ArbeidsRecht* 2016/11 en S.S.M. Peters, ‘Billijke vergoedingen hausse in 2016: onttaardt het door de wetgever geregisseerde strakke ballet in een losbandige lambada?’, *AR* 2015-o865). In deze annotatie bespreek ik een drietal aan de billijke vergoeding gelieerde vragen:

1. Heeft de billijke vergoeding in de ontbindingsprocedure en de 681-procedure hetzelfde karakter?
2. Op welke wijze dient de billijke vergoeding te worden berekend?
3. Kunnen de billijke vergoeding, de transitievergoeding en de vergoeding vanwege onregelmatige opzegging met elkaar cumuleren?

2. Karakter van de billijke vergoeding

In de ontbindingsprocedure geldt als uitgangspunt dat de werknemer bij een voldragen ontslaggrond uitsluitend aanspraak kan maken op de transitievergoeding ex artikel 7:673 BW. Op grond van artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW kan enkel in geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van de werkgever een aanvullende billijke vergoeding worden toegekend. Het moet volgens de wetgever gaan om uitzonderlijke situaties waarin

sprake is van ‘werkelijk onrecht’ (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61). Gedacht kan worden aan discriminatie, seksuele intimidatie of het ernstig schenden van re-integratieverplichtingen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 34). Het doel van de billijke vergoeding is het compenseren van dit ernstig verwijtbaar handelen en tevens het voorkomen van soortgelijk gedrag in de toekomst (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32). Er gaat aldus een zekere punitieve werking van de billijke vergoeding uit. Voor artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW staat het al dan niet vereist zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet ter discussie, getuige de wettekst. Zo oordeelt ook de Kantonrechter Alkmaar in rechtsoverweging 5.14 van onderhavige uitspraak.

De werknemer die van mening is dat hij ten onrechte op staande voet is ontslagen, heeft op grond van artikel 7:681 BW een tweetal mogelijkheden hiertegen te ageren. Ten eerste kan hij de vernietiging van het ontslag op staande voet verzoeken, zulks door binnen twee maanden na de opzegging een verzoekschrift hiertoe bij de kantonrechter in te dienen. De tweede mogelijkheid betreft het verzoeken van een billijke vergoeding. Ook dit verzoek dient binnen twee maanden na de opzegging door middel van een verzoekschrift bij de kantonrechter te worden neergelegd. In deze tweede situatie legt de werknemer zich neer bij het einde van de arbeidsovereenkomst, maar wenst hij een financiële compensatie te ontvangen voor het feit dat hij ten onrechte is ontslagen. Anders dan in artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW staat in artikel 7:681 BW niet het vereiste van ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’ van de werkgever opgenomen als voorwaarde voor toekenning van de billijke vergoeding. Dit roept de vraag op of hiermee dan wellicht een ander karakter aan de billijke vergoeding van artikel 7:681 BW toekomt.

De wetgever heeft hierover in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten al is inbegrepen bij de voorwaarden waaronder een beroep op artikel 7:681 BW kan worden gedaan. Het geven van een ontslag op staande voet zonder dat aan de daarvoor geldende voorschriften is voldaan is aldus naar zijn aard al ernstig verwijtbaar, zodat de aanspraak op een billijke vergoeding hiermee is gerechtvaardigd (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61; *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 99 en 113). In de visie van de wetgever is het karakter van de billijke vergoeding in de ontbindingsprocedure hiermee gelijk aan dat van de billijke vergoeding bij artikel 7:681 BW, namelijk het compenseren van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten op zodanige wijze dat hiervan een punitief en preventief effect uitgaat. Zowel de Kantonrechter Roermond (r.o. 4.6.3) als de Kantonrechter Zaanstad (r.o. 5.10) komt in de onderhavige uitspraken tot deze conclusie als het gaat om de billijke vergoeding van artikel 7:681 BW.

3. Berekening van de billijke vergoeding

Nu duidelijk is dat met de billijke vergoeding het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever dient te worden gecompenseerd op zodanige wijze dat hiervan een punitief en preventief effect uitgaat, is vervolgens de vraag op welke wijze deze compensatie dient te worden vormgegeven. De wetgever geeft betrekkelijk weinig handvatten die behulpzaam zijn bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de hoogte van de billijke vergoeding moet aansluiten bij de *uitzonderlijke* (en dus niet: alle) omstandigheden van het geval. Hierbij hoeven (maar mag wel?) criteria als loon en lengte dienstverband geen rol te spelen. Hierbij geldt dat de gevolgen van het ontslag reeds in de transitievergoeding zijn verdisconteerd, zodat deze geen rol mogen spelen bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61). Daarnaast neemt de wetgever als uitgangspunt dat de billijke vergoeding zodanig moet zijn dat dergelijk gedrag in de toekomst door de werkgever wordt nagelaten. Er schuilt aldus een punitief element in de billijke vergoeding (Frikkee & Smorenburg, 2016 en D.M.A. Bij de Vaate & D.B.M. Pinedo, 'Jurisprudentie over de billijke vergoeding: labyrint of duidelijke lijn?', *TRA*, n.n.g.). Uitdrukkelijk is door minister Asscher benoemd dat het niet de bedoeling is dat de Kantonrechtersformule (of een variant hierop) moet worden gebruikt bij het bepalen van de billijke vergoeding (*Handelingen II* 2013/14, 54, item 9, p. 28).

Met deze summiere aanwijzingen zijn de kantonrechters vervolgens op pad gestuurd om in concrete zaken de omvang van de billijke vergoeding vast te stellen. In de literatuur is door verscheidende auteurs reeds geconstateerd dat de weinig concrete aanknopingspunten die de wetgever biedt in de praktijk leiden tot een grote diversiteit in billijke vergoedingen (Frikkee & Smorenburg 2016; Peters 2015; A.R. Houweling & P. Kruit, 'Een jaar WWZ-ontbindingsrechtspraak: een onderzoek naar gepubliceerde en niet-gepubliceerde rechtspraak', *TAP* 2016/264 en Bij de Vaate & Pinedo).

Slechts Peters staat in haar annotatie uitgebreid stil bij de wijze van berekening van de billijke vergoeding. Peters pleit er in haar annotatie voor dat de billijke vergoeding aan de hand van de algemene schadebegrotingsregels van Boek 6 zou moeten worden vastgesteld en (in ieder geval) primair gerelateerd zou moeten zijn aan de schade van de werknemer. Deze stelling van Peters is gedurfd, nu de wetgever immers heeft aangegeven dat 'de gevolgen van het ontslag' geen rol mogen spelen bij het bepalen van de billijke vergoeding. Indien de schadebegrotingsregels van Boek 6 van stal worden gehaald – vergelijkbaar met de berekening van de schadevergoeding uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag onder het oude artikel 7:681 BW – wordt echter direct aangesloten bij de door de werknemer geleden schade als gevolg van het ontslag. Hoe voor de hand liggend, praktisch en begrijpelijk deze stelling van Peters ook is, deze druist direct in tegen hetgeen de wetgever voor ogen heeft gehad. Dit zou wellicht anders kunnen zijn wanneer Peters bedoelt dat niet zozeer de door de werknemer

geleden schade ten gevolge van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, maar enkel de schade geleden door het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever dient te worden gecompenseerd. Ik denk dan veeleer aan een soort immateriële schadevergoeding, althans genoegdoening voor het leed dat de werknemer is aangedaan. Ter illustratie: een werknemer die door zijn werkgever seksueel wordt geïntimideerd als gevolg waarvan de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, zou enkel de schade geleden als gevolg van de seksuele intimidatie vergoed moeten krijgen en *niet* de schade als gevolg van het eindigen van de arbeidsovereenkomst. Deze laatste schade is immers reeds verdisconteerd in de transitievergoeding.

