

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 25, 2017

Nummer 25, 2017

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:2659 13-06-2017

Fair Play Centers BV/werkneemster

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:1591 13-06-2017

werknemer/X c.s.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:2144 13-06-2017

Centric BPO Services/KPMG Accountants

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:1582 13-06-2017

werkneemster/Stichting VO Haaglanden

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:4868 08-06-2017

Cargoguide International B.V./werknemer

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:1604 30-05-2017

werknemer/B.V. Touwslagerij (voorheen Gebroeders Mudde)

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:4782 29-05-2017

werkneemster/Stichting Certe Laboratorium voor Infectieziekten

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:1644 25-04-2017

FNV/Gemeente Schagen c.s.

Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:1151 11-04-2017

werknemer/Taxi Haars BV

Rechtbank

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:5521 14-06-2017

werknemer/BAG B.V.

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:5454 12-06-2017

werkneemster/Wiertz Personeelsdiensten II B.V.

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:3445 09-06-2017

Crosby Worldwide Limited/X

Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:5433 09-06-2017

werknemer/SRC System integrators BV

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2017:1990 02-06-2017

werknemer/werkgever

Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:2927 31-05-2017

werknemster/werkgeefster

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:2131 21-04-2017

werknemer/T-Systems Nederland B.V.

Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2016:7735 20-06-2016

werknemster/Zorggroep Almere

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:5835 11-05-2016

werknemer/JVH Hospitality B.V.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:7508 14-04-2016

werknemer/Vlisco Netherlands B.V.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:10399 08-04-2016

Stork Technical Services Nederland B.V./werknemer

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:7510 22-03-2016

werknemer/DAF Trucks N.V.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:7511 22-03-2016

REG Media B.V./werknemster

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2016:8610 29-02-2016

werknemer/Stichting TanteLouise-Vivensis

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:5831 13-02-2016

Stichting Meriant/werkneemster

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:463 05-02-2016

werkgever/werknemer

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2016:886 05-02-2016

werknemer/VOF Biggym c.s.

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2016:10401 29-01-2016

werknemer/Stichting Maasstad Ziekenhuis

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2016:186 19-01-2016

Stichting ASVZ/werknemer

Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2016:5830 13-01-2016

werknemster/Thuiszorg Het Friese Land

Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2015:12192 09-12-2015

GCA Events B.V./werkneemster

Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2015:10167 09-12-2015

werkneemster/Fitness Personeel B.V.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2015:7910 04-12-2015

werknemer/Pathé Theatres B.V.

Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2015:16281 17-11-2015

werkneemster/Magazijn de Bijenkorf B.V.

Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBOBR:2015:7911 23-09-2015

Notarishuys Veldhoven B.V./werknemer

Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2014:9870 20-02-2014

Den Hartogh Trucking B.V./Stichting Bedrijfstakpensioenfondsvoor het beroepsgoederenvervoer over de weg

Centrale Raad van Beroep

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2017:2015 07-06-2017

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2017:2014 07-06-2017

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2017:1995 02-06-2017

Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2017:1991 12-05-2017

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Amsterdam 02-06-2017

Bentham Crouwel Architecten BV/werkneemster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Amsterdam 10-03-2017

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Amsterdam 09-03-2017

werkgeefster/werkneemster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

- onbekend -

Zeeman textielSupers B.V./werkneemster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

G-grond gegrond? De verstoorde arbeidsverhouding als ventiel van het nieuwe ontslagrecht

prof. mr. dr. S.S.M. Peters

Annotatie

Don't Believe the Hype: Van der Gulik/Visser & Partners is springlevend!

F.M. Dekker

Annotatie

Voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep

F.M. Dekker

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting VO Haaglanden

***Akte van ontslag gevolgd door Akte van benoeming levert geen
'opzegging' in de zin van artikel 7:673 BW op.***

Feiten

Werkneemster is vanaf 9 januari 1984 op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als docent werkzaam geweest bij (rechtsvoorgangers van) VO Haaglanden. Tot 19 januari 2016 had zij een dienstverband met een werktijdfactor van 1. Werkneemster is voor 45,20% arbeidsongeschikt bevonden door het UWV. Hierbij is geoordeeld dat werkneemster arbeidsongeschikt is voor het eigen werk in de volle omvang (29,20 klokuren), maar wél arbeidsgeschikt en herplaatsbaar in haar eigen werk voor minder uren (16 klokuren). Op 6 april 2016 ontving werkneemster de beide op 19 januari 2016 gedateerde Akte van ontslag en Akte van benoeming van VO Haaglanden. In de Akte van ontslag staat dat werkneemster met ingang van 19 januari 2016 ontslag wordt verleend. In de Akte van benoeming staat dat werkneemster aansluitend in dezelfde functie – die van docent – en in dezelfde salarisschaal wordt aangesteld, maar dan voor een werktijdfactor van 0,5480. Werkneemster heeft de kantonrechter verzocht om VO Haaglanden te veroordelen – voor zover in hoger beroep nog van belang – om aan haar te voldoen (1) een (gedeeltelijke) transitievergoeding van € 34.352 bruto, (2) een billijke vergoeding ex artikel 7:681 lid 1 onderdeel a BW van € 14.180,55, (3) een vergoeding ter zake van buitengerechtelijke incassokosten en (4) de proceskosten. Zij stelde daartoe dat zij recht heeft op de wettelijke transitievergoeding ex artikel 7:673 lid 1 onderdeel a BW omdat haar arbeidsovereenkomst is opgezegd door VO Haaglanden door de Akte van ontslag en het dienstverband ten minste 24 maanden heeft geduurd. Daarnaast maakt zij aanspraak op een billijke vergoeding vanwege het niet in acht nemen van de opzegtermijn en omdat VO Haaglanden geen ontslagvergunning van UWV heeft gekregen. De kantonrechter heeft de verzoeken van werkneemster afgewezen en haar veroordeeld in de kosten van de procedure. Daarbij heeft de kantonrechter onder meer overwogen dat de arbeidsovereenkomst feitelijk niet is beëindigd en opnieuw is aangegaan, maar ononderbroken is voortgezet, zij het onder gewijzigde voorwaarden (voor minder uren).

Oordeel

Het hof oordeelt als volgt.

Akte van ontslag gevolgd door Akte van benoeming levert geen ‘opzegging’ in de zin van artikel 7:673 BW op

Werkneemster stelt dat artikel 10.a.5 lid 5 van de cao in verbinding met artikel 20 onderdeel i BW Zavo-eisen stelt aan de wijze waarop een herplaatsing plaatsvindt van een werknemer die meer dan 35% arbeidsongeschikt is. Voor herplaatsing in een dergelijk geval is vereist dat eerst de bestaande arbeidsovereenkomst door de werkgever wordt opgezegd voordat de werknemer kan worden herbenoemd. Afwijking van deze eis is vanwege het standaardkarakter van de cao en de Zavo niet mogelijk, ook niet ten gunste van de werknemer. Het hof verwerpt dit standpunt, om de volgende redenen. Genoemde bepalingen van de cao en de Zavo – gelezen volgens de cao-norm – zijn uitsluitend gericht op het realiseren (en formaliseren) van een herplaatsing en niet op het door middel van opzegging doen eindigen van de arbeidsovereenkomst. Enig ander doel is in deze bepalingen niet te lezen (vgl. ECLI:NL:GHDHA:2016:2590, ECLI:NL:GHDHA:2016:3264 en ECLI:NL:GHAMS:2017:752). Het woord ‘ontslag’ is naar het oordeel van het hof in dit geval niet gelijk te stellen aan een opzegging van de arbeidsovereenkomst. Het opzeggen van de arbeidsovereenkomst is geregeld in artikel 10.a.5 lid 5 in verbinding met artikel 10.a.3 lid 1 van de cao. In dit laatste artikel is bepaald hoe een ‘opzegging’ moet plaatsvinden, te weten: door middel van een ‘brief, die tegen een ontvangstbewijs middellijk dan wel onmiddellijk is overhandigd, en met redenen omkleed (...) met inachtneming van de geldende opzegtermijn’. Over een dergelijke opzegging is in artikel 20 onderdeel i BW van de Zavo-regeling niets te lezen. De woorden ‘ontslag’ en ‘benoemd’ passen in het (historisch verklaarbare) gebruik in het onderwijs om bij indiensttreding een ‘Akte van benoeming’ volgens een bepaald model te verschaffen, zie artikel 9.a.1 lid 1 van de cao, en bij uitdiensttreding een ‘Akte van ontslag’. De (eenzijdige) Akte van benoeming is niet de rechtsbasis voor het ontstaan van de arbeidsovereenkomst, dat zijn aanbod en aanvaarding. Het model van de akte geeft slechts invulling aan de verplichting van de werkgever uit hoofde van het bepaalde in de cao en artikel 7:655 BW. Een eenzijdige Akte van ontslag is evenmin de rechtsbasis voor het eindigen van de arbeidsovereenkomst. Daarvoor is het overhandigen van eerdergenoemde, met redenen omklede, brief nodig. Gesteld noch gebleken is dat VO Haaglanden buiten het hanteren van genoemde aktes een opzeggingshandeling heeft verricht. Dat de transitievergoeding ook is verschuldigd indien een arbeidsovereenkomst wordt beëindigd vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid en er volgens de wetgever geen rechtvaardiging is om onderscheid te maken tussen (langdurig) arbeidsongeschikte en andere werknemers, kan niet leiden tot een ander oordeel.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 13-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:1582

Zaaknummer: 200.201.565/01

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

Advocaten: G. Wind en W. Lindeboom

Wetsartikelen: 7:673 BW

RECHTSPRAAK

Centric BPO Services/KPMG Accountants

Geen overgang van onderneming na aanbesteding financiële (software)diensten, wegens ontbreken overname personeel en materiële activa. Toegang tot softwaresysteem en gelijk blijven afnemers en hoofdopdrachtgever onvoldoende voor overgang van onderneming.

Feiten

Vanaf 9 oktober 2006 verricht Centric diensten in opdracht van Shell Nederland Verkoopmaatschappij B.V. (hierna: Shell) voor de retailers van de tankstations van Shell. De afspraken zijn vastgelegd in de mantelovereenkomst van 5 maart 2007 gesloten tussen Shell en Finance Service Center B.V. (later na een fusie en naamswijziging is deze vennootschap Centric geworden). De diensten worden in de mantelovereenkomst gedefinieerd als: financiële administratieve diensten, HR/salarisadministratie, alsmede overige diensten. Centric heeft met de retailers 'service agreements' gesloten en levert de diensten rechtstreeks aan de retailers. Shell heeft op haar beurt met de retailers franchiseovereenkomsten gesloten, waarin is bepaald dat de retailers zijn gehouden om bepaalde dienstverlening af te nemen bij de 'preferred supplier'. Tot 1 januari 2017 was Centric preferred supplier. Op 15 maart 2016 heeft Shell een aanbesteding georganiseerd in verband met de uitvoering per 1 januari 2017 van de diensten die betrekking hebben op 'central accounting, payroll services & management information' ten behoeve van de retailers van Shell-tankstations in Nederland, België, Luxemburg en Frankrijk. Centric en KPMG hebben op deze aanbesteding ingeschreven. Shell heeft de opdracht gegund aan KPMG. Bij brief van 14 juli 2016 heeft Shell aan de retailers meegedeeld dat zij de 'accounting services' heeft aanbesteed, KPMG als preferred supplier naar voren is gekomen en dat het doel is om begin 2017 over te schakelen naar KPMG. Centric stelt zich op het standpunt dat sprake is van overgang van onderneming. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen afgewezen. In de gegeven situatie, waarin het personeel noch andere materiële activa van betekenis overgaan en evenmin voldoende aannemelijk is dat de dienstverlening met dezelfde middelen zal worden uitgevoerd en de invulling van de diensten exact dezelfde blijft, is geen sprake van behoud van identiteit. Dat de

opdrachtgever, de klanten en de leveranciers wel naar KPMG overgaan, legt onvoldoende gewicht in de schaal om tot een ander oordeel te komen.

Oordeel

Het hof oordeelt als volgt.

Geen overgang van onderneming

De kern van het debat tussen partijen betreft de vraag of de overgang van de diensten van Centric naar KPMG een overgang van onderneming is zoals bepaald in artikel 7:662 BW en meer in het bijzonder of voldaan is aan het vereiste van identiteitsbehoud zoals in het tweede lid onderdeel a van dat artikel is bepaald. Bij de beantwoording van deze vraag stelt het hof voorop dat (volgens HvJ EG 18 maart 1986, C-24/85, ECLI:EU:C:1986:127 (Spijkers)) bij het vaststellen van identiteitsbehoud rekening gehouden dient te worden met alle feitelijke omstandigheden, zoals: de aard van de betrokken onderneming, het al dan niet overdragen van materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen, de waarde van immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overdragen van vrijwel al het personeel, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en de duur van de eventuele onderbreking. Voorts dient daarbij (volgens HvJ EG 11 maart 1997, C-13/95, ECLI:EU:C:1997:141 (Süzen)) in aanmerking genomen te worden dat het belang dat aan voornoemde omstandigheden wordt gehecht noodzakelijkerwijs verschilt naar gelang de activiteit en dat de richtlijn geen toepassing vindt in een situatie van een contractwissel van een arbeidsintensieve ondernemingsactiviteit indien daarbij geen materiële of immateriële activa van betekenis worden overgedragen van de eerste op de tweede ondernemer en de nieuwe ondernemer niet een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor de uitvoering van zijn overeenkomst had ingezet.

Gemengd karakter

Het hof oordeelt als volgt. De ondernemingsactiviteit waarvan bij de diensten sprake is, kan na contractwissel in het algemeen niet worden overgedragen zonder overdracht van materiële activa van enige betekenis. Voor het verrichten van de diensten is niet alleen menskracht nodig maar zijn tevens activa noodzakelijk zoals kantoorruimte, kantoorinrichting, computers en bijbehorende hard- en software en een (te onderhouden) ICT-infrastructuur die doorgaans investeringen vergt die minst genomen als noemenswaardig te beschouwen zijn. Dit betekent dat de aard van de overgenomen activiteit niet reeds met zich brengt dat van identiteitsbehoud geen sprake is omdat geen personeel naar KPMG is overgegaan. Het hof zal mitsdien de omstandigheden zoals in het Spijkers-arrest genoemd, afwegen ter

beantwoording van de vraag of van identiteitsbehoud sprake is. De voorzieningenrechter heeft overwogen dat geen materiële activa van betekenis zijn overgegaan. Hiertegen hebben Centric c.s. ingebracht, samengevat, dat de essentiële transactiesystemen en door Centric verrijkte data door Shell aan KPMG ter beschikking zullen worden gesteld. KPMG heeft aangevoerd dat het gaat om eigen systemen van de retailers en van Shell waarmee KPMG inhoudelijk niets van doen heeft (zoals Red Prairie, Pos en Atoss) en die bijvoorbeeld alle verkopen registreren, voorraden bijhouden en gewerkte uren van personeel registreren en aldus de brondata leveren, die vervolgens door KPMG-medewerkers worden gebruikt om de diensten te verrichten. De brondata, aldus KPMG, worden aldus gegenereerd in de systemen van de retailers en Shell en komen via die transactiesystemen terecht bij KPMG. Door Centric is niet betwist dat de transactiesystemen aan de retailers en Shell in eigendom toebehoren. Het hof leidt uit een en ander af dat geen sprake is van overgang van de transactiesystemen van Centric naar KPMG maar slechts van toegang (van thans KPMG, daarvóór Centric) tot die systemen. Dat die enkele toegang als een actief is aan te merken is door Centric niet gesteld en is ook niet aannemelijk. Het hof volgt Centric c.s. niet in hun stelling dat voor de beoordeling van de vraag naar het identiteitsbehoud geabstraheerd zou moeten worden van het feit dat KPMG de betrokken werknemers niet heeft overgenomen omdat, in de visie van Centric c.s., KPMG daarbij het motief heeft gehad om de bescherming van de artikelen 7:662 e.v. BW te ontwijken. KPMG heeft naar voren gebracht dat zij de vacatures voor de diensten gedeeltelijk intern heeft kunnen opvullen, dat de nog resterende vacatures vervolgens extern zijn opengesteld en dat geen enkele Centric-medewerker hierop heeft gesolliciteerd. Ook naar aanleiding van vragen van het hof ter zitting in hoger beroep is van de zijde van Centric c.s. niets gesteld waaruit zou kunnen volgen dat KPMG werknemers van Centric zou weigeren of blokkeren bij de vervulling van de (resterende) vacatures. In het midden kan blijven hoe rechtens zou moeten worden geoordeeld indien zou moeten worden aangenomen dat KPMG inderdaad het motief had om de bescherming van de artikelen 7:662 e.v. BW te ontwijken.

Conclusie

Na afweging van de hiervoor besproken omstandigheden, óók indien daarbij verder wordt betrokken dat de opdrachtgever (Shell) dezelfde is gebleven, dat de klantenkring (de retailers) ongewijzigd is gebleven, dat de contracten tussen de retailers en de leveranciers ongewijzigd zijn gebleven en, ten slotte, dat de activiteiten zonder onderbreking zijn overgegaan van Centric naar KPMG, komt het hof tot hetzelfde voorlopige oordeel als de voorzieningenrechter, namelijk dat de identiteit van de betrokken economische eenheid niet behouden is. Voor het hof weegt daarbij zwaar dat, gezien de aard van de diensten zoals overwogen, geen personeel en geen materiële activa van betekenis zijn overgegaan naar KPMG.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 13-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:2144

Zaaknummer: 200.206.606/01

Rechters: C.M. Aarts, R.J.F. Thiessen en H.M.M. Steenberghe

Advocaten: K. van Kranenburg-Hanspians, mr. J.E.P.A. van Hooff en A. van Hees

Wetsartikelen: 7:662 BW

RECHTSPRAAK

Fair Play Centers BV/werkneemster

Kennelijk onredelijke opzegging. Ook als ervan uit wordt gegaan dat werkgever een veiligheidsbeleid ter voorkoming van overvallen heeft gevoerd dat in alle opzichten deugdelijk is, is het feit dat de arbeidsongeschiktheid van werknemer is veroorzaakt door een overval een zwaarwegende omstandigheid die in de risicosfeer van werkgever ligt, omdat het risico van een overval, gelet op de aard van haar bedrijf, relatief hoog is.

Feiten

Werkneemster is sinds 2005 in dienst bij Fair Play Centers BV (hierna: Fair Play). Op 14 maart 2012 heeft er een gewapende overval plaatsgevonden in een filiaal van Fair Play, waarbij werkneemster betrokken raakte. Bij werkneemster is na dit voorval een posttraumatische stressstoornis vastgesteld. In maart 2013 zijn de re-integratieactiviteiten van werkneemster gestaakt. Fair Play heeft op 10 april 2014 de arbeidsovereenkomst met werkneemster opgezegd, na daartoe toestemming te hebben verkregen van het UWV. Werkneemster vordert een schadevergoeding, omdat er volgens haar sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag en omdat Fair Play zich volgens haar niet heeft gedragen als een goed werkgever. De kantonrechter heeft aan werkneemster een schadevergoeding van € 31.000 toegekend op grond van kennelijk onredelijk ontslag. Tegen dit vonnis komt Fair Play in hoger beroep.

Oordeel

Goed werkgeverschap

Uit de gedingstukken kan niet worden afgeleid dat er een feitelijk causaal verband is tussen het handelen van Fair Play gedurende het re-integratieproces van werkneemster en het voortduren van haar arbeidsongeschiktheid en, daarmee, van de schade waarvan zij vergoeding vordert. In dit verband is van belang dat stelplicht en bewijslast ten aanzien van het feitelijk causaal verband rusten op werkneemster en dat werkneemster ook in eerste

aanleg, tegenover de betwisting door Fair Play van dat causaal verband, haar stellingen op dit punt onvoldoende heeft onderbouwd, zodat aan die stelling verder voorbij wordt gegaan.

Kennelijk onredelijke opzegging

Fair Play heeft aangevoerd dat zij een stringent veiligheidsbeleid voert, onder meer gericht op preventie van overvallen, en dat daarom niet kan worden geconcludeerd dat de overval kan gelden als een omstandigheid die volledig in de risicosfeer van Fair Play ligt. Dit betoog wordt op de volgende gronden verworpen. Ook als ervan uit wordt gegaan dat Fair Play een veiligheidsbeleid ter voorkoming van overvallen heeft gevoerd dat in alle opzichten deugdelijk is, is het feit dat de arbeidsongeschiktheid van werknemer is veroorzaakt door een overval een zwaarwegende omstandigheid die in de risicosfeer van Fair Play als werkgever ligt, omdat het risico van een overval, gelet op de aard van haar bedrijf, relatief hoog is. Dit blijkt reeds uit het feit dat Fair Play stelt een stringent veiligheidsbeleid te voeren en mag overigens van algemene bekendheid worden verondersteld. Bovendien geldt dat de werkgever dit risico kan beperken door het voeren van een veiligheidsbeleid en in dat kader de mate van beperking van dat risico afweegt tegen andere bedrijfsbelangen, waaronder financiële, terwijl niet gesteld of gebleken is dat een individuele werknemer als werkneemster hierop enige invloed heeft. Ook is niet gesteld of gebleken dat werkneemster door haar gedrag op 14 maart 2012 ook maar in enige mate heeft bijgedragen aan het plaatsvinden van de overval, bijvoorbeeld omdat zij bepaalde veiligheidsinstructies niet had nageleefd. Fair Play heeft in dit verband ook aangevoerd dat het oordeel van de kantonrechter dat sprake is van een kennelijk onredelijke opzegging kan leiden tot tegenstrijdige rechterlijke uitspraken, indien de rechter in een procedure op grond van artikel 7:658 BW tot het oordeel zou komen dat Fair Play niet aansprakelijk is omdat zij aan haar zorgplicht heeft voldaan terwijl bovendien moet worden voorkomen dat de werknemer twee keer een schadevergoeding ontvangt op basis van hetzelfde feitencomplex. Dit betoog van Fair Play faalt omdat het in deze procedure gaat om de gestelde kennelijke onredelijke opzegging van de arbeidsovereenkomst door Fair Play en in een procedure op grond van artikel 7:658 BW, kort gezegd, om de werkgeversaansprakelijkheid voor een arbeidsongeval en dus niet om dezelfde beoordelingsmaatstaf. Verder betoogt Fair Play dat de kantonrechter de omstandigheid dat werkneemster ziek uit dienst is getreden en dat Fair Play haar geen vergoeding heeft toegekend niet, althans niet zo zwaar als zij heeft gedaan, had mogen laten meewegen. Ook dit betoog van Fair Play gaat niet op. Volgens de beoordelingsmaatstaf worden alle omstandigheden in aanmerking genomen. Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat de combinatie van de beide hier bedoelde omstandigheden, te weten dat de oorzaak van de ziekte (de opzeggingsgrond) in de risicosfeer van de werkgever ligt en dat is opgezegd zonder enige vergoeding, kunnen worden aangemerkt als bijzondere omstandigheden die bijdragen

aan het oordeel dat een opzegging kennelijk onredelijk is. Ten slotte heeft Fair Play betoogd dat het volstrekt onduidelijk is waarop de kantonrechter haar oordeel baseert dat er geen zicht bestond op volledig herstel. Volgens Fair Play was herstel van werknemster juist wel te verwachten. De kantonrechter heeft echter niet overwogen dat herstel nooit meer te voorzien is, maar dat daarop (nog) geen concreet uitzicht bestond en dat oordeel neemt het hof over op grond van de omstandigheid dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst erop is gebaseerd dat werknemster op dat moment arbeidsongeschikt was voor haar eigen werk en dat haar herstel binnen 26 weken niet te verwachten was, dat de psychotherapeutische behandeling van werknemster ook na het einde van de arbeidsovereenkomst is voortgezet en dat haar behandelaar heeft uitgesproken dat verdere voortzetting van de behandeling te verwachten was. Het bovenstaande leidt tot het oordeel dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is. Ten aanzien van de schadevergoeding ziet het hof geen reden om af te wijken van het oordeel van de kantonrechter dat een schadevergoeding van € 31.000 in overeenstemming is met de wettelijke maatstaven.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 13-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:2659

Zaaknummer: 200.179.410_01

Rechters: P.P.M. Rousseau, A.J. Henzen en H.A.E. Uniken Venema

Advocaten: E.V.C. Savelkoul en P.A.M. van Hoef

Wetsartikelen: 7:681 (oud) BW

RECHTSPRAAK

werknemer/X c.s.

Loonvordering. Werknemer heeft zijn stelling dat hij voor werkgever is gaan werken vanaf 2 september 2013 voldoende bewezen met zijn eigen verklaring onder ede, de schriftelijke verklaring van een collega, de betaling door werknemer aan het BP-benzinestation en de betaling door werkgever in november 2013.

Feiten

Op 6 december 2013 heeft werknemer met de VOF X een oproepcontract gesloten om met ingang van die datum voor de duur van zes maanden in dienst te treden bij X als chauffeur. Werknemer vordert betaling door de vennoten A en B van VOF X van € 6933,33 aan achterstallig salaris, € 7000 ter zake een lening, alsmede € 1176 en € 1190 ter zake door hem voorgesloten bedragen. De kantonrechter heeft in eerste aanleg de gevorderde betaling van € 1380 ter zake van achterstallig salaris, de geldlening van € 7000 en de € 1176 ter zake voorgesloten boetes toegewezen. Voor het overige is de vordering van werknemer afgewezen. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

Oordeel

Werknemer heeft ter nadere onderbouwing van zijn loonvordering gesteld dat hij met ingang van 2 september 2013 voor X is gaan werken gedurende 40 uur per week. Weliswaar is pas op 6 december 2013 een arbeidsovereenkomst opgesteld, maar de feitelijke werkzaamheden zijn al eerder op 2 september 2013 aangevangen. Ter onderbouwing van die stelling heeft hij onder meer een bankafschrift overgelegd waaruit blijkt dat hij op 29 november 2013 van X € 365 heeft ontvangen met als omschrijving 'salaris week 45'. Voorts heeft hij een schriftelijke verklaring van zijn collega Y overgelegd, waarin deze de gestelde werkzaamheden bevestigt. Ook heeft hij zijn telefoongegevens verstrekt, waaruit blijkt van zijn contacten met X in de periode 1 september 2013 tot en met december 2013. Tussen partijen staat verder vast dat een vrachtauto vanaf september 2013 is gehuurd door X en uit de door werknemer overgelegde tachograafgegevens blijkt dat hij (de vaste) bestuurder was van deze vrachtauto. Tot slot heeft

hij op 21 september 2013 in Luxemburg brandstofkosten betaald ten behoeve van een van de door hem uitgevoerde ritten voor een bedrag van € 1190,36, gelet op de locatie en het bedrag een tankbeurt voor een vrachtauto. Hij betaalde deze kosten niet met de tankpas van X, omdat die pas aan zijn limiet zat.

In eerste aanleg heeft A aangevoerd dat werknemer weliswaar per 6 december 2013 een oproepcontract kreeg, maar pas vanaf januari 2014 is opgeroepen en voor het werk vanaf die datum ook is betaald. Van de betaling op 29 november 2013 van € 365 zegt A dat werknemer vermoedelijk een proefrit heeft gemaakt. Het betalen voor brandstof voor X ligt niet in de rede, omdat werknemer beschikte over een tankpas, aldus nog steeds A. Bij de beoordeling van de vordering is allereerst van belang dat B noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep is verschenen. Tegen hem is daarom al in eerste instantie verstek verleend, net als daarna in appel. De vordering van werknemer jegens B zal daarom ingevolge artikel 139 Rv worden toegewezen (met dien verstande dat de wettelijke verhoging van het salaris ambtshalve zal worden gematigd tot 10%), nu deze het hof niet onrechtmatig of ongegrond voorkomt. Daarbij is nog van belang dat de verweren die door de wel in de procedure verschenen A zijn gevoerd, niet in het voordeel van B werken, aangezien geen sprake is van een rechtsbetrekking tussen partijen die verplicht tot een voor alle gedaagden gelijke beslissing. Reeds om deze reden kunnen de bestreden vonnissen niet in stand blijven. Bij de beoordeling van de vordering jegens A wordt geoordeeld dat werknemer, op wie de stelplicht en de bewijslast rust, zijn stelling dat hij voor X is gaan werken vanaf 2 september 2013 voldoende heeft bewezen met zijn eigen verklaring onder ede, de schriftelijke verklaring van Y, de gegevens omtrent de huur van de door werknemer bestuurde vrachtauto door X, de gegevens van de tachograaf, de betaling door werknemer aan het BP-benzinestation op 21 september 2013 van € 1190,36 en de betaling door X in november 2013 onder de vermelding 'salaris week 45'. Het hof beziet deze bewijsmiddelen in onderling verband en samenhang en acht het aanvullend bewijs zodanig sterk en zodanig essentiële punten betreffend dat zij de partijgetuigenverklaring van werknemer voldoende geloofwaardig maken. Hetgeen A (in eerste aanleg) heeft aangevoerd ten aanzien van de salarisbetaling in november 2013 en de tachograafgegevens uit december 2013, maakt dit oordeel niet anders, omdat dat voor die betaling en die gegevens geen plausibele verklaring geeft, mede gelet op A zijn stelling dat werknemer eerst in januari 2014 zou zijn opgeroepen om te komen werken. De loonvordering van werknemer zal derhalve ook jegens A worden toegewezen, met dien verstande dat de wettelijke verhoging van het salaris ambtshalve zal worden gematigd tot 10%. Nu vaststaat dat werknemer vanaf 2 september 2013 voor X werkte, is ook zijn stelling dat hij 21 september 2013 de brandstof voor de vrachtauto waar hij in reed heeft betaald, hetgeen hij heeft onderbouwd met een bankafschrift, voldoende bewezen, mede in aanmerking genomen de verklaring van Y op dit punt.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 13-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:1591

Zaaknummer: 200.193.155/02

Rechters: H.J. van Kooten, M. Flipse en M.J. van Cleef-Metsaars

Advocaten: A.F.M. den Hollander

Wetsartikelen: 7:610 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/SRC System integrators BV

Werknemer berust in het ontslag op staande voet. Geen sprake van een dringende reden. Weliswaar is de handelwijze van werknemer op sommige punten verwijtbaar, maar dat levert nog geen ernstige verwijtbaarheid aan zijn zijde op. Geen toekenning billijke vergoeding.

Feiten

Werknemer is sinds 2001 werkzaam bij SRC System integrators BV (hierna: SRC). Op 3 februari 2017 is werknemer op staande voet ontslagen. Als dringende reden heeft SRC onder meer aangevoerd dat werknemer op 27 januari 2017 is opgeroepen om werkzaamheden te verrichten, maar dat hij niet bereikbaar was. Daarnaast heeft SRC ontdekt dat er op het huisadres van werknemer een onderneming staat ingeschreven, waarmee werknemer werkzaamheden verricht die direct concurrerend zijn met de werkzaamheden van SRC. Werknemer berust bij het ontslag op staande voet. Wel vordert hij betaling van onder meer de transitievergoeding, een billijke vergoeding en een gefixeerde schadevergoeding.

Oordeel

Dringende reden?

Dat werknemer op 27 januari 2017 niet bereikbaar was en geen werkzaamheden heeft verricht is niet komen vast te staan. Niet in geschil is dat zowel collega Y als leidinggevende A die dag telefonisch contact met werknemer hebben gehad, zodat hij die dag wel degelijk telefonisch bereikbaar was. Weliswaar heeft werknemer aangegeven dat hij een spoedvraag over het hoofd heeft gezien, maar dat laat onverlet dat werknemer genoegzaam heeft onderbouwd dat hij op die vrijdag de 27e januari 2017 acht declarabele uren voor SRC heeft gewerkt. Dit levert aldus geen dringende reden voor ontslag op. Voor wat betreft de beweerd door werknemer gedreven concurrerende onderneming is niet komen vast te staan dat die onderneming ook daadwerkelijk activiteiten verricht of heeft verricht. Sterker nog: uit de door werknemer overgelegde aanslagen van de Belastingdienst vanaf 2009 blijkt niet dat hij naast zijn inkomen uit dienstbetrekking bij SRC nog andere inkomsten (bijv. uit die eigen onderneming) heeft

genoten. Voorts wordt dat bevestigd door de brief van de Belastingdienst van 12 december 2011, waarin de inspecteur van de Belastingdienst heeft geconstateerd dat er binnen de onderneming van werknemer géén belaste activiteiten hebben plaatsgevonden waarover btw is voldaan en hij er daarom van uitgaat dat werknemer niet belastingplichtig is voor de omzetbelasting. Het had op de weg van SRC gelegen om die ernstige verwijten aan het adres van werknemer concreet te onderbouwen. Dat heeft zij evenwel nagelaten en mocht, gelet op de gemotiveerde onderbouwing van het verweer van werknemer, van SRC worden gevergd. Dat werknemer zelf wisselend aan SRC heeft verklaard over de redenen van het stand in houden van zijn eenmanszaak, doet daaraan niet af. Ook deze dringende reden is niet komen vast te staan.

Niet in geschil is dat het gsm-nummer dat in het KvK-uittreksel staat vermeld door SRC aan werknemer ter beschikking is gesteld. Hiervoor is al geoordeeld dat niet is komen vast te staan dát werknemer werkzaamheden voor zijn eigen onderneming heeft verricht. Daarnaast is op geen enkele wijze onderbouwd dat werknemer daarbij misbruik van het door SRC ter beschikking gestelde gsm-nummer en toestel heeft gemaakt. Op grond van de hiervoor beschreven feiten en omstandigheden komt de kantonrechter tot het oordeel dat een dringende reden voor ontslag op staande voet ontbreekt. Weliswaar is de handelwijze van werknemer op sommige punten verwijtbaar, maar dat levert nog geen ernstige verwijtbaarheid aan zijn zijde op (waardoor hij geen aanspraak meer op een transitievergoeding kan maken). Het voorgaande brengt ook mee dat de gefixeerde schadevergoeding wegens het niet in acht nemen van de opzegtermijn door de werkgever verschuldigd.

Billijke vergoeding

Werknemer heeft zich tijdens het telefoongesprek op 27 januari 2017 niet als goed werknemer gedragen. Door 'twee keer tot tien te tellen' en te verwijzen naar directeur B, heeft hij niet op de wijze zoals van een redelijk handelend werknemer verwacht mocht worden gereageerd op verzoeken van zijn leidinggevende. Uiteraard beseft de kantonrechter dat de voorgeschiedenis en de reeds langer bestaande strubbelingen met collega Z en zijn leidinggevende daarbij een rol hebben gespeeld, maar werknemer heeft ook niet nadien, later die middag, toen hij weer tot bedaren was gekomen, contact opgenomen met zijn leidinggevende of de directeur om zijn excuses aan te bieden of de vragen die bij SRC over zijn bereikbaarheid waren te beantwoorden. Dit kan hem worden verweten, temeer nu hij vanwege zijn functie op grote afstand van het hoofdkantoor veel vrijheid had bij het verrichten van zijn werkzaamheden. Daar komt bij dat SRC in haar verweerschrift concreet heeft toegelicht en onderbouwd dat werknemer structureel bij Plieger langer heeft gewerkt dan de acht uren die tussen SRC en Plieger waren overeengekomen. Niet weersproken is dat in de bij werknemer bekende 'services agreement' tussen SRC en Plieger was afgesproken dat werknemer op één dag in de

week (de donderdag) acht declarabele uren op locatie voor deze klant werkte. Naast het feit dat werknemer meer uren dan overeengekomen voor Plieger werkte (en die vervolgens niet factureerde), is ook komen vast te staan dat hij zich bezighield met werkzaamheden die niet tot de tussen Plieger en SRC overeengekomen werkzaamheden behoorden. Onder deze omstandigheden, waarbij ook vast is komen te staan dat werknemer aantoonbaar verwijtbaar heeft gehandeld, moet de billijke vergoeding op nihil worden gesteld.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 09-06-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:5433

Zaaknummer: 5842752 AZ VERZ 17-44

Rechters: P. Hoekstra

Advocaten: M. van Woerden en M. van Eck

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

RECHTSPRAAK

Crosby Worldwide Limited/X

Recht van Staat New York van toepassing verklaard op in aandeelhoudersovereenkomst (tussen buitenlandse moedermaatschappij van werkgever en werknemer) opgenomen non-concurrentiebeding. Staat op gespannen voet met het op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijnde Nederlandse arbeidsrechtelijke regime. Oordeel rechter hierdoor niet beïnvloed.

Feiten

X is op 5 juni 2000 in dienst getreden bij CrosbyIP. CrosbyIP maakt onderdeel uit van The Crosby Group LLC. Personeel is in staat gesteld een aandelenpakket in Crosby Worldwide Limited (hierna: Crosby) te verwerven. X heeft hiervan gebruik gemaakt en daartoe op 28 maart 2014 een aandeelhoudersovereenkomst met Crosby ondertekend. Hierin is een non-concurrentiebeding opgenomen voor de duur van twee jaar. In de aandeelhoudersovereenkomst is bepaald dat het recht van de Staat van New York daarop van toepassing is. Bij brief van 18 augustus 2016 heeft X zijn arbeidsovereenkomst met CrosbyIP opgezegd tegen 1 oktober 2016. Hij heeft daarbij tegen zijn leidinggevende gezegd dat hij bij een klant van Crosby (geen concurrent) in dienst zou treden. X treedt echter in dienst bij RUD, de grootste concurrent van Crosby. Crosby vordert veroordeling van X tot nakoming van het in de aandeelhoudersovereenkomst opgenomen non-concurrentiebeding.

Oordeel

De vraag is of Crosby X kan houden aan een non-concurrentiebeding dat onderdeel uitmaakt van de tussen Crosby en X gesloten aandeelhoudersovereenkomst, alsmede welk recht van toepassing is. De voorzieningenrechter onderkent dat het overeenkomen van een non-concurrentiebeding in een aandeelhoudersovereenkomst tussen een buitenlandse moedermaatschappij van de werkgever en de werknemer, op gespannen voet staat met het op de onderhavige arbeidsovereenkomst tussen CrosbyIP en X van toepassing zijnde Nederlandse arbeidsrechtelijke regime. Daarmee is echter niet zonder meer gezegd dat de

rechtskeuze in de aandeelhoudersovereenkomst met de moedermaatschappij buiten toepassing moet blijven, noch dat het arbeidsrechtelijke regime dat de arbeidsovereenkomst beheerst, onverkort zou moeten worden toegepast. Hoe de spanning tussen die twee zou moeten worden opgelost kan echter in het midden blijven. Ook toepassing van het regime van artikel 7:653 BW zal niet in de weg staan aan de toewijsbaarheid van de vordering. In de eerste plaats moet worden geconstateerd dat de aandeelhoudersovereenkomst schriftelijk is aangegaan. In deze overeenkomst is het non-concurrentiebeding opgenomen en X heeft deze overeenkomst ondertekend. Aannemelijk is dat X voldoende tijd heeft gehad om kennis te nemen van de inhoud en zich te realiseren wat hij zou ondertekenen. Dit betekent dat, ook indien het regime van artikel 7:653 BW zou worden toegepast, is voldaan aan het schriftelijkheidsvereiste. Vervolgens ligt de vraag voor of het non-concurrentiebeding wordt overtreden. Vast staat dat RUD een directe en de grootste concurrent is van Crosby. X heeft verklaard dat zijn werkzaamheden bij RUD dienovereenkomstig zijn werkzaamheden bij CrosbyIP zijn. Onder de gegeven omstandigheden leidt het geen twijfel dat X bij RUD concurrerend werkt op een wijze waarop het non-concurrentiebeding wordt overtreden. De voorzieningenrechter acht het dan ook aannemelijk dat X het beding in belangrijke mate overtreedt. Ook indien zou worden uitgegaan van de toepasselijkheid van het regime van artikel 7:653 BW, ziet de voorzieningenrechter geen grond voor een beperking van het non-concurrentiebeding in duur of anderszins. Een periode van twee jaar is op zichzelf betrekkelijk lang, maar anderzijds moet niet uit het oog verloren worden dat X al sinds oktober 2016 op concurrerende wijze bij RUD in dienst is en dat mitigatie van de duur tot een jaar na het einde van de arbeidsovereenkomst in feite betekent dat Crosby maar bescherming van een aantal maanden aan dat beding zou onttelen. In aanmerking genomen de aard en ernst van de overtreding en het feit dat X bij beëindiging van zijn dienstverband opzettelijk een verkeerde voorstelling van zaken heeft gegeven en daarin ook heeft volhard, ziet de voorzieningenrechter geen goede grond voor beperking in duur. Het voorgaande betekent dat wanneer de aandeelhoudersovereenkomst en het recht van de Staat New York worden toegepast, er aanleiding is om tot dit oordeel te komen en het oordeel van de voorzieningenrechter zou niet anders zijn als de maatstaf van artikel 7:653 BW zou worden toegepast. X wordt dan ook veroordeeld tot nakoming van het non-concurrentiebeding.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 09-06-2017

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:3445

Zaaknummer: C/05/319231/KG ZA 17-197/57/871

Rechters: R.J.B. Boonekamp

Advocaten: J. Schulp, L.H.F. Stuurup en R.A.A. Duk

Wetsartikelen: Recht Staat New York, 7:653 BW en artikel 4 EEX-vo 2012

RECHTSPRAAK

Cargoguide International B.V./werknemer

Artikel 7:671b lid 5 onderdeel a en b BW houden cumulatieve criteria in. Deskundigenoordeel over re-integratie-inspanningen werkgever kwalificeert niet als een verklaring in de zin van artikel 7:671 lid 5.

