

Nieuwsbrief AR Updates - Nummer 25, 2018

Nummer 25, 2018

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:2018:2493 12-06-2018

werknemer/werkgeefster

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1949 12-06-2018

werknemer/Tata Steel IJmuiden B.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1948 12-06-2018

werknemers/Balans Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten B.V. en Constant Dienstverlening B.V.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:5383 11-06-2018

Café-Restaurant Sprookjeshof B.V./werkneemster

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:5278 07-06-2018

IB-Trade B.V./werknemer

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1866 05-06-2018

werknemer/Cooperatieve Rabobank U.A.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1872 05-06-2018

werknemer/Taxicentrale O-Tax N.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1839 29-05-2018

werknemer/werkgeefster

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1843 29-05-2018

werknemer/ABN AMRO Bank N.V.

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1815 22-05-2018

werknemer/New York Pizza Delivery

Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2018:1814 22-05-2018

werknemer/werkgever

Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2011:BP7414 04-01-2011

werkneemster/werkgever

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:4869](#) 13-06-2018

Onstream Project Services B.V./werknemer

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:4989](#) 12-06-2018

IP Nederland/werkneemster

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:4576](#) 11-06-2018

HVO Meat B.V./werknemer

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:5370](#) 07-06-2018

werknemer/Stichting Voortgezet Onderwijs Parstad Limburg

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:5370](#) 07-06-2018

werknemer/stichting voortgezet onderwijs parkstad Limburg

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:4920](#) 05-06-2018

Vitec Imaging Distribution Benelux B.V./werkneemster

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:4854](#) 04-06-2018

The Gap Partnership Netherlands B.V./werknemer

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:4851](#) 04-06-2018

werknemer/Subito Dienstverlening B.V.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:4537](#) 04-06-2018

Facta Aandrijftechniek B.V./werknemer

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2018:1995](#) 24-05-2018

werknemer/ A.T.R. Excellent Thermo Logistics B.V

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:4710](#) 04-05-2018

werknemer/Actie Radius speciaal transport & koeriers B.V.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:445](#) 16-01-2018

werknemer/KLM

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:10873](#) 22-12-2017

werknemer/Seebregts & Saey Strafrechtadvocaten B.V.

Centrale Raad van Beroep

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2018:1744](#) 13-06-2018

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2018:1729](#) 13-06-2018

[Centrale Raad van Beroep, ECLI:NL:CRVB:2018:1650](#) 30-05-2018

Uitspraken zonder ECLI

Rechtbank Oost-Brabant 05-06-2018

werknemer/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Zeeland-West-Brabant 31-05-2018

Van der Stap Notarissen B.V./werkneemster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Den Haag 31-05-2018

werkgeefster/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Rechtbank Gelderland 12-04-2018

werkneemster/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

Hoe marginaal is de toetsing door de Ondernemingskamer?

mr. dr. L.C.J. Sprengers

RECHTSPRAAK

Onstream Project Services B.V./werknemer

Hoewel werknemer regelmatig aanvaringen heeft met zijn leidinggevend, is volgens de kantonrechter geen sprake van een verstoorde arbeidsverhouding.

Feiten

Werknemer is op 4 november 2013 in dienst getreden bij Onstream Project Services B.V. (hierna: OPS) in de functie van 'operations manager'. In deze hoedanigheid is werknemer verantwoordelijk voor het functioneren van de vestiging van OPS in Den Helder. Tijdens zijn dienstverband heeft werknemer meerdere malen aanvaringen met het management van OPS gehad. Zo heeft hij in mei 2017 een e-mailbericht aan het management van OPS gestuurd, waarin hij op verontwaardigende wijze aangaf dat het salaris van het flex-personeel nog niet was uitbetaald. Ook heeft werknemer op 31 mei 2017 een officiële waarschuwing gekregen, omdat hij te laat was met het aanleveren van een wekelijks rapport. Op 21 september 2017 heeft werknemer een woordenwisseling met het management gehad, omdat hij niet kon begrijpen dat een van zijn medewerkers naar aanleiding van het te laat factureren een waarschuwingsbrief heeft ontvangen. Eind 2017 heeft werknemer eigener beweging een e-mail naar alle OPS-medewerkers gestuurd en hun gevraagd of zij – als gevolg van een calamiteit met betrekking tot het gebruik van een met asbest besmet straalmiddel – in aanraking zijn geweest met asbest. De directie van OPS heeft werknemer hierop aangesproken, omdat hij niet bevoegd was dit bericht eigenmachtig te versturen. Op 19 januari 2018 is werknemer op non-actief gesteld. OPS verzoekt thans ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsverhouding (g-grond). Aan het verzoek legt zij ten grondslag dat werknemer een eigengereide werkwijze heeft en zijn boekje als operations manager te buiten gaat. Daarnaast is zijn manier van communicatie onvriendelijk en respectloos en weigert hij het gezag van de directeur en aandeelhouders te erkennen.

Oordeel

De verwijten

De kantonrechter oordeelt als volgt. De omstandigheid dat werknemer een verontwaardigd bericht aan het management heeft gestuurd omdat het salaris van het flex-personeel niet op tijd is uitbetaald, kan niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst leiden. Hoewel werknemer zich op dit punt onvriendelijk dan wel respectloos heeft uitgelaten, heeft evenwel te gelden dat hij hiervoor zijn excuses heeft gemaakt. De waarschuwing voor het niet tijdig aanleveren van een weekrapport leidt evenmin tot ontbinding, omdat niet is komen vast te staan dat werknemer hiervoor 'herhaaldelijk' is gewaarschuwd. De omstandigheid dat werknemer is opgekomen voor de belangen van een medewerker, kan naar het oordeel van de kantonrechter niet als ongepast worden gekwalificeerd. Ten aanzien van het asbestincident stelt werknemer dat hij enkel wilde inventariseren wie met asbesthoudend materiaal heeft gewerkt en dat de gemoederen hoog opliepen, terwijl hij van het hogere management op dit punt geen instructies heeft gekregen waarop hij kon terugvallen. Hoewel werknemer weliswaar eigenmachtig heeft gehandeld, is volgens de kantonrechter wel van verzachtende omstandigheden gebleken.

Geen verstoorde arbeidsverhouding

Naar het oordeel van de kantonrechter kan werknemer hoogstens als een enigszins eigengereide man met een eigen mening worden gekenschetst. Iemand die beslissingen van zijn leidinggevenden niet klakkeloos overneemt. Soms gaat hij daarbij over de schreef, maar hij maakt hiervoor wel zijn excuses. Soms doet hij dingen op eigen houtje, maar daarvoor heeft hij plausibele argumenten aangevoerd. Ook staat vast dat werknemer inhoudelijk een steekje heeft laten vallen (door een weekrapport te laat aan te leveren), maar dat ziet veeleer op het functioneren van werknemer en niet op de gestelde verstoorde arbeidsverhouding. Verder is ook niet gebleken dat OPS heeft geprobeerd de gestelde verstoring van de arbeidsverhouding op te lossen, bijvoorbeeld door een mediator in te schakelen. Het ontbindingsverzoek wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 13-06-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:4869

Zaaknummer: 6780830 \ AO VERZ 18-37 WS

Rechters: W.A. Swildens

Advocaten: A. van der Kolk en D. Groen

Wetsartikelen: 7:669 lid 1 BW, 7:669 lid 3 sub g BW en 7:671b lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Schending informatieplicht; geen dringende redenen aanwezig die afzien van intrekking en terugvordering uitkering rechtvaardigen.

Betrokkene wordt met ingang van 3 februari 2014 in aanmerking gebracht voor een WW-uitkering berekend naar een gemiddeld aantal arbeidsuren van 36 per week. Naar aanleiding van een anonieme melding verricht UWV onderzoek naar de rechtmatigheid van de aan betrokkene betaalde WW-uitkering. Uit dit onderzoek wordt geconcludeerd dat betrokkene in de periode september 2014 tot januari 2015 fulltime hulp heeft geboden in de onderneming van een vriend, bij wijze van vriendendienst, omdat de echtgenote van die vriend ernstig ziek was. Betrokkene heeft geen vergoeding voor zijn werkzaamheden ontvangen. Bij besluit van 13 maart 2015 trekt UWV de WW-uitkering van betrokkene met ingang van 1 september 2014 in, omdat betrokkene voornoemde werkzaamheden niet heeft gemeld. Tevens is de onverschuldigd betaalde WW-uitkering teruggevorderd en is aan betrokkene een boete opgelegd. De rechtbank heeft het beroep van betrokkene tegen dit besluit gegrond verklaard, nu naar het oordeel van de rechtbank sprake is van dringende redenen om af te zien van het terugvorderen van WW-uitkering en het opleggen van een boete. Die dringende redenen zijn gelegen in de omstandigheid dat betrokkene niet opzettelijk heeft nagelaten appellant te informeren, aangezien hij zijn werkzaamheden als vriendendienst zag en hij enkel heeft gehandeld uit medemenselijkheid. De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. Naar het oordeel van de Raad kunnen, anders dan betrokkene heeft gesteld, de werkzaamheden in kwestie niet worden aangemerkt als vriendendienst of vrijwilligerswerk, omdat zij zijn verricht in het economisch verkeer en er het verkrijgen van geldelijk voordeel mee is beoogd dan wel, volgens de in het maatschappelijk verkeer geldende normen, redelijkerwijs kon worden verwacht. Het al dan niet daadwerkelijk ontvangen van een vergoeding is hierbij niet van belang. De werkzaamheden zijn dan ook te beschouwen als werkzaamheden uit hoofde waarvan betrokkene op grond van de WW niet als werknemer wordt beschouwd. Betrokkene heeft derhalve de inlichtingenplicht van artikel 25 WW geschonden. De Raad overweegt voorts dat dringende redenen voor het afzien van intrekking en terugvordering van de uitkering slechts gelegen kunnen zijn in de onaanvaardbaarheid van de gevolgen die de terugvordering voor een verzekerde heeft. Naar het oordeel van de Raad is hier geen sprake van. De Centrale Raad van Beroep vernietigt de aangevallen uitspraak.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 13-06-2018

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2018:1729

Zaaknummer: 16/1962 WW

Rechters: H.G. Rottier, B.M. van Dun en E. Dijt

Wetsartikelen: 8 lid 1 WW, 20 lid 1 sub a WW en 25 WW

RECHTSPRAAK

Uwv heeft ten onrechte besloten de opgelegde loonsanctie niet te bekorten. Vernietiging bestreden besluit. CRvB bepaalt dat de loonsanctie eindigt op 29 april 2015.

Werknemer is in dienst van appellante werkzaam als calculator/werkvoorbereider voor 40 uur per week. In 2009 wordt hij getroffen door een hartstilstand. De werknemer houdt aan de reanimatie cognitieve stoornissen over. Hij verricht passende arbeid. Na aanvraag van een WIA-uitkering op 15 juli 2015 legt UWV een administratieve loonsanctie op en beslist afwijzend op het verzoek de loonsanctie te bekorten. Een arbeidsdeskundige van UWV stelt vast dat geen sprake is van een bevredigend re-integratieresultaat, omdat werknemer niet werkzaam is in structureel werk dat aansluit bij zijn functionele mogelijkheden. Het bezwaar en beroep tegen het besluit om de loonsanctie niet te bekorten worden ongegrond verklaard. In hoger beroep handhaaft appellante haar standpunt dat haar bedrijfsarts in januari 2014 terecht van opvatting was dat bij werknemer sprake was van marginaal benutbare mogelijkheden. Op grond van die mogelijkheden is werknemer bij appellante maximaal in aangepaste arbeid werkzaam geweest. Daarbij stond hij steeds onder rechtstreeks toezicht of kreeg hij intensieve begeleiding wat in het vrije bedrijfsleven niet mogelijk is. Volgens appellante is zij terecht tot de conclusie gekomen dat er voor werknemer geen arbeidsmogelijkheden waren. Voor zover haar een verwijt kan worden gemaakt wat de re integratie inspanningen betreft, is appellante van mening dat zij daarvoor een deugdelijke grond heeft. De Centrale Raad van Beroep oordeelt als volgt. De arbeidsdeskundige bezwaar en beroep heeft blijkens het rapport van 20 november 2015 het rapport van de arbeidsdeskundige onderstreept. De arbeidsdeskundige heeft de verkeerde betekenis toegekend aan het rapport van de verzekeringsarts bezwaar en beroep van 2 oktober 2015. Uit het rapport blijkt dat de primair arbeidsdeskundige is uitgegaan van onjuiste medische beperkingen van werknemer. Op grond van de bevindingen van de verzekeringsarts bezwaar en beroep kan worden aangenomen dat bij het arbeidskundig onderzoek dat is verricht door een arbeidsdeskundige van Verzuim & Zo, niet is uitgegaan van een te beperkt belastbaarheidsprofiel van werknemer. De arbeidsdeskundige bezwaar en beroep heeft zich, hoewel de verzekeringsarts bezwaar en beroep de bedrijfsarts in de medische beoordeling heeft gevolgd, op het standpunt gesteld dat ten onrechte niet ook in het tweede spoor re

integratie inspanningen zijn verricht. Met inachtneming van de FML van 20 augustus 2015 heeft de arbeidsdeskundige nog voldoende passende functies op de vrije arbeidsmarkt weten te duiden. Bovendien is aan de werknemer een loongerelateerde WGA-uitkering toegekend. Het standpunt van UWV kan niet worden gevolgd. In een loonsanctiezaak als hier aan de orde gaat het om de vraag of de werkgever in redelijkheid heeft kunnen komen tot de re integratie inspanningen die zijn verricht, niet of voor de werknemer theoretische functies op de arbeidsmarkt kunnen worden geselecteerd zoals dat gebeurt in het kader van een arbeidsongeschiktheidsbeoordeling. Het is vaste rechtspraak (zie bijvoorbeeld de uitspraak van 16 maart 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:940) dat het toekennen van een WIA uitkering niet tot de conclusie kan leiden dat een betrokkene een deugdelijke grond had om geen re integratie inspanningen in het tweede spoor te starten. Omgekeerd moet ook gelden dat een latere beoordeling van de WIA aanspraken, waarbij de arbeidsdeskundige het mogelijk acht functies te duiden, op zichzelf niet automatisch betekent dat daarmee is aangetoond dat re integratie inspanningen in het tweede spoor hadden moeten worden gestart. In de uitspraak van 16 maart 2016 is daarover geoordeeld dat de toekenning van een WIA uitkering achteraf heeft plaatsgevonden op basis van andere beoordelingsmaatstaven dan aan de orde zijn in zaken als de onderhavige. De motivering van de arbeidsdeskundigen van het UWV op grond waarvan bekorting van de loonsanctie is geweigerd berusten niet op een deugdelijke motivering. Gelet op de medische en arbeidskundige gegevens zijn er geen aanknopingspunten om te oordelen dat appellante in haar re integratieverplichtingen is tekortgeschoten. UWV heeft ten onrechte besloten de opgelegde loonsanctie niet te bekorten. Het hoger beroep van appellante slaagt.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 13-06-2018

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2018:1744

Zaaknummer: 16/5100 WIA

Rechters: J.S. van der Kolk, E.W. Akkerman en A.T. de Kwaasteniet

Wetsartikelen: 25 lid 9 WIA en 65 WIA

RECHTSPRAAK

IP Nederland/werkneemster

Werkneemster zonder gegronde reden beschuldigen van belemmering van re-integratieproces levert ernstig verwijtbaar handelen op. Billijke vergoeding en transitievergoeding toegewezen.

Feiten

Werkneemster is op 15 april 2013 in dienst getreden bij IP Nederland (hierna: IP) in de functie van algemeen incassomedewerker. Haar brutosalaris bedraagt € 1.638 inclusief vakantietoeslag. Op 22 augustus 2017 heeft werkneemster via WhatsApp aan IP laten weten dat zij zich niet goed voelde en daarom een vrije dag wilde opnemen. Op 23 en 25 augustus en 3 en 4 september 2017 heeft werkneemster wederom via WhatsApp laten weten dat het niet goed ging en dat zij niet kon werken. Op 11 september 2017 heeft de bedrijfsarts vastgesteld dat werkneemster wegens ziekte niet in staat was om te werken. Vervolgens heeft hij op 9 oktober 2017 geconcludeerd dat 22 augustus 2017 als eerste ziektedag van werkneemster moet worden aangemerkt. Op 7 november 2017 heeft de Arboverpleegkundige geconcludeerd dat sprake was van een arbeidsconflict en mediation aangeraden. Op 27 november 2017 hebben de mediator en werkneemster een gesprek gevoerd, dat uiteindelijk is geëscaleerd. Nadien is werkneemster niet meer verschenen op een afspraak die zij met de arbodienst had. Op advies van de arbodienst, en in een poging medewerking van werkneemster af te dwingen, heeft IP de loonbetaling van werkneemster op 29 november 2017 gestaakt. IP blijft twijfelen aan de medische situatie van werkneemster, omdat zij weigert mee te werken aan de (verdere) beoordeling van haar arbeids(on)geschiktheid. Om die reden verzoekt IP thans ontbinding op de e-grond en g-grond. Ook werkneemster verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Daarnaast verzoekt zij om toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding.

Oordeel

Verwijtbaar handelen (e-grond)

IP voert aan dat werkneemster op 22 augustus 2017 zonder gegronde reden is weggebleven van haar werk. De kantonrechter volgt IP hierin niet en sluit zich aan bij het oordeel van de

bedrijfsarts dat de eerste ziektedag van werknemster op 22 augustus 2017 is aangevangen. Hoewel aanvankelijk niet duidelijk was dat werknemster zich ziek meldde, kan volgens de kantonrechter uit latere WhatsApp-berichten worden afgeleid dat werknemster reeds vanaf 22 augustus wegens ziekte niet kon werken. Dit blijkt ook uit het feit dat IP de ziekmelding op 5 september 2017 aan de arbodienst heeft doorgegeven. De kantonrechter gaat eveneens voorbij aan de stelling dat werknemster niet heeft meegewerkt aan het re-integratieproces, nu uit het door partijen overgelegde deskundigenoordeel blijkt dat het UWV heeft vastgesteld dat werknemster zich niet heeft onttrokken aan de re-integratie en de door haar uitgevoerde re-integratie-inspanningen voldoende zijn. Van verwijtbaar handelen aan de zijde van werknemster is dan ook geen sprake. De kantonrechter is evenwel van oordeel dat het ontbindingsverzoek van IP op de g-grond kan worden toegewezen. Dit heeft te maken met de omstandigheid dat werknemster bij wijze van tegenverzoek zelf ook om ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding heeft verzocht en derhalve zelf evenmin vertrouwen heeft in een vruchtbare samenwerking in de toekomst. IP wordt daarbij nog veroordeeld tot betaling van een transitievergoeding van € 3.538.

Ernstig verwijtbaar handelen

In het verlengde van het vorenstaande oordeelt de kantonrechter dat de vastgestelde verstoorde arbeidsverhouding door IP is veroorzaakt en haar ter zake daarvan een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hierbij is het volgende van belang. In de eerste plaats is niet komen vast te staan dat werknemster haar re-integratieverplichtingen heeft geschonden. Hoewel het eerste mediationgesprek is geëscaleerd, is tegelijkertijd niet komen vast te staan dat de escalatie enkel aan werknemster is toe te rekenen. IP had zich ervan moeten vergewissen waarom het gesprek escaleerde en zo nodig een bedrijfsarts moeten inschakelen, maar heeft dit nagelaten. Ook is gebleken dat de afspraak met de Arboverpleegkundige – waar werknemster niet is komen opdagen – te laat aan werknemster is bevestigd. In de tweede plaats wordt IP verweten dat zij zonder gegronde reden een loonstop heeft toegepast en werknemster daaraan voorafgaand evenmin heeft gewaarschuwd. Verder wordt IP verweten dat zij ten onrechte is uitgegaan van de stelling dat werknemster haar re-integratieproces (moedwillig) belemmerde en deze onjuiste stelling heeft aangewend om beëindiging van de arbeidsverhouding te bewerkstelligen.

