

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 43, 2016

Nummer 43, 2016

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4702 20-10-2016

werknemer/Federal Express Europe Inc.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:3094 18-10-2016

Connexxion Taxi Services B.V./werknemer

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:3001 18-10-2016

werknemer/werkgever

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:3036 14-10-2016

werkneemster/Stichting MEE Zuid-Holland Noord

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:8169 12-10-2016

werknemer/Stichting Domesta

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:8228 11-10-2016

Vlaar Groningen B.V./werknemer c.s.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4099 11-10-2016

X B.V./werknemer

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:4537 11-10-2016

Façade B.V./werknemers

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2016:8199 11-10-2016

Gemeente Haren/werknemer c.s.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:4118 11-10-2016

werkneemster/GCA Events B.V.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:3039 27-09-2016

werkgever/werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:3932 27-09-2016

V.o.f. Biggym, Big Holding B.V. en X Beheer/werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2016:2682 05-07-2016

CSU Personeel B.V./werknemer c.s.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2016:2430 05-07-2016

AM BV/werknemer

Rechtbank

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2016:6533 19-10-2016

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:4612 19-10-2016

werknemer/BRF Holland BV

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:7868 13-10-2016

Ballast Nedam Infra B.V./werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:6651 05-10-2016

werknemer/werkgeefster

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:4578 05-10-2016

Stichting Zorggroep Oude en Nieuwe Land/werkneemster

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:6726 05-10-2016

ServiceNow Nederland B.V./werknemer

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:5269 05-10-2016

X/Y c.s.

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:6650 04-10-2016

werkneemster/Nederlandse Vereniging van Banken

Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2016:3729 26-09-2016

werkneemster/Stichting Livio

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2016:6611 29-08-2016

werknemer/Elephant Talk Europe Holding B.V.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:5507 27-07-2016

werkneemster/werkgever

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:5508 27-07-2016

werkgeefster/werknemer

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2016:5506 20-07-2016

werkgeefster/werkneemster

Centrale Raad van Beroep

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:RBMID:2006:AV8233 04-11-2016

werkgeefster/werkneemster

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:3817 07-10-2016

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2016:3722 14-09-2016

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Gelderland 03-10-2016

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Noord-Nederland 19-10-2016

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

werknemer/Federal Express Europe Inc.

Verzoek herstel arbeidsovereenkomst afgewezen. Wel heeft de kantonrechter op te korte termijn ontbonden. Vermoeden van onder meer bipolaire stoornis en depressiviteit werknemer. Mede daardoor geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen werknemer.

Werknemer is op 17 september 2014 als koerier in dienst getreden bij Federal Express Europe Inc. (hierna: Fedex). Bij brief van 16 november 2015 heeft Fedex een schriftelijke waarschuwing aan werknemer verzonden wegens ongeoorloofde afwezigheid. Op 4 december 2015 is werknemer niet komen werken. Volgens werknemer heeft hij zich op die dag (weer) volledig ziek gemeld, hetgeen Fedex heeft betwist. Op 8 december 2015 heeft Fedex een uitvoerige brief gestuurd met als onderwerpen: 'niet opvolgen van het verzuimbeleid en de gemaakte re-integratieafspraken; niet op het werk verschijnen zonder bericht; opschorten loon vanwege niet opvolgen van het verzuimbeleid'. Vanaf 10 januari 2016 is werknemer e-mails gaan sturen naar managers van Fedex waarin hij, zachtst gezegd, zijn ongenoegen heeft geuit over de opstelling van Fedex. Bij de bestreden beschikking heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbonden op grond van verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer. De kantonrechter was van oordeel dat het daarbij ging om ernstige verwijtbaarheid, zodat met toepassing van artikel 7:671b lid 8 aanhef en onderdeel b BW de arbeidsovereenkomst is ontbonden met ingang van 1 mei 2016. Werknemer verzoekt thans onder meer herstel van de arbeidsovereenkomst. Werknemer vordert een billijke vergoeding voor de situatie dat de arbeidsovereenkomst terecht is ontbonden, vanwege ernstig verwijtbaar handelen van Fedex.

Het hof oordeelt als volgt. De grieven van werknemer hebben voor een groot deel betrekking op de grond voor ontbinding (de e-grond). De kantonrechter heeft de g-grond onbesproken gelaten en daarop is werknemer in hoger beroep (begrijpelijk) niet nader ingegaan. Wanneer het hof er veronderstellenderwijs van uitgaat dat de grieven tegen het oordeel dat de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden op de e-grond slagen, dan brengt de devolutieve werking van het hoger beroep mee dat het hof zal moeten beoordelen of ontbinding mogelijk was op de g-grond. Het hof is van oordeel dat in dit geval sprake is van

een ernstige en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. Immers, werknemer heeft e-mails verstuurd aan de managers van Fedex, waarin hij zich volstrekt ongepast heeft uitgelaten. Zo heeft hij onder meer aan zijn managers laten weten dat zij met zijn ziekmelding frauderen en vermeldt dat hij aangifte heeft gedaan bij het OM tegen de managers van Fedex – hetgeen hij ook daadwerkelijk heeft gedaan – omdat Fedex hem het loon niet betaalde. In een mail van 20 januari 2016 aan een manager en een HRS Representative (en diverse andere personen) heeft hij hen ‘de 2 grootste sadisten die Fedex kent’ genoemd en heeft hij vermeld ‘ik zal nooit meer met deze 2 personen samenwerken’. Het hof is van oordeel dat werknemer de relatie met Fedex met deze uitlatingen jegens zijn leidinggevenden zo ernstig en diepgaand heeft verstoord, dat de nadien aangeboden excuses dat niet meer ongedaan kunnen maken. Anders dan werknemer heeft aangevoerd, kon van Fedex niet meer worden verlangd dat zij zich zou inspannen om de verhoudingen weer te normaliseren. Daarvoor zijn de hiervoor genoemde uitlatingen van werknemer te kwalijk geweest. Het hof is dus van oordeel dat de arbeidsovereenkomst terecht is ontbonden. Het hof zal daarom het verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst afwijzen.

Met betrekking tot de gevorderde billijke vergoeding oordeelt het hof als volgt. Werknemer heeft onder meer aangevoerd dat Fedex zijn arbeidsongeschiktheid ten onrechte in twijfel heeft getrokken. Het hof volgt werknemer hierin niet. Werknemer is arbeidsongeschikt geacht voor de bedongen arbeid. Dat is niet in geschil en nimmer in geschil geweest. Ook heeft werknemer aangevoerd dat Fedex een deskundigenoordeel had moeten aanvragen en niet werknemer zelf. Ook hierin volgt het hof werknemer niet. Het wettelijk systeem leidt ertoe dat werknemer het initiatief daartoe diende te nemen en niet Fedex. Zoals het hof inmiddels in meerdere beschikkingen heeft overwogen is het van oordeel dat een billijke vergoeding als de onderhavige slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden toegekend, waarin sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Daarvan is in dit geval bij lange na geen sprake.

Hoewel het gedrag van werknemer in strijd is geweest met de redelijke voorschriften en instructies van Fedex, dient daarbij te worden betrokken dat uit onweersproken onderzoek een vermoeden naar voren is gekomen dat hij een bipolaire stoornis en een somatoforme stoornis NAO heeft en depressief was. Het hof acht dit een belangrijk gezichtspunt bij de beantwoording van de vraag of sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van werknemer. Het hof komt tot de conclusie dat van ernstige verwijtbaarheid in die zin geen sprake is en dat de arbeidsovereenkomst op te korte termijn is ontbonden. Wanneer de onderhavige bepaling niet was toegepast dan had de arbeidsovereenkomst niet eerder dan met ingang van 1 juni 2016 ontbonden kunnen worden. Het hof zal de beslissing van de kantonrechter in die zin wijzigen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 20-10-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4702

Zaaknummer: 200 193 045_01

Rechters: M. van Ham, J.F.M. Pols en P.P.M. Rousseau

Advocaten: D.M.J.M.G. Cuijpers en G.W. van Roeters Lennep

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 onderdeel g BW en 7:68z BW

RECHTSPRAAK

werknemer/BRF Holland BV

***Toewijzing vorderingen van werknemer tot tewerkstelling en
rectificatie, hangende een ontslagprocedure wegens reorganisatie.***

Werknemer is op 26 maart 2001 in dienst getreden bij BRF Holland BV (hierna: BRF Holland). Op 30 augustus 2016 is aan werknemer medegedeeld dat zijn functie per 31 januari 2017 zal komen te vervallen als gevolg van een wijziging in de bedrijfsstructuur. Werknemer is vervolgens afgesloten van het systeem bij werkgever. Bovendien is zowel intern als extern aan bepaalde mensen geïnformeerd over het vertrek van werknemer. Werknemer vordert veroordeling van BRF Holland om werknemer zonder belemmeringen in staat te stellen zijn werkzaamheden weer uit te oefenen. Daarnaast vordert werknemer dat zowel intern binnen de organisatie van BRF Holland als extern (klanten/relaties) een rectificatie zal worden verspreid waarin wordt bericht dat werknemer weer met zijn taken is belast.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Na 30 augustus 2016 zijn werkzaamheden bij werknemer weggehaald, die vervolgens zijn ondergebracht bij collegae. Daarnaast zijn ook werkzaamheden weggefallen of verminderd. Anders dan door BRF Holland is gesteld is voldoende aannemelijk geworden dat het daarbij niet gaat om slechts een klein gedeelte van de werkzaamheden van werknemer dat bij hem is weggehaald. Ter zitting is immers onweersproken gebleven dat werknemer vanaf 1 april 2016 actief is geworden als accountmanager in kipproducten op de Duitse markt en dat hij zich daarnaast heeft beziggehouden met het onderbrengen van werkzaamheden en kleine klanten in Nederland en België bij grotere distributeurs. Momenteel verricht werknemer niet of nauwelijks nog werkzaamheden op de Duitse markt, hetgeen bovendien wordt bevestigd in de overgelegde klantenlijsten, waarin zijn naam als verantwoordelijk accountmanager niet (meer) wordt genoemd, in tegenstelling tot de namen van zijn collega's X en Y. Bovendien zijn de werkzaamheden in België in omvang inmiddels sterk afgenomen. Daarbij komt tot slot nog dat deze veranderingen er intussen toe hebben geleid dat werknemer nog slechts voor twee tot drie uur per dag werk heeft. Dit alles bij elkaar maakt dat werknemer een substantieel gedeelte van de werkzaamheden die hij tot 30 augustus 2016 verrichtte niet meer doet. Het feit dat werknemer inmiddels weer beschikt over zijn e-mailaccount en toegang heeft tot zijn

bestanden doet hieraan niet af. Met betrekking tot het verweer van BRF Holland dat zij een deel van de werkzaamheden van werknemer alvast heeft overgedragen aan Y met het oog op de voorgenomen reorganisatie en de te behalen efficiencyslag en dat dat tot haar vrijheid als ondernemer behoort, wordt als volgt overwogen. Er is in dit geval niet een voldoende zwaarwegend belang aan de zijde van de werkgever om, vooruitlopend op de procedure bij UWV, werknemer feitelijk al grotendeels buiten spel te zetten, terwijl de grond daarvoor (de gestelde opheffing van zijn functie) nog niet eens is komen vast te staan. De kantonrechter merkt op dat het momenteel immers nog volstrekt onduidelijk is waarom de functie van werknemer (als enige accountmanagerfunctie in Nederland) zou komen te vervallen (hieromtrent zijn geen stukken in het geding gebracht) en of UWV in verband hiermee de gevraagde toestemming voor het ontslag van werknemer zal verlenen, nu werknemer heeft aangegeven daartegen inhoudelijk verweer te gaan voeren. Ook de toets van UWV naar de mogelijke herplaatsbaarheid van werknemer, al dan niet in het licht van het tegelijkertijd omzetten van bepaaldetijdcontracten naar onbepaaldetijdcontracten van andere werknemers, moet nog volledig plaatsvinden. BRF Holland loopt met haar handelen dan ook in vergaande mate vooruit op de procedure bij UWV en schendt daarmee de belangen van werknemer, terwijl zij hem ook nog bemoeilijkt in zijn verweer bij UWV doordat bepaalde zaken mogelijk straks als 'fait accompli' zullen kunnen gaan gelden. Gelet hierop dient het belang van werknemer bij behoud van zijn werkzaamheden zwaarder te wegen dan het belang van BRF Holland bij het – uit oogpunt van efficiency – alvast wegnemen van een substantieel deel van het werk bij werknemer. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat BRF Holland niet als goed werkgever heeft gehandeld door werknemer niet langer in staat te stellen zijn bedongen arbeid in een substantiële omvang te verrichten. De vordering om intern een rectificatie te sturen is eveneens toewijsbaar, temeer nu BRF Holland heeft toegestaan dat X, zonder overleg met werknemer, rauwelijs op 30 augustus 2016 een bericht aan Customer Service heeft gezonden waaruit volgt dat werknemer in de toekomst überhaupt niet meer beschikbaar zal zijn. De kantonrechter wijst de vordering tot het versturen van een externe rectificatie af, omdat deze vordering onvoldoende is gespecificeerd.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 19-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:4612

Zaaknummer: 5370584

Rechters: E.T.M. Zwart-Sneek

Advocaten: M. de Jong en B.H.E. Veldmaat

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

Connexxion Taxi Services B.V./werknemer

Hoger beroep BIOS-zaak: geen sprake van overgang van onderneming wegens ontbreken overname wezenlijke activa WMO-vervoer en wezenlijk deel van het personeel.

(Hoger beroep van AR 2016-0838.) Stichting ROGplus Nieuwe Waterweg Noord (hierna: ROGplus) heeft een Europese openbare aanbesteding georganiseerd voor het uitvoeren van de dienst Regiotaxi Waterweg met betrekking tot het collectief vraagafhankelijk vervoer voor Wmo-geïndiceerde reizigers (Wmo = Wet maatschappelijke ondersteuning) vanuit de deelnemende gemeenten in de regio Maassluis, Schiedam en Vlaardingen (hierna: de Opdracht) per 1 augustus 2016. ZCN is sedert 2013 contracthouder en de zittende dienstverlener. Zij heeft de Opdracht uitbesteed aan onderaannemer Bios Personenvervoer (h.o.d.n. Reva Taxi B.V.). Ter uitvoering van de Opdracht huurt Bios Personenvervoer personeel in van Bios, de personeels-bv van ZCN. Op 12 april 2016 is de Opdracht definitief aan Connexxion gegund. Op partijen bij dit geschil is de CAO Taxivervoer en de CAO Sociaal Fonds Taxi (hierna: CAO SFT) van toepassing. De regeling 'Overgang Personeel bij Overgang Vervoerscontracten' (hierna: de OPOV-regeling) maakt onderdeel uit van de CAO Taxivervoer en de CAO SFT. Op grond van de OPOV-regeling dient de nieuwe vervoerder aan 75% van de betrokken werknemers (in de zin van art. 1.1a van de OPOV-regeling) een schriftelijk baanaanbod te doen (kort gezegd aan de werknemers met de hoogste anciënniteit). Kern van het geschil tussen partijen is de vraag of de overgang van de Opdracht van Bios naar Connexxion kwalificeert als een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW. De kantonrechter oordeelde dat ondanks het feit dat er geen taxi's zijn overgegaan, niettemin sprake is van overgang van onderneming.

Het hof oordeelt als volgt. Anders dan de kantonrechter is het hof voorshands van oordeel dat de overgang van de Opdracht van ZCN/Bios naar Connexxion in de gegeven situatie niet kan worden gekwalificeerd als overgang van onderneming. Het gaat hier om de uitvoering van een taxidienst met betrekking tot het collectief vraagafhankelijk vervoer voor Wmo-geïndiceerde reizigers. De aard van deze dienst brengt mee dat de uitvoering ervan een belangrijke inzet van materieel, middelen en personeel vereist. Er is geen sprake van overgang van enige

materiële activa van betekenis. De taxivoertuigen, die waren geleased door ZCN/Bios voor de duur van de aanbesteding, zijn niet overgegaan naar Connexxion. De 'back-office'-werkzaamheden worden na 1 augustus 2016 verricht vanuit het bedrijfspand van Connexxion en niet vanuit de locatie waar ZCN/Bios voorheen deze werkzaamheden verrichtte. De voornaamste materiële activa, waarvan in de onderhavige procedure vast is komen te staan dat het gebruik daarvan is overgegaan van ZCN/Bios naar Connexxion, zijn elf rolstoelen. Dat de rolstoelen eigendom zijn van ROGplus en slechts in bruikleen zijn van de opdrachtnemer is daarbij niet van belang, gelet op het oordeel van het HvJ EU in het arrest van 15 december 2005, *JAR* 2006/19, (Güney-Görres/Securicor)). Waar het om gaat is dat de nieuwe opdrachtnemer de beschikking krijgt over de bedrijfsmiddelen. Gesteld noch gebleken is echter dat de rolstoelen een wezenlijk element vormen voor het uitvoeren van de dienst. Dat de taxizuil/boekingsterminal – via welke zuil klanten vervoer kunnen bestellen – door Connexxion van ZCN/Bios is overgenomen, is door Connexxion betwist. Naar het hof begrijpt maakt Connexxion wel gebruik van de zuil waarvan ZCN/Bios voorheen ook gebruik maakte, maar is de computer waarvan in combinatie met deze zuil gebruik werd gemaakt door Connexxion vervangen omdat deze niet aansloot op het eigen computersysteem. Het hof is echter niet gebleken dat deze zuil een meer dan beperkte rol vervult bij het boeken van taxiriten, aangezien deze zuil zich slechts op één locatie bevindt (het Vlietlandziekenhuis). Er is dan ook geen sprake van overgang van materiële activa van betekenis. Evenmin is sprake van overgang naar Connexxion van vrijwel het gehele personeel, noch van een wezenlijk deel van het personeel qua aantal en deskundigheid. In eerste aanleg is als productie een lijst overgelegd van werknemers die werkzaam waren bij ZCN/Bios ten behoeve van Regiotaxi Waterweg. Deze lijst vermeldt 61 werknemers: 51 chauffeurs en 10 overig personeel (centralisten/planners en telefonisten). Weliswaar kent de cao de verplichting om aan 75% van het personeelsbestand een baanaanbod te doen, maar Connexxion heeft ter zitting onweersproken gesteld dat van de 61 werknemers slechts 27 van de 51 chauffeurs bij haar in dienst zijn getreden na het accepteren van het baanaanbod. De kantonrechter is in haar vonnis uitgegaan van de verwachting dat ten minste een 'fors deel van het personeel' zou overgaan van Bios naar Connexxion, maar van overgang van een fors deel van het personeel is in de praktijk naar het oordeel van het hof geen sprake geweest. De overgang van 27 chauffeurs kan evenmin worden aangemerkt als een wezenlijk deel van het personeel qua aantal en deskundigheid. Weliswaar worden in het Bestek kwaliteitseisen aan het door de opdrachtnemer in te zetten personeel gesteld, maar anders dan de kantonrechter is het hof voorshands van oordeel dat niet aannemelijk is geworden dat de 27 chauffeurs die bij in Connexxion in dienst zijn getreden over dermate bijzondere kennis en vaardigheden beschikken dat zij als een wezenlijk deel van het personeel qua aantal en deskundigheid kunnen worden aangemerkt. De overgang van het klantenbestand, het overzicht van de reeds

geboekte ritten en het bestand met bijzondere wensen van pashouders, leggen naar het oordeel van het hof onvoldoende gewicht in de schaal om te kunnen leiden tot het oordeel dat sprake is van overgang van onderneming. In de gegeven situatie, waarin geen materiële activa van betekenis zijn overgegaan en evenmin sprake is van overgang van een wezenlijk deel van het personeel, is naar het voorshandse oordeel van het hof geen sprake van behoud van identiteit van de entiteit.