In de discussie rondom het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding speelt zoals opgemerkt ook het punitief karakter een rol. Het toepassen van de schadebegrotingsregels uit Boek 6 BW miskent dit punitieve element, omdat uitsluitend de werknemer en de door hem geleden schade centraal staan. Indien de omvang van de billijke vergoeding wordt bepaald met als uitgangspunt dat de vergoeding een bestraffend karakter moet hebben en daarmee tot preventie moet leiden, dan is de door de werknemer geleden schade in feite niet relevant. Immers, niet het perspectief van de werknemer die ernstig verwijtbaar is behandeld, maar het perspectief van de werkgever die ernstig verwijtbaar heeft gehandeld staat centraal. De hoogte van de billijke vergoeding moet in dat geval aansluiten bij wat door de betreffende werkgever als 'punitief' wordt beschouwd. De billijke vergoeding wordt alsdan geheel losgekoppeld van de individuele werknemer en uitsluitend beschouwd vanuit de hoedanigheid van de werkgever. Ter illustratie: het kan in deze benadering dus zo zijn dat een werknemer die door de bakker op de hoek wordt gediscrimineerd met een billijke vergoeding van € 10.000 wordt gecompenseerd – dit is voor de betreffende werkgever al behoorlijk punitief – terwijl een werknemer die bij een grote bank op soortgelijke wijze wordt gediscrimineerd wellicht het tienvoudige aan billijke vergoeding ontvangt. Leidt deze benadering dan niet tot ongelijkheid? Ik meen van niet. In het arbeidsrecht zijn we gewend altijd vanuit de (beschermende) bril van de werknemer te kijken. Gelijke werknemers moeten gelijk behandeld worden. Echter, in het geval van toepassing van de billijke vergoeding zou dit werknemersperspectief wellicht moeten worden ingeruild voor een benadering die op de werkgever is geënt. Immers, de wettelijke transitievergoeding is al volledig geschreven vanuit werknemersperspectief en behoort de (forfaitaire) schade van de beëindiging van het dienstverband te compenseren. Het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten zou in mijn optiek meer vanuit het perspectief van de werkgever moeten worden beschouwd. De werkgever krijgt een tik op de vingers vanwege zijn ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Wat als 'tik op de vingers' wordt beschouwd verschilt uiteraard per werkgever, maar zou bijvoorbeeld gerelateerd kunnen worden aan de door de werkgever behaalde jaaromzet. Deze benadering vanuit werkgeversperspectief sluit mijns inziens ook meer aan bij de door de wetgever verstrekte handvatten (compensatie van het

ernstig verwijtbaar handelen, geen gevolgcriterium, meewegen van de uitzonderlijke omstandigheden van het geval en loon en lengte dienstverband spelen in beginsel geen rol). Hiermee verwordt de billijke vergoeding niet zozeer tot een voor de werknemer op maat gesneden compensatie, maar tot een passende en treffende sanctie voor de werkgever. Deze benadering, die ertoe leidt dat elementen als 'loon' en 'lengte dienstverband' geen rol meer spelen, zorgt er echter wel voor dat werknemers met een kort dienstverband een ten opzichte van hun dienstverband zeer hoge vergoeding krijgen. Dit is in mijn optiek niet bezwaarlijk, nu blijkens de parlementaire geschiedenis 'loon en lengte dienstverband' geen rol hoeven (lees: behoren?) te spelen (*Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 61*).

Indien naar de onderhavige beschikkingen wordt gekeken, dan blijkt hieruit welk een verschillende benaderingen worden gekozen. Zo oordeelt de Kantonrechter Roermond in zijn beschikking (r.o. 4.6.5) dat 'uit de wetsgeschiedenis volgt dat de billijke vergoeding niet al te hoog dient te zijn'. Deze overweging heb ik in de wetsgeschiedenis niet kunnen terugvinden. Sterker nog, deze overweging is in mijn optiek juist in strijd met de gedachte van de wetgever dat de billijke vergoeding een afschrikwekkend karakter moet hebben. De kantonrechter besluit de billijke vergoeding vervolgens op nihil vast te stellen omdat 'buiten het feit dat de werkgever de arbeidsovereenkomst onrechtmatig heeft opgezegd, geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen' (r.o. 4.6.6). Deze overweging van de kantonrechter miskent dat de wetgever expliciet heeft benoemd dat het onrechtmatig opzeggen van de arbeidsovereenkomst naar zijn aard reeds ernstig verwijtbaar is. Door hier vervolgens geen sanctie aan te verbinden komt de werkgever feitelijk ongestraft weg met het geven van een onterecht ontslag op staande voet.

In de beschikkingen van de Kantonrechter Alkmaar en de Kantonrechter Zaanstad wordt opgemerkt dat bij bepaling van de billijke vergoeding ook de gevolgen van het ontslag kunnen worden betrokken. In het licht van de opmerking van de wetgever dat zulks uitdrukkelijk *niet* de bedoeling is, acht ik deze overweging opmerkelijk. De kantonrechter vervolgt met de opmerking dat de billijke vergoeding geen concrete schadeberekening inhoudt en dat ook aandacht moet worden geschonken aan het punitieve element. Dit uitgangspunt lijkt mij dan weer wel correct. Het is spijtig dat de Kantonrechter Zaanstad vervolgens direct besluit een billijke vergoeding toe te kennen van € 15.000 bruto, gelijk aan het verzoek van de werknemer, zonder toe te lichten op welke wijze het punitieve element hiermee voldoende tot uitdrukking wordt gebracht.

Door enerzijds het punitieve element in de billijke vergoeding te betrekken en anderzijds ook rekening te houden met de gevolgen van het ontslag voor de werknemer (de schade die de werknemer lijdt) introduceert de Kantonrechter Zaanstad feitelijk een soort '*punitive damage*' in het arbeidsrecht. Wellicht dat deze benadering een middenweg is tussen de eerder door

Peters bepleite stroming van schadevergoeding aan de werknemer begroot aan de hand van de regels van Boek 6 BW en mijn hiervoor beschreven pleidooi voor het vaststellen van de billijke vergoeding uitsluitend op basis van het punitieve karakter van deze vergoeding. Deze in Angelsaksische rechtstelsels breed gedragen vorm van schadevergoeding met een bestraffend element zou bij mijn weten nieuw zijn in het Nederlands (arbeids)recht. Wellicht dat hiermee een begin is gemaakt in de oplossing van het vraagstuk naar de begroting van de billijke vergoeding. In mijn optiek wordt hiermee wel recht gedaan aan het karakter van de vergoeding.

4. Cumulatie van vergoedingen

Bij een onterecht gegeven ontslag op staande voet kan de werknemer naast de billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW tevens een gefixeerde schadevergoeding verzoeken ex artikel 7:672 lid 10 BW wegens het niet in acht nemen van de opzegtermijn of wegens het voortijdig eindigen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding ex artikel 7:677 lid 4 BW. Voorts kan de werknemer aanspraak maken op een transitievergoeding, aangezien het dienstverband door opzegging is geëindigd en er vanwege het ontbreken van een dringende reden doorgaans evenmin sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten op grond waarvan de werknemer ex artikel 7:673 lid 7 onderdeel c BW zijn recht op de transitievergoeding kwijtraakt. De vraag die rijst is in hoeverre een stapeling van deze vergoedingen mogelijk is en op welke wijze de billijke vergoeding zou moeten worden beïnvloed door het toekennen van een tweetal andere vergoedingen.

In mijn optiek gaat het in dit samenloopvraagstuk om drie verschillende vergoedingen met een eigen karakter en grondslag. De vergoeding ex artikel 7:672 lid 10 (of 7:677 lid 4) BW betreft een compensatie voor de niet in acht genomen opzegtermijn. Dit is wat voor invoering van de WWZ de 'gefixeerde schadevergoeding' werd genoemd. Hiermee wordt slechts hersteld dat bij de opzegging door de werkgever de opzegtermijn niet (correct) is toegepast. Dit staat aldus geheel los van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever.