Hoogte billijke vergoeding

Bij het berekenen van de hoogte van de billijke vergoeding houdt de kantonrechter rekening met het bedrag dat werknemster aan loon zou hebben genoten als het re-integratietraject zou zijn voortgezet. Het inkomensverlies wordt – bij gebreke van onderbouwing van een passende compensatie – door de kantonrechter geschat op 30% en komt neer op € 5.896,80. Omdat de

transitievergoeding mede bedoeld is om een werknemer in staat te stellen ander werk te verkrijgen – en de daarmee gepaard gaande kosten worden geschat op € 2.000 – zal deze tot € 1.538 in mindering worden gebracht. Verder worden nog enkele omstandigheden meegewogen die het ernstig verwijtbaar handelen van IP nuanceren, te weten: de loonstop is op advies van de arbodienst toegepast; het opschortingsberoep van werkneemster droeg niet bij aan een oplossing en IP heeft werkneemster voorafgaand aan haar ziekmelding vier jaar lang begeleid. De billijke vergoeding wordt vastgesteld op € 4.500.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 12-06-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:4989

Zaaknummer: 6803945 \ AO VERZ 18-43 (NE)

Rechters: M.C. van Rijn

Advocaten: M.A. Decoz en J.F.R. Eisenberger

Wetsartikelen: 7:629 lid 7 BW, 7:669 lid 1 BW, 7:669 lid 3 sube BW, 7:669 lid 3 sub g BW, 7:671b lid 1 sub a BW en 7:671b lid 8 sub c BW

RECHTSPRAAK

HVO Meat B.V./werknemer

Forse alcoholverslaving van werknemer leidt tot reflexwerking van opzegverbod. Ontbinding e-grond afgewezen.

Feiten

Werknemer is op 1 oktober 1999 bij HVO Meat B.V. (hierna: HVO) in dienst getreden, laatstelijk in de functie van vleesbewerker. Werknemer is alcoholverslaafd en heeft zich meerdere malen in een beschonken toestand op de werkvloer begeven. Op 12 september 2017 heeft HVO hem hiervoor een officiële waarschuwing gegeven. Op 16 maart 2018 is werknemer wederom onder invloed van alcohol op het werk verschenen, waarna hij door HVO op non-actief is gesteld. HVO verzoekt thans ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verwijtbaar handelen (e-grond). Aan het ontbindingsverzoek legt zij ten grondslag dat bij HVO met messen en gevaarlijke machines wordt gewerkt, zodat het onder invloed zijn van alcohol tijdens werktijd onacceptabel is. Het handelen van werknemer kan volgens HVO als verwijtbaar worden aangemerkt, omdat hij meerdere malen de bedrijfsregels heeft overtreden en niet alleen zichzelf maar ook andere collega's in gevaar heeft gebracht door in een beschonken toestand op het werk te verschijnen. Werknemer – die zich op 13 april 2018 heeft ziekgemeld – voert aan dat het ontbindingsverzoek dient te worden afgewezen, omdat sprake is van een opzegverbod tijdens ziekte.

Oordeel

Vast staat dat werknemer zich pas op 13 april 2018 heeft ziekgemeld, terwijl het verzoekschrift tot ontbinding bij de kantonrechter reeds daarvoor – te weten: op 23 maart 2018 – is ingediend. Hoewel om die reden strikt genomen geen sprake is van een opzegverbod tijdens ziekte, zou een dergelijk oordeel volgens de kantonrechter een onredelijke uitkomst met zich brengen. Hierbij is het volgende van belang. Op zitting is komen vast te staan dat werknemer is teruggevallen in alcoholmisbruik, nadat zijn vrouw in april 2017 heeft aangekondigd van hem te willen scheiden. Uit een verslag van de psychiater van werknemer blijkt dat deze persoonlijke omstandigheid heeft geleid tot een forse alcoholproblematiek bij werknemer met een minimale inname van 15/16 flesjes bier per dag. Ook heeft HVO op zitting verklaard dat

werknemer vanaf april 2017 steeds vaker naar alcohol rook. De kantonrechter neemt dan ook aan dat de alcoholverslaving van werknemer in ieder geval vanaf april 2017 als ziekte kan worden gekwalificeerd. Deze vaststelling rechtvaardigt de conclusie dat werknemer de facto ten tijde van het indienen van het verzoekschrift al ziek was, zodat reflexwerking van het opzegverbod volgens de kantonrechter op zijn plaats is. Dit is temeer het geval, nu het ontbindingsverzoek direct verband houdt met de gevolgen van de verslavingsproblematiek van werknemer. Tot slot wordt overwogen dat hoewel HVO terecht heeft geconcludeerd dat het gedrag van werknemer niet valt te tolereren, het evenwel op de weg van HVO had gelegen werknemer te ondersteunen en hulp te bieden in plaats van hem te sanctioneren. HVO was namelijk op de hoogte van de privésituatie van werknemer en had derhalve kunnen zien dat hij de situatie niet onder controle had. Bovendien heeft werknemer ook een verstandelijke beperking, waarmee HVO eveneens bekend is. Het vorenstaande leidt dan ook tot het oordeel dat het ontbindingsverzoek dient te worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 11-06-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:4576

Zaaknummer: 6757944 \ VZ VERZ 18-6333

Rechters: T.M.J. Smits

Advocaten: J.C. Brökling en P. Sium

Wetsartikelen: 7:66g lid 1 BW, 7:66g lid 3 sub e BW, 7:67o lid 1 BW en 7:671b lid 7 BW

RECHTSPRAAK

Vitec Imaging Distribution Benelux B.V./werkneemster

Ontbinding wegens disfunctioneren omdat de tekortkomingen en gebreken van werkneemster betrekking hebben op haar kerntaken. Ook heeft zij het verbetertraject moedwillig gefrustreerd.

Feiten

Werkneemster is op 20 juni 2016 in dienst getreden bij Vitec Imaging Distribution Benelux B.V. (hierna: Vitec) en vervult de functie van Accounting Officer, met een salaris van € 3.481,60 bruto per maand. Vanaf 14 november 2016 heeft Vitec meermaals aan werkneemster laten weten dat zij haar werkzaamheden niet naar behoren uitvoert. Zo heeft zij de jaarafsluiting over het jaar 2016 niet tijdig en correct afgerond, de financiële maandafsluitingen niet goed doorgevoerd, de week- en maandrapportages niet tijdig en onjuist afgeleverd, betalingsoverzichten van klanten en leveranciers foutief samengeteld en de debiteurenadministratie niet op orde gehouden. Op 6 december 2017 heeft Vitec aan werkneemster medegedeeld dat zij een verbetertraject moest volgen. Volgens Vitec heeft dit traject echter niet tot verbetering bij werkneemster geleid. Zo weigert zij volgens Vitec te reageren op gespreksverslagen die in het kader van het verbetertraject zijn gemaakt en neemt zij steeds een afwijkende houding aan wanneer zij op haar (dis)functioneren wordt aangesproken. Vitec meent dan ook dat de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren dient te worden ontbonden. Volgens werkneemster dient het ontbindingsverzoek te worden afgewezen, omdat haar disfunctioneren voor rekening en risico van Vitec komt. Zij stelt in dit verband dat zij is aangenomen voor de functie van Accounting Officer, maar in feite als accountant werkzaam is. Daarnaast stelt zij dat zij moet werken met gebrekkige systemen, de verwijten aan haar adres nooit zijn geconcretiseerd en het verbetertraject en de functioneringsgesprekken niet adequaat zijn verlopen.

Oordeel

Ongeschiktheid

De kantonrechter overweegt dat in redelijkheid kan worden geoordeeld dat sprake is van

disfunctioneren van werknemster. Vitec heeft namelijk in voldoende mate aangetoond dat de tekortkomingen en gebreken van werknemster zien op de kerntaken van haar functie als Accounting Officer. Hierbij gaat het om het niet tijdig en/of onjuist opstellen van de financiële week- en maandrapportages, jaarstukken, betalingsoverzichten en debiteurenadministratie. Daarbij is komen vast te staan dat deze tekortkomingen en gebreken in meerdere e-mails van maar liefst zeven medewerkers van Vitec in concreto zijn beschreven en in meerdere gespreksverslagen zijn genoemd.

Overeengekomen werkzaamheden

De kantonrechter gaat voorbij aan het verweer van werknemster dat Vitec in feite van haar verwacht dat zij werkzaamheden als accountant verricht. In de advertentietekst van de vacature waarop werknemster heeft gesolliciteerd staat namelijk dat de werkzaamheden van een Accounting Officer (onder meer) bestaan uit: boekhoudkundige werkzaamheden, contractmanagement, voorbereiden van jaarcijfers, voorraadbeheer en rapportagewerkzaamheden zoals maandafsluitingen. Derhalve kan worden aangenomen dat de tekortkomingen en gebreken van werknemster aansluiten bij deze beschrijving en (in essentie) zien op dezelfde taken. Verder is van belang dat werknemster in haar curriculum vitae heeft aangegeven dat zij veertien jaar in 'Finance' heeft gewerkt en bekend is met 'All facets of financial accounting', waaronder taken als: 'creditmanaging' en 'debt collecting'. Vitec mocht dan ook aannemen dat werknemster in staat was tot het verrichten van debiteurbeheerwerkzaamheden. De kantonrechter concludeert dat Vitec werknemster aldus terecht heeft beoordeeld op basis van de taken die behoren tot de overeengekomen werkzaamheden van Accounting Officer.

Tijdige kennisgeving/gelegenheid tot verbetering

Volgens de kantonrechter heeft Vitec werknemster ook tijdig in kennis gesteld van de tekortkomingen en gebreken en heeft werknemster voldoende gelegenheid gehad haar functioneren te verbeteren. Hierbij is het volgende van belang. In de periode 15 november 2016 tot 9 juni 2017 heeft Vitec werknemster in vijftien e-mails duidelijk gewezen op fouten, gebreken en noodzakelijke correcties in haar werkzaamheden en rapportages, waarbij ook telkens is aangegeven welke verbetering nodig was en dat werknemster in dat verband ondersteuning kon krijgen. Vervolgens heeft Vitec het functioneren van werknemster uitgebreid met haar besproken en is op 6 december 2017 een verbetertraject van (in beginsel) drie maanden gestart. Tijdens dit traject zijn verbeterdoelen geformuleerd en hebben partijen meerdere functioneringsgesprekken gevoerd. Hieruit volgt volgens de kantonrechter dat werknemster steeds de nodige begeleiding heeft gehad, de voortgang van het traject tussentijds is besproken en Vitec steeds de vinger aan de pols heeft gehouden.

Voortgang verbetertraject

Voorts stelt werkneemster dat Vitec het verbetertraject (ten onrechte) voortijdig heeft afgebroken. De kantonrechter volgt werkneemster hierin niet en oordeelt dat Vitec het verbetertraject van 'ongeveer drie maanden' na iets meer dan drie maanden heeft gestaakt, omdat de voortgang van het verbetertraject door de houding van werkneemster werd gefrustreerd. Daarnaast is de kantonrechter van oordeel dat Vitec het verbetertraject ook niet meer hoefde voort te zetten, omdat werkneemster zich gedurende het traject voortdurend afwijzend heeft opgesteld en nauwelijks kritiek erkende of ter harte nam. Ook is komen vast te staan dat werkneemster bijna twee maanden na het gesprek over het verbetertraject nog steeds geen kennis had genomen van het verslag daarvan en daarop nog niet had gereageerd, terwijl dit juist noodzakelijk is. Daarnaast heeft werkneemster tijdens een gesprek van 27 februari 2018 gezegd dat zij zich 'rot lacht om de situatie die is ontstaan' en dat zij 'toch niet luistert naar die spaghettivreters', waarmee zij haar Italiaanse collega's van Vitec bedoelde.

Conclusie

De kantonrechter merkt op dat herplaatsing niet meer in de rede ligt en dat werkneemster door haar gedrag en uitlatingen een verstoring in de arbeidsrelatie heeft veroorzaakt. Het ontbindingsverzoek wordt wegens disfunctioneren toegewezen. Wel maakt werkneemster aanspraak op een transitievergoeding van € 2.534,75.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 05-06-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:4920

Zaaknummer: 6785195 \ AO VERZ 18-39

Rechters: P.J. Jansen

Advocaten: J. Ramaker en D. van der Wal

Wetsartikelen: 7:669 lid 1 BW, 7:669 lid 3 onderdeel d BW en 7:673 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Facta Aandrijftechniek B.V./werknemer

Door onvoldoende te sturen op verbetering van de werkhouding van werknemer, heeft werkgeefster een verstoorde arbeidsverhouding veroorzaakt en ernstig verwijtbaar gehandeld. Billijke vergoeding ad € 75.000 toegewezen.

Feiten

Werknemer is op 30 november 1992 in dienst getreden bij Facta Aandrijftechniek B.V. (hierna: Facta). Zijn laatste functie is die van 'eerste monteur binnendienst' met een salaris van € 2.552,30 bruto per maand exclusief vakantietoeslag. In 2013 heeft werknemer een laatste officiële waarschuwing gekregen, omdat hij weigerde een werkopdracht uit te voeren. Daarbij is aan werknemer medegedeeld dat hij zou worden ontslagen, indien hij zijn houding niet zou verbeteren of een nieuw incident zou veroorzaken. Vervolgens zijn partijen in 2015 een eerste verbetertraject ten aanzien van het functioneren en het gedrag van werknemer gestart. Dit verbetertraject is afgesloten met een beoordelingsgesprek, waarbij het functioneren van werknemer met een 'onvoldoende' is beoordeeld en de arbeidsrelatie tussen partijen als 'verstoorde' is aangemerkt. Ondanks de negatieve beoordelingen heeft Facta besloten de situatie enige tijd aan te zien, waarna medio 2017 een tweede verbetertraject heeft plaatsgevonden. Werknemer heeft het tweede verbetertraject positief afgerond. Vervolgens is werknemer per 1 januari 2018 onder leiding geplaatst van een nieuwe leidinggevende, die na twee maanden heeft aangegeven dat sprake is van een onwerkbaar situatie met werknemer. Facta verzoekt derhalve ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de g-grond. Werknemer stemt in met ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst en verzoekt een transitievergoeding en billijke vergoeding.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt dat de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsverhouding wordt ontbonden, omdat tussen partijen vaststaat dat sprake is van een onherstelbaar verstoorde arbeidsverhouding. Deze verstoring is volgens de kantonrechter wel in overwegende mate te wijten aan het handelen van Facta, zodat haar ter zake hiervan een

ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hierbij is het volgende van belang.

Ernstig verwijtbaar handelen

Allereerst wordt overwogen dat Facta onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zich na het tweede, positief afgeronde, verbetertraject incidenten hebben voorgedaan. Hier komt bij dat werknemer ook na het tweede verbetertraject op geen enkel moment door Facta is gewaarschuwd dat het (toch) niet goed ging met zijn werkhouding en/of dat voor Facta de maat bijna vol was. Deze handelwijze is ernstig verwijtbaar, omdat vast is komen te staan dat Facta werknemer voorafgaand aan het tweede verbetertraject wél meermaals heeft aangesproken en gewaarschuwd. De kantonrechter kan dan ook niet aannemen dat de werkhouding van werknemer na de wissel van leidinggevende (verder) is verslechterd. Het had op de weg van Facta gelegen om in ieder geval te proberen de negatieve verhouding tussen werknemer en zijn nieuwe leidinggevende te verbeteren. In plaats daarvan heeft zij aan werknemer een vaststellingsovereenkomst overhandigd en gelijktijdig een ontbindingsverzoek ingediend. De slotsom is dat werknemer als gevolg van het ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van Facta aanspraak maakt op een billijke vergoeding. Daarnaast wordt Facta ook veroordeeld tot betaling van een transitievergoeding (€ 36.973,64 bruto).

Hoogte billijke vergoeding

De kantonrechter houdt bij het berekenen van de hoogte van de billijke vergoeding rekening met de omstandigheid dat werknemer – hoewel hij naar eigen zeggen een beperkte opleiding heeft genoten – een uitstekend vakman is en jarenlange werkervaring heeft. Ook wordt rekening gehouden met de onweersproken stelling van Facta dat in de werkomgeving van werknemer regelmatig vacatures bij soortgelijke ondernemingen openstaan, zodat aannemelijk wordt bevonden dat werknemer binnen afzienbare tijd een baan met vergelijkbaar salaris zal vinden. De billijke vergoeding wordt vastgesteld op € 75.000 bruto.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 04-06-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:4537

Zaaknummer: 6694131 \ AO VERZ 18-42

Rechters: W. Aardenburg

Advocaten: A.G. Moeijes en P.P.J.L. Appelman

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

RECHTSPRAAK

**werknemers/Balans Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten B.V.
en Constant Dienstverlening B.V.**

Ex-werknemers richten samen een vof op nadat zij bij werkgeefster zijn vertrokken. Werkgeefster houdt hen vervolgens aan hun non-concurrentiebeding. Het hof is echter van oordeel dat de ex-werknemers onbillijk worden benadeeld.

Feiten

Werkgeefster houdt zich bezig met interieurreiniging van gebouwen en is gevestigd in Sint-Pancras (Noord-Holland). Werknemer X is tot 15 juni 2016 bij werkgeefster in dienst in de functie van regiomanager. In de beëindigingsovereenkomst is opgenomen dat het non-concurrentie- en relatiebeding in duur beperkt wordt tot de looptijd van een jaar. Werknemer Y treedt op 16 mei 2011 bij werkgeefster in dienst in de functie van officemanager. In de arbeidsovereenkomst zijn een geheimhoudingsbeding, een non-concurrentiebeding en een relatiebeding opgenomen. In maart 2016 vinden gesprekken plaats tussen Y en werkgeefster over de mogelijke overname van een deel van de aandelen in werkgeefster door Y. Deze gesprekken lopen echter stuk. Kort daarna zegt werknemer de arbeidsovereenkomst op tegen 1 november 2016. Op 1 november richten X en Y een vennootschap onder firma op die zich bezighoudt met interieurreiniging van gebouwen. Deze vof is gevestigd in de buurt van werkgeefster. X en Y vorderen schorsing van de non-concurrentiebedingen. De kantonrechter wijst de vorderingen toe in die zin dat het non-concurrentiebedingen in ruimte beperkt worden tot een straal van 25 kilometer vanaf werkgeefster.

Oordeel

Afweging van de wederzijdse belangen van partijen voert het hof tot het voorlopig oordeel dat X en Y onbillijk worden benadeeld door de non-concurrentiebedingen. Het non-concurrentiebeding van X is op 15 oktober 2017 reeds geëindigd, zodat slechts het non-concurrentiebeding van Y nog aan de orde is. Partijen verschillen echter ook van mening of X en Y hun non-concurrentiebedingen hebben overtreden en/of onrechtmatig hebben

gehandeld jegens werkgeefster door hun onderneming te vestigen in Ankeveen en personeel te werven voor werkzaamheden te Haarlem. Zowel Y als X heeft daarom reëel belang bij schorsing van de non-concurrentiebedingen. Daartegenover is het belang van werkgeefster bij handhaving van de non-concurrentiebedingen nagenoeg afwezig. Op geen enkele manier is aannemelijk geworden dat X en Y bedrijfsvertrouwelijke informatie hebben verkregen en dat werkgeefster in enige mate heeft geïnvesteerd in het opleiden van X en Y. Dat Y persoonlijk contact met klanten van werkgeefster zou hebben gehad, heeft werkgeefster onvoldoende onderbouwd en bovendien is het belang daarvan aanzienlijk afgenomen door het tijdsverloop sinds 1 november 2016. Het benaderen van klanten van werkgeefster valt bovendien onder het bereik van de relatiebedingen. Op wiens initiatief de arbeidsovereenkomsten van X en Y tot een einde zijn gekomen kan gezien het vorenstaande in het midden blijven. Het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 12-06-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1948

Zaaknummer: 200.226.282/01

Rechters: W.H.F.M. Cortenraad, A.S. Arnold en F.J. Verbeek

Advocaten: D.J.W. Feddes en E.T. Vreugdenhil

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Tata Steel IJmuiden B.V.

Onterechte ontbinding op de d-grond. Arbeidsverhouding is verstoord gemaakt doordat werkgever ten onrechte beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft nagestreefd op grond van disfunctioneren. Ernstig verwijtbaar handelen werkgever. Toekenning billijke vergoeding van € 70.000 bruto.