De vordering van werknemers tot inzage ex artikel 843a Rv in stukken om te beoordelen of de OPOV-regeling wel juist is nageleefd wordt toegewezen.

De vordering tot terugbetaling van loon wordt afgewezen nu werknemers kennelijk een prestatie hebben verricht gedurende het hoger beroep.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 18-10-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:3094

Zaaknummer: 200.197.203/01

Advocaten: B. Schouten en K. van Kranenburg-Haspians

Wetsartikelen: 7:662 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Doorstart waarbij voormalig directeur ‘vestigingsdirecteur’ wordt van de doorstart leidt tot ‘zodanige banden’-criterium. Ketenregeling opvolgend werkgeverschap.

Werknemer is in 1979 in dienst getreden van X Fabriek. Op eigen aangifte is X Fabriek bij vonnis van 22 oktober 2013 failliet verklaard. De curator heeft de arbeidsovereenkomst van werknemer per 25 oktober 2013 opgezegd. Er heeft een doorstart plaatsgevonden waarbij de voormalig directeur/eigenaar in dienst is getreden van de doorstart. Werknemer heeft een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (14 maanden) gekregen. Deze overeenkomst is één keer verlengd. Werknemer stelt zich op het standpunt dat sprake is van opvolgend werkgeverschap ex artikel 7:668a BW. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. In het arrest van de Hoge Raad van 11 mei 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BV9603, r.o. 3.4) zijn twee criteria genoemd voor de uitleg van artikel 7:668a lid 2 (oud) BW. Dit betekent dat aan de eis dat de nieuwe werkgever redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn, in de regel is voldaan indien enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, en anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. De werkzaamheden zijn hetzelfde gebleven, dus aan de eerste eis is voldaan. Wat de tweede eis betreft oordeelt het hof als volgt. Werknemer en directeur hebben vierendertig jaar lang samengewerkt. De laatste vier jaar tot aan het faillissement was de directeur, directeur van de Fabriek en had hij ‘op grond van zijn ervaringen met werknemer inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid’ voor de functie bij werknemer. Dat is niet in geschil. Directeur heeft als directeur van de Fabriek voor het faillissement – in ieder geval oriënterend – gesproken met X, moedermaatschappij van werkgever, over een mogelijke gedeeltelijke overname. Dat is toen op niets uitgelopen. Er mag mede hierom worden aangenomen dat directeur na het faillissement in relevante mate betrokken is geweest bij de doorstart. Immers,

X was uitsluitend geïnteresseerd in de overname van een aantal langjarige projecten/opdrachten en directeur heeft haar een lijst verstrekt van de daarop werkzame werknemers van de Fabriek. De doorstart is zeer kort na de faillissementsdatum gerealiseerd en in het persbericht van 28 oktober 2010 is onder meer vermeld ‘Toen wij werden benaderd door de directie van werkgever kwamen wij snel tot overeenstemming’. Bij deze gang van zaken heeft werkgever voor de indiensttreding van werknemer het inzicht van directeur in de ‘hoedanigheden en geschiktheid’ van werknemer kunnen verkrijgen. Gelet op de betrokkenheid van directeur bij zowel de Fabriek als bij werkgever is er sprake van ‘zodanige banden’ tussen beide werkgevers dat bedoeld inzicht ook aan werkgever moet worden toegerekend. Of werkgever dit inzicht daadwerkelijk heeft gebruikt kan in het midden blijven.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 18-10-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:3001

Zaaknummer: 200.180.082/01

Rechters: R.S. van Coevorden, C.J. Frikkee en M. Flipse

Advocaten: L.A. Jansen en R. Simons

Wetsartikelen: 7:688a BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting MEE Zuid-Holland Noord

Het slapend laten voortbestaan door werkgever van de arbeidsovereenkomst van partijen om op die manier te ontkomen aan het betalen aan werkneemster van de transitievergoeding bij het einde van de arbeidsovereenkomst, is rechtens niet ongeoorloofd.

Werkneemster is op 1 augustus 1998 in dienst getreden bij MEE Zuid-Holland Noord (hierna: MEE-ZHN). Werkneemster zal op 12 december 2017 de voor haar geldende pensioengerechtigde leeftijd van 65 jaar en 7 maanden bereiken. Zij is op 14 oktober 2013 arbeidsongeschikt geraakt. Bij beslissing van het UWV d.d. 25 september 2015 is werkneemster met ingang van 12 oktober 2015 een loongerelateerde WGA-uitkering op grond van de WIA toegekend op basis van een arbeidsongeschiktheid van 100%. In de brief staat ook dat de verplichting van de werkgever het loon door te betalen stopt. Werkgever heeft sindsdien het dienstverband 'slapend' gehouden. Werkneemster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst van partijen met veroordeling van MEE-ZHN tot betaling van een bedrag ter grootte van de door haar berekende transitievergoeding, € 50.686,55 bruto, ter zake van schadevergoeding, primair op grond van artikel 7:686 BW, subsidiair op grond van artikel 7:611 BW. De kantonrechter heeft het verzoek van werkneemster afgewezen. Tegen dit vonnis komt werkneemster in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. Het is op zich de keuzevrijheid/beleidsvrijheid van een werkgever om al dan niet ontbinding bij de kantonrechter te verzoeken van de arbeidsovereenkomst met een werknemer die meer dan twee jaar arbeidsongeschikt is, een en ander als bedoeld in artikel 7:669 lid 1 jo. lid 3 onderdeel b BW. Een wettelijke verplichting voor een werkgever om een arbeidsovereenkomst waaraan door de werknemer wegens aanhoudende arbeidsongeschiktheid geen invulling meer kan worden gegeven, te doen eindigen, is er niet. Uit de aard der zaak geldt dat ook in dezen. Ook kan een dergelijke verplichting niet gebaseerd worden op de geest en strekking van hetgeen partijen in de voorliggende zaak in hun arbeidsovereenkomst hebben vastgelegd, noch is er een toepasselijke cao-bepaling die een dergelijke verplichting bevat. Evenmin is er een ongeschreven rechtsregel die een verplichting als hiervoor bedoeld met zich brengt. Voor de voorliggende casus betekent dat, dat het slapend

laten voortbestaan door MEE-ZHN van de arbeidsovereenkomst van partijen om op die manier te ontkomen aan het betalen aan werkneemster van de transitievergoeding bij het einde van de arbeidsovereenkomst, rechteens niet ongeoorloofd is. De keuze voor het laten voortduren van de arbeidsovereenkomst is overigens niet zonder verplichting. Immers, zo werkneemster onverwacht alsnog herstelt, is MEE-ZHN verplicht tot re-integratie-inspanningen. Vorenstaande betekent dat het gewraakte handelen van MEE-ZHN geen tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst vormt, als bedoeld in artikel 6:686 BW. Werkneemster betoogt nog dat het bewust slapend houden van de arbeidsovereenkomst van partijen door MEE-ZHN getuigt van slecht werkgeverschap in de zin van artikel 7:611 BW en van misbruik van bevoegdheid. Het hof gaat in die stellingen niet mee. Het moge zo zijn dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid gewraakt handelen als van MEE-ZHN, niet vindt getuigen van fatsoenlijk werkgeverschap, ongeoorloofd is het (daarmee) niet. Van wanprestatie op grond van artikel 7:611 BW en/of misbruik van bevoegdheid is dan ook geen sprake. In hoger beroep heeft werkneemster de grondslag van haar vordering aangevuld met een verzoek aan het hof de arbeidsovereenkomst van partijen te ontbinden op grond van artikel 7:671c BW. Dit (subsidiare) verzoek kan, wat de ontbinding betreft, worden toegewezen, met dien verstande dat het hof dit verzoek leest als een beroep op artikel 7:683 lid 5 BW, waarin is bepaald dat indien het hof van oordeel is dat het verzoek tot ontbinding door de kantonrechter ten onrechte is afgewezen, het hof alsnog kan bepalen op welke tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Werkneemster kan niet 'gevangen gehouden worden' in een nutteloos geworden arbeidsovereenkomst, met alle emoties van dien. Aangezien het gewraakte handelen van MEE-ZHN niet kan worden geduid als ernstig verwijtbaar handelen, betekent dit wel dat werkneemster geen transitievergoeding toekomt, noch een billijke vergoeding.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 14-10-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:3036

Zaaknummer: 200.194.444/01

Advocaten: C.A. de Weerdt en E.E.P. Gosling-Verheijen

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:671c BW, 7:673 BW en 7:686 BW

RECHTSPRAAK

Ballast Nedam Infra B.V./werknemer

Toewijzing ontbindingsverzoek (g-grond). Het staat de werkgever vrij om bij afwijzing van een ontbindingsverzoek op initiatief van de werknemer een eigen ontbindingsverzoek (op een andere grond) in te dienen. Hoger beroep tegen eerdere beschikking hoeft niet te worden afgewacht.

Werknemer is op 18 augustus 2014 bij Ballast Nedam Infra B.V. (hierna: Ballast Nedam) in dienst getreden in de functie van Senior Project Manager. Werknemer was belast met de dagelijkse leiding van een project op Curaçao, het zogenoemde HNO-project. Eind 2014 werd duidelijk dat het project tegen een verkeerd prijsniveau was aangenomen. Medio 2015 heeft de Turkse bouwer Renaissance Construction (hierna: RS) 99% van de aandelen van Ballast Nedam gekocht. Daarmee is een faillissement afgewend. RS heeft wijzigingen in de verantwoordelijkheden en bevoegdheden in de functie van werknemer doorgevoerd. Op 30 maart 2016 heeft werknemer aangegeven dat bij ongewijzigde instandhouding van de ontstane situatie redelijkerwijs niet langer van hem (en in feite van het gehele HNO-projectteam) kan worden gevergd dat de arbeidsrelatie wordt voortgezet. Op 18 april 2016 heeft werknemer de Kantonrechter Utrecht verzocht – kort gezegd – de arbeidsovereenkomst tussen partijen te beëindigen. Dit verzoek is afgewezen. Tegen de beschikking van de kantonrechter heeft werknemer hoger beroep aangetekend. Ballast Nedam verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op basis van de g-grond, dan wel de h-grond.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Niet is gebleken dat Ballast Nedam de beschikking van de Kantonrechter Utrecht op welke wijze dan ook heeft misbruikt. Werknemer heeft destijds het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend. Dat verzoek is afgewezen, omdat de gronden die aan het verzoek ten grondslag lagen, volgens die kantonrechter, niet aanwezig waren. Het staat de werkgever dan ook vrij om bij afwijzing van het verzoek een eigen ontbindingsverzoek (op een andere grond) in te dienen, indien hij daartoe de noodzaak ziet. Dat Ballast Nedam destijds geen zelfstandig tegenverzoek heeft ingediend, ontnemt haar niet de mogelijkheid om thans wel een verzoek in te dienen. Van het misbruik maken van de

beschikking is dan ook geen sprake. Nu Ballast Nedam het verzoek op de g-grond heeft gebaseerd, ziet de kantonrechter ook geen reden om het hoger beroep af te wachten, aangezien het hof het verzoek van werknemer op andere gronden en niet op de g-grond gaat behandelen en beslissen. Op grond van de overgelegde stukken en hetgeen ter zitting aan de orde is geweest, is de kantonrechter van oordeel dat er sprake is van een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. Uit diverse passages in het verzoekschrift van werknemer en het hogerberoepschrift kan worden afgeleid dat werknemer geen vertrouwen meer heeft in Ballast Nedam en dat werknemer ook niet meer voor Ballast Nedam in welke functie dan ook wil werken. Ook Ballast Nedam heeft in haar verzoekschrift uitdrukkelijk te kennen gegeven dat zij geen vertrouwen meer heeft in een vruchtbare voortgezette samenwerking tussen partijen. Dat betekent dat het dienstverband ten einde moet komen. Herplaatsing ligt niet in de rede, gezien de bijzondere positie van werknemer. Volgt ontbinding van de arbeidsovereenkomst, met toekenning van de transitievergoeding. Gelet op artikel 7:671 b lid 8 onderdeel c BW is voor toekenning van een billijke vergoeding alleen plaats indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Als onweersproken staat vast dat het HNO-project tegen een verkeerd prijsniveau was aangenomen en dat Ballast Nedam in zwaar weer verkeerde. Dankzij RS kon Ballast Nedam continueren. Gebleken is dat RS zich met het HNO-project heeft bemoeid en dat werknemer het niet eens was met de bemoeienissen van RS en de wijze waarop dat gebeurde. De kantonrechter is echter van oordeel dat niet kan worden gezegd dat werknemer door Ballast Nedam is genegeerd en dat Ballast Nedam onvoldoende heeft ingegrepen. Uit de diverse overgelegde correspondentie tussen partijen is gebleken dat Ballast Nedam de problemen die werknemer met RS heeft aangekaart uiterst serieus heeft genomen en dat zij tijd en moeite heeft genomen om diverse besprekingen aan te gaan om werknemer voor het HNO-project te behouden. Van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever is geen sprake, zodat er geen grond is voor toewijzing van een billijke vergoeding.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 13-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:7868

Zaaknummer: 5274718

Rechters: L.J. van Die

Advocaten: A.G.M. Lieshout en R.D. Ouwering

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

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Domesta

Disfunctioneren. Ontbinding op grond van de d-grond op verzoek van werkgever houdt stand. Afwijzing van het incidentele verzoek ex artikel 843a Rv.

Werknemer is op 27 maart 2000 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) Domesta. Tijdens zijn werkzaamheden houdt hij zich onder meer bezig met huurders die overlast veroorzaken. Tijdens zijn dienstverband heeft hij veelal goede beoordelingen gekregen, met enkele minder goede beoordelingen in de periode 2012-2014. Werknemer heeft in die periode met positief resultaat een coachingstraject doorlopen. In oktober 2015 heeft een incident plaatsgevonden waarbij werknemer na 20 minuten aanbellen/op de deur bonken bij een drugsverslaafde bewoner naar binnen is gegaan bij deze bewoner en de situatie is geëscaleerd. Op 13 oktober 2015 hebben de leidinggevende Y en werknemer over het incident gesproken. Op 28 oktober 2015 heeft Domesta aan werknemer meegedeeld dat zij het dienstverband met hem wil beëindigen. Werknemer heeft zich op 16 november 2015 volledig ziek gemeld. Domesta heeft de kantonrechter verzocht om ontbinding van de arbeidsovereenkomst onder toekenning aan werknemer van de transitievergoeding. De kantonrechter heeft geoordeeld dat het verzoek van Domesta geen verband houdt met ziekte en dat ontbinding op de d-grond gerechtvaardigd is onder toekenning van de transitievergoeding. Nu zich niet de situatie voordoet dat ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, is er geen plaats voor toekenning van de verzochte billijke vergoeding.

Het hof oordeelt als volgt. Met zijn incidentele verzoek heeft werknemer kenbaar gemaakt dat hij van Domesta diverse stukken ter beschikking wenst te krijgen. Wil sprake zijn van een rechtmatig belang in deze procedure, dan zullen de stukken betrekking moeten hebben op betwiste feiten die tot beslissing van de zaak kunnen leiden. Met grief 1 beklagt werknemer zich erover dat de kantonrechter, in strijd met het procesreglement, heeft toegelaten dat Domesta daags voor de mondelinge behandeling in eerste aanleg nog verklaringen in het geding heeft gebracht nu het geen omvangrijk pakket zou zijn. Het hof is van oordeel dat, wat ook zij van de beslissing van de kantonrechter om de laat ingediende producties nog te accepteren, het hoger beroep aan werknemer de mogelijkheid biedt om zich alsnog, of

adequater dan in eerste aanleg, te verdedigen tegen die verklaringen. Met de grieven 3 tot en met 7 komt werknemer op tegen de beslissing van de kantonrechter dat de arbeidsovereenkomst op de d-grond van artikel 7:669 lid 3 BW kan worden ontbonden en tegen de daaraan ten grondslag gelegde motivering. Het hof is van oordeel dat uit de stukken genoegzaam is gebleken dat Domesta werknemer er bij herhaling op heeft gewezen dat hij zich te druk maakte om kwesties die buiten zijn takenpakket lagen, dat hij zich tegenover collega's bevoegdheden aanmat die hem niet toekwamen en dat hij steeds terugkwam op zaken waarover al besluitvorming was geweest. De ongewenste taakopvatting en houding van werknemer zijn duidelijk aan de orde gekomen in een gesprek op 9 september 2013 en het daags daarna daarvan opgemaakte verslag van de P&O-functionaris. Het gebeuren op 9 oktober 2015 is met werknemer besproken, op de dag zelf door directeur D en op 13 oktober 2015 door leidinggevende Y. In die gesprekken heeft werknemer het standpunt ingenomen dat deze harde aanpak de enig juiste is, dan wel de manier van werken is die hij voorstaat en dat die zeer effectief is. Het hof is van oordeel dat uit dit incident zelf en uit de manier waarop werknemer nadien, ook nog enkele dagen later, reageert op kritiek van Domesta op zijn optreden, duidelijk blijkt dat de wijze waarop werknemer met huurders omgaat en om wenst te gaan, in zodanige mate afwijkt van wat Domesta van hem verlangt, dat terecht gesproken kan worden van disfunctioneren. De wijze waarop werknemer na de eerdere waarschuwing en het coachingstraject invulling gaf aan zijn functie door zijn houding en gedrag, rechtvaardigde dan ook ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter. Grief 2 keert zich tegen de verwerping van het verweer dat sprake was van een opzegverbod tijdens ziekte, nu hij sinds 29 juni 2015 ziek gemeld is. Het hof is echter van oordeel dat het bewonerincident en de reacties van werknemer daarop niet kunnen worden afgedaan als uiting van verhoogde prikkelbaarheid door ziekte, maar blijken geven van een fundamenteel verschil in opvatting over de juiste werkaanpak. De grief faalt dan ook. Grief 8 is gericht tegen de afwijzing van de in eerste aanleg door werknemer op de voet van artikel 7:671b lid 8 aanhef en onderdeel c BW verzochte billijke vergoeding wegens ernstige verwijtbaarheid aan de kant van Domesta. Werknemer heeft evenwel geen feiten en omstandigheden gesteld die moeten leiden tot een ander oordeel dan dat van de kantonrechter. Alle grieven falen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 12-10-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:8169

Zaaknummer: 200.193.315/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, P.L.R. Wefers Bettink en E.B. Knottnerus

Advocaten: M.A. Buijs en T.S. Nicolai

Wetsartikelen: 843a Rv, 7:669 lid 3 onderdeel d BW, 7:671b lid 6 BW, 7:671 b lid 8 aanhef en

onderdeel c BW en 7:683 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

X B.V./werknemer

Werknemer heeft schade geleden na een arbeidsongeval waarbij vastgevroren modder en/of stenen op zijn hoofd en nek zijn gevallen. Werkgever krijgt bewijsopdracht, maar slaagt er niet in de toedracht van het arbeidsongeval te bewijzen.