Feiten

Werknemer, geboren op 24 april 1985, is op 8 februari 2012 in dienst getreden van Cargoguide, als accountmanager, tegen een salaris van laatstelijk € 2250 bruto per maand. Nadat Cargoguide een voorstel tot beëindiging heeft gedaan, heeft werknemer zich op 2 november 2015 ziek gemeld. Na een moeizaam re-integratietraject waarbij werknemer meermalen niet op spreekuren van de bedrijfsarts is verschenen, verzoekt Cargoguide medio september 2016 ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter heeft het verzoek afgewezen.

Oordeel

Het hof oordeelt als volgt.

Cumulatie van voorwaarden artikel 7:671b lid 5 onderdeel a en b BW

In artikel 7:671b lid 5 BW is bepaald dat de kantonrechter het verzoek om ontbinding dat is gegrond op artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW, in verband met het zonder deugdelijke grond door de werknemer niet nakomen van de verplichtingen, bedoeld in artikel 7:660a BW, afwijst, indien de werkgever: (a) de werknemer niet eerst schriftelijk heeft gemaand tot nakoming van die verplichtingen of om die reden, met inachtneming van het bepaalde in artikel 7:629 lid 7 BW, de betaling van loon heeft gestaakt; of (b) niet beschikt over een verklaring ter zake van een deskundige als bedoeld in artikel 7:629a BW, tenzij het overleggen van deze verklaring in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd. Volgens Cargoguide is sprake van alternatieve vereisten en was zij, anders dan de kantonrechter tot uitgangspunt heeft genomen, niet gehouden een deskundigenoordeel over te leggen met betrekking tot de nakoming door werknemer van zijn verplichtingen als bedoeld in artikel 7:660a BW.

Het hof is van oordeel dat de onder a en b van artikel 7:671b lid 5 BW genoemde criteria cumulatieve vereisten inhouden. Het hof verwijst naar hetgeen hierover in de parlementaire geschiedenis is opgemerkt: – *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 107: ‘In het vijfde lid wordt als eis gesteld dat de werkgever de werknemer eerst schriftelijk heeft gemaand tot nakoming van de verplichtingen, bedoeld in artikel 7:660a BW, of om die reden de betaling van het loon heeft gestaakt, alsmede (onderstropping door het hof) dat de werkgever in een dergelijk geval dient te beschikken over een deskundigenverklaring als bedoeld in artikel 7:629a BW. Deze laatste eis wordt ook gesteld in het vierde lid. De deskundigenverklaring dient wel van een naar het oordeel van de geconsulteerde rechter voldoende recente datum te zijn.’ – *Kamerstukken II* 2013/14, 33988, 3, p. 12: ‘Ten slotte wordt voorgesteld aan artikel 7:671b, vijfde lid, onderdeel b, toe te voegen dat het overleggen van een deskundigenoordeel niet van de werkgever wordt verlangd, als dit in redelijkheid niet van hem kan worden geleverd. Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als het niet mogelijk is om snel een dergelijke verklaring te verkrijgen doordat de werknemer zich onbereikbaar houdt en aldus daaraan geen medewerking verleent. Dit zal mede in het licht van de omstandigheden van het geval moeten worden afgewogen. Hiermee wordt aangesloten bij artikel 7:629a, tweede lid.’ Cargoguide heeft ter onderbouwing van haar standpunt dat sprake is van alternatieve vereisten een beroep gedaan op een zinsnede in de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II* 2013/14, 33988, 3, p. 12) waarin het volgende is vermeld: ‘Als de werknemer, nadat de werkgever hem daartoe schriftelijk gemaand heeft, of (onderstropping door het hof) nadat de loonbetaling is gestaakt, alsnog, binnen een redelijke termijn, de verplichtingen die uit artikel 7:660a BW voortvloeien nakomt, is niet meer aan de vereisten voldaan.’ Deze zinsnede, met name het daar vermelde woordje ‘of’, biedt naar het oordeel van het hof geen steun voor het standpunt van Cargoguide. Genoemd citaat heeft slechts betrekking op artikel 7:671b lid 5 onderdeel a BW. Tussen partijen is niet in geschil dat Cargoguide aan het vereiste in artikel 7:671b lid 5 onderdeel a BW heeft voldaan. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen was Cargoguide echter ook gehouden een deskundigenverklaring als bedoeld in artikel 7:629a BW over te leggen, tenzij het overleggen van deze verklaring in redelijkheid niet van haar kon worden geleverd. Anders dan Cargoguide heeft aangevoerd, dient de verklaring van deze deskundige een oordeel te bevatten of de werknemer, in dit geval werknemer, zijn re-integratieverplichtingen is nagekomen. Een verklaring van een deskundige omtrent de verhindering van de werknemer om de bedongen of andere passende arbeid te verrichten is daarvoor niet voldoende.

Het hof is voorts van oordeel dat het deskundigenoordeel van 20 juli 2016 niet als een verklaring bedoeld in artikel 7:671b lid 5 onderdeel b BW, die betrekking heeft op de nakoming door werknemer van zijn re-integratieverplichtingen, kan dienen. Het deskundigenoordeel van 20 juli 2016 is gegeven naar aanleiding van een op 19 april 2016 door de arbeidsdeskundige van het UWV ontvangen aanvraag van Cargoguide met betrekking tot haar

re-integratie-inspanningen als werkgever.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 08-06-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:4868

Zaaknummer: 200.210.163

Rechters: E.B. Knottnerus, M.E.L. Fikkers en C. Hoogland

Advocaten: B.L.A. van Drunen en J. Eerbeek

Wetsartikelen: 7:671b lid 5 onderdeel a en b BW

RECHTSPRAAK

Bentham Crouwel Architecten BV/werkneemster

Het door toedoen van de werkgever ontstaan van een verstoorde arbeidsverhouding met een medewerker die 17 jaar in dienst is, kan er in de gegeven omstandigheden niet toe leiden dat van werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd dat zij het dienstverband met werkneemster voortzet.

Feiten

Werkneemster is sinds april 2000 in dienst van Bentham Crouwel Architecten BV (hierna: Bentham). In januari 2016 heeft Bentham besloten om niet werkneemster, maar een andere architect tot projectarchitect van een project in Parijs aan te stellen. Werkneemster heeft hierover haar ongenoegen geuit. Er hebben vervolgens verschillende gesprekken plaatsgevonden tussen partijen. Bentham heeft voorgesteld om de hulp van een mediator in te roepen. Werkneemster heeft zich bereid verklaard hieraan mee te werken mits zij in haar functie als projectarchitect aangesteld blijft. Bentham verzoekt de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden, primair op de e-grond en subsidiair op de g-grond.

Oordeel

E-grond

Als er al sprake zou zijn geweest van een onverkorte weigering om aan mediation deel te nemen, kan dat geen zelfstandige grond voor ontbinding opleveren, omdat mediation altijd een vrije keus van de werknemer moet zijn. Mediation is immers gebaseerd op gelijkwaardigheid: beide partijen moeten erachter staan om te trachten met behulp van mediation een tussen hen bestaand geschil op te lossen. Daarbij past geen verplicht karakter. Dat is niet anders indien de werkgever het middel van mediation louter wil inzetten om de communicatie tussen partijen beter te laten verlopen, zoals Bentham in dit geval kennelijk heeft beoogd. De mediation valt dus niet onder de instructiebevoegdheid van de werknemer en de werknemer handelt niet (ernstig) verwijtbaar door daaraan niet te willen deelnemen. De primaire grond slaagt derhalve reeds om die reden niet.

G-grond

Uit hetgeen partijen over en weer naar voren hebben gebracht, volgt dat Benthem in de richting van werkneemster heeft gecommuniceerd dat haar emotionele manier van communiceren en de daarbij door haar gehanteerde toon aanleiding is om een mediationtraject voor te stellen. Benthem heeft daarbij uitdrukkelijk aan werkneemster bevestigd dat er geen sprake is van een arbeidsconflict. Benthem heeft werkneemster echter tijdens het overleg tussen partijen over het al dan niet overgaan tot mediation, plotseling van het project 'Ligne 17' gehaald en medegedeeld dat zij haar verder ook niet meer als projectarchitect wil inzetten. Tegen deze achtergrond is het niet onbegrijpelijk dat werkneemster vragen heeft gesteld over de daadwerkelijke intentie van Benthem bij de voorgestelde mediation en dat zij de ontheffing uit haar functie eerst opgelost wilde zien. Weliswaar is door Benthem wel geschreven dat het enkel ging om elkaar beter te begrijpen, maar uit de brief van 4 november 2016 volgt uiteindelijk dat er kennelijk voor Benthem ook andere zaken een rol spelen en dat er meer aan de hand is. Dat het Benthem daarom enkel om de communicatie ging, kan in dit verband ook moeilijk worden volgehouden en het is begrijpelijk dat werkneemster niet onverkort heeft willen meewerken aan mediation. Dit geldt temeer nu enige onderbouwing van het disfunctioneren van werkneemster als architect, ondanks de geuite kritiek in de brief van 4 november 2016, ontbreekt. Ten aanzien van het project 'Ligne 17' is door werkneemster onweersproken aangevoerd dat medewerkers van de opdrachtgever van het project verbaasd waren over het besluit om haar van het project te halen. Bovendien heeft er in 2016 geen functioneringsgesprek met werkneemster plaatsgevonden, hetgeen gelet op de brief van 4 november 2016 wel voor de hand had gelegen. Werkneemster heeft verder onweersproken gesteld dat bij de beoordeling in 2015 geen verbeterpunten zijn gemeld. Een rechtvaardiging om werkneemster van het ene op het andere moment van het project te halen en ook verder niet meer als projectarchitect te willen inzetten, is gelet op het voorgaande, niet vast komen te staan. Dat de communicatie van werkneemster zodanig is geweest dat de arbeidsrelatie daardoor is verstoord, is niet komen vast te staan. Werkneemster zal zich ongetwijfeld over bepaalde punten kritisch en in stevige bewoordingen hebben uitgelaten, maar dat zij daarbij over de schreef is gegaan, is niet gebleken. Als Benthem vond dat werkneemster over de schreef was gegaan in zakelijk perspectief, dan had Benthem direct aan werkneemster kenbaar moeten maken dat hij een dergelijke manier van communiceren in collegiaal verband niet accepteerde. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de arbeidsverhouding inmiddels wel verstoord is geraakt, maar dat die verstoring aan het optreden van Benthem is te wijten en niet aan werkneemster. Het door toedoen van de werkgever ontstaan van een verstoorde arbeidsverhouding met een medewerker die 17 jaar in dienst is, kan er in de gegeven omstandigheden niet toe leiden dat van Benthem in redelijkheid niet kan worden gevergd dat zij het dienstverband met

werkneemster voortzet.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 02-06-2017

Zaaknummer: 5818279 EA VERZ 17-237

RECHTSPRAAK

werknemer/B.V. Touwslagerij (voorheen Gebroeders Mudde)

Meermalen schenden van re-integratieverplichtingen levert geen dringende reden op. Deskundigenoordeel artikel 7:629a BW niet vereist bij loonvordering na ontslag op staande voet wegens meningsverschil over 'ziekte'.

Feiten

Werknemer, geboren op 11 september 1961 en sinds 1 december 2001 in dienst bij Touwslagerij als productiemedewerker, is op 15 september 2011 uitgevallen wegens rugklachten. Vanaf die datum is werknemer onafgebroken geheel of gedeeltelijk arbeidsongeschikt geweest tot aan het op 11 oktober 2012 gegeven ontslag op staande voet. Partijen hebben tijdens de ziekteperiode van werknemer wel veelvuldig schriftelijk, maar niet vruchtbaar met elkaar gecommuniceerd. Waar werknemer zich op het standpunt stelde niet (volledig) te kunnen voldoen aan de door Touwslagerij gestelde eisen wat betreft aard en omvang van de re-integratiewerkzaamheden omdat zijn rugklachten daaraan in de weg stonden, was Touwslagerij van mening dat werknemer zijn re-integratieverplichtingen niet nakwam onder meer door niet op afspraken te verschijnen en niet de uren te werken waartoe hij volgens de arboarts in staat was. De verstandhouding tussen partijen, aan de kant van Touwslagerij in de persoon van de leidinggevende van werknemer, werd door dit meningsverschil steeds slechter. Op 1 oktober 2012 is werknemer weer begonnen met re-integratiewerkzaamheden, maar al op 8 oktober 2012 is het tussen werknemer en die leidinggevende geëscaleerd. Werknemer is vervolgens niet meer op het werk verschenen. Op de sommatie van Touwslagerij om op 11 oktober 2012 op een afspraak bij de re-integratiebegeleider te verschijnen, heeft werknemer gereageerd met een telefonische afzegging en ziekmelding bij laatstgenoemde. Toen werknemer op 11 oktober 2012 niet verscheen, heeft Touwslagerij hem bij brief van die datum op staande voet ontslagen. Op verzoek van Touwslagerij heeft de kantonrechter te Rotterdam bij beschikking van 31 oktober 2013 de arbeidsovereenkomst op grond van een dringende reden per 7 augustus 2013

ontbonden, voor zover deze nog zou bestaan.

Oordeel

Het hof oordeelt als volgt.

Meermalen schenden van re-integratieverplichtingen levert geen dringende reden op

Naar het oordeel van het hof is van een dringende reden geen sprake. Voor zover werknemer zijn re-integratieverplichtingen heeft geschonden door enkele keren niet of te laat af te zeggen voor, dan wel zonder goede reden niet te komen opdagen bij afspraken bij de bedrijfsarts of de re-integratiebegeleider, is dit op zichzelf onvoldoende grond om het op 11 oktober 2012 gegeven ontslag op staande voet te rechtvaardigen (HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9549). Zoals uit laatstgenoemd arrest volgt, levert de enkele weigering van een werknemer de door de werkgever vastgestelde redelijke voorschriften omtrent controle bij ziekteverzuim na te leven niet een dringende reden op in de zin van artikel 7:677 lid 1 BW, maar kan ontslag op staande voet wel gerechtvaardigd zijn, wanneer de niet-naleving van de bedoelde voorschriften gepaard gaat met andere feiten en omstandigheden die, in onderlinge samenhang, wel het oordeel wettigen dat een dringende reden aanwezig is. De enkele omstandigheid dat werknemer enkele malen niet is verschenen op een afspraak, acht het hof onvoldoende, temeer nu werknemer daarvoor in de meeste gevallen een verklaring heeft gegeven. Een ontslag op staande voet is een ultimum remedium, waartoe de werkgever slechts dient over te gaan indien andere, minder vergaande maatregelen niet (langer) volstaan dan wel niet (meer) kunnen worden gevergd. Zoals hiervoor reeds overwogen, had Touwslagerij de maatregel van loonopschorting nog slechts gedurende korte tijd toegepast en betrekkelijk snel weer (gedeeltelijk) opgeheven, kennelijk juist omdat het middel effectief bleek. Zoals eveneens reeds overwogen, verschilde werknemer van mening met zijn leidinggevende over de passendheid en duur van de hem opgedragen re-integratiewerkzaamheden en was geen arbeidsdeskundige ingeschakeld om een en ander te beoordelen. De gestelde (eenmalige) uitbarsting dan wel uitlating van werknemer op 8 oktober 2012 is tegen deze achtergrond naar het oordeel van het hof ook in samenhang met de schending van re-integratieverplichtingen onvoldoende om een ontslag op staande voet te rechtvaardigen.

Deskundigenoordeel niet vereist

Touwslagerij heeft subsidiair ten verweere aangevoerd dat werknemer ingevolge artikel 7:629a BW een deskundigenoordeel had moeten overleggen bij zijn onderhavige loonvordering. Met werknemer acht het hof dit verweer ongegrond. De bedoeling van de wetgever met de door artikel 7:629a BW verlangde deskundigenverklaring bij een vordering tot loondoorbetaling

tijdens ziekte is, blijktens de MvT (*Kamerstukken II* 1995/96, 24439, 3, p. 23 en 24), vooral geweest, om de rechtspositie van de werknemer te verbeteren en de belasting van de rechterlijke macht te beperken, naast het mogelijk maken van een snelle oplossing van het tussen de werkgever en werknemer gerezen meningsverschil over de vraag of sprake is van ziekte of van correcte nakoming van re-integratieverplichtingen door de werknemer. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad draagt de werkgever die een werknemer op staande voet ontslaat wegens ongeoorloofde afwezigheid, in beginsel de bewijslast van de dringende reden indien de werknemer zijn afwezigheid verklaart met een beroep op ziekte en zich op de vernietigbaarheid van het ontslag beroept (zie onder meer HR 5 oktober 2001, *NJ* 2001/633). De werkgever dient dan dus te bewijzen dat de werknemer niet ziek was. Onder omstandigheden kan reden zijn voor een andere verdeling van de bewijslast, vgl. HR 14 december 2001, *NJ* 2002/58. In dat laatste geval stond vast dat de werknemer zich niet ziek had gemeld. In dit geval staat vast dat werknemer zich wel ziek heeft gemeld. Het strookt dan niet met de vermelde achtergrond van artikel 7:629a BW om de bewijslast van ziekte bij een dergelijk ontslag op staande voet bij de werknemer te leggen. In een geval als dit kan het overleggen van een deskundigenverklaring in redelijkheid niet van werknemer worden gevergd als bedoeld in lid 2 van artikel 7:629a BW.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 30-05-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:1604

Zaaknummer: 200.160.731/01

Rechters: C.A. Joustra, I. Zaal en H.M. Wattendorff

Advocaten: K. Zeylmaker en S.M.J. Heeren

Wetsartikelen: 7:629a BW en 7:677 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Certe Laboratorium voor Infectieziekten

Werkneemster kan het verzoek tot herstel in principaal hoger beroep niet meer aanvullen bij verweerschrift in incidenteel hoger beroep. D-grond terecht toegewezen ook al betreft het een klein onderdeel van de taken van werkneemster.

Feiten

Werkneemster (geboren 1952) is sinds 1992 in dienst van de Stichting tegen een loon van € 11.162 bruto per maand. Vanaf medio 2010 is er kritiek op de houding van werkneemster (het ontbreken van enige zelfreflectie). Ondanks diverse pogingen met coaches te werken, verhardt de relatie tussen partijen. Werkgever heeft nadat werkneemster zich in 2016 heeft ziek gemeld, ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzocht. De kantonrechter heeft vastgesteld dat het ontbindingsverzoek geen verband houdt met het opzegverbod tijdens ziekte en de arbeidsovereenkomst op verzoek van de Stichting ontbonden op de d-grond per 1 januari 2017 onder veroordeling van werkneemster in de proceskosten. Op het tegenverzoek van werkneemster is de Stichting veroordeeld tot betaling van de door werkneemster verzochte transitievergoeding € 184.391,52 bruto.

Oordeel

Het hof oordeelt als volgt.

Disfunctioneren treft ook 'klein onderdeel van het werk'

Het hof deelt het oordeel van de kantonrechter dat sprake was van de d-grond voor ontbinding. Het hof benadrukt daarbij dat het niet gaat om de inzet en de technische vakbekwaamheid van werkneemster als arts en haar medisch handelen, maar om tot het beroepsprofiel van een specialist behorende communicatieve- en/of gedragscompetenties die vereist zijn voor een goede samenwerking, hetgeen ook de professionaliteit raakt. Dat er tussen de specialisten binnen de Stichting serieus te nemen problemen bestonden op het

gebied van samenwerking is vanaf 2008 gesignaleerd door visitatiecommissies. Voor zover werkneemster het haar verweten disfunctioneren relateert door te wijzen op het betrekkelijk geringe aandeel dat samenwerking in groepsverband inneemt ten opzichte van haar hoofdwerkzaamheden binnen het D, ziet werkneemster over het hoofd dat aan een voor het beroepsprofiel noodzakelijke competentie niet voorbij kan worden gegaan om de enkele reden dat die competentie in tijd minder vaak wordt aangesproken dan bijvoorbeeld de puur medische vaardigheden. De visitatiecommissies hebben niet voor niets op dit vlak aantoonbare verbeteringen van de Stichting geëist. Herplaatsing in dezelfde functie binnen de Stichting lag niet in de rede. Van een herplaatsingsmogelijkheid in een andere passende functie binnen de opzegtermijn en binnen de onderneming van de Stichting, zoals bedoeld in de artikelen 9 en 10 van de Ontslagregeling, is niet gebleken. Werkneemster heeft bovendien aangegeven dat zij werkzaam wilde blijven in haar eigen specialisme van arts-microbioloog. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst dan ook terecht ontbonden op de d-grond.

Geen zelfstandige vorderingen in verweerschrift in voorwaardelijk incidenteel appel mogelijk

In haar verweerschrift in voorwaardelijk incidenteel hoger beroep heeft werkneemster nog opgemerkt dat zij bij afwijzing van het door haar verzochte herstel aanspraak maakt op een billijke vergoeding en een veroordeling tot nakoming van de activeringsregeling. Deze aanvulling, die overigens ook niet terugkomt in een gewijzigd petitum, is in strijd met het uitgangspunt dat alle gronden van beroep moeten zijn opgenomen in het beroepschrift. Dat in dit geval sprake is van een in de jurisprudentie erkende uitzondering hierop is niet gebleken. Het hof laat deze aanspraken dan ook buiten beschouwing.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 29-05-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:4782

Zaaknummer: 200.202.279/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, E.B. Knottnerus en C. Hoogland

Advocaten: L.H. Haarsma en F.H.A. ter Huurne

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel d BW

RECHTSPRAAK

FNV/Gemeente Schagen c.s.

Staking chauffeurs leerlingenvervoer levert geen ‘dringende noodzakelijkheid’ ex artikel G ESH op.

Feiten

De gemeenten bieden de mogelijkheid om leerlingen die door een structurele beperking of om andere redenen niet van en naar hun onderwijsinstelling kunnen komen aangepast vervoer aan. Er maken in de gemeenten ongeveer 400 leerlingen gebruik van deze mogelijkheid. Het vervoer is na aanbesteding in onderaanneming uitgevoerd door Donau. Donau heeft de chauffeurs aanmerkelijk slechtere arbeidsovereenkomsten aangeboden dan zij daarvoor hadden. FNV heeft de chauffeurs geadviseerd de arbeidsovereenkomsten niet te tekenen. Vervolgens heeft het FNV na het stellen van een ultimatum, stakingen aangekondigd. De voorzieningenrechter heeft het gevraagde verbod van de gemeenten toegewezen op grond van artikel G ESH, met als rechtvaardiging: ‘De wederzijdse belangen afwegend, luidt het oordeel dat het maatschappelijk belang dat leerlingen die voor hun schoolgang zijn aangewezen op leerlingenvervoer, ook daadwerkelijk naar school kunnen gaan, zoveel zwaarder weegt dan het belang van FNV bij de acties, dat een beperking daarvan dringend noodzakelijk is.’ Tegen dit oordeel keert FNV zich in hoger beroep.

Oordeel

Het hof oordeelt als volgt.

Staking chauffeurs leerlingenvervoer levert geen ‘dringende noodzakelijkheid’ ex artikel G ESH op

Op grond van artikel G ESH kunnen de in deel I en II van het ESH geregelde rechten, waaronder het recht op collectieve actie zoals neergelegd in artikel 6 aanhef en onder 4 ESH, generlei beperking ondergaan, met uitzondering van die welke bij de wet zijn voorgeschreven en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen en voor de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid en de goede zeden. Deze mogelijkheid tot beperking wordt in Nederland aldus uitgelegd dat zij in het concrete geval, maatschappelijk gezien, dringend

noodzakelijk dient te zijn. Bij de beoordeling óf een beperking of uitsluiting van de uitoefening van het recht op collectieve actie in het concrete geval, maatschappelijk gezien, dringend noodzakelijk is, dient de rechter alle omstandigheden mee te wegen. Daarbij kunnen onder meer van belang zijn de aard en duur van de actie, de verhouding tussen de actie en het daarmee nagestreefde doel, de daardoor veroorzaakte schade aan de belangen van de werkgever of derden en de aard van die belangen en die schade. De gemeenten hebben erop gewezen dat de leerlingen, voor wie het vervoer naar en van school als gevolg van de voorgenomen acties niet geregeld zou zijn, volledig aangewezen waren op dat vervoer, een kwetsbare groep vormen waarvoor regelmaat heel belangrijk is, en dat zij verplicht zijn om naar school te gaan en er recht op hebben dat vervoer van overheidswege geregeld te zien. Gebleken is dat de acties die op 22 juni 2016 hebben plaatsgevonden, door FNV aan de betreffende ouders vooraf waren aangekondigd. Hoewel FNV op 22 juni 2016 nog geen nadere informatie had verstrekt over de inhoud, waaronder data, van eventuele vervolgacties, acht het hof, gelet op de wijze waarop de acties op 22 juni 2016 waren verlopen, geen reden aanwezig te veronderstellen – de Gemeenten hebben daartoe ook geen concrete aanwijzingen genoemd – dat eventuele vervolgacties niet ook vooraf zouden worden aangekondigd zodat ouders daarmee rekening zouden kunnen houden. Afgezien van het feit dat niet is komen vast te staan dat de betreffende kinderen en ouders geen alternatieven voor vervoer hadden of zouden hebben gehad, is het hof van oordeel dat de enkele omstandigheid van het gedurende een enkele dag niet kunnen volgen van onderwijs niet maakt dat op grond daarvan de inperking van het stakingsrecht maatschappelijk gezien dringend noodzakelijk was. Weliswaar zou de definitieve concessie kort na de op 22 juni 2016 gehouden acties worden gegund, maar zoals hierboven is overwogen, FNV had er een reëel belang bij de arbeidsvoorwaarden zoals die bij Donau golden, op een met de arbeidsvoorwaarden zoals die bij Y Groepsvervoer golden gelijke wijze vastgesteld te zien. Concluderend is het hof van oordeel dat zich niet de situatie voordeed dat in casu beperking van het in artikel 6 aanhef en onder 4 ESH neergelegde recht tot het voeren van collectieve actie op grond van artikel G ESH gerechtvaardigd was in die zin dat een algemeen verbod tot het voeren van nadere acties gerechtvaardigd was.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 25-04-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:1644

Zaaknummer: 200.196.155/01

Rechters: H.M.M. Steenberghe, D. Kingma en G.C. Boot

Advocaten: R.A. Severijn en M.E. Frank

Wetsartikelen: 6 lid 4 ESH en G ESH

RECHTSPRAAK

werknemer/T-Systems Nederland B.V.

Ontslag statutair bestuurder wegens h-grond terecht gegeven. Verzoek om toekenning billijke vergoeding ex artikel 7:682 lid 3 onderdeel a BW afgewezen. Verzoek niet gebaseerd op artikel 7:682 lid 3 onderdeel b BW zodat inhoudelijke behandeling daarvan achterwege kan blijven.

Feiten

De aandeelhouder van TSNL (onderdeel van een internationaal concern) heeft werknemer voor de periode van 1 januari 2015 tot en met 30 november 2016 benoemd tot statutair bestuurder van de vennootschap. Hieraan voorafgaand is hij onder meer enkele jaren voor TSNL werkzaam geweest in andere functies. Op 21 april 2016 is namens de aandeelhouder van TSNL aan werknemer bericht dat het voornemen was opgevat om hem als bestuurder van de vennootschap te ontslaan. Dit voornemen was onder meer ingegeven door de resultaten van TSNL over de afgelopen twaalf maanden. Op 24 mei 2016 heeft de aandeelhouder van TSNL, na goedkeuring door de ondernemingsraad en negatief advies van werknemer, het besluit genomen om werknemer met onmiddellijke ingang te ontslaan als bestuurder en de arbeidsovereenkomst met hem op te zeggen. Werknemer betwist dat er sprake is van een geldige ontslaggrond. Zo zou volgens hem niet voldaan zijn aan de eisen voor de d-grond en g-grond en kan de h-grond alleen worden toegepast in geval van verschil van inzicht over het te voeren beleid. Bovendien is werknemer van oordeel dat partijen zijn overeengekomen dat TSNL alleen tussentijds mocht opzeggen vanwege ernstig plichtsverzuim. Werknemer verzoekt onder meer veroordeling van TSNL tot betaling van een billijke vergoeding van € 386.110,98 netto gebaseerd op artikel 7:683 lid 3 onderdeel a BW. Volgens TSNL is werknemer in de kern ontslagen om de reden dat het vertrouwen in hem als de juiste persoon om TSNL in moeilijke tijden te leiden en de hoog noodzakelijke turn around te bewerkstellingen heeft verloren. TSNL bestrijdt tevens (de berekening van) de billijke vergoeding.

Oordeel

Sinds de zogenoemde 15 aprilarresten van de Hoge Raad is het vaste jurisprudentie dat een geldig ontslagbesluit van de aandeelhouder in beginsel ook een einde maakt aan de

arbeidsrechtelijke verhouding tussen vennootschap en bestuurder. Voor een uitzondering is onder meer plaats indien partijen anders zijn overeengekomen. Volgens werknemer zijn partijen overeengekomen dat TSNL de overeenkomst alleen tussentijds mocht opzeggen vanwege een 'good cause'. TSNL heeft dat betwist. De rechtbank oordeelt met toepassing van de Haviltex-norm dat TSNL op grond van de duidelijke en niet voor misverstand vatbare tekst van artikel 2 lid 1 heeft mogen aannemen dat ook werknemer de bedoeling heeft gehad om de mogelijkheid van tussentijdse opzegging overeen te komen. De eis van een 'good cause' voor opzegging is in de tekst van het artikel alleen gesteld aan een opzegging zonder inachtneming van een opzegtermijn. Daarvan is geen sprake. Uit het voorgaande volgt dat het ontslagbesluit van de aandeelhouder van TSNL ook een einde heeft gemaakt aan de arbeidsovereenkomst van TSNL en werknemer. De aandeelhouder heeft niet tot uitdrukking gebracht welke in de wet geregelde grond voldragen is. Dat maakt echter niet dat de opzegging in strijd met artikel 7:669 BW is gedaan. Werknemer had in redelijkheid kunnen en moeten begrijpen dat de opzegging in ieder geval is gedaan op de h-grond: omstandigheden die zodanig zijn dat van de werkgever in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Werknemer kon de arbeidsovereenkomst na het eindigen van de vennootschapsrechtelijke rechtsbetrekking immers niet meer uitvoeren. De rechtbank verwerpt ook de stelling van werknemer dat de h-grond alleen voldragen kan zijn in die gevallen waarin sprake is van een verschil van inzicht over het te voeren beleid tussen aandeelhouder en bestuurder. Omdat het verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding niet is gebaseerd op artikel 7:682 lid 3 onderdeel b BW (ernstig verwijtbaar handelen of nalaten) hoeft de rechtbank onder meer de stelling van werknemer dat hij uitstekend heeft gefunctioneerd, niet inhoudelijk te beoordelen. Al hetgeen partijen daarover hebben aangevoerd blijft dus buiten beschouwing. Voor wat betreft de eis van herplaatsing geldt dat herplaatsing binnen TSNL niet in de rede lag. In dit bijzondere geval kon werknemer bovendien terugvallen op een eerdere arbeidsovereenkomst. Dat is ook een vorm van (her)plaatsing. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de opzegging niet in strijd is geweest met artikel 7:669 BW. Het verzoek tot toekenning van een billijke vergoeding kan dus niet worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 21-04-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:2131

Zaaknummer: C/16/435036 / HA RK 17-59

Rechters: H.A.M. Pinckaers

Advocaten: M. Leniger, N.T. Dempsey en J. Stolk

Wetsartikelen: 7:669 BW, 7:669 lid 3 onderdeel h BW, 7:682 lid 3 onderdeel a BW, 7:682 lid 3

onderdeel b BW en 7:671 lid 1 onderdeel e BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Taxi Haars BV

Aanvulling ex artikel 32 Rv met betrekking tot vakantie-urentoeslag en vakantiegeld.

Feiten

werkneemster verzoekt om aanvulling van een eerder gewezen arrest van het hof in deze zaak. Daartoe voert werkneemster aan dat zij naast de veroordeling van werkgever tot betaling van het salaris van € 14,83 bruto per uur over 1691 uren per jaar tevens een vaststelling c.q. veroordeling heeft gevorderd ten aanzien van de vakantie-urentoeslag en het vakantiegeld. Er is echter alleen bepaald dat er een rechtsvermoeden van 1691 uren geldt, maar over de vakantie-urentoeslag en het vakantiegeld is geen beslissing genomen.

Oordeel

Nu is gebleken dat het hof abusievelijk geen beslissing heeft genomen ten aanzien van de door werkneemster gevorderde vakantie-urentoeslag en het vakantiegeld, zal het hof het arrest van 7 april 2015 als volgt aanvullen. Bij het arrest van 7 april 2015 heeft het hof voor recht verklaard dat de arbeidsomvang van werkneemster in 2011 en 2012 1691 uren per jaar bedraagt. Werkgever is veroordeeld tot betaling van het salaris van € 8,50 netto per uur aan werknemer over de jaren 2011 en 2012, met inachtneming van een urenomvang van 1691 per jaar. Nu werkneemster een jaarurenregeling heeft, krijgt zij tijdens vakantiedagen niet doorbetaald en heeft zij recht op vakantie-urentoeslag. Werkneemster had recht op 27 vakantiedagen. Uit de cao volgt dat zij recht heeft op een vakantie-urentoeslag van 11,58%. Dit komt over de jaren 2011 en 2012 neer op € 1664,45 netto per jaar. Daarnaast heeft werkneemster over de jaren 2011 en 2012 recht op € 1149,88 netto per jaar aan vakantiegeld.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 11-04-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:1151

Zaaknummer: 200.108.101/02

Rechters: C.J. Frikkee, M.J. van der Veen en M. Flipse

Advocaten: V.M.A. Saris en R.W.M. Beerens

Wetsartikelen: 32 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting TanteLouise-Vivensis

Wederindiensttredingsvoorwaarde niet geschonden. Onder de bewoordingen ‘door een ander laat verrichten’ dient niet verstaan te worden het laten verrichten van de werkzaamheden door een werknemer die reeds bij de werkgever in dienst is.

Feiten

Werknemer vervulde laatstelijk de functie van chef-kok. Werknemer is per 1 mei 2015 boventallig verklaard. Op 21 augustus 2015 heeft TanteLouise-Vivensis de arbeidsovereenkomst met werknemer, met toestemming van het UWV, per 1 november 2015 opgezegd op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel a BW. Een andere chef-kok (chef-kok 3) kan binnen de organisatie werkzaam blijven. Chef-kok 3 wordt vervolgens herplaatst in de gemeente Bergen op Zoom. Werknemer verzoekt de kantonrechter primair onder meer vernietiging van de opzegging, wegens schending van de wederindiensttredingsvoorwaarde. Subsidiair verzoekt werknemer onder meer herstel van de arbeidsovereenkomst.

Oordeel

Volgens werknemer dient onder de, in artikel 7:681 lid 1 onderdeel d BW opgenomen, bewoordingen ‘door een ander laat verrichten’ ook verstaan te worden het laten verrichten van de werkzaamheden door een werknemer die reeds bij de werkgever in dienst is. Het gerechtshof te Amsterdam heeft echter bepaald dat van overtreding van de wederindiensttredingsvoorwaarde enkel sprake kan zijn indien er binnen de aan de voorwaarde verbonden termijn een nieuwe werknemer wordt aangetrokken om de werkzaamheden van de voormalig werknemer te verrichten. De kantonrechter oordeelt dat daarvan in dit geval geen sprake is geweest, nu TanteLouise-Vivensis een reeds in dienst zijnde, boventallig verklaarde, werknemer – chef-kok 3 – heeft herplaatst op de voormalige functie van werknemer. Van overtreding van de wederindiensttredingsvoorwaarde ingevolge artikel 7:681 lid 1 onderdeel d BW is dan ook geen sprake. Ter onderbouwing van zijn verzoek tot herstel van de arbeidsovereenkomst stelt werknemer dat het afspiegelingsbeginsel onjuist is toegepast en dat tevens is verzuimd om voldoende herplaatsingsinspanningen te verrichten.

De kantonrechter overweegt het volgende. Het moge zo zijn dat werknemer als aanspreekpunt fungeerde voor zijn collega's in de gemeente Bergen op Zoom en dat hij als enige chef-kok aangewezen was om bepaalde autorisaties te mogen doen, maar dat maakt nog niet dat de inhoud van zijn functie als chef-kok een andere betreft dan c.q. uniek is ten opzichte van die van chef-kok 2 en chef-kok 4 en dat zijn functie niet uitwisselbaar zou zijn met andere functies binnen de organisatie. Niet valt in te zien dat de chef-koks, na een korte inwerkperiode, de taken van de andere chef-koks niet zouden kunnen overnemen. TanteLouise-Vivensis heeft werknemer, samen met chef-kok 2 en chef-kok 4, dus terecht meegenomen in haar afspiegeling. Daarnaast overweegt de kantonrechter dat het zo moge zijn dat TanteLouise-Vivensis in het verleden een of meerdere werknemers tussen haar gemeenten heeft verschoven, maar dat uit de stellingen van werknemer daaromtrent niet kan blijken dat deze (al dan niet onterechte) verschuivingen tot het gevolg hebben gehad dat een zuivere toepassing van het afspiegelingsbeginsel niet mogelijk is geweest. De kantonrechter komt tot de conclusie dat een (voldragen) redelijke grond voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst door TanteLouise-Vivensis aanwezig is en dat de opzegging dus niet in strijd is met artikel 7:669 lid 3 onderdeel a BW. Er is tevens geen grond voor toewijzing van een billijke vergoeding.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 29-02-2016

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2016:8610

Zaaknummer: 4700515 AZ VERZ 15-156 en 4700605 AZ VERZ 15-157

Rechters: N.C.M. Koch

Advocaten: I.T.A. Duijs en R. van der Stap

Wetsartikelen: 7:669 BW lid 3 onderdeel a BW, 7:681 lid 1 onderdeel d BW, 7:682 lid 1 onderdeel a BW en 7:682 lid 1 onderdeel b BW

RECHTSPRAAK

werknemer/VOF Biggym c.s.

***Schorsing concurrentiebeding medewerker sportschool.
Concurrentiebeding is te ruim geformuleerd en van schade aan
bedrijfsdebet onvoldoende gebleken.***

Feiten

Werknemer is op 1 maart 2014 bij Biggym in dienst getreden in de functie van algemeen medewerker op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot en met 1 september 2014. In de arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding opgenomen. Er is een tweede arbeidsovereenkomst overeengekomen van 1 september 2014 tot 1 maart 2015. Daarna is de arbeidsovereenkomst stilzwijgend verlengd tot 1 maart 2017. Werknemer heeft de arbeidsovereenkomst echter opgezegd per 9 september 2015. Werknemer verzoekt schorsing van het concurrentiebeding. In reconventie vordert Biggym werknemer te veroordelen het concurrentiebeding na te komen.

Oordeel

Oud recht is van toepassing

De kantonrechter is van oordeel dat na de stilzwijgende verlenging van de tweede (op 1 september 2014 aangegane) arbeidsovereenkomst per 1 maart 2015 geen nieuwe (derde) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is overeengekomen. De arbeidsovereenkomst is immers na het verstrijken van de eerste in de tweede arbeidsovereenkomst opgenomen termijn (van 1 september 2014 tot 1 maart 2015) stilzwijgend voortgezet zonder dat partijen in gesprek zijn gegaan over de verlenging. Van een nieuw aanbod en aanvaarding daarvan is dus in het onderhavige geval (anders dan in de door werknemer aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Overijssel van 15 september 2015) geen sprake. Nu de voornoemde (tweede) arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen vóór 1 januari 2015, blijft artikel 7:653 lid 1 en 2 BW, zoals dat luidde op de dag voor dat tijdstip van toepassing en is artikel 7:653 lid 3 BW, zoals dat is komen te luiden ná dat tijdstip niet van toepassing.