Feiten

Werknemer is op 10 februari 1986 in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van Tata Steel als interne bedrijfspsycholoog. De laatste functie die werknemer vervulde, was die van Talent & Capability Manager. Op 7 september 2016 heeft C met werknemer een performancegesprek gevoerd, waarin zij heeft medegedeeld dat zij zeer ontevreden is over zijn prestaties. Het gesprek is bevestigd in de brief van 8 september 2016. Bij inleidend verzoekschrift heeft Tata Steel de kantonrechter verzocht om de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens disfunctioneren en een verstoorde arbeidsverhouding. De kantonrechter heeft geoordeeld dat Tata Steel tot de conclusie heeft kunnen komen dat de gewenste verbetering in de houding en het functioneren is uitgebleven en dat er geen aanwijzingen waren dat werknemer zich nog zou gaan verbeteren. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst met inachtneming van de geldende opzegtermijn ontbonden met ingang van 1 november 2017. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep.

Oordeel

Werknemer is voorafgaand aan het gesprek op 7 september 2016 onvoldoende duidelijk gemaakt dat hij zijn functioneren in die mate diende te verbeteren als C hem in dat gesprek heeft medegedeeld. De opmerkingen in de door werknemer overgelegde beoordelingsformulieren over de jaren 2012 tot 2016 hebben niet een dusdanig gewicht dat werknemer daaruit heeft moeten opmaken dat zijn functioneren ernstig te wensen overliet. Het hem vervolgens geboden verbetertraject is naar het oordeel van het hof te kort geweest en qua opzet en inhoud ontoereikend om daadwerkelijke verbetering te kunnen verwachten, met

name wat betreft de stijl van communiceren van werknemer. Het traject is bovendien voortijdig afgebroken nadat de door werknemer gepresenteerde showcase door G was afgekeurd, en in het beoordelingsgesprek op 5 april 2017 zijn de verbeterpunten niet meer geëvalueerd. Er is geen sprake is van een voldragen d-grond. Het hof is echter van oordeel dat de arbeidsverhouding tussen partijen zodanig verstoord is dat van Tata Steel in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het hof acht daarbij vooral van belang de slechte communicatie tussen C en werknemer en het kennelijk geheel weggefallen vertrouwen binnen Tata Steel in de capaciteiten van werknemer, waardoor terugkeer van werknemer in zijn vroegere of een andere, passende HR-functie niet in de rede ligt. De wijze waarop Tata Steel zich jegens werknemer heeft opgesteld in de periode vanaf 7 september 2016 tot het feitelijk eindigen van zijn werkzaamheden op 6 april 2017, waaronder de weigering om een mediator in te schakelen en het uitblijven van een beoordeling of werknemer de verbeterpunten had gerealiseerd, en de manier waarop werknemer op zijn laatste werkdag na een dienstverband van 31 jaar uit het pand van Tata Steel is vertrokken, dragen ertoe bij dat werkhervatting uitgesloten moet worden geacht. Voor het hof staat buiten twijfel dat de arbeidsverhouding tussen partijen pas verstoord is geraakt in de loop van het najaar van 2016 toen werknemer zich verzette tegen de kritiek op zijn functioneren en – aanvankelijk – tegen het hem aangeboden verbetertraject. Uit de overgelegde correspondentie blijkt dat met name C zich in toenemende mate heeft geërgerd aan de opstelling van werknemer en zich daarover in steeds scherpere bewoordingen heeft uitgelaten. Anders gezegd, doordat Tata Steel ten onrechte beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft nagestreefd op basis van ongeschiktheid als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 aanhef en sub d BW is een verstoring van de arbeidsverhouding ontstaan. Het hof ziet daarin aanleiding om aan werknemer ten laste van Tata Steel een billijke vergoeding toe te kennen van € 70.000 bruto omdat Tata Steel op deze manier ernstig verwijtbaar heeft gehandeld.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 12-06-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1949

Zaaknummer: 200.228.452/01

Rechters: H.M.M. Steenberghe, W.H.F.M. Cortenraad en F.J. Verbeek

Advocaten: E.F. Seunke en C.C. Oberman

Wetsartikelen: 7:683 lid 3 BW, 6:96 BW, 7:669 lid 3 sub d BW, 7:671b BW en 7:669 lid 3 sub g BW

RECHTSPRAAK

Café-Restaurant Sprookjeshof B.V./werkneemster

Op non-actiefstelling gevolgd door ontslag. Overuren en andere looncomponenten van invloed op hoogte transitievergoeding. Bij berekening billijke vergoeding ook verdiscontering van de kans dat een niet gevolgd verbetertraject een positieve uitkomst zou hebben gehad.

Feiten

Werkneemster is in 2015 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij Sprookjeshof, in de functie van bedrijfsmanager. Op de arbeidsovereenkomst is het arbeidsvoorwaardenreglement van de Koninklijke Horeca Nederland van toepassing verklaard. Het reglement bevat bepalingen over feestdagencompensatie, overwerk en overwerkcompensatie. Op 12 juni 2015 heeft werkneemster aan C. bericht dat zij met 32 uur per week niet uitkwam, dat zij te veel tijd-voor-tijduren zou opbouwen, dat het niet haalbaar was om die in de winter op te nemen en dat zij dat ook niet wilde. In januari 2016 heeft Sprookjeshof een (vakantie)vliegticket voor werkneemster betaald ter compensatie van opgebouwde overuren. Op 13 juli 2017 heeft een functioneringsgesprek plaatsgevonden tussen onder meer de heer C. en werkneemster. Tijdens dit gesprek deelde C. aan werkneemster mee dat hij de arbeidsovereenkomst met werkneemster wenste te beëindigen en dat zij per direct op non-actief werd gesteld. De directe aanleiding voor de op non-actiefstelling was dat werkneemster een week vakantie had gepland in het hoogseizoen. C. overhandigde aan werkneemster een vaststellingsovereenkomst waarin is opgenomen dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd per 13 juli 2017. Werkneemster heeft deze vaststellingsovereenkomst niet ondertekend. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst per 1 januari 2018 ontbonden op de grond genoemd in artikel 7:669 lid 3 onder g BW. De kantonrechter heeft de stellingen van Sprookjeshof dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door werkneemster verworpen. De kantonrechter heeft de billijke vergoeding bepaald op € 10.000 bruto, zijnde het loon over zes maanden onder aftrek van de WW-uitkering omdat de kantonrechter heeft ingeschat dat bij een deugdelijk functioneringstraject de arbeidsovereenkomst op die termijn zou zijn geëindigd, met een extra component voor de schending van het goed werkgeverschap omdat de arbeidsverhouding op onnodig ruwe wijze is verstoord. Daarnaast heeft de

kantonrechter de gevorderde overurenvergoeding, feestdagencompensatie, brandstofkosten, openstaande vakantie-uren en buitengerechtelijke incassokosten (deels) toegewezen.

Oordeel

In geding is uitsluitend de financiële afwikkeling van deze arbeidsovereenkomst. Het hof overweegt dat uit niets blijkt dat er voorafgaand aan het gesprek van 13 juli 2017 sprake was van een verstoorde arbeidsverhouding of zelfs maar van diepgaande verschillen van inzicht tussen Sprookjeshof (in de persoon van haar bestuurder C.) en werkneemster. Het hof onderschrijft dan ook het oordeel van de kantonrechter dat de verstoorde verstandhouding zoals die na 13 juli 2017 is ontstaan bovenal door ernstig verwijtbaar handelen van Sprookjeshof is veroorzaakt zodat de kantonrechter terecht werkneemster in aanmerking heeft gebracht voor een billijke vergoeding. Het hof acht niet aangetoond dat Sprookjeshof werkneemster heeft opgedragen zoveel uren extra op het bedrijf aanwezig te zijn als zij stelt – 42 uren per maand, dus structureel ruim een normale werkdag per week meer dan de contractuele werktijd – noch dat Sprookjeshof daarmee heeft ingestemd.

Evenmin acht het hof aangetoond dat tussen partijen is afgesproken dat de tijd-voor-tijdregeling van het arbeidsvoorwaardenreglement niet zou gelden. Door werkneemster per 13 juli 2017 op non-actief te stellen, heeft Sprookjeshof echter wel belet dat werkneemster de in het seizoen van 2017 opgebouwde overuren in de daarop volgende winterperiode kon compenseren. Het hof zal daarom wel de door werkneemster geregistreerde extra uren na 1 april 2017 – aan te merken als startdatum van het seizoen – in aanmerking nemen. Voor de feestdagen geldt tussen partijen wat in artikel 3.12 van het arbeidsvoorwaardenreglement is bepaald. Nu door de op non-actiefstelling per 13 juli 2017 Sprookjeshof het voor werkneemster onmogelijk heeft gemaakt om de in het voorjaar van 2017 op feestdagen gewerkte uren te compenseren met tijd-voor-tijd, heeft werkneemster aanspraak op vergoeding van die uren met een toeslag van 50%. Werkneemster heeft aangevoerd dat zij over de periode van 13 juli 2017 tot 1 januari 2018 recht heeft op doorbetaling van gemiste overuren en gemiste feestdagencompensatie, zulks op grondslag van artikel 7:628 BW. Het hof overweegt dat werkneemster over de op dit onderdeel in geding zijnde periode op grond van artikel 7:628 eerste en derde lid BW recht heeft op doorbetaling van het gemiddelde loon dat zij, ware zij niet op non-actief gesteld, in die periode had kunnen verdienen. Sprookjeshof heeft zonder deugdelijke grond het loon na 13 juli 2017 niet volledig uitbetaald.

De hoogte van de transitievergoeding en billijke vergoeding Een overwerkvergoeding moet ingevolge artikel 4 van de Regeling looncomponenten en arbeidsduur worden aangemerkt als een vaste looncomponent. Het hof oordeelt dat de feestdagencompensatie een bijzondere vorm van overwerkvergoeding betreft, zodat ook die moet worden meegenomen in de

berekening. De kantonrechter heeft de hoogte van het door hem toegewezen bedrag aan billijke vergoeding uitgebreid gemotiveerd met verwijzing naar de factoren genoemd in de beschikking van de Hoge Raad inzake New Hairstyle (HR 30 juli 2017 ECLI:NL:HR:2017:1187 r.o. 3.4.2). Sprookjeshof betoogt in de eerste plaats dat dat arrest alleen ziet op de billijke vergoeding van artikel 7:681 BW en niet op de hier aan de orde zijnde billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7:671 sub c. Het hof verwerpt dit standpunt, onder verwijzing naar de conclusie van A-G De Bock van 23 februari 2018, ECLI:NL:PHR:2018:185, waarin zij, in navolging van de door haar geciteerde literatuur, aanvoert dat overwegingen in de New Hairstyle-beschikking aangaande de billijke vergoeding (overwegingen 3.4.1-3.4) op de billijke vergoeding in het algemeen zien en ook relevant zijn voor de billijke vergoeding bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst, uiteraard mits sprake is van de situatie dat ‘van de werkgever van het ontslag als zodanig een ernstig verwijt kan worden gemaakt’. Het hof deelt in zoverre het standpunt van werkneemster dat bij de inschatting van de resterende arbeidsduur er niet uitsluitend van mag worden uitgegaan dat een gestart functioneringstraject als enige mogelijke uitkomst het ontslag van werkneemster zou kunnen hebben. De kansen dat werkneemster bij een verbeteringstraject de steven voldoende had kunnen wenden en het vertrouwen van Sprookjeshof (C.) had kunnen herwinnen worden door het hof niet hoog ingeschat, maar kunnen ook niet op nul worden gezet. Dat alles afwegende schat het hof de verdere looptijd van de arbeidsovereenkomst op een jaar. De kantonrechter heeft naar 's hofs oordeel de aan werkneemster toegekende WW-uitkering terecht in aanmerking genomen. Het hof komt derhalve afgerond op een bedrag van € 16.000 als vergoeding voor gemiste inkomsten. Sprookjeshof heeft betoogd dat de toegekende transitievergoeding op de component gederfd inkomen in mindering moet strekken. Gelet op de betrekkelijk geringe hoogte van de toegekende transitievergoeding, die ook ziet op het verhogen van de kansen om nieuw werk te verkrijgen – bijvoorbeeld het volgen van cursussen – ziet het hof in dit geval geen reden voor een (gehele dan wel gedeeltelijke) aftrek van de transitievergoeding op de door Sprookjeshof bepleite wijze. De kantonrechter heeft daarnaast een component meegenomen (ongeveer € 4.000) als vergoeding voor onnodig bruuske verstoring van de arbeidsverhouding. Het hof neemt deze component over, die ook ziet op de compensatie van het immateriële nadeel – door werkneemster aangeduid als de emotionele impact – dat werkneemster door de gang van zaken rond het ontslag is berokkend. Het hof komt derhalve tot een billijke vergoeding van € 20.000. Werkneemster heeft aangevoerd dat de kantonrechter ten onrechte de zaak niet als zeer complex heeft aangemerkt. Het hof verwerpt dit betoog.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 11-06-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:5383

Zaaknummer: 200.230.147/01

Rechters: J.H. Kuiper, O.E. Mulder en J.A. Gimbrère

Advocaten: M.H.J. Miltenburg en L. Sandberg

Wetsartikelen: 7:669 BW, lid 3 onder g BW en 7:672 BW

RECHTSPRAAK

IB-Trade B.V./werknemer

Hof wijst de vergoeding voor onregelmatige opzegging en billijke vergoeding – in tegenstelling tot de kantonrechter – af. Terecht ontslag op staande voet, omdat werknemer tijdens zijn dienstverband heeft geconcurrereerd met zijn werkgeefster. Geen toekenning transitievergoeding.

Feiten

Werknemer is medio oktober 2012 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) IB-Trade, een groothandel in nieuwe en gebruikte machines voor de voedings- en genotmiddelenindustrie waarvan X de middellijk bestuurder is. Werknemer heeft op 29 september 2016 een eenmanszaak ingeschreven in het handelsregister met de naam 'Y' als groothandel in voedings- en genotmiddelen algemeen assortiment. Op 2 november 2016 is de handelsnaam 'Y' in het handelsregister gewijzigd in 'D' en zijn de vermelde activiteiten gewijzigd. De onderneming is een groothandel in machines voor de voedings- en genotmiddelenindustrie. Op woensdag 9 november 2016 heeft IB-Trade een gesprek gevoerd met werknemer waarin hij werd geschorst. Werknemer is bij brief van 15 november 2016 op staande voet ontslagen. De verzoeken van werknemer tot toekenning van een vergoeding wegens onregelmatige opzegging en een billijke vergoeding zijn door de kantonrechter toegewezen waarbij de wettelijke verhoging over het achterstallige loon is gematigd tot 20%, de billijke vergoeding is bepaald op € 5.000 en de dwangsom is gemaximeerd tot € 1.000. Tegen dit oordeel keer IB-Trade zich in hoger beroep.

Oordeel

In hoger beroep heeft werknemer aangevoerd dat IB-Trade hem op 9 november 2016 al meedeelde dat zij over zoveel bewijs beschikte dat hij op staande voet ontslagen zou kunnen worden. Het hof acht het gerechtvaardigd dat IB-Trade haar verwijten zo mogelijk nog nader wilde onderbouwen met informatie uit het zakelijke berichtenverkeer via een bedrijfsmiddel als de laptop, waarover zij pas op 9 november 2016 de beschikking kreeg, en tevens aan

werknemer enige dagen bedenktijd heeft willen geven. Na het gesprek op 15 november 2016 heeft IB-Trade nog advies gevraagd aan haar advocaat, zoals in de ontslagbrief staat. Met deze brief van nog diezelfde dag, welke brief werknemer daags daarna heeft bereikt, heeft IB-Trade daarom voldoende voortvarend gehandeld. De kern van het verwijt dat IB-Trade in die brief aan werknemer maakt, is dat hij tijdens zijn dienstverband heeft geconcurrereerd met zijn werkgeefster. In de ontslagbrief is dat uitvoerig beschreven: werknemer is met een groothandel in soortgelijke machines begonnen en heeft op 31 oktober 2016 al dan niet samen met collega F de grader gekocht voor doorverkoop. IB-Trade vindt dat des te erger omdat werknemer die grader voor haar had moeten kopen. Door IB-Trade zijn in eerste aanleg nog diverse producties overgelegd, afkomstig van data op haar laptop die werknemer tot 9 november 2016 in gebruik had, waaronder als productie 18 een excelsheet met de voorraadadministratie van de onderneming van werknemer. Daarop staat als eerste de bewuste grader, met ontvangstdatum 31 oktober 2016, inkoopprijs inclusief btw € 6.050 en geplande minimale verkoopprijs € 17.500 exclusief btw. Met de heldere en consequente verklaringen van F én productie 18 heeft IB-Trade, op wie de bewijslast van de dringende reden rust, bewezen dat werknemer eind oktober 2016 al bezig was onder de duiven van zijn werkgever te schieten door voor zijn eigen onderneming handel te drijven in soortgelijke waar. Dat de doorverkoop van de grader uiteindelijk buiten werknemer om heeft plaatsgevonden neemt niet weg dat het van meet af aan de bedoeling van werknemer is geweest om de grader weer te verhandelen, zoals uit de genoemde bewijsmiddelen blijkt. Dit is op zichzelf voldoende ernstig voor ontslag op staande voet. Dit oordeel leidt ertoe dat werknemer geen recht heeft op een billijke vergoeding of een vergoeding voor onregelmatige opzegging. Van de dringende reden kan werknemer bovendien een ernstig verwijt worden gemaakt. Werknemer heeft, zo volgt uit de vastgestelde feiten, planmatig en daarmee welbewust gehandeld. Dit oordeel brengt mee dat werknemer geen recht heeft op de transitievergoeding.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-06-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:5278

Zaaknummer: 200.232.163/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, O.E. Mulder en P.G. Vestering

Advocaten: J.M.P. Blom en J.G. Wiebes

Wetsartikelen: 7:677 lid 1 BW, 7:686a lid 4 BW, 7:677 lid 2 BW, 7:672 BW en 7:686a lid 1 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/stichting voortgezet onderwijs parkstad Limburg

Leerling gooit tijdens pauze flesje tegen hoofd van surveillerende docent. Op basis van de in het geding gebrachte stukken en hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd kan niet vastgesteld worden of er een causaal verband bestaat tussen de door docent gestelde psychische klachten en het voorval. Niet geschikt voor deelgeschil.

Feiten

Werknemer is op 1 januari 1989 bij (de rechtsvoorganger van) SVOPL in dienst getreden als docent bouwtechniek, aanvankelijk op fulltime basis en per 1 augustus 2006 op parttime basis (0,6 FTE).

Sinds 2002 is werknemer bekend met burn-outklachten. Tijdens het surveilleren in de kantine op 29 januari 2014 heeft een leerling een flesje tegen het achterhoofd van werknemer gegooid. Werknemer heeft zich vervolgens ziek gemeld. Per 1 augustus 2016 is de arbeidsovereenkomst op initiatief van SVOPL met wederzijds goedvinden beëindigd. Partijen hebben daartoe een vaststellingsovereenkomst gesloten. Werknemer verzoekt de kantonrechter onder meer te verklaren voor recht dat SVOPL op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk is voor de door werknemer geleden schade als gevolg van het ongeval op 29 januari 2014.