Tijdens het plaatsen van een hoekplank in een damwand is werknemer geraakt door van de hoekplank vallende stenen en/of bevroren modder. Werknemer heeft hierdoor schade geleden. Werknemer en werkgever zijn het niet eens over de toedracht van het ongeval. In deze zaak heeft het hof op 28 juli 2015 een tussenarrest uitgesproken, zie tevens ECLI:NL:GHAMS:2015:3075. Bij het tussenarrest is wrkgever toegelaten tot nader bewijs van haar stelling dat het intrillen van de damwandplank eerst is begonnen nadat werknemer zich van die damwandplank had verwijderd en dat hij tijdens het trillen weer is teruggelopen. Ingevolge het tussenarrest heeft werkgever op 11 januari 2016 twee getuigen doen horen, waarna werknemer op 15 maart 2016 zichzelf als getuige heeft doen horen.

Het hof oordeelt als volgt. De verklaringen van de getuigen A en C komen in het geheel niet met elkaar overeen voor wat betreft de toedracht van het ongeval. C, wiens aanwezigheid bij het incident overigens door werknemer wordt betwist, heeft niets verklaard over een verlopende hoekplank, terwijl dat nu juist in de verklaringen van A én werknemer wezenlijk is voor de verdere toedracht van het ongeval. Het hof zal deze verklaring van C, die overigens ook eerst vier jaar na het gebeuren en zonder dat daarvan ooit melding was gemaakt en aldus toch min of meer uit het niets is opgedoken, daarom terzijde leggen. Tegenover de verklaring van A staat de verklaring van werknemer, die heeft verklaard dat nadat bleek dat de hoekplank alle kanten opging (daarover zijn A en werknemer het eens), een nieuwe poging moest worden ondernomen om die plank op een juiste wijze in het geheel van de damwand te plaatsen. Werknemer heeft daarbij gedetailleerd verteld dat de betreffende hoekplank eerst in zijn geheel uit de grond is getrokken, dat de plank los in de strop hing, dat hij met zijn hand de plank in de juiste stand heeft gebracht, maar dat direct daarna en voordat hij kon weglopen het (aan)trillen weer is begonnen. Het hof acht die verklaring meer redengevend voor de toedracht van het ongeval dan die van A. Niet alleen is dit de gebruikelijke werkwijze bij het

plaatsen van een (hoek)plank gezien de rolverdeling tussen heier en heibaas. Doorslaggevend is echter dat het trachten in te grijpen in een situatie dat zulks nog enige zin heeft (lees: het handmatig stellen van die plank) begrijpelijker moet worden geacht dan het zonder meer toelopen op een deels weer in de grond ingetrilde hoekplank waarbij handkracht als corrigerende factor geen enkele rol meer kon spelen, dit terwijl werknemer bovendien alleszins op de hoogte was van het gevaar om zich te begeven in de directe omgeving van een werkende trilmachine. De conclusie dient te zijn dat A de door werknemer gestelde toedracht niet heeft kunnen ontkrachten en dat gezien die toedracht de aansprakelijkheid van werkgever moet worden aangenomen.

Grief 6 ziet op het oordeel van de kantonrechter dat werknemer sinds het ongeval volledig arbeidsongeschikt is, dat hij pijn en leed heeft ondervonden en dat daarom de gevorderde verklaring voor recht dat werkgever aansprakelijk is voor de door werknemer geleden en nog te lijden schade zal worden gegeven. De grief slaagt niet. Vast staat dat er een arbeidsongeval heeft plaatsgevonden en dat sedertdien werknemer arbeidsongeschikt is. Daarmee is de enkele mogelijkheid gegeven dat er een relatie bestaat tussen deze arbeidsongeschiktheid en dat ongeval en in die zin is werkgever ook aansprakelijk voor de daaruit voor werknemer (mogelijk) voortvloeiende schade. Een verdere strekking heeft die verklaring voor recht ook niet, meer in het bijzonder beantwoordt deze niet de vraag wat de omvang van die eventuele schade is. Daartoe is de schadestaatprocedure geëigend die volgt op deze procedure. De slotsom luidt dat alle grieven falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 11-10-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:4099

Zaaknummer: 200.156.406/01

Rechters: C.M. Aarts, R.J.F. Thiessen en D. Kingma

Advocaten: M. Dekker en B. Wernik

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/GCA Events B.V.

Hof oordeelt dat, zonder nader onderzoek, niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst had mogen worden overgegaan. Herstel van de arbeidsovereenkomst blijkt vanwege feitelijke omstandigheden niet meer mogelijk, toekenning billijke vergoeding aan werkneemster.

Werkneemster heeft werkzaamheden bij Cargill B.V. (hierna: Cargill) verricht, aanvankelijk als interieurverzorger en later als cateringmedewerker. Dit deed zij eerst via derden, vanaf juli 2009 via GCA en vanaf 20 januari 2011 via HBM Talent B.V. (hierna: HBM), een payrollorganisatie met GCA als opdrachtgever. Van 29 december 2014 tot 29 juni 2015 heeft werkneemster geen loon uitbetaald gekregen, hier hebben werkneemster, Cargill en GCA contact over gehad. Naar aanleiding hiervan heeft Cargill in oktober 2015 aan GCA meegedeeld het vertrouwen in werkneemster op te zeggen. GCA heeft werkneemster na de mededeling van Cargill andere werkzaamheden aangeboden. Werkneemster is niet daarop ingegaan en heeft een kort geding aanhangig gemaakt, omdat zij niet meer tewerk werd gesteld bij Cargill. In december 2015 heeft de voorzieningenrechter Cargill veroordeeld werkneemster op haar eerste verzoek en onder overlegging van een tewerkstellingsopdracht van GCA toe te laten tot het verrichten van werkzaamheden op de cateringafdeling van Cargill. GCA heeft daarna in eerste aanleg verzocht de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden op grond van verwijtbaar handelen van werkneemster. De kantonrechter heeft het verzoek van GCA toegewezen en de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 9 januari 2016 ontbonden met toekenning van een transitievergoeding. Tegen deze beslissingen komt werkneemster met haar grieven op.

Het hof overweegt als volgt. Ter zitting heeft GCA het hof niet duidelijk kunnen maken wat er mis is gegaan in de samenwerking tussen GCA en HBM waardoor loonbetaling aan werkneemster is uitgebleven. Met haar keuze na drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd werkneemster voortaan in dienst van HBM haar werkzaamheden voor Cargill te laten verrichten in die zin dat het voortaan HBM was die het loon aan haar uitbetaalde, terwijl voor het overige geen wijziging werd gebracht in de tot dan toe bestaande situatie, en met name niet in de bestaande gezagsverhouding tussen GCA en werkneemster, heeft GCA gekozen

voor een constructie die voor een werknemer als werkneemster kennelijk en begrijpelijkerwijs verwarringwekkend was. In het licht van het voorgaande ligt de verantwoordelijkheid voor het ontstaan van het conflict tussen Cargill en werkneemster, die zich inmiddels met behulp van haar advocaat ook rechtstreeks tot Cargill had gewend om voldoening van het achterstallige loon te bewerkstelligen, voor een zeer belangrijk deel bij GCA. Werkneemster heeft te kennen gegeven haar werkzaamheden bij Cargill te willen voortzetten. Gelet op het verwijt dat GCA te maken valt van het ontstaan van het conflict tussen werkneemster en Cargill, had het op de weg van GCA gelegen dat zij zich er daadwerkelijk voor had ingespannen te bewerkstelligen dat werkneemster haar werkzaamheden bij Cargill niettemin zou kunnen voortzetten. Pas wanneer GCA ondanks al haar inspanningen er niet in zou zijn geslaagd werkneemster weer bij Cargill te werk te stellen, had GCA werkneemster andere werkzaamheden mogen aanbieden. De conclusie van het voorgaande luidt dat zonder nader onderzoek naar de vraag of Cargill alsnog bereid gevonden had kunnen worden toe te laten dat werkneemster haar werkzaamheden bij Cargill kon hervatten en de rol van GCA daarin, de kantonrechter redelijkerwijze niet tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen werkneemster en GCA heeft kunnen komen. Ook in hoger beroep heeft werkneemster te kennen gegeven dat zij haar werkzaamheden bij Cargill wil voortzetten. Na de zitting is komen vast te staan dat dit niet meer tot de mogelijkheden behoort. Hoewel de grieven op dit punt doel treffen, zal het hof derhalve GCA niet veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen. Met grief 6 komt werkneemster op tegen de afwijzing van de door haar verzochte billijke vergoeding. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen is het hof van oordeel dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar nalaten van GCA. Het hof acht dan ook een billijke vergoeding, zoals door werkneemster verzocht, op zijn plaats. Gelet op het voorgaande komt het verzochte bedrag van € 7.151,04 bruto als billijke vergoeding het hof juist voor.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 11-10-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:4118

Zaaknummer: 200.183.437/01

Rechters: R.J.F. Thiessen, C.M. Aarts en C.G. Kleene-Eijk

Advocaten: P.H. Visser en M.C. Zaal

Wetsartikelen: 7:671b BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

Façade B.V./werknemers

Aanhouding voor nadere bewijsvoering schadebegroting na onrechtmatige concurrentie.

(Vervolg op AR 2015-0454.) Werknemers waren sinds 1989, resp. 1999 resp. 2000 in dienst van Façade – een onafhankelijk adviesbureau dat zich toelegt op de gevelbouw – als adviseurs. Op de arbeidsovereenkomsten zijn nevenactiviteiten-, concurrentie- en boetebedingen van toepassing. In 2000 heeft werknemer 1 samen met anderen Silhouette B.V. opgericht, een adviesbureau in de bouwbranche. In april 2002 hebben alle drie de werknemers IBS opgericht, een bouwkundig adviesbureau. Alle drie de werknemers hebben in 2002 de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 1 juni respectievelijk 1 juli 2002. Nadat Façade merkte dat bepaalde klanten geen vervolgoorders meer gaven, heeft zij werknemers in rechte betrokken wegens schending van de bezwarende bedingen alsook IBS en Silhouette als profiteurs van de wanprestatie van werknemers. Bij tussenarrest is geoordeeld dat werknemers zich schuldig hebben gemaakt aan onrechtmatige concurrentie. Het hof oordeelde tevens bij tussenarrest dat de schadevergoeding niet gelijk kan worden gesteld aan de winst die werknemers hebben gerealiseerd, maar begroot dient te worden aan de hand van de schade die Façade heeft opgelopen.

Het hof oordeelt als volgt. Daar de door de kantonrechter benoemde deskundige de schade van Façade nog niet heeft onderzocht op basis van het verschil van de financiële situatie van Façade zoals deze zou zijn geweest zonder dat IBS de, als gevolg van onrechtmatig handelen verkregen, werkzaamheden zou hebben verricht en de werkelijke financiële situatie van Façade, zal het hof een nader deskundigenonderzoek gelasten. Volgt aanhouding van de zaak.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 11-10-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:4537

Zaaknummer: 200.130.996/01

Rechters: C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden, J.P. de Haan en Y.L.L.A.M. Delfos-Roy

Advocaten: P. Caris en C. van den Bergh

Wetsartikelen: 6:162 BW en 6:97 BW

RECHTSPRAAK

Gemeente Haren/werknemer c.s.

Gemeente neemt exploitatie van sportcomplex (weer) zelf in de hand nadat de huurovereenkomst met de exploitant is beëindigd. Dit vormt een overgang van onderneming. Artikel 2:5 CAR-UWO staat daaraan niet in de weg.

X en Y zijn op 19 februari 1976 respectievelijk 1 juni 1991 in dienst getreden bij (de voorganger van) de gemeente Haren (hierna: de Gemeente). Zij waren werkzaam in een sportcomplex. Op 1 april 1995 heeft de Gemeente de exploitatie van het sportcomplex geprivatiseerd. Daartoe is Sportfondsen Haren B.V. (hierna: Sportfondsen Haren) opgericht, die het complex is gaan exploiteren. De Gemeente was aandeelhouder van Sportfondsen Haren. Het voor het sportcomplex werkzame personeel – waaronder X en Y – is op grond van een arbeidsovereenkomst in dienst getreden bij Sportfondsen Haren. Op 24 december 2004 heeft de Gemeente de aandelen in Sportfondsen Haren geleverd aan Sportijn/Optisport BV (voorheen ESN). Op 13 juli 2009 heeft Y met ESN een arbeidsovereenkomst gesloten. Feitelijk is Y werkzaam gebleven voor het sportcomplex in Haren. Op 3 januari 2011 heeft X een arbeidsovereenkomst gesloten met Optisport Haren. De Gemeente heeft de huurovereenkomst met Zwembad Haren (voorheen Sportfondsen Haren) met ingang van 1 februari 2012 ontbonden. De Gemeente heeft met ingang van 1 februari 2012 de exploitatie van de sporthal overgenomen. Zwembad Haren is op 6 maart 2012 failliet verklaard. Op 7 maart 2012 heeft de curator de werknemers van Zwembad Haren – waaronder X en Y – ontslag aangezegd indien en voor zover zij niet, als gevolg van overgang van onderneming, in dienst zijn bij de Gemeente. De kantonrechter heeft geoordeeld dat sprake is geweest van een overgang van onderneming, zodat de Gemeente de bestaande arbeidsovereenkomsten moet eerbiedigen. De Gemeente is in beroep gekomen.

Het hof oordeelt als volgt. In deze zaak staat centraal de vraag of de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten die X en Y op 1 februari 2012 hadden, zijn overgegaan op de Gemeente op de grond dat sprake is geweest van overgang van onderneming als bedoeld in de artikelen 7:662 en 7:663 BW. Aan de overname van de exploitatie door de Gemeente lag de (ontbinding van de) huurovereenkomst met Zwembad Haren ten grondslag, zodat aan het

begrip ‘ten gevolge van een overeenkomst’ is voldaan. Het sportcomplex kan voorts beschouwd worden als een economische eenheid. Ook na het sluiten van het zwembad vormde dat sportcomplex nog steeds een economische eenheid. De sporthal, horecavoorziening en nevenvoorzieningen zijn, als geheel van georganiseerde middelen gericht op het ontplooiën van een economische activiteit, immers blijven voortbestaan onder de paraplu van het sportcomplex. Daar doet niet aan af dat het zwembad wel veruit de belangrijkste bron van opbrengsten voor het complex was. Die economische eenheid (sportcomplex zonder zwembad) bestond al ten tijde van de overgang en is zonder verlies van identiteit overgegaan, nu na die overgang de exploitatie als sportcomplex is voortgezet. Door die overgang zijn op de voet van artikel 7:663 BW in beginsel de rechten en verplichtingen uit de bestaande arbeidsovereenkomsten van het personeel werkzaam voor dat (resterende) sportcomplex overgegaan. Voor Y geldt dat zij niet alleen in functie, maar ook feitelijk werkzaam was voor het gehele sportcomplex. De mate waarin zij haar werkzaamheden verdeelde over de verschillende onderdelen van het complex is daarbij niet van belang. Voor X geldt dat hij volgens zijn functieomschrijving weliswaar werkzaam was voor (alleen) het zwembad, maar dat uit verklaringen van in eerste aanleg gehoorde getuigen blijkt dat hij al jarenlang feitelijk werkzaam was voor het gehele sportcomplex. Ook voor X geldt dat niet van belang is hoe de feitelijke verdeling van zijn werkzaamheden was. Het hof deelt daarmee in beginsel de conclusie van de kantonrechter dat de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten van X en Y zijn overgegaan op de Gemeente. Het hof deelt de opvatting van de Gemeente dat de overgang van de arbeidsverhoudingen op de voet van artikel 7:663 BW niet kan bewerkstelligen dat X en Y als ambtenaren werkzaam zijn geworden voor de Gemeente. Voor een aanstelling als ambtenaar is een afzonderlijk besluit nodig, dat niet van rechtswege wordt verkregen. De Gemeente heeft echter niet inzichtelijk gemaakt dat het haar wettelijk niet zou zijn toegestaan om de op 1 februari 2012 bestaande arbeidsovereenkomsten van X en Y te eerbiedigen. Artikel 2:5 CAR-UWO staat daaraan niet in de weg. Het hof is van oordeel dat uit dit artikel weliswaar volgt dat de Gemeente slechts oproepovereenkomsten kan sluiten naar burgerlijk recht, maar dat daarin niet valt te lezen dat het de Gemeente niet is toegestaan om arbeidsovereenkomsten die ingevolge een wettelijke regeling van rechtswege op haar zijn overgegaan te eerbiedigen (maar dat zij die arbeidsovereenkomsten zou dienen te verbreken).

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 11-10-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:8199

Zaaknummer: 200.167.171/01

Rechters: O.E. Mulder, B. Groefsema en W.J. Overtoom

Advocaten: J.V. van Ophem en M.J. Klinkert

Wetsartikelen: 7:662 BW, 7:663 BW en 2:5 CAR-UWO

RECHTSPRAAK

X/Y c.s.

Kantonrechter bevoegd (art. 7:658 lid 4 BW), ook indien eiser geen werknemer is. Verzekeraar wordt aangesproken op grond van artikel 7:954 BW; kantonrechter onbevoegd. Rechtbank ziet af van ambtshalve verwijzing; onpraktisch als beslissingen niet door dezelfde rechter genomen worden.

ASR Schadeverzekering N.V. (hierna: ASR), een van de vijf gedaagde partijen, heeft verwijzing van de procedure naar de kantonrechter gevorderd. Aan die vordering heeft ASR ten grondslag gelegd dat de kantonrechter bevoegd is van de procedure kennis te nemen omdat X, eisende partij, zijn vorderingen voor het overgrote deel grondt op artikel 7:658 BW.