De transitievergoeding heeft als doel het compenseren van de gevolgen van het ontslag. Deze compensatie wordt geboden door middel van een forfaitaire vergoeding die is gebaseerd op anciënniteit en laatstverdiende salaris.

De billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW compenseert, zoals onder punt 2 van deze annotatie reeds is uiteengezet, het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, bestaande uit het geven van ontslag op staande voet zonder dat aan de vereisten hiervoor is voldaan. Weliswaar heeft de wetgever opgemerkt dat een aanspraak op het ten onrechte niet genoten loon ex artikel 7:672 lid 10 BW kan worden verdisconteerd in de billijke vergoeding (*Kamerstukken I*

2013/14, 33818, C, p. 92-93), maar zulks kan er in mijn optiek nooit toe leiden dat de billijke vergoeding op nihil wordt gesteld. Dit zou immers betekenen dat de werknemer per saldo hetzelfde krijgt als bij een reguliere opzegging (inachtneming opzegtermijn + transitievergoeding), waarmee het ten onrechte verlenen van ontslag op staande voet – door de wetgever notabene gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever – in feite in het geheel niet wordt gesanctioneerd. Hiermee wordt geen recht gedaan aan het punitieve element dat mede ten grondslag ligt aan de billijke vergoeding. Dit geldt ook bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd waarbij een vergoeding van de resterende contractduur er in feite toe leidt dat de werkgever niets meer hoeft te betalen dan wat hij bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst aan salaris was kwijt geweest.

Aansluiting kan in mijn optiek worden gezocht bij de jurisprudentie over het kennelijk onredelijk ontslag onder het oude ontslagrecht, waarin de Hoge Raad heeft aangegeven dat waar in de wet (art. 7:681 (oud) BW) staat dat de rechter een schadevergoeding *kan* toekennen, zulks in de praktijk betekent dat de schadevergoeding ook *moet* worden toegekend bij een oordeel dat het ontslag kennelijk onredelijk is (HR 4 juni 1974, *NJ* 1977/98 (Derksen/Derksen)). Dit geldt mijns inziens ook voor toekenning van de billijke vergoeding. Als het oordeel van de rechter is dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid, dan *moet* ook een billijke vergoeding worden toegekend. Nu ernstige verwijtbaarheid in artikel 7:681 BW is inbegrepen, zou mijns inziens een geslaagd beroep op artikel 7:681 BW altijd moeten leiden tot toekenning van een billijke vergoeding. De redenering van de Kantonrechter Roermond in onderhavige zaak (r.o. 4.6.6) acht ik daarom op juridische gronden onjuist nu geen recht wordt gedaan aan het karakter van de billijke vergoeding. Werkgevers moeten zich ervan bewust zijn dat een onterecht ontslag op staande voet met zich brengt dat direct een drietal vergoedingen is verschuldigd.

5. Conclusie

Een jaar lang billijke vergoeding heeft vooralsnog meer vragen opgeroepen dan beantwoord. De wetgever heeft er bewust voor gekozen de toepassing van de billijke vergoeding aan de rechtspraak over te laten. Zoals van tevoren reeds voorspeld, is verdeeldheid troef. Een halfjaar na de analyse van Peters en Frikkee & Smorenburg moet worden vastgesteld dat er weinig verbetering zichtbaar is. Weliswaar is duidelijk dat het karakter van de billijke vergoeding zowel bij artikel 7:671b lid 8 onderdeel c als bij artikel 7:681 BW betreft het compenseren van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De wijze waarop deze compensatie wordt vormgegeven verschilt echter van kantonrechter tot kantonrechter. Kern van dit probleem is in mijn optiek dat niet duidelijk is vanuit wiens perspectief de billijke vergoeding moet worden benaderd. Betreft het een compensatie van schade door de werknemer geleden of een bestraffing van de werkgever voor het ernstig verwijtbaar handelen? De Kantonrechter

Alkmaar en Zaanstad (mr. Jansen) heeft een middenweg getracht te vinden en hiermee de facto een soort *punitive damage* geïntroduceerd. Wellicht is dit de sleutel naar de oplossing van het mysterie rondom de billijke vergoeding en ontstaat in de loop der jaren een soort (al dan niet impliciet in de rechtspraak besloten) ‘punitive damage-gids’ waarin de bestraffende component als percentage van de jaaromzet van de werkgever wordt weergegeven. De tijd zal het leren.

ANNOTATIE

De billijke vergoeding: introductie van de punitive damage in het arbeidsrecht?

mr. dr. P. Kruit

1. Inleiding

Het is inmiddels ruim een jaar geleden dat WWZ haar intrede deed voor wat betreft het ontslagrecht. Begrippen als ‘de Kantonrechttersformule’ en ‘kennelijk onredelijk ontslag’ beginnen langzaam uit ons arbeidsrechtelijk gedachtegoed te verdwijnen. De arbeidsrechtpraktijk is in volle gang aan het werk met de limitatieve ontslaggronden, de transitievergoeding en de billijke vergoeding. Met name dit laatste aspect van de billijke vergoeding zorgt – zelfs na een jaar WWZ – nog voor de nodige onduidelijkheid. In de rechtspraak is een grote mate van diversiteit zichtbaar bij toepassing van de billijke vergoeding (C.J. Frikkee & M.E. Smorenburg, ‘Berekening van een billijke vergoeding’, *ArbeidsRecht* 2016/11 en S.S.M. Peters, ‘Billijke vergoedingen hausse in 2016: onttaardt het door de wetgever geregisseerde strakke ballet in een losbandige lambada?’, *AR* 2015-o865). In deze annotatie bespreek ik een drietal aan de billijke vergoeding gelieerde vragen:

1. Heeft de billijke vergoeding in de ontbindingsprocedure en de 681-procedure hetzelfde karakter?
2. Op welke wijze dient de billijke vergoeding te worden berekend?
3. Kunnen de billijke vergoeding, de transitievergoeding en de vergoeding vanwege onregelmatige opzegging met elkaar cumuleren?

2. Karakter van de billijke vergoeding

In de ontbindingsprocedure geldt als uitgangspunt dat de werknemer bij een voldragen ontslaggrond uitsluitend aanspraak kan maken op de transitievergoeding ex artikel 7:673 BW. Op grond van artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW kan enkel in geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van de werkgever een aanvullende billijke vergoeding worden toegekend. Het moet volgens de wetgever gaan om uitzonderlijke situaties waarin

sprake is van ‘werkelijk onrecht’ (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61). Gedacht kan worden aan discriminatie, seksuele intimidatie of het ernstig schenden van re-integratieverplichtingen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 34). Het doel van de billijke vergoeding is het compenseren van dit ernstig verwijtbaar handelen en tevens het voorkomen van soortgelijk gedrag in de toekomst (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32). Er gaat aldus een zekere punitieve werking van de billijke vergoeding uit. Voor artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW staat het al dan niet vereist zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet ter discussie, getuige de wettekst. Zo oordeelt ook de Kantonrechter Alkmaar in rechtsoverweging 5.14 van onderhavige uitspraak.

De werknemer die van mening is dat hij ten onrechte op staande voet is ontslagen, heeft op grond van artikel 7:681 BW een tweetal mogelijkheden hiertegen te ageren. Ten eerste kan hij de vernietiging van het ontslag op staande voet verzoeken, zulks door binnen twee maanden na de opzegging een verzoekschrift hiertoe bij de kantonrechter in te dienen. De tweede mogelijkheid betreft het verzoeken van een billijke vergoeding. Ook dit verzoek dient binnen twee maanden na de opzegging door middel van een verzoekschrift bij de kantonrechter te worden neergelegd. In deze tweede situatie legt de werknemer zich neer bij het einde van de arbeidsovereenkomst, maar wenst hij een financiële compensatie te ontvangen voor het feit dat hij ten onrechte is ontslagen. Anders dan in artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW staat in artikel 7:681 BW niet het vereiste van ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’ van de werkgever opgenomen als voorwaarde voor toekenning van de billijke vergoeding. Dit roept de vraag op of hiermee dan wellicht een ander karakter aan de billijke vergoeding van artikel 7:681 BW toekomt.