Belangenafweging: schorsing concurrentiebeding

In verband met de belangenafweging ex artikel 7:653 lid 2 (oud) BW wordt het volgende overwogen. Allereerst merkt de kantonrechter op dat het concurrentiebeding in kwestie te ruim is geformuleerd, nu het werknemer wordt verboden actief te zijn in de sportschoolbranche, ongeacht de aard van de werkzaamheden, binnen een straal van in ieder geval 20 kilometer rond iedere Biggym-vestiging voor een periode van maar liefst drie jaar. De verwachting is dat de afweging van de wederzijdse belangen van partijen zal uitvallen in het voordeel van werknemer. Voor zover Biggym stelt dat werknemer met zijn activiteiten bij Dynamic Fit schade zal toebrengen aan het bedrijfsdebet van Biggym is dat onvoldoende gebleken. Niet is namelijk gebleken dat Dynamic Fit een directe concurrent is van Biggym. Biggym heeft weliswaar gesteld dat Dynamic Fit evenals Biggym een luxe sportschool is, maar onweersproken is dat Biggym budgettarieven hanteert, terwijl het tarief van Dynamic Fit aanzienlijk hoger ligt. Weliswaar heeft Biggym gesteld dat zij nu reeds concurrentie van Dynamic Fit ondervindt omdat het aantal opzeggingen bij Biggym fors is toegenomen, maar zij heeft tegenover de betwisting van werknemer onvoldoende onderbouwd dat die klanten door toedoen van werknemer zijn overgestapt naar Dynamic Fit. Bovendien is niet gebleken dat werknemer beschikt over specifieke kennis van klantenbestanden, bedrijfsinformatie of ervaring waardoor Biggym zou kunnen worden benadeeld. Het concurrentiebeding wordt geschorst.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 05-02-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2016:886

Zaaknummer: 4677704 VV EXPL 15-275

Rechters: C.A. van Dijk

Advocaten: B.J.P. Komen en L. Stuurup

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

Stichting ASVZ/werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst zieke werknemer wegens ernstig verwijtbaar handelen. Werknemer houdt werkgever onvoldoende op de hoogte. Werkgever heeft gedurende bijna twee jaar veel geduld gehad, is communicatief geweest en heeft de werknemer kansen gegeven om te re-integreren en zich beter aan regels en afspraken te houden.

Feiten

Werknemer is op 1 mei 2012 in dienst getreden. De laatste functie die de werknemer vervulde, is die van Assistent Begeleider Intensieve Begeleiding. Op 13 januari 2014 heeft werknemer zich ziek gemeld. De loonbetaling is een aantal keer gestopt, wegens het niet meewerken aan re-integratie. Werknemer heeft een behandeling in een verslavingskliniek in Zuid-Afrika gevolgd, maar is daarmee vroegtijdig gestopt. Werkgever heeft aan de vliegtickets meebetaald. In 2015 heeft werknemer zich onder meer niet aan afspraken gehouden en is opnieuw de loonbetaling gestopt. Werkgever verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer en subsidiair wegens een verstoorde arbeidsverhouding.

Oordeel

Het opzegverbod staat gezien artikel 7:671b lid 6 BW niet in de weg aan ontbinding, omdat het verzoek geen verband houdt met de omstandigheid van de ziekte van de werknemer. Naar het oordeel van de kantonrechter is de verwijtbaarheid van het handelen of nalaten van de werknemer vooral gelegen in het niet op de hoogte houden van werkgever, die daar wel recht op heeft. Al op 6 maart 2014, kort na de ziekmelding van de werknemer, heeft hij verzuimd zijn teamleider op de hoogte te houden van zijn vorderingen, zoals was afgesproken. Voorts heeft de werkgever de werknemer duidelijk te verstaan gegeven dat hij zich diende te houden aan de regels bij verzuim. De werkgever heeft – eveneens op 6 maart 2014 – het verzuimprotocol naar de toenmalige advocaat van de werknemer gestuurd met de mededeling

dat zijn cliënt zich aan die regels diende te houden. Ondanks het feit dat deze regels bij de werknemer bekend waren en de werkgever er steeds bij de werknemer op hamerde dat hij ze precies moest naleven, hield deze zich daar niet aan. Met de werknemer gemaakte afspraken werden door hem regelmatig niet of moeizaam nagekomen, bijvoorbeeld het afgeven van de machtiging voor de bedrijfsarts ten behoeve van diens contact met de behandelaar van de werknemer en het aanvragen van een VOG en WIA. Binnen het re-integratietraject is de werknemer verschillende keren teruggekomen op eerder gemaakte afspraken. Het verweer van de werknemer dat zijn gedrag samenhangt met zijn psychische ziekte- en verslavingsproblematiek slaagt niet. Niet is (uit stukken) gebleken dat een dergelijke samenhang bestaat.

Werknemer heeft ernstig verwijtbaar gehandeld. De werkgever heeft gedurende de bijna twee jaar waarop het feitencomplex ziet veel geduld gehad met de werknemer, is communicatief geweest en heeft de werknemer kansen gegeven om te re-integreren en zich beter aan regels en afspraken te houden. Niet gezegd kan worden dat de werkgever de werknemer daarbij onnodig onder druk heeft gezet. De voorwaarden die de werkgever heeft verbonden aan de betaling van het vliegticket voor de behandeling in de verslavingskliniek in Zuid-Afrika komen de kantonrechter niet onredelijk voor. Dat zij (aanvankelijk) terugbetaling verlangde van het vliegticket, omdat de behandeling niet geheel was afgemaakt, is evenmin onredelijk. Ook is niet gebleken dat de werkgever de werknemer heeft geforceerd om meer te werken dan hij aankon. Uit de in het geding gebrachte stukken blijkt dat de werkgever steeds de adviezen van de bedrijfsarts en van de UWV-deskundige heeft opgevolgd en dat zij de werknemer steeds in de gelegenheid heeft gesteld om gezamenlijk een plan van aanpak op te stellen. De conclusie is dat de kantonrechter het verzoek van de werkgever zal toewijzen en dat de arbeidsovereenkomst met toepassing van artikel 7:671b lid 8 onderdeel a BW zal worden ontbonden met ingang van 1 maart 2016. De kantonrechter ziet geen aanleiding voor ontbinding met ingang van een eerdere datum. Aangezien de beëindiging van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van het ernstig verwijtbaar handelen en nalaten van de werknemer ligt herplaatsing niet in de rede en is de transitievergoeding niet verschuldigd.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 19-01-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:186

Zaaknummer: 4606299/EJ VERZ 15-541(420)

Rechters: B.C.W. Geurtsen-van Eeden

Advocaten: R.J. Kitsz en H.M.A. van den Boogaard

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/Thuiszorg Het Friese Land

Ontslag op staande voet wegens weigeren gesprek met leidinggevende niet rechtsgeldig. Voorwaardelijke ontbinding wegens verstoorde arbeidsrelatie.

Feiten

Werkneemster is sedert 17 maart 2015 op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 29 februari 2016 in dienst bij Het Friese Land in de functie van wijkverpleegkundige. Bij brief van 12 november 2015 is werkneemster door Het Friese Land op staande voet ontslagen. In de brief is daarvoor als reden gegeven dat werkneemster heeft geweigerd in te gaan om het redelijke verzoek van haar leidinggevende voor een gesprek. Daarnaast heeft Het Friese Land te kennen gegeven geen vertrouwen meer te hebben in werkneemster door haar acties daarna. Het Friese Land heeft in dat kader verwezen naar het e-mailbericht dat werkneemster op 10 november 2015 heeft gestuurd naar een aantal collega's en wijkteams over haar aanstaande vertrek. Kern van het geschil betreft de vraag of het ontslag op staande voet rechtsgeldig is. Het Friese Land heeft een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ingediend.

Oordeel

Ontslag op staande voet niet rechtsgeldig

Uit het feitenrelaas en hetgeen ter zitting naar voren is gebracht, volgt dat werkneemster tijdens een overleg op 2 november 2015 op geëmotioneerde wijze kritiek heeft geuit op (onder meer) haar leidinggevende A en de gang van zaken binnen Het Friese Land en dat A daarover met haar in gesprek wilde gaan. Dit is een redelijk verzoek dat werkneemster niet had mogen weigeren. Naast het feit dat de werkgever altijd kan bepalen of zij met een werknemer in gesprek wil gaan over een bepaald onderwerp, bestond er in dit geval ook daadwerkelijk een concrete aanleiding voor het houden van een gesprek. Dat werkneemster ondanks diverse verzoeken en waarschuwingen hardnekkig heeft geweigerd om over het gebeuren tijdens het driehoeksoverleg op 2 november 2015 in gesprek te gaan valt haar dan ook te verwijten. In de gegeven omstandigheden is dat echter niet zo ernstig dat dit de vergaande maatregel van

ontslag op staande voet rechtvaardigt. Daarbij neemt de kantonrechter in aanmerking dat Het Friese Land redelijkerwijs eerst een minder vergaande sanctie had kunnen opleggen, zoals een schorsing of het stopzetten van loonbetaling, hetgeen nimmer heeft plaatsgevonden. Het ontslag op staande voet is niet rechtsgeldig.

Toewijzing voorwaardelijk ontbindingsverzoek

Nu werkneemster heeft erkend dat de arbeidsverhouding verstoord is, en partijen het erover eens zijn dat die verstoring onherstelbaar is en herplaatsing van werkneemster niet meer mogelijk moet worden geacht, zal de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbinden op de g-grond. Voor toekenning van een transitievergoeding aan werkneemster is, gelet op het bepaalde in artikel 7:673 lid 1 BW, geen plaats. De arbeidsovereenkomst tussen werkneemster en Het Friese Land heeft immers geen 24 maanden geduurd. Verder is er geen aanleiding om aan werkneemster een billijke vergoeding toe te kennen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 13-01-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:5830

Zaaknummer: 4638906 \ AR VERZ 15-59 en 4638989 AR VERZ 15-60

Rechters: R. Giltay

Advocaten: I. Mol en K.E. de Vries

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/Fitness Personeel B.V.

Ontslagbrief bereikt werkneemster ruim drie weken na ontslagdatum. Ontslag op staande voet niet onverwijld gegeven. Wel is er sprake van een verstoorde arbeidsverhouding.

Feiten

Werkneemster was tot 1 juni 2015 eigenaar van drie fitnesscentra. Werkneemster heeft deze fitnesscentra overgedragen aan de heer X, directeur van FP. Werkneemster is vervolgens met ingang van 1 juni 2015 in dienst getreden bij FP in de functie van manager. Bij e-mail van 5 augustus 2015 is aan de gemachtigde van werkneemster bericht dat het loon van juli 2015 niet wordt betaald omdat zij niet één keer op de werkvloer is verschenen en telefonisch slecht te bereiken is. Bij brief van 17 augustus 2015 heeft de gemachtigde van werkneemster FP gesommeerd het loon over juli 2015 binnen twee dagen te voldoen. Bij brief van 27 augustus 2015 heeft de gemachtigde van FP werkneemster bericht dat zij bij brief van 3 augustus 2015 op staande voet is ontslagen. Werkneemster verzoekt onder meer vernietiging van de opzegging en loondoorbetaling. Hieraan legt werkneemster onder meer ten grondslag dat zij de brief van 3 augustus 2015 waarin het ontslag op staande voet wordt gegeven nooit heeft ontvangen. FP verzoekt voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst. FP legt hieraan onder meer ten grondslag dat werkneemster tijdens de overname van de fitnesscentra essentiële informatie heeft achtergehouden waardoor er een vertrouwensbreuk is ontstaan.

Oordeel

Aangezien niet gebleken is dat de brief van 3 augustus 2015 werkneemster eerder dan 27 augustus 2015 heeft bereikt en FP niet heeft gesteld dat zij werkneemster op een andere wijze heeft geïnformeerd over het gestelde ontslag op de gestelde gronden, is – nog los van de vraag of de door FP aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegde redenen voldoende dringend zijn – niet komen vast te staan dat het ontslag op staande voet onverwijld (en dus rechtsgeldig) is gegeven. Het primaire verzoek van werkneemster om vernietiging van het ontslag wordt dan ook toegewezen. Wat betreft het ontbindingsverzoek oordeelt de kantonrechter als volgt. De kantonrechter is met FP van mening dat de overname niet zonder

meer losgezien kan worden van het dienstverband, nu de indiensttreding van werknemster als manager onweersproken nauw samenhangt met haar eerdere rol als manager/eigenaar van de sportscholen. Nu werknemster betwist dat zij voor FP dan wel X zaken heeft achtergehouden, is in dit stadium van de procedure onvoldoende komen vast te staan dat werknemster verwijtbaar c.q. nalatig jegens FP heeft gehandeld. Bij de functie van manager die werknemster vervult is een vertrouwensrelatie met het management van FP noodzakelijk, eens temeer nu de drie sportscholen alleen toegankelijk zijn voor vrouwen en niet voor het (mannelijke) management. Het is de kantonrechter voldoende gebleken dat gelet op hetgeen tussen partijen is voorgevallen in het kader van (de afwikkeling van) de overname sprake is van een conflict – daargelaten of werknemster hierbij een verwijt treft – waardoor de arbeidsverhouding tussen hen is verstoord, zodat van FP als werkgever niet kan worden gevergd dat zij de arbeidsovereenkomst langer laat voortduren. Nu daarmee sprake is van een redelijke grond als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW en herplaatsing in een andere passende functie niet mogelijk is, zal de arbeidsovereenkomst worden ontbonden. Voorts is niet gesteld of gebleken dat FP werknemster voor 5 augustus 2015 heeft aangesproken op de vermeende afwezigheid. FP stelt weliswaar dat zij pas op dit moment hiervan op de hoogte was omdat het management van FP niet op de werkvloer aanwezig kan zijn, maar dit is een omstandigheid die voor rekening en risico van FP dient te blijven. Het gevorderde loon vanaf 1 juli 2015 zal dan ook worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 09-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2015:10167

Zaaknummer: 4491660 \ VZ VERZ 15-19692

Rechters: S.H. Poiesz

Advocaten: O. Huisman en R. Teitler

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:681 lid 1 onderdeel a BW, 7:671b lid 1 onderdeel a BW, 7:671 BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW, 7:627 BW en 7:625 BW

RECHTSPRAAK

GCA Events B.V./werkneemster

Weigering van werkneemster om passende werkzaamheden te accepteren dan wel hierover in overleg te treden, levert zodanig verwijtbaar handelen op dat van GCA niet gevergd kan worden om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Ontbindingsverzoek wegens e-grond toegewezen.

Feiten

Werkneemster is in dienst getreden bij GCA en vervulde laatstelijk de functie van cateringmedewerkster/interieurverzorgster op het object Cargill. Cargill heeft aan GCA meegedeeld dat zij zich genoodzaakt had gezien het vertrouwen in werkneemster op te zeggen en dat zij geen toekomst meer voor haar zag bij Cargill. Bij e-mail van 6 oktober 2015 en bij brief van 12 oktober 2015 heeft GCA andere werkzaamheden aangeboden aan werkneemster, te weten schoonmaakwerkzaamheden op een school en bij De Telegraaf. Daarop is werkneemster niet ingegaan. GCA verzoekt de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden op grond van artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW. Verder verzoekt GCA een verklaring voor recht dat geen transitievergoeding verschuldigd is. Werkneemster verzoekt bij wijze van tegenverzoek (primair) om toekenning van een billijke vergoeding en (subsidiair) om toekenning van een transitievergoeding.

Oordeel

Vast staat dat Cargill bij herhaling aan GCA heeft laten weten dat zij werkneemster niet meer tewerk wil stellen en haar niet meer zal toelaten tot het verrichten van werkzaamheden. Daarbij heeft Cargill toegelicht dat zij van mening is dat er sprake is van een verstoorde relatie tussen haar en werkneemster en dat zij geen vertrouwen meer in haar heeft. GCA heeft uiteengezet dat zij contact heeft gehad met Cargill, maar dat Cargill is gebleven bij de weigering om werkneemster terug te laten keren op haar werkplek. Het voorgaande brengt mee dat GCA voor het voldongen feit werd geplaagd dat de arbeidsplaats van werkneemster bij Cargill was vervallen. Onder die omstandigheden heeft GCA terecht aanleiding gezien om

andere werkzaamheden aan te bieden aan werkneemster. Dat heeft GCA ook gedaan bij e-mail van 6 oktober 2015 en bij brief van 12 oktober 2015, waarbij werkneemster schoonmaakwerkzaamheden zijn aangeboden op een school en bij De Telegraaf.

Werkneemster heeft gesteld dat zij niet openstaat voor het aanbod van GCA, omdat zij de aangeboden werkzaamheden vanwege de reistijd niet kan combineren met de zorg voor haar kinderen en omdat sprake is van ander werk dan zij bij Cargill verrichtte. Echter, gelet op het feit dat de arbeidsplaats bij Cargill was wegvallen, kon van werkneemster in redelijkheid gevergd worden dat zij andere werkzaamheden zou accepteren, temeer nu gesteld noch gebleken is dat de aangeboden werkzaamheden niet passend zouden zijn. Daarnaast was GCA bereid tot overleg over de invulling van de reis- en werktijden, maar hiervan is het niet gekomen omdat werkneemster niet meer heeft gereageerd op het aanbod van GCA. De weigering van werkneemster om in te gaan op overleg over de aangeboden werkzaamheden en haar weigering om deze werkzaamheden te accepteren, levert in het licht van de hiervoor genoemde omstandigheden zodanig verwijtbaar handelen op dat van GCA niet gevergd kan worden om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De arbeidsovereenkomst zal dan ook om die reden worden ontbonden. De kantonrechter ziet geen reden om te oordelen dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkneemster en dat het einde van de arbeidsovereenkomst daarom moet worden bepaald op een eerder tijdstip. Nu de kantonrechter van oordeel is dat het eindigen van de arbeidsovereenkomst niet het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkneemster, heeft zij ook aanspraak op een transitievergoeding. Het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding wordt daarentegen afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 09-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2015:12192

Zaaknummer: 4572388 / AO VERZ 15-81

Rechters: P.J. Jansen

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

Wetsartikelen: 7:671b lid 1 onderdeel a BW, 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:669 lid 1 BW, 7:671b lid 8 onderdeel c BW, 7:671b lid 8 onderdeel a BW en 7:673 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Magazijn de Bijenkorf B.V.

Ontslag op staande voet medewerkster Bijenkorf wegens in strijd met de bedrijfsregels handelen door artikelen meerdere malen aan te kopen, te retourneren en vervolgens tegen een lagere prijs aan te kopen niet rechtsgeldig. Voorwaardelijke ontbinding wegens verwijtbaar handelen.

Feiten

Werkneemster is sinds 2005 in dienst van de Bijenkorf. Zij is op staande voet ontslagen, omdat zij in strijd met de bedrijfsregels heeft gehandeld door artikelen meerdere malen aan te kopen, te retourneren en vervolgens tegen een lagere prijs aan te kopen en daarover tegenstrijdige en niet-waarheidsgetrouwe verklaringen af te leggen. Werkneemster verzoekt vernietiging van het ontslag. De Bijenkorf heeft een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ingediend, primair op basis van de e-grond en subsidiair de g-grond.

Oordeel

Naar het oordeel van de kantonrechter is in deze procedure vast komen te staan dat werkneemster zich niet heeft gehouden aan de bij de Bijenkorf geldende interne regels ter zake van het reserveren van actieartikelen en dat zij door het herhaaldelijk retourneren en opnieuw aankopen van goederen misbruik heeft gemaakt van kortingen. Dat werkneemster tegenstrijdige of niet-waarheidsgetrouwe verklaringen heeft afgelegd is op basis van de ingenomen stellingen en ingebrachte stukken niet gebleken. Het handelen van werkneemster vormt, mede gelet op het herhaaldelijk medegedeelde strenge beleid van de Bijenkorf ten aanzien van het overtreden van de geldende regels, grond voor beëindiging van de arbeidsrelatie tussen partijen. De ernst van de overtredingen, de lengte van het dienstverband van werkneemster en het overige functioneren weegt de kantonrechter evenwel aldus dat geen sprake is van een dringende reden voor een ontslag op staande voet en evenmin van ernstig verwijtbaar handelen, maar dat het handelen van werkneemster wel kwalificeert als verwijtbaar handelen in de zin van artikel 7:669 lid 3 onderdeel e BW. Anders gezegd, het

handelen van werknemster vormt grond voor de beëindiging van het dienstverband, maar niet voor de onmiddellijke beëindiging daarvan zonder dat recht is op uitbetaling van de transitievergoeding. Een en ander leidt tot het oordeel dat het gegeven ontslag op staande voet niet in stand kan blijven, maar dat de arbeidsovereenkomst, met inachtneming van het bepaalde in artikel 7:671b lid 8 onderdeel a BW, wordt ontbonden per 1 februari 2016.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 17-11-2015

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2015:16281

Zaaknummer: 4471985 RP VERZ 15-50619

Rechters: A. Emmens

Advocaten: W.M. de Bruijn en L.I. Hofstee

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:671b BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:781 BW

RECHTSPRAAK

Den Hartogh Trucking B.V./Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het beroepsgoederenvervoer over de weg

***Uittreding werkgever pensioenfonds leidt, mede gelet op
solidariteitsgedachte, niet tot recht op terugbetaling van
(doorsnee)pensioenpremies.***

Feiten

Naar aanleiding van gewijzigde wetgeving ter zake van VUT/prepensioen en levensloop (VPL) heeft het Pensioenfonds per 1 januari 2006 een overgangsregeling ingevoerd voor deelnemers (werknemers van aangesloten ondernemingen) geboren op of na 1 januari 1950 (Pensioenreglement V) als compensatie voor het wegvallen van vroegpensioen. Dit heeft naast andere compensatoire onderdelen geleid tot verhoging van de te betalen doorsneepremie geregeld in het Uitvoeringsreglement (UR) van het Pensioenfonds. Den Hartogh vordert primair een verklaring voor recht dat het Pensioenfonds direct voorafgaande aan 31 december 2020 of een eerdere pensioendatum dient zorg te dragen voor affinanciering, administratie en uitkering van 6,25/15 deel van de per 1 januari 2006 vastgestelde aanspraken krachtens Pensioenreglement V voor deelnemers die aan de gestelde reglementaire voorwaarden voldoen. Den Hartogh stelt dat zij over de genoemde periode van zes jaar en drie maanden (tot de vrijstelling) de vanwege Pensioenreglement V verhoogde pensioenpremie heeft voldaan, waaronder een gedeelte dat door het Pensioenfonds wordt gereserveerd ten behoeve van de affinanciering van de daaruit voortvloeiende aanspraken van werknemers (VPL-gelden). Zij becijfert dit gedeelte op € 2.847.602. Indien het Pensioenfonds dit gedeelte van de premie behoudt, wordt zij daardoor ongerechtvaardigd verrijkt, althans handelt zij in strijd met de redelijkheid en billijkheid in de zin van artikel 6:248 BW. Het Pensioenfonds voert verweer.

Oordeel

Voor Pensioenreglement V is niet afzonderlijk premie geheven; de door Pensioenfonds

geheven doorsneepremie is in verband daarmee ‘slechts’ verhoogd. Zolang Den Hartogh (verplicht) bij Pensioenfonds was aangesloten, was zij tot betaling van deze doorsneepremie gehouden. De premie is voor alle deelnemers gelijk (of een gelijk percentage) uit hoofde van het solidariteitsbeginsel dat onder meer meebrengt dat de door Pensioenfonds ontvangen premie wordt gebruikt voor de collectieve financiering van alle toe te kennen pensioenaanspraken. Er bestaat geen een-op-een verband tussen betaalde premie en door deelnemers te verkrijgen aanspraken. De uittreding van Den Hartogh doet aan dit uitgangspunt niet af; de solidariteitsgedachte waarop de doorsneepremie is gebaseerd komt niet met terugwerkende kracht te vervallen. Haar uittreden geeft Den Hartogh volgens de statuten en reglementen van Pensioenfonds dan ook geen recht op terugbetaling van een deel van de premie, ook al geldt – anders dan voor onvoorwaardelijk opgebouwde pensioenaanspraken van deelnemers – voor de onderhavige voorwaardelijke aanspraken jegens Pensioenfonds dat deze als gevolg van de uittreding (in beginsel) komen te vervallen, omdat niet aan de dienstjareneis wordt voldaan. Een bijzondere wettelijke regeling waaraan Den Hartogh aanspraak op terugbetaling van een gedeelte van de betaalde premie kan ontlenen ontbreekt. Het standpunt van Pensioenfonds komt naar het oordeel van de kantonrechter ook niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid en van ongerechtvaardigde verrijking van Pensioenfonds is geen sprake. De vorderingen worden afgewezen [red.: in hoger beroep is het vonnis bekrachtigd, zie AR 2017-0512].

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 20-02-2014

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2014:9870

Zaaknummer: CV 13-10142

Rechters: A.W.J. Ros

Advocaten: W. van Heest, E. Lutjens en B. Degelink

Wetsartikelen: 6:248 BW en 8 lid 2 Wet Bpf

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Kennelijk onredelijke opzegging van arbeidsovereenkomst van voormalig perronopzichter. Schade van werknemer, na een incident met zelfdoding op het spoor leidende tot de diagnose (verlate) PTSS, komt voor rekening en risico van werkgever, nu werkgever geen enkele hulp heeft aangeboden. Vergoeding gelijk aan hoogte transitievergoeding.

Feiten

Werknemer was vanaf februari 1985 tot 1 augustus 2015 in dienst van (de rechtsvoorganger van) werkgever in verschillende functies, waaronder perronopzichter. Vanaf zijn arbeidsongeschiktheid op 29 oktober 2012 werd werknemer de eerste 104 weken doorbetaald. Vanaf 19 oktober 2014 tot aan einde dienstverband ontving werknemer een WIA-uitkering met een cao-aanvulling tot 75% van het laatstverdiende loon. In de periode tussen 1996 en 1998 was werknemer werkzaam als perronopzichter op het Centraal Station in Amsterdam. Naar aanleiding van het verzoek op een avond van een treinleider om te gaan kijken wat de oorzaak was van een stilstaande trein bij een perron, werd werknemer onverwachts geconfronteerd met een zojuist door zelfdoding overleden persoon, van wie het lichaam in twee delen was gereten door de botsing met een trein (hierna ook: het incident). Op verwijzing van de bedrijfsarts heeft het Instituut voor Psychotrauma (IVP) werknemer kort na zijn ziekmelding in 2012 onderzocht. IVP heeft in de eindrapportage op 17 oktober 2013 als diagnose gesteld dat werknemer lijdt aan een uitgestelde posttraumatische stressstoornis (PTSS, DMS-IV-classificatie). Als oorzaak werd het incident met de zelfdoding gegeven. Werkgever heeft hij brief van 1 augustus 2015 de arbeidsovereenkomst met toestemming van het UWV opgezegd tegen augustus 2015. Bij brief van 7 september 2015 heeft werknemer werkgever aansprakelijk gesteld voor door hem als gevolg van de confrontatie met zelfdoding tijdens zijn werkzaamheden en het gebrek aan nazorg geleden schade, alsmede voor de door hem als gevolg van de (kennelijk onredelijke) opzegging geleden schade. Werkgever voert in de eerste plaats aan dat werknemer niet heeft voldaan aan de klachtplicht van artikel 6:89 BW,

alsmede dat de aansprakelijkheidsvordering ex artikel 7:685 BW is verjaard.

Oordeel

In casu is de eerste daadwerkelijke diagnose bij werknemer gesteld op 17 oktober 2013 door het IVP bij de afsluiting van de behandeling. Werknemer heeft met de brief van zijn advocaat van 24 augustus 2015 de vorderingen tijdig gestuit. Het argument van werkgever dat zij door het tijdsverloop niet meer kan beschikken over bewijsmiddelen die haar standpunten kunnen ondersteunen kan werkgever niet baten. Het beroep door werkgever op schending van de klachtplicht en/of verjaring van de vordering wordt derhalve gepasseerd.

Vordering ex artikel 7:658 BW

Niet in geschil is dat werknemer op zijn werkplek, Centraal Station Amsterdam, tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden als perronopzichter, is blootgesteld aan een zeer schokkende gebeurtenis. Ook staat vast dat werknemer kampt met ernstige psychische problemen. Vier achtereenvolgende deskundigen/behandelaars hebben de klachten van werknemer onafhankelijk van elkaar gediagnostiseerd als (verlate) PTSS. Dat betekent dat in het kader van onderhavige beoordeling ervan wordt uitgegaan dat de klachten van werknemer het gevolg zijn van (uitgestelde) PTSS. Nu werknemer geen (enkele) hulp aangeboden heeft gekregen van werkgever, is niet na te gaan of hij er beter aan toe was geweest indien deze hulp was aangeboden. Onder de gegeven omstandigheden, waarin werknemer op geen enkele manier nazorg is geboden, komt het risico voor de ontstane situatie voor werkgever. De conclusie is derhalve dat werkgever niet heeft voldaan aan de op haar rustende zorgplicht, zodat de (primaire) vordering gebaseerd op artikel 7:658 BW toewijsbaar is.

Kennelijk onredelijk ontslag

Onder verwijzing naar het voorgaande is het antwoord op de vraag of sprake is van causaal verband tussen het incident en de arbeidsongeschiktheid van werknemer gegeven, nu is geoordeeld dat het risico van het niet aanbieden van nazorg voor rekening en risico van werkgever komt. Ten aanzien van de gevolgen van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst is het voldoende aannemelijk dat de positie van werknemer op de arbeidsmarkt niet gunstig is, gezien enerzijds zijn leeftijd en anderzijds zijn langdurige eenzijdige arbeidsverleden en beperkte opleiding. Van werkgever had onder de omstandigheden mogen worden verwacht dat zij in het kader van de opzegging zou hebben voorzien in een passende financiële tegemoetkoming voor werknemer. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de opzegging kennelijk onredelijk is. De gevorderde verklaring voor recht is derhalve toewijsbaar. Nu de opzegging zo kort voor de inwerkingtreding van de WWZ heeft plaatsgevonden, is er voldoende reden om aansluiting te zoeken bij de op grond van die wet

bij opzegging verschuldigde transitievergoeding. Bij gebreke aan een nadere berekening aan de kant van werkgever, zal de berekening neerkomende op een vergoeding van € 63.994 tot uitgangspunt worden genomen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 10-03-2017

Zaaknummer: 5272749 CV EXPL 16-23428

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Docent heeft na twee jaar ziekte recht op het volledige loon. Hoewel er passende functies zijn, heeft werkgeefster geen functie aangeboden. Attent maken op bestaande vacatures is iets anders dan een functie aanbieden.

Feiten

Werkneemster is sinds 2008 voor 32 uur per week in dienst als docent. Sinds september 2014 is zij ziek. Zij werkt thans 16 uur per week, deels in eigen werk en deels in vervangend werk. Vooruitlopend op het einde van de wachttijd van 104 weken wordt een WIA-uitkering aangevraagd. Volgens het UWV is de werkneemster minder dan 35% arbeidsongeschikt. De werkneemster komt om die reden niet in aanmerking voor een WIA-uitkering. In december 2016 heeft werkgeefster 50% van het loon aan werkneemster betaald: het loon over de daadwerkelijk verrichte arbeid. Werkneemster vordert in kort geding een gebod tot doorbetaling van het volledige bedongen loon. De kantonrechter wijst die vordering bij verstekvonnis toe. Werkgeefster verzoekt haar te ontheffen van de uitgesproken veroordeling en te bepalen dat geen andere passende werkzaamheden bij haar voorhanden zijn en daarbij de hoogte van de loondoorbetaling te beperken tot het loon dat past bij de passende arbeid. Werkneemster voert verweer.

Oordeel

Onbetwist is gebleven dat werkneemster steeds heeft aangeboden ander passend werk te verrichten. Dit blijkt uit de omstandigheid dat werkneemster cursussen heeft gevolgd om haar inzetbaarheid te vergroten. In het arbeidsdeskundige rapport van 18 december 2015 is vermeld dat acht verschillende functies als passend kunnen worden aangemerkt. Desondanks heeft werkgeefster geen passende functie aangeboden. Vanaf november 2016 heeft zij werkneemster wel attent gemaakt op bestaande vacatures, maar dat is iets anders dan een functie aanbieden. De verwachting bestaat dat de bodemrechter zal oordelen dat werkneemster haar recht op loon heeft behouden en de vordering tot doorbetaling van het niet betaalde gedeelte van het loon zal toewijzen. Het verzet van werkgeefster tegen het

vonnis wordt ongegrond verklaard.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 09-03-2017

Zaaknummer: 5692678 KK EXPL 17-100

RECHTSPRAAK

werkneemster/Zorggroep Almere

De kantonrechter overweegt dat de wetgever de situatie dat een lopende collectieve afspraak een ongunstiger regeling biedt dan de nieuw geregelde transitievergoeding heeft onderkend. De ongunstiger regeling gaat gedurende de overgangstermijn toch voor op de transitievergoeding. Verzoek werknemer tot toekenning transitievergoeding wordt daarom afgewezen.

Feiten

Werkneemster is op 1 januari 1998 in dienst getreden bij Zorggroep Almere. Werkneemster was werkzaam in de (drie afzonderlijke) functies van regiosecretaresse, medewerker bewonerssecretariaat en roosterplanner. In de functie van regiosecretaresse verdiende werkneemster een salaris van € 1678,02 bruto per maand, te vermeerderen met 8% vakantietoeslag.

Zorggroep Almere heeft de arbeidsovereenkomst, met voorafgaande toestemming van het UWV, opgezegd tegen 31 mei 2016 vanwege bedrijfseconomische redenen en werkneemster een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden voor de functies van medewerker bewonerssecretariaat en roosterplanner. Op grond van de cao VVT heeft werkneemster, vanwege haar ontslag, recht op wachtgeld in de vorm van een aanvulling op een WW-uitkering. Werkneemster verzoekt (samengevat) betaling van de verschuldigde transitievergoeding conform artikel 7:673 BW van € 33.886 bruto.

Oordeel

Het Besluit overgangsrecht transitievergoeding (hierna: het besluit) is de uitwerking van het in artikel XXII lid 7 WWZ bepaalde. Het besluit bepaalt in artikel 2 lid 1 dat indien de werknemer op grond van tussen de werkgever of verenigingen van werkgevers en verenigingen van werknemers gemaakte afspraken recht heeft op vergoedingen of voorzieningen als bedoeld in artikel XXII lid 7 WWZ, de transitievergoeding niet verschuldigd is, tenzij overeengekomen is dat de werknemer recht heeft op die vergoeding of voorziening,

in aanvulling op de transitievergoeding. Werkneemster betoogt dat het besluit buiten toepassing moet worden gelaten omdat toepassing van het artikel in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zorggroep Almere is het oneens met werkneemster en betwist dat het besluit buiten toepassing moet blijven. De kantonrechter verwijst naar de wetsgeschiedenis rond de totstandkoming van het besluit en neemt enkele citaten uit de wetgeschiedenis op in de uitspraak. De kantonrechter overweegt dat uit de geciteerde teksten kan worden opgemaakt dat de wetgever de situatie dat een lopende collectieve afspraak een ongunstiger regeling biedt dan de nieuw geregelde transitievergoeding wel degelijk heeft onderkend. Desondanks is ervoor gekozen om te bepalen dat gedurende de periode van de overgangsregeling (tot maximaal 1 juli 2016) een dergelijke voorziening voorgaat op de transitievergoeding. Hoewel vaststaat dat de wachtgeldregeling aanzienlijk ongunstiger uitpakt voor werkneemster dan de transitievergoeding, kan niet worden aangenomen dat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In het door werkneemster gestelde ziet de kantonrechter dan ook onvoldoende grond om het besluit in haar geval buiten toepassing te laten. Het verzoek van werkneemster zal worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 20-06-2016

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2016:7735

Zaaknummer: 5048967 / ME VERZ 16-106

Rechters: R.M. Berendsen

Advocaten: E.D. van Tellingen en E. Unger

Wetsartikelen: 7:673 lid 1 onderdeel a onder 2 BW, 7:673b BW, XXII lid 7 WWZ en Besluit overgangsrecht transitievergoeding

RECHTSPRAAK

werknemer/Vlisco Netherlands B.V.

Ontslag wegens dringende reden houdt stand, nadat werknemer de veiligheidsvoorschriften heeft overtreden en hiervoor is ontslagen. Eindbeschikking na getuigenverhoor.

Feiten

Aan Vlisco is het bewijs opgedragen dat werknemer op 27 juli 2015 de binnen de onderneming van Vlisco geldende veiligheidsvoorschriften heeft overtreden door op een gevaarzettende manier zijn heftruck met een te hoge lading in voorwaartse richting op het fabrieksterrein te besturen. Vlisco heeft om dat bewijs te leveren twee getuigen gehoord. Werknemer heeft afgezien van het laten horen van tegengetuigen.

Oordeel

De verklaringen van de beide getuigen zijn geloofwaardig en leveren naar het oordeel van de kantonrechter volledig bewijs op. Het bedrijfsverkeersreglement schrijft voor dat – samengevat – bij zichtbelemmerende hoogte van de last achteruitgereden moet worden. Vast staat dat werknemer het reglement kende en dat hij vooruitgereden is. Voorts is de kantonrechter van oordeel dat vaststaat dat de last het zicht belemmerde. Wat werknemer ten aanzien van de zichthoogte heeft aangevoerd doet aan de laatste conclusie niet af. De kantonrechter verwerpt de verweren ter zake het gezichtsveld en de lasthoogte. Men moet als chauffeur zicht hebben vanaf 5 meter voor de truck en het is ongeloofwaardig dat het enorme verschil met de 20 meter waar men met de reconstructies op uitkomt wordt veroorzaakt door een klein verschil in lichaamslengte of door een verschil in lasthoogte waarnaar men bij gebrek aan concrete gegevens alleen maar kan raden. De verklaringen van beide getuigen berusten niet alleen op hun gesprek met de getuige, maar ook op de reconstructies op diens aanwijzingen én op hun gesprekken met werknemer, die het ontbreken van eigen waarneming compenseren; de kantonrechter acht de bewijswaarde daarom voldoende. Ongeloofwaardig vindt de kantonrechter het verweer dat niet gevraagd is naar bezwaren; alleen al het feit dat werknemer in het gesprek is blijven volhouden dat hij niet gevaarlijk had gereden maakt aannemelijk dat hij assertief genoeg was om zelf met zijn bezwaren te komen

als hij dat geraden achtte. Werknemer brengt in zijn conclusie ook nu weer bezwaren naar voren tegen de kwalificatie van het bewezene als dringende reden voor ontslag op staande voet: de gesprekspartners stonden niet open voor zijn zienswijze en hadden een tunnelvisie, hij was overdonderd, hij had niet zo veel waarschuwingen gehad dat hij ontslagen mocht worden. Het zij herhaald: niet aannemelijk was dat er reële bezwaren waren tegen de visie die zijn gesprekspartners koesterden, want werknemer heeft daar toen onvoldoende tegen ingebracht; dat werknemer overdonderd was gelooft de kantonrechter niet en dat hij gewaarschuwd was staat vast omdat de bewuste brief en bewijsstukken zijn overgelegd. Dat werknemer mocht menen dat hij de regels in afwachting van de cursus mocht blijven overtreden acht de kantonrechter onverdedigbaar. De conclusie is dat de bewezen gebeurtenis in combinatie met de zeer kort daaraan voorafgegane waarschuwing een dringende reden tot ontslag was. Aannemelijk is op grond van de verklaring die persoon E destijds op de zitting heeft afgelegd en de getuigenverklaringen dat werknemer enkele keren is gewaarschuwd voordat men hem op 18 juli 2016 de wacht aanzegde; dat Vlisco zegt dat dat tien keer gebeurd is, terwijl zij niet bewijst dat het inderdaad tien keer geweest is, acht de kantonrechter niet bezwaarlijk genoeg om aan de gegrondheid van het ontslag af te doen; naar de letter is het misschien niet juist; naar de strekking (een kernachtige karakteristiek van de voorgeschiedenis) is het aanvaardbaar. Dit alles brengt mee dat het verzoek moet worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 14-04-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:7508

Zaaknummer: 4418462

Rechters: P.M. Knaapen

Advocaten: Y. van der Linden en E. Brenninkmeijer

Wetsartikelen: 7:671b BW en 7:667 BW

RECHTSPRAAK

Stork Technical Services Nederland B.V./werknemer

Werknemer blijft weigeren zich te voegen naar de door Stork ingerichte organisatie, waarbij hij per jaar een functionerings- en een beoordelingsgesprek met zijn leidinggevende dient te voeren. Arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op grond van verwijtbaar handelen van werknemer.

Feiten

Werknemer is op 2 september 1997 gestart met werkzaamheden op uitzendbasis bij een rechtsvoorganger van Stork. Aanvankelijk was de heer Z leidinggevende van werknemer. Met ingang van 25 september 2014 heeft Stork de organisatie aangepast en heeft werknemer een nieuwe leidinggevende gekregen, de heer A (hierna: A). Werknemer heeft herhaaldelijk aangegeven niet te willen worden beoordeeld door de heer A, hierover is meermaals gecorrespondeerd tussen werkgever en werknemer. Werkgever heeft werknemer uiteindelijk drie opties gegeven: accepteren dat A als leidinggevende fungeert, ontslag nemen, of overgeplaatst worden. Werknemer heeft geen van de opties geaccepteerd. Bij e-mailbericht van 28 januari 2016 heeft K aan werknemer onder meer bericht dat werknemer niet meer op het werk hoeft te verschijnen in afwachting van de ontslagprocedure. Het verzoek van Stork strekt tot ontbinding van de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst op grond van verwijtbaar handelen van werknemer dan wel op grond van een verstoorde arbeidsverhouding.