De rechtbank oordeelt als volgt. De incidentele vordering van ASR tot verwijzing kan geen doel treffen. De vordering op ASR is immers niet een vordering als bedoeld in artikel 7:658 lid 4 BW, maar is gebaseerd op artikel 7:954 BW. Dat artikel biedt de benadeelde onder omstandigheden de mogelijkheid de verzekeraar van degene die verantwoordelijk is voor de schade rechtstreeks tot betaling op grond van de door die verantwoordelijke partij afgesloten verzekeringsovereenkomst aan te spreken. Het is dus uiteindelijk een vordering tot nakoming van een verzekeringsovereenkomst en niet tot schadevergoeding op grond van artikel 7:658 lid 4 BW. Toch maakt de incidentele vordering wel dat de rechtbank zich voor de vraag gesteld ziet of er aanleiding is de zaak ambtshalve te verwijzen. Daarvoor bestaat in beginsel grond, voor wat betreft drie van de vijf gedaagden. Blijkens de wetsgeschiedenis van artikel 7:658 lid 4 BW heeft de wetgever met het opnemen van die bepaling voor ogen gestaan dat voorkomen moet worden dat op dezelfde grondslag (art. 7:658 BW) bij verschillende rechters geprocedeerd moet worden indien een van de gedaagde partijen de werkgever is (voor wie de regeling van art. 7:658 BW van toepassing is en de kantonrechter de bevoegde rechter is op grond van art. 93 Rv) en de andere partij een derde is bij wie de arbeid wordt verricht (in geval van inlenen van arbeid, waarbij de regeling van art. 7:658 BW van overeenkomstige toepassing is verklaard maar zonder wettelijke regeling geen grondslag voor beoordeling door de kantonrechter zou bestaan). Met het oog op deze situatie heeft de wetgever in het vierde lid van artikel 7:658 BW de kantonrechter bevoegd verklaard. Hoewel die situatie zich in deze

zaak niet voordoet, er is immers geen vordering ingesteld tegen een werkgever van X, oordeelt de rechtbank dat ook in dit geval de kantonrechter bevoegd is te oordelen over de vorderingen van X op deze drie gedaagde partijen. Nu inmiddels in de rechtspraak is verduidelijkt (HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BVo616, Davelaar/Allspan) dat de overeenkomstige toepassing van de regeling van artikel 7:658 BW buiten het arbeidsrecht niet is beperkt tot de situatie dat een werknemer door zijn werkgever bij een derde partij is tewerkgesteld en dat deze regeling onder omstandigheden ook strekt tot bescherming van de zelfstandige die werkzaamheden verricht voor een opdrachtgever, ligt het voor de hand de slotzin van het vierde lid niet te beperkt uit te leggen. De conclusie van de rechtbank is dat een vordering die is gebaseerd op artikel 7:658 BW behoort tot de bevoegdheid van de kantonrechter, zodat de rechtbank in beginsel reden heeft de zaak naar de kantonrechter te verwijzen. Artikel 7:658 lid 4 BW biedt die mogelijkheid niet voor de vorderingen op Allianz en ASR. Die vorderingen betreffen immers een ander vorderingsrecht en zijn gebaseerd op artikel 7:954 BW. Het komt de rechtbank echter uiterst inefficiënt en onpraktisch voor indien de beslissing niet door dezelfde rechter wordt genomen, waarbij komt dat materieel de discussie grotendeels over dezelfde feiten en eenzelfde wettelijk kader gaat. Ook is de mogelijkheid van verschillende gerechtelijke uitspraken niet wenselijk. De rechtbank is om die reden voornemens om af te zien van de ambtshalve verwijzing naar de kantonrechter, omdat daarmee wordt voorkomen dat de zaken bij verschillende rechters komen. Partijen worden in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de door de rechtbank voorgenomen praktische afdoening: kunnen partijen instemmen – en zo nee, waarom niet – met het voornemen van de rechtbank om af te zien van ambtshalve verwijzing naar de kantonrechter? Met het oog op de mogelijkheid dat de rechtbank toch zal besluiten de zaak voor verdere afdoening te verwijzen naar de kantonrechter, zullen de twee gedaagde partijen die dat nog niet hebben gedaan, tevens de gelegenheid kunnen benutten zich over die mogelijkheid van verwijzing uit te laten.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 05-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:5269

Zaaknummer: C/16/412491 / HA ZA 16-243

Rechters: M.J. Slootweg

Advocaten: N.C. Haase, J.M. Comans-Diesfeldt, S. van Steenwijk, H. Lebbing en mr. J.E. van Oers

Wetsartikelen: 7:658 BW, 71 Rv en 93 Rv

RECHTSPRAAK

ServiceNow Nederland B.V./werknemer

Toekenning billijke vergoeding van € 15.000 aan werknemer die nog maar kort in dienst is, nadat werkgever vrijwel direct na eerste uiting van kritiek op het functioneren van werknemer, het initiatief heeft genomen tot beëindiging dienstverband. Strijd met goed werkgeverschap.

Werknemer trad op 8 juni 2015 in dienst bij ServiceNow op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in de functie van Senior Solution Development Manager tegen een bruto salaris van € 8.487,65 per maand, exclusief emolumenten. In november 2015 en februari 2016 heeft werknemer een bonus ontvangen. In januari en februari 2016 hebben de Presales Manager en Country Director hun zorgen uitgesproken over het functioneren van werknemer bij de leidinggevende van werknemer. Op 16 maart 2016 heeft werknemer een bespreking gehad met HR, hem is toen een voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst gedaan. Werknemer had dit niet aan zien komen en heeft ServiceNow in maart 2016 schriftelijk laten weten hier graag over te praten, zodat hij in dienst kan blijven. Op 22 maart 2016 heeft Z werknemer bericht dat het ontslag wordt doorgezet en is hij verwezen naar de advocaat van ServiceNow. In de daarop volgende periode hebben de gemachtigden van partijen tevergeefs onderhandeld over een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Daarna heeft ServiceNow werknemer verzocht om met ingang van 10 mei 2016 zijn werkzaamheden te hervatten en is aan werknemer een Personal Improvement Plan voorgelegd voor een periode van twee maanden. Werknemer heeft dit niet voor akkoord willen ondertekenen, maar is wel gestart met het verbetertraject. Op 5 juli 2016 heeft ServiceNow kenbaar gemaakt dat het verbetertraject niet was geslaagd. ServiceNow verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a jo. 7:669 lid 3 onderdeel d BW op de kortst mogelijke termijn. Werknemer verweert zich tegen het verzoek. Voor zover de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, verzoekt werknemer subsidiair als tegenverzoek om rekening te houden met de opzegtermijn, toekenning van een billijke vergoeding ex artikel 7:671b lid 8 BW van € 25.000 bruto.

De rechter oordeelt als volgt. De kern van het probleem van het functioneren van werknemer is gelegen in het feit dat hij een afwachtende houding aanneemt, in vergaderingen een passieve in plaats van een actieve rol heeft en volstrekt onvoldoende zichtbaar is. Ter zitting heeft werknemer erkend dat hij er niet in is geslaagd om de samenwerking met vooral Sales van de grond te krijgen, terwijl dit nu juist van hem wordt verwacht in zijn huidige functie. Voldoende aannemelijk is dan ook, mede in het licht van de kritiek vanuit Sales op zijn functioneren, dat werknemer niet de persoon is die de slechte verstandhouding met Sales zal kunnen verbeteren. Daarnaast is niet komen vast te staan dat herplaatsing in de rede licht en er passende vacatures op het niveau van werknemer beschikbaar zijn bij ServiceNow. Het verzoek tot ontbinding zal dan ook worden toegewezen. De noodzaak tot ontbinding is echter niet te wijten aan onwil of onvoldoende inzet van werknemer. Niet is komen vast te staan dat ServiceNow vóór 16 maart 2016 op voldoende duidelijke wijze aan werknemer kenbaar heeft gemaakt dat en op welke punten hij volgens haar tekortschoot en wat hij daaraan concreet diende te veranderen. Een normaal functioneringsgesprek heeft niet plaatsgevonden. Gelet op deze aanloop wordt het als in strijd met goed werkgeverschap geacht dat ServiceNow op 16 maart 2016 alleen nog maar over een exitregeling wilde praten en niet op dat moment de gebruikelijke route van een beoordeling, eventueel gevolgd door een verbetertraject, heeft gekozen. Ook op de wijze waarop het verbetertraject is ingestoken valt het nodige aan te merken. Op grond van al hetgeen hiervoor is overwogen luidt de conclusie dat de handelswijze van ServiceNow als ernstig nalatig en verwijtbaar kan worden gekwalificeerd, zodat werknemer terecht aanspraak maakt op een billijke vergoeding. Uitgaande van het voorgaande zal de kantonrechter de billijke vergoeding vaststellen op een bedrag van € 15.000 bruto.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 05-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:6726

Zaaknummer: EA VERZ 16-1010 + EA VERZ 16-1185

Rechters: M.E.B. Terwee

Advocaten: N.M.N. Klazinga en E. van der Theems

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel d BW, 7:671b lid 1 onderdeel a BW en 7:671b lid 8 onderdeel a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Werkgevers dienen in casu redelijkerwijs als elkaars opvolger te worden aangemerkt. Voor de berekening van de hoogte van de transitievergoeding moet de periode dat werknemer bij de eerste werkgever heeft gewerkt worden meegeteld.

Werknemer is op 23 maart 1998 in dienst getreden van X in de functie van loodsmedewerker. Op 7 oktober 2005 is het faillissement van X uitgesproken. Op 10 oktober 2005 heeft de curator aan werknemer medegedeeld dat hij is ontslagen. Op 11 oktober 2005 is werknemer in dienst getreden bij werkgever in de functie van warehousemedewerker. Vanaf 1 februari 2014 is werknemers wegens ziekte arbeidsongeschikt. Op 18 januari 2016 heeft werkgever het UWV om toestemming verzocht de arbeidsovereenkomst met werknemer op te mogen zeggen, welke toestemming is verleend. De arbeidsovereenkomst is geëindigd op 30 april 2016. Werkgever heeft een transitievergoeding uitgekeerd ten bedrage van € 9.344,60 bruto, waarbij voor de hoogte van de vergoeding is uitgegaan van de datum indiensttreding van 10 oktober 2005. Werknemer verzoekt veroordeling van werkgever tot betaling van een transitievergoeding van € 18.037, verminderd met het reeds betaalde bedrag. Werknemer stelt zich op het standpunt dat sprake is van een overgang van onderneming en dat voor de berekening van de transitievergoeding als datum van indiensttreding 23 maart 1998 gehanteerd had moeten worden. Subsidiar beroept werknemer zich op artikel 7:673 lid 4 onderdeel b BW (opvolgend werkgeverschap).

De kantonrechter oordeelt als volgt. De vraag is allereerst of artikel 7:666 BW in deze zaak al dan niet meebrengt dat er sprake is geweest van een nieuwe aanvang van de arbeidsperiode op 11 oktober 2005. Werknemer heeft niet voldoende concrete feiten gesteld en onderbouwd waaruit moet volgen dat er sprake was van een vooropgezet plan om door middel van een faillissement met terzijdestelling van arbeidsrechtelijke bescherming een afgeslankte onderneming over te kunnen nemen. Bij een dergelijke stellingname dienen hoge eisen te worden gesteld aan de stelplicht van de werknemer. Er is geen sprake van misbruik van faillissementsrecht. Er zijn geen concrete feiten gesteld die zouden kunnen meebrengen dat het niet gegaan is om een overname tijdens de afwikkeling van een faillissement in het kader

van de liquidatie van een onderneming, waarbij bestanddelen van die onderneming deels aan een derde zijn verkocht en geleverd. Het verzoek kan daarom niet op de primaire grondslag worden toegewezen.

De kantonrechter overweegt ten aanzien van de subsidiaire grondslag het volgende. De wettekst van artikel 7:673 lid 4 onderdeel b BW is helder en heeft onmiddellijke werking. Er is geen aanwijzing dat de wetgever zou hebben bedoeld dat niettemin in dit kader bij de vraag of er ten tijde van de indiensttreding bij werkgever sprake was van 'elkaars opvolger' moet worden gekeken naar het oude voor 1 juli 2015 geldende recht, in het bijzonder naar het 'zodanige banden'-criterium. Dat criterium dient voor de beoordeling van deze zaak daarom geen rol te spelen. Partijen zijn het erover eens dat de door werknemer verrichte arbeid bij werkgever van aanvang af hetzelfde was als het werk dat hij bij X verrichtte. De slotsom hieruit is dat vrijwel dezelfde arbeid werd verricht zodat de beide 'verschillende' werkgevers redelijkerwijs als elkaars opvolger moeten worden aangemerkt. Die gevolgtrekking brengt mee dat in beginsel bij de berekening van de transitievergoeding de periode dat werknemer bij X heeft gewerkt moet worden meegeteld. Het beroep van werkgever op artikel 7:673c lid 1 BW gaat niet op. Naar het oordeel van de kantonrechter moet worden aangenomen dat deze bepaling enkel ziet op werknemers die voorafgaand of na de faillietverklaring worden ontslagen – en niet weer in dienst worden genomen – en dus niet op werknemers die kort na dat ontslag bij een overname in dienst zijn genomen door de overnemer en aldus via opvolgend werkgeverschap worden geacht in dienst te zijn gebleven. In dat geval geldt immers, gelet op het voorgaande, dat de arbeidsperiode van voor het faillissement ook meetelt voor de berekening van de transitievergoeding. Volgt toewijzing van het verzoek.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 03-10-2016

Zaaknummer: 5250287 HA VERZ 16-145

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Kwalificatievraag. De titel en de inhoud van de overeenkomst wijzen op het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Ook toetsing aan artikel 7:610 BW leidt tot die uitkomst. Uitleg salarispaling.

Werknemer heeft met X en partners BV (hierna: X) op 16 mei 2009 een overeenkomst gesloten die is getiteld 'arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd' (hierna: de overeenkomst). Werknemer heeft de overeenkomst per 1 mei 2012 opgezegd. Hij heeft vanaf 11 april 2012 geen werkzaamheden meer voor X verricht. Tussen partijen is een geschil ontstaan over de financiële afwikkeling na de beëindiging van de overeenkomst. X vordert betaling van werknemer van een bedrag van € 33.076 met rente. Werknemer vordert in reconventie betaling van achterstallig loon over de jaren 2010 en 2011. De kantonrechter heeft in eerste aanleg de vordering van X afgewezen. De vordering van werknemer is toegewezen. Tegen dit vonnis komt X in hoger beroep. X stelt in hoger beroep dat partijen geen arbeidsovereenkomst met elkaar hebben gesloten, maar op basis van een overeenkomst van opdracht hebben samengewerkt.

Het hof oordeelt als volgt. De titel en inhoud van de schriftelijke overeenkomst wijzen sterk op het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Ook toetsing aan artikel 7:610 BW leidt tot die uitkomst. Van een arbeidsovereenkomst is sprake, indien aan de volgende kort geduide vereisten wordt voldaan: arbeid, loon, gedurende zekere tijd en een gezagsverhouding. Dat aan het eerste en derde vereiste is voldaan, is in beginsel niet tussen partijen in geschil. Op grond van de schriftelijke overeenkomst is ook het element van de gezagsverhouding aanwezig. Zo bepaalt artikel 1 van de overeenkomst dat de functie van werknemer onder meer bestaat uit alle werkzaamheden die van hem verlangd kunnen worden en in artikel 8 heeft werknemer zich ertoe verplicht in voorkomende gevallen alle door X in redelijkheid op te dragen werkzaamheden te verrichten buiten de overeengekomen werktijden. Het feit dat werknemer bij de uitvoering van zijn werkzaamheden een grote mate van vrijheid had of volgens X zelfs als medebeslisser fungeerde doet hieraan niet af. Een dergelijke verantwoordelijkheid is inherent aan de functie van een professional. Dat geldt in het geval van werknemer in het bijzonder nu hij de enige tandarts in vaste dienst was. De honoreringsafpraak van artikel 5 is

de enige aanwijzing in de tekst van de overeenkomst dat partijen niet een arbeidsovereenkomst hebben beoogd, maar een samenwerking van ondernemers, zoals door X betoogd. Er is immers sprake van honorering op basis van winst voor belasting. Maar doorslaggevend is dat argument niet. Die afspraak is niet onverenigbaar met een arbeidsovereenkomst. Ook de wijze waarop partijen feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven wijst op een arbeidsovereenkomst. Zo heeft werknemer loonspecificaties ontvangen en heeft X loonbelasting en premies sociale verzekering ingehouden en afgedragen. Ook werden de kosten van de relatie tussen partijen in de jaarrekeningen van X verwerkt als betrof het een arbeidsovereenkomst. Voorts werd blijkbaar een verlofregistratie bijgehouden. Ook indien wordt aangenomen dat tussen partijen maandelijks overleg plaatsvond over het behaalde resultaat, geeft dat onvoldoende grond voor het oordeel dat werknemer op een andere juridische basis werkzaam was dan een arbeidsovereenkomst. Dergelijk overleg past immers ook goed in de context van een arbeidsovereenkomst waarin een koppeling bestaat tussen de honorering en het bedrijfsresultaat. Het hof komt op grond van het voorgaande tot de conclusie dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Wat betreft de uitleg van artikel 5, oordeelt het hof als volgt. In de uitleg die X aan artikel 5 geeft, zou werknemer, indien in enig jaar een negatief resultaat zou worden behaald, zonder de betaling van loon werk hebben verricht. Deze uitleg verdraagt zich niet met artikel 7:610 BW en ligt al daarom niet voor de hand. Ook de taalkundige uitleg van de in artikel 5 vervatte term 'basissalaris' duidt erop dat partijen, ongeacht de te behalen winst (c.q. verlies), in elk geval een vast salaris hebben willen overeenkomen. Artikel 5 geeft werknemer dan ook recht op een vast salaris van minimaal € 5.000 per maand, welk bedrag jaarlijks verhoogd zou kunnen worden indien de resultaten dat toelieten. Met betrekking tot de vordering van werknemer tot nabetaling van achterstallig loon, oordeelt het hof als volgt. Werknemer meent dat artikel 5 meebrengt dat jaarlijks moet worden afgerekend, waarbij alleen nabetaling dient plaats te vinden indien in enig jaar sprake is van zodanige winst, dat zijn winstaandeel meer bedraagt dan de door hem ontvangen voorschotten. Mocht in enig jaar zijn winstaandeel lager uitvallen dan volgend uit artikel 5, dan komt dit voor risico van X, zonder de mogelijkheid dit met latere winst te verrekenen, aldus werknemer. Het hof volgt werknemer niet in dit betoog. Vast staat immers dat X werknemer regelmatig op de hoogte hield van de bedrijfsresultaten. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt onder die omstandigheid niet goed in te zien waarom werknemer – indien de door hem gestelde uitleg van artikel 5 juist zou zijn – gedurende het dienstverband nimmer aanspraak heeft gemaakt op uitbetaling van het gestelde achterstallige loon.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 27-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:3039

Zaaknummer: 200.153.361

Rechters: D. Aarts, M.J. van der Ven en A.G. van Marwijk Kooi

Advocaten: F.J. Hommersom en E.W. Heespelink

Wetsartikelen: 7:610 BW

RECHTSPRAAK

V.o.f. Biggym, Big Holding B.V. en X Beheer/werknemer

Op voorhand ‘stilzwijgend verlengen’ arbeidsovereenkomst bepaalde tijd leidt tot nietig concurrentiebeding wegens WWZ.