Oordeel

De in artikel 1019w e.v. Rv geregelde deelgeschilprocedure is bedoeld om het buitengerechtelijke traject te versterken. De kantonrechter volgt SVOPL in haar standpunt en is van oordeel dat het onderhavige geschil zich niet leent voor een afdoening in het kader van een deelgeschilprocedure. Om een oordeel te kunnen geven over de verzochte verklaring voor recht, dat SVOPL aansprakelijk is voor de gevolgen van het voorval op 29 januari 2014, is van essentieel belang dat vastgesteld wordt of er een causaal verband is tussen de door werknemer gestelde psychische klachten en het voorval. Partijen twisten daarover. Relevant daarbij is of

werknemer voorafgaand aan het voorval al psychische klachten ondervond. Op basis van de in het geding gebrachte stukken en hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd kan niet vastgesteld worden of er een causaal verband bestaat tussen de door werknemer gestelde psychische klachten en het voorval op 29 januari 2014. Evenmin is duidelijk of werknemer een leeg of vol flesje tegen zijn achterhoofd gegooid heeft gekregen. Evenmin kan bij de huidige stand van zaken beoordeeld worden of SVOPL al dan niet voldaan heeft aan haar zorgplicht. Gezien het voorgaande kunnen de voor het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag van belang zijnde feiten onvoldoende worden vastgesteld. Op grond van het vorenstaande is de kantonrechter van oordeel dat de investering in tijd, geld en moeite niet opweegt tegen het belang van het verzoek en de bijdrage die een beslissing aan de totstandkoming van een minnelijke regeling kan leveren. Het verzochte met betrekking tot de vaststelling van de aansprakelijkheid zal dan ook worden afgewezen. Gelet op het verweer van SVOPL en op grond van de in het geding gebrachte declaraties en/of specificaties kan in het onderhavige geval niet worden beoordeeld of de gevorderde buitengerechtelijke kosten voldoen aan de dubbele redelijkheidstoets ex artikel 6:96 BW. De kantonrechter begroot de kosten van deze procedure tot aan deze beschikking aan de zijde van werknemer op € 6.346,45 inclusief btw, wijst het meer of anders verzochte af.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 07-06-2018

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:5370

Zaaknummer: 6707930 OV VERZ 18-25

Rechters: P. Hoekstra

Advocaten: L.M.M. Rohof en B.M. Pajmans

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Taxicentrale O-Tax N.V.

Geen dringende reden voor ontslag op staande voet van chauffeur die (mogelijk) niet voldeed aan re-integratieverplichting. Werkgever had het effect van de loonopschorting moeten afwachten alvorens een zo zware maatregel te nemen.

Feiten

Werknemer is op 17 maart 2010 bij O-Tax, welke vennootschap een taxibedrijf exploiteert, in dienst getreden als chauffeur. Werknemer is ten gevolge van oogklachten op 14 juni 2016 arbeidsongeschikt geworden en heeft sedertdien geen werkzaamheden meer verricht voor O-Tax. Bij e-mail van 7 februari 2017 heeft O-Tax werknemer opgeroepen de volgende dag aan te vangen met vervangende werkzaamheden, twee dagen per week van 10.00 tot 12.00 uur, nadat de bedrijfsarts op 3 februari 2017 had gerapporteerd dat werknemer kon hervatten met vervangende werkzaamheden. Bij brief van 9 februari 2017 heeft O-Tax werknemer er wederom op gewezen dat hij diende te komen werken en heeft werknemer bij brief van 28 februari 2017 datzelfde nogmaals medegedeeld. In beide brieven is aangegeven dat de vervangende werkzaamheden zouden bestaan uit onderhoud van het terrein en dat bij niet verschijnen het loon over de uren dat de vervangende werkzaamheden zouden moeten worden uitgevoerd, zou worden opgeschort. In de laatste brief en in een brief van 3 maart 2016 aan werknemer heeft O-Tax voorts medegedeeld dat zij met ingang van 1 maart 2017 het salaris van werknemer geheel zou opschorten indien werknemer niet aan het werk zou gaan. Nadat O-Tax werknemer vervolgens bij brief van 10 maart een 'laatste oproep tot werk hervatten in vervangende werkzaamheden' had gedaan, heeft zij werknemer bij brief van 16 maart 2016 per die datum op staande voet ontslagen. De kantonrechter heeft geoordeeld dat O-Tax werknemer op goede gronden op staande voet heeft ontslagen. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep.

Oordeel

Anders dan de kantonrechter is het hof van oordeel dat zich op 16 maart 2017 geen dringende reden voor ontslag op staande voet van werknemer heeft voorgedaan. Zelfs als werknemer

ervan op de hoogte was dat de vervangende werkzaamheden die O-Tax van hem verwachtte overeenkomstig hetgeen de bedrijfsarts had geadviseerd waren (het onderhoud van het bedrijfsterrein) en als van werknemer verwacht had mogen worden dat hij op eigen gelegenheid naar O-Tax kwam – partijen verschillen over beide punten van mening –, had van O-Tax gevergd mogen worden dat zij in ieder geval afwachtte of haar loonsanctie (het stopzetten van de gehele loonbetaling met ingang van 1 maart 2017) effect had alvorens werknemer op staande voet te ontslaan. Voorstelbaar is dat het werknemer bij de ontvangst van de loonbetaling over februari 2017 is ontgaan dat er met ingang van 1 februari 2017 een paar uur loon per week werd ingehouden omdat dat netto om een relatief kleine loonsvermindering ging. O-Tax had daarom het effect van het niet betalen van het gehele loon over maart 2017 moeten afwachten, alvorens verdere stappen te ondernemen, zeker nu voortzetting van de arbeidsovereenkomst geen kosten met zich bracht – O-Tax betaalde immers geen loon – en de loonsanctie ertoe strekte om werknemer aan te sporen vervangende werkzaamheden te verrichten. Het loon over maart 2017 had werknemer op zijn vroegst eind maart 2017 gemist (gesteld noch gebleken is dat O-Tax, anders dan algemeen gebruikelijk is, het loon aan het begin van een kalendermaand betaalde). Alleen als werknemer daarna had volhard in het niet verrichten van vervangende werkzaamheden, had O-Tax tot een beëindiging van de arbeidsrelatie kunnen overgaan. Uit het vooroverwogene volgt dat de kantonrechter het verzoek van werknemer tot vernietiging van de opzegging ten onrechte heeft afgewezen. Het hof acht het niet opportuun om tot herstel van de arbeidsovereenkomst over te gaan nu tussen partijen vast staat dat werknemer blijvend arbeidsongeschikt is om zijn oorspronkelijke (chauffeurs)werkzaamheden uit te voeren en gesteld noch gebleken is dat er bij O-Tax structureel andere werkzaamheden voor werknemer beschikbaar zijn en zal werknemer daarom een billijke vergoeding van (afgerond) € 41.000 bruto toekennen. Daarnaast heeft werknemer aanspraak op de transitievergoeding nu, zoals uit het vooroverwogene blijkt, het einde van de arbeidsovereenkomst niet het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen door werknemer.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-06-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1872

Zaaknummer: 200.230.741/01

Rechters: H.M.M. Steenberghe, A.M.A. Verscheure en A. van Zanten-Baris

Advocaten: S. van Andel en M.S. Kikkert

Wetsartikelen: 7:683 lid 3 BW, 7:677 BW, 7:678 BW, 7:658a BW en 7:660a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

<p>Afwijzing vordering werknemer in kort geding tot schorsing van concurrentiebeding. Werknemer wordt niet onbillijk benadeeld doordat werkgeefster het concurrentiebeding handhaaft.</p>

Feiten

Werknemer is in 2012 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangegaan met werkgeefster. Daarin is een concurrentiebeding opgenomen dat werknemer verbiedt tot twee jaar na het einde van zijn arbeidsovereenkomst in dienst te treden bij een concurrerend bedrijf. Werknemer is kort geleden in contact gekomen met werkgever X, die hem een functie heeft aangeboden. Met die functie zou werknemer een flinke carrièrestap maken en ook ten aanzien van zijn arbeidsvoorwaarden een positieverbetering kunnen boeken. Werkgeefster heeft hem na een gesprek over een mogelijk overstap, op 23 maart 2018, laten weten in het kader van het concurrentiebeding niet akkoord te gaan met zijn indiensttreding bij werkgever X, hem volgens werknemer uit zijn functie ontheven en hem, de facto, op non-actief geplaatst. Werknemer is de toegang tot onderneming en het netwerk ontzegd en zijn mobiele telefoonafsluiting is afgesloten. Werknemer heeft geprotesteerd en zich uitdrukkelijk voor het werk beschikbaar gehouden. Werknemer vordert in kort geding ten laste van werkgever primair schorsing van het concurrentiebeding met dien verstande dat het werknemer is toegestaan per 1 juli 2018 zonder enige beperking in dienst te treden bij werkgever X, althans daaromtrent een zodanige voorziening te treffen als de kantonrechter redelijk acht. Subsidiair vordert werknemer een bevel aan werkgeefster tot wedertewerkstelling.

Oordeel

Dat werkgeefster een concurrent is van werkgever X lijkt de kantonrechter voorshands voldoende aannemelijk. Werkgeefster heeft aangevoerd dat zij van de producten van werkgever X er slechts vier niet zelf ook in haar portefeuille heeft, dat ze beide internationaal actief zijn in de (intensieve) veehouderij, dat de markt bij tenders de producten van de een tegen die van de ander uitspeelt en dat zij ook met diergeneesmiddelen werkt. Werknemer

heeft daar vervolgens geen feiten en omstandigheden tegenovergesteld die serieuze twijfel wekken aan die argumenten. Gelet op wat werkgeefster heeft aangevoerd, is voorshands onaannemelijk dat zij hier geen belang heeft bij haar beroep op het concurrentiebeding. Dat zij wat andere bedrijven dan werkgever X betreft een overstap ‘bespreekbaar acht’, maakt haar argumentatie niet ongeloofwaardig; gegeven haar recht is zij er geen verantwoording over verschuldigd waarom zij in het ene geval meer concessies wil doen dan in het andere. Werknemer wordt niet onbillijk benadeeld doordat werkgeefster het concurrentiebeding handhaaft. Voorshands is niet onaannemelijk dat werknemer bij werkgeefster geen doorgroeimogelijkheden heeft; werkgeefster heeft gericht mogelijkheden aangegeven, zowel salarieel als wat ontwikkelingen binnen haar bedrijf betreft; dat werknemer die niet kent respectievelijk niet voldoende vindt, weegt daar voorshands niet tegen op, want werknemer heeft er kennelijk nog nooit diepgaand met werkgeefster over gesproken. Voorts: men is nooit te oud voor een nieuwe stap en de behoefte daaraan valt te prijzen, maar anderzijds is een zekere beperking om die te kunnen zetten voor een 57-jarige niet in redelijkheid onaannvaardbaar. Niet zonder meer aannemelijk is voorts dat werkgeefster in haar bedrijf de situatie zo chaotisch en uitzichtloos heeft gemaakt dat het in redelijkheid niet van werknemer gevergd kan worden daar te blijven werken. Werkgeefster heeft het nodige naar voren gebracht wat aannemelijk maakt dat er nog volop ontwikkeling is in haar bedrijf en dat werknemer in die ontwikkeling een behoorlijke rol kan spelen (verwijzend naar zijn ervaring en senioriteit). Ten slotte: werknemer heeft niet bestreden dat hij bedrijfsinformatie van werkgeefster naar zijn privé-account heeft gesluisd; de kantonrechter ziet niet in dat dan de tegenmaatregel die werkgeefster heeft genomen – ontneming van bepaalde middelen – onbehoorlijk is. De primaire vordering wordt afgewezen. De subsidiaire vordering wordt eveneens afgewezen. Werkgeefster heeft gemotiveerd bestreden dat werknemer op non-actief is gezet. Werknemer erkent dat hij nog altijd opdrachten krijgt. Dat werknemer hem van bepaalde faciliteiten heeft afgesloten komt de kantonrechter niet onredelijk voor: dat is een reactie op het door werknemer niet bestreden feit dat hij bedrijfsinformatie naar zijn privé-account heeft gesluisd.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 05-06-2018

Zaaknummer: 6825819

RECHTSPRAAK

werknemer/Subito Dienstverlening B.V.

Opzegging werkgever ongeldig. Arbeidsovereenkomst is met een jaar verlengd, wegens stilzwijgende voortzetting werkzaamheden na afloop van contract voor bepaalde tijd en niet-nakoming aanzegverplichting. Toekenning billijke vergoeding en vergoeding wegens onregelmatige opzegging.

Feiten

Werknemer is op 5 juli 2012 in dienst getreden bij Subito, laatstelijk in de functie van Grondwerker DLP (Deskundig Leidinggevende Projecten). Tussen partijen is in 2012 een uitzendovereenkomst aangegaan, die in een schriftelijke arbeidsovereenkomst van 3 oktober 2012 is benoemd als 'Arbeidsovereenkomst Fase 1&2'. Vanaf 8 februari 2016 zijn tussen partijen verschillende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gesloten. In totaal zijn in de periode na 8 februari 2016 vier arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aangegaan. De laatste arbeidsovereenkomst dateert van 31 augustus 2017 en ziet op de periode van 11 februari 2017 tot 10 februari 2018. Werknemer heeft zijn werkzaamheden vanaf 8 februari 2016 steeds verricht bij opdrachtgever en inlener Mateboer Milieu Techniek B.V. (hierna: Mateboer). Subito heeft in een brief van 8 februari 2018 aan werknemer meegedeeld dat zijn arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt per 9 maart 2018. In de aanhef van die brief is vermeld dat het gaat om een 'Aanzegbrief'. Werknemer heeft in een brief van 22 februari 2018 aan Mateboer laten weten dat hij van mening was dat hij per 11 februari 2018 in vaste dienst is bij Mateboer. Na ontvangst van deze brief heeft Mateboer aan Subito meegedeeld dat zij geen gebruik meer wenste te maken van de diensten van werknemer. Werknemer verzoekt de kantonrechter Subito te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding van € 29.944,10 bruto, een vergoeding wegens onregelmatige opzegging van € 9.547,80 bruto en een transitievergoeding van € 5.701 bruto.

Oordeel

Vast staat dat Subito met de brief van 8 februari 2018 heeft bedoeld om aan de

aanzegverplichting te voldoen en dat werknemer die brief heeft ontvangen. Werknemer heeft er echter op gewezen dat hij deze brief niet eerder heeft ontvangen dan als bijlage bij de e-mail van 5 maart 2018 van Subito. Subito heeft niet kunnen aantonen dat zij de brief van 8 februari 2018 heeft verstuurd op of rond die datum, en evenmin dat werknemer die brief eerder dan bij de e-mail van 5 maart 2018 heeft ontvangen. Ook is niet gebleken dat werknemer de aan hem bij de e-mail van 5 maart 2018 toegestuurde arbeidsovereenkomst voor de periode van 11 februari 2018 tot 10 maart 2018 eerder heeft ontvangen. Vast staat verder dat deze overeenkomst niet door werknemer is ondertekend. Dat betekent dat de laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op 10 februari 2018 is geëindigd en dat Subito ten aanzien van het einde van deze arbeidsovereenkomst niet aan haar aanzegverplichting heeft voldaan. Subito heeft werknemer immers niet vóór 10 februari 2018 schriftelijk geïnformeerd dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op die datum van rechtswege zou eindigen. Omdat werknemer zijn werkzaamheden na 10 februari 2018 heeft voortgezet en Subito de aanzegverplichting niet is nagekomen, volgt uit de hiervoor genoemde wettelijke bepaling dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die van rechtswege afliep op 10 februari 2018, op dezelfde voorwaarden en tot 10 februari 2019 is voortgezet (art. 7:668 lid 4, onderdeel a, BW). De opzegging op 5 maart 2018 is in strijd met de wet en ongeldig, omdat werknemer daarmee niet heeft ingestemd (art. 7:671 BW). Overigens moet ook de brief van Subito van 26 maart 2018 als een ongeldige opzegging worden aangemerkt. De gevorderde vergoeding wegens onregelmatige opzegging zal worden toegewezen. Uitgaande van het einde van de arbeidsovereenkomst per 10 maart 2018 heeft werknemer aanspraak op een transitievergoeding (art. 7:673 lid 1 BW). Omdat aan de inkomensschade van werknemer door toekenning van de vergoeding wegens onregelmatige opzegging en de transitievergoeding al voor een deel wordt tegemoetgekomen, ziet de kantonrechter aanleiding om de billijke vergoeding vast te stellen op een bedrag van € 4.500 bruto. Daarmee wordt werknemer naar het oordeel van de kantonrechter ook voldoende gecompenseerd voor het ernstig verwijtbaar handelen door Subito.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 04-06-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:4851

Zaaknummer: 6797090 AO VERZ 18-23

Rechters: P.J. Jansen

Advocaten: E. van Es en A.L. Snippe

Wetsartikelen: 7:668 lid 4 sub a BW, 7:668 lid 1 BW, 7:671 BW, 7:672 lid 10 BW, 7:672 lid 2 BW, 7:686a lid 1 BW, 7:673 lid 1 BW en 7:681 lid 1 sub a BW

RECHTSPRAAK

Van der Stap Notarissen B.V./werkneemster

<p>Bij berekening opzegtermijn wordt gekeken naar de laatste arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en speelt een eerdere arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (door werkneemster opgezegd) geen rol. Dit geldt ook voor de hoogte van de transitievergoeding. Te veel doorbetaald loon tijdens ziekte (100%) dient te worden doorbetaald. Werkgever mag zich niet de vrijheid voorbehouden om na een bepaalde periode niet het volledige loon door te betalen.</p>

Feiten

Werkneemster is op 1 maart 2016 in dienst getreden bij Van der Stap op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Werkneemster was reeds eerder voor onbepaalde tijd in dienst bij Van der Stap, van 6 januari 2012 tot 30 september 2015. Deze arbeidsovereenkomst is door werkneemster zelf opgezegd. Op de overeenkomst zijn de arbeidsvoorwaarden uit de Personeelsklapper van werkgever van toepassing. Op 21 juni 2017 heeft werkneemster zich ziek gemeld in verband met burn-outklachten. Partijen hebben daarna gecorrespondeerd over het vermoeden van het verrichten van nevenactiviteiten door werkneemster. Partijen hebben mediation beproefd, maar dit heeft niet tot een oplossing geleid. Van der Stap verzoekt ontbinding (g-grond). Werkneemster verweert zich en heeft een zelfstandig tegenverzoek, onder meer tot loondoorbetaling, ingediend.

Oordeel

Nu een onderbouwing ontbreekt, gaat de kantonrechter ervan uit dat werkneemster per 1 mei 2018 arbeidsgeschikt is en concludeert op basis daarvan dat geen sprake is van een opzegverbod. Gelet op de inhoud van de gedingstukken en het verhandelde ter zitting wordt vastgesteld dat de verhouding tussen partijen inderdaad ernstig en duurzaam verstoord is geraakt in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub g BW. Uit de stellingen van partijen blijkt dat er geen grondslag meer is voor een verdere samenwerking. De kantonrechter ziet voldoende

grond om de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden. Werkneemster heeft aangevoerd dat bij de berekening van de opzegtermijn haar volledige arbeidsverleden bij Van der Stap meetelt. Hoewel dat in geval van conversie van een reeks arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd juist is (7:668 a lid 4 BW), is conversie in dit geval niet aan de orde. Vast staat immers dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In dat geval wordt elke arbeidsovereenkomst als een afzonderlijke op zichzelf staande arbeidsrelatie beschouwd en bij beëindiging van de voorgaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt de opzegtermijn geacht te zijn verwerkt. Het voorgaande betekent dat de opzegtermijn moet worden berekend vanaf 1 maart 2016, zodat de arbeidsovereenkomst korter dan vijf jaar heeft geduurd en één maand bedraagt (art. 7:672 lid 2 sub a BW). Naar het oordeel van de kantonrechter is Van der Stap de transitievergoeding verschuldigd vanaf 1 maart 2016. Dan de billijke vergoeding. Dat Van der Stap werkneemster heeft uitgenodigd voor een gesprek teneinde opheldering te krijgen over speculaties op de werkvloer – dat werkneemster nevenactiviteiten zou ontwikkelen hetgeen haar herstel in de weg zou staan – is niet in strijd met de voor werkgever geldende regels. Werkneemster wordt niet gevolgd in haar stelling dat Van der Stap escalerend heeft gehandeld door haar, ondanks haar korte schriftelijke toelichting, te verzoeken een en ander mondeling toe te lichten. Van der Stap heeft naar het oordeel van de kantonrechter reële pogingen ondernomen om de onderlinge verhoudingen te verbeteren en de geschilpunten weg te nemen, door middel van mediation, waarmee zij zich in voldoende mate heeft ingespannen om de verhoudingen te normaliseren. Van der Stap heeft niet verwijtbaar gehandeld door kort na de zitting in kort geding onderhavig verzoek in te dienen. Weliswaar is Van der Stap in gebreke gebleven met tijdige en volledige betaling van het salaris van werkneemster, maar van deze handelwijze kan haar geen ernstig verwijt in de hiervoor bedoelde zin worden gemaakt. In het tegenverzoek komt vervolgens de hoogte van de loondoorbetalingsverplichting aan bod. De kantonrechter stelt vast dat Van der Stap gedurende de eerste zeven maanden 100% van het loon heeft doorbetaald, terwijl daar kennelijk geen verplichting voor Van der Stap uit hoofde van de wet, arbeidsovereenkomst of cao aan ten grondslag ligt. Op grond hiervan mocht werkneemster erop vertrouwen dat Van der Stap haar salaris vanaf februari 2018 ook volledig zou doorbetalen. Het voorgaande betekent dat werkneemster aanspraak heeft op 100% loon zodat Van der Stap het loon dat aan werkneemster is uitbetaald vanaf februari 2018 dient aan te vullen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 31-05-2018

Zaaknummer: 6782838 VZ VERZ 18-7370

RECHTSPRAAK

werknemer/ABN AMRO Bank N.V.