Oordeel

Gebleken is dat Stork na de fusie met HW binnen de unit waar werknemer werkzaam is, wijzigingen heeft doorgevoerd. Deze wijzigingen hadden onder meer tot gevolg dat werknemer een nieuwe leidinggevende kreeg in de persoon van A, met wie hij voortaan zijn jaarlijkse functionerings- en beoordelingsgesprekken diende te voeren. Vast is komen te staan dat ondanks de verzoeken van zijn leidinggevende werknemer heeft geweigerd om met A zijn functionerings- en beoordelingsgesprek te voeren, ook nadat werknemer met een medewerker

van personeelszaken heeft gesproken en hij schriftelijk is gewaarschuwd dat hij zich aan de binnen Stork geldende regels dient te houden. Nu werknemer ondanks de waarschuwingen van Stork blijft weigeren zich te voegen naar de door Stork ingerichte organisatie, waarbij hij per jaar een functionerings- en een beoordelingsgesprek met zijn leidinggevende dient te voeren, en hij tevens het aan hem geboden alternatief om bij een andere unit en onder een andere leidinggevende aan de slag te gaan heeft afgewezen, is er sprake van omstandigheden die leiden tot het oordeel dat werknemer verwijtbaar heeft gehandeld, zodanig dat van Stork in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. De door werknemer aangevoerde omstandigheden maken dat niet anders. Vanwege de verwijtbare handelwijze ligt herplaatsing van werknemer binnen de organisatie van Stork niet in de reden. De arbeidsovereenkomst zal daarom worden ontbonden op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a jo. 7:669 lid 3 onderdeel e BW. Stork heeft aangevoerd dat van ernstig verwijtbaar handelen sprake is, zodat bij ontbinding aan werknemer geen transitievergoeding behoort te worden toegekend. Naar het oordeel van de kantonrechter kunnen de gedragingen van werknemer niet worden aangemerkt als ernstig verwijtbaar handelen als bedoeld in de zin van artikel 7:673 lid 7 onderdeel c BW, zodat Stork gehouden is aan werknemer een transitievergoeding te betalen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 08-04-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:10399

Zaaknummer: 4851404 v/z verz 16-3239

Rechters: C.H. Kemp-Randewijk

Advocaten: N.M. Wolters

Wetsartikelen: 7:669 aanhef BW, 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:671b lid 1 BW en 7:673 lid 7 onderdeel c BW

RECHTSPRAAK

werknemer/DAF Trucks N.V.

***Ontslag op staande voet wegens stalken collega rechtsgeldig.
Voorwaardelijke ontbinding wegens ernstig verwijtbaar handelen.***

Feiten

Werknemer is sinds 2011 in dienst van DAF. Hij is op 17 november 2015 op staande voet ontslagen en op 26 november 2015 voorwaardelijk op staande voet ontslagen. Aan het eerste ontslag op staande voet is ten grondslag is gelegd dat hij zijn collega X heeft bedreigd en geïntimideerd en/of gestalkt.

Oordeel

Het eerste ontslag op staande voet is rechtsgeldig. De berichten die werknemer heeft gestuurd zijn intimiderend, zeker als ze in verband me elkaar worden gelezen; dat is vast te stellen door iedereen die ze leest en dus ook door de kantonrechter. Getuige hun datering zijn ze zó onophoudelijk gestuurd dat ze als stalking kunnen worden aangemerkt. Dat X er ernstig onder geleden heeft, kan worden afgeleid uit het rapport van de bedrijfsbeveiliging, de aangifte van 26 oktober 2015 en het verslag van het gesprek op 9 november 2015. Dat de berichten ook passages bevatten die op goede bedoelingen wijzen of lijken te wijzen doet aan het kwalijke van vele andere passages niet af, omdat ze die niet wezenlijk verzachten. Ook het feit dat werknemer in het verleden mooie dingen gedaan heeft voor X maakt het kwalijke van zijn latere gedrag niet minder. De verzoeken van werknemer worden afgewezen. Geoordeeld wordt dat werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Het voorwaardelijk ontbindingsverzoek dat is ingediend door DAF, wordt op de e-grond toegewezen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 22-03-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:7510

Zaaknummer: 4750965

Rechters: P.M. Knaapen

Advocaten: R.E. de Vries, M.B. Kerkhof en S.B.W. van de Scheur

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

RECHTSPRAAK

REG Media B.V./werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst secretaresse wegens verstoorde arbeidsrelatie. Werkneemster weigert herhaaldelijk post te gaan halen, terwijl dat bij haar takenpakket hoort.

Feiten

Werkneemster is met ingang van januari 2005 in dienst getreden bij REG als kantoormedewerkster/secretaresse. REG verzoekt ontbinding op de g-grond. Ter onderbouwing daarvan heeft REG het volgende naar voren gebracht. Werkneemster heeft geweigerd een redelijke opdracht uit te voeren, die deel uitmaakt van haar normale taken. Bij alle weigeringen heeft werkneemster op geen enkel moment een motivatie gegeven waarom zij de post niet wilde gaan ophalen. In eerste instantie is een ontslag op staande voet gegeven, maar REG is daar op korte termijn van teruggekomen. Aan werkneemster is het aanbod gedaan om het ontslag op staande voet om te zetten in een formele waarschuwing en een daaraan gekoppeld evaluatietraject. Het niet willen accepteren van de waarschuwing door werkneemster heeft voor REG duidelijk gemaakt dat zij de ernst van de situatie nog steeds niet ziet en dat er geen vertrouwen kan bestaan dat het gedrag van werkneemster op korte termijn duurzaam zal veranderen.

Oordeel

Op grond van de stellingen van partijen kan als vaststaand worden aangenomen dat werkneemster meermaals geweigerd heeft om de post te halen, terwijl REG haar daartoe expliciet had opgedragen. Het ophalen van de post behoort tot het algemene takenpakket van werkneemster en zij had als goed werknemer gehoor dienen te geven aan de opdracht. De kantonrechter laat in het midden of het ontslag op staande voet destijds terecht is gegeven. REG heeft dit ontslag op staande voet niet gehandhaafd. Wel oordeelt de kantonrechter dat er voor REG, gegeven het gedrag van werkneemster op de bewuste dag, dat in feite gekwalificeerd kan worden als werkweigering, aanleiding bestond om haar een waarschuwing te geven. Dat REG werkneemster een formele waarschuwing heeft gegeven, in plaats van het aanvankelijk gegeven ontslag op staande voet, is aldus alleszins redelijk. Bij brief van 20

januari 2016 heeft werkneemster haar zienswijze ten aanzien van de waarschuwing en het evaluatietraject kenbaar gemaakt en aangegeven dat er geen reden is om haar een waarschuwing te geven en in een evaluatietraject te plaatsen. Omdat werkneemster zich niet kon vinden in de formele waarschuwing heeft zij het aanbod van REG dan ook niet geaccepteerd. Door dit aanbod niet te accepteren en in feite ook niet te willen praten over het aanbod, heeft werkneemster de door het incident verstoorde arbeidsrelatie juist in stand gehouden. In het verweerschrift is uitvoerig ingegaan op de omstandigheid dat werkneemster structureel zou worden onderbetaald en dat er misbruik van haar is gemaakt door de werkgever, terwijl dit niet direct verband houdt met onderhavige geschil en dit bovendien niet valt te rijmen met de stelling dat zij graag in dienst blijft bij REG en dat er niets mis is met de arbeidsrelatie tussen partijen. Daarbij komt dat zij foto's van e-mails tussen de heren A, B en C en zijn administrateur in het geding heeft gebracht, terwijl de inhoud van deze e-mailcorrespondentie voor onderhavige zaak niet ter zake doende is. Ook heeft werkneemster privéwhatsappberichten tussen haar en de heer A, zonder toestemming van laatstgenoemde, in het geding gebracht en heeft zij A hierdoor in een lastige positie gebracht ten aanzien van zijn werkgever REG. Door deze handelwijze heeft werkneemster de al verstoorde arbeidsrelatie verder schade toegebracht en heeft zij zelf een situatie gecreëerd die een terugkeer in de kleine organisatie in feite onmogelijk maakt. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Aan werkneemster wordt de transitievergoeding toegekend. Voor toekenning van een billijke vergoeding is geen aanleiding.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 22-03-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:7511

Zaaknummer: 4823143 EJ 16-92

Rechters: B.C.W. Geurtsen-van Eeden

Advocaten: M.F.M. Groot Kormelink en B.J.L. Baas

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

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Analytisch laboratoriumassistent handelt in privétijd in drugs en illegale erectiepillen. Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens ernstig verwijtbaar handelen.

Feiten

Werknemer is sinds 1999 in dienst en thans werkzaam als analytisch laboratoriumassistent (O2-High). In zijn functie controleert werknemer of de producten van werkgever aan de voorgeschreven kwaliteitseisen voldoen. Werknemer is op 8 november 2015 aangehouden op verdenking van handel in verdovende middelen. In zijn woning zijn ruim 100 XTC-pillen, een aantal liter GBL/GHB, ruim 20 gram speed en ruim 1000 pillen Kamagra in beslag genomen. Kamagra is een illegaal geneesmiddel dat erectieverhogend werkt. De politie heeft werkgever over de aanhouding en de reden daarvan bericht. Werkgever heeft werknemer geschorst en intern onderzoek gedaan teneinde na te gaan in hoeverre werknemer verplichtingen uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst heeft geschonden. Uit dat onderzoek bleek dat werknemer gedurende anderhalf jaar drugs en erectiepillen verhandelde tijdens feestjes die hij organiseerde voor en met zijn vrienden. Werknemer heeft verklaard dat hij in de weekeinden zelf ook drugs gebruikt, maar dat hij niet verslaafd is. Daarnaast bleek dat werknemer niets bij werkgever heeft weggenomen en dat het drugsgebruik van werknemer geen invloed heeft gehad op zijn werk. Werkgever verzoekt ontbinding, primair op de e-grond.

Oordeel

Werkgever is een farmaceutisch bedrijf. De gedragingen van werknemer staan, ondanks het feit dat zij in de privésfeer plaatsvonden, in nauwe betrekking tot het dienstverband. Werknemer is immers werkzaam als analytisch laboratoriumassistent en belast met de kwaliteitscontrole op de medicijnen die werkgever ontwikkelt en produceert. Juist vanwege zijn functie had werknemer er bedacht op kunnen en moeten zijn dat drugs en medicijnen of middelen die via internet worden aangeboden veiligheidsrisico's met zich brengen. Dat risico heeft zich ook verwezenlijkt, nu iemand (mede) als gevolg van het gebruik van door

werknemer geleverde pillen is overleden. Het in het verkeer brengen van drugs en van middelen waarvan werknemer had kunnen en moeten weten dat die niet aan de veiligheidseisen voldeden, is in strijd met de doelstelling en de daarmee samenhangende normen en waarden van werkgever, die gericht zijn op het beschermen en verbeteren van de volksgezondheid. Ook staat het haaks op de werkzaamheden die werknemer bij werkgever verricht, te weten het controleren van de medicijnen die werkgever ontwikkelt en produceert op kwaliteit en veiligheid. De gedragingen van werknemer doen ernstig afbreuk aan de integriteit die werkgever van haar medewerkers verwacht en mag verwachten. Daarvoor is ook indringend en herhaaldelijk (jaarlijks) door werkgever aandacht van haar medewerkers gevraagd. Gelet op dat alles is de kantonrechter van oordeel dat er een voldoende nauw verband is tussen het dienstverband van werknemer en zijn gedragingen, zodat het handelen van werknemer verwijtbaar is in het kader van de arbeidsovereenkomst. De kantonrechter acht het begrijpelijk dat werkgever haar vertrouwen heeft verloren in werknemer. Daar komt bij dat de kans op imagoschade aanwezig is, gezien de publiciteit die de gedragingen van werknemer reeds getrokken heeft en de kring van personen die bekend is met de gedragingen van werknemer en zijn dienstverband bij werkgever. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Omdat het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen van werknemer is op grond van artikel 7:673 lid 7 aanhef en onderdeel c BW geen transitievergoeding verschuldigd [red.; in hoger beroep is de beschikking bekrachtigd, zie AR 2016-1153].

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 05-02-2016

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2016:463

Zaaknummer: 4691116 \ EJ VERZ 15-633 \ 253

Rechters: B.C.W. Geurtsen-van Eeden

Advocaten: L.D. Brouwer en R.W.J.H.A. Neijndorff

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

RECHTSPRAAK

werknemer/Pathé Theatres B.V.

Vernietiging ontslag op staande voet nadat werknemer structureel petflessen meeneemt en het statiegeld int. Tegenverzoek van werkgever tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt afgewezen, maar werknemer is vanaf nu wel een gewaarschuwd man.

Feiten

Werknemer verzoekt, kort gezegd en zakelijk weergegeven, de vernietiging van het hem door verweerster, Pathé, op 18 september 2015 gegeven ontslag op staande voet, toelating tot de werkvloer op straffe van een dwangsom en doorbetaling van zijn salaris met emolumenten en rente over de verzochte bedragen. Werknemer is op staande voet ontslagen op de drie gronden die genoemd staan in de ontslagbrief van 18 september 2015, te weten (1) het structureel meenemen van petflessen die toebehoren aan Pathé; (2) het opzettelijk omzeilen van de camerabewaking om grote zakken met die flessen buiten het pand te kunnen brengen; en (3) het toe-eigenen van het geld dat werknemer bij inlevering van die lege flessen heeft gekregen.

Oordeel

Aannemelijk is dat werknemer wist dat de petflessen in grote zakken verzameld moesten worden en naar een inzamelpunt gebracht; dat gebeurde kennelijk dagelijks en hij werkte dagelijks tussen of in de buurt van degenen die dat deden, deed dat wellicht zelf, dus dat hij dat niet wist, gelooft de kantonrechter niet. Niet aannemelijk is echter dat hij wist dat Pathé die flessen niet weg zou gooien maar zou inleveren om het statiegeld te benutten. Pathé heeft geen stukken overgelegd waaruit blijkt dat inzameling is voorgeschreven, laat staan dat de bedoeling daarvan is dat zij bij de leverancier het statiegeld kan verrekenen. De kantonrechter ziet niet in dat werknemer dat had moeten begrijpen. Werknemer heeft stiekem gehandeld, daar is de kantonrechter wel van overtuigd. Dat betekent echter niet noodzakelijkerwijs dat hij wist dat hij Pathé een voordeel ontnam. Hij deed iets wat in strijd was met de gebruikelijke orde – en daarom hinderlijk en niet fraai – en dus moesten lastige vragen daarover uit de weg gegaan worden. De conclusie is dat de gedraging van werknemer niet als dringende reden kan gelden. Het verzoek tot vernietiging wordt daarom toegewezen. De gevorderde voorlopige

voorziening zal niet helemaal toegewezen worden. De wettelijke verhoging van het loon wegens te late betaling zal afgewezen worden; redelijkheid en billijkheid brengen mee dat die tot nihil gematigd wordt. Zoals uit de gegeven overwegingen volgt acht de kantonrechter het handelen van werknemer, hoewel niet behoorlijk, toch niet zó verwijtbaar dat van Pathé niet kan worden gevergd dat de arbeidsovereenkomst niet wordt voortgezet. Voorts ziet de kantonrechter wel in dat Pathé werknemer nu niet hoog meer heeft zitten; het is de tweede keer dat hij een storende fout maakt. Werknemer moet zich nu wel als een gewaarschuwd man beschouwen. Het gaat echter te ver de arbeidsverhouding nu als zó verstoord te beschouwen dat die ontbonden moet worden. Het ontbindingsverzoek zal daarom worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 04-12-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2015:7910

Zaaknummer: 45578104557810

Rechters: P.M. Knaapen

Advocaten: A.C. Hansen en G.W. van Roeters Lennep

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 onderdeel e BW, 7:677 lid 2 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/BAG B.V.

Binnen concern is in dit geval geen sprake van een centrale leiding over de organisatorisch met elkaar verbonden vennootschappen. In kader van herplaatsingsplicht hoeven derhalve niet de andere vennootschappen binnen het concern te worden betrokken.

Feiten

Werknemer was tot 1 februari 2017 bij BAG in dienst op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Hij vervulde laatstelijk de functie van Hoofd Uitvoering. Na verkregen toestemming van het UWV is de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen opgezegd. Werknemer verzoekt ex artikel 7:682 lid 1 onderdeel a BW primair herstel van de arbeidsovereenkomst, subsidiair een billijke vergoeding.

Oordeel

Bedrijfseconomische noodzaak

Werknemer stelt dat geen sprake was van een bedrijfseconomische *noodzaak* om de functie Hoofd Uitvoering te laten vervallen. De reorganisatie had volgens werknemer enkel het doel om hem (zo goedkoop mogelijk) te kunnen ontslaan. Zoals BAG naar het oordeel van de kantonrechter terecht heeft aangevoerd miskent werknemer dat BAG een zekere beleidsvrijheid heeft om de onderneming zo in te richten dat het voortbestaan daarvan ook op langere termijn verzekerd is. Aldus is ook in de Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische redenen van het UWV onderkend. Geoordeeld wordt dat de functie van werknemer is komen te vervallen vanwege maatregelen die om bedrijfseconomische redenen nodig zijn voor een doelmatige bedrijfsvoering.

Herplaatsing

Werknemer heeft zich op het standpunt gesteld dat BAG onvoldoende heeft ondernomen om werknemer intern dan wel extern te herplaatsen. Ter onderbouwing heeft werknemer gesteld dat BAG bij haar herplaatsingsinspanningen het gehele Strukton Civiel-concern of in ieder

geval de GBN Groep had moeten betrekken, aangezien deze vennootschappen dezelfde directie hebben als BAG. De kantonrechter overweegt als volgt. Op grond van artikel 2:24b BW en artikel 1 onderdeel e van de Ontslagregeling is als groep aan te merken een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Volgens dit artikel moet in dit verband sprake zijn van een centrale leiding over de organisatorisch met elkaar verbonden vennootschappen. BAG heeft in de stukken voldoende onderbouwd dat geen sprake is van een dergelijke centrale leiding, nu de bestuurder van BAG geen beslissingen voor het Strukton Civiel-concern en Grondbank B.V. kan nemen. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft BAG arbeidsplaatsen binnen deze andere ondernemingen dan ook terecht buiten beschouwing gelaten. Doordat de functie van werknemer geheel is komen te vervallen, dan wel slechts gedeeltelijk onderverdeeld werd onder andere functies, was herplaatsing niet mogelijk en lag dit niet in de rede. Conclusie is dat BAG de arbeidsovereenkomst niet in strijd met artikel 7:669 lid 3 onderdeel a BW heeft opgezegd.

Transitievergoeding

BAG heeft niet bestreden dat werknemer zijn werkzaamheden reeds vanaf 1 oktober 2000 verrichte voor Maasgrond B.V. maar uitsluitend om strategische redenen bij Essent Milieu op de loonlijst stond. Nu Maasgrond B.V. respectievelijk BAG ten aanzien van de door werknemer verrichte werkzaamheden als opvolgend werkgevers moeten worden beschouwd zal de kantonrechter bij de berekening van de transitievergoeding uitgaan van 1 oktober 2000 als datum van indiensttreding.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 14-06-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:5521

Zaaknummer: 5859698 / AZ VERZ 17-71

Rechters: J. de Schreurs-van Langemheen

Advocaten: M.J. van Weersch en Y.L.S. Schipper

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel a BW, 7:671a BW en 7:682 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Wiertz Personeelsdiensten II B.V.

Uitzendovereenkomst is op initiatief van werkneemster niet voortgezet, zodat zij geen recht heeft op transitievergoeding.

Feiten

Werkneemster heeft op grond van (soms met tussenpozen) elkaar opvolgende met Wiertz gesloten uitzendovereenkomsten werkzaamheden verricht sedert 4 december 2008 bij Nora Bakkerij B.V. De laatste tussen werkneemster en Wiertz gesloten uitzendovereenkomst is op 16 december 2016 geëindigd. Op deze arbeidsovereenkomst is (door incorporatie) de cao voor uitzendkrachten van toepassing. Werkneemster stelt dat Wiertz een transitievergoeding aan haar verschuldigd is omdat Wiertz de laatste uitzendovereenkomst heeft opgezegd en de uitzendovereenkomsten sinds 4 december 2008 elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden opgevolgd hebben.

Oordeel

Wiertz betwist de arbeidsovereenkomst (in dit geval de uitzendovereenkomst) opgezegd te hebben. Dit verweer slaagt. Nergens blijkt immers uit dat Wiertz de uitzendovereenkomst opgezegd heeft en werkneemster heeft haar stelling op dit punt ook ter zitting niet verder onderbouwd. De kantonrechter is van oordeel dat is komen vast te staan dat Wiertz aan werkneemster heeft aangeboden aansluitend (na 16 december 2016) een nieuwe uitzendovereenkomst te sluiten. Werkneemster heeft dat aanbod niet willen aanvaarden omdat Wiertz niet kon of wilde garanderen dat werkneemster dan bij een opdrachtgever tegen (nagenoeg) dezelfde voorwaarden als bij Nora Bakkerij B.V. tewerkgesteld zou worden. Anders dan werkneemster veronderstelt was Wiertz daartoe niet gehouden. Werkneemster heeft voorts nog aangevoerd dat het voor haar niet mogelijk zou zijn om bij Nedcar te werken en dat zij niet via Wiertz maar door tussenkomst van een andere uitzendonderneming bij Nedcar zou worden geplaatst. Dit doet niet ter zake. Indien werkneemster de door Wiertz aangeboden uitzendovereenkomst had aanvaard, had het op de weg van Wiertz gelegen om werkneemster bij een opdrachtgever tewerk te stellen. Niet blijkt dat dit per se Nedcar zou zijn. Niet gezegd kan worden dat de uitzendovereenkomst na 16 december 2016 op initiatief

van Wiertz niet is voortgezet. Het moet er juist voor gehouden worden dat de uitzendovereenkomst op initiatief van werkneemster niet is voortgezet. Hieruit volgt dat werkneemster geen recht heeft op een transitievergoeding, zodat haar verzoek zal worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 12-06-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:5454

Zaaknummer: 5814374 AZ VERZ 17-37

Rechters: R.H.J. Otto

Advocaten: A.C. Dabekausen en T. Iding

Wetsartikelen: 7:673 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Opzegging arbeidsovereenkomst beheerder van een bedrijfsterrein niet in strijd met a-grond. Afwijzing verzoek om toekenning billijke vergoeding.

Feiten

In 2011 is werknemer in dienst getreden van C als beheerder van een bedrijfsterrein. In 2012 is werknemer in dienst getreden van B als beheerder van het bedrijfsterrein. D is bestuurder van C en B. Na verkregen toestemming van het UWV is de arbeidsovereenkomst wegens bedrijfseconomische redenen opgezegd. Werknemer verzoekt primair om toekenning van een billijke vergoeding (ex art. 7:682 lid 1 onderdeel b BW). Hij voert aan dat in de procedure bij het UWV opzettelijk onjuiste althans onvolledige informatie is verstrekt.

Oordeel

Gelet op de redactie van artikel 7:682 lid 1 BW bevreedt het de kantonrechter enigszins dat werknemer primair verzoekt om een billijke vergoeding (lid 1 onderdeel b) en subsidiair om herstel van de arbeidsovereenkomst (lid 1 onderdeel a). De kantonrechter heeft echter begrepen dat werknemer voor deze 'insteek' heeft gekozen vanwege het feit dat B niet meer bestaat. Dit betekent dat het subsidiaire verzoek hoe dan ook dient te worden afgewezen. Ten aanzien van het primaire verzoek om een billijke vergoeding overweegt de kantonrechter als volgt. Voor toekenning van een billijke vergoeding is in de eerste plaats vereist dat sprake is van een opzegging in strijd met artikel 7:669 lid 3 onderdeel a BW en dat ontslag wegens een bedrijfseconomische reden niet gerechtvaardigd is. Die situatie doet zich niet voor. B heeft aan de ontslagaanvraag voor werknemer bedrijfseconomische redenen ten grondslag gelegd en daarbij aangegeven dat zij haar activiteiten beëindigt en ophoudt te bestaan. Werknemer heeft dit erkend. Ter zitting heeft werknemer gesuggereerd dat B is opgeheven met het enkele doel om af te komen van het dienstverband met werknemer. Werknemer heeft deze stelling op geen enkele wijze heeft onderbouwd. B heeft verder aangegeven dat C haar activiteiten voortzet, maar dat zij hiervoor geen gebruik hoeft te maken van het bedrijfsterrein en de hierop geplaatste loodsen. Er bestaat geen behoefte meer aan een beheerder van het

bedrijfsterrein. Het feit dat B tegenover het UWV geen gewag heeft gemaakt van de terughuuroptie kwalificeert als zodanig niet als een valse of voorgewende reden. Het betreft een door D aangeboden terughuuroptie van een zeer beperkte omvang die nagenoeg losstaat van het af te stoten bedrijfsterrein. Volgt afwijzing van het verzoek.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 02-06-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2017:1990

Zaaknummer: 5833257 AR VERZ 17-30

Rechters: T.K. Hoogslag

Advocaten: J.P. Volk en D.A. Westra

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel a BW, 7:671a BW en 7:682 lid 1 onderdeel b BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Zieke werkneemster die twee jaar 100% van haar loon krijgt doorbetaald, heeft gedurende loonsanctie recht op 70% van haar loon.

Feiten

Werkneemster is vanaf 1 december 2006 werkzaam in de functie van commercieel administratief medewerker/planner. Op de arbeidsovereenkomst is de cao Metaal en Techniek van toepassing. Sinds april 2011 is werkneemster ziek en daardoor niet in staat haar werkzaamheden volledig uit te voeren. In juni 2011 is werkneemster zwanger geworden, waarna zij in februari 2012 met zwangerschapsverlof is gegaan. Op 31 mei 2012, direct nadat haar bevallingsverlof was geëindigd, heeft werkneemster zich ziek gemeld. Sindsdien heeft zij haar werkzaamheden niet meer hervat. Gedurende 104 weken heeft werkgever werkneemster 100% van haar loon doorbetaald. Het UWV heeft een loonsanctie opgelegd aan werkgever. Kern van het geschil betreft de vraag of werkneemster tijdens de loonsanctie recht heeft op 100% van haar loon (standpunt werkneemster) dan wel 70% van haar loon (standpunt werkgever).

Oordeel

De loonsanctie van het UWV is gebaseerd op artikel 25 lid 9 van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA). In dit artikel is geregeld dat het UWV het tijdvak gedurende welke de werknemer tijdens ziekte recht heeft op loondoorbetaling van de werkgever met ten hoogste 52 weken kan verlengen, opdat de werkgever in die periode zijn tekortkoming ten aanzien van de re-integratie-inspanningen kan herstellen. In artikel 25 lid 9 WIA wordt verwezen naar artikel 7:629 BW, waarin de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever tijdens ziekte van de werknemer is opgenomen, maar uit deze verwijzing volgt niet dat een werkgever verplicht is tijdens het verlengde tijdvak ofwel tijdens het derde ziektejaar dezelfde aanvulling op de wettelijke doorbetalingsverplichting te blijven betalen. Daarvoor is evenmin in de wetsgeschiedenis bij die bepalingen een aanknopingspunt te vinden. In de wet is bepaald dat de wettelijke doorbetalingsverplichting wordt verlengd en die verplichting bedraagt krachtens lid 1 van artikel 7:629 BW 70% van het loon. Het moet er dan ook voor gehouden worden dat

de artikelen 7:629 BW en 25 WIA de werkgever niet tot meer verplicht dan doorbetaling van 70% van het loon. Wel wordt werkgever veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 4341,59 bruto wegens opgebouwde en nog niet uitgekeerde verlofuren.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 31-05-2017

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:2927

Zaaknummer: 5285868 \ CV EXPL 16-12122 \ 520 \ 682

Rechters: E. Horsthuis

Advocaten: A.L. Looijenga

Wetsartikelen: 7:629 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/JVH Hospitality B.V.

Ontslag op staande voet casinomanager wegens in zak steken van gevonden geld (twee muntstukken van € 2) rechtsgeldig. Overtreding procedurevoorschriften.

Feiten

Werknemer is sinds 2008 in dienst van JVH en als manager werkzaam in een casino. Bij brief van 17 februari 2016 is hij op staande voet ontslagen. In de brief is daarvoor als reden gegeven dat werknemer tijdens het gesprek op 16 februari 2016 heeft erkend dat hij het op 7 en 8 februari 2016 gevonden geld in zijn zak heeft gestoken en heeft aangegeven dat hij dit altijd doet als hij geld vindt. Bovendien heeft werknemer tijdens het gesprek een muntstuk van € 2 uit zijn broekzak gehaald en aangegeven dat hij dat eerder die dag had gevonden, vervolgens in zijn broekzak had gestoken en met dat muntstuk uit de vestiging is geweest. Werknemer verzoekt vernietiging van het ontslag op staande voet. JVH heeft een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ingediend.

Oordeel

Het ontslag op staande voet is rechtsgeldig. Vast staat dat JVH op 7 en 8 februari 2016 heeft geconstateerd dat werknemer door hem aangetroffen geld niet had geregistreerd en dat JVH hem daarmee op 16 februari 2016 heeft geconfronteerd. Ter zitting is van de zijde van JVH aangegeven dat JVH deze periode nodig heeft gehad om de camerabeelden op locatie te bestuderen en zich intern te beraden over de tegen werknemer te nemen stappen. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft JVH in de gegeven omstandigheden voldoende voortvarend gehandeld. JVH hanteert, ter bescherming van haar geldvoorraad, strakke procedureregels met betrekking tot de administratieve verantwoording van gevonden geld in haar casino's. Tussen partijen is niet in discussie dat werknemer met die door JVH gehanteerde strakke regels bekend was: gevonden geld moet worden geregistreerd in het kwaliteitssysteem. Ook staat vast dat in december 2015 uit een audit is gebleken dat in de vestiging Heerenveen in strijd met die regel werd gehandeld en dat werknemer in reactie op deze bevinding heeft aangegeven dat hij het op juiste wijze registreren van gevonden geld

onder de aandacht heeft gebracht van zijn personeel. Werknemer heeft zich evenwel, naar tussen partijen onbestreden vaststaat, op 7 en 8 februari 2016 zelf niet aan de procedurevoorschriften omtrent de omgang met gevonden geld gehouden. Geconstateerd is dat werknemer tot tweemaal toe een gevonden muntstuk van € 2 in zijn zak heeft gestoken en niet heeft geregistreerd in het kwaliteitssysteem. Voorts wordt niet bestreden dat werknemer hierop door JVH in het gesprek van 16 februari 2016 is aangesproken en daarin heeft erkend dat hij het door hem aangetroffen geld niet heeft geregistreerd en heeft aangegeven dit wel vaker niet te doen. Dit gedrag is naar het oordeel van de kantonrechter in de gegeven omstandigheden dusdanig dat het een voldoende dringende reden voor ontslag oplevert. Meegewogen wordt dat werknemer uit hoofde van zijn functie een extra verantwoordelijkheid heeft en zijn eigen medewerkers bovendien recentelijk nog heeft aangesproken op het naleven van bedoelde procedureregels. Door desondanks de procedureregels omtrent de omgang met gevonden geld naast zich neer te leggen, heeft werknemer het in hem gestelde en noodzakelijke vertrouwen van JVH in zijn integriteit wezenlijk geschaad. De verzoeken van werknemer worden afgewezen. JVH wordt niet-ontvankelijk verklaard in haar voorwaardelijke ontbindingsverzoek.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 11-05-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:5835

Zaaknummer: 4953260 \ AR VERZ 16-83

Rechters: R. Giltay

Advocaten: N.H.M. Poort en M.O. de Bont

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

RECHTSPRAAK

Stichting Meriant/werkneemster

Werkneemster weigert verbetertraject, met het volgen waarvan zij heeft ingestemd, (verder) te volgen. Nu sprake is van werkweigering, wordt de arbeidsovereenkomst wegens ernstig verwijtbaar handelen ontbonden.

Feiten

Werkneemster is sedert 1 mei 1978 in dienst bij Meriant, laatstelijk (parttime) in de functie van verzorgende. Meriant verzoekt ontbinding op (primair) de e-grond. Meriant voert aan dat sprake is van werkweigering door werkneemster. Zij weigert om het verbetertraject, met het volgen waarvan werkneemster heeft ingestemd, (verder) te volgen, aldus Meriant.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt dat werkneemster zich schuldig heeft gemaakt aan werkweigering. Vanaf omstreeks augustus 2015 hebben partijen de mogelijkheden onderzocht om te komen tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden, zodat werkneemster niet langer het verbetertraject hoefde te volgen. Dit heeft echter niet tot resultaat geleid, zodat de arbeidsovereenkomst is blijven voortduren. Dit betekent dat op werkneemster steeds de verplichting rustte om arbeid te verrichten, regulier werk of werk in het kader van het verbetertraject. De stelling dat zij in september 2015 is vrijgesteld van het verrichten van arbeid heeft zij niet onderbouwd. Op geen enkele van de aanmaningen om het verbetertraject (weer) te volgen, dan wel om te kiezen voor een beëindiging van de arbeidsrelatie, is door of namens werkneemster een reactie gegeven. Uiteindelijk heeft zij vanaf december 2015 geen arbeid verricht (volgen verbetertraject), terwijl zij hiertoe wel gehouden was (geen verlofsaldo (meer)/geen vrijstelling arbeidsverplichting) vanwege het voortdurende dienstverband. Werkneemster heeft gesteld dat niet zozeer sprake is geweest van werkweigering, een weigering om het verbetertraject (verder) te volgen, maar dat zij wel steeds de nodige vraagtekens heeft geplaatst bij het nut en de noodzaak van het verbetertraject. In dit verband heeft zij gesteld dat Meriant haar nooit duidelijk heeft gemaakt waarom zij een verbetertraject moet volgen en wat Meriant van haar in het kader van dit

traject verwachtte. De kantonrechter verwerpt dit betoog. Aan werkneemster was voldoende duidelijk gemaakt waarom zij moest deelnemen aan een verbetertraject en wat van haar verwacht werd. De verslagen van de op 16 juli 2015 en 14 augustus 2015 gevoerde gesprekken laten in dat opzicht niets aan duidelijkheid te wensen over. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op de e-grond en er wordt geoordeeld dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen. Meriant is geen transitievergoeding verschuldigd.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 13-02-2016

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2016:5831

Zaaknummer: 4667440 / AR VERZ 15-67 en 4750204 / AR VERZ 16-13

Rechters: A. van der Meer

Advocaten: H.J. Funke en S. Wiersma

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

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Maasstad Ziekenhuis

Ontslag op staande voet verpleegkundige wegens inzien patiëntendossier zwager waar hij uit hoofde van zijn functie niet toe gerechtigd was, is, gelet op de omstandigheden van het geval, niet rechtsgeldig.

Feiten

Werknemer werkt sinds 1 augustus 2003 bij Maasstad. Hij is werkzaam als gespecialiseerd dialyseverpleegkundige. Werknemer is na een anonieme tip op staande voet ontslagen, omdat hij zich in de periode van 9 oktober 2014 tot en met 10 december 2014 twintigmaal toegang heeft verschaft tot een patiëntendossier waar hij uit hoofde van zijn functie niet toe gerechtigd was. De patiënt in wiens dossier werknemer heeft gekeken is de inmiddels overleden broer van zijn schoonzus (de vrouw van zijn broer). Werknemer verzoekt vernietiging van het ontslag.

Oordeel

Het staat tussen partijen niet ter discussie dat bescherming van medische gegevens van patiënten (van Maasstad) van het grootste belang is. Ter discussie staat ook niet dat werknemer iets gedaan heeft, waartoe hij niet gemachtigd was, namelijk het meerdere malen inzien van het elektronisch patiëntendossier van de broer van zijn schoonzus. Het enkele feit dat hij dit heeft gedaan leidt echter niet per definitie tot het oordeel dat Maasstad werknemer terecht op staande voet ontslagen heeft. Werknemer heeft niet uit louter nieuwsgierigheid een dossier ingezien. Het ging om het dossier van de broer van zijn schoonzus, een dossier dat naar de schoonzus verklaart op haar verzoek is ingezien, met medeweten van haar broer (omdat zij moeite hadden met de Nederlandse taal). Maasstad verwijst naar vele reglementen en richtlijnen maar niet één ervan vermeldt de sanctie 'ontslag op staande voet' met zoveel woorden. Ook maakt Maasstad niet aannemelijk dat op een andere, niet mis te verstane wijze aan de werknemers duidelijk is gemaakt dat deze zware sanctie op schending van het privacybeleid staat. De kenbaarheid is dan ook op zijn zachtst gezegd omstrepen. Hierbij komt dat werknemer aanvankelijk tegen zijn schoonzus heeft gezegd dat hij niet aan haar verzoek

kon voldoen. Pas nadat zij een brief aan hem had verstrekt (waarin staat dat zij zaakwaarnemer is) heeft hij de beslissing genomen het patiëntendossier te raadplegen. Hoewel zijn aannahme dat deze ‘machtiging’ toereikend was formeel gesproken onjuist is (hetgeen hem als niet-jurist nog wel vergeven kan worden) en hij daarenboven als verpleegkundige beter had moeten weten (de verklaring maakte immers sowieso niet dat hij hiermee in een behandelrelatie kwam te staan tot de patiënt, hetgeen cruciaal is om überhaupt ooit raadpleegrechten te hebben), is het niet ondenkbaar dat werknemer, wetende dat de medewerkers die in 2013 uit nieuwsgierigheid in een dossier keken slechts een berisping kregen, de afweging heeft gemaakt dat, gegeven zijn (altruïstischer) motieven, een eventuele sanctie voor hem in elk geval niet ernstiger kon uitpakken. Toen Maasstad werknemer confronteerde met de feiten, is door hem meteen openheid van zaken gegeven. Dat hij informatie uit het dossier van de broer van zijn schoonzus heeft gedeeld met derden blijkt nergens uit. Zijn schoonzus verklaart dat werknemer slechts uitlegde wat zij sowieso al wisten. Werknemer heeft een fout gemaakt. Het gaat echter wel om een fout waar hij een (plausibel) ‘verhaal’ voor heeft. Het gaat kennelijk ook om zijn eerste fout in de dertien jaar dat werknemer nu bij Maasstad werkt. Een minder vergaande sanctie dan ontslag op staande voet was op zijn plaats geweest. Dit betekent dat het op 20 november 2015 door Maasstad aan werknemer gegeven ontslag op staande voet vernietigd wordt. Het door Maasstad ingediende voorwaardelijk ontbindingsverzoek wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 29-01-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:10401

Zaaknummer: 4749181 VZ VERZ 16-509

Rechters: C.H. van Breevoort-de Bruin

Advocaten: A.W.M. Roozeboom en L.J.P. Duijs

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

RECHTSPRAAK

Notarishuys Veldhoven B.V./werknemer

Ontbinding arbeidsovereenkomst medewerker notariskantoor wegens verstoorde arbeidsrelatie na dienstverband 28 jaar.

Feiten

Notarishuys verzoekt de arbeidsovereenkomst van werknemer te ontbinden wegens verwijtbaar handelen/verstoorde arbeidsrelatie. Zij stelt onder meer dat werknemer sinds ongeveer 1,5 jaar een zeer nonchalante houding aan de dag legt, als een eenling opereert ('zonnekoning') en zich niets aantrekt van richtlijnen en instructies. Ook komt hij regelmatig te laat. Werknemer stelt daar onder meer tegenover dat hij al 28 jaar bij Notarishuys in dienst is en al die tijd boven de verwachting gepresteerd heeft. Daarnaast stelt hij dat hij Asperger heeft, zoals is vastgesteld in een onderzoek dat hij zelf heeft bekostigd, maar Notarishuys daar nooit enige rekening mee gehouden heeft.

Oordeel

Er is het nodige wat werknemer heeft tegengesproken met toelichtingen die niet ongeloofwaardig zijn, maar wel blijven enkele belangrijke omstandigheden staan. Het gaat onder meer om de volgende omstandigheden. Werknemer is de laatste tijd heel vaak te laat gekomen. Dat werknemer, zoals Notarishuys zegt, 'vele' keren met klachten over zijn voorbereiding is aangesproken, heeft hij niet serieus tegengesproken. Werknemer zegt wel dat hij voor het privé printen steeds toestemming had maar weidt daar niet over uit, zodat zijn verweer op dit punt onvoldoende beargumenteerd en daarom niet geloofwaardig is. Ten aanzien van het optreden als getuige voor de rechter pleit, wat hij daar zelf ook over zegt, in ieder geval tegen hem een e-mailbericht dat kennelijk afkomstig is van de advocaat: '... het klopt dat wij helemaal verbaasd waren over zijn verklaring. In de voorbespreking heeft hij de suggestie gewekt dit allemaal wel met L te hebben besproken'. Hier is de betrouwbaarheid van een notariskantoor in het geding, zodat Notarishuys er terecht zwaar aan tilt dat werknemer voor de rechter iets anders zei dan waar men op mocht vertrouwen. Dit alles rechtvaardigt de conclusie dat Notarishuys terecht de arbeidsverhouding als verstoord mag beschouwen en terecht van mening is dat werknemer zich zo verwijtbaar heeft gedragen dat niet gevergd kan

worden dat de arbeidsovereenkomst wordt voortgezet. De arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. Van ernstig verwijtbaar handelen is echter geen sprake.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 23-09-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOBR:2015:7911

Zaaknummer: 4376770

Rechters: P.M. Knaapen

Advocaten: H.J. Rosens, M.J.E. Spee en M.E.V. Boersma

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

RECHTSPRAAK

Zeeman textielSupers B.V./werkneemster

Verkoopmedewerkster weigert structureel re-integratieverplichtingen na te leven. Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens ernstig verwijtbaar handelen.