De wetgever heeft hierover in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten al is inbegrepen bij de voorwaarden waaronder een beroep op artikel 7:681 BW kan worden gedaan. Het geven van een ontslag op staande voet zonder dat aan de daarvoor geldende voorschriften is voldaan is aldus naar zijn aard al ernstig verwijtbaar, zodat de aanspraak op een billijke vergoeding hiermee is gerechtvaardigd (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61; *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 99 en 113). In de visie van de wetgever is het karakter van de billijke vergoeding in de ontbindingsprocedure hiermee gelijk aan dat van de billijke vergoeding bij artikel 7:681 BW, namelijk het compenseren van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten op zodanige wijze dat hiervan een punitief en preventief effect uitgaat. Zowel de Kantonrechter Roermond (r.o. 4.6.3) als de Kantonrechter Zaanstad (r.o. 5.10) komt in de onderhavige uitspraken tot deze conclusie als het gaat om de billijke vergoeding van artikel 7:681 BW.

3. Berekening van de billijke vergoeding

Nu duidelijk is dat met de billijke vergoeding het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever dient te worden gecompenseerd op zodanige wijze dat hiervan een punitief en preventief effect uitgaat, is vervolgens de vraag op welke wijze deze compensatie dient te worden vormgegeven. De wetgever geeft betrekkelijk weinig handvatten die behulpzaam zijn bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de hoogte van de billijke vergoeding moet aansluiten bij de *uitzonderlijke* (en dus niet: alle) omstandigheden van het geval. Hierbij hoeven (maar mag wel?) criteria als loon en lengte dienstverband geen rol te spelen. Hierbij geldt dat de gevolgen van het ontslag reeds in de transitievergoeding zijn verdisconteerd, zodat deze geen rol mogen spelen bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61). Daarnaast neemt de wetgever als uitgangspunt dat de billijke vergoeding zodanig moet zijn dat dergelijk gedrag in de toekomst door de werkgever wordt nagelaten. Er schuilt aldus een punitief element in de billijke vergoeding (Frikkee & Smorenburg, 2016 en D.M.A. Bij de Vaate & D.B.M. Pinedo, 'Jurisprudentie over de billijke vergoeding: labyrint of duidelijke lijn?', *TRA*, n.n.g.). Uitdrukkelijk is door minister Asscher benoemd dat het niet de bedoeling is dat de Kantonrechtersformule (of een variant hierop) moet worden gebruikt bij het bepalen van de billijke vergoeding (*Handelingen II* 2013/14, 54, item 9, p. 28).

Met deze summiere aanwijzingen zijn de kantonrechters vervolgens op pad gestuurd om in concrete zaken de omvang van de billijke vergoeding vast te stellen. In de literatuur is door verscheidende auteurs reeds geconstateerd dat de weinig concrete aanknopingspunten die de wetgever biedt in de praktijk leiden tot een grote diversiteit in billijke vergoedingen (Frikkee & Smorenburg 2016; Peters 2015; A.R. Houweling & P. Kruit, 'Een jaar WWZ-ontbindingsrechtspraak: een onderzoek naar gepubliceerde en niet-gepubliceerde rechtspraak', *TAP* 2016/264 en Bij de Vaate & Pinedo).

Slechts Peters staat in haar annotatie uitgebreid stil bij de wijze van berekening van de billijke vergoeding. Peters pleit er in haar annotatie voor dat de billijke vergoeding aan de hand van de algemene schadebegrotingsregels van Boek 6 zou moeten worden vastgesteld en (in ieder geval) primair gerelateerd zou moeten zijn aan de schade van de werknemer. Deze stelling van Peters is gedurfd, nu de wetgever immers heeft aangegeven dat 'de gevolgen van het ontslag' geen rol mogen spelen bij het bepalen van de billijke vergoeding. Indien de schadebegrotingsregels van Boek 6 van stal worden gehaald – vergelijkbaar met de berekening van de schadevergoeding uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag onder het oude artikel 7:681 BW – wordt echter direct aangesloten bij de door de werknemer geleden schade als gevolg van het ontslag. Hoe voor de hand liggend, praktisch en begrijpelijk deze stelling van Peters ook is, deze druist direct in tegen hetgeen de wetgever voor ogen heeft gehad. Dit zou wellicht anders kunnen zijn wanneer Peters bedoelt dat niet zozeer de door de werknemer

geleden schade ten gevolge van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, maar enkel de schade geleden door het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever dient te worden gecompenseerd. Ik denk dan veeleer aan een soort immateriële schadevergoeding, althans genoegdoening voor het leed dat de werknemer is aangedaan. Ter illustratie: een werknemer die door zijn werkgever seksueel wordt geïntimideerd als gevolg waarvan de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, zou enkel de schade geleden als gevolg van de seksuele intimidatie vergoed moeten krijgen en *niet* de schade als gevolg van het eindigen van de arbeidsovereenkomst. Deze laatste schade is immers reeds verdisconteerd in de transitievergoeding.

In de discussie rondom het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding speelt zoals opgemerkt ook het punitief karakter een rol. Het toepassen van de schadebegrotingsregels uit Boek 6 BW miskent dit punitieve element, omdat uitsluitend de werknemer en de door hem geleden schade centraal staan. Indien de omvang van de billijke vergoeding wordt bepaald met als uitgangspunt dat de vergoeding een bestraffend karakter moet hebben en daarmee tot preventie moet leiden, dan is de door de werknemer geleden schade in feite niet relevant. Immers, niet het perspectief van de werknemer die ernstig verwijtbaar is behandeld, maar het perspectief van de werkgever die ernstig verwijtbaar heeft gehandeld staat centraal. De hoogte van de billijke vergoeding moet in dat geval aansluiten bij wat door de betreffende werkgever als 'punitief' wordt beschouwd. De billijke vergoeding wordt alsdan geheel losgekoppeld van de individuele werknemer en uitsluitend beschouwd vanuit de hoedanigheid van de werkgever. Ter illustratie: het kan in deze benadering dus zo zijn dat een werknemer die door de bakker op de hoek wordt gediscrimineerd met een billijke vergoeding van € 10.000 wordt gecompenseerd – dit is voor de betreffende werkgever al behoorlijk punitief – terwijl een werknemer die bij een grote bank op soortgelijke wijze wordt gediscrimineerd wellicht het tienvoudige aan billijke vergoeding ontvangt. Leidt deze benadering dan niet tot ongelijkheid? Ik meen van niet. In het arbeidsrecht zijn we gewend altijd vanuit de (beschermende) bril van de werknemer te kijken. Gelijke werknemers moeten gelijk behandeld worden. Echter, in het geval van toepassing van de billijke vergoeding zou dit werknemersperspectief wellicht moeten worden ingeruild voor een benadering die op de werkgever is geënt. Immers, de wettelijke transitievergoeding is al volledig geschreven vanuit werknemersperspectief en behoort de (forfaitaire) schade van de beëindiging van het dienstverband te compenseren. Het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten zou in mijn optiek meer vanuit het perspectief van de werkgever moeten worden beschouwd. De werkgever krijgt een tik op de vingers vanwege zijn ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Wat als 'tik op de vingers' wordt beschouwd verschilt uiteraard per werkgever, maar zou bijvoorbeeld gerelateerd kunnen worden aan de door de werkgever behaalde jaaromzet. Deze benadering vanuit werkgeversperspectief sluit mijns inziens ook meer aan bij de door de wetgever verstrekte handvatten (compensatie van het

ernstig verwijtbaar handelen, geen gevolgcriterium, meewegen van de uitzonderlijke omstandigheden van het geval en loon en lengte dienstverband spelen in beginsel geen rol). Hiermee verwordt de billijke vergoeding niet zozeer tot een voor de werknemer op maat gesneden compensatie, maar tot een passende en treffende sanctie voor de werkgever. Deze benadering, die ertoe leidt dat elementen als 'loon' en 'lengte dienstverband' geen rol meer spelen, zorgt er echter wel voor dat werknemers met een kort dienstverband een ten opzichte van hun dienstverband zeer hoge vergoeding krijgen. Dit is in mijn optiek niet bezwaarlijk, nu blijkens de parlementaire geschiedenis 'loon en lengte dienstverband' geen rol hoeven (lees: behoren?) te spelen (*Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 61*).