Werknemer is op 8 maart 2014 bij Biggym in dienst getreden in de functie van algemeen medewerker op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot en met 8 september 2014. In deze arbeidsovereenkomst is in artikel 13 het volgende bepaald: ‘Met het akkoord gaan met deze arbeidsovereenkomst tekent werknemer tevens een concurrentiebeding. Werknemer mag na afloop van de overeenkomst, of na afloop van een verlenging van deze overeenkomst voor een periode van drie jaar niet actief zijn in de sportschoolbranche in een wijde omgeving van minimaal 20 kilometer rondom een BigGym vestiging.’ Vervolgens zijn partijen op 7 september 2014 een tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangegaan. Na afloop van de overeengekomen termijn van 8 september 2014 tot 8 maart 2015 is de arbeidsovereenkomst zonder dat partijen daarover nader overleg hebben gevoerd, verlengd tot 8 maart 2017 (deze verlengingsperiode was op voorhand overeengekomen in de arbeidsovereenkomst). Werknemer heeft de arbeidsovereenkomst op 11 september 2015 opgezegd per 11 oktober 2015 en is een sportschool gestart. De centrale vraag is of het concurrentiebeding rechtsgeldig is overeengekomen. De kantonrechter heeft in het aangevallen vonnis overwogen dat per 8 maart 2015 geen nieuwe arbeidsovereenkomst tussen partijen is gesloten, omdat er sprake is van een voortzetting van de arbeidsovereenkomst zonder dat partijen in overleg zijn gegaan over de verlenging. Van een nieuw aanbod en een aanvaarding is naar het oordeel van de kantonrechter dus geen sprake. Vervolgens heeft de kantonrechter de door werknemer gevorderde schorsing van het concurrentiebeding toegewezen omdat het concurrentiebeding te ruim is geformuleerd en werknemer onbillijk benadeelt, zodat naar zijn verwachting de afweging van de wederzijdse belangen van partijen zal uitvallen in het voordeel van werknemer. Biggym c.s. zijn hiervan in hoger beroep gekomen. Werknemer stelt zich op het standpunt dat het concurrentiebeding nietig is, want in strijd met de WWZ (verlenging per 8 maart 2015 is niet conform nieuw recht).

Het hof oordeelt als volgt. Partijen zijn een tweede arbeidsovereenkomst aangegaan op 7 september 2014, waarvan artikel 2.1 bepaalt dat deze ‘wordt aangegaan voor bepaalde tijd en

wel tot 8 maart 2015'. Partijen hebben aldus afgesproken dat deze tweede arbeidsovereenkomst op 8 maart 2015 van rechtswege eindigt. Daaraan doet niet af wat verder in deze bepaling is opgenomen. De tweede volzin van artikel 2.1 van de arbeidsovereenkomst is letterlijk genomen onbegrijpelijk omdat een tweede zesmaandstermijn niet ontbonden kan worden. Naar het hof aanneemt hebben partijen bedoeld tussentijdse opzegging van de (tweede) tijdelijke arbeidsovereenkomst mogelijk te maken. Het uitdrukkelijk overeenkomen dat een arbeidsovereenkomst stilzwijgend zal worden verlengd voor een andere duur, betekent dat van een stilzwijgende verlenging niet meer gesproken kan worden. Bij stilzwijgende voortzetting van een van rechtswege beëindigde tijdelijke arbeidsovereenkomst wordt, zoals artikel 7:668 lid 1 BW bepaalt, deze arbeidsovereenkomst geacht voor dezelfde duur doch voor maximaal een jaar, onder de vroegere voorwaarden opnieuw te zijn aangegaan. Partijen hebben kennelijk beoogd af te spreken de arbeidsovereenkomst na (ommekeer van) de overeengekomen duur van zes maanden onder dezelfde voorwaarden voort te zetten, maar een afwijkende afspraak voor de (daarop volgende) duur te maken. Het bepaalde onder 2.1 in de arbeidsovereenkomst van 7 september 2014 heeft dus tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd op 8 maart 2015. Vervolgens is daarna (aansluitend) een nieuwe arbeidsovereenkomst tot stand gekomen voor de duur van twee jaar, tot 8 maart 2017. Deze uitleg van het bepaalde in artikel 2.1 van de arbeidsovereenkomst sluit ook aan bij hetgeen X, bestuurder van X Beheer BV, namens Biggym ter zitting heeft verklaard, te weten dat de bedoeling van partijen was om twee keer een contract van zes maanden te sluiten en dan één van twee jaar. Dat partijen reeds op 7 september 2014 afspraken hebben gemaakt over de bij een op 8 maart 2015 (mogelijk) voort te zetten arbeidsovereenkomst in acht te nemen arbeidsvoorwaarden betekent niet dat de (verlengde) arbeidsovereenkomst reeds is aangegaan op 7 september 2014, althans voor 1 januari 2015. Aan het einde van rechtswege per 8 maart 2015 en het opnieuw tot stand komen van de volgende tijdelijke arbeidsovereenkomst doet ook niet af dat sprake is van een voortzetting van de daaraan voorafgaande arbeidsovereenkomst. Het hof is op grond van het bovenstaande van oordeel dat tussen partijen op 8 maart 2015 een nieuwe tijdelijke arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen. Op deze overeenkomst is krachtens het bepaalde in artikel XXIIc van de Wet werk en zekerheid van toepassing artikel 7:653 BW zoals dat per 1 januari 2015 luidt. Nu aan het daarin voorziene vereiste van een draagkrachtige motivering van de noodzaak van het concurrentiebeding niet is voldaan, is dat beding nietig.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 27-09-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:3932

Zaaknummer: 200.187.807/01

Rechters: C.M. Aarts, E. Verhulp en W.H.F.M. Cortenraad

Advocaten: L.H.F. Stuuroop en B.J.P. Komen

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Livio

Arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig geëindigd door het sluiten van de (leer-)arbeidsovereenkomst. Geen sprake van instemming met einde arbeidsovereenkomst. (Leer-)arbeidsovereenkomst niet tot stand gekomen; geen (onvoorwaardelijke) aanvaarding werkneemster.

Werkneemster is op 16 januari 2003 in dienst getreden bij de (rechtsvoorgangster van de) Stichting Livio (hierna: de Stichting). Werkneemster bekleedde de functie van Verzorgende 3-IG. Bij besluit van 5 oktober 1999 (*Stb.* 1999/463) zijn regels gesteld met betrekking tot de opleiding tot en de deskundigheid van de verzorgende individuele gezondheidszorg (Besluit Verzorgende in de individuele gezondheidszorg). Op 16 april 2015 heeft een personeelsbijeenkomst plaatsgevonden waarbij de medewerkers te horen kregen dat zij, indien zij hun baan bij de Stichting wensten te behouden, de opleiding tot Verzorgende 3-IG zouden moeten volgen en in dat kader een nieuwe (leer-)arbeidsovereenkomst voor de duur van de opleiding dienden te ondertekenen. Werkneemster heeft vervolgens te kennen gegeven dat zij de opleiding tot Verzorgende 3-IG wilde volgen. Werkneemster heeft de aangeboden (leer-)arbeidsovereenkomst onder protest getekend met daarbij de navolgende handgeschreven mededeling: ‘onder protest, zie begeleidend schrijven: akkoord met opleiding maar niet met de leer-arbeidsovereenkomst!’. Werkneemster is tussentijds met de opleiding gestopt. De Stichting heeft bij brief van 24 mei 2016 werkneemster bevestigd dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege per 31 mei 2016 eindigt. Werkneemster verzoekt onder meer een verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst niet op 31 mei 2016 van rechtswege is geëindigd.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Anders dan door de Stichting is gesteld en is beoogd is de arbeidsovereenkomst die werkneemster op 16 januari 2003 voor onbepaalde tijd met de Stichting heeft gesloten niet rechtsgeldig geëindigd door het sluiten van de (leer-)arbeidsovereenkomst. Werkneemster heeft zowel op de (leer-)arbeidsovereenkomst als in het begeleidend schrijven van 14 mei 2015 nadrukkelijk te kennen gegeven dat zij niet met het eindigen van haar arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, door het sluiten van de (leer-

)arbeidsovereenkomst, instemde. Zij wilde wel de opleiding volgen. De Stichting heeft daarop niet meer gereageerd. Derhalve is van instemming met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd nimmer sprake geweest, laat staan dat sprake is geweest van een, door de rechtspraak verlangde, ondubbelzinnige verklaring van werkneemster dat zij met de beëindiging van haar arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd instemde. Evenmin is, gelet op de opmerking onder de (leer-)arbeidsovereenkomst en gelet op het daarin genoemd begeleidend schrijven, de (leer-)arbeidsovereenkomst tot stand gekomen. Van (onvoorwaardelijke) aanvaarding aan de zijde van werkneemster is geen sprake geweest. Het enkele feit dat zij met de opleiding is gestart maakt zulks in dit geval niet anders. Gelet op het niet voor enig misverstand vatbare bezwaar van werkneemster tegen de nieuwe overeenkomst en het begeleidend schrijven lag het op de weg van de Stichting nader in overleg met werkneemster te treden. Dit geldt temeer nu goed werkgeverschap met zich bracht dat de Stichting, die werkneemster ten onrechte in de functie van verzorgende 3-IG had benoemd, daarin jarenlang heeft laten functioneren en dienovereenkomstig heeft uitbetaald, werkneemster in de gelegenheid zou stellen de benodigde opleiding te volgen, met behoud van de arbeidsovereenkomst die zij al jaren had. Het getuigt niet van goed werkgeverschap om in zo'n situatie waarin een werknemer feitelijk niets te kiezen overblijft, 'de bal' bij werkneemster te leggen, in die zin dat zij op dat moment (meer) juridische stappen had moeten ondernemen teneinde voortzetting van haar arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd veilig te stellen en ook in de gelegenheid te worden gesteld de opleiding te volgen. Dat betekent dat het ervoor gehouden dient te worden dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen de Stichting en werkneemster niet rechtsgeldig is geëindigd door het in vervulling gaan van de in de (leer-)arbeidsovereenkomst genoemde voorwaarde, noch daargelaten de vraag of die voorwaarde rechtsgeldig is. De verklaring voor recht zal worden gegeven. De Stichting zal ook worden veroordeeld tot doorbetaling van het loon. De vordering tot wedertewerkstelling wordt afgewezen. Vast staat dat werkneemster niet beschikt over de diploma's die zij nodig heeft om bij de Stichting als Verzorgende 3-IG aan het werk te gaan, terwijl de functie van Verzorgende geheel is komen te vervallen en de (meeste) arbeidsovereenkomsten van Verzorgenden inmiddels middels opzegging na daartoe door het UWV gegeven toestemming zijn geëindigd.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 26-09-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2016:3729

Zaaknummer: 5238116 EJ VERZ 16-263 (hoofdzaak) en 5238203 EJ VERZ 16-264 (voorlopige voorziening)

Advocaten: M.B. van Voorthuizen, F.H.A. ter Huurne en J. Rosendahl

RECHTSPRAAK

werknemer/Elephant Talk Europe Holding B.V.

Ontbinding vanwege verstoorde arbeidsverhouding. Werkgever is naast de contractuele vergoeding (waarin begrepen de transitievergoeding) een aanvullende billijke vergoeding (waarvan de hoogte gelieerd is aan de resterende duur van de arbeidsovereenkomst) verschuldigd.

Werknemer is op 1 juni 2011 in dienst getreden bij Elephant Talk Europe Holding B.V. (hierna: ET). Werknemer is sinds 7 januari 2016 arbeidsongeschikt. Op 26 mei 2016 heeft ET werknemer op staande voet ontslagen. Aan het ontslag heeft ET onder meer ten grondslag gelegd dat werknemer vertrouwelijke personeelsinformatie uit het systeem heeft verwijderd. Werknemer verzoekt thans onder meer vernietiging van het ontslag op staande voet. ET verzoekt de kantonrechter om – indien het ontslag wordt vernietigd – de arbeidsovereenkomst te ontbinden, primair vanwege verwijtbaar handelen en subsidiair vanwege een verstoorde arbeidsverhouding. Werknemer verzoekt, in geval van ontbinding, om toekenning van een billijke vergoeding, een transitievergoeding en de contractuele vergoeding ter hoogte van zes maandsalarissen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Tussen partijen staat niet ter discussie dat voor de toegang tot het systeem een wachtwoord nodig is, welk wachtwoord (wanneer dit bijvoorbeeld is vergeten) wordt verzonden naar het e-mailadres van de betreffende medewerker. Werknemer heeft gesteld dat een ander onder zijn naam moet hebben ingelogd, hetgeen hij voor mogelijk houdt, omdat hij op het moment dat de bestanden werden verwijderd al niet meer de toegang tot zijn e-mail zou hebben gehad maar ET wel. De kantonrechter houdt het ervoor dat werknemer op het moment dat de bestanden verwijderd werden geen toegang meer had tot zijn e-mail maar wel één of meer anderen bij ET. Dit laat de mogelijkheid open dat iemand bij ET via het e-mailaccount van werknemer zijn wachtwoord voor het systeem heeft gekregen en onder zijn naam bestanden heeft verwijderd. Daar komt bij dat ET niet heeft kunnen uitleggen welk belang werknemer bij het verwijderen van die bestanden kan hebben gehad. In het licht van het voorgaande heeft ET onvoldoende onderbouwd dat werknemer die bestanden heeft verwijderd en aldus sprake is van een

dringende reden voor ontslag. Volgt vernietiging van het ontslag op staande voet.

Met de vernietiging van het ontslag op staande voet is de voorwaarde waaronder ET ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft verzocht in vervulling gegaan. Subsidiair heeft ET ontbinding verzocht wegens een verstoorde arbeidsrelatie. Werknemer heeft niet weersproken dat sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsrelatie en heeft aangegeven dat ook hij zich geen voorstelling kan maken bij voortzetting van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter zal de arbeidsovereenkomst dan ook ontbinden wegens die verstoorde arbeidsrelatie. Werknemer heeft recht op de transitievergoeding. Het feit dat ET werknemer ten onrechte op staande voet heeft ontslagen, betekent dat ET ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Werknemer heeft naast een transitievergoeding en een billijke vergoeding ook de contractueel overeengekomen beëindigingsvergoeding gevorderd. Op vragen van de kantonrechter ter zitting heeft werknemer geantwoord dat hij ervan uitging dat de contractuele vergoeding dé vergoeding was en dat daarnaast geen (aanvullende) vergoeding verschuldigd zou zijn. Dit terwijl hij in zijn functie geacht mag worden op de hoogte te zijn geweest van de wettelijk mogelijk verschuldigde vergoedingen. De kantonrechter leidt daaruit af dat de transitievergoeding wordt geacht in de contractuele vergoeding te zijn verdisconteerd, alsmede – deels – de billijke vergoeding. De kantonrechter ziet zich gesteld voor de vraag of de aard van het verwijtbare handelen van ET – wat ten tijde van het overeenkomen van de contractuele vergoeding (gedeeltelijk) nog niet voorzienbaar was – aanleiding geeft om een op de contractuele vergoeding aanvullende billijke vergoeding toe te kennen. Bij de beantwoording van die vraag zal de kantonrechter nagaan hoe lang de arbeidsovereenkomst nog zou hebben geduurd als ET werknemer niet op staande voet ontslagen had. Daarvoor is relevant dat ter zitting is verklaard dat partijen al overeen waren gekomen dat werknemer zou vertrekken zodra de reorganisatie zou zijn afgerond. De kantonrechter schat die periode op zes maanden. De kantonrechter stelt de billijke vergoeding vast op zes maandsalarissen. Dit betekent dat ET naast de contractuele vergoeding van € 46.459,20 bruto (waarin begrepen de transitievergoeding) nog een aanvullende billijke vergoeding van € 13.938 bruto verschuldigd is.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 29-08-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:6611

Zaaknummer: EA VERZ 16-792 en EA 16-922

Rechters: K.G.F. van der Kraats

Advocaten: A. Stege

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel g BW, 7:671b BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

AM BV/werknemer

Ontbinding op de d-grond afgewezen. Werkgever heeft te snel geconstateerd dat werknemer ongeschikt was voor de functie die hij vervult. Bovendien is werknemer onvoldoende in de gelegenheid gesteld zijn functioneren te verbeteren.

Werknemer is sinds 1 december 1999 in dienst bij AM BV (hierna: AM). Aanvankelijk heeft hij gewerkt in Nieuwegein. Op 3 juni 2011 is de arbeidsovereenkomst gewijzigd in verband met de samenvoeging van de bedrijfsactiviteiten van AM en BAM Vastgoed B.V. Bij brief van 11 december 2012 is werknemer erover geïnformeerd dat het kantoor van AM in Nieuwegein zal worden gesloten en dat de activiteiten zullen worden overgeheveld naar Utrecht. Op 7 mei 2013 is werknemer gestart met een coachingstraject om zijn functioneren te verbeteren. Op 15 juli 2014 heeft een beoordelingsgesprek plaatsgevonden, waarbij het functioneren van werknemer beoordeeld is met een onvoldoende. AM vordert ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de grond dat werknemer ongeschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid. De kantonrechter heeft de vordering van AM in eerste aanleg afgewezen. Tegen dit vonnis komt AM in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. AM heeft ter onderbouwing van haar stelling dat werknemer ongeschikt is voor het verrichten van zijn arbeid allereerst gewezen op het verslag van het op 21 december 2012 gehouden beoordelingsgesprek. Naar het oordeel van het hof heeft AM met dit verslag onvoldoende onderbouwd dat het functioneren van werknemer zozeer tekortschoot dat sprake was van disfunctioneren in de zin van artikel 7:669 lid 3 onderdeel d BW. In de eerste plaats komt voor dit oordeel betekenis toe aan het door AM zelf gegeven eindoordeel C. Deze kwalificatie, die volgens het beoordelingsformulier betekent dat de werknemer een bijdrage heeft geleverd zoals werd verwacht en naar behoren heeft gefunctioneerd, duidt erop dat werknemer op voldoende niveau functioneerde. In dit verband komt ook betekenis toe aan de eigen stelling die X tijdens de mondelinge behandeling in eerste aanleg heeft ingenomen. Hij heeft verklaard dat de beoordeling heeft plaatsgevonden bij de overgang van de oude naar de nieuwe functie van werknemer, in welke beoordeling het oude werk als goed is beoordeeld en het nieuwe werk niet. Hoewel dus in de visie van AM

werknemer niet over de hele linie goed presteerde werd zijn functioneren over het geheel genomen dus op een voldoende niveau beoordeeld. In het licht van wat hiervoor is overwogen is de enkele omstandigheid dat er verbeterpunten waren en volgens AM in het eerste kwartaal over 2013 persoonlijke doelstellingen geformuleerd moesten worden, onvoldoende voor het oordeel dat werknemer niet naar behoren functioneerde. Dit geldt temeer nu het gestelde mindere presteren van werknemer zich uitsluitend manifesteerde bij de uitoefening van de nieuwe werkzaamheden, terwijl de stelling van werknemer dat zijn functioneren tot dat moment altijd positief was beoordeeld, onweersproken is gebleven. Voor zover het beweerde onvoldoende functioneren verder is gestoeld op het verslag van een gesprek dat eind 2013 is gehouden – in welk verslag een eindbeoordeling D is gegeven – vormt ook dat verslag een ontoereikende onderbouwing. Dit gesprek heeft volgens werknemer primair als doel gehad om een andere functie voor hem te vinden. Nu het eind 2013 gehouden gesprek vooral was gericht op de herplaatsing van werknemer, zijn functioneren kennelijk niet inhoudelijk is besproken en het verslag pas een halfjaar later aan werknemer is toegezonden, kan ook de inhoud van dit verslag niet als onderbouwing dienen voor de gestelde ongeschiktheid. Voorts is van belang dat sprake was van een lang dienstverband en een relatief korte periode dat werknemer de nieuwe werkzaamheden verrichtte. AM was gehouden om werknemer voldoende inwerktijd te geven alvorens tot de conclusie te komen dat het dienstverband diende te eindigen omdat werknemer onvoldoende functioneerde. Die tijd is hem niet gegund. Ten overvloede wordt daar nog aan toegevoegd dat werknemer ook onvoldoende in de gelegenheid is gesteld zijn functioneren te verbeteren. Nu enerzijds een concreet verbeterplan ontbrak en anderzijds de door AM aan werknemer geboden faciliteiten beperkt bleven tot een kortdurend en weinig concreet coachingstraject zonder duidelijke tussentijdse evaluatie en afronding en het aanbod van slechts één specifieke, op de persoon van werknemer toegespitste, cursus, kan – mede gelet op het lange dienstverband dat een zwaardere inspanningsverplichting van AM meebracht – niet worden geoordeeld dat AM voldoende in het werk heeft gesteld om het functioneren van werknemer te verbeteren. Volgt bekrachtiging van het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 05-07-2016

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2016:2430

Zaaknummer: 200.187.869.01

Rechters: D. Aarts, C.J. Frikkee en H.M. Wattendorff

Advocaten: B. Westerhout en M.L. M-L Israels

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

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Werkgever is achterstallig loon verschuldigd aan hulpkok, die werkzaam was op basis van een mondelinge arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Vaststelling arbeidsomvang aan de hand van rechtsvermoeden. Hoogte uurloon wordt, nu Horeca-CAO niet van toepassing is, vastgesteld op grond van de WML.