Ontslag op staande voet na dienstverband van ruim zeventien jaar. Intimiderende en ernstig bedreigende uitlatingen tijdens telefoongesprek jegens andere werknemer (met wie een affectieve relatie bestond), gevolgd door het sturen van een foto van een jihadstrijder met afgehakt hoofd in zijn hand vormen dringende reden voor ontslag op staande voet. Ontslag is tevens onverwijld gegeven. Plicht werkgever om voor veilige werkomgeving te zorgen. Geen recht op transitievergoeding.

Feiten

Werknemer is van 1 juli 1999 tot 8 december 2016 in loondienst van ABN AMRO geweest. X. was op dezelfde locatie als baliemedewerkster in dienst van ABN AMRO. Tussen werknemer en X. heeft een hiërarchische verhouding bestaan, waarbinnen eerstgenoemde de meerdere van laatstgenoemde was. Werknemer en X. hebben gedurende vijf jaar tevens een affectieve relatie met elkaar onderhouden, tot enkele weken vóór het einde van het dienstverband van werknemer. Zij hebben ABN AMRO niet op de hoogte gesteld van het bestaan van die relatie. Op 31 oktober 2016 hebben werknemer en X. tijdens een onderling telefoongesprek ruzie gehad. Werknemer heeft daarbij dreigende uitlatingen jegens X. gedaan. Na het bezoek aan de bedrijfsarts heeft, nadat zij diens advies ter zake had ingewonnen, ABN AMRO werknemer op voorhand geïnformeerd dat hij zou worden ondervraagd door de afdeling Security & Intelligence Management en heeft zij hem daartoe uitgenodigd voor het hierboven genoemde onderhoud op 6 december 2016. ABN AMRO heeft werknemer voorts vrijgesteld van werkzaamheden. X. heeft zich op 2 november 2016 bij ABN AMRO ziek gemeld. Bij brief van 8 december 2016 heeft ABN AMRO werknemer op staande voet ontslagen. ABN AMRO heeft in die brief aan het ontslag ten grondslag gelegd, samengevat, de dreigende uitlatingen van werknemer jegens X. tijdens het genoemde telefoongesprek op 31 oktober 2016, het sturen door werknemer aan X. van een foto van een persoon met een afgehakt hoofd in zijn hand na afloop van dat telefoongesprek, de omstandigheid dat werknemer de affectieve relatie tussen

hem en X., van wie hij de hiërarchisch meerdere was, niet bij ABN AMRO had gemeld en daarover niet *'spontaan transparant'* tegenover ABN AMRO was geweest, alsmede een op 16 mei 2013 aan werknemer gegeven officiële waarschuwing wegens vernieling door deze van aan ABN AMRO toebehorend meubilair tijdens een emotionele uitbarsting. De grieven keren zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat erop neerkomt dat het ontslag rechtsgeldig is.

Oordeel

De eerste vraag die door de grieven wordt opgeworpen, is of het ontslag is gegeven onverwijld nadat ABN AMRO ermee bekend was geworden dat zich een dringende reden voor ontslag van werknemer had voorgedaan. Mede gelet op de betrokken belangen van werknemer behoorde ABN AMRO de juistheid van de melding van X. en haar context te onderzoeken, diende zij daartoe behalve laatstgenoemde ook werknemer te horen en mocht zij het bezoek van werknemer aan de bedrijfsarts en diens daarop volgende advies afwachten alvorens dat te doen. Uit het voorgaande in samenhang met het feit dat het ontslag is gegeven (niet meer dan) twee dagen nadat werknemer was gehoord, volgt dat ABN AMRO bij de ontslagverlening heeft gehandeld met de mate van voortvarendheid die in de gegeven omstandigheden van haar mocht worden verwacht en dat het ontslag, dus, onverwijld is gegeven.

De tweede vraag die de grieven voorleggen, is of de gedragingen van werknemer die ABN AMRO in de genoemde brief van 8 december 2016 aan het ontslag op staande voet ten grondslag heeft gelegd, een dringende reden voor het ontslag opleveren. Bij de beantwoording van deze vraag staat voorop dat volgens de brief van 8 december 2016 alleen al de uitlatingen van werknemer jegens X. *'Ik kom naar [plaats] toe en ik vermoord je kind'* en *'Ik kom nu naar [plaats] en ik maak je zoontje dood voor je'* tijdens het onder 3.2 genoemde telefoongesprek op 31 oktober 2016 en het sturen van een foto van een persoon met een afgehakt hoofd in zijn hand na afloop van dat telefoongesprek, een dringende reden voor het ontslag waren en dat dat voor werknemer aanstonds duidelijk moet zijn geweest. De aangehaalde uitlatingen van werknemer en de door hem aan X. gestuurde foto zijn naar hun aard en inhoud, zeker gelet op hun onderlinge verband en hun volgtijdigheid, intimiderend en ernstig bedreigend. Binnen een werkverhouding zoals deze tussen werknemer en X. heeft bestaan, waarin eerstgenoemde nota bene de hiërarchisch meerdere van laatstgenoemde was, zijn de aangehaalde uitlatingen en het sturen van de beschreven foto wegens de intimiderende en ernstig bedreigende aard en inhoud daarvan niet aanvaardbaar, wat er ook zij van de (inmiddels beëindigde) affectieve relatie tussen werknemer en X. en ongeacht de mate waarin beiden binnen hun werkverhouding met elkaar van doen hadden. Dat werknemer later per e-mail excuses aan X. heeft aangeboden, doet aan een en ander niet af. Bij het voorgaande komt nog dat de verplichting van ABN AMRO krachtens artikel 7:611 BW om zich als een goed werkgever te gedragen, meebrengt dat ABN AMRO de hierboven genoemde gedragingen van werknemer

nadat zij daarvan kennis had gekregen, niet kon en mocht dulden in het licht van de veilige werkomgeving die zij X. diende te bieden. Het bovenstaande brengt mee dat het ontslag op staande voet rechtsgeldig is, zodat voor een veroordeling van ABN AMRO tot herstel van de arbeidsovereenkomst, doorbetaling van het loon, betaling van een billijke vergoeding zoals bedoeld in artikel 7:683, derde lid, BW of betaling van een vergoeding wegens onregelmatige opzegging zoals bedoeld in artikel 7:672, tiende lid, BW geen grond aanwezig is.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-05-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1843

Zaaknummer: 200.222.134/01

Rechters: D. Kingma, W.H.F.M. Cortenraad en I.A. Haanappel-van der Burg

Advocaten: J.G. Wattilete en M.J.M.T. Keulaerds

Wetsartikelen: 7:683 lid 3 BW, 7:672 lid 10 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/ A.T.R. Excellent Thermo Logistics B.V

Omgekeerde switch binnen WWZ (van billijke vergoeding naar vernietiging van ontslag op staande voet) niet toegestaan. Het zou niet juist zijn om door het gebruikmaken van de switch – die naar het oordeel van de kantonrechter door de gekozen wetssystematiek ook na invoering van de WWZ mogelijk blijft – de rechtszekerheid die de vervaltermijnen beogen te geven weer weg te nemen door geen beperking aan het toepassen van de switch te stellen.

Feiten

Werknemer is op 21 augustus 2017 in dienst getreden bij ATR in de functie van vrachtwagenchauffeur. Tussen partijen is een mondelinge arbeidsovereenkomst voor de bepaalde tijd van één jaar tot stand gekomen. ATR heeft op 8 november 2017 werknemer op staande voet ontslagen. Werknemer heeft bij verzoekschrift van 5 januari 2018 onder meer verzocht om betaling van een billijke vergoeding en gefixeerde schadevergoeding. Werknemer heeft bij gewijzigd verzoekschrift van 9 april 2018 onder meer verzocht om vernietiging van het ontslag op staande voet. ATR heeft verzocht de vorderingen van werknemer af te wijzen als zijnde ongegrond en/of onbewezen.

Oordeel

Het gaat in deze zaak onder meer om de vraag of werknemer tijdig, dat wil zeggen binnen de vervaltermijn van twee maanden ingevolge artikel 7:686a lid 4 van het Burgerlijk Wetboek, heeft verzocht om vernietiging van het hem op 8 november 2017 gegeven ontslag op staande voet. In dat kader is, gelet op het nadere verzoekschrift van werknemer, de vraag van belang of een (omgekeerde) switch kan worden gemaakt van een verzoek om toekenning van onder meer een billijke vergoeding en de gefixeerde schadevergoeding, naar vernietiging van het ontslag op staande voet zoals werknemer met zijn nadere verzoekschrift ex artikel 283 Rv kennelijk heeft beoogd. De kantonrechter overweegt dat in beginsel een switch alsook een omgekeerde switch mogelijk is, ook na het verstrijken van eerder bedoelde vervaltermijn van

twee maanden, indien het aanvankelijke verzoek alsmede het latere verzoek als bedoeld in artikel 283 Rv berusten op dezelfde juridische en feitelijke grondslag. In de onderhavige zaak is sprake van dezelfde juridische grondslag van beide verzoeken, te weten artikel 7:681 lid 1 aanhef en sub a BW juncto artikel 7:686a lid 4 sub a BW en ook van dezelfde feitelijke grondslag te weten een al dan niet rechtsgeldig gegeven ontslag op staande voet. De kantonrechter oordeelt dat de omgekeerde switch in de onderhavige zaak echter niet kan worden toegestaan. Daartoe is het navolgende redengevend. ATR heeft werknemer op 8 november 2017 op staande voet ontslagen. Werknemer heeft zich vervolgens van rechtsbijstand voorzien en op 1 december 2017 een brief verstuurd waarin wordt verzocht om een vergoeding wegens onregelmatig ontslag. Vervolgens heeft werknemer op 5 januari 2018 een verzoekschrift ingediend waarin wordt verzocht om een billijke vergoeding en een gefixeerde schadeloosstelling en derhalve niet om vernietiging van de opzegging. Niet eerder dan bij nader verzoekschrift van 9 april 2018 (inmiddels vijf maanden na het ontslag op staande voet) wordt om vernietiging verzocht. De kantonrechter acht deze termijn te lang. ATR is op deze wijze immers niet in de gelegenheid geweest om adequaat te kunnen reageren op een mogelijk voortbestaan van het dienstverband na 8 november 2017. Van belang daarbij is dat de WWZ niet voor niets relatief korte vervalttermijnen in het leven heeft geroepen. Het zou niet juist zijn om door het gebruikmaken van de switch, die als overwogen naar het oordeel van de kantonrechter door de gekozen wetssystematiek ook na invoering van de WWZ mogelijk blijft, de rechtszekerheid die de vervalttermijnen beogen te geven weer weg te nemen door geen beperking aan het toepassen van de switch te stellen. Daarbij zou kunnen worden gedacht aan een nieuwe termijn van twee maanden na het indienen van het verzoekschrift. Ook zodanige termijn zou in dit geval ruimschoots zijn verstreken. Het bovenstaande heeft tot gevolg dat het door werknemer bij nader verzoekschrift van 9 april 2018 primair verzochte zal worden afgewezen. Vervolgens dient te worden beoordeeld of werknemer de gevorderde billijke vergoeding toekomt op grond van artikel 7:681 lid 1 BW. Gezien het voorgaande dient beoordeeld te worden of ATR de arbeidsovereenkomst op 8 november 2017 in strijd met artikel 7:671 BW heeft opgezegd. De kantonrechter overweegt dat in de onderhavige zaak de door ATR opgevoerde argumenten het ontslag op staande voet niet kunnen dragen. ATR heeft niet aannemelijk gemaakt dat wegens de ernst van de gestelde gedragingen, te weten het overtreden van het Rijtijdenbesluit, eigenhandig afspraken maken met opdrachtgevers, een onjuiste temperatuur in de koelaanhanger en het plaatsen van berichten op Facebook, haar geen andere weg openstond dan het geven van een ontslag op staande voet. De verzochte billijke vergoeding van € 5.000 zal daarom worden toegewezen. De kantonrechter overweegt dat ATR de arbeidsovereenkomst onregelmatig heeft opgezegd, omdat niet kan worden aangenomen dat een dringende reden aanwezig is voor het ontslag, zodat het toekennen van een gefixeerde vergoeding is aangewezen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 24-05-2018

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2018:1995

Zaaknummer: 6685848 \ EJ VERZ 18-35

Rechters: G.G. Vermeulen

Advocaten: E.P. Cornel en N.B.P. Arets

Wetsartikelen: 7:686a BW, 7:672 lid 9 BW, 7:673 BW, 7:677 lid 4 BW, 7:681 lid 1 sub b BW en 283 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Grievens werknemer, tot vernietiging ontslag op staande voet en loondoorbetaling, falen. Sprake van onverwijld mededeling dringende reden, camerabeelden zijn geen onrechtmatig verkregen bewijs, sprake van diefstal en fraude en dus terechte verrekening van schadeposten met nog verschuldigd salaris.

Feiten

Werknemer is op 4 september 2011 in dienst getreden bij New York Pizza. In opdracht van New York Pizza heeft Y. Bedrijfsrecherche B.V., hierna Y., in de periode van 9 mei tot en met 13 juni 2016 onderzoek gedaan naar het vermoeden van onregelmatigheden. Op 9 juni 2016 is werknemer door New York Pizza op staande voet ontslagen. Bij brief van 9 juni 2016 is dit ontslag op staande voet aan werknemer bevestigd. In die brief is medegedeeld, voor zover hier van belang: 'Hierbij bevestigen wij dat wij u op 9 juni 2016 op staande voet hebben ontslagen. De redenen voor dit ontslag zijn, zoals wij u ook op 9 juni 2016 mondeling hebben medegedeeld. De reden van dit ontslag is dat u fraude/diefstal gepleegd heeft. U heeft gelegenheid gehad om uw kant van het verhaal te vertellen. Hiervan is een gespreksverslag gemaakt, zie bijlage. Dit heeft niet tot een ander oordeel geleid. (...)'

Oordeel

Werknemer heeft in eerste aanleg vernietiging van het ontslag op staande voet verzocht, alsmede doorbetaling van loon vanaf 9 juni 2016. Bij eindbeschikking van 13 januari 2017 heeft de kantonrechter geoordeeld dat uit de camerabeelden in combinatie met de afgelegde verklaringen is komen vast te staan dat werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal en fraude. Werknemer voert aan dat er geen sprake is van onverwijld mededeling van de dringende reden. Tijdens het bijna drie uur durende gesprek met Y. op 9 juni 2016 moet voor werknemer voldoende duidelijk zijn geweest welke redenen door New York Pizza aan de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ten grondslag werden gelegd. Y. heeft werknemer bevraagd over het feit dat uit onderzoek was vastgesteld dat niet alle producten conform de

procedure werden verkocht. Aan werknemer zijn verschillende data en tijden en bij de kassa waargenomen gebeurtenissen voorgehouden. Ook uit de ontslagbrief van 9 juni 2016 moet voor werknemer onmiddellijk duidelijk zijn geweest welke gedragingen New York Pizza hebben gebracht tot het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. De grief faalt. Werknemer voert bij grief aan dat de camerabeelden door middel van verborgen camera's zijn geregistreerd en daarom als onrechtmatig verkregen bewijs moeten worden aangemerkt. Het hof oordeelt als volgt. De ernst van de inbreuk op het recht van werknemer op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer is beperkt gebleven. Ook deze grief faalt. Bij grief voert werknemer aan dat de kantonrechter bij het beoordelen van de camerabeelden onvoldoende acht heeft geslagen op zijn verklaring omtrent de camerabeelden. Volgens werknemer heeft de kantonrechter ten onrechte zijn aanbod via getuigenbewijs zijn stellingen te bewijzen gepasseerd. Het hof neemt dan ook het oordeel van de kantonrechter over dat vast staat dat werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan diefstal en fraude. Voor nadere bewijslevering is dan ook geen plaats. De grief faalt. Bij grief voert werknemer aan dat de door de kantonrechter aan zijn oordeel ten grondslag gelegde aspecten niet leiden tot de conclusie dat hij zich aan de gestelde feiten heeft schuldig gemaakt en daarom op goede grond is ontslagen door New York Pizza. Het hof is, zoals hiervoor reeds overwogen, met de kantonrechter van oordeel dat op basis van de verklaringen in combinatie met de overgelegde stukken vaststaat dat werknemer zich heeft schuldig gemaakt aan diefstal, het wegnemen van geld en fraude, het aanpassen van de tellijst, het zonder toestemming uitbetalen van weggenomen geld aan derden en het onjuist registreren van de verkopen. Dit brengt met zich mee dat werknemer op goede grond op staande voet door New York Pizza is ontslagen. Bij grief voert werknemer nog aan dat in dit geval (nog) niet vaststaat dat er schade is, dat niet vast staat dat die schade het gevolg is van handelen of nalaten van werknemer en dat evenmin vaststaat hoe hoog die schade dan zou zijn. Aannemelijk is dat deze schade het door New York Pizza nog aan werknemer verschuldigde salaris zal overstijgen, zodat voor betaling van (achterstallig) salaris tot 9 juni 2016 geen plaats is. Het hof bekrachtigt de bestreden beschikking.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-05-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1814

Zaaknummer: 200.213.820/01

Rechters: G.C. Kleene-Eijk, D. Kingma en I.A. Haanappel-van der Burg

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/Actie Radius speciaal transport & koeriers
B.V.**

Verschuldigde aanzegvergoeding wordt opgeschort in verband met niet inleveren van spullen van werkgever. Werknemer krijgt bewijsopdracht.

Feiten

Medewerkers van Actie Radius komen door de aard van deze werkzaamheden regelmatig op gevoelige locaties waar ze veelal te maken hebben met vertrouwelijke informatie of bijzondere installaties. Medewerkers van Actie Radius moeten VCA-gecertificeerd zijn net als Actie Radius zelf. Werknemer is op 24 november 2015 als chauffeur in dienst getreden van Actie Radius. Partijen hebben op 1 december 2016 een arbeidsovereenkomst getekend, die het contract van 1 juni 2016 vervangt. Deze arbeidsovereenkomst is ingegaan voor bepaalde tijd voor de duur van 1 december 2016 tot en met 17 november 2017. Werknemer heeft onder meer een aanzeggingvergoeding verzocht.