Indien naar de onderhavige beschikkingen wordt gekeken, dan blijkt hieruit welk een verschillende benaderingen worden gekozen. Zo oordeelt de Kantonrechter Roermond in zijn beschikking (r.o. 4.6.5) dat 'uit de wetsgeschiedenis volgt dat de billijke vergoeding niet al te hoog dient te zijn'. Deze overweging heb ik in de wetsgeschiedenis niet kunnen terugvinden. Sterker nog, deze overweging is in mijn optiek juist in strijd met de gedachte van de wetgever dat de billijke vergoeding een afschrikwekkend karakter moet hebben. De kantonrechter besluit de billijke vergoeding vervolgens op nihil vast te stellen omdat 'buiten het feit dat de werkgever de arbeidsovereenkomst onrechtmatig heeft opgezegd, geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen' (r.o. 4.6.6). Deze overweging van de kantonrechter miskent dat de wetgever expliciet heeft benoemd dat het onrechtmatig opzeggen van de arbeidsovereenkomst naar zijn aard reeds ernstig verwijtbaar is. Door hier vervolgens geen sanctie aan te verbinden komt de werkgever feitelijk ongestraft weg met het geven van een onterecht ontslag op staande voet.

In de beschikkingen van de Kantonrechter Alkmaar en de Kantonrechter Zaanstad wordt opgemerkt dat bij bepaling van de billijke vergoeding ook de gevolgen van het ontslag kunnen worden betrokken. In het licht van de opmerking van de wetgever dat zulks uitdrukkelijk *niet* de bedoeling is, acht ik deze overweging opmerkelijk. De kantonrechter vervolgt met de opmerking dat de billijke vergoeding geen concrete schadeberekening inhoudt en dat ook aandacht moet worden geschonken aan het punitieve element. Dit uitgangspunt lijkt mij dan weer wel correct. Het is spijtig dat de Kantonrechter Zaanstad vervolgens direct besluit een billijke vergoeding toe te kennen van € 15.000 bruto, gelijk aan het verzoek van de werknemer, zonder toe te lichten op welke wijze het punitieve element hiermee voldoende tot uitdrukking wordt gebracht.

Door enerzijds het punitieve element in de billijke vergoeding te betrekken en anderzijds ook rekening te houden met de gevolgen van het ontslag voor de werknemer (de schade die de werknemer lijdt) introduceert de Kantonrechter Zaanstad feitelijk een soort '*punitive damage*' in het arbeidsrecht. Wellicht dat deze benadering een middenweg is tussen de eerder door

Peters bepleite stroming van schadevergoeding aan de werknemer begroot aan de hand van de regels van Boek 6 BW en mijn hiervoor beschreven pleidooi voor het vaststellen van de billijke vergoeding uitsluitend op basis van het punitieve karakter van deze vergoeding. Deze in Angelsaksische rechtstelsels breed gedragen vorm van schadevergoeding met een bestraffend element zou bij mijn weten nieuw zijn in het Nederlands (arbeids)recht. Wellicht dat hiermee een begin is gemaakt in de oplossing van het vraagstuk naar de begroting van de billijke vergoeding. In mijn optiek wordt hiermee wel recht gedaan aan het karakter van de vergoeding.

4. Cumulatie van vergoedingen

Bij een onterecht gegeven ontslag op staande voet kan de werknemer naast de billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW tevens een gefixeerde schadevergoeding verzoeken ex artikel 7:672 lid 10 BW wegens het niet in acht nemen van de opzegtermijn of wegens het voortijdig eindigen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding ex artikel 7:677 lid 4 BW. Voorts kan de werknemer aanspraak maken op een transitievergoeding, aangezien het dienstverband door opzegging is geëindigd en er vanwege het ontbreken van een dringende reden doorgaans evenmin sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten op grond waarvan de werknemer ex artikel 7:673 lid 7 onderdeel c BW zijn recht op de transitievergoeding kwijtraakt. De vraag die rijst is in hoeverre een stapeling van deze vergoedingen mogelijk is en op welke wijze de billijke vergoeding zou moeten worden beïnvloed door het toekennen van een tweetal andere vergoedingen.

In mijn optiek gaat het in dit samenloopvraagstuk om drie verschillende vergoedingen met een eigen karakter en grondslag. De vergoeding ex artikel 7:672 lid 10 (of 7:677 lid 4) BW betreft een compensatie voor de niet in acht genomen opzegtermijn. Dit is wat voor invoering van de WWZ de 'gefixeerde schadevergoeding' werd genoemd. Hiermee wordt slechts hersteld dat bij de opzegging door de werkgever de opzegtermijn niet (correct) is toegepast. Dit staat aldus geheel los van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever.

De transitievergoeding heeft als doel het compenseren van de gevolgen van het ontslag. Deze compensatie wordt geboden door middel van een forfaitaire vergoeding die is gebaseerd op anciënniteit en laatstverdiende salaris.

De billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW compenseert, zoals onder punt 2 van deze annotatie reeds is uiteengezet, het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, bestaande uit het geven van ontslag op staande voet zonder dat aan de vereisten hiervoor is voldaan. Weliswaar heeft de wetgever opgemerkt dat een aanspraak op het ten onrechte niet genoten loon ex artikel 7:672 lid 10 BW kan worden verdisconteerd in de billijke vergoeding (*Kamerstukken I*

2013/14, 33818, C, p. 92-93), maar zulks kan er in mijn optiek nooit toe leiden dat de billijke vergoeding op nihil wordt gesteld. Dit zou immers betekenen dat de werknemer per saldo hetzelfde krijgt als bij een reguliere opzegging (inachtneming opzegtermijn + transitievergoeding), waarmee het ten onrechte verlenen van ontslag op staande voet – door de wetgever notabene gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever – in feite in het geheel niet wordt gesanctioneerd. Hiermee wordt geen recht gedaan aan het punitieve element dat mede ten grondslag ligt aan de billijke vergoeding. Dit geldt ook bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd waarbij een vergoeding van de resterende contractduur er in feite toe leidt dat de werkgever niets meer hoeft te betalen dan wat hij bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst aan salaris was kwijt geweest.

Aansluiting kan in mijn optiek worden gezocht bij de jurisprudentie over het kennelijk onredelijk ontslag onder het oude ontslagrecht, waarin de Hoge Raad heeft aangegeven dat waar in de wet (art. 7:681 (oud) BW) staat dat de rechter een schadevergoeding *kan* toekennen, zulks in de praktijk betekent dat de schadevergoeding ook *moet* worden toegekend bij een oordeel dat het ontslag kennelijk onredelijk is (HR 4 juni 1974, NJ 1977/98 (Derksen/Derksen)). Dit geldt mijns inziens ook voor toekenning van de billijke vergoeding. Als het oordeel van de rechter is dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid, dan *moet* ook een billijke vergoeding worden toegekend. Nu ernstige verwijtbaarheid in artikel 7:681 BW is inbegrepen, zou mijns inziens een geslaagd beroep op artikel 7:681 BW altijd moeten leiden tot toekenning van een billijke vergoeding. De redenering van de Kantonrechter Roermond in onderhavige zaak (r.o. 4.6.6) acht ik daarom op juridische gronden onjuist nu geen recht wordt gedaan aan het karakter van de billijke vergoeding. Werkgevers moeten zich ervan bewust zijn dat een onterecht ontslag op staande voet met zich brengt dat direct een drietal vergoedingen is verschuldigd.