Werknemer vordert betaling van achterstallig salaris. Hij legt aan zijn vorderingen ten grondslag dat hij op 10 februari 2016 als hulpkok in dienst is getreden op basis van een (mondelinge) arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Behoudens de maanden april en mei 2016, waarvoor te weinig loon is betaald, heeft werkgever voor het overige geen salaris betaald. Werknemer is met ingang van 18 juli 2016 arbeidsongeschikt wegens ziekte. Werkgever voert verweer en voert onder meer aan dat met ingang van 1 april 2016 een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bestaat. Daarvoor heeft werknemer stage gelopen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Aan het verweer van werkgever dat werknemer geen aanspraak kan maken op bepalingen van de Nederlandse arbeidswetgeving wordt voorbijgegaan. Werknemer heeft onweersproken gesteld dat hij beschikt over een geldige verblijfskaart. Bovendien zou het ontbreken van een tewerkstellingsvergunning in de risicosfeer van de werkgever liggen (HR 27 maart 1981, NJ 1981/492). Een voormalige kok, een vaste gast en een andere werknemer verklaren klip en klaar en in duidelijke bewoordingen dat werknemer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden heeft gekregen. Ook volgt uit de verklaringen dat werknemer in de maanden februari en maart 2016 ervaring zou opdoen, zonder dat hij daarvoor betaald zou krijgen. Dit is in overeenstemming met het verweer van werkgever dat werknemer stage heeft gelopen, zonder vergoeding. In het kader van dit kort geding is er geen, dan wel onvoldoende aanleiding om niet van de juistheid van die verklaringen uit te gaan. De loonvordering is derhalve beperkt tot de periode 1 april 2016 tot en met 30 september 2016. Vanaf 1 juli 2016 tot 18 juli 2016 is werknemer ongeoorloofd afwezig geweest. Vanaf 18 juli 2016, de datum van de ziekmelding, ligt dat anders. Het was aangewezen dat werkgever de bedrijfsarts zou hebben ingeschakeld ook indien hij – zoals thans – van oordeel was dat geen sprake was van ziekte. Werknemer heeft recht op loon vanaf

1 april 2016 tot en met 1 juli 2016 en vanaf 18 juli 2016 tot en met 30 september 2016. Voor de omvang van het loon wordt uitgegaan van het wettelijk bewijsvermoeden van artikel 7:610b BW. Temeer ook, nu een schriftelijke arbeidsovereenkomst ontbreekt. Werknemer heeft met kopieën van zijn agenda voldoende aannemelijk gemaakt dat hij gemiddeld 139,77 uur heeft gewerkt. Werkgever heeft weliswaar die omvang betwist, maar daar in het geheel niets tegenovergesteld. Een andere vraag die opkomt, is welk uurloon tussen partijen heeft te gelden. Werkgever mocht ter zitting terugkomen op de toepasselijkheid van de Horeca-CAO. Werknemer heeft onvoldoende weersproken gesteld dat nu de Horeca-CAO niet van toepassing is, voor wat betreft het loon teruggevallen moet worden op de Wet minimumloon. In het geval van werknemer betekent dit een bruto uurloon van € 8,87 en daarmee op een bruto maandsalaris van € 1.239,73 (€ 1.119,65 netto). Om praktische redenen acht de kantonrechter het aangewezen dat werkgever zal worden veroordeeld werknemer over de periode 1 april tot 1 juli 2016 en over de periode van 18 juli 2016 tot en met 30 september 2016 voormeld bruto maandsalaris te voldoen, rekening houdend met de betalingen in de maanden april en mei 2016.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 19-10-2016

Zaaknummer: 5356888 \ VV EXPL 16-88

RECHTSPRAAK

CSU Personeel B.V./werknemer c.s.

Vervolg tussenarrest. Betaalde bedragen en nabetalingsen zijn correct berekend. Wettelijke verhoging gemaximeerd tot 20%.

In deze zaak heeft het hof op 1 december 2015 een tussenarrest uitgesproken (zie AR 2015-1291). Bij het tussenarrest zijn werknemers in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over hetgeen door CSU in haar memorie van antwoord in incidenteel appel is gesteld ten aanzien van de berekening en betaling van achterstallige toeslagen als in die memorie nader toegelicht. Ter voldoening aan deze door het hof geboden mogelijkheid om te reageren hebben de werknemers een akte genomen, waarin zij kort samengevat stellen dat de door CSU betaalde bedragen – inclusief de nabetalingsen – correct zijn berekend. Werknemers maken nog wel aanspraak op betaling van de wettelijke verhoging en de wettelijke rente over de reeds betaalde bedragen.

Het hof oordeelt als volgt. De wettelijke verhoging kan worden toegewezen over de desbetreffende bedragen, zij het gemaximeerd tot 20% zoals in het tussenarrest van 1 december 2015 reeds is overwogen. De wettelijke rente kan worden toegewezen telkens vanaf het verschuldigd zijn van de hiervoor genoemde bedragen met dien verstande dat blijkens de memorie van antwoord in incidenteel appel betaling van het totaal verschuldigde bedrag inclusief toeslagen maar nog zonder wettelijke verhoging heeft plaatsgevonden in periode 13 van 2014 respectievelijk periode 2 van 2015. Eveneens kan de vordering tot het door CSU doorgeven van het juiste pensioengevend loon aan de pensioenuitvoerder worden toegewezen evenals de verplichting tot afdracht van de daarop gebaseerde (extra) pensioenpremies, een en nader als overwogen in r.o. 3.8.3 van het tussenarrest.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-07-2016

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2016:2682

Zaaknummer: 200.165.687/01

Rechters: D. Kingma, C.M. Aarts en R.J.F. Thiessen

Advocaten: R.M. Kerkhof en A.A.M. Broos

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Werkneemster hoeft gezondheidsklachten bij sollicitatie alleen te melden indien zij had moeten begrijpen dat deze klachten belemmerend voor haar werkzaamheden zouden kunnen zijn, waarvan in dit geval geen sprake is geweest. Afwijzing ontbindingsverzoek (oud ontslagrecht).

Werkneemster is sinds 2003 in dienst. Werkgeefster verzoekt ontbinding (op grond van art. 7:685 (oud) BW) wegens een vertrouwensbreuk en voert het volgende aan. Werkneemster heeft, alhoewel daarnaar in het sollicitatieformulier en bij het aangaan en ondertekenen van de arbeidsovereenkomst werd geïnformeerd, verklaard dat er bij haar geen lichamelijke of geestelijke klachten of tekortkomingen bestonden, terwijl achteraf bleek dat werkneemster lang voor het dienstverband al een medisch probleem had in de vorm van klachten aan haar schouderbladen, waarvoor zij kort na het sluiten van de arbeidsovereenkomst fysiotherapeutische behandeling onderging en waarvoor zij mogelijk geopereerd moet worden. Bovendien heeft zij in de loop der jaren van het dienstverband in gesprekken over haar functioneren c.q. het eventueel verlengen van de arbeidsovereenkomst altijd gezwegen over haar gezondheid en, als er in algemene zin naar werd geïnformeerd, verteld dat het goed met haar ging. In 2005 heeft werkneemster gebruikgemaakt van zwangerschapsverlof en tevoren aangegeven dat zij gebruik wilde maken van ouderschapsverlof, waarbij zij na afloop daarvan ten minste 24 maar mogelijk 32 uur per week zou terugkeren. Werkgeefster heeft op die basis bevorderd dat werkneemster ouderschapsverlof kreeg onder doorbetaling van het loon dat hoort bij een dienstverband van 32 uur per week. Echter, toen werkneemster er 1 januari 2006 van op de hoogte kwam dat de cao was gewijzigd in die zin dat na 1 januari 2006 bij uiteindelijke terugkeer na een periode van ouderschapsverlof voor een minder aantal uren dan waarop het ouderschapsverlof was gebaseerd er een terugbetalingsverplichting van loon zou ontstaan, heeft zij direct aangegeven dat zij dan vanaf 1 januari 2006 geen ouderschapsverlof meer wenste. Op 27 januari 2006 gaf werkneemster aan dat zij vanaf 1 januari 2006 nog slechts 16 uren werkzaam wilde zijn en blijven en dat zij de aanvankelijke afspraak om in augustus 2006 ten minste 24 uur per week te werken niet zou nakomen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkneemster had mogelijk meer openheid over haar gezondheid kunnen betrachten. Wat daarvan echter ook zij, voorzover het al zo zou zijn dat er enige tekorten in haar gezondheidstoestand aanwezig waren, waren die niet van dien aard dat zij daardoor vanaf de indiensttreding op 1 april 2003 tot nu toe niet naar behoren heeft kunnen functioneren. Men kan verschillend oordelen over de vraag hoeveel openheid een werknemer aangaande zijn gezondheid jegens zijn werkgever moet betrachten, maar om een zo verstrekkende maatregel als de ontbinding van arbeidsovereenkomst te kunnen rechtvaardigen is in ruime mate meer nodig dan het gebrek aan openheid waaraan werkneemster zich volgens werkgeefster schuldig heeft gemaakt. In het sollicitatieformulier dat tot het sluiten van de arbeidsovereenkomst heeft geleid heeft werkneemster de vraag of er nog zaken waren, die eventueel haar werkzaamheden konden belemmeren, die vooraf vermeld dienden te worden, beantwoord met de afkorting "NVT". Nu zij, zoals hiervoor al is overwogen, haar werkzaamheden steeds naar behoren heeft kunnen uitvoeren, concludeert de kantonrechter dat, als het al zo zou zijn dat werkneemster enige klachten had, zij de betreffende vraag slechts dan anders had moeten beantwoorden, indien zij in redelijkheid had moeten begrijpen dat deze klachten belemmerend voor haar werkzaamheden zouden kunnen zijn, waarvan in dit geval geen sprake is geweest. Wat betreft het aantal uren dat werkneemster na afloop van het ouderschapsverlof wilde werken, overweegt de kantonrechter dat het aan werkneemster vrijstond om de wens te koesteren om na het ouderschapsverlof minder uren te gaan werken en zelfs terug te gaan tot een werkweek van 16 uur. Het was aan werkgeefster om daarmee wel of niet in te stemmen. Werkneemster heeft ter zitting onweersproken gesteld dat, als werkgeefster er niet mee zou instemmen dat zij na het ouderschapsverlof minder dan 24 uur ging werken, zij dan 24 uur per week zou werken. Van het feit dat werkneemster ervoor koos om het ouderschapsverlof in te gaan op basis van een dienstverband van 32 uur, met mogelijk in het achterhoofd om aan het eind van het ouderschapsverlof minder uren te gaan werken, valt in redelijkheid niet in te zien dat dit zou kunnen leiden tot een zodanig grote vertrouwensbreuk dat dit moet leiden tot de ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 04-11-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMID:2006:AV8233

Zaaknummer: 133301 / 06-318

Rechters: B.J.R.P. Verhoeven

Advocaten: R.A.A. Maat en N.A. Koole

Wetsartikelen: 7:685 (oud) BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Werkgever is onregelmatigheidstoeslag verschuldigd over vakantie- en verlofuren verpleegkundige.

Werknemer is sinds 1 september 2003 in dienst. Zijn huidige functie is die van verpleegkundige. Zijn loon bedraagt € 2.679 bruto per maand, exclusief onregelmatigheidstoeslag, vakantietoeslag en andere emolumenten. Werknemer vordert werkgeefster te veroordelen tot betaling van de onregelmatigheidstoeslag (ORT) over de vakantie- en verlofuren ten bedrage van € 1.045,17 bruto. Het betreft het tijdvak 12 juni 2010 tot 1 juli 2015. Hij wijst daarbij op de wettelijke verplichting loon door te betalen gedurende zijn vakantie (art. 7:639 BW). Werknemer wijst ook met name op de uitspraak van het Europese Hof van Justitie van 15 september 2011 in de zaak van Williams e.a., tegen British Airways (C-155/10, gepubliceerd in JAR 2011/279). Werkgeefster voert verweer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het beroep van werkgeefster op rechtsverwerking (art. 6:89 BW) faalt. Met werknemer vindt de kantonrechter van belang dat de vakbond van hem, NU'91, na het bekend worden van de uitspraak van het Europese Hof, contact heeft opgenomen met de werkgeversorganisaties. Zij heeft daarbij gewezen op het verschil tussen de uitspraak en de tekst van de cao. Dit overleg heeft tijd geleverd. Vervolgens zijn gerechtelijke procedures opgestart en toen bleek dat de vordering enige rechtsgrond had, heeft werknemer besloten zijn vordering bij werkgeefster in te dienen. Werknemer heeft voldoende voortvarend gehandeld nadat het Europese Hof een uitspraak had gedaan. Gedragingen aan de zijde van werknemer waaruit werkgeefster het vertrouwen kon ontleen dat werknemer zijn loonaanspraken niet geldend zou maken, zijn niet gesteld en daarvan is ook niet gebleken.

Het recht op doorbetaling van loon tijdens vakantie, zoals in artikel 7:639 BW is opgenomen, is in Nederland dwingend recht in die zin dat daarvan niet ten nadele van de werknemer mag worden afgeweken. Reeds in het arrest van de Hoge Raad van 26 januari 1990 (NJ 1990/499) is beslist dat hier van een ruim loonbegrip moet worden uitgegaan. Uit het hiervoor aangehaalde arrest van het Europees Hof van Justitie in de zaak Williams/British Airways volgt verder dat het vakantieloon in beginsel dient overeen te stemmen met het gebruikelijke arbeidsloon. Het is vervolgens aan de nationale rechter om de vraag te beantwoorden of er een

intrinsiek verband bestaat tussen de verschillende looncomponenten van het globale loon en de uitvoering van zijn taken die hem zijn opgedragen in zijn arbeidsovereenkomst. Bij de beantwoording van die vraag moet de specifieke situatie waarin werknemer zijn functie van verpleegkundige vervult, worden betrokken. Van belang is dat werknemer zijn functie als verpleegkundige in een 24 uurszorginstelling alleen kan vervullen door in een rooster te werken met verschillende diensten, waarvan er een aantal ORT opleveren. Dat door onderling overleg het rooster wordt ingevuld, wijst eerder op de verplichting om al de twaalf diensten in te vullen, dan op de vrijheid om geen ORT-diensten te vervullen. Gesteld noch gebleken is dat het voor werkgeefster aanvaardbaar zou zijn indien ORT-diensten niet ingevuld zouden worden. De kantonrechter gaat er daarom van uit dat in die gevallen de verpleegkundigen opgedragen wordt de nog open liggende ORT-diensten te verdelen en in te vullen. Dit is ook begrijpelijk en hangt samen met het onbetwiste 24 uurskarakter van de functie van werknemer. Anders gezegd: werknemer heeft met zijn collega's in zekere mate de vrije hand om de diensten in onderling overleg in te vullen, maar alle diensten moeten worden vervuld. Deze gang van zaken wordt ondersteund door het feit dat werknemer in de afgelopen jaren ook daadwerkelijk ORT-diensten heeft vervuld en dus ORT heeft ontvangen. De door werkgeefster gestelde eis van een structureel patroon en bestendig karakter van ORT-diensten is daarmee vervuld, nog afgezien van het feit of dit een bepalend criterium is. Door uit te gaan van 'salaris' als loon zonder ORT, is ten nadele van werknemer afgeweken van artikel 7:639 BW. Dat is niet toegestaan en bovendien niet conform de Richtlijn 2003/88/EG. Daarmee staat de grondslag van de vordering vast. Het verweer van werkgeefster dat toewijzing van de vordering in strijd is met de redelijkheid en billijkheid of toewijzing op grond van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, wordt niet gevolgd. Werkgeefster betoogt nog dat werknemer alleen recht op doorbetaling van ORT zou hebben, indien hij voor ORT-diensten zou zijn ingeroosterd, als hij geen vakantie zou hebben genoten. Dit betoog gaat niet op en gaat eraan voorbij dat het om doorbetaling van loon gaat gedurende vakantie. Of werknemer nu wel of niet zou zijn ingeroosterd in ORT-diensten, maakt niet uit. Werkgeefster wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 1.045,17 (bruto). In de omstandigheden van het geval ziet de kantonrechter aanleiding om de gevorderde wettelijke verhoging te matigen tot nihil.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 19-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2016:6533

Zaaknummer: 4719991 CV EXPL 16-93

Advocaten: M. Vetkamp en D.B. Muller

Wetsartikelen: 7:639 BW en 6:89 BW

RECHTSPRAAK

Vlaar Groningen B.V./werknemer c.s.

Dat de CAO Grafimedia niet geheel is nageleefd, in die zin dat de vakbonden niet voorafgaand op de hoogte van het reorganisatieplan zijn gebracht, is onvoldoende om te concluderen dat het ontslag van dertien werknemers kennelijk onredelijk is (oud ontslagrecht).

Dertien werknemers zijn in dienst geweest bij Vlaar. Op de arbeidsovereenkomsten die in dat kader zijn gesloten was de CAO Grafimedia (hierna: de cao) van toepassing. Na verkregen toestemming van het UWV zijn de arbeidsovereenkomsten van de dertien werknemers wegens bedrijfseconomische redenen opgezegd. De kantonrechter heeft voor recht verklaard dat de opzeggingen van de arbeidsovereenkomsten kennelijk onredelijk zijn te achten (gevolgencriterium) en aan de dertien werknemers een schadevergoeding toegekend. Vlaar heeft het onderhavige geschil in volle omvang aan het hof voorgelegd, reden waarom het hof de grieven niet afzonderlijk maar gezamenlijk zal beoordelen.