Oordeel

Werknemer is in zijn verzoek ontvankelijk, nu hij het verzoekschrift tijdig heeft ingediend. Partijen zijn het erover eens dat werknemer nog recht heeft op een aanzegvergoeding. Actie Radius heeft echter haar betalingsverplichting opgeschort, omdat werknemer de eigendommen en die van de opdrachtgevers niet aan Actie Radius heeft teruggegeven terwijl hij daartoe was verplicht. Pas indien werknemer aan zijn verplichting heeft voldaan, zal tot betaling van de aanzegvergoeding worden overgegaan. Gezien dit beroep op opschorting zal eerst het tegenverzoek van Actie Radius worden behandeld. Partijen zijn het erover eens dat tijdens het gesprek van 13 november 2017 Actie Radius aan werknemer heeft verzocht om de eigendommen van Actie Radius en die van de opdrachtgevers aan Actie Radius te retourneren voordat er tot volledige afwikkeling zal worden overgegaan. Werknemer wist dus op dat moment dat hij de spullen, zoals opgesomd in het tegenverzoek, moest retourneren. Ter zitting heeft werknemer gezegd dat hij alle spullen waarvan Actie Radius teruggave verzocht,

al heeft ingeleverd. Actie Radius heeft dat betwist, zodat dit niet vaststaat en hiervan thans niet kan worden uitgegaan. Gelet op de betwisting door Action Radius draagt werknemer op grond van artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) de bewijslast van de stelling dat hij de spullen bij Actie Radius heeft ingeleverd. Mocht werknemer slagen in het hem opgedragen bewijs, dan moet worden geconcludeerd dat aan Actie Radius geen opschortingsrecht toekomt en is de aanzegvergoeding toewijsbaar. Slaagt werknemer echter niet in het hem opgedragen bewijs, dan dient ervan te worden uitgegaan dat hij de spullen nog niet ingeleverd heeft en dient hij de spullen alsnog in te leveren. Het tegenverzoek kan dan in die zin worden toegewezen, waarmee aan het opschortingsrecht van Actie Radius een einde komt en de aanzegvergoeding eveneens kan worden toegewezen. Aangezien werknemer in beide gevallen recht heeft op een aanzegvergoeding, ziet de kantonrechter aanleiding om reeds nu een oordeel te geven over de hoogte van deze vergoeding. Actie Radius heeft aangevoerd dat de aanzeggingsbrief, gedateerd op 13 november 2017, zowel per reguliere post als aangetekend naar het adres van werknemer is verzonden. Omdat de brief niet is opgehaald, heeft Actie Radius de brief retour ontvangen. Hoewel werknemer betwist dat hij de aanzeggingsbrief heeft ontvangen, blijkt uit de overgelegde stukken dat de aangetekende brief op 13 november 2017 is verzonden naar het adres van werknemer. Dat werknemer de brief niet heeft opgehaald komt voor zijn rekening en risico. De kantonrechter gaat derhalve ervan uit dat werknemer op 14 november 2017 de brief per reguliere post heeft ontvangen en dat werknemer op 14 november 2017 kennis had kunnen nemen van de inhoud van de brief die aangetekend naar hem was verzonden. Op 14 november 2017 is werknemer dus schriftelijk geïnformeerd over de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst. Gelet op bovenstaande is Actie Radius de aanzegverplichting van artikel 7:668 lid 1 onder a BW niet tijdig nagekomen. Actie Radius had uiterlijk op 17 oktober 2017 moeten aanzeggen, maar heeft pas op 14 november 2017 aan haar aanzegverplichting voldaan. Zij is dus 28 dagen te laat met aanzeggen. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat werknemer recht heeft op een aanzegvergoeding pro rata.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 04-05-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:4710

Zaaknummer: 6584324 VZ VERZ 18-573

Rechters: M. Verkerk

Advocaten: H. Mahyou

Wetsartikelen: 7:686a lid 4 onderdeel e BW en 7:668 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

**werknemer/Stichting Voortgezet Onderwijs Parstad
Limburg**

Leerling gooit tijdens pauze flesje tegen hoofd van surveillerende docent. Werknemer verzoekt voor recht te verklaren dat werkgever aansprakelijk is op grond van artikel 7:658 BW. Niet geschikt voor deelgeschil.

Feiten

Werknemer is op 1 januari 1989 bij (de rechtsvoorganger van) SVOPL in dienst getreden als docent bouwtechniek. Sinds 2002 is werknemer bekend met burn-outklachten. Tijdens het surveilleren in de kantine op 29 januari 2014 heeft een leerling een flesje tegen het achterhoofd van werknemer gegooid. Werknemer heeft zich vervolgens ziek gemeld. Bij brief van 24 maart 2016 heeft werknemer SVOPL aansprakelijk gesteld voor de gevolgen van het voorval op 29 januari 2014. SVOPL heeft bij brief van 2 juni 2016 laten weten aansprakelijkheid af te wijzen. Per 1 augustus 2016 is de arbeidsovereenkomst op initiatief van SVOPL met wederzijds goedvinden beëindigd. Werknemer verzoekt op grond van artikel 1019w Rv (deelgeschilprocedure) de kantonrechter onder meer te verklaren voor recht dat SVOPL op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk is voor de door hem geleden schade als gevolg van het ongeval op 29 januari 2014.

Oordeel

De kantonrechter volgt SVOPL in haar standpunt en is van oordeel dat het onderhavige geschil zich niet leent voor een afdoening in het kader van een deelgeschilprocedure. Om een oordeel te kunnen geven over de verzochte verklaring voor recht is van essentieel belang dat vastgesteld wordt of er een causaal verband is tussen de door werknemer gestelde psychische klachten en het voorval. Relevant daarbij is of werknemer voorafgaand aan het voorval al psychische klachten ondervond. Op basis van de in het geding gebrachte stukken en hetgeen partijen over en weer hebben aangevoerd kan niet vastgesteld worden of er een causaal verband bestaat tussen de door werknemer gestelde psychische klachten en het voorval op 29

januari 2014. Evenmin is duidelijk of werknemer een leeg of vol flesje tegen zijn achterhoofd gegooit heeft gekregen. Gelet op de uiteenlopende standpunten van partijen is ook onduidelijk of er sprake is van een arbeidsongeval of een beroepsziekte. Evenmin kan bij de huidige stand van zaken beoordeeld worden of SVOPL al dan niet voldaan heeft aan haar zorgplicht. Er bestaat onduidelijkheid over het veiligheidsbeleid en het toezicht. Niet duidelijk is wat er aan veiligheidsbeleid was, hoe daaraan uitvoering werd gegeven en of er voldoende toezicht was. Gezien het voorgaande kunnen de voor het beantwoorden van de aansprakelijkheidsvraag van belang zijnde feiten onvoldoende worden vastgesteld. Voor de beoordeling van de vraag of SVOPL aansprakelijk is voor de schade die werknemer stelt te hebben geleden als gevolg van het voorval op 29 januari 2014 zal gelet op de gemotiveerde betwisting door SVOPL nadere bewijsvoering nodig zijn. Op grond van het vorenstaande is de kantonrechter van oordeel dat de investering in tijd, geld en moeite niet opweegt tegen het belang van het verzoek en de bijdrage die een beslissing aan de totstandkoming van een minnelijke regeling kan leveren. Het verzochte met betrekking tot de vaststelling van de aansprakelijkheid zal dan ook worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 07-06-2018

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2018:5370

Zaaknummer: 6707930 OV VERZ 18-25

Rechters: P. Hoekstra

Advocaten: L.M.M. Rohof en B.M. Paijmans

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Coöperatieve Rabobank U.A.

Geen kennelijk onredelijk ontslag van bankmedewerker die dyslexie heeft. Zijn arbeidshandicap komt voor eigen risico. Bovendien heeft werkgeefster zich ingezet voor het vinden van een andere functie.

Feiten

Werknemer is laatstelijk bij de Rabobank in dienst als Procescontroller Visie 2010+. Op een gegeven moment gaan de beoordelingen van werknemer achteruit. Werkgeefster heeft de indruk dat werknemer dyslexie heeft. Dit wordt vervolgens door twee psychologen bevestigd door middel van een dyslexieverklaring. Naar aanleiding van deze verklaring wordt het takenpakket van werknemer aangepast en zal hij zich oriënteren op een andere functie bij werkgeefster. In dat kader neemt hij ook deel aan een loopbaanoriëntatie. Na een fusie binnen werkgeefster vinden gesprekken plaats over de ondersteuning van werkgeefster bij het vinden van een passende baan, specifieke begeleiding door middel van outplacement en de vrijstelling van werknemer van werk met behoud van loon gedurende maximaal zes maanden. Omdat partijen het niet eens worden, vraagt werkgeefster toestemming voor ontslag bij het UWV. Het UWV verleent deze toestemming op de grond dat werknemer als gevolg van een gebrek (arbeidshandicap) niet (meer) aan de gestelde functie-eisen voldoet of binnen 26 weken zal voldoen en de arbeidsverhouding duurzaam en onherstelbaar is verstoord. Werkgeefster zegt vervolgens de arbeidsovereenkomst op per 1 maart 2015. Werknemer stelt dat het ontslag kennelijk onredelijk is en vordert betaling van schadevergoeding. De kantonrechter wijst de vordering af.

Oordeel

Werknemer betwist niet dat hij in de functie van Procescontroller niet goed functioneerde als gevolg van bij hem geconstateerde dyslexie en dat partijen hebben afgesproken dat werknemer naar een andere functie zou uitkijken. Werkgeefster heeft werknemer begeleid bij het vinden van een andere functie en werknemer in de gelegenheid gesteld in 2013 een intensief loopbaanbegeleidingstraject te volgen. Bovendien was werknemer in maart 2014 (anderhalf jaar later) er nog niet in was geslaagd een andere functie te vinden. Het feit dat

werkgeefster vervolgens het initiatief heeft genomen om tot een beëindiging van de arbeidsrelatie te komen is niet onbegrijpelijk of onjuist. Dat geldt temeer nu werknemer ook niet stelt dat in maart 2014 een voor hem geschikte functie bij werkgeefster beschikbaar was. Het ontslag is evenmin kennelijk onredelijk omdat werkgeefster werknemer geen vergoeding heeft betaald en hij thans een lager inkomen geniet dan hij bij werkgeefster had. Het enkele feit dat werknemer een arbeidshandicap heeft (dyslexie) en daarom ongeschikt was voor zijn functie is daartoe onvoldoende. Dat feit behoort voor risico van werknemer te komen. Ook het feit dat werkgeefster in het kader van de onderhandelingen van de conceptvaststellingsovereenkomst bereid was een ontslagvergoeding te betalen en thans niet meer, leidt niet tot het oordeel dat het ontslag kennelijk onredelijk is. Werkgeefster is niet gehouden een verworpen voorstel voor een beëindigingsvergoeding gestand te doen. Uit de verschillende conceptversies van de vaststellingsovereenkomst volgt bovendien dat het aanbod een ontslagvergoeding te betalen gekoppeld was aan een eerdere einddatum van de arbeidsovereenkomst dan de aanvankelijk door werkgeefster voorgestelde datum 1 maart 2015, met ingang van welke datum de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Ten slotte leidt een aantal gebeurtenissen die na 28 februari 2015 hebben plaatsgevonden niet tot het oordeel dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag. De kennelijke onredelijkheid van een ontslag dient uiterlijk te worden beoordeeld naar de stand van zaken ten tijde van het einde van de arbeidsovereenkomst. De conclusie van het vooroverwogene is dat het ontslag niet kennelijk onredelijk is.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 05-06-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1866

Zaaknummer: 200.212.662/01

Rechters: A.M.A. Verscheure, H.M.M. Steenberghe en M.L.D. Akkaya

Advocaten: H.S. de Lint en D.M. Veerman

Wetsartikelen: 7:681 BW (oud)

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

<p>Mede gezien het zeer ruim geformuleerde concurrentiebeding had het op de weg van werkgeefster gelegen om concreet aan te geven waarom zij een gerechtvaardigd belang heeft bij het beding. Recht op vrije arbeidskeuze werknemer weegt zwaarder. Werkgeefster komt geen beroep op het beding toe.</p>

Feiten

Werknemer is vanaf 2010 voor werkgeefster werkzaam geweest in de functie van engineer. In de arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding opgenomen. Partijen hebben een vaststellingsovereenkomst gesloten waarin is bepaald dat de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden wordt beëindigd per 1 november 2016. Hierin is onder meer bepaald dat de bedingen in de arbeidsovereenkomst met postcontractuele werking onverminderd van toepassing blijven. Werknemer is in dienst getreden van X om hier op basis van detachering werkzaamheden te verrichten. Bij brief van 5 oktober 2017 heeft werkgeefster werknemer bericht dat het hem op grond van het concurrentiebeding tot 1 november 2017 niet is toegestaan werkzaamheden te verrichten voor X en dat hij hiermee een boete verbeurt. Werkgeefster vordert onder meer werknemer te veroordelen tot betaling van € 50.000 uit hoofde van verbeurde boetes.

Oordeel

Gesteld noch gebleken is dat het concurrentiebeding ongeoorloofd is. Een dergelijk beding heeft naar zijn aard postcontractuele werking. In de vaststellingsovereenkomst is onder meer opgenomen dat de bedingen in de arbeidsovereenkomst met postcontractuele werking onverminderd van toepassing blijven. Deze tekst is duidelijk en niet voor verschillende interpretaties vatbaar. Dat werknemer te kennen zou zijn gegeven dat het hem was toegestaan om bij een andere werkgever in dienst te treden die ook werkzaamheden zou verrichten voor opdrachtgevers van werkgeefster, doet niet af aan de gelding van het concurrentiebeding. Het beroep op dwaling en/of misbruik van omstandigheden heeft werknemer onvoldoende

onderbouwd. Uit de vaststellingsovereenkomst volgt dat het initiatief voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij werkgeefster lag. Dat is echter onvoldoende om zonder meer aan te nemen dat werkgeefster geen rechten kan ontlenen aan het beding. Werknemer is na beëindiging van de arbeidsovereenkomst in dienst getreden bij X, een detacherings-/uitzendonderneming. Het concurrentiebeding is zodanig ruim geformuleerd dat deze nieuwe werkzaamheden daaronder kunnen vallen. Als reden voor het concurrentiebeding is door werkgeefster gegeven dat zij haar onderneming tegen uitholling en het weglekken van kennis moet beschermen. Onduidelijk is echter gebleven waarop werkgeefster met uitholling doelt. Evenmin is concreet onderbouwd om welke kennis het hier zou gaan. Als het zou gaan om geheimhouding van wat werknemer over de onderneming tijdens zijn dienstverband bekend is geworden, is werknemer reeds gebonden door het geheimhoudingsbeding. Mede gezien het zeer ruim geformuleerde concurrentiebeding, had het op de weg van werkgeefster gelegen om concreet aan te geven waarom zij een gerechtvaardigd belang heeft bij het voorkomen dat werknemer voor een werkgever als X en diens opdrachtgever zou gaan werken. Dat geldt eens te meer daar werkgeefster zelf het initiatief heeft genomen om de arbeidsovereenkomst te beëindigen. Er was immers bij werkgeefster geen werk meer voor werknemer. Dat werkgeefster schade zou hebben geleden omdat werknemer bij een opdrachtgever van X zou zijn gedetacheerd en aan haar zodoende de mogelijkheid is ontnomen om hier een eigen medewerker te detacheren is daarmee dus onzin, althans werknemer is daarvan niet de oorzaak. Daartegenover heeft werknemer zijn belang gesteld dat gelegen is in het recht op vrije arbeidskeuze en het vinden van betaald werk. Indien deze belangen worden gewogen, dan zou de conclusie zijn dat werknemer door het concurrentiebeding onbillijk wordt benadeeld en zou dit aanleiding zijn om het beding te vernietigen. Het beding is echter op 1 november 2017 geëindigd. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is het onaanvaardbaar om aan werknemer een boete op te leggen. Werkgeefster komt dan ook geen beroep toe op het concurrentiebeding en de boete.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 31-05-2018

Zaaknummer: 6479318 RL EXPL 17-28812

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Vorderingsrecht nabetaling van cao-dagvergoedingen van buschauffeur onvoldoende onderbouwd. Werkgeefster mocht aan ondertekening van bepaalde formulieren redelijkerwijs de zin toekennen dat werknemer verklaarde dat hij de dagvergoeding van de opdrachtgever van werkgeefster had ontvangen, tenzij hij vermeldde dat dit niet zo was.

Feiten

Werknemer is van 1 mei 2009 tot 1 juni 2015 in loondienst van X geweest. Werknemer heeft in 2012 en 2013 voor X als autobuschauffeur gewerkt tijdens meerdaagse vakantiereizen die waren georganiseerd door Expat Explore Travel Limited te Londen (hierna 'Expat'). Op de arbeidsovereenkomst tussen partijen is de collectieve arbeidsovereenkomst Besloten Busvervoer (hierna 'de cao') van toepassing. Artikel 34 van de cao bepaalt dat bij meerdaagse reizen uitgevoerd met reisleader, de chauffeur voor de overige zakelijke kosten recht heeft op een nettovergoeding van € 5,73 per dag. X heeft de genoemde nettovergoeding van € 5,73 per dag niet aan werknemer betaald voor de door Expat georganiseerde meerdaagse reizen in 2012 en 2013. Bij brief van 28 juli 2015 heeft werknemer X aangesproken tot betaling van de nettovergoeding van € 5,73 per dag voor de hierboven bedoelde reizen. Tegen deze achtergrond vordert werknemer onder meer de veroordeling van X tot betaling aan hem van € 1.644,51 netto. X vordert op haar beurt de veroordeling van werknemer tot schadevergoeding op te maken bij staat ten belope van de volledige proceskosten van X wegens misbruik van procesrecht. De kantonrechter heeft de vorderingen van weerszijden afgewezen.

Oordeel

Werknemer heeft ook in hoger beroep het door hem gestelde vorderingsrecht tegenover de betwisting door X niet voldoende onderbouwd. Op de eerste plaats gaat werknemer eraan voorbij dat tussen partijen als onweersproken vaststaat dat de reisleaders van Expat contante betalingen aan hem hebben gedaan. Weliswaar heeft hij gesteld dat het daarbij is gegaan om

fooien en commissies, maar hij heeft noch het beloop, noch de samenstelling van de hem door de reisleiders gedane contante betalingen nader toegelicht. Werknemer heeft aldus niet afdoende onderbouwd dat in die betalingen niet mede een nettovergoeding van € 5,73 per dag was begrepen. Die onderbouwing mocht van hem worden verwacht, nu artikel 34 van de cao uitdrukkelijk in de mogelijkheid van betaling van de dagvergoeding door *'de touroperator, organisator of opdrachtgever van de werkgever'* voorziet, X zich op deze wijze van betaling beroept en vaststaat dat aan werknemer contante betalingen zijn gedaan door reisleiders van (de reisorganisator) Expat. Op de tweede plaats miskent werknemer dat hij na afloop van de meerdaagse reizen steeds een genummerd formulier heeft ondertekend waarvan de laatste zin vóór de *handtekening chauffeur* luidt: *'Meerdaagse reizen zijn altijd met reisleiding, uw dagelijkse onkostenvergoeding (CAO) ontvangt u van opdrachtgever'*. Dat formulier bevat ruimte voor opmerkingen van de chauffeur. In 2012 en 2013, op welke jaren zijn vordering betrekking heeft, heeft werknemer alleen in oktober 2013 een opmerking geplaatst (namelijk: *'Geen buitenlandtoeslag ontvangen van tourleader'*), waarna X hem het genoemde bedrag heeft betaald. Gelet op de uitdrukkelijke verwijzing naar de (aan de chauffeur toekomende) *'dagelijkse onkostenvergoeding (CAO)'* en naar de betaling daarvan door de opdrachtgever mocht X aan de ondertekening van de bedoelde formulieren redelijkerwijs de zin toekennen dat deze daarmee verklaarde dat hij de hem toekomende dagvergoeding had ontvangen, tenzij hij vermeldde dat dit niet zo was. De aangehaalde opmerking van werknemer op het formulier vormt een sterke aanwijzing dat hij het ondertekenen van de bedoelde formulieren in dezelfde zin opvatte. Uit de enkele omstandigheid dat de vordering van werknemer wegens het ontbreken van voldoende onderbouwing niet toewijsbaar is, volgt niet dat werknemer misbruik heeft gemaakt van procesrecht. De slotsom uit het bovenstaande is dat het principale en het incidentele beroep beide tevergeefs zijn ingesteld.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 29-05-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1839

Zaaknummer: 200.216.697/01

Rechters: W.H.F.M. Cortenraad, G.C. Boot en F.J. Verbeek

Advocaten: J. van Overdam en C.C. Hofman

Wetsartikelen: 7:625 BW en Cao Besloten Busvervoer

RECHTSPRAAK

werknemer/New York Pizza Delivery

Kasverschil en verschil in voorraad rechtvaardigen ophangen verborgen camera's. Ontslag op staande voet wegens diefstal/fraude werknemer door New York Pizza terecht gegeven.