Feiten

Werkneemster is op 20 december 2001 als verkoopmedewerker B bij Zeeman in dienst getreden. Op 7 december 2015 heeft werkneemster zich ziek gemeld op grond van een niet-werkgerelateerde reden (relationele problemen). Zeeman verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van artikel 7:671b lid 1 onderdeel a jo. 7:669 lid 3 onderdeel e BW (verwijtbaar handelen). Zeeman stelt daartoe, samengevat, dat werkneemster vanaf 30 december 2016 – en daarvoor al langere tijd – niet haar werkzaamheden conform het advies van Ergatis en van de bedrijfsarts heeft hervat, geen contact houdt met haar leidinggevende en geen gehoor geeft aan de oproep om te re-integreren. Daarbij meent Zeeman dat werkneemster geen billijke vergoeding of transitievergoeding toekomt, omdat zij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

Oordeel

Werkneemster heeft in de periode december 2015 (in feite al bijna vanaf haar ziekmelding) tot heden een structureel gedrag van niet opvolgen van re-integratieverplichtingen aan de dag gelegd. Meer in het bijzonder is werkneemster vaak en langdurig voor Zeeman onbereikbaar geweest en heeft zij veelvuldig geen opvolging gegeven aan oproepen om contact op te nemen of op afspraken te komen. Zeeman heeft daar meer dan eens een loonsanctie voor opgelegd, hetgeen geen bijstelling van het gedrag van werkneemster heeft bewerkstelligd. De door haar ingebrachte medische stukken bevatten voorts geen althans onvoldoende excuus (of verklaring) voor haar gedrag. Het deskundigenoordeel van het UWV van 21 maart 2017 over de vraag of het aangeboden werk passend is te achten, heeft als conclusie dat de door werkgever aangeboden werkzaamheden passend zijn en dat van werkneemster verwacht kan worden dat zij het aangeboden werk uitvoert. Ook dat heeft werkneemster er niet toe kunnen bewegen het werk te hervatten. Gezien al deze feiten en omstandigheden is het oordeel gerechtvaardigd

dat niet van Zeeman kan worden geleverd dat zij zich blijft inzetten voor dit moeizame re-integratietraject. Nu voldoende vaststaat dat werkneemster haar verplichtingen uit hoofde van artikel 7:660a BW heeft geschonden terwijl een gegronde reden of rechtvaardiging daarvoor ontbreekt, kan de arbeidsovereenkomst op de daartoe aangevoerde e-grond ontbonden worden. Voor toekenning van een billijke vergoeding aan werkneemster is geen aanleiding. Aangezien sprake is van ernstig verwijtbaar handelen, heeft werkneemster geen recht op de transitievergoeding.

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Herziening van de WW-uitkering in verband met loondoorbetaling over periode waarover WW is uitgekeerd. Schending informatieplicht door niet melden aan UWV van loondoorbetaling.

Betrokkene is met ingang van 15 september 2013 in dienst getreden bij werkgever. Bij brief van 4 oktober 2013 is betrokkene bevestigd dat besloten is het dienstverband binnen de proeftijd te beëindigen. Per die datum vraagt betrokkene WW aan. Dat recht wordt ontzegd, omdat betrokkene tot en met 15 oktober 2013 loon heeft ontvangen. Per 16 oktober 2013 wordt betrokkene alsnog in aanmerking gebracht voor WW. Dit besluit wordt herzien als blijkt dat betrokkene pas per 1 januari 2014 werkloos is geworden. De WW-uitkering over de periode 14 oktober 2013 tot en met 5 januari 2014 wordt als onverschuldigd betaald teruggevorderd. Daarnaast wordt betrokkene een boete opgelegd van € 7904 vanwege het niet melden dat zijn werkgever loon heeft doorbetaald tot en met 31 december 2013. Het bezwaar tegen het besluit tot terugvordering en het besluit tot het opleggen van een boete wordt ongegrond verklaard. De rechtbank verklaart het beroep vervolgens gegrond en ziet aanleiding in de omstandigheden om uit te gaan van verminderde verwijtbaarheid. Betrokkene heeft het achterstallig loon in één keer uitbetaald gekregen, waarmee voorstelbaar is dat het is aangemerkt als een vergoeding en niet als loon. De ontslagvergoeding is ook niet verzwegen jegens UWV door betrokkene.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Ingevolge artikel 25 eerste volzin WW is de werknemer verplicht UWV op zijn verzoek of onverwijld uit eigen beweging alle feiten en omstandigheden mede te delen, waarvan hem redelijkerwijs duidelijk moet zijn dat zij van invloed kunnen zijn op de uitkering. Artikel 27a lid 1 WW verplicht appellant een boete op te leggen aan degene die zijn inlichtingenplicht niet of niet behoorlijk nakomt. Het enkele feit dat betrokkene de inlichtingenplicht heeft geschonden, is niet voldoende voor het opleggen van een boete. Daartoe is ook vereist dat betrokkene van die overtreding een verwijt kan worden gemaakt. Bovendien moet de boete worden afgestemd op de ernst van de overtreding, mate van verwijtbaarheid, en (persoonlijke) omstandigheden. De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van het bestuursorgaan aan deze eisen voldoet en dus leidt tot een evenredige sanctie (zie ook CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754). Er is

i.c. geen aanleiding voor het aannemen van verminderde verwijtbaarheid. Daarbij is van belang dat het loon en de vergoeding separaat en in delen zijn overgemaakt zodat betrokkene wist of kon weten dat het om verschillende componenten ging. Gelet op de positie van betrokkene kon hij ook geacht worden te begrijpen dat de betaling loon betrof, waarbij relevant is dat betrokkene zich heeft laten bijstaan door een advocaat. Ook uit het feit dat de WW eerder was ontzegd over de periode tot 15 oktober 2013, kon betrokkene begrijpen dat het ontvangen van loon gevolgen heeft voor de uitkering. Het (eventueel) melden van het ontvangen van een ontslagvergoeding aan (de werkcoach van) UWV doet daar niet aan af, nu deze melding niet betrof het ontvangen van loon. Er dient te worden uitgegaan van normale verwijtbaarheid, wat het boetebedrag brengt op € 3771,10.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 07-06-2017

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2017:2014

Zaaknummer: 15/4168 WW

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

Advocaten: M.J.F. Bär

Wetsartikelen: 55 WW, 27a lid 1 WW en 36 lid 1 WW

RECHTSPRAAK

Verzekeringsartsen van het UWV hebben terecht geconcludeerd dat de door appellant ingebrachte informatie van neurochirurg Smedema, waarin de diagnose spondylolysis eveneens wordt vermeld, geen nieuwe medische feiten of omstandigheden bevat waardoor de eerdere beoordeling opnieuw zou moeten worden gezien.

Bij besluit van 9 augustus 1995 trekt UWV de eerder aan appellant toegekende uitkeringen ingevolge de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW) en de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) met ingang van 28 september 1995 in, omdat de mate van arbeidsongeschiktheid van appellant per die datum minder dan 15% bedroeg. Dit besluit staat in rechte vast. Bij brief van 24 april 2014 verzoekt appellant UWV om hem in aanmerking te brengen voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Appellant brengt een brief in van 2 januari 2014, waarin neurochirurg dr. R.J. Smedema schrijft dat de klachten van appellant wel in de puberteit kunnen ontstaan en dat het beeld van spondylolisthese op basis van lysis bij appellant blijkbaar jarenlang niet is onderkend. Smedema schrijft dat de rugklachten van appellant na een lumbale spondylodese operatie geheel zijn verdwenen. UWV merkt deze aanvraag aan als een verzoek om terug te komen van het besluit van 9 augustus 1995. Dit verzoek is bij besluit van 4 juli 2014 afgewezen. UWV stelt zich daarbij – onder verwijzing naar een rapport van de verzekeringsarts van 3 juni 2014 – op het standpunt dat niet is gebleken dat er nieuwe feiten of omstandigheden zijn die ertoe leiden dat het besluit van 9 augustus 1995 onjuist zou zijn. Het bezwaar en beroep worden ongegrond verklaard.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Uit wat appellant in beroep, hoger beroep en ter zitting van de Raad heeft aangevoerd, valt af te leiden dat het verzoek van appellant uitsluitend moet worden opgevat als een verzoek om terug te komen van het besluit van 9 augustus 1995, waarbij de AAW/WAO-uitkering van appellant met ingang van 28 september 1995 is ingetrokken. Bij uitspraak van 20 december 2016 (ECLI:NL:CRVB:2016:4872) heeft – ook – de Raad zijn rechtspraak over de toetsing door de bestuursrechter van besluiten op een herhaalde aanvraag of een verzoek om terug te komen van een besluit gewijzigd. In een geval als het voorliggende, waarin het bestuursorgaan toepassing geeft aan artikel 4:6 lid 2 van de

Awb, betekent dit dat de bestuursrechter aan de hand van de aangevoerde beroepsgronden toetst of het bestuursorgaan zich terecht, zorgvuldig voorbereid en deugdelijk gemotiveerd op het standpunt heeft gesteld dat er geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden zijn. Met betrekking tot de onder 1.2 genoemde brief van 2 januari 2014, waarin neurochirurg Smedema melding maakt van de diagnose spondylolysis, heeft de verzekeringsarts bezwaar en beroep in zijn rapport van 13 januari 2015 gesteld dat deze brief geen ander beeld geeft van de medische toestand van appellant en zijn beperkingen voor het verrichten van arbeid ten tijde van de intrekking van de AAW/WAO-uitkering in 1995. Daarbij hebben de verzekeringsartsen van UWV verwezen naar de informatie van orthopedisch chirurg R. Deutman, die op 26 augustus 1988 heeft vermeld dat bij appellant sprake is van rugklachten samenhangend met spondylolysis en naar een expertise van orthopedisch chirurg Deutman uit 1995, waarin met betrekking tot de rugafwijkingen van appellant opnieuw is vermeld dat sprake is van spondylolysis. De verzekeringsartsen van UWV hebben terecht geconcludeerd dat de door appellant ingebrachte informatie van neurochirurg Smedema, waarin de diagnose spondylolysis eveneens wordt vermeld, geen nieuwe medische feiten of omstandigheden bevat waardoor de eerdere beoordeling opnieuw zou moeten worden gezien.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 07-06-2017

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2017:2015

Zaaknummer: 15/4418 WAO

Rechters: J.P.M. Zeijen

Advocaten: F. Bakker en W.P. Bos

Wetsartikelen: 4:6 Awb

RECHTSPRAAK

Bezwaar ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard; bezwaarschrift tijdig ingediend.

Appellante ontvangt sinds 24 november 2014 een WIA-uitkering, die door UWV wordt verhaald op de werkgever van appellante. Werkgever deelt op 15 september 2015 aan appellante mee dat zij UWV heeft verzocht om appellante een maatregel van 100% voor onbepaalde tijd op te leggen in verband met het niet meewerken aan de re-integratie. Bij besluit van 22 september 2015 besluit UWV de WIA-uitkering met ingang van 1 oktober 2015 niet meer aan appellante te betalen in verband met voornoemde maatregel. Appellante is niet-ontvankelijk verklaard in haar bezwaar tegen voornoemd besluit wegens het onverschoonbaar te laat indienen van het bezwaarschrift. Het beroep tegen het bestreden besluit is ongegrond verklaard. Appellante handhaaft in hoger beroep op gelijke gronden als in bezwaar en beroep het standpunt dat sprake is van verschoonbare termijnoverschrijding. Zij stelt zich op het standpunt dat zij het besluit van 22 september 2015 pas in november heeft ontvangen, nadat haar man contact met UWV had opgenomen. Zij stelt voorts dat de rechtbank ten onrechte betekenis hecht aan de opmerking van de medewerkster van het KCC dat appellante reeds eerder contact had gehad over de brief van 22 september 2015, zodat zij daarvan op de hoogte heeft moeten zijn. Appellante betwist dit en stelt dat zij contact met UWV heeft opgenomen omdat ze merkte dat haar uitkering was gestopt, en niet naar aanleiding van voornoemd besluit. UWV stelt zich op het standpunt dat sprake is van aanwijzingen waaruit blijkt dat appellante bekend moet zijn geweest met het besluit van 22 september 2015.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Indien de geadresseerde stelt dat hij een niet aangetekend verzonden besluit niet heeft ontvangen, is het volgens vaste rechtspraak in beginsel aan het bestuursorgaan om aannemelijk te maken dat het besluit wel op het adres van de geadresseerde is ontvangen. De omstandigheid dat per post verzonden stukken in de regel op het daarop vermelde adres van de geadresseerde worden bezorgd, rechtvaardigt in beginsel het vermoeden van ontvangst van het besluit op dat adres. Dit brengt mee dat het bestuursorgaan in eerste instantie kan volstaan met het aannemelijk maken van verzending naar het juiste adres. Daartoe is in ieder geval vereist dat het besluit is voorzien van de juiste adressering en een verzenddatum en dat sprake is van een deugdelijke verzendadministratie.

Verder dient niet gebleken te zijn van recente problemen bij de verzending van poststukken. Contra-indicaties kunnen echter meebrengen dat geoordeeld moet worden dat het besluit wel moet zijn ontvangen, waarmee – zonder nader bewijs – ook de verzending aannemelijk is. Het kan daarbij bijvoorbeeld gaan om gevallen waarin naar aanleiding van dat besluit handelingen zijn verricht of om informatie is gevraagd waaruit moet worden afgeleid dat de aanbieder van het poststuk met het besluit aan het adres van de belanghebbende wel heeft plaatsgevonden. Tussen partijen is niet in geschil dat UWV het besluit van 22 september 2015 per gewone post heeft verzonden en dat UWV van die verzending geen verzendregistratie kan overleggen. Anders dan UWV meent, is in het geval van appellante geen sprake van een contra-indicatie op grond waarvan moet worden geoordeeld dat zij het besluit van 22 september 2015 wel heeft ontvangen. Nu ervan uit wordt gegaan dat het besluit van 22 september 2015 eerst op 11 november 2015 is verzonden, is het bezwaarschrift van 17 november 2015 tegen dit besluit tijdig ingediend, zodat UWV het bezwaar van appellante ten onrechte niet-ontvankelijk heeft verklaard. De aangevallen uitspraak dient dan ook te worden vernietigd en UWV krijgt de opdracht om opnieuw op het bezwaar tegen het besluit van 22 september 2015 te beslissen met inachtneming van deze uitspraak.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 02-06-2017

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2017:1995

Zaaknummer: 16/4245 WIA

Rechters: L. Koper

Advocaten: T.P.M. Kouwenaar en V.A.R. Kali

RECHTSPRAAK

UWV laat na een zorgvuldig, deugdelijk medisch onderzoek te verrichten naar de (laattijdige) ziekmelding met terugwerkende kracht door werknemer en heeft onvoldoende oog voor de gevolgen voor de voormalig werkgever.

Werknemer meldt zich op 31 oktober 2012 met terugwerkende kracht per 14 oktober 2009 bij UWV ziek en verzoekt om, na ommekomst van de wettelijke wachttijd van 104 weken, hem een Ziektewet- en IVA-uitkering toe te kennen. Ter onderbouwing van de ziekmelding per 14 oktober 2009 overlegt werknemer een brief van 14 januari 2013 van psychiater W. Bohlmeijer waarin deze vermeldt dat hij werknemer op 14 oktober 2009 heeft gezien in verband met ernstige psychische klachten die zich hebben gemanifesteerd op het werk en die geleid hebben tot zijn uitval. Bij besluit van 21 januari 2013 kent UWV aan werknemer met ingang van 14 oktober 2009 een uitkering ingevolge de Ziektewet (ZW) toe omdat sprake is van nawerking op grond van artikel 46 van de ZW. Vervolgens stelt UWV vast dat voor werknemer met ingang van 12 oktober 2011 een recht op een loongerelateerde WGA-uitkering is ontstaan naar een mate van arbeidsongeschiktheid van 100%. Deze uitkering is toegekend tot 12 oktober 2012.

Appellante (voormalig werkgever) maakt tegen het besluit van 26 februari 2013 bezwaar en voert aan dat werknemer zich niet ziek heeft gemeld noch bij de werkgever noch in de periode na het ontslag. In de periode tussen het ontslag en de ziekmelding heeft werknemer gewerkt waardoor er geen sprake van ziekte is. Na onderzoek door een verzekeringsarts bezwaar en beroep verklaart UWV bij besluit van 1 november 2013 (bestreden besluit 1) het bezwaar van appellante tegen het besluit van 26 februari 2013 ongegrond. Appellante stelt beroep in tegen het bestreden besluit 1 en voert in dat verband aan dat werknemer niet voldoet aan de voorwaarden van nawerking als bedoeld in artikel 46 lid 1 onderdeel b van de ZW zoals deze bepaling ten tijde van belang luidde. Omdat het dienstverband slechts één maand heeft geduurd, van 1 september tot 29 september 2009 en werknemer zich niet binnen acht dagen nadat het dienstverband is beëindigd heeft ziek gemeld, valt de ziekmelding per 14 oktober 2009 niet binnen de nawerking zoals bepaald in voormeld artikel. Het verweer van appellante heeft succes. UWV stelt alsnog vast dat de werknemer geen recht heeft op ziekengeld,

respectievelijk een WIA-uitkering. Vervolgens overlegt werknemer een brief van 2 september 2014 van de huisarts bij UWV waarin deze arts te kennen heeft gegeven dat werknemer zich al op 1 oktober 2009 bij hem heeft ziek gemeld. Hierop heeft UWV bij gewijzigd besluit van 5 november 2014 (bestreden besluit 2) vastgesteld dat werknemer niet per 14 oktober 2009 maar al per 1 oktober 2009 arbeidsongeschiktheid was zodat werknemer alsnog aan de voorwaarden van de nawerking heeft voldaan en aldus (toch) recht heeft op ziekingeld. Appellante heeft de rechtbank te kennen gegeven zich niet te kunnen vinden in het bestreden besluit 2 vanwege de plots door werknemer gewijzigde en de door UWV voetstoots geaccepteerde ingangsdatum van de eerste arbeidsongeschiktheidsdag van 14 oktober naar 1 oktober 2009 waardoor (alsnog) de nawerking van toepassing is. Het bezwaar en beroep worden ongegrond verklaard.

De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Met appellante, en anders dan de rechtbank, wordt overwogen dat het bestreden besluit een deugdelijke medische grondslag ontbeert. Niet is gebleken dat UWV een zorgvuldig, deugdelijk medisch onderzoek heeft verricht naar de (laattijdige) ziekmelding met terugwerkende kracht op 14 oktober 2009 door werknemer. Evenmin heeft UWV de bewijsrechtelijke positie van werknemer onderkend toen hij, nadat UWV het besluit van 30 juli 2014 had genomen, met de brief van 2 september 2014 van de huisarts is teruggekomen van de eerste ziektedag van 14 oktober 2009 en deze heeft verschoven naar 1 oktober 2009. Het is aan werknemer om aannemelijk te maken dat de aanvang van de eerste ziektedag eerder ligt dan 14 oktober 2009. Met de (wijze van opstelling van de) brief van 2 september 2014 van de huisarts, is dit door werknemer vooralsnog niet aannemelijk gemaakt. Evenmin heeft UWV naar de nadere ziektedag van 1 oktober 2009 een onderzoek ingesteld; UWV is voetstoots van de brief van 2 september 2014 van de huisarts uitgegaan. Voorts berust het standpunt dat de arbeidsongeschiktheid voor het eigen werk 104 weken heeft voortgeduurd, niet op een objectief medische grondslag. De enkele verwijzing door UWV naar de brieven van de psychiater en huisarts is daartoe onvoldoende. Bij de vraag of de wachttijd is volgemaakt, dient niet alleen de grondslag van de ziekmelding te worden onderzocht maar ook of nadien behandeling is gevolgd dan wel of andere omstandigheden die erop wijzen dat de ongeschiktheid voor het eigen werk 104 weken heeft voortgeduurd. Verder is door UWV bij de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling niet betrokken dat werknemer na het ontslag een WW-uitkering heeft aangevraagd. Evenmin is kenbaar het door werknemer in de civielrechtelijke procedure ingenomen standpunt (vordering tot schadevergoeding wegens onregelmatig gedane opzegging van het dienstverband) gewogen. Tot slot is uit de rapporten niet gebleken dat UWV oog heeft gehad voor de gevolgen die voor appellante voortvloeien uit het standpunt van UWV. Omdat voornoemde onderzoeken ontbreken, staat niet vast dat op juiste (medische en arbeidskundige) gronden aan werknemer een loonaanvullingsuitkering is toegekend. UWV wordt opgedragen het gebrek binnen 6 weken te herstellen.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 12-05-2017

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2017:1991

Zaaknummer: 15/2720 WIA-T

Rechters: R.E. Bakker, L. Koper en H.A.A.G. Vermeulen

Advocaten: R.L.J. van der Meer en J. van Dalfsen

Wetsartikelen: 19 ZW en 54 Wet WIA

ANNOTATIE

G-grond gegrond? De verstoorde arbeidsverhouding als ventiel van het nieuwe ontslagrecht

prof. mr. dr. S.S.M. Peters

1. Inleiding

De g-grond – kort gezegd: de verstoorde arbeidsverhouding – is in het nieuwe systeem van de wettelijke ontslaggronden een interessante, nu daarin nog het meeste rek lijkt te zitten voor de rechter. De wet eist dat de werkgever een redelijke grond voor ontslag heeft. Ziet de toetsende instantie (UWV, cao-ontslagcommissie of de rechter) geen voldragen redelijke grond in de zin van artikel 7:669 lid 3 BW, dan krijgt de werkgever geen toestemming voor opzegging of wordt zijn ontbindingsverzoek afgewezen. Anders dan onder het oude recht is nu ook de rechter in een wettelijk keurslijf (van art. 7:669 jo. 7:671b BW) gedrongen. Ontbinding van de arbeidsovereenkomst is niet langer een aan het billijkheidsoordeel van de rechter overgelaten optelsom van – in WWZ-jargon – verschillende meer of minder ‘voldragen’ ontslaggronden, zo nodig aangelengd met een extra scheut ontslagvergoeding.

Juist bij een verstoorde arbeidsverhouding zal het vaak zo zijn dat beide partijen, werkgever en werknemer, schuld hebben. Die schuld kan ook grotendeels bij de werkgever liggen, misschien heeft hij de verstoorde arbeidsverhouding zelfs wel gecreëerd. Hier lijkt rek in het systeem te zitten: namelijk als de rechter in zulke situaties toch ontbindt, onder toekenning van een billijke vergoeding aan werknemer.

In deze bijdrage onderzoek ik aan de hand van de wetsgeschiedenis en jurisprudentie wat de relevante criteria (zouden moeten) zijn bij de toetsing van de rechter aan de g-grond. De focus ligt daarbij op een drietal punten: het criterium dat de verstoring ernstig en duurzaam moet zijn, de relevantie van de schuldvraag en de speelruimte die in de g-grond zit.

2. Relevante criteria bij beoordeling g-grond

Volgens artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW is een redelijke grond voor ontbinding ‘een verstoorde arbeidsverhouding, zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden

gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren'. Ook voor deze ontslaggrond geldt dat herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt (lid 1). De g-grond is, evenals de andere in lid 3 genoemde gronden, ontleend aan het oude Ontslagbesluit en daarbij behorende beleidsregels van het UWV. 'Daarmee komen de ontslaggronden overeen met wat thans geldt, met dien verstande dat omwille van de consistentie, op onderdelen, formuleringen zijn aangepast', aldus de WWZ-wetgever (Kamerstukken II 2013/14, 33818, C, p. 56 (MvA); zie ook 3, p. 98 (MvT)). Een wijziging van de toetsingscriteria van de verstoorde arbeidsverhouding is dus niet beoogd.

2.1. Criterium 'ernstig en duurzaam verstoord'

Wetsgeschiedenis

Om destijds toestemming van het UWV te krijgen voor opzegging wegens een verstoorde arbeidsverhouding, moest de werkgever aannemelijk maken dat de verstoring ernstig en duurzaam was en dat herstel van de arbeidsrelatie, al dan niet via overplaatsing van de werknemer, niet mogelijk was (art. 5:1 lid 4 Ontslagbesluit (oud) en hoofdstuk 27 van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV, versie 2012 (hierna aangeduid als de (oude) beleidsregels).

In de memorie van toelichting bij de WWZ wordt het volgende opgemerkt:

'In het Ontslagbesluit gelden als criteria voor het verlenen van toestemming voor ontslag dat de verstoring ernstig en duurzaam moet zijn. Beide criteria gelden in beginsel nog steeds en komen tot uitdrukking in de formulering «zodanig dat van de werkgever redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren». In beginsel, omdat ook bij een minder duurzaam verstoorde arbeidsverhouding de arbeidsovereenkomst opgezegd moet kunnen worden als de ernst daarvan zodanig is dat voorzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd' (33818, 3, p. 46).

Kennelijk meent de regering dat zij het criterium 'ernstig en duurzaam verstoord' ruimer uitlegt dan onder het oude recht, nu bij een zeer ernstige verstoring ook een minder duurzame verstoring voldoende kan zijn. Ook in de literatuur is opgemerkt dat de ontslaggrond van de verstoorde arbeidsverhouding hiermee 'toch wat (lijkt) te zijn verruimd' ten opzichte van het Ontslagbesluit en de Beleidsregels UWV (annotatie C.J. Frikkee, TRA 2014/89). De vraag is echter of dat wel zo is. Een 'ernstig en duurzaam verstoorde' arbeidsrelatie betekent volgens de oude beleidsregels 'dat de verstoring een dusdanige aard heeft dat herstel van de relatie niet meer mogelijk is'. Daarbij wordt opgemerkt dat een verstoorde arbeidsrelatie 'die vele maanden of langer aanhoudt zonder enig zicht op verbetering' als duurzaam verstoord kan worden bestempeld. 'Anderzijds kan er ook een *recent voorval* zijn geweest tussen de

werknemer en de werkgever *dat zó ernstig is, dat niet valt te verwachten dat de arbeidsrelatie nog kan worden hersteld* (cursivering toegevoegd). Ook dan is toestemming tot ontslag ‘in beginsel mogelijk’, aldus de beleidsregels (hoofdstuk 27, par. 4 onder c). Het Bossche gerechtshof heeft hier al op gewezen (Hof ’s-Hertogenbosch 2 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2161, r.o. 3.20). Het hof spreekt over een ‘nuancering’, ik zie het vooral als een verduidelijking van hoe moet worden beoordeeld of herstel van de relatie mogelijk is. Als zich recentelijk een ernstig voorval heeft voorgedaan, kan uit de zwaarte daarvan worden afgeleid dat de verstoorde relatie niet zal kunnen worden hersteld. De duurzaamheid van de verstoring kan in zulke situaties niet alleen op de al voorliggende, ‘slepende’ feiten worden gebaseerd, maar ook (‘ex ante’) op de gerede *verwachting* dat de ernstige verstoring blijvend zal zijn.

Bij de beoordeling of herstel van de arbeidsrelatie mogelijk is, moet ook worden bekeken welke pogingen werkgever heeft ondernomen om de onderlinge verhoudingen te verbeteren en of overplaatsing binnen de onderneming tot de mogelijkheden behoort (Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012, hoofdstuk 27, par. 6). Het ligt voor de hand het eerste criterium – *verbeterpogingen van de werkgever* (bijv. gesprekken gevoerd, mediation beproefd) – te betrekken bij de beoordeling van de *duurzaamheid* van de verstoring. Als werkgever op dat vlak weinig tot niets gedaan heeft, zal het een stuk lastiger voor hem worden aannemelijk te maken dat de verstoring duurzaam is en herstel ‘dus’ in redelijkheid niet mogelijk. In de hierboven bedoelde situatie zal dunkt mij aan dit criterium minder gewicht toekomen. Als na een recent zeer ernstig voorval de verwachting is dat er niets meer te redden valt in de relatie, heeft het ook geen zin om halfwassen pogingen daartoe van werkgever te eisen.

Wel zal moeten worden beoordeeld of *overplaatsing* mogelijk (of een vergelijkbare oplossing voorhanden) is; in dat geval hoeft ontslag immers toch niet noodzakelijk te zijn. Asscher heeft over het in artikel 7:669 lid 1 BW opgenomen herplaatsingscriterium opgemerkt: ‘De verplichting geldt als herplaatsing mogelijk is en in de rede ligt. (...) Als er sprake is van een verstoorde arbeidsrelatie, geldt de [herplaatsings]verplichting evenmin. Dat ligt alleen anders wanneer het een verstoorde arbeidsrelatie op de werkvloer betreft en niet met de werkgever zelf. In dat geval moet worden gezien of bijvoorbeeld overplaatsing naar een andere plek soelaas kan bieden’ (Handelingen I 2013/14, 54, p. 20). Ik merk hierbij op dat de herplaatsingsplicht natuurlijk wel *geldt*, maar bij een verstoorde arbeidsverhouding meestal ‘niet in de rede’ ligt. Uit de jurisprudentie blijkt overigens dat inderdaad wordt bekeken *met wie* de arbeidsverhouding verstoord is. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 2 september 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:7100 (geen g-grondontbinding, nu leidinggevende van werkneemster inmiddels is vertrokken en werkneemster bereid is op andere vestiging te werken) en Ktr. Tilburg 9 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5626 (niet zozeer werkgeefster, maar veeleer leidinggevende lijkt moeite te hebben met werkneemster en die

leidinggevende is inmiddels vertrokken).

Jurisprudentie

Welke betekenis hecht de rechter onder de WWZ aan deze criteria – ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsrelatie in combinatie met de door werkgever ondernomen verbeterpogingen – en hoe past hij deze toe?

In de meeste gevallen wordt aan deze criteria, mijns inziens terecht, doorslaggevende betekenis toegekend. Ik noem eerst enkele voorbeelden waarin dit tot afwijzing van het werkgeversverzoek op de g-grond leidde.

In Ktr. Utrecht 9 september 2016, AR 2016-1016 ging het om een kok die bijna drie jaar in dienst was. Werkgever had aangevoerd dat er (onder andere) ‘iets is gewijzigd in de houding, inzet, betrokkenheid en eigen initiatief’ van werknemer. De kantonrechter oordeelt ‘dat de g-grond het verzoek niet kan dragen. Uit de stellingen van partijen is niet duidelijk geworden dat de arbeidsverhouding verstoord is, *laat staan dat dit duurzaam* zou zijn’ (cursivering toegevoegd). Ook in Hof ’s-Hertogenbosch 2 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2161, AR 2016-0592 wordt het ontbindingsverzoek afgewezen. Een bioscoop had een facilitair medewerker op staande voet ontslagen wegens het meenemen van, door bezoekers achtergelaten, PET-flessen om zo het statiegeld te innen. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep wordt het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig geoordeeld en wordt het voorwaardelijke ontbindingsverzoek, onder andere op de g-grond, afgewezen. De door werkgever gestelde vertrouwensbreuk is met name gebaseerd op de gedragingen van werknemer waarvoor hij op staande voet was ontslagen. ‘[V]oor zover [werkgever] als gevolg van deze gedragingen het vertrouwen in [werknemer] heeft verloren, [is] dit onterecht geweest. Het is aan [werkgever] om dit vertrouwen te herstellen. [Werkgever] heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat reeds voor de gedragingen van [werknemer] die hebben geleid tot het ontslag op staande voet sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding. Weliswaar is er een incident geweest in 2009, maar nadat het destijds door [werkgever] aan [werknemer] gegeven ontslag op staande voet door de rechter was vernietigd en het voorwaardelijk ontbindingsverzoek was afgewezen, is de verhouding tussen partijen weer genormaliseerd. Onweersproken is dat [werknemer] daarna naar tevredenheid heeft gefunctioneerd.’ Dat laatste laat overigens zien dat het soms – in ieder geval voor deze partijen – zelfs na een ontslag op staande voet-procedure mogelijk is het vertrouwen te herstellen en weer met elkaar verder te gaan. Dit gerechtshof oordeelt ook in een andere zaak dat er onvoldoende ligt om een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding aan te nemen (Hof ’s-Hertogenbosch 26 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2104, AR 2016-0595). De zaak betreft een bewaker annex portier die meermalen slapend was aangetroffen op het werk. Dat oordeel hangt mede samen met het ontbreken van een *serieuze* herstelpoging

van de werkgever. Volgens werknemer was werkgever op geen enkel moment uit geweest op herstel van de arbeidsverhouding. Het beëindigen van de arbeidsovereenkomst zou steeds het uitgangspunt van werkgever zijn geweest – ook in de twee mediationtrajecten. Het hof gaat mee in dat verweer en stelt dat werkgever, zelfs nadat zowel het UWV als de kantonrechter in eerste aanleg uitdrukkelijk hadden overwogen dat hij maatregelen moest treffen om tot herstel van de arbeidsrelatie te komen, heeft nagelaten dat te doen. Werkgever had zich meer inspanningen moeten en kunnen getroosten om tot herstel van de arbeidsverhouding te komen. Nu werkgever dat had nagelaten, kon het hof oordelen dat ‘onvoldoende [is] gebleken dat herstel van de verhoudingen onmogelijk is en dus de verstoring van de arbeidsverhoudingen zodanig duurzaam is dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van de werkgever kan worden gevergd’.

In verschillende zaken strandt het ontbindingsverzoek van werkgever al op het criterium dat er sprake moet zijn van een *ernstige* verstoring, omdat er onvoldoende ernstigs aan de hand is en/of omdat het gestelde gedrag van werknemer niet of slechts gedeeltelijk aannemelijk is gemaakt door werkgever. Zo oordeelt de kantonrechter te Groningen dat irritaties over en weer tussen werknemer en zijn collega’s, onder andere over het te vroeg weg naar huis gaan en het te pas en te onpas koffie halen, onvoldoende is (Ktr. Groningen 24 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2497, AR 2016-0551). Een ander voorbeeld is Hof ’s-Hertogenbosch 30 juni 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:2643, AR 2016-0713, JAR 2016/196 m.nt. Van Tuyll van Serooskerken. Daarin verweet werkgever werkneemster onder meer een ‘gebrek aan organisatiesensitiviteit’, maar het hof is hiervan niet gebleken en hetzelfde geldt voor de twee andere door werkgever aangevoerde oorzaken voor de verstoorde arbeidsverhouding. Ten slotte Ktr. Assen 4 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2188, AR 2016-0587. Werkgever probeerde hier een nog geen twee jaar zieke werknemer weg te krijgen, onder andere op de g-grond. Het verbaast niet dat het daarvoor door werkgever aangevoerde – het door werkneemster (‘rauwelijks’) instellen van een procedure over de wettelijke verhoging (haar loon werd steeds te laat betaald) en het weigeren (tijdens arbeidsongeschiktheid!) om in te stemmen met een beëindiging van de arbeidsovereenkomst – onvoldoende wordt geacht. Volgens de kantonrechter is door het optreden van werkgever wel een conflict ontstaan, maar werkgever heeft zich onvoldoende ingespannen om de verhouding met werkneemster te herstellen. De stelling van werkgever dat ‘het feit dat [werkneemster] arbeidsongeschikt is vanwege arbeidsgerelateerde problemen tevens een sterke aanwijzing [is] dat sprake is van een duurzaam en ernstig verstoorde arbeidsverhouding’, laat de kantonrechter maar onbesproken.

Een voorbeeld waarin toepassing van deze criteria tot toewijzing van het werkgeversverzoek op de g-grond (zonder billijke vergoeding voor werkneemster) leidde, is Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4214, AR 2016-0593. Werkneemster was vanaf

2003 frequent en soms langdurig uitgevallen wegens ziekte, waarvan de oorzaak veelal een disbalans tussen werk en privé was. De kantonrechter had geoordeeld dat werkneemster een gesprek over haar ziekteverzuim blokkeerde en dat die houding voortspoot uit een diepgeworteld wantrouwen jegens haar leidinggevende. Zowel de kantonrechter als het hof oordelen dat vooral de houding van werkneemster heeft geleid 'tot de impasse, die meebrengt dat de arbeidsverhouding zo ernstig en ook duurzaam is verstoord dat ontbinding op die grond onvermijdelijk werd' (r.o. 5.4). Hier zien we dat bij de beoordeling of herstel van de arbeidsrelatie mogelijk is, niet alleen de herstelpogingen van werkgever, maar ook de houding van werknemer meeweegt. Als die laatste geen bereidheid toont de verhoudingen te herstellen, 'alle inspanningen van [werkgever] ten spijt' (r.o. 4.3), dan houdt het op. Met andere woorden: voor de beoordeling of de arbeidsverhouding duurzaam verstoord is, is de 'herstelhouding' van zowel werkgever – heeft hij voldoende gedaan om het probleem op te lossen – als werknemer – is hij voldoende 'herstelbereid' – van belang.

Ten slotte noem ik Ktr. Rotterdam 8 september 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6995, waarin de arbeidsovereenkomst van een arbeidsongeschikte werkneemster (met toepassing van art. 7:671b lid 6 onderdeel b BW) wordt ontbonden. De houding van werkneemster, 'guiding penguin' (blokleider) bij DHL, was volgens werkgever in korte tijd veranderd van opbouwend, meedenkend en gedreven, naar negatief, passief en conflictzoekend. Zowel haar collega's als haar leidinggevende hadden ernstige klachten over de houding en het gedrag van werkneemster geuit, met name naar aanleiding van een incident waarbij werkneemster een 'uitbarsting' had gehad. Zij viel regelmatig ziek uit, deels vanwege psychische klachten (zoals een zware depressie). De kantonrechter ontbindt op de g-grond. Na een weergave van bedoeld incident en een aanvaring met een collega, vervolgt de rechter: 'De kantonrechter constateert dat de verhoudingen tussen [werkneemster] en DHL nog verder op scherp zijn komen te staan nadat [werkneemster] begin 2015 had besloten een dag minder in de week te willen gaan werken en niet langer de rol van "guiding penguin" op zich te willen nemen. Blijkens (...) is DHL kennelijk door deze beslissing teleurgesteld geraakt in de verwachtingen die zij van [werkneemster] had (...).' Na de vaststelling dat tussen partijen een 'uiterst moeizame relatie bestaat' wordt geconcludeerd dat van een 'werkbaar verhouding' geen sprake meer is en dat herstelpogingen op niets zijn uitgelopen. Ik geef de kantonrechter na dat de verhoudingen tussen werkgever en deze 'guiding penguin' zeker niet best waren. Uit het feitenrelaas komen elementen van de c-, d-, e- en g-grond naar voren. Een optelsom van deze gronden is echter volgens de wetgever, zoals bekend, uit den boze. Puur kijkend naar de g-grond wordt hier vrij gemakkelijk geconcludeerd dat de verhouding 'niet meer werkbaar' is (waarbij de rechter bovendien het door werkneemster willen terugbrengen van haar arbeidsduur en de daardoor 'teleurgestelde verwachtingen' van werkgever als logische onderbouwing daarvan aanneemt; een kritische opmerking zou daarbij niet hebben misstaan). De kantonrechter noemt keurig

het wettelijke criterium ('een verstoorde arbeidsverhouding zodanig dat (...)'), maar noemt noch toetst duidelijk aan de norm van 'ernstig en duurzaam verstoord'. Dat zou ik nu juist graag zien in zaken zoals deze, waarin de rechter, met terzijdestelling van het opzegverbod, een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst van een arbeidsongeschikte werknemer.

2.2. Schuldvraag

Vaak zullen beide partijen hebben bijgedragen aan het ontstaan van een verstoorde arbeidsverhouding en daaraan dus mede schuld hebben. Interessant is wat heeft te gelden indien de werkgever als de 'grote schuldige' wordt aangewezen en wellicht de verstoorde arbeidsverhouding zelfs min of meer 'gecreëerd' heeft. Kan de rechter dan toch de arbeidsovereenkomst ontbinden op de g-grond (al dan niet onder toekenning van een billijke vergoeding)?

Wetsgeschiedenis

Zoals gezegd: de g-grond is net zoals de andere ontslaggronden overgenomen uit het oude Ontslagbesluit en de wetgever heeft verschillende keren benadrukt dat die ontslaggronden overeenkomen met wat voorheen gold op basis van het Ontslagbesluit en de bijbehorende beleidsregels. Welnu, blijkens die beleidsregels was de schuldvraag bij de ontslaggrond verstoorde arbeidsrelatie nadrukkelijk géén toetsingscriterium. Dit komt helder naar voren uit de wijziging van de Beleidsregels Ontslagtaak UWV in 2012. Tot dan toe bepaalden die regels dat bij een verstoorde arbeidsverhouding 'de schuldvraag bij deze ontslaggrond voor UWV in beginsel geen toetsingscriterium is'. Dat 'in beginsel' werd in 2012 geschrapt en dat werd als volgt toegelicht:

'Met de zinsnede "in beginsel" wordt aangegeven dat UWV de schuldvraag onder omstandigheden kan meewegen bij de beslissing op de ontslagaanvraag. Bij nader inzien laat artikel 5:1 lid 4 van het Ontslagbesluit daartoe echter geen ruimte. Als aannemelijk is dat de arbeidsrelatie ernstig en duurzaam is verstoord en herplaatsing redelijkerwijs niet mogelijk is, dan is voldaan aan het toetsingskader en moet een ontslagvergunning worden verleend. (...) *Het is niet aan UWV om bij de beslissing te betrekken of bijvoorbeeld de werkgever in overwegende mate schuld heeft aan het ontstaan of in stand houden van de ernstig verstoorde arbeidsrelatie.* Daartoe kan de werknemer een kennelijk onredelijk ontslagprocedure starten bij de kantonrechter' (aldus Besluit beleidsregels ontslagtaak UWV 2012, *Stcrt.* 2012, nr. 16614, p. 4 (cursivering toegevoegd)).