Het hof oordeelt als volgt. Door op 27 september 2013 het UWV toestemming te vragen om de arbeidsovereenkomsten met de werknemers wegens een reorganisatie op te zeggen en op dezelfde dag de vakbonden op de hoogte te brengen van haar reorganisatieplan heeft Vlaar naar de letter van artikel 9B.2. van de geldende cao genomen niet overeenkomstig deze bepaling gehandeld. Anders dan de kantonrechter is het hof niet van oordeel dat dit het ontslag reeds kennelijk onredelijk maakt. De werknemers hebben verder niet (voldoende gemotiveerd) weersproken dat eerder overleg met de vakbonden niet tot een andere uitkomst zou hebben geleid. Vast staat dat Vlaar – overeenkomstig artikel 9B.3 van deze cao – aan alle dertien werknemers outplacement heeft aangeboden. Voorts hebben de werknemers niet weersproken dat het met het bedrijf slecht ging (en dat het nog steeds slecht gaat). De RFR-regeling, op basis waarvan de kantonrechter vergoedingen heeft toegekend, bestond ten tijde van de reorganisatie niet meer. Onder deze omstandigheden behoefde van Vlaar niet te worden gevergd dat zij aanvullend nog een vergoeding aan deze werknemers zou betalen. Het niet aanbieden van een vergoeding brengt, mede gelet op het feit dat de onderneming verlieslijdend is sinds enige jaren, naar het oordeel van het hof derhalve niet mee dat sprake is van kennelijk onredelijk ontslag. Aldus komt aan deze werknemers geen recht op een

vergoeding toe. Het bestreden vonnis wordt vernietigd en opnieuw recht doende wordt de vordering afgewezen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 11-10-2016

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2016:8228

Zaaknummer: 200.174.181/01

Rechters: L. Groefsema, O.E. Mulder en W.J. Overtoom

Advocaten: N. Paanakker en B. van Dijk

Wetsartikelen: 7:681 (oud) BW

RECHTSPRAAK

Voor de beoordeling of betrokkene zijn normale woonplaats in Nederland of in Polen heeft, zijn niet de formele indicaties doorslaggevend, maar zijn de concrete feiten en omstandigheden bepalend.

Betrokkene was in dienst bij een bedrijf te Polen. Betrokkene werkte ongeveer de helft van de tijd in Polen en de andere helft in Nederland. Uit het Uoo2-formulier blijkt dat betrokkene in Polen als sociaal verzekerd is aangemerkt. Het bevoegde Poolse orgaan kent betrokkene na zijn ziekmelding op 1 juni 2011 een ziekengelduitkering toe. Op 1 juni 2011 meldt betrokkene zich ook bij UWV ziek en hij vraagt een ZW-uitkering aan. UWV wijst deze aanvraag af, aangezien betrokkene niet verzekerd is voor de ZW omdat hij valt onder het Poolse socialezekerheidssysteem. In bezwaar tegen dit besluit is namens betrokkene naar voren gebracht dat hij in Nederland woont. Nu hij substantieel in Nederland en in Polen werkt, is op grond van artikel 13, eerste lid, onder a van Vo 883/2004 Nederland de bevoegde lidstaat. Het bezwaar is ongegrond verklaard, omdat niet onomstotelijk kan worden vastgesteld dat betrokkene op 1 juni 2011 in Nederland woonde. De rechtbank verklaart het beroep gegrond.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Ten gronde gaat het geschil van partijen over de vraag of betrokkene op de datum in geding woonplaats had in Polen dan wel in Nederland. Ingevolge artikel 1 onder j van Vo 883/2004 wordt voor de toepassing van deze verordening onder 'woonplaats' verstaan de plaats waar een persoon pleegt te wonen. Blijkens vaste rechtspraak van het Hof (vergelijk de arresten Di Paolo van 17 februari 1977, C-76/76, Swaddling van 25 februari 1999, C-90/97, Wencel van 16 mei 2013, C-589/10 en I vs Health Service van 5 juni 2014, C-255/13) wordt inzake het begrip woonplaats binnen de toepassing van Vo 883/2004 gedoeld op de lidstaat waar de betrokkene zijn normale woonplaats heeft en waar zich ook het gewone centrum van zijn belangen bevindt. In het bijzonder dient te worden gelet op de gezinssituatie van de betrokkene, de redenen waarom hij naar een ander land is gegaan, de duur en bestendigheid van zijn verblijf aldaar, of hij een vaste werkkring heeft, alsmede de intentie van de betrokkene zoals die uit alle omstandigheden blijkt. Het begrip woonplaats in een lidstaat sluit niet uit dat de betrokkene een tijdelijke verblijfplaats in een andere lidstaat heeft. Volgens het Hof kan een persoon echter niet tegelijkertijd

beschikken over twee normale woonplaatsen op het grondgebied van twee verschillende lidstaten. Het is aan de nationale rechter om, gelet op alle relevante elementen in het dossier, te beoordelen waar zich de normale woonplaats van de betrokkene bevindt. Hierbij zijn niet de formele indicaties doorslaggevend, maar zijn de concrete feiten en omstandigheden bepalend voor de vraag of betrokkene ten tijde in geding het gewone centrum van zijn belangen in een andere lidstaat dan Nederland had. In onderhavige kwestie leiden de feiten en omstandigheden de Raad tot de conclusie dat aangenomen moet worden dat betrokkene ten tijde in geding woonplaats had in Polen. UWV heeft terecht de aanvraag om ziekengeld van betrokkene afgewezen op de grond dat betrokkene niet verzekerd was voor de ZW. De rechtbank heeft het bestreden besluit ten onrechte vernietigd; het beroep moet ongegrond worden verklaard.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 07-10-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:3817

Zaaknummer: 15/2105 ZW

Rechters: T.L. de Vries, H.J. Simon en E.E.V. Lenos

Advocaten: B.J.M. de Leest

Wetsartikelen: 16 Vo 987/2009

RECHTSPRAAK

Stichting Zorggroep Oude en Nieuwe Land/werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst Thuisbegeleider wegens verstoorde arbeidsrelatie. Werkgever heeft zich voldoende inspanningen getroost om werkneemster tegemoet te komen en te trachten haar op een andere functie binnen de organisatie aan te stellen. Wel transitievergoeding. Geen billijke vergoeding.

Werkneemster is op 16 juni 1997 in dienst getreden bij (de rechtsvoorgangster van) ZONL. De functie die werkneemster laatstelijk vervulde, is die van Thuisbegeleider. ZONL verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsrelatie (art. 7:669 lid 3 onderdeel g BW). Ter onderbouwing daarvan heeft ZONL het volgende naar voren gebracht. Werkneemster heeft diverse conflicten gehad met verschillende collega's en met minimaal twee leidinggevenden. Zij heeft tot nu toe niet willen inzien dat haar houding en gedrag voor veel problemen zorgen en interventies en diverse gesprekken hebben hierin geen oplossing gebracht, zodat het vertrouwen in werkneemster inmiddels ernstig en onherstelbaar is geschaad. Werkneemster verweert zich tegen het verzoek en stelt primair dat de verzochte ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet worden afgewezen. Voor zover de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden, verzoekt zij subsidiair bij wijze van voorwaardelijk tegenverzoek om toekenning van de transitievergoeding van € 23.415 bruto, alsmede een billijke vergoeding van € 46.830.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Vooropgesteld wordt dat hetgeen vóór 2015 tussen partijen is voorgevallen dermate lang geleden is dat deze gebeurtenissen niet relevant zijn voor de vraag of de arbeidsverhouding thans zodanig verstoord is dat niet langer van ZONL kan worden gevergd haar voort te laten duren. Gelet op de stellingen van partijen is de vraag of werkneemster kan terugkeren in de functie van Thuisbegeleider inmiddels een gepasseerd station. Werkneemster geeft weliswaar – met name in het kader van de door haar verzochte billijke vergoeding – aan dat zij ten onrechte uit haar functie is gezet maar niet (voldoende) gesteld of gebleken is dat zij zich op enig moment op het standpunt heeft gesteld terug te kunnen keren in haar functie als Thuisbegeleider. Dat werkneemster spijt heeft betuigd, oplossingsgericht was en van goede wil, en toenadering zou hebben gezocht tot de planner en

haar leidinggevende neemt – wat daar ook van zij – niet weg dat de verhoudingen ondertussen – ondanks de inzet van de bedrijfsarts, maatschappelijk werk en gesprekken tussen partijen onderling – dusdanig waren verstoord dat ZONL geen toekomst meer zag in een verdere samenwerking tussen werkneemster en de planner (die als enige binnen ZONL verantwoordelijk is voor de inroostering). De kantonrechter kan ZONL, gezien alle inspanningen die zij zich heeft getroost om de relatie tussen werkneemster en de planner weer vlot te trekken, wel volgen in dit standpunt. Hetzelfde geldt voor het standpunt van ZONL ter zake de onmogelijkheid van een verdere samenwerking tussen werkneemster en haar leidinggevende, waarbij de kantonrechter voldoende aannemelijk acht dat de incidenten (die immers tijdens het teamoverleg en een intervisiebijeenkomst hebben plaatsgevonden) en de houding en het gedrag van werkneemster, hun weerslag op het gehele team hebben gehad. Uitgaande van hetgeen partijen hebben gesteld over de gebeurtenissen vanaf begin 2015 tot de indiening van het verzoekschrift is voorts voldoende komen vast te staan dat ZONL zich als werkgever voldoende inspanningen heeft getroost om werkneemster tegemoet te komen en te trachten haar op een andere functie binnen de organisatie aan te stellen. Herplaatsing van werkneemster in een andere passende functie binnen een redelijke termijn is niet mogelijk. De in dat verband door werkneemster geopperde functie van Verzorgende IG is, gelet op de duur van de opleiding van twee, of – zoals werkneemster heeft gesteld – eventueel te beperken tot één jaar, niet te duiden als een passende functie. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Werkneemster heeft aanspraak op een transitievergoeding van € 22.898 bruto, zoals door ZONL berekend. Er is geen aanleiding werkneemster een billijke vergoeding toe te kennen. Van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door ZONL is geen sprake. Daarbij wordt in aanmerking genomen de vele gesprekken die zijn gevoerd, deels met inschakeling van derden en de mediation ter gelegenheid waarvan werkneemster uitgebreid de gelegenheid heeft gekregen zich te oriënteren op een andere functie binnen ZONL, alsmede de in dat verband door ZONL aangeboden scholing, terwijl het salaris van werkneemster sinds oktober 2015, ondanks haar vrijstelling van werk en de haar daarbij geboden oriëntatiemogelijkheden, steeds is doorbetaald.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 05-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:4578

Zaaknummer: 5273668 \ AR VERZ 16-159

Rechters: E.T.M. Zwart-Sneek

Advocaten: A.E. Doornbos en Y. van der Horst

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

RECHTSPRAAK

Als uitgangspunt geldt dat het oordeel van een onafhankelijke deskundige wordt gevolgd. Indien appellante niet meewerkt aan psychiatrisch onderzoek komt dit voor haar rekening en risico.

Appellante was vanaf 3 maart 2009 op basis van een persoonsgebonden budget werkzaam als verzorgende van haar moeder. Op 22 april 2011 meldt zij zich ziek en na het overlijden van haar moeder op 8 juli 2012 ontvangt appellante een ZW-uitkering. Bij besluit van 30 januari beëindigt UWV de ZW-uitkering van appellante, omdat zij in staat wordt geacht de maatgevende arbeid te verrichten. Het bezwaar en beroep worden ongegrond verklaard. De rechtbank overweegt dat het niet mogelijk is gebleken te beoordelen of op de datum in geding sprake was van stoornissen op psychiatrisch gebied en van beperkingen naar actueel medisch vast te stellen wetenschappelijke inzichten als gevolg daarvan, omdat appellante heeft geweigerd mee te werken aan een onderzoek door een door de rechtbank te raadplegen psychiater, en dat dit voor rekening en risico van appellante dient te blijven.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. De rechtbank heeft geoordeeld dat UWV op goede gronden de ZW-uitkering van appellante heeft beëindigd, gebaseerd op het advies van een deskundige. De deskundige heeft appellante onderzocht en kennis genomen van de zich in het dossier bevindende medische informatie. De deskundige heeft op basis van zijn onderzoek uitgebreid en inzichtelijk gemotiveerd dat appellante met haar beperkingen in staat was haar werkzaamheden als verzorgende te verrichten. De rechtbank kan worden gevolgd in haar oordeel dat er geen reden is het advies van de deskundigen niet te volgen. Op grond van vaste rechtspraak van de Raad geldt als uitgangspunt dat het oordeel van een onafhankelijke, door de bestuursrechter ingeschakelde deskundige kan worden gevolgd indien de door deze deskundige gebezigde motivering hem overtuigend voorkomt. Deze situatie doet zich hier voor. De rechtbank wordt voorts gevolgd in haar oordeel dat het feit dat het niet mogelijk is gebleken te beoordelen of op datum in geding sprake was van stoornissen en beperkingen op psychiatrisch gebied, voor rekening en risico van appellante dient te blijven. Zoals de Raad al eerder heeft overwogen (zie bijvoorbeeld ECLI:NL:CRVB:2014:2287) zijn partijen ingevolge artikel 8:30 Awb verplicht mee te werken aan een onderzoek als bedoeld in artikel 8:47 lid 1 Awb. Artikel 8:31 Awb bepaalt dat indien een partij niet voldoet aan de verplichting om mee te

werken aan een onderzoek de bestuursrechter daaruit de gevolgtrekkingen kan maken die hem geraden voorkomen. Nu appellante ook in hoger beroep geen goede verklaring heeft gegeven voor het niet willen meewerken aan het psychiatrisch onderzoek, wordt geen aanleiding gezien anders te oordelen dan de rechtbank heeft gedaan. Het hoger beroep slaagt niet.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 14-09-2016

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2016:3722

Zaaknummer: 15/2956 ZW

Rechters: E. Dijt, H.G. Rottier en A.I. van der Kris

Advocaten: R. Kaya

Wetsartikelen: 19 ZW, 8:30 Awb en 8:47 Awb

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Wijzigen van verzoek van vernietiging opzegging in verzoek om een billijke vergoeding ('switch') ter zitting, buiten de vervaltermijn van twee maanden (art. 7:686a BW), is geldig. Ontslag op staande voet wegens volharding in standpunt dat aanspraak bestaat op achterstallig loon is niet rechtsgeldig. Billijke vergoeding € 10.000 bruto.

Werknemer is op 3 mei 2009 in dienst getreden bij New York Pizza. Op 18 juni 2016 is werknemer op staande voet ontslagen. Hij heeft aanvankelijk verzocht om vernietiging van het ontslag op staande voet en doorbetaling van het salaris. Ter zitting heeft werknemer te kennen gegeven te berusten in de opzegging en een verzoek gedaan om ten laste van New York Pizza een billijke vergoeding toe te kennen op grond van artikel 7:681 lid 1 BW. Werknemer heeft ter onderbouwing dat hij al geruime tijd, circa anderhalf jaar, met New York Pizza in overleg is over betaling van in het verleden, van 2010 tot 2014, te weinig ontvangen salaris. Werknemer heeft zich uiteindelijk genoodzaakt gezien om in verband hiermee een loonvordering aanhangig te maken. Voorgaande was voor New York Pizza aanleiding om hem op 18 juni 2016 op staande voet te ontslaan. De loonvorderingsprocedure is thans aanhangig, waarbij New York Pizza uitstel heeft gevraagd. New York Pizza verweert zich tegen het verzoek en verzoekt op haar beurt een verklaring voor recht dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is gegeven. Zij voert aan – samengevat – dat werknemer haar telkens confronteerde met onterechte claims. New York Pizza maakt aanspraak op een vergoeding wegens onregelmatige opzegging.

De kantonrechter oordeelt als volgt. In de eerste plaats wordt vastgesteld dat werknemer zijn verzoek tot vernietiging van de opzegging op grond van artikel 7:681 jo. 7:686a BW tijdig heeft ingesteld. Werknemer heeft ter zitting van 5 oktober 2016 te kennen gegeven dat hij berust in de opzegging en thans verzoekt om hem ten laste van New York Pizza een billijke vergoeding toe te kennen. Nu in de bewoordingen van artikel 7:681 BW noch in de wetsgeschiedenis aanwijzingen te vinden zijn dat deze wijziging van eis, bekend als een 'switch', buiten de

vervaltermijn van artikel 7:686a BW niet meer mogelijk is, indien het oorspronkelijke verzoek maar tijdig is ingediend, wordt het verzoek om een billijke vergoeding beoordeeld. Zelfs indien zou komen vast te staan dat de vordering tot betaling van achterstallig loon van werknemer geen enkele grond heeft, dan nog kan het enkele feit dat hij meent daar wel aanspraak op te hebben, geen dringende reden opleveren voor een ontslag op staande voet. Dit geldt ook voor het geregeld in gesprekken op dit onderwerp terugkomen of het inschakelen van een gemachtigde om brieven aangaande deze kwestie te schrijven. Niet is uit te sluiten dat voormeld gedrag een grond zou hebben opgeleverd voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Deze vraag ligt hier echter niet voor. Aan werknemer wordt een billijke vergoeding toegekend. Bij gebreke van door werknemer verstrekte aanknopingspunten, zal de hoogte van de billijke vergoeding enkel worden bepaald aan de hand van de periode dat hij bij een reguliere beëindiging van de arbeidsovereenkomst in dienst zou zijn gebleven. Met inachtneming van artikel 7:671b BW zou dit tot 1 december 2016 zijn geweest. Uitgaande van een maandloon van € 1.650 bruto per maand exclusief vakantiegeld, wordt de vergoeding daarom afgerond op € 10.000 bruto bepaald.

New York Pizza heeft voor het geval het (oorspronkelijke) verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet van werknemer zou worden toegewezen een ontbindingsverzoek ingediend. Nu werknemer berust heeft in de opzegging en de arbeidsovereenkomst tussen partijen derhalve inmiddels reeds is geëindigd, wordt geoordeeld dat New York Pizza geen belang meer heeft bij haar tegenverzoek, zodat dit zal worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 05-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:6651

Zaaknummer: EA VERZ 16-968/16-1002/16-1126/C104420

Rechters: E. Pennink

Advocaten: M.M.A. Appelman en B. van den Berg

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW, 7:681 BW en 7:686a BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Nederlandse Vereniging van Banken

Werkgever handelt ernstig verwijtbaar door telkenmale al bij voorbaat te twijfelen aan de geschiktheid van werkneemster voor een voor haar passende functie en haar de passende functie van Beleidsadviseur Privacy niet onvoorwaardelijk aan te bieden. Toekenning billijke vergoeding (art. 7:682 lid 1 BW) van € 35.000.