5. Conclusie

Een jaar lang billijke vergoeding heeft vooralsnog meer vragen opgeroepen dan beantwoord. De wetgever heeft er bewust voor gekozen de toepassing van de billijke vergoeding aan de rechtspraak over te laten. Zoals van tevoren reeds voorspeld, is verdeeldheid troef. Een halfjaar na de analyse van Peters en Frikkee & Smorenburg moet worden vastgesteld dat er weinig verbetering zichtbaar is. Weliswaar is duidelijk dat het karakter van de billijke vergoeding zowel bij artikel 7:671b lid 8 onderdeel c als bij artikel 7:681 BW betreft het compenseren van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De wijze waarop deze compensatie wordt vormgegeven verschilt echter van kantonrechter tot kantonrechter. Kern van dit probleem is in mijn optiek dat niet duidelijk is vanuit wiens perspectief de billijke vergoeding moet worden benaderd. Betreft het een compensatie van schade door de werknemer geleden of een bestraffing van de werkgever voor het ernstig verwijtbaar handelen? De Kantonrechter

Alkmaar en Zaanstad (mr. Jansen) heeft een middenweg getracht te vinden en hiermee de facto een soort *punitive damage* geïntroduceerd. Wellicht is dit de sleutel naar de oplossing van het mysterie rondom de billijke vergoeding en ontstaat in de loop der jaren een soort (al dan niet impliciet in de rechtspraak besloten) ‘punitive damage-gids’ waarin de bestraffende component als percentage van de jaaromzet van de werkgever wordt weergegeven. De tijd zal het leren.

ANNOTATIE

De billijke vergoeding: introductie van de punitive damage in het arbeidsrecht?

mr. dr. P. Kruit

1. Inleiding

Het is inmiddels ruim een jaar geleden dat WWZ haar intrede deed voor wat betreft het ontslagrecht. Begrippen als ‘de Kantonrechttersformule’ en ‘kennelijk onredelijk ontslag’ beginnen langzaam uit ons arbeidsrechtelijk gedachtegoed te verdwijnen. De arbeidsrechtpraktijk is in volle gang aan het werk met de limitatieve ontslaggronden, de transitievergoeding en de billijke vergoeding. Met name dit laatste aspect van de billijke vergoeding zorgt – zelfs na een jaar WWZ – nog voor de nodige onduidelijkheid. In de rechtspraak is een grote mate van diversiteit zichtbaar bij toepassing van de billijke vergoeding (C.J. Frikkee & M.E. Smorenburg, ‘Berekening van een billijke vergoeding’, *ArbeidsRecht* 2016/11 en S.S.M. Peters, ‘Billijke vergoedingen hausse in 2016: onttaardt het door de wetgever geregisseerde strakke ballet in een losbandige lambada?’, *AR* 2015-o865). In deze annotatie bespreek ik een drietal aan de billijke vergoeding gelieerde vragen:

1. Heeft de billijke vergoeding in de ontbindingsprocedure en de 681-procedure hetzelfde karakter?
2. Op welke wijze dient de billijke vergoeding te worden berekend?
3. Kunnen de billijke vergoeding, de transitievergoeding en de vergoeding vanwege onregelmatige opzegging met elkaar cumuleren?

2. Karakter van de billijke vergoeding

In de ontbindingsprocedure geldt als uitgangspunt dat de werknemer bij een voldragen ontslaggrond uitsluitend aanspraak kan maken op de transitievergoeding ex artikel 7:673 BW. Op grond van artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW kan enkel in geval van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van de werkgever een aanvullende billijke vergoeding worden toegekend. Het moet volgens de wetgever gaan om uitzonderlijke situaties waarin

sprake is van ‘werkelijk onrecht’ (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61). Gedacht kan worden aan discriminatie, seksuele intimidatie of het ernstig schenden van re-integratieverplichtingen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 34). Het doel van de billijke vergoeding is het compenseren van dit ernstig verwijtbaar handelen en tevens het voorkomen van soortgelijk gedrag in de toekomst (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 32). Er gaat aldus een zekere punitieve werking van de billijke vergoeding uit. Voor artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW staat het al dan niet vereist zijn van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten niet ter discussie, getuige de wettekst. Zo oordeelt ook de Kantonrechter Alkmaar in rechtsoverweging 5.14 van onderhavige uitspraak.

De werknemer die van mening is dat hij ten onrechte op staande voet is ontslagen, heeft op grond van artikel 7:681 BW een tweetal mogelijkheden hiertegen te ageren. Ten eerste kan hij de vernietiging van het ontslag op staande voet verzoeken, zulks door binnen twee maanden na de opzegging een verzoekschrift hiertoe bij de kantonrechter in te dienen. De tweede mogelijkheid betreft het verzoeken van een billijke vergoeding. Ook dit verzoek dient binnen twee maanden na de opzegging door middel van een verzoekschrift bij de kantonrechter te worden neergelegd. In deze tweede situatie legt de werknemer zich neer bij het einde van de arbeidsovereenkomst, maar wenst hij een financiële compensatie te ontvangen voor het feit dat hij ten onrechte is ontslagen. Anders dan in artikel 7:671b lid 8 onderdeel c BW staat in artikel 7:681 BW niet het vereiste van ‘ernstig verwijtbaar handelen of nalaten’ van de werkgever opgenomen als voorwaarde voor toekenning van de billijke vergoeding. Dit roept de vraag op of hiermee dan wellicht een ander karakter aan de billijke vergoeding van artikel 7:681 BW toekomt.

De wetgever heeft hierover in de parlementaire geschiedenis opgemerkt dat ernstig verwijtbaar handelen of nalaten al is inbegrepen bij de voorwaarden waaronder een beroep op artikel 7:681 BW kan worden gedaan. Het geven van een ontslag op staande voet zonder dat aan de daarvoor geldende voorschriften is voldaan is aldus naar zijn aard al ernstig verwijtbaar, zodat de aanspraak op een billijke vergoeding hiermee is gerechtvaardigd (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61; *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 99 en 113). In de visie van de wetgever is het karakter van de billijke vergoeding in de ontbindingsprocedure hiermee gelijk aan dat van de billijke vergoeding bij artikel 7:681 BW, namelijk het compenseren van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten op zodanige wijze dat hiervan een punitief en preventief effect uitgaat. Zowel de Kantonrechter Roermond (r.o. 4.6.3) als de Kantonrechter Zaanstad (r.o. 5.10) komt in de onderhavige uitspraken tot deze conclusie als het gaat om de billijke vergoeding van artikel 7:681 BW.

3. Berekening van de billijke vergoeding

Nu duidelijk is dat met de billijke vergoeding het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever dient te worden gecompenseerd op zodanige wijze dat hiervan een punitief en preventief effect uitgaat, is vervolgens de vraag op welke wijze deze compensatie dient te worden vormgegeven. De wetgever geeft betrekkelijk weinig handvatten die behulpzaam zijn bij het bepalen van de omvang van de billijke vergoeding. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de hoogte van de billijke vergoeding moet aansluiten bij de *uitzonderlijke* (en dus niet: alle) omstandigheden van het geval. Hierbij hoeven (maar mag wel?) criteria als loon en lengte dienstverband geen rol te spelen. Hierbij geldt dat de gevolgen van het ontslag reeds in de transitievergoeding zijn verdisconteerd, zodat deze geen rol mogen spelen bij het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 61). Daarnaast neemt de wetgever als uitgangspunt dat de billijke vergoeding zodanig moet zijn dat dergelijk gedrag in de toekomst door de werkgever wordt nagelaten. Er schuilt aldus een punitief element in de billijke vergoeding (Frikkee & Smorenburg, 2016 en D.M.A. Bij de Vaate & D.B.M. Pinedo, 'Jurisprudentie over de billijke vergoeding: labyrint of duidelijke lijn?', *TRA*, n.n.g.). Uitdrukkelijk is door minister Asscher benoemd dat het niet de bedoeling is dat de Kantonrechtersformule (of een variant hierop) moet worden gebruikt bij het bepalen van de billijke vergoeding (*Handelingen II* 2013/14, 54, item 9, p. 28).