Nu de WWZ-wetgever deze oude toetsingscriteria – zo nadrukkelijk – tot de zijne heeft gemaakt, kan slechts worden geconcludeerd dat volgens hem de schuldvraag geen criterium is bij de beoordeling of aan de g-grond is voldaan (aldus ook K. Hakvoort, "Up or out" onder de

Wwz', *ArbeidsRecht* 2015/16, p. 13). De parlementaire geschiedenis bevestigt deze conclusie nog op een andere manier, namelijk via de voorbeelden in de memorie van toelichting van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever (33818, 3, p. 34). Frikkee heeft hier al eerder op gewezen (*TRA* 2014/89). Maar liefst vier van de vijf genoemde voorbeelden hebben in feite betrekking op een verstoorde arbeidsverhouding, veroorzaakt door grote schuld of zelfs opzet van de werkgever. De wetgever wil hiermee laten zien op welk gedrag van de werkgever een additionele billijke vergoeding moet worden geplakt; de voorbeelden laten echter tegelijkertijd zien dat de wetgever ervan uitgaat dat in die gevallen de arbeidsovereenkomst wordt (of kan worden) *ontbonden* – óók op verzoek van die zeer laakbaar handelende werkgever zelf. Het gaat om de volgende voorbeelden (cursiveringen toegevoegd):

- 'de situatie waarin werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als *enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren* en ontslag langs die weg te realiseren';
- als werkgever *discrimineert*, werknemer hiertegen bezwaar maakt, er een *onwerkbaar situatie ontstaat* en niets anders rest dan ontslag';
- 'als *werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt* die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een *verstoorde arbeidsverhouding* ontstaat';
- 'als er *als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan* (bijvoorbeeld als gevolg van het niet willen ingaan op avances zijnerzijds) en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag'.

In de nota naar aanleiding van het verslag wordt daar nog een vijfde voorbeeld aan toegevoegd. Daarin wordt gesteld dat de rechter een ontbindingsverzoek van de werkgever wegens disfunctioneren, zonder dat werknemer in de gelegenheid is gesteld zijn functioneren te verbeteren, zal moeten afwijzen op de d-grond. 'In het verlengde daarvan geldt dat *als door het weigeren van een werkgever een werknemer in de gelegenheid te stellen zijn functioneren te verbeteren een zodanig verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan* dat het in stand houden van de arbeidsovereenkomst niet in de rede ligt, er aanleiding kan zijn tot het toekennen van een billijke vergoeding' (33818, 7, p. 133 (cursivering toegevoegd)).

In alle hiervoor genoemde voorbeelden is er een verstoorde arbeidsverhouding ontstaan als gevolg van ernstig verwijtbaar gedrag van de werkgever (in het vijfde voorbeeld zou dat mogelijk ook 'slechts' verwijtbaar gedrag kunnen zijn). Zulke door schuld of zelfs opzet van de werkgever veroorzaakte 'onwerkbaar situaties' kunnen dus – misschien wel juist – uitmonden in een ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de g-grond, maar veelal onder toekenning van een billijke vergoeding aan werknemer. De voorbeelden wijzen erop dat de werkgever een

g-grondontbinding niet alleen kan 'krijgen' als hij (grote) schuld heeft aan de verstoorde arbeidsverhouding, maar zelfs als hij haar heeft uitgelokt. Daarmee wordt in ieder geval voorkomen dat de rechter bij zijn beslissing al dan niet te ontbinden een grens moet trekken tussen schuld hebben aan de verstoring – 'veroorzaken' – en het moedwillig creëren ervan – opzet. Dat zou bepaald geen sinecure zijn.

De door werkgever gecreëerde verstoorde arbeidsverhouding is, zoals bekend, bij behandeling in de Eerste Kamer aan de orde geweest. Naar aanleiding van het voorbeeld van 'een langdurig onvoldoende functionerende werknemer van wie de werkgever het dossier niet op orde heeft en waarbij de arbeidsverhouding inmiddels vertroebeld is', zei minister Asscher het volgende. 'Indien in de praktijk de werkgever niet een reële kans heeft geboden aan de werknemer, en die ook niet meer kan worden geboden omdat bijvoorbeeld de arbeidsverhouding al dusdanig is beschadigd, kan sprake zijn van een verstoorde verhouding. Als om die reden tot beëindiging zou worden overgegaan, neemt de werkgever het risico een billijke vergoeding te moeten betalen wegens ontslag dat het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten, een risico dat hij zal incalculeren' (G.C. Boot, A.R. Houweling & M.J.M.T. Keulaerds, *Parlementaire geschiedenis Wet werk en zekerheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 502-503). Kennelijk meent Asscher dat, als door zulk slecht gedrag van werkgever een verstoorde arbeidsverhouding is ontstaan, er wél een 'redelijke grond voor ontbinding' kan zijn ontstaan, maar dat werkgever (mogelijk) ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en dus een billijke vergoeding zal moeten betalen. Dit voorbeeld is de 'Asscher-escape' gedoopt. Mijns inziens is 'escape' hier echter niet de juiste term. Het is niet zo dat Asscher hiermee de werkgever (of rechter) een buitenwettelijke mogelijkheid biedt om aan het systeem van de redelijke ontslaggronden te ontsnappen. Wat hij zegt is in lijn met de wet en de daarbij gegeven toelichting. Zijn voorbeeld komt overeen met die gegeven in de memorie van toelichting, zoals hierboven weergegeven. Die voorbeelden gaan juist uit van een ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding, ontstaan door zuiver 'creërgedrag' of ander zeer laakbaar gedrag van de werkgever. Een ontbinding onder toekenning van een billijke vergoeding aan werknemer wegens ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever – precies wat Asscher zegt.

Sagel was hierover kritisch in zijn oratie (S.F. Sagel, 'Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules', 2014, p. 11-12). Als de verstoring komt door het streven van werkgever om tot ontslag op een onvoldragen grond te komen (bijv. een slecht onderbouwd disfunctioneren), dan mag niet snel worden geoordeeld dat 'in redelijkheid niet van werkgever kan worden gevergd' de arbeidsovereenkomst voort te zetten. Als werkgever zelf een onwerkbaar situatie creëert, dan mag hij daarvan niet te snel profiteren door een g-grondontbinding te krijgen. Daarnaast vreest Sagel voor verwatering of vermenging van de

ontslaggronden. Als een werkgever door misbruik van een van de andere ontslaggronden alsnog een g-grondontbinding kan afdwingen, dan zou er van het ontslagstelsel met limitatieve gronden weinig overblijven.

Ik sta beduidend positiever tegenover de ‘Asscher-uitleg’ van de g-grond. Naar mijn mening is deze uitleg niet onverenigbaar met het wettelijke criterium van de redelijkheid, noch met het strakke systeem van de ontslaggronden. Ik werk dat hieronder uit.

‘Redelijkheid’

Artikel 7:669 BW eist een ‘redelijke grond’ en lid 3 onderdeel g spreekt over een verstoorde arbeidsverhouding zodanig dat ‘van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd’ de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Niettemin *kan* de g-grond voldragen zijn, zelfs als de verstoring van de arbeidsverhouding geheel aan de werkgever te wijten is. Dus óók als het handelen van werkgever niet redelijk was en een ontbinding niet ‘billijk voelt’. Het gaat erom vast te stellen of het einde van de arbeidsovereenkomst *noodzakelijk* is. Dat einde is noodzakelijk als de arbeidsverhouding ernstig en duurzaam is verstoord. En precies daarop ziet het criterium in onderdeel g van het in redelijkheid niet van werkgever gevergd kunnen worden de arbeidsovereenkomst te continueren (33818, 3, p. 46, zie par. 2.1). Een voldragen g-grond wil dus bepaald niet zeggen dat de werkgever redelijk of netjes heeft gehandeld. Integendeel, hij kan zelfs ernstig verwijtbaar hebben gehandeld. Het verbaast daarom niet dat veel van de additionele billijke vergoedingen die zijn toegekend g-grondgevallen betreffen. Er is dan een redelijke grond voor ontbinding, niet omdat de werkgever zich redelijk heeft opgesteld, maar omdat het eindigen van de arbeidsovereenkomst gelet op de verziekte verhoudingen noodzakelijk is. Ontbinding is redelijk als voortzetting geen zin heeft.

De g-grond is wat dat betreft een buitenbeentje. Het uitgangspunt van het nieuwe ontslagrecht is (wat ik naar Duits voorbeeld noem) ‘*Bestandsschutz*’: voortzetting van de arbeidsverhouding is de hoofdregel; beëindiging onder betaling van een ontslagvergoeding is uitzondering. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst, zonder medewerking van de werknemer, slechts beëindigen als daar een redelijke grond voor is (art. 7:669 lid 3 aanhef BW). Daarbij is gedacht aan een *redelijk handelende werkgever die een deugdelijke reden heeft* om niet meer met deze werknemer verder te willen of kunnen. Die werknemer heeft bijvoorbeeld zeer verwijtbaar gehandeld of blijft disfunctioneren ondanks serieuze verbeterpogingen van de werkgever. Bij de g-grond wordt dat uitgangspunt van ‘*Bestandsschutz tenzij we een redelijk handelende werkgever zien die op goede grond ontslag nastreeft*’ losgelaten. Een g-grondontbinding is ook mogelijk als we weliswaar een goede ontslaggrond zien – een niet te herstellen verziekte arbeidsrelatie – maar het tegendeel van een redelijk handelende werkgever.

Het feit dat de wetgever dit niet zelf onderkent en dus nergens benoemt, maakt het er niet inzichtelijker op. Als hij het wel had gezien, dan had hij ongetwijfeld de terminologie in lid 3 onderdeel g hierop beter laten aansluiten. We moeten nu in de woorden ‘zodanig dat van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren’ lezen dat (1) dit ziet op een ‘ernstige en duurzame verstoring’ én dat (2) hier niet beoordeeld wordt of de werkgever redelijk heeft gehandeld. Het verdient aanbeveling de woorden ‘ernstige en duurzame verstoring’ en ‘herstel van de relatie redelijkerwijs niet mogelijk is’ in de wettekst op te nemen.

Overigens sluit de door mij voorgestane behandeling van een verstoorde arbeidsverhouding aan bij die onder het oude recht: ook toen kreeg werkgever toestemming van het UWV (ex art. 5:1 lid 4 Ontslagbesluit) als sprake was van een door hemzelf verziekte arbeidsrelatie, ondanks de voor het UWV geldende algemene toetsingsmaatstaf van artikel 3:1 Ontslagbesluit (‘Het UWV beoordeelt of het voorgenomen ontslag redelijk is’). Voor het geval sprake was van een aperte (‘kennelijke’) onredelijkheid, dan kon dat zich, mede op aanwijzing van het UWV, vertalen in een kennelijk onredelijk ontslagvergoeding. Onder de WWZ kan zich dat in een billijke vergoeding vertalen (zie hierna).

Systeem van de ontslaggronden

De uitleg van Asscher is mijns inziens dus geen noodgreep om aan het systeem te ontsnappen. Ja, werkgevers met gebrekkige ontslagdossiers kunnen uiteindelijk een g-grondontbinding krijgen, waarschijnlijk onder betaling van een billijke vergoeding. Dat kun je zien als het op indirecte wijze financieel dichten van het gebrek in de oorspronkelijke grond (Sagel 2014, p. 11). Je kunt ook zeggen dat dit inherent is aan de g-grond. Die kan naar zijn aard nu eenmaal voldragen zijn, ook als werkgever meer of minder opzichtige pogingen doet om op een gebrekkige d-grond een einde aan de arbeidsovereenkomst te maken. En hetzelfde geldt als werkgever het nog veel bonter maakt en bijvoorbeeld via een treitercampagne bewust een onwerkbaar situatie heeft gecreëerd.

Zulk gedrag van een werkgever verdient uiteraard geen schoonheidsprijs noch een beloning. Een ontbinding van de arbeidsrelatie op de g-grond kan in dit soort gevallen wel als een beloning voelen: werkgever krijgt immers waar hij op uit was. Toch beoordeel ik de ontbindingsmogelijkheid in die gevallen als positief. De g-grond is mijns inziens het ventiel dat het nieuwe ontslagrecht met zijn rigide systeem van ontslaggronden nodig heeft. Als de druk in de arbeidsrelatie – om wat voor reden dan ook – zeer hoog oploopt en dat proces niet te stoppen is, opent het veiligheidsventiel van de g-grond. Dat die druk soms zo hoog oploopt wegens de werkgever (zeer) verwijtbaar redenen, is de realiteit. Het heeft dan geen zin om, omdat werkgever zo verwijtbaar heeft gehandeld, de verziekte arbeidsverhouding in stand te

houden – als vorm van ontslagbescherming.

Essentieel is dat in deze gevallen *ontslagbescherming in andere vorm* wordt gerealiseerd. De ontslagbescherming die de WWZ-wetgever voor ogen stond – ‘Bestandsschutz ofwel instandhouding van het dienstverband, tenzij een redelijk handelende werkgever op goede grond ontslag nastreeft’ – wordt dan losgelaten. De ontslagbescherming moet dan worden geboden in de vorm van een *substantiële billijke vergoeding*. In dergelijke gevallen kan de berekening van de vergoeding niet conform de (kern)aanwijzingen van de wetgever geschieden. Die aanwijzingen zijn kort gezegd afstemming op de ernst van het verwijtbare gedrag van de werkgever (om de werknemer te compenseren voor het ernstig verwijtbaar handelen en om richting werkgever preventief en bestraffend te werken), maar – vooral – géén afstemming op de (financiële) gevolgen van het ontslag voor de werknemer. Ik laat die aanwijzingen nu even voor wat ze zijn (ik heb daarover zeer kritisch geschreven: ‘Billijke vergoedingen hausse in 2016: ontaardt het door de wetgever geregisseerde strakke ballet in een losbandige lambada?’, AR 2016-0200; zie daarover in andere zin: P. Kruit, ‘De billijke vergoeding: introductie van de punitive damage in het arbeidsrecht?’, AR 2016-0742).

Waar het mij nu om gaat is dat die aanwijzingen zijn geformuleerd rond het uitgangspunt van het nieuwe systeem: ontslagbescherming in de vorm van ‘Bestandsschutz (tenzij)’. Bij de grond kan, zoals betoogd, ook sprake zijn van een ‘redelijke grond’ voor ontbinding als de werkgever zich zeer onredelijk jegens werknemer heeft gedragen. De redelijkheid zit dan in de noodzaak, de onontkoombaarheid, van het einde van het dienstverband. Bij een dergelijke, van het uitgangspunt afwijkende, beëindiging van het dienstverband hoort een daarop afgestemde billijke vergoeding. Die vergoeding moet de doorbreking van het uitgangspunt van Bestandsschutz afdekken. *De werknemer raakt zijn dienstverband kwijt als direct gevolg van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever*. De ‘Bestandsschutz-vervangende’ billijke vergoeding dient de door het verloren gaan van de dienstbetrekking geleden schade van de werknemer te vergoeden. Die vergoeding dient primair daarop te worden afgestemd en daarnaast kan de rechter uiteraard ook preventieve en punitieve aspecten laten meewegen. De Graaf bepleit iets soortgelijks in zijn noot bij JAR 2016/26. Hij concludeert (schoorvoetend) dat de schuldvraag niet relevant is bij de beoordeling van de verstoorde arbeidsrelatie, en stelt dat (de onredelijkheid van) het handelen van de werkgever ten volle terug moet komen in de billijke vergoeding. Overigens kunnen in de door de wetgever gegeven aanwijzingen (tegenstrijdig als zij zijn) hiervoor wel aanknopingspunten worden gevonden. De wetgever stelt daarin namelijk ook dat het niveau van de vergoeding moet aansluiten op ‘de uitzonderlijke omstandigheden van het geval’. Ik heb hierboven betoogd dat bij bedoelde grondontbindingen er bij uitstek sprake is van ‘uitzonderlijke omstandigheden’.

Er is nog een andere reden om de billijke vergoeding in zulke gevallen bijzonder hoog vast te

stellen. Voorkomen moet worden dat de g-grond werkgevers met gebrekkige ontslagdossiers als het ware verleidt tot het verzieken van de arbeidsrelatie ofwel tot slecht werkgeverschap (waar Sagel beducht voor was in zijn oratie, 2014, p. 12). Bij de vaststelling van de hoogte van een 'Bestandsschutz-vervangende' billijke vergoeding zal de rechter de algemene preventieve werking die daarvan uit dient te gaan moeten betrekken. De notoir asociale werkgevers zullen daarmee niet worden bereikt, maar het kan wel een rem zetten op bewust vluchtgedrag 'in g'.

Ten slotte merk ik op dat dit aansluit bij de oude beleidsregels (Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012, hoofdstuk 27). In paragraaf 8, getiteld 'Schuldvraag' werd nog opgemerkt: 'Hoewel de schuldvraag bij de beoordeling van de ontslagaanvraag zoals gezien, geen rol speelt, kan UWV hieraan in de ontslagbeschikking wel aandacht besteden. Indien de verstoring immers in overwegende mate aan werkgever te wijten zou zijn, kan op die wijze de werknemer een handreiking krijgen in het kader van een eventuele kennelijk onredelijk ontslagprocedure.' In het stappenplan in paragraaf 9 wordt hier nog als volgt naar verwezen: 'Is inzake de verstoorde arbeidsrelatie sprake van een zodanige verwijtbaarheid aan de zijde van werkgever dat hier aandacht aan moet worden besteed in de beschikking om daarmee de werknemer een handvat te bieden voor een eventuele kennelijk onredelijk ontslagprocedure? Indien aannemelijk en/of terecht, daarover zo mogelijk een opmerking toevoegen.' Onder de WWZ kan de rechter dit op dezelfde manier vormgeven (aldus ook Hakvoort, 2015, p. 13). Als hij oordeelt dat werkgever in overwegende mate schuldig is aan de verstoorde arbeidsverhouding, dan kan hij de arbeidsovereenkomst ontbinden onder toekenning van een – substantiële – billijke vergoeding aan werknemer.

Jurisprudentie

Wat doet de rechter met de schuldvraag? Ik geef enkele voorbeelden die illustratief zijn voor de besproken problematiek.

In Ktr. Maastricht 3 mei 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:3816, AR 2016-0496 gaat het om een werknemer die al langere tijd volgens werkgever onvoldoende presteert. Werkgever heeft al twee beëindigingsvoorstellen aan werknemer gedaan, die beide door werknemer zijn afgewezen. Werknemer is uiteindelijk arbeidsongeschikt uitgevallen. Werkgever verzoekt ontbinding op de d-grond en subsidiair op de g-grond. De kantonrechter wijst beide gronden af en overweegt ten aanzien van de g-grond als volgt (cursiveringen toegevoegd). R.o. 4.9: *'Nog daargelaten of er daadwerkelijk sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding, miskent [werkgeefster] dat zij door het niet opzetten van een verbetertraject en het reeds in januari 2015 aansturen op een einde van de arbeidsovereenkomst, die (vermeende) verstoring in overwegende mate zelf heeft veroorzaakt. Evenmin is gesteld of gebleken welke substantiële en concrete inspanningen [werkgeefster]*

heeft verricht om de (vermeende) verstoring van de arbeidsverhouding op te lossen.’ Met de uitkomst kan ik goed leven, met de motivering minder. Zoals de kantonrechter terecht aangeeft (in r.o. 4.8) moet de werkgever in de eerste plaats aannemelijk maken dat de verstoring van de arbeidsrelatie ernstig en duurzaam is. Dit is het primaire toetsingscriterium. De kantonrechter laat een beoordeling daarvan ten onrechte daar, vanwege de schuld van de werkgever aan de (vermeende) verstoring. Daarmee wordt de afwijzing te zeer op de schuldvraag gebaseerd. Overigens zou bij de beoordeling van de ernst en duurzaamheid van de verstoring een opmerking over de schuld van werkgever daaraan niet misstaan. In twijfelgevallen zoals deze – waarin de werkgever wel erg snel aanstuurt op beëindiging zonder dat sprake is van zodanig wangedrag dat daar geen ontkomen meer aan is – kan de mate van schuld van de werkgever er mijns inziens wel toe leiden dat de rechter bij zijn beoordeling van de situatie de werkgever niet het voordeel van de twijfel gunt.

Het zal naar het voorgaande niet verbazen dat ik de volgende opmerking uit Ktr. Utrecht 21 december 2015 (ECLI:NL:RBMNE:2015:9189, AR 2015-1306, JAR 2016/26 m.nt. De Graaf) onjuist acht (r.o. 4.3): ‘is voldoende gebleken dat er sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Dit gegeven is echter sedert de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid (...) niet zonder meer voldoende om van een verstoorde arbeidsverhouding te spreken (...). Daarvoor is vereist dat van [werkgever] redelijkerwijs niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortbestaan. *Aan dit wettelijke vereiste zal in beginsel niet zijn voldaan indien de werkgever ten aanzien van de verstoorde arbeidsverhouding in overwegende mate een verwijt treft*’ (cursivering toegevoegd). Ook in die casus had de kantonrechter tot hetzelfde resultaat (afwijzing van de ontbinding) kunnen komen door te beargumenteren dat de verstoring niet ernstig en duurzaam is. Zoals de rechter zelf zegt, was weliswaar gebleken dat werknemer een kritische werknemer is, maar dit betekent nog niet dat er daarmee ‘als vanzelf’ sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding, dat van werkgever niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Voorts had werkgever (een grote bank) niet aannemelijk gemaakt dat er geen herplaatsingsmogelijkheden elders binnen de organisatie waren. De uitkomst blijft dezelfde, namelijk dat er geen voldragen g-grond is.

Andere rechters ontbinden wél, ook al is werkgever ter zake van de verstoorde verhoudingen (ernstig) verwijtbaar. Ik noem kort enkele voorbeelden waarin de rechter in bedoelde situatie de arbeidsovereenkomst ontbond op de g-grond (veelal als subsidiaire grond aangevoerd door werkgever), terwijl werknemer (primaair) als verweer aanvoerde dat geen sprake was van een voldragen g-grond. Twee voorbeelden uit het Haagse, in de eerste plaats Ktr. Den Haag 17 maart 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3404, AR 2016-0376. Na een eerdere weigering, onder het oude recht, van het UWV om een ontslagvergunning te verlenen, heeft de (kleine) werkgever geen enkele poging gedaan om alsnog een deugdelijk verbetertraject te doorlopen. Werkgever

is in plaats daarvan wederom overgegaan tot een langdurige, niet gemotiveerde op non-actiefstelling én heeft in de tussentijd van vrijwel alle medewerkers verklaringen opgevraagd ter onderbouwing van zijn standpunt. Daarmee heeft werkgever feitelijk een terugkeer van werknemer naar het werk onmogelijk gemaakt. De kantonrechter oordeelt dat de arbeidsverhouding dusdanig is beschadigd dat deze moet worden ontbonden op de g-grond, onder toekenning van een billijke vergoeding van € 35.000 aan werknemer.

Daarnaast Hof Den Haag 23 augustus 2016, AR 2016-0989. Het hof oordeelt dat de arbeidsverhouding ernstig en duurzaam verstoord is geraakt en geeft daarbij hetzelfde toetsingskader aan als ik hiervoor heb geschetst: 'Dat de verstoring zeker ook aan [werkgever] te wijten is, staat hieraan naar het oordeel van het hof niet in de weg. In de Beleidsregels UWV over de verstoorde arbeidsverhouding – waaraan deze ontslaggrond (...) is ontleend – is geen aanwijzing te vinden dat het verzoek om toestemming tot ontslag zou moeten worden geweigerd indien de verstoring (grotendeels) aan de werkgever te wijten is. Integendeel. In onderdeel 8 van hoofdstuk 27 van de Beleidsregels UWV wordt met zoveel woorden opgemerkt dat de *schuldvraag* bij de ontslaggrond verstoorde arbeidsrelatie geen toetsingscriterium is, omdat deze geen element vormt blijkens het Ontslagbesluit. Ook in de wetsgeschiedenis van de WWZ is geen aanwijzing te vinden dat de omstandigheid dat de verstoring van de arbeidsrelatie grotendeels aan de werkgever te wijten is, een [g]rond zou kunnen zijn voor afwijzing van het ontbindingsverzoek.'

Dezelfde lijn is te zien in Hof Arnhem-Leeuwarden 19 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6882, 2016-0965. De arbeidsverhouding tussen werkgever en werkneemster, hoofd vastgoedbeheer, wordt als ernstig en duurzaam verstoord aangemerkt (ondanks het feit dat werkneemster dat betwistte). Het hof oordeelt: 'In de situatie dat de arbeidsverhoudingen duurzaam en grondig zijn verstoord kan van een werkgever in beginsel niet worden gevergd dat hij de arbeidsverhouding nog langer voortzet; een basis voor een vruchtbare verdere samenwerking (ook na eventuele herplaatsing (...)) ontbreekt in dat geval. In beginsel rechtvaardigt die situatie bijgevolg een ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Het hof is niet gebleken van omstandigheden om daar in dit geval anders over te oordelen.' Dit terwijl het hof, anders dan de kantonrechter, de verstoring toeschrijft aan ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever: 'Het tegen haar wil (blijven) lastig vallen van een zieke, mentaal kwetsbare, werknemer met voorstellen tot beëindiging van de arbeidsverhouding, waardoor [werkgever] ook de re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd, acht het hof een ernstig verwijtbare tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van een werkgever jegens zijn werknemer. Nu aannemelijk is dat dit ook een belangrijke oorzaak is geweest voor het ontstane arbeidsconflict, is daarmee (...) voldaan aan de criteria voor toekenning van een billijke vergoeding.'

3. Zit in deze grond de meeste rek?

Houweling en Kruit hebben onderzoek gedaan naar de kans van slagen van een ontbindingsverzoek van de werkgever vóór en na invoering van de WWZ en hoe die kans per ontslaggrond is (A.R. Houweling & P. Kruit, 'Een jaar WWZ-ontbindingsrechtspraak: een onderzoek naar de gepubliceerde en niet-gepubliceerde rechtspraak', TAP 2016/264). Hun analyse van niet-gepubliceerde rechtspraak (de gepubliceerde rechtspraak geeft op dit punt geen betrouwbaar beeld, aldus de onderzoekers) laat bijna een verviervoudiging van het aantal afwijzingen zien sinds de invoering van de WWZ (van 9 naar 38%). Wat betreft het aantal toe- en afwijzingen per ontslaggrond zijn hier de 'directe ontbindingsgronden' artikel 7:669 lid 3 onderdeel c t/m h BW relevant. De cijfers (wederom: niet-gepubliceerde rechtspraak) van de c- en f-grond kunnen worden weggestreept, nu het daar slechts enkele zaken betreft. Dan blijven naast de g-grond over de gronden disfunctioneren (d), verwijtbaar handelen werknemer (e) en de 'rest-grond' (h). De d-grond blijkt verreweg de lastigste te zijn voor werkgever. Een ontbindingsverzoek op grond van disfunctioneren werd slechts in 16% toegewezen. De h-grond wordt conform de wens van de wetgever beperkt toegepast: 29% van de verzoeken werd toegewezen. De e- en g-grond bleken vaker tot succes te leiden voor werkgever, die kans is namelijk bijna 50% (hier ontlopen de cijfers uit de gepubliceerde en niet-gepubliceerde rechtspraak elkaar overigens nauwelijks). Worden de pro forma's (veelal op de g-grond) eruit gefilterd, dan daalt het aantal toewijzingen op de g-grond tot 43%.

Het verbaast niet dat de g-grond tot de kansrijkste (directe) ontbindingsgronden voor de werkgever behoort. Ter beoordeling of sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat voortdurend van de arbeidsovereenkomst redelijkerwijs niet van werkgever kan worden gevergd, kan de rechter in vergelijking met de andere gronden in de ruimste zin op redelijkheid toetsen. De beleidsregels van het UWV noemden de verstoorde arbeidsrelatie, in vergelijking met de andere persoonsgebonden gronden, niet voor niets 'een restgrond met geheel eigen toetsingsmaatstaven' (hoofdstuk 27, par. 1). Er kan sprake zijn van *incompatibilité d'humeur*, van een geschonden vertrouwensband of een optelsom van verschillende gebeurtenissen. Volgens de beleidsregels komt bij de beoordeling van deze ontslaggrond 'de redelijkheid in volle omvang naar voren en (worden) alle omstandigheden van het geval meegewogen' (par. 7). Daarbij kunnen vele verschillende factoren relevant zijn. Aan werknemerszijde bijvoorbeeld de duur van het dienstverband, zijn staat van dienst, leeftijd en arbeidsmarktpositie. Aan werkgeverszijde onder andere de omvang van de onderneming en van het personeelbestand en de ernst van de gevolgen van de verstoorde arbeidsrelatie voor de bedrijfsvoering. Voorts de herstellpogingen (mediation, gesprekken) die werkgever heeft beproefd en de herplaatsingsmogelijkheden (alternatieve functie, andere afdeling) die er zijn.

Hoewel de wetgever het individuele maatwerk zo veel mogelijk uit het nieuwe ontslagrecht heeft gesloopt, biedt juist de g-grond de rechter daar nog ruimte voor. Niet alleen omdat de rechter bij deze grond nog de breedste blik lijkt te mogen werpen op de zaak, maar ook omdat de rechter – in zaken waarin werkgever ‘de grote schuldige’ aan de verstoring is – twee mogelijkheden heeft om ontslagbescherming te bieden aan werknemer. De rechter heeft immers de keuze tussen ofwel afwijzen van het ontbindingsverzoek ofwel toewijzen onder toekenning van een substantiële (‘Bestandsschutz’-vervangende) billijke vergoeding.

4. Conclusie

Hét toetsingscriterium voor de g-grond is of sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsrelatie. De verstoring moet een dusdanige aard hebben dat herstel van de relatie niet meer mogelijk is. Het ‘probleem’ in de relatie moet voldoende ernstig (objectief en/of subjectief) zijn. Zo kan een mondige en ‘dus’ lastige werknemer door de werkgever als stoorzender worden ervaren, maar daarmee is er nog geen ernstig verstoorde arbeidsverhouding. Ingeval er wél een ernstige verstoring is, is de vraag of die duurzaam is. Behoort herstel in redelijkheid nog tot de mogelijkheden? De duurzaamheid van de verstoring kan op twee manieren aannemelijk worden gemaakt. De verstoring is al langere tijd aanwezig en werkgever heeft al heel wat – serieuze – ‘herstelpogingen’ gedaan. De houding van werknemer – heeft deze zich voldoende ‘herstelbereid’ getoond? – speelt daarbij ook een rol. Daarnaast kan – als zich recentelijk een ernstig voorval heeft voorgedaan – uit de zware ernst daarvan worden afgeleid dat de verstoorde relatie niet zal kunnen worden hersteld. De duurzaamheid van de verstoring kan dan ook worden gebaseerd op de gerede verwachting dat de ernstige verstoring blijvend zal zijn. Als de verwachting is dat er niets meer te redden valt, is het niet nodig de werkgever nog het verplichte nummer ‘verbeterpogingen’ te laten opvoeren. Wel zal steeds moeten worden beoordeeld of overplaatsing mogelijk (en van werkgever te vergen) is. In dat geval hoeft ontslag immers niet noodzakelijk te zijn. De bescherming van de werknemer zit vooral in dit toetsingskader. Een correcte en goed gemotiveerde toepassing door de rechter van de criteria ‘ernstig’ en ‘duurzaam’ is dus cruciaal.

De schuldvraag speelt volgens de wetgever geen rol bij de beoordeling of er een voldragen g-grond is. Dit leid ik af uit zijn – zeer nadrukkelijke – verwijzingen naar de oude toetsingscriteria van het UWV, waarin dit expliciet was vermeld. De voorbeelden die de WWZ-wetgever geeft van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever bevestigen deze conclusie. Dit betekent dat de g-grond een voldragen ‘redelijke grond’ voor ontbinding kan opleveren, ook als de werkgever juist niet redelijk heeft gehandeld. Mogelijk heeft hij zelfs ernstig verwijtbaar gehandeld. Het ‘redelijke’ van deze ‘redelijke ontslaggrond’ (zie de aanhef van art. 7:669 lid 3 BW) zit dus niet in de redelijkheid van het optreden van de werkgever, maar in het gegeven dat een verziekte en (naar verwachting) niet te herstellen arbeidsrelatie

niet hoeft te worden gecontinueerd. Als voortzetting van de arbeidsrelatie zinloos en het einde onontkoombaar is, is ontbinding redelijk. De g-grond is wat dat betreft een vreemde eend in de bijt. Het uitgangspunt van het nieuwe ontslagrecht is 'Bestandsschutz, tenzij een redelijk handelende werkgever op goede grond ontslag nastreeft'. Een g-grondontbinding is echter ook mogelijk als we weliswaar een goede ontslaggrond zien – een niet te herstellen verziekte arbeidsrelatie – maar het tegendeel van een redelijk handelende werkgever. De wetgever heeft dat zelf niet onderkend.

Het gaat er uiteindelijk om, aan de hand van alle omstandigheden, vast te stellen of *herstel van de relatie in redelijkheid mogelijk is*. Het hoeft geen betoog dat juist als werkgever doelbewust op een ernstige verstoring van de arbeidsrelatie heeft aangestuurd, de kans op herstel klein is. Het is jammer dat de WWZ-wetgever niet nauwer bij de formulering uit artikel 5:1 lid 4 Ontslagbesluit heeft aangesloten. In de nieuwe formulering van artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW – namelijk dat het laten voortduren van de arbeidsovereenkomst 'van de werkgever in redelijkheid niet kan worden gevergd' – lijkt de redelijkheid gericht op *wat van werkgever te vergen valt*. Dat jaagt de rechter natuurlijk het harnas in: een treiterende werkgever kan ontbinding wel op zijn buik schrijven, van hem kan het uiterste worden gevergd! Dit terwijl de wetgever met deze woorden iets anders heeft bedoeld. Hij stelt immers in de memorie van toelichting dat in deze formulering de criteria 'ernstig en duurzaam verstoord' tot uitdrukking komen. Zijn woordkeuze is echter ongelukkig en hangt meen ik samen met het feit dat hij bovenbedoeld punt niet onderkent. Het verdient aanbeveling de g-grond te herformuleren. Ik stel voor: 'een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsrelatie, zodanig dat herstel van de relatie, al dan niet door overplaatsing van de werknemer binnen de onderneming, redelijkerwijs niet mogelijk is'. Daarmee is het kerncriterium genoemd én is de redelijkheid duidelijk gericht op het al dan niet bestaan van een herstelmogelijkheid.

De beoordeling of herstel in redelijkheid mogelijk is, moet dus in principe geschieden los van de vraag wie de (hoofd)schuldige is aan de verstoring van de arbeidsverhouding. Naar mijn mening kan de schuldvraag wel een – bescheiden – rol spelen bij de beoordeling, indien de rechter op basis van het feitenmateriaal twijfelt aan de ernst en/of duurzaamheid van de verstoring. In dat geval kan hij, als hij de werkgever als belangrijkste veroorzaker ziet, besluiten de werkgever niet 'het voordeel van de twijfel' te geven en de arbeidsrelatie (vooralsnog) in stand te laten.

Ik zie de g-grond als veiligheidsventiel in het rigide systeem van ontslaggronden. Dat ventiel opent zich als de druk in de arbeidsrelatie – om wat voor reden dan ook – te hoog is opgelopen en dat proces onomkeerbaar lijkt. Dat die druk soms zo hoog oploopt wegens de werkgever zeer verwijtbare redenen, is de realiteit. In die g-grondgevallen moet het uitgangspunt van het nieuwe ontslagrecht – ontslagbescherming in de vorm van

‘Bestandsschutz (tenzij)’ – noodgedwongen worden losgelaten.

Het is essentieel dat de ontslagbescherming van de werknemer dan in andere vorm wordt gerealiseerd. Dat is mogelijk als de rechter oordeelt dat werkgever niet ‘slechts’ verwijtbaar, maar *ernstig* verwijtbaar heeft gehandeld. Dat etiket zal de rechter steeds op het handelen van de werkgever kunnen (en moeten) plakken, als die laatste wordt aangewezen als de ‘grote schuldige’ aan de verstoorde arbeidsverhouding (denk aan *an sich* zeer laakbaar gedrag (zoals discriminatie, intimidatie), bewust aansturen op of creëren van de verstoorde arbeidsverhouding). De ontslagbescherming van de werknemer moet dan worden geboden in de vorm van een *substantiële* billijke vergoeding. In die billijke vergoeding dient tot uitdrukking te komen dat de werknemer zijn *dienstverband kwijt is geraakt als direct gevolg van het ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever*. Zij zal, naast een preventief en punitief element – waarbij op (het gedrag van) de werkgever wordt afgestemd – de doorbreking van het uitgangspunt van ‘Bestandsschutz (tenzij)’ moeten afdekken. Dat laatste betekent dat deze billijke vergoeding primair op de (schade van) werknemer moet worden afgestemd. De door de wetgever gegeven (tegenstrijdige) aanwijzingen voor de hoogte van de billijke vergoeding bieden hiervoor overigens een aanknopingspunt: het niveau van de vergoeding moet volgens de wetgever aansluiten op ‘de uitzonderlijke omstandigheden van het geval’. Het lijkt mij dat bij de bedoelde g-grondontbindingen er bij uitstek sprake is van dergelijke ‘uitzonderlijke omstandigheden’.

ANNOTATIE

Don't Believe the Hype: Van der Gulik/Visser & Partners is springlevend!

F.M. Dekker

1. De casus

Werknemer is werkzaam als vrachtwagenchauffeur bij een transportbedrijf. In juli 2014 blijkt bij de inschrijving van een cursus dat zijn rijbewijs eind 2012 al was verlopen. Toen het transportbedrijf dit ter ore kwam, heeft zij de chauffeur zonder behoud van loon geschorst totdat hij weer over een geldig rijbewijs zou beschikken. Dit is er evenwel niet meer van gekomen, omdat het CBR – ook na bezwaar van de chauffeur – vanwege alcoholmisbruik weigerde een Verklaring van geschiktheid af te geven. Het transportbedrijf heeft om die reden op de voet van artikel 7:685 (oud) BW een ontbindingsverzoek ingediend. De chauffeur heeft toen bij wege van zelfstandig tegenverzoek betaling van loon over de periode vanaf 1 juli 2014 (de schorsingsdatum) verzocht. Tijdens de mondelinge behandeling van beide verzoeken heeft de kantonrechter ten aanzien van het tegenverzoek de spoorwissel van artikel 69 Rv toegepast. Bij beschikking van 30 september 2015 is vervolgens de arbeidsovereenkomst ontbonden per 1 oktober 2015. Bij vonnis van diezelfde datum is de loonvordering van de chauffeur afgewezen. Het hoger beroep richt zich tegen dit vonnis.

2. Oordeel Hof 's-Hertogenbosch

In het hoger beroep vordert de chauffeur veroordeling van het transportbedrijf tot betaling van € 48.345,36 bruto aan achterstallig loon over de periode 1 juli 2014 tot 1 oktober 2015. Hij meent tot dat loon gerechtigd te zijn op grond van het arrest van de Hoge Raad inzake Van der Gulik/Visser & Partners (HR 21 maart 2003, *JAR* 2003/91). Het hof oordeelt evenwel dat dat arrest toepassing mist. Om recht te hebben op loon had de chauffeur volgens het hof namelijk bereid én beschikbaar moeten zijn om de bedongen arbeid te verrichten. De chauffeur stelt weliswaar dat hij die bereidheid had, maar dat is gemotiveerd door zijn werkgever betwist. Daar komt bij dat de chauffeur niet heeft gesteld dat hij bereid was de *bedongen* arbeid te verrichten, maar dat hij bereid was *passende* arbeid te verrichten. Waarom zijn werkgever hem

daartoe in de gelegenheid had moeten stellen, is het hof niet duidelijk geworden. De chauffeur heeft niets gesteld waaruit volgt dat het transportbedrijf die verplichting had.

Het hof overweegt voorts dat de chauffeur van 1 juli 2014 tot 1 oktober 2015 de met hem overeengekomen arbeid niet kon verrichten, omdat hij niet over een geldig rijbewijs beschikte. Het niet kunnen beschikken over een geldig rijbewijs – dat onmisbaar is voor de uitoefening van de functie van chauffeur – wegens alcoholmisbruik, is een omstandigheid die volgens het hof voor risico van werknemer komt. Vanwege het ontbreken van het rijbewijs was de chauffeur niet beschikbaar om de bedongen arbeid te verrichten, in die zin dat hij de bedongen arbeid niet mocht en dus niet kón verrichten. Vanwege het ontbreken van beschikbaarheid, is het transportbedrijf niet gehouden tot loonbetaling. Van die situatie was reeds sprake toen de chauffeur werd geschorst. Die schorsing bracht daar geen verandering in, omdat de chauffeur geen recht op loon had vanwege een absolute verhindering om de bedongen arbeid te verrichten ingevolge een omstandigheid die voor zijn risico kwam.