Feiten

Werknemer is op 1 januari 2016 in dienst getreden bij New York Pizza, nadat hij eerder al in 2014 bij New York Pizza werkzaam was geweest. In opdracht van New York Pizza heeft Y Bedrijfsrecherche B.V. in de periode van 9 mei tot en met 13 juni 2016 onderzoek gedaan naar het vermoeden van onregelmatigheden. Y heeft in het kader van het onderzoek verborgen camera's geplaatst. Op 9 juni 2016 is werknemer door New York Pizza op staande voet ontslagen, omdat hij fraude/diefstal heeft gepleegd. Op 15 juni 2016 heeft New York Pizza aangifte gedaan van verduistering, eventueel in dienstbetrekking, tegen onder meer werknemer. Inmiddels heeft de Rechtbank Amsterdam werknemer bij vonnis van 1 december 2017 veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 24.999 aan New York Pizza uit hoofde van schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen. Bij eindbeschikking van 13 januari 2017 heeft de kantonrechter geoordeeld dat werknemer op goede gronden door New York Pizza op staande voet is ontslagen en het verzoek tot vernietiging en loondoorbetaling is daarom door de kantonrechter afgewezen. Werknemer komt hiertegen in hoger beroep.

Oordeel

Werknemer voert aan dat de camerabeelden door middel van verborgen camera's zijn geregistreerd en daarom als onrechtmatig verkregen bewijs moeten worden aangemerkt. Het hof oordeelt als volgt. Een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer levert in beginsel een onrechtmatige daad op, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. De ernst van de inbreuk op dit recht van werknemer is beperkt gebleven. Er zijn immers slechts camera's opgehangen gericht op de afhaalbalie, een voor publiek toegankelijke plaats, en in het kantoor waar de kassa wordt opgemaakt. New York Pizza heeft belang bij het instellen van het onderzoek. Er was sprake van kasverschil, verschil in voorraad en er zijn gesprekken opgevangen over het verduisteren van geld en producten.

Zowel het door hem gesuggereerde persoonlijke toezicht als het geven van waarschuwingen lijken op het eerste oog immers niet passend in de gegeven omstandigheden. Het hof overweegt verder dat uit de beschikking van 12 oktober 2016 blijkt dat de kantonrechter niet de bewijslastverdeling bij ontslag op staande voet heeft miskend. De kantonrechter heeft aangegeven dat als uitgangspunt heeft te gelden dat het op de weg van New York Pizza als werkgever ligt om de feiten die aan het ontslag op staande voet ten grondslag liggen te stellen en bij betwisting daarvan te bewijzen. Het oordeel dat werknemer op goede gronden door New York Pizza op staande voet is ontslagen is gebaseerd op het feit dat de camerabeelden bevestigen dat werknemer geen bon aan de klant meegeeft, terwijl dat in strijd is met de bij New York Pizza gehanteerde werkwijze. Daarbij moet worden meegenomen dat vast is komen te staan dat A geld van New York Pizza heeft ontvreemd en aan werknemers heeft verstrekt. Ook is verklaard dat werknemer geld van A heeft gekregen. Voldoende is dat werknemer wist dat er geld uit de vestiging werd onttrokken en er zelf ook van profiteerde. De kantonrechter heeft derhalve terecht geoordeeld dat voldoende is komen vast te staan dat werknemer zich bij New York Pizza schuldig heeft gemaakt aan fraude door verkopen niet in het verkoopregister te registreren en actief heeft meegewerkt aan een systematische benadeling van New York Pizza. Aannemelijk is tot slot dat de schade van New York Pizza het door New York Pizza nog aan werknemer verschuldigde salaris zal overstijgen, zodat voor betaling van (achterstallig) salaris tot 9 juni 2016 geen plaats is.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 22-05-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1815

Zaaknummer: 200.213.821/01

Rechters: G.C. Kleene-Eijk, D. Kingma en I.A. Haanappel-van der Burg

Advocaten: N. Türkkol

Wetsartikelen: 7:628 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/KLM

De kantonrechter gaat er veronderstellenderwijs vanuit dat KLM-piloot bij preflightcheck is gevallen. Zogenoemd huis-tuin-en-keukenongeval zodat werkgever niet aansprakelijk is op grond van artikel 7:658 BW.

Feiten

Werknemer is sinds 9 februari 1995 als piloot in dienst van KLM. Op 5 februari 2015 heeft werknemer op het vliegveld van Venetië vanwege de weersomstandigheden een zogenoemde 'pre-flight' inspectie uitgevoerd van het toestel waarmee hij die dag naar Schiphol zou terugvliegen. Op de trap naar het vliegtuig en op het platform onder en rondom het toestel lagen ijs en slush. Werknemer is tijdens de inspectie gevallen. Op 10 februari 2015 heeft werknemer zich bij KLM ziek gemeld met verergerde elleboogklachten die het gevolg zouden zijn van de val. In het ziekenhuis heeft de arts op 10 februari 2015 een fractuur geconstateerd. De rechterelleboog en -arm van werknemer zijn gegipt en gedurende twee weken geïmmobiliseerd. Begin maart 2015 is bij hem een longembolie gediagnosticeerd. In september 2015 is hij aan zijn rechterelleboog geopereerd. Vanaf 1 april 2016 is hij weer in zijn eigen werk gere-integreerd. Bij brief van 3 mei 2016 heeft werknemer KLM (op grond van art. 7:658 BW) aansprakelijk doen stellen. KLM heeft aansprakelijkheid betwist. Werknemer vordert onder meer voor recht te verklaren dat KLM aansprakelijk is voor de schade die hij heeft geleden ten gevolge van het hem op 5 februari 2015 op de luchthaven van Venetië overkomen ongeval. Ook de longembolie staat volgens werknemer in causaal verband tot de val.

Oordeel

De kantonrechter kiest er (vanwege de betwisting van KLM) bij de beoordeling voor om er veronderstellenderwijs van uit te gaan dat werknemer bij de pre-flight inspectie inderdaad is gevallen. Nu niet in geschil is dat die inspectie tot de taken van een gezagvoerder behoort, is in dat geval voldaan aan het vereiste dat werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor KLM schade heeft geleden. Bij de beantwoording van de vraag of KLM bij de naleving van haar zorgplicht als werkgever van werknemer is tekortgeschoten, geeft de doorslag dat zich bij

het veronderstelde voorval van 5 februari 2015 een alledaags gevaar, te weten dat van het lopen op een gladde ondergrond, in een overigens op zichzelf niet (val)gevaarlijke werksituatie heeft voorgedaan. Anders dan werknemer heeft betoogd is het voor de te beantwoorden aansprakelijkheidsvraag niet relevant dat het platform van een vliegveld geen alledaagse plek is om te lopen, zoals de openbare weg dat wél is. Evenmin speelt een rol dat het in Venetië zelden sneeuwt. Daartegenover is wél van belang dat het ging om het alledaagse gevaar van gladheid bij het lopen over sneeuw en ijs. Het is van algemene bekendheid dat dan gevaar op vallen bestaat en werknemer wist dat hij met dat gevaar terdege rekening had te houden. Voor een dergelijk gevaar hoeft een werkgever niet specifiek te waarschuwen. Op KLM rustte evenmin de verplichting om haar piloten te voorzien van speciaal schoeisel. Zij mocht het redelijkerwijs aan de eigen keuze van haar medewerkers overlaten om in de wintermaanden of bij het vliegen op bepaalde bestemmingen aangepast schoeisel, zoals een (extra) paar stevige schoenen, mee te nemen dan wel om bij onverwacht optredende gladheid bij de 'walkaround' de assistentie van lokaal grondpersoneel in te roepen. Niet gesteld of gebleken is dat de keuze voor laatstbedoelde optie zou afdoen aan de verantwoordelijkheid die een gezagvoerder voor toestel, bemanning en passagiers heeft. Dat KLM in het algemeen van haar piloten verlangt dat zij zich representatief kleden en nette schoenen dragen, betekent uiteraard niet dat zij bij hun inspectieronde om het vliegtuig geen steviger schoeisel mogen dragen. Het is aan de piloot zelf, zoals aan elke werknemer, om ervoor te zorgen dat zijn kleding en schoeisel geschikt zijn voor het uitoefenen van de functie.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 16-01-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:445

Zaaknummer: 5862346 CV EXPL 17-8201

Rechters: E.J. van der Molen

Advocaten: H.M. Fritschy en N.P. Jonker

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Seebregts & Saey Strafrechtadvocaten B.V.

Werknemer (advocaat) neemt na ontslag op staande voet zaken van werkgeefster mee. Werknemer maakt in conventie aanspraak op salaris. In reconventie maakt werkgeefster onder meer aanspraak op vergoeding van meegenomen zaken. Tussenvonnis.

Feiten

Werknemer is op 16 juli 2015 op staande voet door Seebregts ontslagen, waarna partijen in onderhavige procedure zijn verwikkeld. In conventie maakt werknemer onder meer aanspraak op salaris. Seebregts vordert onder meer vergoeding van meegenomen zaken en ontvangen gelden. Op 31 maart 2017 is een tussenvonnis gewezen.

Oordeel

In conventie

Tussen partijen is niet in het geding dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen per 16 juli 2015 rechtsgeldig is geëindigd. Blijkens de arbeidsovereenkomst hebben partijen afgesproken dat wanneer de arbeidsovereenkomst eindigt, werknemer gehouden is om een vergoeding per meegenomen zaak aan Seebregts te betalen. Werknemer mag die belangen blijven behartigen, maar daarvoor is hij wel een vergoeding aan zijn (ex-)werkgever verschuldigd. Dit betekent dat er geen grond is om dit beding te vernietigen, zodat ook deze door werknemer gevorderde verklaring voor recht niet voor toewijzing vatbaar is. Ter comparitie van partijen heeft werknemer aangegeven dat hij een bedrag van € 195,68 aan daadwerkelijk gemaakte reiskosten vordert. Seebregts heeft ter zitting aangegeven dat zij bereid is tot uitbetaling over te gaan, indien werknemer daarvan een nota overlegt. Werknemer heeft echter verzuimd een nota in het geding te brengen. Dit onderdeel van de vordering zal dan ook als onvoldoende onderbouwd worden afgewezen. Ten aanzien van het salaris over de periode 1 tot en met 16 juli 2015 heeft Seebregts erkend dat zij dit aan werknemer is verschuldigd. Seebregts stelt echter dit brutosalaris verrekend te hebben met haar aanspraak op de vergoeding op basis van het beding. Dit onderdeel zal hierna in reconventie worden beoordeeld.

In reconventie

Seebregts is uitgegaan van 35,2 niet opgenomen vakantiedagen. Werknemer is uitgegaan van 98,50 niet opgenomen vakantiedagen. Werknemer verwijst daarbij naar de opgave die mevrouw Van Rest namens Seebregts via een e-mailbericht van 5 juni 2015 heeft gedaan. Seebregts heeft aangevoerd dat mevrouw Van Rest niet wist van een vervalt termijn en dat er daarom niet mag worden uitgegaan van haar opgave. De kantonrechter volgt het standpunt van Seebregts niet. Derhalve zal worden uitgegaan van 98,50 openstaande dagen. Seebregts stelt zich op het standpunt dat werknemer in de periode van ontslag tot eind maart 2016 in totaal 128 lopende dossiers heeft meegenomen. Op grond van artikel 12 van de arbeidsovereenkomst is werknemer dan een bedrag van primair € 139.959 aan Seebregts verschuldigd. Werknemer betwist dat hij 128 lopende dossiers heeft meegenomen. Er is door hem informatie ten aanzien van 52 zaken verstrekt. Bij akte van 18 juli 2017 heeft Seebregts ter ondersteuning van haar standpunt een lijst van meegenomen zaken overgelegd. In deze lijst ontbreken echter de data, zodat niet kan worden nagegaan of er sprake was een lopende zaak op het moment dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen is geëindigd. Bovendien staan in de lijst namen opgenomen die meerdere keren voorkomen. Aan Seebregts zal derhalve de gelegenheid worden geboden ter gelegenheid van de hierna te bepalen comparitie van partijen om de lijst nader toe te lichten en te onderbouwen. De eiswijziging van Seebregts komt er tot slot op neer dat deze geen wijziging of aanvulling van de grondslag van de vordering is, maar een geheel nieuwe eis op basis van geheel andere gestelde normschending(en). Door pas na de comparitie van partijen en na een gewezen tussenvonnis, waarin deze vorderingen niet eerder ter sprake zijn gebracht en besproken, de eis te wijzigen wordt werknemer onredelijk bemoeilijkt in de mogelijkheid om verweer te voeren. De eiswijziging is echter het gevolg van werknemer zelf die heeft nagelaten de door Seebregts verzochte informatie over te leggen. Gegeven deze omstandigheden acht de kantonrechter het gewenst om in het kader van hoor en wederhoor de gewijzigde vordering van Seebregts alsnog te bespreken. De voortzetting van de comparitie van partijen zal tevens worden benut voor het beproeven van een minnelijke regeling. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-12-2017

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2017:10873

Zaaknummer: 4935569 \ CV EXPL 16-13825

Rechters: K.J. Bezuijen

Advocaten: O. Diels

Wetsartikelen: 7:640a, 7:632 BW en 130 lid 1 Rv

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

Anders dan de kantonrechter is het hof van oordeel dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is. Indien werkgever twijfelde aan de arbeidsongeschiktheid van werkneemster, had hij hiernaar onderzoek moeten laten doen door de bedrijfsarts in te schakelen.

Feiten

Werkneemster is op 1 januari 2010 bij werkgever in dienst getreden in de functie van jurist op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 30 september 2010. Werkgever heeft bij brief van 4 maart 2010 werkneemster onder meer gewaarschuwd om zich voortaan aan de werktijden te houden. Werkgever heeft werkneemster bij brief van 15 april 2010 een laatste waarschuwing gegeven omdat zij op 13 april 2010 pas om 10:30 uur op het werk zou zijn verschenen en bovendien te lang zou zijn weggebleven bij het indienen van stukken bij de rechtbank en het doen van een boodschap. Werkneemster heeft zich op 20 april 2010 ziek gemeld. Zij heeft werkgever op vrijdag 23 april 2010 een sms-bericht gezonden met onder meer de volgende inhoud: "Ik kom maandag werken". Werkneemster is maandag 26 april 2010 niet op kantoor verschenen. Werkgever heeft werkneemster die dag onder meer hierom op staande voet ontslagen. Werkneemster heeft in eerste aanleg onder meer loondoorbetaling gevorderd. De kantonrechter heeft de vorderingen van werkneemster afgewezen. Werkneemster is van dit vonnis in hoger beroep gekomen.

Oordeel

De directe aanleiding voor het ontslag op staande voet was het niet verschijnen van werkneemster op het werk op 26 april 2010. Het hof is voorshands van oordeel dat zelfs indien moet worden aangenomen dat werkgever ervan mocht uitgaan dat werkneemster beter was en op 26 april 2010 weer aan het werk zou gaan, hij niet tot ontslag op staande voet had mogen overgaan toen werkneemster desondanks op 26 april 2010 niet op het werk verscheen. Hierbij is van belang dat werkgever heeft verklaard dat hij die maandag 26 april 2010 nog telefonisch contact met werkneemster heeft gehad en dat zij in dat gesprek aangaf dat zij zich niet lekker voelde. Indien werkgever twijfelde aan de arbeidsongeschiktheid van werkneemster, had hij

hiernaar onderzoek moeten laten doen door de bedrijfsarts in te schakelen. De eventuele omstandigheid dat werkneemster voorheen meerdere keren te laat op haar werk zou zijn verschenen, kan evenmin een ontslag op staande voet op 26 april 2010 rechtvaardigen. Blijkens de ontslagbrief verwijt werkgever werkneemster dat zij zich op internet als advocaat heeft gepresenteerd en daarbij de handelsnaam van werkgever heeft genoemd. Naar het hof begrijpt, doelt werkgever hiermee op de vermelding van werkneemster op haar profiel op de netwerksite LinkedIn. In dit geding staat vast dat zowel de vermelding 'mr.' als de zinsnede '*advocaat, beroepsopleiding 01-04-2010*' onjuist zijn omdat werkneemster in april 2010 nog niet was afgestudeerd aan de universiteit en op dat moment evenmin aan de beroepsopleiding advocatuur was begonnen. Het hof is echter voorshands van oordeel dat op het moment dat werkgever deze vermelding ontdekte hij werkneemster hierop had moeten aanspreken en haar eventueel had moeten sommeren om deze informatie aan te passen. Een ontslag op staande voet was in de gegeven omstandigheden niet op zijn plaats. Blijkens de ontslagbrief verwijt werkgever werkneemster eveneens dat zij een eigen juridisch adviesbedrijf drijft en daarmee concurrerende werkzaamheden verricht. Het hof is voorlopig van oordeel dat, zelfs als moet worden aangenomen dat werkneemster werkgever hierover niet heeft geïnformeerd, van werkgever mocht worden verwacht dat hij na ontdekking van het bestaan werkneemster om opheldering zou hebben gevraagd. Een en ander kwalificeert in de gegeven omstandigheden niet als een dringende reden. Het hof is op grond van het voorgaande voorshands van oordeel dat de door werkgever in de brief van 26 april 2010 aangevoerde gronden voor het ontslag op staande voet noch elk afzonderlijk, noch in samenhang met elkaar kunnen leiden tot een dringende reden voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet. Dit betekent dat het hof er voorshands van uitgaat dat het gegeven ontslag nietig is en dat werkgever gehouden is tot loonbetaling tot het moment dat de arbeidsovereenkomst is geëindigd.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 04-01-2011

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2011:BP7414

Zaaknummer: 200.073.016

Rechters: Aarts, Waaijers en Van Hoek

Advocaten: R.F. van Leeuwen en R. Aboukir

Wetsartikelen: 7:625 BW, 7:628 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Geen kennelijk onredelijk ontslag na vervallen functie door verplaatsing van laswerkzaamheden naar Bosnië. Voor beoordeling noodzaak tot reorganisatie niet relevant hoe de andere vennootschappen binnen het concern presteren. Geen sprake van overgang van onderneming als slechts een enkele activiteit wordt verplaatst. Gevolgen ontslag werknemer beperkt.

Feiten

Werknemer is in dienst als hoofdliggerbouwer. Eind 2013 voert werkgeefster een reorganisatie door, waarbij de lasafdeling wordt opgeheven. Sedertdien worden de laswerkzaamheden uitgevoerd bij een zusteronderneming in Bosnië. Hierdoor vervalt de functie van werknemer en wordt hij boventallig. Met toestemming van het UWV zegt werkgeefster vervolgens de arbeidsovereenkomst op. Werknemer stelt dat het ontslag kennelijk onredelijk is. De kantonrechter oordeelt dat dit niet het geval is.

Oordeel

De noodzaak tot reorganiseren

Vooropstaat dat het aan een ondernemer is om te beoordelen welke maatregelen hij moet treffen om zijn bedrijf levensvatbaar te houden, met dien verstande dat de werkgever binnen de grenzen van de redelijkheid moet blijven. Vast staat voorts dat, welke omzetcijfers het hof voor 2013 ook aanhoudt, in alle gevallen aannemelijk is dat de loonkostenreductie op zijn minst heeft bijgedragen aan een verbetering van het bedrijfsresultaat. Bepalend is voorts de vraag of werkgever eind 2013 in redelijkheid kon besluiten tot maatregelen om de loonkosten te reduceren. Dit is in casu het geval. Ten slotte faalt het argument van werknemer dat de kantonrechter bij zijn oordeel ook de jaarcijfers van het gehele concern had moeten betrekken. Blijkens de door het UWV toegepaste beleidsregels en regelgeving betreft het UWV bij de beoordeling van een aanvraag voor een ontslagvergunning de cijfers van de onderneming waarbij de werknemer in dienst is. Blijkt uit die cijfers dat die onderneming

onderdeel uitmaakt van een concern dat weliswaar winstgevend is, maar zélf verliesgevend is en voor de toekomst weinig winstperspectieven heeft, dan kan die verliesgevende onderneming als werkgever niet verweten worden dat zij passende maatregelen treft, activiteiten reorganiseert en zo nodig op personeelskosten bezuinigt. De omstandigheid dat een aantal vennootschappen onderdeel zijn van een concern, dat zij op hetzelfde adres zijn gevestigd en dat zij zich via één website presenteren, levert op zich geen grond op om het uitgangspunt dat sprake is van verschillende juridische (vermogensrechtelijke) entiteiten te doorbreken.