Met deze summiere aanwijzingen zijn de kantonrechters vervolgens op pad gestuurd om in concrete zaken de omvang van de billijke vergoeding vast te stellen. In de literatuur is door verscheidende auteurs reeds geconstateerd dat de weinig concrete aanknopingspunten die de wetgever biedt in de praktijk leiden tot een grote diversiteit in billijke vergoedingen (Frikkee & Smorenburg 2016; Peters 2015; A.R. Houweling & P. Kruit, 'Een jaar WWZ-ontbindingsrechtspraak: een onderzoek naar gepubliceerde en niet-gepubliceerde rechtspraak', *TAP* 2016/264 en Bij de Vaate & Pinedo).

Slechts Peters staat in haar annotatie uitgebreid stil bij de wijze van berekening van de billijke vergoeding. Peters pleit er in haar annotatie voor dat de billijke vergoeding aan de hand van de algemene schadebegrotingsregels van Boek 6 zou moeten worden vastgesteld en (in ieder geval) primair gerelateerd zou moeten zijn aan de schade van de werknemer. Deze stelling van Peters is gedurfd, nu de wetgever immers heeft aangegeven dat 'de gevolgen van het ontslag' geen rol mogen spelen bij het bepalen van de billijke vergoeding. Indien de schadebegrotingsregels van Boek 6 van stal worden gehaald – vergelijkbaar met de berekening van de schadevergoeding uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag onder het oude artikel 7:681 BW – wordt echter direct aangesloten bij de door de werknemer geleden schade als gevolg van het ontslag. Hoe voor de hand liggend, praktisch en begrijpelijk deze stelling van Peters ook is, deze druist direct in tegen hetgeen de wetgever voor ogen heeft gehad. Dit zou wellicht anders kunnen zijn wanneer Peters bedoelt dat niet zozeer de door de werknemer

geleden schade ten gevolge van het beëindigen van de arbeidsovereenkomst, maar enkel de schade geleden door het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever dient te worden gecompenseerd. Ik denk dan veeleer aan een soort immateriële schadevergoeding, althans genoegdoening voor het leed dat de werknemer is aangedaan. Ter illustratie: een werknemer die door zijn werkgever seksueel wordt geïntimideerd als gevolg waarvan de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, zou enkel de schade geleden als gevolg van de seksuele intimidatie vergoed moeten krijgen en *niet* de schade als gevolg van het eindigen van de arbeidsovereenkomst. Deze laatste schade is immers reeds verdisconteerd in de transitievergoeding.

In de discussie rondom het vaststellen van de hoogte van de billijke vergoeding speelt zoals opgemerkt ook het punitief karakter een rol. Het toepassen van de schadebegrotingsregels uit Boek 6 BW miskent dit punitieve element, omdat uitsluitend de werknemer en de door hem geleden schade centraal staan. Indien de omvang van de billijke vergoeding wordt bepaald met als uitgangspunt dat de vergoeding een bestraffend karakter moet hebben en daarmee tot preventie moet leiden, dan is de door de werknemer geleden schade in feite niet relevant. Immers, niet het perspectief van de werknemer die ernstig verwijtbaar is behandeld, maar het perspectief van de werkgever die ernstig verwijtbaar heeft gehandeld staat centraal. De hoogte van de billijke vergoeding moet in dat geval aansluiten bij wat door de betreffende werkgever als 'punitief' wordt beschouwd. De billijke vergoeding wordt alsdan geheel losgekoppeld van de individuele werknemer en uitsluitend beschouwd vanuit de hoedanigheid van de werkgever. Ter illustratie: het kan in deze benadering dus zo zijn dat een werknemer die door de bakker op de hoek wordt gediscrimineerd met een billijke vergoeding van € 10.000 wordt gecompenseerd – dit is voor de betreffende werkgever al behoorlijk punitief – terwijl een werknemer die bij een grote bank op soortgelijke wijze wordt gediscrimineerd wellicht het tienvoudige aan billijke vergoeding ontvangt. Leidt deze benadering dan niet tot ongelijkheid? Ik meen van niet. In het arbeidsrecht zijn we gewend altijd vanuit de (beschermende) bril van de werknemer te kijken. Gelijke werknemers moeten gelijk behandeld worden. Echter, in het geval van toepassing van de billijke vergoeding zou dit werknemersperspectief wellicht moeten worden ingeruild voor een benadering die op de werkgever is geënt. Immers, de wettelijke transitievergoeding is al volledig geschreven vanuit werknemersperspectief en behoort de (forfaitaire) schade van de beëindiging van het dienstverband te compenseren. Het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten zou in mijn optiek meer vanuit het perspectief van de werkgever moeten worden beschouwd. De werkgever krijgt een tik op de vingers vanwege zijn ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Wat als 'tik op de vingers' wordt beschouwd verschilt uiteraard per werkgever, maar zou bijvoorbeeld gerelateerd kunnen worden aan de door de werkgever behaalde jaaromzet. Deze benadering vanuit werkgeversperspectief sluit mijns inziens ook meer aan bij de door de wetgever verstrekte handvatten (compensatie van het

ernstig verwijtbaar handelen, geen gevolgcriterium, meewegen van de uitzonderlijke omstandigheden van het geval en loon en lengte dienstverband spelen in beginsel geen rol). Hiermee verwordt de billijke vergoeding niet zozeer tot een voor de werknemer op maat gesneden compensatie, maar tot een passende en treffende sanctie voor de werkgever. Deze benadering, die ertoe leidt dat elementen als 'loon' en 'lengte dienstverband' geen rol meer spelen, zorgt er echter wel voor dat werknemers met een kort dienstverband een ten opzichte van hun dienstverband zeer hoge vergoeding krijgen. Dit is in mijn optiek niet bezwaarlijk, nu blijkens de parlementaire geschiedenis 'loon en lengte dienstverband' geen rol hoeven (lees: behoren?) te spelen (*Kamerstukken II 2013/14, 33818, 4, p. 61*).

Indien naar de onderhavige beschikkingen wordt gekeken, dan blijkt hieruit welk een verschillende benaderingen worden gekozen. Zo oordeelt de Kantonrechter Roermond in zijn beschikking (r.o. 4.6.5) dat 'uit de wetsgeschiedenis volgt dat de billijke vergoeding niet al te hoog dient te zijn'. Deze overweging heb ik in de wetsgeschiedenis niet kunnen terugvinden. Sterker nog, deze overweging is in mijn optiek juist in strijd met de gedachte van de wetgever dat de billijke vergoeding een afschrikwekkend karakter moet hebben. De kantonrechter besluit de billijke vergoeding vervolgens op nihil vast te stellen omdat 'buiten het feit dat de werkgever de arbeidsovereenkomst onrechtmatig heeft opgezegd, geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen' (r.o. 4.6.6). Deze overweging van de kantonrechter miskent dat de wetgever expliciet heeft benoemd dat het onrechtmatig opzeggen van de arbeidsovereenkomst naar zijn aard reeds ernstig verwijtbaar is. Door hier vervolgens geen sanctie aan te verbinden komt de werkgever feitelijk ongestraft weg met het geven van een onterecht ontslag op staande voet.