3. Schorsing en het recht op loon

3.1 Inleiding

De werknemer baseerde zijn loonvordering op het arrest Van der Gulik/Vissers & Partners. In dat arrest oordeelde de Hoge Raad – kort gezegd – dat een geschorste werknemer ingevolge artikel 7:628 lid 1 BW recht op loon behoudt, ook als de schorsing op goede grond is gegeven. Dit is volgens de Hoge Raad slechts anders als op rechtsgeldige wijze van dat artikellid is afgeweken. Het Bossche hof oordeelde in deze zaak dat dit arrest *in casu* niet van toepassing was, omdat (1) de werknemer zich niet bereid had verklaard de bedongen arbeid te verrichten en (2) de schorsing niet de primaire oorzaak voor de werkverhinderende was (dat was namelijk het ontbreken van een geldig rijbewijs). Om deze redenen hoefde het hof niet in te gaan op de vraag of Van der Gulik/Vissers & Partners überhaupt nog wel geldend recht is. Reden waarom aan dit laatste zou kunnen worden getwijfeld, vormt het feit dat de regering tijdens de parlementaire behandeling van de WWZ tot tweemaal toe heeft verklaard dat een disciplinaire schorsing voor rekening van de werknemer zou komen en dat de werkgever om die reden geen loon verschuldigd zou zijn. In de literatuur zijn al de eerste geluiden te horen van schrijvers die menen dat Van der Gulik/Vissers & Partners met die uitlatingen achterhaald is (zie bijv. C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata* (bewerkt door A.R. Houweling, G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 243; en K. Janssens in zijn noot onder het hier geannoteerde arrest in *JIN* 2016/144). Ik ben het met die opvatting niet eens en beoog in deze annotatie een tegengeluid te laten horen.

3.2 De WWZ en artikelen 7:627 en 7:628 BW

De WWZ (incl. aanverwante (reparatie)wetgeving) voorziet in twee clusters wijzigingen ten aanzien van artikelen 7:627 en 7:628 BW. De eerste cluster is op 1 januari 2015 in werking getreden en beperkt de mogelijkheden om van de risicoverdeling uit artikel 7:628 lid 1 BW af te wijken. De belangrijkste wijziging van dit cluster betreft het zevende lid van artikel 7:628 BW. Tot 1 januari 2015 kon op grond van dat lid ongeclausuleerd van de loonrisicoregeling worden afgeweken, mits dat bij cao gebeurde. Sinds die datum geldt als additionele voorwaarde dat het moet gaan om een functie waarvan de werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben. De regering achtte deze beperking nodig, omdat de oude regeling voor werknemers tot langdurige inkomensonzekerheid kon leiden. In de memorie van toelichting is hierover opgemerkt dat de omvang van de arbeid bij aanvang van de arbeidsovereenkomst door de werkgever niet altijd eenduidig is vast te stellen, om welke reden handhaving van artikel 7:628 lid 5 BW door de regering werd gewenst. Ingeval de omvang van het werk na die periode duidelijk is, is er – zo begrijp ik de regering – in principe echter geen reden meer om de loonaanspraak van de werknemer uit te sluiten (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 19-20).

De tweede cluster wijzigingen is nog niet in werking getreden. Oorspronkelijk was de inwerkingtredingsdatum van deze cluster 1 april 2016, maar deze datum is later met een halfjaar uitgesteld tot 1 oktober 2016 (*Kamerstukken II* 2015/16, 26448, 570). Ook deze datum is evenwel niet gehaald. Wat op dit moment de status is, is mij niet bekend. Naast de introductie van een nieuw negende lid aan artikel 7:628 BW, welk artikellid de grondslag voor de Calamiteitenregeling WW moet vormen, bestaat deze tweede cluster uit de schrapping van artikel 7:627 BW en een herformulering van artikel 7:628 lid 1 BW. Laatstgenoemd artikellid moet als volgt komen te luiden:

‘De werkgever is verplicht het naar tijdruimte vastgestelde loon te voldoen indien de werknemer de overeengekomen arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, behoudens voor zover de werknemer de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werknemer behoort te komen.’

Het vertrekpunt van redeneren zal ten opzichte van het huidige recht dus omdraaien: in plaats van ‘geen arbeid, geen loon’ wordt de hoofdregel ‘geen arbeid, toch loon’.

3.3 Een onduidelijke regering

Bij gebreke van een specifieke regeling, moet de vraag of een geschorste werknemer recht heeft op loon, worden beantwoord aan de hand van artikel 7:628 BW. In de literatuur is van oudsher altijd verondersteld dat een schorsing voor rekening van de werkgever komt, zodat slechts loon mag worden ingehouden als op rechtsgeldige wijze van (thans) artikel 7:628 BW

is afgeweken (zie voor een overzicht S.F. Sagel, 'Recht op loon tijdens schorsing en op non-actiefstelling?', *ArbeidsRecht* 2003/6/7, nr. 29). In 1994 liet ook de regering blijken van deze heersende leer uit te gaan. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel arbeidstuchtrecht is namelijk het navolgende te lezen (*Kamerstukken II* 1994/95, 23974, 3, p. 6):

'Naar geldend recht zijn er geen bepalingen die zich verzetten tegen een schorsing met behoud van loon. De vraag of een schorsing zonder behoud van loon mogelijk is, wordt thans beantwoord aan de hand van artikel 1638d van Boek 7A. Dat betekent dat slechts als schriftelijk of bij reglement is afgeweken van artikel 1638d de werkgever de bevoegdheid van een schorsing zonder behoud van loon toekomt. Bij de voorgestelde bepaling wordt de werkgever de bevoegdheid verleend over te gaan tot schorsing zonder behoud van loon, hetgeen een afwijking is van het uitgangspunt van de huidige artikelen 1638b en 1638d.'

Krap een jaar later ontstond over de positie van de regering evenwel verwarring. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wulbz 1 maakte zij namelijk een opmerking die een tegengestelde opvatting deed vermoeden. In reactie op vragen van de GroenLinks- en de RPF-fractie werd gesteld dat een stakende werknemer die gedurende de staking ziek wordt geen beroep kan doen op de Ziektewet, hetgeen eveneens zou gelden 'voor de werknemer die geschorst is of geen loon ontvangt wegens een situatie die niet voor risico van de werkgever komt' (*Kamerstukken II* 1995/96, 24439, 6, p. 51). Hieraan voegde de regering enkele regels later toe (*Kamerstukken II* 1995/96, 24439, 6, p. 51):

'Opgemerkt wordt dat in de genoemde voorbeelden de eigenlijke reden dat betrokkene geen loon ontvangt niets te maken heeft met diens ziekte, maar met het feit dat hij staakt, of geschorst is; indien betrokkene niet ziek zou zijn, zou hij ook geen loon ontvangen. Er is dan ook geen enkele reden om ZW-uitkering vanuit het vangnet te verlenen.'

Werden deze opmerkingen nog min of meer tussen neus en lippen door gemaakt, dit was drie jaar later in het kader van de Reparatiewet flexibiliteit en zekerheid wel anders. De Wet flexibiliteit en zekerheid beperkte de mogelijkheden om van artikel 7:628 lid 1 BW af te wijken, in die zin dat dit artikellid na de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst driekwart dwingend werd. Toen vanuit de Tweede Kamer werd gevraagd naar de gevolgen van deze wijziging voor de disciplinaire schorsing, werden de zorgen gesust met het antwoord dat deze gevolgen er niet zouden zijn. Artikel 7:628 lid 1 BW zou namelijk niet op een dergelijke schorsing zien (*Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 7, p. 2-3). Tijdens het wetgevingsoverleg van 23 november 1998 werd dit standpunt door minister De Vries nog eens als volgt toegelicht (*Kamerstukken II* 1998/99, 26257, 12, p. 10-11.):

‘Mevrouw Bussemaker heeft een nadere toelichting gevraagd op artikel 628. In de nota naar aanleiding van het verslag is op een vraag van leden van de fracties van VVD en CDA geantwoord dat de loondoorbetalingsverplichting van artikel 628 geen betrekking heeft op een disciplinaire maatregel als schorsing van de werknemer. Mevrouw Bussemaker vroeg naar de relatie met de ontwijkingsmogelijkheid bij schriftelijke arbeidsovereenkomsten en/of bij CAO, met als draaipunt zes maanden. Deze ontwijkingsmogelijkheid is echter bij schorsing van de werknemer als disciplinaire maatregel niet aan de orde. Dit hangt samen met het uitgangspunt van lid 1 van artikel 628 dat een werknemer recht op loon behoudt, als hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor risico van de werkgever hoort te komen. Schorsing van de werknemer als disciplinaire maatregel is een gevolg van zijn eigen gedrag en valt niet onder het risico van de werkgever.’

3.4 De Hoge Raad schept duidelijkheid

In 2003 bracht de Hoge Raad met het arrest Van der Gulik/Visser & Partners duidelijkheid. In die zaak had de rechtbank geoordeeld dat Visser & Partners gegronde redenen had om Van der Gulik op non-actief te stellen en dat Van der Gulik om die reden geen aanspraak kon maken op loon. In cassatie betoogde Van der Gulik dat dit een onjuist oordeel was, omdat een geschorste werknemer alleen het loon zou kunnen worden onthouden, indien rechtsgeldig van artikel 7:628 lid 1 BW is afgeweken. Bij de bespreking van deze klacht besteedde A-G Verkade uitgebreid aandacht aan de heersende leer in de literatuur en de verwarrende uitlatingen van regeringszijde. De opmerkingen in het kader van de Wulbz 1 wijdt de A-G aan een ongelukkig geformuleerde vraagstelling vanuit de Tweede Kamer en een vermoedelijk (te) haastige lezing daarvan door de bewindslieden. Gelet op de context en het feit dat het antwoord van de regering in strijd is met de tot dan toe heersende opvatting, meent de A-G dat er niet al te veel waarde aan moet worden gehecht. Wat betreft de uitlatingen in het kader van de Reparatielwet flexibiliteit en zekerheid volgt de A-G een vergelijkbare redenering. Hij voegt eraan toe dat een schorsing met inhouding van loon zonder contractuele grondslag in zijn visie ook niet goed binnen de systematiek van de wet zou passen. Hij overweegt daarna:

‘3.37 Het voorgaande brengt mij tot de slotsom dat de uitlatingen op een omissie berusten. De regering heeft kennelijk even alleen de tekst van art. 7:628 voor ogen gehad. Bij de ambtelijke voorbereiding is mogelijk voortgeborduurd op de eerdere omissie bij de behandeling van de “Wulbz” (...). Er is (wederom) nagelaten het leerstuk van de disciplinaire schorsing te bezien tegen de achtergrond van de heersende opvattingen in de literatuur en het wettelijk systeem van boek 6 en van titel 7.10.’

De Hoge Raad volgde zijn A-G en oordeelde kort en krachtig:

‘3.5. Ingevolge art. 7:628 lid 1 behoudt de werknemer het recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Een schorsing of een op non-actiefstelling ligt in de risicosfeer van de werkgever en is “een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen” in de zin van lid 1, zodat de werkgever ook tijdens een schorsing of een op non-actiefstelling verplicht is tot doorbetaling van loon.’

Dat is volgens de Hoge Raad óók het geval indien de werkgever gegronde redenen had om de werknemer te schorsen of op non-actief te stellen en de schorsing of op non-actiefstelling aan de werknemer zelf is te wijten. De werkgever kan zich namelijk, zo overweegt de Hoge Raad, niet eenzijdig aan de verplichting tot loonbetaling onttrekken,

‘ook niet ingeval het gedrag van de werknemer grond voor schorsing of op non-actiefstelling oplevert. Een (tijdelijke) inbreuk op deze grond op het recht van de werknemer op loon, en derhalve een schorsing of op non-actiefstelling met inhouding van loon, is alleen mogelijk, indien naar luid van het in dit geding toepasselijke lid 5 (oud) van art. 7:628 van dit artikel is afgeweken bij schriftelijke overeenkomst of bij reglement’.

De Hoge Raad voegt hieraan toe dat de hiervoor besproken uitlatingen van bewindslieden in het kader van de Wulbz 1 en de Reparatiwet flexibiliteit en zekerheid, voor zover zij in een andere richting wijzen, geen reden vormen om tot een ander dan het even vermelde, met de heersende rechtsopvatting omtrent de doorbetaling van loon in geval van schorsing van een werknemer strokende oordeel te komen.

3.5 De regering houdt voet bij stuk

Het oordeel van de Hoge Raad in Van der Gulik/Visser & Partners is helder: schorsing is een oorzaak van niet werken die voor risico van de werkgever komt, zodat slechts loon mag worden ingehouden als oprechtsgeldige wijze van artikel 7:628 lid 1 BW is afgeweken. De WWZ heeft die afwijkingsmogelijkheden, zoals vermeld, echter drastisch ingeperkt. Afwijken is nog slechts toegestaan voor functies waarvan de werkzaamheden incidenteel van aard zijn en geen vaste omvang hebben. Vanuit de VAAN is tijdens de parlementaire behandeling van de WWZ aan de regering gevraagd of juist is dat schorsing zonder behoud van loon als gevolg van deze beperking niet langer mogelijk is. Tot ieders verbazing beantwoordde de regering deze vraag ontkennend. Zij stelde dat een disciplinaire schorsing redelijkerwijs voor risico van de werknemer komt, waardoor op grond van artikel 7:628 lid 1 BW geen loon is verschuldigd. Om die reden is het volgens de regering mogelijk om – zowel collectief als individueel – afspraken te maken over disciplinaire maatregelen, zonder dat de wet zulks uitdrukkelijk bepaalt. Dergelijke afspraken gelden, aldus de regering, namelijk niet als afwijking van de wet,

maar als nadere invulling daarvan (*Kamerstukken I* 2013/14, 33818, C, p. 101):

‘Verder vraagt de VAAN of het juist is dat disciplinaire sancties opgenomen in een cao waarbij een werknemer één of enkele dagen op non-actief wordt gesteld met inhouding van loon, straks niet meer mogelijk zijn omdat niet is voldaan aan artikel 7:628, zevende lid, BW (aan functies verbonden incidentele werkzaamheden).

Naar aanleiding hiervan merkt de regering op dat door de gewijzigde formulering van artikel 7:628, eerste lid, BW de werkgever gehouden is het loon te betalen, tenzij het niet verrichten van de bedongen arbeid redelijkerwijs voor risico van de werknemer komt. In situaties van schorsing door de werkgever biedt het wetsvoorstel dan ook ruimte om over de periode waarin de werknemer bij wijze van disciplinaire maatregel is geschorst, tevens het loon niet [te] betalen omdat dit dan redelijkerwijs voor risico van de werknemer komt. Dat impliceert dat over disciplinaire maatregelen ook bij schriftelijke overeenkomst (individueel of collectief) afspraken kunnen worden gemaakt, zonder dat zulks uitdrukkelijk bij wet is bepaald. Dergelijke afspraken dienen dan slechts ter invulling en bevestiging van hetgeen in de wet al is afgesproken over de risicoverdeling en gelden niet als afwijking daarvan. Uiteindelijk is en blijft het aan de rechter om te beoordelen of bij een specifieke schorsing dan ook daadwerkelijk sprake was van een niet verrichten van de bedongen arbeid door een oorzaak die redelijkerwijs voor risico van de werknemer behoort te komen. In dit verband merkt de regering overigens op dat het standpunt dat een werkgever in geval van schorsing, om redenen waarvan de gevolgen redelijkerwijs voor rekening van de werknemer behoren te komen, niet verplicht is het loon te betalen al eerder van regeringswege is ingenomen, namelijk door de toenmalige regering bij gelegenheid van de Reparatiewet Flexibiliteit en Zekerheid.’

In reactie op dit antwoord heeft de VAAN de regering om een nadere toelichting gevraagd. In het bijzonder vroeg zij hoe de door de regering verkondigde opvatting zich verhoudt tot het arrest Van der Gulik/Vissers & Partners. De regering reageerde als volgt (*Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 14-15):

‘De VAAN verwijst naar pagina 101 van de memorie van antwoord waar wordt opgemerkt dat het voorgestelde artikel 7:628, zevende lid, BW niet in de weg staat aan afspraken – zowel individueel als bij cao – die het voor de werkgever mogelijk maken de werknemer zonder behoud van loon te schorsen, omdat een schorsing bij wege van disciplinaire maatregel in redelijkheid voor risico van de werknemer komt. De regering wijst er daarbij op dat dit standpunt al eerder van regeringswege is ingenomen, namelijk bij gelegenheid van de reparatiewet flexibiliteit en zekerheid. De VAAN vraagt hoe deze opvatting zich verhoudt tot het – van na de Reparatiewet flexibiliteit en zekerheid daterende – arrest Van der Gulik/Vissers & Partners van de Hoge Raad (HR 21 maart 2003, JAR 2003/91), waarin is

geoordeeld dat een schorsing steeds voor rekening van de werkgever komt, óók indien de werkgever gegronde redenen had om de werknemer te schorsen en de schorsing aan de werknemer zelf is te wijten.

De regering stelt voorop dat ten tijde van de uitspraak van in het door de VAAN aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 21 maart 2003 hetgeen door de toenmalige regering in het kader van de Reparatiwet flexibiliteit en zekerheid is gesteld niet in de wettekst tot uitdrukking was gebracht. Dat is met dit wetsvoorstel wel het geval, waarbij [wordt] opgemerkt dat het huidige regime, als het gaat om het wel of niet verschuldigd zijn van loon, als gevolg van dit onderdeel van de jurisprudentie, tot een zekere ongerijmdheid leidt. Die ongerijmdheid, welke met het onderhavige wetsvoorstel ongedaan wordt gemaakt, bestaat hieruit dat daar waar op grond van een cao geldt dat een bepaalde gedraging van een werknemer leidt tot het niet verschuldigd zijn van loon, diezelfde gedraging voor een werkgever waar geen cao voor geldt niet hetzelfde effect heeft of kan hebben. Daar waar in de verschillende schriftelijke stukken (waar de VAAN naar verwijst) de regering heeft gerefereerd aan de jurisprudentie is hierbij overigens niet bedoeld op deze jurisprudentie maar op de jurisprudentie betreffende situatieve arbeidsongeschiktheid in relatie tot het wel of niet verschuldigd zijn van het loon. Voor een verdere toelichting wordt verwezen naar die schriftelijke stukken, meer in het bijzonder naar het antwoord op de eerdere vraag van de VAAN dienaangaande op pagina 101 van de memorie van antwoord.'

Begrijp ik de regering goed, dan stelt zij zich op het standpunt dat de opmerkingen die zijn gemaakt ten tijde van de invoering van de Wulbz 1 en de Reparatiwet flexibiliteit en zekerheid in de wind konden worden geslagen, omdat zij destijds geen weerslag hebben gevonden in de tekst van artikel 7:268 lid 1 BW. Voor de onderhavige opmerkingen zou dat evenwel niet gelden, nu dat artikellid ditmaal wél is gewijzigd.

3.6 Hoe om te gaan met het standpunt van de regering?

Welke waarde moet nu aan het antwoord van de regering worden toegekend? Is de leer uit Van der Gulik/Vissers & Partners daarmee, zoals sommige auteurs betogen, achterhaald? Ik zou menen van niet. Aan juridisch onjuiste uitlatingen van regeringszijde moet namelijk worden voorbijgegaan, zoals A-G Verkade en de Hoge Raad in Van der Gulik/Vissers & Partners ook deden met de opmerkingen die werden gemaakt in het kader van de Wulbz 1 en de Reparatiwet flexibiliteit en zekerheid. En ik meen dat de onderhavige uitlatingen tot deze categorie behoren.

Om te beginnen acht ik het standpunt van de regering dat haar opmerkingen ditmaal uitdrukking vinden in de wettekst niet houdbaar, aangezien het criterium van artikel 7:628 lid

1 BW inhoudelijk niet is gewijzigd. Dat criterium is nog steeds de redelijkheid. Het is dan vreemd om louter op basis van een enkele opmerking van de regering plotseling tot een ander (redelijkheids)oordeel te komen. Een dergelijke koerswijziging zou des te vreemder zijn, wanneer wordt bedacht dat de wijzigingen waarin de WWZ voorziet de positie van de werknemer alleen maar versterken: de hoofdregel zal omdraaien van 'geen arbeid, geen loon' in 'geen arbeid, toch loon' en (contractueel) afwijken van die hoofdregel is moeilijker geworden. Tegen die achtergrond ligt het niet in de rede om aan artikel 7:628 lid 1 BW een uitleg te geven die de positie van de werknemer juist zou verzwakken.

Daarnaast heeft de regering zich aan het begin van het parlementaire debat uitdrukkelijk op het standpunt gesteld dat het voorstel om artikel 7:627 BW te schrappen en artikel 7:628 lid 1 BW te herformuleren in de praktijk vrijwel zonder gevolgen zal blijven. De aanpassing achtte zij louter en alleen noodzakelijk vanwege het vervallen van artikel 8 BBA en de invoering van de Calamiteitenregeling WW. In de nota naar aanleiding van het verslag is daarover het volgende te lezen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 30-31; zie uitgebreider *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 87-89):

'Zoals deze leden terecht opmerken wordt in onderhavig wetsvoorstel voorgesteld om artikel 7:627 BW te laten vervallen en artikel 7:628 BW zodanig te wijzigen dat in het eerste lid van dat artikel wordt geregeld dat de werkgever verplicht is om het vastgestelde loon te voldoen indien de werknemer de arbeid geheel of gedeeltelijk niet heeft verricht, tenzij het geheel of gedeeltelijk niet verrichten van de arbeid in redelijkheid voor rekening van de werknemer hoort te komen. Hiermee wordt naar het oordeel van de regering, en anders dan deze leden veronderstellen, wat nu in de artikelen 7:627 en 7:628 BW, eerste lid, BW is geregeld in één artikel geregeld (7:628, eerste lid, BW), zonder dat dit in de praktijk tot een wezenlijke verandering zal leiden. Zoals aangegeven in de artikelsgewijze toelichting bij dit onderdeel, zal het in de toekomst nog steeds zo zijn dat deelname aan een staking (te onderscheiden van de werkwillige die verhinderd wordt te werken als gevolg van de staking), onwettig verzuim, te laat op het werk verschijnen, gevangenisstraf of voorlopige hechtenis voor risico van de werknemer komen. De regering acht deze wijzigingen echter noodzakelijk enerzijds vanwege het vervallen van artikel 8 BBA 1945 en de wens om een soortgelijke regeling als de daarop gebaseerde zogenoemde Werktijdverkortingsregeling (WTV-regeling) te kunnen behouden, anderzijds met het oog op de uitvoering van de WW.'

Duidelijk is dus dat de regering aanvankelijk niet een materiële wijziging van artikel 7:628 lid 1 BW voor ogen heeft gestaan. Pas veel later in het debat – pas in de Eerste Kamer(!) – is de regering – naar aanleiding van vragen van de VAAN – het standpunt gaan innemen dat de herformulering van artikel 7:628 lid 1 BW uitdrukking zou geven aan de wijziging dat een disciplinaire schorsing voortaan voor rekening van de werknemer moet worden gebracht.

Mijn indruk is dat het feit dat schorsing zonder behoud van loon met de wijziging van artikel 7:628 lid 7 BW onmogelijk zou worden, een consequentie is die de regering niet heeft voorzien en ook niet heeft gewild, en dat zij om die reden de herformulering van artikel 7:628 lid 1 BW (achteraf) heeft aangegrepen om een en ander te repareren. Als je het mij vraagt: tevergeefs.

Janssens stelt in zijn noot onder het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch dat de wetgever de wet wel degelijk heeft gewijzigd, namelijk door de afschaffing van de mogelijkheid om de loonbetalingsverplichting bij cao na zes maanden uit te sluiten. Die uitsluitingsmogelijkheid was volgens Janssens een dragend argument van de Hoge Raad in *Van der Gulik/Vissers & Partners*. Hij concludeert:

‘Kortom: de wetgever heeft de wet gewijzigd op een relevant punt met betrekking tot mogelijke loondoorbetalingsverplichtingen tijdens schorsing. In dat licht zijn de ondubbelzinnige uitspraken van de minister voor mij aanleiding om *Van der Gulik/Vissers* als achterhaald te beschouwen.’

Zoals vermeld, ben ik het niet met deze opvatting niet eens. Ten eerste niet, omdat de wetswijziging waar de regering ter onderbouwing van haar standpunt naar verwijst, die van het eerste lid van artikel 7:628 BW is en niet de van het zevende lid. De regering merkte immers op (*Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 14-15):

‘Naar aanleiding hiervan merkt de regering op dat door de gewijzigde formulering van artikel 7:628, eerste lid, BW de werkgever gehouden is het loon te betalen, tenzij het niet verrichten van de bedongen arbeid redelijkerwijs voor risico van de werknemer komt. In situaties van schorsing door de werkgever biedt het wetsvoorstel dan ook ruimte om over de periode waarin de werknemer bij wijze van disciplinaire maatregel is geschorst, tevens het loon niet [te] betalen omdat dit dan redelijkerwijs voor risico van de werknemer komt.’ [onderstreping van mijn hand, FMD]

Daarnaast was de mogelijkheid tot uitsluiting van de loonbetalingsplicht in *Van der Gulik/Vissers & Partners* geenszins een dragend argument. De Hoge Raad baseerde zijn oordeel op het eerste lid. Hij overwoog immers:

‘Een schorsing of een op non-actiefstelling ligt in de risicosfeer van de werkgever en is “een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen” in de zin van lid 1, zodat de werkgever ook tijdens een schorsing of een op non-actiefstelling verplicht is tot doorbetaling van loon.’

Dragend argument voor de Hoge Raad was veeleer dat de werkgever zich, zolang de arbeidsovereenkomst bestaat, niet eenzijdig aan zijn loonbetaling kan onttrekken. De

verwijzing van de Hoge Raad naar het toenmalige artikel 7:628 lid 5 BW is niet meer dan een consequentie van zijn oordeel. Dit lijkt mij ook niet meer dan logisch. De benadering van Janssens komt er immers op neer dat een schorsing in redelijkheid voor rekening van de werkgever zou komen, *omdat* van de loonbetalingsplicht kan worden afgeweken. Nu dit laatste niet meer mogelijk is, zou een schorsing plotseling evenwel niet meer in redelijkheid voor rekening van de werkgever komen. Een dergelijke redenering lijkt mij systematisch niet zuiver.

3.7 De werkingssfeer van artikel 7:628 BW

Het recht op loon tijdens schorsing van de werknemer is gebaseerd op artikel 7:628 BW. Dit artikel strekt zich echter niet uit over alle mogelijke vergoedingen die in civiele zin tot het loon behoren (zie hierover HR 18 december 1953, *NJ* 1954/242; en HR 12 oktober 2001, *JAR* 2001/217 (Huize Bethesda)). Zo beschermt het eerste lid enkel loon dat naar tijdruimte is vastgesteld. Artikel 7:628 lid 3 BW verklaart de voorschriften van het artikel weliswaar van overeenkomstige toepassing op geldloon dat op andere wijze is vastgesteld, in welk geval recht bestaat op het gemiddelde loon dat de werknemer in de periode van de verhindering had kunnen verdienen, maar de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat dit voorschrift alleen het oog heeft op loon dat afhankelijk is van de uitkomsten van arbeid. Zo gold het artikellid in de betreffende zaak bijvoorbeeld niet, omdat het loon een percentage van de behaalde jaaromzet van het bedrijf bedroeg (HR 31 oktober 1941, *NJ* 1942/198).

Het voorgaande betekent dat de geschorste werknemer krachtens het eerste lid van artikel 7:628 BW recht behoudt op zijn maandelijks (of wekelijkse of vier wekelijkse enz.) loon en dat hij ingevolge het derde lid tevens aanspraak kan maken op geldelijke uitkeringen die weliswaar niet naar tijdruimte zijn vastgesteld, maar afhankelijk zijn van zijn arbeidsprestatie. Bij dit laatste kan worden gedacht aan stukloon, provisie of een (functioneringsafhankelijke) bonus. Dit doet de vraag rijzen hoe moet worden omgegaan met loonvormen die niet tot deze twee categorieën behoren. Het gaat dan om (1) geldloon dat niet naar tijdruimte is vastgesteld en evenmin van de uitkomsten van arbeid afhankelijk is, en (2) loon dat niet naar tijdruimte is vastgesteld en niet in geld is uitgedrukt. In beide gevallen komt de werknemer geen beroep toe op artikel 7:628 BW. Betekent dit nu dat hij deze loonvormen tijdens een schorsing kwijt is? Ik meen van niet.

Wat de eerste variant betreft, kan worden gewezen op de verklaring die Van Slooten heeft gegeven voor de uitsluiting van de bedoelde loonsoort van artikel 7:628 lid 3 BW (J.M. Van Slooten, *Arbeid en loon* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 390): 'wanneer het loon niet afhankelijk is van de uitkomst van de arbeid maakt het voor de verschuldigdheid ook niet uit of er gewerkt wordt en zo niet, voor wiens risico dat komt.' Dit lijkt mij een juiste

gedachtegang. Het feit dat de werknemer door de schorsing de bedongen arbeid niet verricht, is voor de aanspraak op niet van arbeid afhankelijke emolumenten dus niet van belang; het recht op bijvoorbeeld een winstafhankelijke bonus blijft derhalve behouden.

Voor de tweede categorie loonvormen is de redenering niet anders. Ook daarvoor geldt doorgaans dat zij niet afhankelijk zijn van de uitkomsten van de arbeidsprestatie maar enkel van het bestaan van een arbeidsovereenkomst, zodat een schorsing op de verschuldigdheid daarvan geen invloed heeft (kritisch op dit standpunt is Van Slooten 1999, p. 119-120, hoewel hij erkent dat het in de literatuur het meerderheidsstandpunt betreft). Een voorbeeld biedt (het privégebruik van) de auto van de zaak of de door de werkgever ter beschikking gestelde woning (zoals een kosterswoning). Hiervan moet overigens worden onderscheiden de situatie waarin het gaat om periodiek door de werkgever verstrekte goederen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de werknemer in ruil voor zijn arbeid – naast het reguliere maandelijkse geldbedrag – elke week van de werkgever een tas boodschappen ontvangt. In deze gevallen is naar mijn mening sprake van naar tijdruimte vastgesteld loon dat onder het bereik van artikel 7:628 lid 1 BW valt.

Het feit dat de zojuist besproken loonvormen niet onder het bereik van artikel 7:628 BW vallen, brengt derhalve niet mee dat de werknemer zijn aanspraak daarop gedurende een schorsing verliest. Gevolg daarvan is echter wel dat de beperkingen van de leden 5 en 7 van dat artikel niet van toepassing zijn. De werkgever kan derhalve contractueel bedingen dat de werknemer de auto van de zaak tijdens een schorsing moet inleveren. Hetzelfde kan worden afgesproken ten aanzien van een winstafhankelijke bonus, een laptop enzovoort. Hier ligt voor de werkgever dus (een beperkte) ruimte de schorsing in sterkere mate een disciplinair karakter te geven. De (enige) grens bij het benutten van deze ruimte is die van het goed werkgeverschap.

Voor de goede orde zij nog opgemerkt dat artikel 7:628 BW, zoals alle bepalingen in afdeling 7.10.2 BW, betrekking heeft op 'loon'. Dat brengt met zich dat verstrekkingen die niet als zodanig kwalificeren niet door dit artikel worden gedekt. Hierbij dient met name te worden gedacht aan uitkeringen en zaken die niet gelden als tegenprestatie voor de bedongen arbeid, zoals een onkostenvergoeding en werktuigen die de werknemer voor het verrichten van de arbeid ter beschikking krijgt gesteld (zoals gereedschap, een telefoon of een auto), mits zij niet ook in privé mogen worden gebruikt. Dergelijke verstrekkingen mag de werkgever gedurende een schorsing mijns inziens zonder meer inhouden. Zou dit anders zijn, dan zou de werknemer er door het niet verrichten van de arbeid immers op vooruit gaan.

3.8 Conclusie

Uit het vorenstaande blijkt dat een schorsing voor rekening van de werkgever komt, zodat slechts loon mag worden ingehouden als oprechtsgeldige wijze van artikel 7:628 lid 1 BW is afgeweken. Sinds de inwerkingtreding van de WWZ houdt dit in dat schorsing zonder behoud van loon onmogelijk is, met uitzondering van de eerste zes maanden van de arbeidsovereenkomst. Hooguit kan de werkgever bedingen dat de schorsing consequenties heeft voor (1) loon dat niet naar tijdruimte is vastgesteld en evenmin van de uitkomsten van arbeid afhankelijk is (zoals een dertiende maand of winstafhankelijke bonus) of (2) loon dat niet in geld is uitgedrukt (zoals een auto of laptop van de zaak).

Deze stand van zaken is te betreuren. Schorsing met (gedeeltelijke) inhouding van loon is in mijn ogen namelijk een van de meest voor de hand liggende disciplinaire maatregelen, nu zij door elke werkgever – ongeacht aard of omvang van het bedrijf – kan worden gehanteerd. Het probleem is echter dat artikel 7:628 BW weinig ruimte biedt voor een andere benadering. Het enig denkbare alternatief onder die bepaling is een systeem waarbij van geval tot geval moet worden uitgemaakt of bij schorsing loon mag worden ingehouden. Aan Sagel moet evenwel worden toegegeven dat dit systeem evenmin wenselijk is, nu daarmee onzekerheid troef zou zijn (Sagel 2003). De conclusie moet naar mijn mening dan ook zijn dat de huidige wettelijke bepalingen niet goed hanteerbaar zijn bij het middel van de schorsing; zij zijn simpelweg niet voor die maatregel geschreven.

ANNOTATIE

Voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep

F.M. Dekker

1. Inleiding

Op 23 december 2016 was de eerste WWZ-uitspraak van de Hoge Raad een feit (HR 23 december 2016, AR 2016-1482 m.nt. P. Kruit (Mediant)). Dat was een beschikking in een prejudiciële procedure, waarin de Hoge Raad vragen beantwoordde over (met name) de voorwaardelijke ontbinding onder het regime van de WWZ. Op 31 maart 2017 verscheen dan eindelijk de eerste ‘reguliere’ Hoge Raad-uitspraak, dat wil zeggen een uitspraak in een cassatieprocedure. Wederom heeft de beschikking de voorwaardelijke ontbinding tot onderwerp. De Hoge Raad corrigeert een verschrijving in de Mediant-beschikking en werkt die beschikking nader uit.

2. Casus

De zaak gaat over een werknemer die met ingang van 1 november 2011 bij Vlisco in dienst is getreden in de functie van heftruckchauffeur. Hij is bij brief van 27 juli 2015 door Vlisco op staande voet ontslagen. De werknemer heeft in dit geding primair de kantonrechter verzocht het ontslag te vernietigen. Vlisco heeft vervolgens bij wege van tegenverzoek de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden, indien en voor zover het ontslag op staande voet door de kantonrechter wordt vernietigd.

Met betrekking tot het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet heeft de kantonrechter Vlisco een bewijsopdracht gegeven en iedere verdere beslissing aangehouden. In de ontbindingsprocedure heeft de kantonrechter daarentegen einduitspraak gedaan: hij ontbond de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk per 1 december 2015 wegens verwijtbaar handelen van de werknemer. De proceskosten zijn gecompenseerd.

De werknemer heeft hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van de kantonrechter voor zover daarin de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk is ontbonden. Het hof stelt de werknemer in het gelijk. Daartoe stelt het hof voorop dat het in een situatie als hier aan de

orde, waarin de kantonrechter nog geen oordeel heeft gegeven over de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet, mogelijk is om ontbinding te verzoeken van de arbeidsovereenkomst, voor het geval de opzegging door de kantonrechter wordt vernietigd. De kantonrechter heeft dit verzoek naar het oordeel van het hof evenwel ten onrechte toegewezen. Het hof veroordeelt Vlisco daarom op de voet van artikel 7:683 lid 3 BW de arbeidsovereenkomst met de werknemer te herstellen met ingang van 1 december 2015 onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als voor die datum, voor het geval de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst zal vernietigen. Als de in het ongelijk gestelde partij is Vlisco veroordeeld in de proceskosten van het hoger beroep.

3. Oordeel Hoge Raad

Hoewel de werknemer in het gelijk is gesteld, is hij niet tevreden met de beslissing van het hof en stelt hij daartegen cassatie in. Hij klaagt in de eerste plaats dat het hof, gelet op het systeem van de WWZ, het ten onrechte mogelijk heeft geacht dat in een geval als het onderhavige, waarin de kantonrechter nog geen oordeel heeft gegeven over het verzoek tot vernietiging van het ontslag op staande voet, de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk wordt ontbonden. Vlisco had volgens de werknemer niet-ontvankelijk verklaard moeten worden in zijn verzoek.

De Hoge Raad verwerpt deze klacht onder verwijzing naar de Mediant-beschikking. In die beschikking is geoordeeld dat de werkgever naar het thans geldende recht nog steeds de mogelijkheid heeft een verzoek te doen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor het geval het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd wordt geacht. Voor een niet-ontvankelijkverklaring is slechts plaats in gevallen waarin de rechter op processuele gronden niet toekomt aan een behandeling van het verzoek ten principale. Afgezien van dergelijke gevallen is de partij die de ontbinding verzoekt, dus in beginsel steeds ontvankelijk in haar verzoek.

In de tweede plaats klaagt de werknemer dat het hof de herstelveroordeling ten onrechte zou hebben beperkt tot het geval de kantonrechter de opzegging zou vernietigen. Het hof zou daarmee namelijk hebben miskend dat hoger beroep en cassatie mogelijk zijn van het oordeel van de kantonrechter. Het door het hof uitgesproken herstel van de arbeidsovereenkomst had om die reden ook het geval moeten betreffen dat de vernietiging van het ontslag pas door de appelrechter wordt uitgesproken.

Ook deze klacht gaat volgens de Hoge Raad niet op. De reden daarvoor is dat de klacht op het onjuiste uitgangspunt berust dat een opzegging in hoger beroep zou kunnen worden vernietigd. Uit artikel 7:683 lid 3 BW volgt dat iets dergelijks niet mogelijk is: indien het hof meent dat de kantonrechter het ontslag op staande voet ten onrechte in stand heeft gelaten,

heeft het de keuze tussen herstel van de arbeidsovereenkomst en toekenning van een billijke vergoeding. Vernietiging van de opzegging is in appel geen optie meer.

Deze klacht zet de Hoge Raad op het spoor van een verschrijving in de Mediant-beschikking. In die beschikking overwoog de Hoge Raad namelijk dat het – samengevat weergegeven – met het systeem van artikel 7:683 lid 3 BW onverenigbaar is dat de kantonrechter een arbeidsovereenkomst voorwaardelijk zou ontbinden ‘voor het geval de appel- of verwijzingsrechter, anders dan de kantonrechter, het op staande voet gegeven ontslag zou vernietigen’. Deze passage moet volgens de Hoge Raad aldus worden gelezen dat de kantonrechter een arbeidsovereenkomst niet mag ontbinden voor het geval de appelrechter ‘zou oordelen dat het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven, en hij (de werkgever veroordeelt) de arbeidsovereenkomst herstelt (te herstellen)’.

Vervolgens ziet de Hoge Raad naar aanleiding van deze klacht reden ten overvloede in te gaan op een kwestie die in de Mediant-beschikking niet uitdrukkelijk aan de orde kwam, namelijk de vraag of ook de appelrechter bevoegd is een arbeidsovereenkomst voorwaardelijk te ontbinden. De Hoge Raad oordeelt dat in de Mediant-beschikking besloten ligt dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. Dit blijkt volgens de Hoge Raad ten eerste uit het feit dat in rechtsoverweging 3.13.1 van die beschikking – kort na de gecorrigeerde passage – wordt geconcludeerd dat, gelet op het systeem van het thans geldende recht, slechts als voorwaarde kan worden gesteld dat het op staande voet gegeven ontslag door de rechter ‘van dezelfde aanleg’ wordt vernietigd (welke passage moet worden verstaan zoals hiervoor weergegeven). Voorts wijst de Hoge Raad erop dat in rechtsoverweging 3.13.2 van de Mediant-beschikking staat dat, kort gezegd, langs de weg van een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding, de gevolgen van het eventuele oordeel dat het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd was, ‘in de desbetreffende instantie’ kunnen worden beperkt. Daarmee is in lijn, aldus nog steeds de Hoge Raad, dat in rechtsoverweging 3.4.6 van de Mediant-beschikking het geval wordt besproken dat ‘in de instantie waarin de procedure verkeert’, het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd wordt geacht. Deze algemeen geformuleerde bewoordingen, die mede de appelrechter omvatten, stroken naar het oordeel van de Hoge Raad met hetgeen in de desbetreffende overwegingen staat over de functie van de voorwaardelijke ontbinding in het stelsel van het met ingang van 1 juli 2015 geldende recht.