Werkneemster is op 1 februari 2001 in dienst getreden bij de Nederlandse Vereniging van Banken (hierna: NVB). De laatste functie die zij vervulde, is die van beleidsadviseur juridische zaken. Op 26 november 2015 heeft NVB werkneemster laten weten dat haar functie komt te vervallen. Na verkregen toestemming van het UWV is de arbeidsovereenkomst opgezegd. Werkneemster verzoekt de kantonrechter NVB te veroordelen over te gaan tot herstel van de dienstbetrekking. Aan dit verzoek legt werkneemster ten grondslag dat NVB niet aannemelijk heeft gemaakt dat de arbeidsplaats van werkneemster noodzakelijkerwijs dient te vervallen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering. De aangevoerde argumenten voor het creëren van een nieuwe functie van Legal Counsel deugen niet. Die functie is in feite de oude functie van werkneemster, danwel uitwisselbaar met die functie. Ook de functie van Beleidsadviseur Privacy had werkneemster onvoorwaardelijk moeten worden aangeboden omdat deze functie zonder meer passend voor haar is. Werkneemster heeft verzocht een billijke vergoeding toe te kennen van € 185.000 (art. 7:682 lid 1 BW) omdat NVB jegens haar ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. NVB voert verweer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. NVB heeft overtuigend gemotiveerd waarom de functie van Legal Counsel niet uitwisselbaar is met de oude functie van werkneemster. Het feit dat de functie in een hogere salarisschaal is ingedeeld is daarvoor een eerste objectieve indicatie. Daarnaast is door NVB naar voren gebracht dat de meer ondersteunende en adviserende rol van de beleidsadviseur juridische zaken niet meer volstaat en dat behoefte is aan een meer dossier overstijgende, coördinerende en proactieve juridische rol met een externe focus. De functie van Beleidsadviseur Privacy, net als de oude functie van werkneemster een schaal 12-functie, is wel een passende functie voor werkneemster. NVB stelt weliswaar dat de functie

aan werknemer is aangeboden maar dat is niet juist. Al in het eerste gesprek over het verval van haar functie is door haar direct leidinggevende aan haar te verstaan gegeven dat zij dacht dat werknemer niet geschikt was voor de functie. Niet betwist is dat werknemer de eerdere privacy medewerkster heeft ingewerkt en op de hoogte is van privacywetgeving en daarmee voldoet aan de in de vacaturetekst genoemde eis dat sprake is van aantoonbare ervaring met vraagstukken rondom dataprotectie/privacy. Alle overige eisen komen overeen met de functie-eisen van de oude functie van werknemer. Voorts is nog relevant dat NVB telkens gewezen heeft op het feit dat een assessment deel uit zou maken van een sollicitatieprocedure en dat na zes maanden van het functioneren van werknemer tewerkstelling in de functie van Beleidsadviseur Privacy zou volgen. Er is geen sprake van het aanbieden aan werknemer van deze voor haar passende functie en er is evenmin sprake van goed werkgeverschap aan de zijde van NVB, zoals het UWV heeft overwogen.

De opzegging is in strijd met artikel 7:669 lid 1 in samenhang met lid 3 onderdeel a BW. Doordat er inmiddels een Beleidsadviseur Privacy is aangenomen door NVB en de direct betrokkenen bij NVB ook op zitting weer hun twijfels hebben geuit of werknemer de functie goed zou kunnen vervullen is herstel in redelijkheid niet mogelijk (art. 7:682 lid 1 BW). Dat telkenmale al bij voorbaat uiten van twijfel aan de geschiktheid van werknemer voor een voor haar passende functie en het niet zonder voorbehoud aanbieden aan haar van die functie is te kwalificeren als ernstig verwijtbaar handelen van NVB dat toekenning van een billijke vergoeding rechtvaardigt. Het verzoek tot herstel van de dienstbetrekking en tot tewerkstelling in de functie van Legal Counsel dan wel de functie van Beleidsadviseur Privacy wordt afgewezen. Het subsidiaire verzoek van werknemer om NVB te veroordelen een billijke vergoeding te betalen zal worden toegewezen tot een bedrag van € 35.000. Daarbij wordt het volgende meegewogen. In de naar de kantonrechter aanneemt eind september aan werknemer uitbetaalde transitievergoeding van ruim 50.000 euro worden volgens de wetgever de gevolgen van het gegeven ontslag geacht voldoende tot uitdrukking te zijn gebracht. De billijke vergoeding moet worden vastgesteld in relatie tot het ernstige verwijt dat aan NVB kan worden gemaakt. Dat ernstige verwijt is dat NVB ten onrechte aan werknemer de passende functie van Beleidsadviseur Privacy niet onvoorwaardelijk heeft aangeboden. Wanneer dat wel was gebeurd had werknemer de mogelijkheid gehad haar dienstverband bij NVB te continueren. De inkomensderving door het verlies van haar baan staat dan ook in causaal verband tot het ernstige verwijt dat NVB kan worden gemaakt. Werknemer heeft ter zitting onbetwist verklaard geen uitzicht op werk te hebben en door haar langdurige en eenzijdige werkervaring bij NVB haar kansen op de arbeidsmarkt niet rooskleurig in te schatten. Onder die omstandigheden kunnen de gevolgen van het ontslag niet geacht worden in de transitievergoeding voldoende tot uitdrukking te zijn gebracht. De billijke vergoeding zal, gelet op de ernst van het aan NVB te maken verwijt en met in acht

neming van de lange duur van het dienstverband, worden vastgesteld op een bruto jaarsalaris, vermeerderd met 8% vakantiegeld, minus de toegezegde transitievergoeding van € 51.944,37 bruto, hetgeen afgerond tot toekenning van een bedrag van € 35.000 leidt.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 04-10-2016

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2016:6650

Zaaknummer: 5169746 EA VERZ 16-708

Rechters: H.M. Patijn

Advocaten: M.E.J. van Gelderen en C.E. Dingemans

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel a BW en 7:682 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens verstoorde arbeidsrelatie nadat ontslag op staande voet is vernietigd. Ernstig verwijtbaar handelen door werkgeefster, waardoor duur ontbindingsprocedure niet in mindering mag worden gebracht op opzegtermijn. Billijke vergoeding € 60.000 bruto.

Werknemer is sinds 1980 in dienst. Laatstelijk is hij werkzaam in de functie van eerste automonteur. Na een incident met een collega is hij op staande voet ontslagen. De kantonrechter vernietigt, bij beschikking van 12 mei 2016, het op 18 december 2015 door werkgeefster aan werknemer gegeven ontslag op staande voet. Werkgeefster verzoekt de arbeidsovereenkomst, voor zover die nog zou bestaan, te ontbinden tegen de eerst mogelijke datum op grond van artikel 7:671b lid 8 onderdeel b BW. Primair vanwege een dringende reden (art. 7:699 lid 3 onderdeel e BW) en subsidiair wegens veranderingen in de omstandigheden (art. 7:669 lid 3 onderdeel g BW), waarbij géén (transitie)vergoeding aan werknemer wordt toegekend. Het verweer van werknemer strekt primair tot afwijzing van het verzoek.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Er bestaan behoudens de eisen van onverwijldheid en verwijtbaarheid van de werknemer, geen verschillen tussen een dringende reden (in de zin van art. 7:677 lid 1 BW) en de ontbindingsgrond 'verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer, zodanig dat van de werkgeefster in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren' (de e-grond). Werkgeefster heeft haar verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de e-grond gebaseerd op hetzelfde feitencomplex dat ten grondslag lag aan het ontslag op staande voet (dringende reden in de zin van art. 7:677 lid 1 BW). Voor toewijzing van het ontbindingsverzoek (e-grond) moet – naast dezelfde vereisten als bij de opzegging om een dringende reden – ook sprake zijn van verwijtbaarheid van werknemer. Nu de opzegging om een dringende reden reeds is vernietigd en daarom niet wordt toegekomen aan de beoordeling van de verwijtbaarheid van werknemer, ziet de kantonrechter geen reden om ten aanzien van dit ontbindingsverzoek anders te oordelen. Op basis van de standpunten van partijen ter zitting is naar het oordeel van de kantonrechter

voldoende aannemelijk geworden dat het incident op 16 december 2015 mede is veroorzaakt door een emotionele reactie van werknemer. Werknemer moest extra werkzaamheden verrichten waarvoor hij niet betaald kreeg. Toen hij op 16 december 2015 door een collega werd aangesproken dat hij, kort gezegd, oncollegiaal gedrag vertoonde, heeft hij zijn ongenoegen hierover jegens zijn collega geuit door hem een duw te geven, dan wel op afstand heeft gehouden en daarbij krachttermen heeft toegeworpen. Hoewel deze gedragingen van werknemer als een misstap (onjuist, onprofessioneel gedrag) moet(en) worden aangemerkt, slaagt het beroep op de e-grond niet.

Partijen zijn het erover eens dat een vruchtbare samenwerking niet meer mogelijk is. De arbeidsovereenkomst wordt derhalve ontbonden (op grond van art. 7:669 lid 3 onderdeel g BW). Het verzoek van werkgeefster om op grond van artikel 7:671b lid 8 onderdeel b BW de arbeidsovereenkomst te ontbinden tegen de eerst mogelijke datum wordt afgewezen, omdat geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door werknemer. Werkgeefster heeft daarnaast verzocht om op grond van artikel 7:671b lid 8 onderdeel a BW de duur van de periode die aanvangt op de datum van ontvangst van het verzoek om ontbinding en eindigt op de datum van dagtekening van de ontbindingsbeslissing in mindering te brengen. Voor verkorting van de opzegtermijn met de duur van voornoemde periode is slechts plaats indien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgeefster. Naar het oordeel van de kantonrechter is hiervan sprake. Werknemer is ten onrechte op staande voet ontslagen. Werkgeefster heeft vervolgens na de vernietiging van dit ontslag op staande voet niet getracht op enigerlei wijze de arbeidsrelatie te herstellen, terwijl dit van haar, als goed werkgeefster, mocht worden verwacht. Het verzoek van werknemer tot toekenning van de transitievergoeding wordt toegewezen (€ 63.386,55 bruto). Voorts wordt een billijke vergoeding toegekend, nu werkgeefster ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding worden alle omstandigheden meegewogen (zie ook Hof 's-Hertogenbosch 4 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:320). Onder meer weegt mee de leeftijd van werknemer (56 jaar), duur van het dienstverband (ruim 36 jaar) en het ernstig verwijtbaar handelen van werkgeefster. Voorts heeft werknemer rugklachten, waarvoor hij driemaal is geopereerd en is beperkt in zijn werkzaamheden. Deze beperkingen heeft werkgeefster erkend en rekening houdende daarmee de functie van werknemer aangepast. Hoogstwaarschijnlijk zal het voor werknemer, vanwege zijn leeftijd én beperkingen, dan ook lastiger zijn om inkomsten uit arbeid te verwerven ter hoogte van zijn huidige salaris. Tot slot wordt meegewogen dat het niet mogelijk moet zijn een verstoorde arbeidsverhouding te veroorzaken zonder een financiële compensatie van enige omvang verschuldigd te zijn. De billijke vergoeding wordt vastgesteld op € 60.000 bruto.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 27-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:5508

Zaaknummer: 5032459 \ HA VERZ 16-132 \ 475 \ 28195

Rechters: B.J. Engberts

Advocaten: I.J.M. van den Hurk en C. Karharman

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Opzegging zonder instemming. Billijke vergoeding ex artikel 7:681 lid 1 BW moet worden gerelateerd aan de grondslag hiervoor: de niet-regelmatige opzegging. Eventuele aanvullende schadevergoeding (werkneemster stelt dat sprake is van seksuele intimidatie), kan bijvoorbeeld op grond van artikel 7:611 BW worden gevorderd.

Werkneemster start op 1 augustus 2015 de opleiding (junior) accountmanager in de vorm van een beroepsbegeleidende leerweg (BBL) en treedt als leerling-werknemer op 1 september 2015 in dienst bij werkgever. Werkneemster is herhaaldelijk gewaarschuwd voor het te laat op haar werk verschijnen. Op 26 februari 2016 vindt er seksueel contact plaats tussen werkneemster en B, directeur van werkgever. Op dinsdag 8 maart 2016 krijgt werkneemster wederom een waarschuwing voor het te laat op het werk verschijnen. Werkgever zegt tijdens dit gesprek mondeling de arbeidsovereenkomst op tegen 31 maart 2016. Werkneemster stelt dat werkgever de arbeidsovereenkomst in strijd met artikel 7:671 BW heeft opgezegd en verzoekt op grond van artikel 7:681 lid 1 onderdeel a BW om toekenning van een billijke vergoeding. Daarnaast stelt werkneemster dat werkgever in strijd met artikel 7:672 BW niet de opzegtermijn van één maand in acht heeft genomen, waardoor werkgever een vergoeding verschuldigd is gelijk aan het bedrag van het in geld vastgestelde brutoloon van één maand.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Niet voldoende is vast komen te staan dat werkneemster (mondeling) heeft ingestemd met de opzegging van haar arbeidsovereenkomst. Met het ontbreken van de schriftelijke instemming van werkneemster staat vast dat de arbeidsovereenkomst onregelmatig is geëindigd als bedoeld in artikel 7:681 lid 1 onderdeel a BW. Nu werkgever – onbetwist – bij de opzegging niet de termijn als bedoeld in artikel 7:672 lid 2 onderdeel a BW in acht heeft genomen, is werkgever op grond van artikel 7:672 lid 10 BW een vergoeding verschuldigd gelijk aan het loon van één maand (€ 690,66 bruto). Niet is gesteld of gebleken is dat het ontslag van werkneemster verband hield met het seksuele contact tussen B en haar op 26 februari 2016 dan wel met andere – door werkgever betwiste – seksuele contacten tussen hen beiden. Onder verwijzing naar de wetgeschiedenis wordt geoordeeld dat werkneemster in beginsel recht heeft op een billijke vergoeding (*Kamerstukken*

I 2013/14, 33818, C, p. 99 en 113). Zij heeft echter geen recht op een transitievergoeding, omdat zij ten tijde van het ontslag nog geen 24 maanden in dienst was.

Werkneemster stelt dat bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat werkgever zich niet als een goed werkgever heeft gedragen als bedoeld in artikel 7:611 BW. Dit volgt, kort gezegd, uit de – door haar gestelde – seksuele intimidatie van B, die als directeur van werkgever hierdoor zijn zorgplicht jegens werkneemster heeft geschonden. De kantonrechter verwerpt dit betoog. Het gaat om een verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding in plaats van vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst (art. 7:681 lid 1 BW). De hoogte van deze billijke vergoeding moet dan gerelateerd zijn aan de grondslag hiervoor, te weten: de niet-regelmatige opzegging door werkgever wegens het ontbreken van schriftelijke instemming van werkneemster. Indien werkneemster meent dat zij door de billijke vergoeding onvoldoende compensatie geboden krijgt voor de schade die zij lijdt als gevolg van de gedragingen van werkgever dan wel B tijdens de arbeidsovereenkomst die als slecht werkgeverschap zijn te kwalificeren, kan zij wellicht, bijvoorbeeld op grond van artikel 7:611 BW, vergoeding van die schade vorderen van werkgever en/of B zelf. Bij het bepalen van de hoogte van de billijke vergoeding zijn de volgende omstandigheden van belang. De arbeidsovereenkomst zou, partijen zijn het hierover eens, gelet op de duur van de BBL, eindigen op 31 juli 2018. Hierdoor bedraagt de loonschade, gerekend vanaf 1 mei 2016 (na de fictieve opzegmaand), van de voortijdige onregelmatige opzegging maximaal (27 maanden x € 690,66 bruto) € 18.647,82 bruto. Niet uitgesloten is echter dat werkneemster na de (onregelmatige) opzegging van de arbeidsovereenkomst per 1 april 2016 bij een ander leerbedrijf haar BBL zou kunnen voortzetten. De duur van vertraging die werkneemster vanwege de onregelmatige opzegging mogelijk zou oplopen zou, schattenderwijs, beperkt zijn tot enkele maanden. Gelet op al deze omstandigheden, waaronder dus ook de onregelmatigheid van de opzegging zelf, stelt de kantonrechter de door werkgever aan werkneemster te betalen billijke vergoeding vast op een bedrag van € 7.500 bruto.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 27-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:5507

Zaaknummer: 5122602 \ HA VERZ 16-186 \ 475 \ 28195

Rechters: B.J. Engberts

Advocaten: J.W. Mouthaan en I. Visscher

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:672 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Afwijzing ontbindingsverzoek directiesecretaresse. Werkneemster is onvoldoende van disfunctioneren in kennis gesteld en er is geen verbetertraject gevolgd. Verstoorde arbeidsrelatie is aan werkgeefster te wijten. De gestelde verstoring in de verhoudingen is immers gelegen in het standpunt van werkgeefster dat werkneemster disfunctioneert.

Werkneemster is sinds 1 oktober 1997 in dienst bij werkgeefster in de functie van directiesecretaresse. Werkgeefster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a BW jo. artikel 7:669 lid 1 en 3 onderdeel d en g BW.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Werkgeefster stelt, kort gezegd, dat werkneemster ongeschikt is voor haar functie en onderbouwt haar stelling met voorbeelden, onder meer aan de hand van verklaringen van drie collega's. De opzegging van het lidmaatschap van AVNeg was volgens haar 'de druppel'. Werkgeefster stelt dat zij herhaaldelijk met werkneemster heeft gesproken over haar disfunctioneren, hetgeen door werkneemster gemotiveerd is betwist. Dat werkgeefster werkneemster zou hebben aangesproken op haar functioneren is, tot de brief van 22 januari 2016, in ieder geval niet schriftelijk vastgelegd. Evenmin zijn er, na het evaluatiegesprek van 2011, (formele) beoordelingsgesprekken gevoerd. De kantonrechter is van oordeel dat, indien er al sprake is van ongeschiktheid van werkneemster tot het verrichten van haar bedongen arbeid, aldus niet is komen vast te staan dat werkneemster hiervan tijdig en voldoende concreet in kennis is gesteld. Ook is werkneemster niet in voldoende mate in de gelegenheid gesteld haar functioneren te verbeteren in een zogenoemd verbeteringstraject. De eventuele ongeschiktheid van werkneemster tot het verrichten van haar bedongen arbeid vormt geen (redelijke) grond voor ontbinding.

De naar voren gebrachte feiten en omstandigheden leveren ook geen redelijke grond voor opzegging op, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW. Van de door werkgeefster gestelde verstoorde arbeidsverhouding lijkt weliswaar, in zekere zin (werkneemster is haar arbeid tot op heden blijven verrichten), sprake, maar deze verstoorde arbeidsverhouding is veroorzaakt door werkgeefster. De gestelde verstoring in de verhoudingen is immers gelegen

in het standpunt van werkgeefster dat werknemster disfunctioneert. Zoals overwogen heeft werkgeefster ten onrechte nagelaten werknemster hierop duidelijk en concreet aan te spreken en haar (vervolgens) in de gelegenheid te stellen dit functioneren te verbeteren. Deze handelswijze van werkgeefster maakt dat de mogelijke verstoorde arbeidsverhouding aan haar te wijten is. Van werkgeefster kan daarom in redelijkheid juist wel verlangd worden om de arbeidsovereenkomst voort te zetten en, zo nodig, alsnog bedoeld verbetertraject af te spreken. Hierbij dient werkgeefster werknemster niet alleen duidelijkheid te geven over haar taken en verantwoordelijkheden – deze zijn niet beschreven – en de concrete doelstellingen van het verbetertraject maar dient zij haar ook, waar nodig en binnen de grenzen van het redelijke, te ondersteunen bijvoorbeeld door middel van (bij)scholing. Volgt afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 20-07-2016

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2016:5506

Zaaknummer: 4973228 \ HA VERZ 16-116 en 5153124 HA VERZ 16-194 \ 475 \ 28195

Rechters: B.J. Engberts

Advocaten: M.C. Langenberg en J.A. Noordam

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