In de beschikkingen van de Kantonrechter Alkmaar en de Kantonrechter Zaanstad wordt opgemerkt dat bij bepaling van de billijke vergoeding ook de gevolgen van het ontslag kunnen worden betrokken. In het licht van de opmerking van de wetgever dat zulks uitdrukkelijk *niet* de bedoeling is, acht ik deze overweging opmerkelijk. De kantonrechter vervolgt met de opmerking dat de billijke vergoeding geen concrete schadeberekening inhoudt en dat ook aandacht moet worden geschonken aan het punitieve element. Dit uitgangspunt lijkt mij dan weer wel correct. Het is spijtig dat de Kantonrechter Zaanstad vervolgens direct besluit een billijke vergoeding toe te kennen van € 15.000 bruto, gelijk aan het verzoek van de werknemer, zonder toe te lichten op welke wijze het punitieve element hiermee voldoende tot uitdrukking wordt gebracht.

Door enerzijds het punitieve element in de billijke vergoeding te betrekken en anderzijds ook rekening te houden met de gevolgen van het ontslag voor de werknemer (de schade die de werknemer lijdt) introduceert de Kantonrechter Zaanstad feitelijk een soort '*punitive damage*' in het arbeidsrecht. Wellicht dat deze benadering een middenweg is tussen de eerder door

Peters bepleite stroming van schadevergoeding aan de werknemer begroot aan de hand van de regels van Boek 6 BW en mijn hiervoor beschreven pleidooi voor het vaststellen van de billijke vergoeding uitsluitend op basis van het punitieve karakter van deze vergoeding. Deze in Angelsaksische rechtstelsels breed gedragen vorm van schadevergoeding met een bestraffend element zou bij mijn weten nieuw zijn in het Nederlands (arbeids)recht. Wellicht dat hiermee een begin is gemaakt in de oplossing van het vraagstuk naar de begroting van de billijke vergoeding. In mijn optiek wordt hiermee wel recht gedaan aan het karakter van de vergoeding.

4. Cumulatie van vergoedingen

Bij een onterecht gegeven ontslag op staande voet kan de werknemer naast de billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW tevens een gefixeerde schadevergoeding verzoeken ex artikel 7:672 lid 10 BW wegens het niet in acht nemen van de opzegtermijn of wegens het voortijdig eindigen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zonder tussentijds opzegbeding ex artikel 7:677 lid 4 BW. Voorts kan de werknemer aanspraak maken op een transitievergoeding, aangezien het dienstverband door opzegging is geëindigd en er vanwege het ontbreken van een dringende reden doorgaans evenmin sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten op grond waarvan de werknemer ex artikel 7:673 lid 7 onderdeel c BW zijn recht op de transitievergoeding kwijtraakt. De vraag die rijst is in hoeverre een stapeling van deze vergoedingen mogelijk is en op welke wijze de billijke vergoeding zou moeten worden beïnvloed door het toekennen van een tweetal andere vergoedingen.

In mijn optiek gaat het in dit samenloopvraagstuk om drie verschillende vergoedingen met een eigen karakter en grondslag. De vergoeding ex artikel 7:672 lid 10 (of 7:677 lid 4) BW betreft een compensatie voor de niet in acht genomen opzegtermijn. Dit is wat voor invoering van de WWZ de 'gefixeerde schadevergoeding' werd genoemd. Hiermee wordt slechts hersteld dat bij de opzegging door de werkgever de opzegtermijn niet (correct) is toegepast. Dit staat aldus geheel los van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever.

De transitievergoeding heeft als doel het compenseren van de gevolgen van het ontslag. Deze compensatie wordt geboden door middel van een forfaitaire vergoeding die is gebaseerd op anciënniteit en laatstverdiende salaris.

De billijke vergoeding ex artikel 7:681 BW compenseert, zoals onder punt 2 van deze annotatie reeds is uiteengezet, het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, bestaande uit het geven van ontslag op staande voet zonder dat aan de vereisten hiervoor is voldaan. Weliswaar heeft de wetgever opgemerkt dat een aanspraak op het ten onrechte niet genoten loon ex artikel 7:672 lid 10 BW kan worden verdisconteerd in de billijke vergoeding (*Kamerstukken I*

2013/14, 33818, C, p. 92-93), maar zulks kan er in mijn optiek nooit toe leiden dat de billijke vergoeding op nihil wordt gesteld. Dit zou immers betekenen dat de werknemer per saldo hetzelfde krijgt als bij een reguliere opzegging (inachtneming opzegtermijn + transitievergoeding), waarmee het ten onrechte verlenen van ontslag op staande voet – door de wetgever notabene gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever – in feite in het geheel niet wordt gesanctioneerd. Hiermee wordt geen recht gedaan aan het punitieve element dat mede ten grondslag ligt aan de billijke vergoeding. Dit geldt ook bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd waarbij een vergoeding van de resterende contractduur er in feite toe leidt dat de werkgever niets meer hoeft te betalen dan wat hij bij instandhouding van de arbeidsovereenkomst aan salaris was kwijt geweest.

Aansluiting kan in mijn optiek worden gezocht bij de jurisprudentie over het kennelijk onredelijk ontslag onder het oude ontslagrecht, waarin de Hoge Raad heeft aangegeven dat waar in de wet (art. 7:681 (oud) BW) staat dat de rechter een schadevergoeding *kan* toekennen, zulks in de praktijk betekent dat de schadevergoeding ook *moet* worden toegekend bij een oordeel dat het ontslag kennelijk onredelijk is (HR 4 juni 1974, *NJ* 1977/98 (Derksen/Derksen)). Dit geldt mijns inziens ook voor toekenning van de billijke vergoeding. Als het oordeel van de rechter is dat sprake is van ernstige verwijtbaarheid, dan *moet* ook een billijke vergoeding worden toegekend. Nu ernstige verwijtbaarheid in artikel 7:681 BW is inbegrepen, zou mijns inziens een geslaagd beroep op artikel 7:681 BW altijd moeten leiden tot toekenning van een billijke vergoeding. De redenering van de Kantonrechter Roermond in onderhavige zaak (r.o. 4.6.6) acht ik daarom op juridische gronden onjuist nu geen recht wordt gedaan aan het karakter van de billijke vergoeding. Werkgevers moeten zich ervan bewust zijn dat een onterecht ontslag op staande voet met zich brengt dat direct een drietal vergoedingen is verschuldigd.

5. Conclusie

Een jaar lang billijke vergoeding heeft vooralsnog meer vragen opgeroepen dan beantwoord. De wetgever heeft er bewust voor gekozen de toepassing van de billijke vergoeding aan de rechtspraak over te laten. Zoals van tevoren reeds voorspeld, is verdeeldheid troef. Een halfjaar na de analyse van Peters en Frikkee & Smorenburg moet worden vastgesteld dat er weinig verbetering zichtbaar is. Weliswaar is duidelijk dat het karakter van de billijke vergoeding zowel bij artikel 7:671b lid 8 onderdeel c als bij artikel 7:681 BW betreft het compenseren van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. De wijze waarop deze compensatie wordt vormgegeven verschilt echter van kantonrechter tot kantonrechter. Kern van dit probleem is in mijn optiek dat niet duidelijk is vanuit wiens perspectief de billijke vergoeding moet worden benaderd. Betreft het een compensatie van schade door de werknemer geleden of een bestraffing van de werkgever voor het ernstig verwijtbaar handelen? De Kantonrechter

Alkmaar en Zaanstad (mr. Jansen) heeft een middenweg getracht te vinden en hiermee de facto een soort *punitive damage* geïntroduceerd. Wellicht is dit de sleutel naar de oplossing van het mysterie rondom de billijke vergoeding en ontstaat in de loop der jaren een soort (al dan niet impliciet in de rechtspraak besloten) ‘punitive damage-gids’ waarin de bestraffende component als percentage van de jaaromzet van de werkgever wordt weergegeven. De tijd zal het leren.