In de derde en laatste plaats klaagt de werknemer in cassatie dat het hof heeft verzuimd een beslissing te nemen over de proceskosten in eerste aanleg. Deze klacht treft wel doel. De Hoge Raad wijst erop dat het hof heeft overwogen dat Vlisco als de in het ongelijk gestelde partij is te beschouwen. Omdat de kantonrechter de proceskosten tussen partijen heeft gecompenseerd, had het hof derhalve Vlisco niet alleen moeten veroordelen in kosten van het hoger beroep, maar ook – zoals was verzocht – in de kosten van de eerste aanleg. De Hoge

Raad doet de zaak op dit punt zelf af.

4. Commentaar

De verwerping van de cassatieklacht van de werknemer over de mogelijkheid van een voorwaardelijke ontbinding onder het regime van de WWZ kan, gelet op de Mediant-beschikking, voor niemand een verrassing zijn. Voor wie het WWZ-procesrecht onder de knie heeft, geldt hetzelfde met betrekking tot de klacht dat het hof het herstel ten onrechte alleen zou hebben uitgesproken voor het geval de kantonrechter de opzegging zou vernietigen en niet tevens voor het geval het hof dat zou doen. Het zijn dan ook niet zozeer de antwoorden op de cassatieklachten die de Vlisco-beschikking interessant maken. Dat zijn vooral de overwegingen die de Hoge Raad ten overvloede uitspreekt. In die overwegingen corrigeert de Hoge Raad enerzijds een verschrijving in de Mediant-beschikking. Anderzijds verschaft hij duidelijkheid over een kwestie die in die beschikking niet uitdrukkelijk ter sprake is gekomen.

4.1. Correctie verschrijving Mediant-beschikking

Onderdeel 2 van het cassatiemiddel zette de Hoge Raad, zoals vermeld, op het spoor van een verschrijving in de Mediant-beschikking. In die beschikking maakt de Hoge Raad namelijk melding van ‘het geval de appel- of verwijzingsrechter, anders dan de kantonrechter, het op staande voet gegeven ontslag zou vernietigen’. Ingevolge artikel 7:683 lid 3 BW kan dit geval zich echter niet voordoen. Op grond van dat artikellid kan het hof dat meent dat het ontslag op staande voet in eerste aanleg ten onrechte in stand is gebleven, ofwel de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen ofwel de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Vernietiging van de opzegging is in appel geen optie meer. Om die reden moet de geciteerde passage volgens de Hoge Raad in de Vlisco-beschikking zo worden gelezen dat de kantonrechter een arbeidsovereenkomst niet mag ontbinden voor het geval de appelrechter ‘zou oordelen dat het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven, en hij (de werkgever veroordeelt) de arbeidsovereenkomst herstelt (te herstellen)’.

Hoewel het uiteraard goed is dat de Hoge Raad deze fout in de Mediant-beschikking corrigeert, meen ik dat er geen twijfel over kon bestaan wat de Hoge Raad in de Mediant-beschikking bedoelde. In de zin direct vóór de foutieve zin overwoog de Hoge Raad namelijk dat de appelrechter zijn ‘bevoegdheid om (de werkgever te veroordelen) de arbeidsovereenkomst te herstellen of aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen, in volle omvang [dient] te kunnen uitoefenen met inachtneming van alle ten tijde van zijn beslissing relevante feiten en omstandigheden van het geval’. Hieruit blijkt dat de Hoge Raad het systeem van artikel 7:683 lid 3 BW wel degelijk goed op het netvlies had. Dat de Hoge Raad in de daaropvolgende zin per ongeluk sprak van ‘vernietiging’ in plaats van van ‘herstel van de

arbeidsovereenkomst' was volgens mij dan ook niet meer dan een verschrijving. Ik moet bekennen dat deze fout mij vóór lezing van de Vlisco-beschikking ook niet was opgevallen. Ik heb de beslissing van de Hoge Raad in de Mediant-zaak van meet af aan zo begrepen, dat de kantonrechter in een voorwaardelijke ontbindingsprocedure het hof in de procedure over het ontslag op staande voet niet voor de voeten mag lopen en niet mag beknotten in zijn mogelijkheden.

4.2. Voorwaardelijke ontbinding in appel

De Hoge Raad corrigeert de Mediant-beschikking niet alleen, maar grijpt de gelegenheid tevens aan om antwoord te geven op een vraag die in die beschikking niet uitdrukkelijk aan de orde kwam, maar die voor de praktijk wel van groot belang is: mag ook de appelrechter een arbeidsovereenkomst voorwaardelijk ontbinden of is dat een exclusieve bevoegdheid van de kantonrechter? Het antwoord van de Hoge Raad luidt dat ook het gerechtshof een voorwaardelijke ontbinding kan uitspreken.

Dit antwoord roept enkele juridische en praktische vragen op. De beste manier om deze vragen aan de orde te stellen, is door de verschillende scenario's die zich kunnen voordoen de revue te laten passeren. Ik kom dan tot zeven relevante scenario's. De procedure waarin de werknemer vernietiging van het ontslag verzoekt, noem ik hierna gemakshalve 'de opzeggingsprocedure'. De procedure waarin de werkgever om voorwaardelijke ontbinding verzoekt 'de ontbindingsprocedure'.

Scenario 1: ontbindingsverzoek toegewezen en opzeggingsprocedure aangehouden

Ik begin met het scenario uit de hier geannoteerde zaak. Dat is het scenario waarin de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever voorwaardelijk wordt ontbonden, terwijl de beslissing over de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet wordt aangehouden. In dit geval zal de werknemer hoger beroep willen instellen tegen de ontbindingsbeschikking. De vraag rijst welke opties het hof dan heeft.

Wanneer het hof het met de kantonrechter eens is, is de kwestie eenvoudig. In dat geval zal het hof simpelweg de ontbindingsbeschikking bekrachtigen. Het wordt echter lastiger wanneer de appelrechter van oordeel is dat de kantonrechter het bij het verkeerde eind had. Het Hof 's-Hertogenbosch koos in deze zaak voor een voorwaardelijk herstel van de arbeidsovereenkomst onder dezelfde voorwaarde als waaronder de kantonrechter de arbeidsovereenkomst had ontbonden. In haar conclusie merkt A-G De Bock op dat zij dit een onjuiste beslissing vindt. Wanneer aan de door het hof geformuleerde voorwaarde – te weten: dat de kantonrechter de opzegging van de arbeidsovereenkomst vernietigt – wordt voldaan, is volgens haar namelijk geen behoefte (meer) aan herstel, omdat de arbeidsovereenkomst door

de vernietiging van het ontslag herleeft. Het hof had de ontbindingsbeschikking naar de mening van de A-G daarom moeten vernietigen en – opnieuw rechtdoende – het ontbindingsverzoek alsnog moeten afwijzen.

Ik ben het niet met de A-G eens. Zij miskent dat vernietiging van de ontbindingsbeschikking vanwege artikel 7:683 lid 3 BW niet mogelijk is. Op grond van dat artikellid heeft de appelrechter die van oordeel is dat het verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is toegewezen, twee opties: (1) hij kan de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen of (2) hij kan de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Het Hof 's-Hertogenbosch heeft naar mijn mening dan ook op juiste wijze beslist. De A-G heeft weliswaar gelijk dat wanneer aan de door het hof geformuleerde voorwaarde wordt voldaan, de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst herleeft, maar zij ziet over het hoofd dat op dat moment tevens de door de kantonrechter uitgesproken voorwaardelijke ontbinding effect sorteert. Die ontbinding is immers uitgesproken voor het geval het ontslag op staande voet wordt vernietigd en deze beslissing blijft door het systeem van artikel 7:683 lid 3 BW in stand. Hierdoor is aan herstel van de arbeidsovereenkomst wel degelijk behoefte.

De situatie is samengevat als volgt. De arbeidsovereenkomst eindigt door het ontslag op staande voet op datum A. Wanneer de kantonrechter dit ontslag vernietigt, herleeft de arbeidsovereenkomst op die datum, maar eindigt deze door de voorwaardelijke ontbinding op datum B alsnog. Vervolgens dient de werkgever de werknemer – op grond van de appelbeschikking in de ontbindingsprocedure – een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden (waarvan de ingangsdatum afhankelijk is van de beslissing van het hof).

Scenario 2: ontbindingsverzoek toegewezen en vernietigingsverzoek toegewezen

In het vorige scenario ging ik ervan uit dat de kantonrechter in de ontbindingsprocedure einduitspraak deed, terwijl de beslissing in de opzeggingsprocedure werd aangehouden. Denkbaar is ook dat de beslissing in beide procedures tegelijk valt (al dan niet genomen door dezelfde rechter). In dit tweede scenario neem ik wederom – net als in scenario 1 – aan dat de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk wordt ontbonden en dat de werknemer daartegen in beroep gaat. Voor de opzeggingsprocedure zijn dan drie beslissingen mogelijk: (1) het ontslag op staande voet wordt vernietigd, (2) aan de werknemer wordt een billijke vergoeding toegekend of (3) het verzoek van de werknemer wordt afgewezen. In geval van de eerste twee beslissingen is de situatie gelijk. Om die reden bespreek ik die beide gevallen gezamenlijk als scenario 3. Scenario 2 betreft het geval waarin de kantonrechter in de opzeggingsprocedure het ontslag op staande voet vernietigt.

In dit scenario is voldaan aan de voorwaarde waaronder de ontbinding van de

arbeidsovereenkomst is uitgesproken. Dat betekent dat de arbeidsovereenkomst door die ontbinding eindigt. Hierdoor doet zich de merkwaardige situatie voor dat de werkgever geen belang heeft bij een hoger beroep tegen het oordeel dat het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven. Artikel 7:683 lid 6 BW bepaalt immers dat het hof, indien het van oordeel is dat het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging ten onrechte is toegewezen, bepaalt op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt. Dit tijdstip moet in de toekomst zijn gelegen. Het hof kan de vernietiging van het ontslag op staande voet dus niet terugdraaien, evenmin als het hof in de ontbindingsprocedure de voorwaardelijke ontbinding kan terugdraaien. Met een nieuwe einddatum van de arbeidsovereenkomst schiet de werkgever evenwel niets op, nu deze door de voorwaardelijke ontbinding reeds is geëindigd. In dit scenario hangt het derhalve geheel van de appelrechter in de ontbindingsprocedure af of de werknemer nog een baan heeft. Indien het ontbindingshof het gelijk aan de zijde van de werknemer legt en de werkgever veroordeelt de arbeidsovereenkomst te herstellen, heeft de werknemer zijn baan terug. Besluit het hof daarentegen de werknemer in plaats daarvan een billijke vergoeding toe te kennen of wijst het hof het hoger beroep van de werknemer af, dan is de arbeidsovereenkomst daarmee definitief ten einde.

Scenario 3: ontbindingsverzoek toegewezen en vernietigingsverzoek afgewezen dan wel billijke vergoeding toegekend

Scenario 3 is – zoals vermeld – gelijk aan scenario 2, met dien verstande dat de kantonrechter in de opzeggingsprocedure het ontslag op staande voet niet vernietigt, maar de werknemer een billijke vergoeding toekent dan wel het verzoek van de werknemer afwijst. In dat geval is de voorwaarde waaronder de arbeidsovereenkomst is ontbonden niet vervuld, zodat de werknemer geen belang heeft bij een hoger beroep tegen de ontbindingsbeschikking. De werkgever heeft dat evenmin, nu hij in die procedure de in het gelijk gestelde partij is. In dit scenario spitst het geschil zich derhalve geheel toe op het appel van de opzeggingsprocedure, waar dat in het vorige scenario juist het appel in de ontbindingsprocedure was. Geeft het hof de werkgever (alsnog) gelijk of kent het de werknemer (eveneens) een billijke vergoeding toe, dan is definitief niet langer sprake van een arbeidsovereenkomst tussen beide. Veroordeelt het hof de werkgever daarentegen tot herstel van de arbeidsovereenkomst, dan is de werknemer terug in dienst.

De vraag zou kunnen opkomen of de werkgever op een dergelijk herstel kan anticiperen door in de ontbindingsprocedure om ontbinding te vragen voor het geval de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. Na de Mediant-beschikking is duidelijk dat de kantonrechter een dergelijk verzoek niet kan toewijzen. Aan de vraag of het hof de arbeidsovereenkomst wel onder die voorwaarde mag ontbinden, komt men in dit scenario niet toe. De werkgever kan immers niet bij het hof terecht, nu hij de procedure in eerste aanleg heeft gewonnen. De partij die in het

gelijk word gesteld, heeft geen belang bij een appel.

Scenario 4: ontbindingsverzoek afgewezen en opzeggingsprocedure nog aanhangig

In de vorige drie scenario's is de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter steeds voorwaardelijk ontbonden. Mogelijk is natuurlijk ook dat de kantonrechter het ontbindingsverzoek van de werkgever afwijst. In de komende vier scenario's neem ik dat tot uitgangspunt. Net als hiervoor begin ik met het geval waarin de ontbindingsprocedure reeds in de appelfase verkeert, terwijl de opzeggingsprocedure nog in eerste aanleg aanhangig is. Het is in deze situatie de werkgever die hoger beroep instelt. De vraag is dan of de appelrechter de arbeidsovereenkomst mag ontbinden voor het geval de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt. Daaraan zou om twee redenen kunnen worden getwijfeld.

Ten eerste omdat de Hoge Raad in de Mediant-beschikking heeft geoordeeld dat de kantonrechter niet een ontbinding mag uitspreken voor het geval de appelrechter, anders dan de kantonrechter, zou oordelen dat het ontslag op staande ten onrechte is gegeven en het de werkgever veroordeelt de arbeidsovereenkomst te herstellen. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat niet is toegestaan dat de arbeidsovereenkomst in een bepaalde instantie wordt ontbonden onder een voorwaarde die betrekking heeft op de uitkomst van de opzeggingsprocedure in een andere instantie. Zo moet het oordeel van de Hoge Raad naar mijn mening echter niet worden begrepen. De achtergrond van de bedoelde beslissing is volgens mij enkel dat de Hoge Raad niet wil dat een lagere rechter een hogere rechter voor de voeten loopt. Daarmee is niet gezegd dat ook het omgekeerde niet is toegestaan. Ik zie er geen principieel bezwaar in dat een hogere rechter (het hof) een ontbinding zou uitspreken voor het geval de lagere rechter (de kantonrechter) het ontslag op staande voet zou vernietigen.

De tweede reden waarom kan worden betwijfeld of het hof de arbeidsovereenkomst mag ontbinden onder de voorwaarde dat de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt, is dat de Hoge Raad aan het slot van rechtsoverweging 3.13.1 van de Mediant-beschikking concludeert dat, gelet op het systeem van het thans geldende recht, slechts als voorwaarde kan worden gesteld dat het op staande voet gegeven ontslag door de rechter 'van dezelfde aanleg' ongeldig wordt bevonden. In rechtsoverweging 3.13.2 voegde de Hoge Raad hier voorts aan toe dat, kort gezegd, langs de weg van een voorwaardelijk verzoek tot ontbinding, de gevolgen van het eventuele oordeel dat het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd was, 'in de desbetreffende instantie' kunnen worden beperkt. Ook deze overwegingen suggereren dat een ontbinding alleen mag worden uitgesproken onder een voorwaarde die betrekking heeft op de uitkomst van de opzeggingsprocedure in dezelfde instantie. Dit zou betekenen dat de kantonrechter in de ontbindingsprocedure alleen zou mogen preluderen op de uitkomst van de opzeggingsprocedure in eerste aanleg en dat het hof alleen mag preluderen op de

uitkomst van die procedure in appel. Het lijkt mij echter sterk dat de Hoge Raad dit zo zou hebben bedoeld. De bedoelde passages kunnen volgens mij worden verklaard door het feit dat de Hoge Raad in de Mediant-beschikking steeds tot uitgangspunt neemt dat de ontbindingsprocedure en de opzeggingsprocedure gelijk oplopen. Dit acht de Hoge Raad de meest wenselijke situatie. Het lijkt erop dat de Hoge Raad in zijn overwegingen geen rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat beide procedures ook weleens uit elkaar zouden kunnen lopen. Het gaat mij te ver aan te nemen dat de Hoge Raad zou hebben willen zeggen dat een appelrechter een arbeidsovereenkomst niet zou mogen ontbinden voor het geval de kantonrechter het ontslag op staande voet zou vernietigen.

Scenario 5: ontbindingsverzoek afgewezen en vernietigingsverzoek toegewezen

Ook in scenario 5 wordt het verzoek om voorwaardelijke ontbinding afgewezen en stelt de werkgever hoger beroep in. Verschil met scenario 4 is evenwel dat de kantonrechter niet alleen in de ontbindingsprocedure maar ook in de opzeggingsprocedure beschikking wijst. Zoals reeds vermeld bij scenario 2, zijn er dan drie mogelijkheden: (1) het ontslag op staande voet wordt vernietigd, (2) aan de werknemer wordt een billijke vergoeding toegekend of (3) het verzoek van de werknemer wordt afgewezen. Dit vijfde scenario betreft het geval waarin de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt.

In dit geval zal het in beide procedures de werkgever zijn die hoger beroep instelt. Aangezien de voorwaarde waaronder de kantonrechter de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden reeds is vervuld, zal in de ontbindingsprocedure – in ieder geval materieel – niet langer sprake zijn van een voorwaardelijk maar van een onvoorwaardelijk ontbindingsverzoek. Door de vernietiging van het ontslag op staande voet staat immers buiten kijf dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst bestaat. Het hof kan deze beslissing in de opzeggingsprocedure – zoals vermeld – niet terugdraaien. Indien het hof, anders dan de kantonrechter, meent dat het ontslag op staande voet wel degelijk gerechtvaardigd was, moet het ingevolge artikel 7:683 lid 6 BW een nieuwe einddatum voor de arbeidsovereenkomst vaststellen.

De uitkomst in beide appelprocedures is bij winst van de werkgever derhalve hetzelfde: er wordt een nieuwe einddatum voor de arbeidsovereenkomst bepaald (zie leden 5 en 6 van art. 7:683 BW). Afgevraagd kan daarom worden of de werkgever er wel belang bij heeft om zowel in de opzeggingsprocedure als in de ontbindingsprocedure in hoger beroep te gaan. Ik meen van wel, nu het toetsingskader in beide procedures verschilt. In de opzeggingsprocedure staat de vraag centraal of het ontslag op staande voet rechtsgeldig is gegeven, terwijl het in de ontbindingsprocedure draait om de vraag of sprake is van een redelijke grond ex artikel 7:669 lid 3 BW. In de ontbindingsprocedure kan de werkgever geheel andere feiten en omstandigheden aan zijn verzoek ten grondslag leggen als aan het ontslag op staande voet. In

die zin lijken de kansen op succes voor de werkgever in de ontbindingsprocedure dus groter. Daar staat echter tegenover dat de rechter in die procedure de mogelijkheid heeft de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Artikel 7:683 lid 5 BW bepaalt namelijk dat artikel 7:671b BW wat dat betreft in hoger beroep van overeenkomstige toepassing is. In die zin heeft de werkgever meer belang bij een gunstige beslissing in de opzeggingsprocedure.

In dit scenario kan zich overigens een lastige situatie voordoen indien de werkgever in beide appelprocedures in het gelijk wordt gesteld. Dan kan zich het namelijk het – wellicht onwaarschijnlijke – geval voordoen dat het hof in de ontbindingsprocedure de arbeidsovereenkomst ontbindt (bijv. vanwege een verstoorde arbeidsverhouding) en daarbij de werknemer – op diens verzoek – een transitievergoeding toekent omdat de ontbinding hem niet ernstig valt aan te rekenen, terwijl het hof in de opzeggingsprocedure juist een dringende reden aanneemt en de werknemer de transitievergoeding ontzegt op de grond dat de dringende reden hem ernstig valt te verwijten. In dit scenario is sprake van twee tegenstrijdige uitspraken. Denkbaar is zelfs dat het ontbindingshof de werknemer een additionele billijke vergoeding toekent, omdat het van oordeel is dat de ontbinding het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Met een beroep op HR 21 maart 1997, *JAR* 1997/88 is dan verdedigbaar dat de werknemer aanspraak kan maken op de transitievergoeding en de eventuele billijke vergoeding, tenzij de werkgever de ontbindingsbeschikking in cassatie van tafel weet te krijgen. Om die reden is het voor de werkgever wellicht verstandig in hoger beroep toch een voorwaarde aan zijn ontbindingsverzoek te verbinden, namelijk de voorwaarde dat het ontslag op staande voet door de appelrechter in de opzeggingsprocedure niet rechtsgeldig wordt bevonden. Met die voorwaarde sorteert de ontbindingsbeschikking geen effect, indien de werkgever in de opzeggingsprocedure van het hof alsnog gelijk krijgt.

Scenario 6: ontbindingsverzoek afgewezen en billijke vergoeding toegekend

In het vorige scenario is het ontslag op staande voet in de opzeggingsprocedure door de kantonrechter vernietigd. Een mogelijkheid is echter ook dat hij de werknemer een billijke vergoeding toekent. In dat geval is de situatie wezenlijk anders. Aangezien de kantonrechter – anders dan de appelrechter – gebonden is aan het verzoek van de werknemer, moet de werknemer zich in dit scenario hebben neergelegd bij het einde van de arbeidsovereenkomst. De werknemer heeft immers niet om vernietiging van het ontslag verzocht. Daarmee staat het einde van de arbeidsovereenkomst vast, hetgeen tot gevolg heeft dat de werkgever geen belang heeft bij een hoger beroep in de ontbindingsprocedure. Op voorhand staat immers vast dat de te formuleren voorwaarde niet zal worden vervuld. In dit scenario concentreert het geschil zich dus in het hoger beroep van de opzeggingsprocedure.

Voor de volledigheid zij opgemerkt dat herstel van de arbeidsovereenkomst in het hoger beroep van de opzeggingsprocedure niet mogelijk is. Krachtens artikel 7:683 lid 3 BW kan iets dergelijks immers enkel worden bevolen wanneer het verzoek van de werknemer tot vernietiging van de opzegging ten onrechte is afgewezen. Dit doet zich echter niet voor, nu de werknemer niet om vernietiging heeft verzocht. Had hij dat wel gedaan, dan had de kantonrechter dat verzoek moeten toewijzen in plaats van de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen.

Scenario 7: ontbindingsverzoek afgewezen en vernietigingsverzoek afgewezen

In de vorige twee scenario's is de werkgever zowel in de ontbindingsprocedure als in de opzeggingsprocedure in eerste aanleg in het ongelijk gesteld. In het zevende en laatste scenario is dat anders. Het voorwaardelijke ontbindingsverzoek wordt nog altijd afgewezen, maar dat geldt ook voor het verzoek van de werknemer tot vernietiging van het ontslag op staande voet. In dit scenario zal dus de werkgever in hoger beroep willen in de ontbindingsprocedure en de werknemer in de opzeggingsprocedure.

Het appel in de opzeggingsprocedure is niet spannend. Het hof heeft daarin de reguliere mogelijkheden. Als het hof met de kantonrechter meent dat het ontslag op staande voet terecht is gegeven, bekrachtigt het de beschikking uit eerste aanleg. Is het hof daarentegen van oordeel dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, dan kan het de werkgever veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen dan wel de werknemer een billijke vergoeding toekennen. Geen van deze beslissingen levert complicaties op.

Het appel in de ontbindingsprocedure is een stuk interessanter. Een ontbinding voor het geval de kantonrechter het ontslag op staande voet vernietigt, is niet zinvol nu het vernietigingsverzoek van de werknemer reeds is afgewezen. De vraag die voorligt is derhalve of het hof de arbeidsovereenkomst kan ontbinden onder de voorwaarde dat het hof in de opzeggingsprocedure besluit tot herstel van de arbeidsovereenkomst. A-G De Bock gaat in haar conclusie voor de Vlisco-beschikking uitvoerig op deze vraag in en beantwoordt hem bevestigend.

Daartoe wijst zij onder 2.19 van de conclusie in de eerste plaats op de hiervoor gememoreerde slotsom uit rechtsoverweging 3.13.1 van de Mediant-beschikking dat slechts als voorwaarde kan worden gesteld dat het ontslag op staande voet door de rechter 'van dezelfde aanleg' ongeldig wordt bevonden. Deze overweging vormt volgens de A-G een aanwijzing dat de appelrechter in de ontbindingsprocedure kan preluderen op de uitkomst van het hoger beroep in de opzeggingsprocedure. Ook wijst de A-G op rechtsoverweging 3.13.2 uit de Mediant-beschikking, waarin de Hoge Raad overweegt dat via een voorwaardelijk

ontbindingsverzoek de gevolgen van het eventuele oordeel dat het ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd was 'in de desbetreffende instantie' kunnen worden beperkt.

Deze overwegingen uit de Mediant-beschikking zouden inderdaad een aanwijzing kunnen vormen dat een ontbinding onder de voorwaarde van herstel in de opzeggingsprocedure mogelijk is. Maar dat hoeft niet noodzakelijkerwijs. Denkbaar is ook dat de Hoge Raad met de bedoelde overwegingen het oog had op de situatie waarin de werkgever in de opzeggingsprocedure appel instelt omdat de kantonrechter het ontslag op staande voet heeft vernietigd en in de ontbindingsprocedure omdat zijn ontbindingsverzoek is afgewezen. In dat geval kan het ontbindingshof de arbeidsovereenkomst ontbinden zonder zich te hoeven bedienen van de voorwaarde in kwestie. Doordat het ontslag op staande voet is vernietigd, is de arbeidsovereenkomst tussen partijen immers herleefd en is deze voor ontbinding vatbaar. In de opzeggingsprocedure kan het hof de vernietiging van het ontslag, zoals reeds meermaals is opgemerkt, niet terugdraaien. In dit scenario heeft de werkgever belang bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst om daarmee de loonvordering te beperken voor het geval in de opzeggingsprocedure ook het hof het ontslag op staande voet onterecht acht. De door de A-G aangehaalde overwegingen van de Hoge Raad in de Mediant-beschikking vormen zodoende geen sluitend bewijs (hoewel ik ze wel een sterke aanwijzing vind).

A-G De Bock gaat in haar conclusie in de tweede plaats in op de opmerking van A-G Keus in zijn conclusie voor de Mediant-beschikking dat bij een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in hoger beroep geen belang bestaat, omdat – kort weergegeven – in het geval de appelrechter oordeelt dat het ontslag op staande voet geen stand houdt, hij bij zijn beslissing om al dan niet de werkgever tot herstel van de arbeidsovereenkomst te veroordelen dan wel bij de keuze voor het tijdstip waartegen dat herstel moet plaatsvinden, mee zal wegen of er ruimte was voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. A-G De Bock is het niet met haar ambtgenoot eens, omdat volgens haar niet zeker is dat het hof in de opzeggingsprocedure mee zal wegen of de arbeidsovereenkomst had kunnen worden ontbonden. Tot zover deel ik de mening van De Bock. In het vervolg van het betoog kan ik haar evenwel niet volgen. Zij schrijft:

'Dit leidt ertoe dat zich kan voordoen dat de ene appelrechter (in de opzeggingsprocedure) beslist dat herstel van de arbeidsovereenkomst tegen een bepaald tijdstip geboden is en de andere appelrechter (in de ontbindingsprocedure) oordeelt dat géén herstel dient plaats te vinden. Die laatste rechter dient de overeenkomst dan te ontbinden tegen een in de toekomst gelegen tijdstip.'

De A-G raakt volgens mij op twee manieren het spoor van het WWZ-procesrecht bijster. Ten eerste: in de ontbindingsprocedure kan herstel van de arbeidsovereenkomst enkel aan de orde zijn als de arbeidsovereenkomst in eerste aanleg is ontbonden. Als het hof in die situatie, zoals

de A-G stelt, oordeelt dat géén herstel dient plaats te vinden, hoeft het de arbeidsovereenkomst dus niet te ontbinden tegen een in de toekomst gelegen datum. Het hof kan dan eenvoudigweg de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter bekrachtigen. De laatste zin van het citaat is dus niet juist.

Ten tweede: in de situatie die A-G De Bock beschrijft, ligt zowel in de opzeggingsprocedure als in de ontbindingsprocedure bij de appelrechter de vraag voor of de arbeidsovereenkomst moet worden hersteld. Dat betekent dat in de opzeggingsprocedure het ontslag op staande voet rechtsgeldig is bevonden en dat de arbeidsovereenkomst in de ontbindingsprocedure voorwaardelijk is ontbonden. In dit scenario is de voorwaarde waaronder de ontbinding is uitgesproken dus niet vervuld, waardoor die ontbinding geen effect sorteert. Van een herstel in de ontbindingsprocedure kan daardoor geen sprake zijn, althans hooguit onder een voorwaarde die niet vervuld kan raken. De situatie van tegenstrijdige uitspraken waar de A-G op lijkt te doelen, in de zin dat de ene appelrechter (in de opzeggingsprocedure) beslist dat herstel van de arbeidsovereenkomst geboden is en de andere appelrechter (in de ontbindingsprocedure) oordeelt dat géén herstel nodig is (maar juist een nieuwe einddatum bepaalt), kan zich dus ook om die reden niet voordoen.

A-G De Bock gaat als laatste in op het feit dat bij een voorwaardelijke ontbinding in hoger beroep in feite ontbinding wordt verzocht van een overeenkomst die nog niet bestaat. Zij ziet daarin echter geen belemmering. Onder verwijzing naar de beschouwingen van A-G Keus in zijn conclusie voor de Mediant-uitspraak onder 5.19, stelt De Bock dat kan worden aangenomen dat in de ogen van de wetgever een herstelde arbeidsovereenkomst in feite neerkomt op dezelfde arbeidsovereenkomst. Het aanvaarden van de mogelijkheid van ontbinding in hoger beroep past volgens A-G De Bock ook bij de oplossingsrichting die de Hoge Raad in de Mediant-beschikking heeft gekozen. Daarbij wijst zij erop dat de Hoge Raad in die beschikking overweegt dat voor het geval (onder meer) de appelrechter oordeelt dat het verzoek om vernietiging van het ontslag op staande voet ten onrechte is afgewezen het volgende geldt: 'In een zodanig geval kan de appelrechter of de verwijzingsrechter (de werkgever veroordelen om) de arbeidsovereenkomst (te) herstellen (...).' Met het tussen haakjes plaatsen van 'de werkgever veroordelen om' wordt volgens de A-G door de Hoge Raad mogelijk gesuggereerd dat de appelrechter in de opzeggingsprocedure zélf het herstel van de arbeidsovereenkomst kan uitspreken. Er zou dan geen handeling van de werkgever nodig zijn om herstel tot stand te brengen. Hoewel De Bock toegeeft dat de wettekst wel lijkt uit te gaan van herstel van de arbeidsovereenkomst door de werkgever, meent zij dat een herstel door de rechter een voorwaardelijk ontbindingsverzoek in hoger beroep beter inpasbaar zou maken in het wettelijk systeem.

Ook in rechtsoverweging 3.6.3 van de Vlisco-beschikking, waarin de Hoge Raad de

verschrijving in de Mediant-beschikking corrigeert, zijn de woorden ‘de werkgever veroordelen om’ tussen haakjes geplaatst. Dat is in mijn ogen opmerkelijk, omdat de Hoge Raad daarmee inderdaad de mogelijkheid open lijkt te houden voor de gedachte dat de rechter niet de werkgever opdraagt de arbeidsovereenkomst te herstellen, maar dat herstel zélf bewerkstelligt. Een dergelijke gedachte is niet alleen, zoals A-G De Bock opmerkt, moeilijk te rijmen met de tekst van artikel 7:683 lid 3 BW, maar ook lijnrecht in strijd met de bedoeling van de wetgever. In de memorie van toelichting bij de WWZ is in het artikelsgewijze gedeelte over artikel 7:682 lid 6 BW het volgende te lezen (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 119):

‘Het zesde lid voorziet erin dat de rechter, als hij het verzoek van de werknemer inwilligt en de werkgever opdraagt de arbeidsovereenkomst te herstellen, bepaalt op welk tijdstip de overeenkomst wordt hersteld. Daarbij wordt in herinnering geroepen dat de arbeidsovereenkomst – anders dan bij een vernietiging van de opzegging – niet door de gerechtelijke beschikking zelf wordt hersteld. De rechter draagt de werkgever in de beschikking op om de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden onder dezelfde voorwaarden als de vorige. Voor de bepaling van het aantal dienstjaren tellen de dienstjaren uit de vorige arbeidsovereenkomst mee; zie artikel 7:672, achtste lid (nieuw), BW. Ook bepaalt de rechter in zijn beschikking of een aan de werknemer toegekende transitievergoeding moet worden terugbetaald.’

Deze passage is van belang, omdat artikel 7:682 lid 6 BW op grond van het vierde lid van artikel 7:683 BW van overeenkomstige toepassing is ‘indien de rechter een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst uitspreekt als bedoeld in lid 3’. De visie van de wetgever is helder: in geval van herstel van de arbeidsovereenkomst herstelt de rechter de arbeidsovereenkomst niet zelf, maar draagt hij de werkgever op daarvoor zorg te dagen. Daaruit volgt naar mijn mening dat een herstelde overeenkomst in de ogen van de wetgever, anders dan A-G De Bock stelt, geenszins in feite neerkomt op dezelfde overeenkomst. In dat geval zou het voorschrift van artikel 7:672 lid 9 BW – luidende: voor de toepassing van artikel 7:672 lid 2 BW worden arbeidsovereenkomsten geacht eenzelfde, niet onderbroken arbeidsovereenkomst te vormen in geval van herstel van de arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 7:682 of 7:683 BW – ook overbodig zijn geweest (in gelijke zin: A.R. Houweling, ‘Ken uw klassieken! Over de herstelveroordeling in de Wet werk en zekerheid’, *Annotaties AR* 2016-0462). Ook het feit dat de herstelde arbeidsovereenkomst niet per se hoeft aan te sluiten op de vorige arbeidsovereenkomst spreekt mijns inziens tegen de gedachte dat het dezelfde overeenkomst zou zijn. Tussen beide arbeidsovereenkomsten kan een gat van enkele maanden en mogelijk zelfs van meer dan een jaar zitten. Het lijkt mij nogal opmerkelijk om er in zo’n geval van uit te gaan dat – in feite – toch sprake is van één en dezelfde overeenkomst.

Er bestaat volgens mij dus een principiële verschil tussen de situatie waarin een opzegging

wordt vernietigd en die waarin de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. In het eerste geval herleeft de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst; in het tweede geval komt een nieuwe overeenkomst tot stand. De vraag is evenwel of het feit dat een herstelde overeenkomst een nieuwe overeenkomst is, in weg staat aan een ontbinding daarvan op voorhand.

Deze vraag vind ik lastig te beantwoorden. Aan de ene kant gaat het mij gevoelsmatig een brug te ver een arbeidsovereenkomst te ontbinden die nog tot stand moet komen. Aan de andere kant zie ik geen juridische argumenten om, indien het mogelijk is een ontbinding uit te spreken voor het geval de opzegging wordt vernietigd, niet tevens toe te staan dat een ontbinding wordt uitgesproken onder de voorwaarde dat de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. Ik licht dit toe.

Er bestaat ten aanzien van de vernietiging van een opzegging een belangrijk verschil tussen het huidige recht en het recht van vóór 1 juli 2015. Destijds was het gebruikelijk dat een ontslag op staande voet al vóór het uitspreken van de voorwaardelijke ontbinding door de werknemer buitengerechtelijk werd vernietigd. Hierdoor bestond gedurende de ontbindingsprocedure wellicht onzekerheid over het bestaan van een arbeidsovereenkomst tussen partijen, maar hij was er – in het geval het ontslag op staande voet ten onrechte was gegeven – wel degelijk. Het vonnis in de opzeggingsprocedure was in die tijd declaratoir van aard (de buitengerechtelijke vernietiging werd bevestigd) en niet constitutief. De voorwaarde waaronder de ontbinding werd uitgesproken luidde dan ook niet, zoals nu, ‘voor het geval de opzegging wordt vernietigd’, maar ‘voor het geval tussen partijen (nog) een arbeidsovereenkomst mocht (blijken te) bestaan’. Een voorwaardelijke ontbinding was niet slechts mogelijk na een ontslag op staande voet, maar ook in situaties waarin om een andere reden onduidelijkheid bestond over het al dan niet bestaan van een arbeidsovereenkomst. Bijvoorbeeld omdat de werkgever meende dat sprake was van een overeenkomst van opdracht (in dat geval was art. 7:685 (oud) BW niet van toepassing; zie HR 8 november 1996, *JAR* 1996/249 (Sijthoff/Ouwerkerk)).

Doordat een opzegging niet meer buitengerechtelijk kan worden vernietigd, is het systeem thans wezenlijk anders. Nu is een ontslag op staande voet pas van de baan op het moment dat de kantonrechter in de opzeggingsprocedure beschikking wijst (en daarin, uiteraard, het ontslag vernietigt). Tot die tijd is 100% zeker dat geen arbeidsovereenkomst bestaat. Toch heeft de Hoge Raad in de Mediant-beschikking geaccepteerd dat een voorwaardelijke ontbinding ook onder het huidige stelsel mogelijk is. In dat geval is de redenering (kennelijk) dat ten tijde van de ontbindingsbeschikking weliswaar geen arbeidsovereenkomst bestaat, maar dat na de vernietiging van de opzegging komt vast te staan dat die er – achteraf bezien – op dat moment toch was. Door de vernietiging van de opzegging moet immers worden uitgegaan van de juridische fictie dat nimmer een opzegging heeft plaatsgevonden.

Daarvandaan is het naar mijn mening maar een kleine stap om ook te accepteren dat een ontbinding wordt uitgesproken voor het geval de arbeidsovereenkomst wordt hersteld. Ook in dat geval bestaat op het moment van de ontbindingsbeschikking (mogelijk) geen arbeidsovereenkomst, maar is die er door het herstel achteraf gezien toch. Wel is naar mijn mening vereist dat de arbeidsovereenkomst wordt 'hersteld' met terugwerkende kracht tot een datum gelegen vóór de ontbindingsbeschikking. Alleen in dat geval kan de juridische fictie worden gehanteerd dat ten tijde van die beschikking een arbeidsovereenkomst bestond die vatbaar was voor ontbinding.

Mijn vermoeden is dat ook de Hoge Raad een ontbinding voor het geval de arbeidsovereenkomst zou worden hersteld, mogelijk acht. In de Vlisco-beschikking verwerpt de Hoge Raad immers eerst onderdeel 2 van het cassatiemiddel op de grond dat dat onderdeel op de onjuiste veronderstelling berust dat in appel nog sprake zou kunnen zijn van een vernietiging van een opzegging. Daarna corrigeert de Hoge Raad, naar aanleiding van dit middelonderdeel, een verschrijving in de Mediant-beschikking om duidelijk te maken dat de sanctie in een opzeggingsprocedure in hoger beroep herstel van de arbeidsovereenkomst is en niet vernietiging van de opzegging. Pas na deze twee oordelen leert de Hoge Raad ons dat ook in hoger beroep een voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan worden uitgesproken. Indien de Hoge Raad zou menen dat een dergelijke ontbinding niet kan onder de voorwaarde dat herstel zou worden bevolen, had het tegen de achtergrond van de twee direct voorafgaande oordelen in de rede gelegen dat hij dat expliciet had vermeld. Door die twee eerdere oordelen moet de Hoge Raad immers wel scherp op het netvlies hebben gehad dat in appel alleen nog herstel van de arbeidsovereenkomst kan worden bevolen en dat het niet langer mogelijk is het ontslag te vernietigen. Ik voel mij in deze gedachte gesterkt door het feit dat de Hoge Raad zijn oordeel dat een voorwaardelijke ontbinding ook in appel mogelijk is, motiveert door te wijzen op overwegingen in de Mediant-beschikking die ervan uitgaan dat de opzeggings- en de ontbindingsprocedure in dezelfde instantie verkeren. Dat toont dat de Hoge Raad in ieder geval niet het oog heeft op de situatie waarin de opzeggingsprocedure nog in eerste aanleg aanhangig is, in welk geval een ontbinding in hoger beroep zou kunnen worden uitgesproken op de voorwaarde dat het ontslag op staande voet wordt vernietigd.

5. Slot

Met de Vlisco-beschikking is duidelijk dat het voorwaardelijk ontbinden van een arbeidsovereenkomst niet tot het exclusieve domein van de kantonrechter behoort. Ook de appelrechter is daartoe bevoegd. Dit kan in de praktijk evenwel tot de nodige hoofdbreken en complicaties leiden. In het voorgaande heb ik geprobeerd enig overzicht te bieden door de mogelijke scenario's die zich voor kunnen doen op een rij te zetten en enkele daarbij optredende complicaties te bespreken. De belangrijkste vraag die mijns inziens nog resteert is

of een ontbinding ook mogelijk is onder de voorwaarde dat in de opzeggingsprocedure herstel van de arbeidsovereenkomst wordt bevolen. Ik vermoed dat het antwoord bevestigend zal luiden. Persoonlijk zou ik menen dat dan wel een vereiste zou moeten zijn dat de arbeidsovereenkomst wordt 'hersteld' met terugwerkende kracht tot een datum gelegen vóór de ontbindingsbeschikking.