Ander passend werk

Werknemer voert voorts aan dat de functies van hoofdliggerbouwer c.q. lasser bij de zusteronderneming in Bosnië aanwezig zijn. Hij voert echter niet aan dat ten tijde van de reorganisatie aldaar vacatures bestonden. Nu in rechte niet is gebleken dat binnen de zusteronderneming een andere passende functie voorhanden was, kan ook niet worden geoordeeld dat werkgever in gebreke is gebleven om werknemer daar in een andere passende functie te herplaatsen. Daarnaast is het hof van oordeel dat niet aannemelijk is gemaakt dat een functie in Bosnië een passend alternatief zou zijn. Een van de criteria voor het beoordelen van de vraag of een andere functie passend is, is het verschil in loonniveau. Is dat te groot, dan is geen sprake meer van een passende functie. Dat is in casu het geval. Daarnaast heeft werknemer niet aannemelijk gemaakt dat hij in Bosnië herplaatst had kunnen worden, nu aldaar voorrang wordt gegeven aan werknemers met de Bosnische nationaliteit.

Overgang van onderneming

De enkele omstandigheid dat een economische activiteit voorheen door werkgever werd uitgevoerd en nu door de zusteronderneming in Bosnië wettigt op zich nog niet de conclusie dat sprake is van een overdracht van een economische eenheid. Het Hof van Justitie heeft immers geoordeeld dat een economische eenheid niet kan worden gereduceerd tot enkel een activiteit. Feiten of omstandigheden waaruit zou kunnen volgen dat meer verplaatst is dan enkel een activiteit (zoals een overdracht van productiemiddelen, overdracht van intellectuele-eigendomsrechten of indiensttreding van personeel bij de zusteronderneming), zijn ook niet gesteld. Waar geen sprake is van een overgang van onderneming, kan werkgever ook geen regels hebben geschonden die hiermee samenhangen.

Gevolgencriterium

Het belang van werkgever bij de (loon)kostenreductie is in rechte voldoende komen vast te staan. Dat belang dient echter afgewogen te worden tegen het belang van werknemer en de gevolgen van het ontslag. Binnen een straal van 1,5 uur reistijd bestonden voor werknemer

veertig vacatures voor een lasser/hoofdliggerbouwer. Daarbij staat vast dat werknemer met ingang van 1 december 2014 een arbeidsovereenkomst is aangegaan met een bijna gelijk loon als bij zijn vorige werkgever. Met name gelet op die omstandigheid is het hof van oordeel dat, bij afweging van het belang van werkgeefster tegen de voorzienbare gevolgen daarvan voor werknemer en de in verband daarmee ten bate van hem getroffen voorziening (i.e. een sociaal plan), niet kan worden geoordeeld dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is geweest. De duur van het dienstverband, werknemers leeftijd en hetgeen hij heeft aangevoerd met betrekking tot zijn financiële situatie zijn daartoe niet voldoende. Op grond van al het voorgaande is geen sprake van een kennelijk onredelijk ontslag.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 12-06-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:2493

Zaaknummer: 200.198.486/01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, R.J.M. Cremers en I.B.N. Keizer

Advocaten: R.P.H.W. Haas en B.M.W. Hunnekens

Wetsartikelen: 7:662 BW en 7:681 BW (oud)

RECHTSPRAAK

The Gap Partnership Netherlands B.V./werknemer

Ten onrechte koppeling aan klanten in klantensysteem en opgeven declaratie voor nooit gemaakte zakenreis niet voldoende voor e-grond (want slechts onzorgvuldig; aan door werkgeefster eenzijdig opgesteld bewijsmateriaal komt geen betekenis toe), maar wel voldoende voor g-grond. Werknemer behoudt echter aanspraak op bonus; onduidelijkheid omtrent bonusregeling komt voor risico en rekening van werkgeefster.

Feiten

Werknemer in laatstelijk in dienst van senior consultant. Werkgeefster heeft een *SalesForce*-systeem, waarin werknemer onder meer zijn activiteiten en zijn bestaande en potentiële klantenkring dient bij te houden. De werknemer kan een aanspraak op bonus verkrijgen (mede) op basis van de omzet die is gegenereerd bij de klant waaraan hij of zij is gekoppeld. Er vindt een gesprek plaats waarin werknemer door werkgeefster wordt geconfronteerd met het verhaal dat hij zich ten onrechte heeft gekoppeld aan enkele klanten. Daarbij zou werknemer ook een reiskostendeclaratie voor een reis naar Brussel ten onrechte hebben opgegeven. Werknemer is vervolgens op non-actief gesteld en werkgeefster verzoekt de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Oordeel

Ontbinding op de e-grond

Vast staat dat werknemer een onjuiste reiskostendeclaratie heeft ingediend. Dat werknemer een onjuiste declaratie heeft ingediend en daarover niet direct duidelijkheid heeft gegeven en open kaart heeft gespeeld, is zeer onzorgvuldig en nalatig geweest. Het is echter niet komen vast te staan dat werknemer opzettelijk of bewust onjuist heeft gedeclareerd. Ook de stelling van werkgeefster dat uit aantekeningen van een skypegesprek volgt dat werknemer bewust een onjuiste declaratie heeft ingediend, kan geen doel treffen. Gebleken is dat de

aantekeningen eenzijdig door werkgeefster gemaakt zijn, zonder dat geheel duidelijk is of het om observaties van werkgeefster of om uitlatingen van werknemer gaat, terwijl ook vast staat dat deze aantekeningen nooit aan werknemer zijn verstrekt of toegezonden. Aan die aantekeningen komt daarom geen betekenis toe in dit kader. Naar het oordeel van de kantonrechter is voorts onvoldoende gebleken dat werknemer zich op oneigenlijke wijze klanten heeft willen 'toe-eigenen' door zich te koppelen aan enkele klanten. Ook is niet komen vast te staan dat hij daarbij de bedoeling had om zich ten koste van collega's te bevoordelen. Het ontbindingsverzoek op de e-grond wordt afgewezen.

Ontbinding op de g-grond

Weliswaar is niet komen vast te staan dat werknemer bewust een onjuiste reiskostendeclaratie heeft ingediend, maar door zijn slordige en onzorgvuldige wijze van handelen heeft hij wel het vertrouwen van werkgeefster op het spel gezet. Dit vertrouwen is verder geschaad doordat hij daarover eerst onjuiste en wisselende verklaringen heeft afgelegd, en pas na aandringen de waarheid op tafel heeft gelegd. Hoewel niet is komen vast te staan dat werknemer het doel heeft gehad om zich ten koste van collega's te bevoordelen, had hij wel kunnen en behoren te weten dat overleg met werkgeefster over dergelijke koppelingen aangewezen was. Werkgeefster had immers per e-mail duidelijk te kennen gegeven dat zij een nieuwe werkwijze voorstond ten aanzien van de allocatie van klanten en dat zij daarover de regie wilde voeren. Gelet daarop had het in ieder geval op de weg van werknemer gelegen om eerst overleg te voeren met werkgeefster. De kantonrechter overweegt dat werkgeefster temeer hoge eisen aan de betrouwbaarheid van werknemer kon en mocht stellen, omdat hij een grote mate van zelfstandigheid en vrijheid heeft in zijn functie. Het ontbindingsverzoek op de g-grond wordt daarom toegewezen.

Bonus

Als zelfstandig tegenverzoek verzoekt werknemer betaling van een bonus. Werkgeefster stelt ten eerste dat werknemer geen aanspraak kan maken op de bonusregeling. De kantonrechter gaat aan dit verweer voorbij omdat voldoende aannemelijk is dat werknemer hier wel aanspraak op kan maken. Dit blijkt onder meer uit reeds eerdere bonussen die hij heeft ontvangen. Voorts stelt werkgeefster dat geen aanspraak bestaat op een bonus omdat de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden en werknemer niet vrijwillig vertrekt. Werkgeefster heeft een document overgelegd waarin de vraag staat: "*If I leave the business involuntary, will I receive a profit share?*", met als antwoord: "*No*". De status en betekenis van dit document is echter onvoldoende duidelijk geworden. Onder andere zijn de bewoordingen niet helder, nu niet nader wordt omschreven wat wordt bedoeld met "*If I leave the business involuntary*". Daarbij komt dat niet alleen de tekst van genoemde regeling onduidelijk is, maar dat ook de

verschillende brieven omtrent de bonussen ondoorzichtig maken welke regeling nu eigenlijk geldt en welke voorwaarden voor de bonus van toepassing zijn. Die onduidelijkheid komt voor rekening en risico van werkgeefster. Wel helder is de bepaling in de arbeidsovereenkomst dat werknemer in beginsel aanspraak heeft op een bonus en de mededeling in de brief van 28 augustus 2014 dat het bonuspercentage bij werkgeefster gehandhaafd blijft op 22.5%. Dat is daarom doorslaggevend voor het oordeel dat werknemer recht heeft op een bonus.

Concurrentiebeding

Het concurrentiebeding wordt, gelet op de functie en de duur van het dienstverband bij werkgeefster, gehandhaafd. Daarbij speelt ook een grote rol de hoge positie van werknemer. De duur wordt echter wel beperkt gelet op de tijd van non-actiefstelling van werknemer.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 04-06-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:4854

Zaaknummer: 6811380

Rechters: P.J. Jansen

Advocaten: W.D. Kootstra en D. Broekman

Wetsartikelen: 7:653 BW, 7:669 lid 3 sub e BW en 7:669 lid 3 sub g BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

<p>Geen sprake van feitelijk verlengde proeftijd nadat arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd binnen de proeftijd wordt opgezegd en omgezet in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Geen misbruik van recht of strijd met goed werkgeverschap. Nieuwe overeenkomst uit coulance aangeboden.</p>

Feiten

Op 6 november 2017 komt een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tot stand tussen werkneemster en werkgever. Daarin is een proeftijdbegin opgenomen met de duur van een maand. Op 4 december 2017 wordt de arbeidsovereenkomst door werkgever opgezegd. De reden voor het ontslag is dat werkgever niet met volle overtuiging kan zeggen dat werkneemster haar functie naar wens vervult. Werkgever merkt daarbij op dat het om een nieuwe functie gaat en hij zelf ook nog niet goed weet wat een 'goede vervulling' van die functie precies is. Werkgever doet werkneemster vervolgens een aanbod om op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van twee maanden (wederom) in dienst te treden. Deze arbeidsovereenkomst komt op 6 december 2017 tot stand. Bij brief van 8 december 2017 schrijft werkgever aan werkneemster dat de arbeidsovereenkomst niet verlengd zal worden. Werkneemster stelt zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd onrechtmatig is beëindigd, zodat thans nog een arbeidsovereenkomst tussen partijen bestaat. Zij verzoekt betaling van een billijke vergoeding. Daaraan legt zij onder meer ten grondslag dat de proeftijd feitelijk is verlengd van een maand naar vier maanden, wat in strijd zou zijn met de ratio van de proeftijd. Werkgever zou daarmee, aldus werkneemster, het gesloten stelsel van ontslag omzeilen.

Oordeel

Verlengde proeftijd?

Vooropstaat dat de arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde tijd) op 4 december 2017 tot een einde is gekomen op basis van een rechtsgeldig tot stand gekomen opzegbeding. In zoverre

bestaat geen grond voor toekenning van een billijke vergoeding. Er kan echter sprake zijn van misbruik (en dus van een nietig proeftijdbeding) ingeval een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tijdens de proeftijd wordt omgezet in een overeenkomst voor bepaalde tijd, namelijk als dit de strekking heeft de wettelijke termijn te ontduiken. Daarvan is echter niet gebleken. Omdat werkneemster te kennen had gegeven dat zij graag nog een kans wilde krijgen, heeft werkgever haar uit coulance een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan dan ook niet worden gekwalificeerd als een verlengde proeftijd. Van een omzetting die de strekking heeft de wettelijke termijn te ontduiken is dan ook geen sprake.

Goed werkgeverschap

Ten slotte verwerpt de kantonrechter het verzoek van werkneemster tot betaling van een billijke vergoeding op grond van handelen in strijd met goed werkgeverschap. Een schending van deze norm leidt niet tot het toekenning van een billijke vergoeding op grond van het bepaalde in artikel 7:681 BW. Ten overvloede merkt de kantonrechter op dat ook niet is gebleken dat werkgever in strijd met goed werkgeverschap heeft gehandeld. Werkneemster wordt niet gevolgd in haar stelling dat zij bij haar voormalige werkgever, bij wie zij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had, is 'weggekaapt'. Dat haar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werd aangeboden door werkgever maakt dit niet anders; in die overeenkomst lag immers een proeftijd besloten.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 12-04-2018

Zaaknummer: 6633082

ANNOTATIE

Hoe marginaal is de toetsing door de Ondernemingskamer?

mr. dr. L.C.J. Sprengers

1 Inleiding

Het komt niet heel frequent voor dat de Hoge Raad zich moet buigen over geschillen die betrekking hebben op het adviesrecht op grond van artikel 25 WOR, het adviesrecht van de ondernemingsraad. In de laatste twintig jaar heeft de Hoge Raad dit tienmaal gedaan. Dit betrof geschillen over de vraag of er wel sprake was van adviesrecht van de ondernemingsraad, dan wel wie als (mede)ondernemer aangemerkt diende te worden. Zes van deze uitspraken hadden betrekking op de weerbarstige bepaling over het primaat van de politiek, die de medezeggenschap bij de overheid bezighoudt.

De vraag of de Ondernemingskamer de wettelijke toetsingsnorm van artikel 26 lid 4 WOR juist heeft gehanteerd, is meestal geen onderwerp van debat bij de Hoge Raad, omdat de afweging van alle betrokken belangen sterk verweven is met het feitelijk oordeel van de rechter over deze belangen.

In een geschil dat speelde in *Holland Casino* over de juridische afsplitsing van het vermogen van de Stichting Holland Casino en het overhevelen naar een nieuw op te richten nv, is deze vraag wel bij de Hoge Raad aan de orde gesteld. Deze uitspraak is reden om in deze annotatie stil te staan bij de door de Ondernemingskamer te hanteren toetsingsnorm in geschillen over het adviesrecht. Voordat ik daaraan toekom, zal ik eerst de inhoud van de zaak schetsen. Ik zal in deze annotatie geen aandacht besteden aan de vraag die met het derdecassatiemiddel aan de orde wordt gesteld, over de omzetting van een stichting en het beklemd vermogen. Ik zal dat aspect wel in de samenvatting van de uitspraak kort meenemen.

2 Feiten

De regering heeft in 2016 een voorstel tot wijziging van de Wet op de kansspelen ingediend bij de Tweede Kamer dat ertoe strekt de kansspelmarkt te moderniseren en Holland Casino te privatiseren. Het wetsvoorstel behelst onder meer dat Holland Casino vier van haar veertien

casino's prijsgeeft door verkoop aan een private partij en dat er in totaal zes vergunningen beschikbaar komen voor nieuwkomers op de casinomarkt. Vervolgens zal Holland Casino aan een private partij worden verkocht. Kort na het indienen van het wetsontwerp vraagt Holland Casino aan de ondernemingsraad advies over een voorgenomen besluit dat uiteenvalt in twee stappen:

Een juridische afsplitsing van het gehele vermogen van Stichting-Holland Casino naar een nieuw op te richten nv Holland Casino NV, waarbij in eerste instantie de Stichting de aandeelhoudster wordt; De ontbinding van de Stichting Holland Casino als zodanig, waardoor aandelen in Holland Casino NV rechtstreeks door de staat worden gehouden.

ECLI:NL:GHAMS:2017:275

3 Oordeel Hoge Raad

In cassatie voert de ondernemingsraad ten eerste aan dat het oordeel van de Ondernemingskamer dat het besluit niet in relevante mate is ingegeven door de privatisering van Holland Casino onvoldoende gemotiveerd is gelet op het onderbouwde betoog van de ondernemingsraad dat privatisering nu juist de belangrijkste reden is voor het besluit. De Hoge Raad geeft aan dat de Ondernemingskamer de redenen heeft omschreven die Holland Casino ten grondslag gelegd heeft aan het besluit tot omvorming, te weten:

- (a) de positie van Holland Casino als staatsdeelneming. Bij een staatsdeelneming hoort de rechtsvorm van een kapitaalvennootschap;
- (b) de wens voor een moderne en transparante governancestructuur;
- (c) de verwachting dat een naamloze vennootschap gemakkelijker kapitaal kan aantrekken; en
- (d) het toekomstbestendig maken van Holland Casino.

Vervolgens heeft de Ondernemingskamer de daartegen door de ondernemingsraad ingebrachte bezwaren gemotiveerd verworpen. Hij heeft geoordeeld dat niet gezegd kan worden dat de redenen die Holland Casino voor het besluit aanvoert, dat besluit niet kunnen dragen. De Ondernemingskamer heeft in verband daarmee overwogen dat voor zover thans reeds voorbereidingen voor een privatisering worden getroffen, Holland Casino in redelijkheid ervoor had kunnen kiezen deze niet bij de onderhavige besluitvorming te betrekken, en dat het gegeven dat de omvorming een eventuele privatisering gemakkelijker

maakt daartoe ook niet dwingt. Dit oordeel kan niet anders worden begrepen, aldus de Hoge Raad, dan dat de Ondernemingskamer van oordeel is dat de privatisering van Holland Casino zich nog in een pril stadium bevindt en dat Holland Casino de privatisering niet bij de adviesaanvraag behoefde te betrekken. Daarbij wordt opgemerkt dat privatisering van Holland Casino te zijner tijd (uiteraard) afzonderlijke besluitvorming vereist.

In onderdeel 2 wordt aangevoerd dat de Ondernemingskamer de toetsingsnorm van artikel 26 lid 4 en 5 WOR heeft miskend. De Hoge Raad verwijst naar artikel 26 lid 4 waarin is geregeld dat een ondernemingsraad uitsluitend beroep tegen het besluit van de ondernemer kan instellen bij de Ondernemingskamer op de grond dat de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen.

R.o. 3.4.2: 'De ondernemer is gehouden om bij zijn besluitvormingsproces alle kenbare bij de onderneming betrokken gerechtvaardigde belangen te betrekken. Het betreft hier een door de Ondernemingskamer te verrichten marginale toetsing van de besluitvorming van de ondernemer. De Ondernemingskamer gaat slechts na of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen. Zij laat daarbij aan de ondernemer beleidsvrijheid.' Vervolgens concludeert de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer de uit artikel 26 lid 4 WOR voortvloeiende marginale toets heeft verricht door te onderzoeken of Holland Casino zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de belangen van de bij Holland Casino betrokkenen niet aan de omvorming in de weg staan, alsook of Holland Casino de (belangen gemoeid met de) mogelijke toekomstige privatisering bij de besluitvorming buiten beschouwing mocht laten. Met inachtneming van de marginale toets die de Ondernemingskamer bij beoordeling van het bestreden besluit dient te verrichten kan van het oordeel van de Ondernemingskamer niet worden gezegd dat het onbegrijpelijk is of onvoldoende gemotiveerd.

Tot slot wordt in het derde cassatiemiddel aangevoerd dat de Ondernemingskamer heeft miskend dat de door Holland Casino beoogde wijze van omvorming van de stichting naar een naamloze vennootschap door afsplitsing, strijdig is met de tekst dan wel de strekking van artikel 2:18 BW en de daarin opgenomen vermogensklem. De Hoge Raad geeft hierbij aan (r.o. 3.5.2): 'Bij de beoordeling van deze klacht geldt als uitgangspunt dat de ondernemingsraad zijn bezwaren, eventuele gebreken in de adviesaanvraag en eventuele nadere vragen volledig in zijn advies tot uitdrukking moet brengen. De ondernemer kan bij zijn besluitvorming immers geen rekening houden met bezwaren waarvan hij niet op de hoogte is. Evenmin hoeft hij daarbij rekening te houden met bezwaren die in een eerder stadium naar voren zijn gebracht, maar in het advies niet zijn gehandhaafd. Hieruit volgt dat de ondernemingsraad in beginsel slechts beroep kan instellen tegen het besluit van de ondernemer op grond van bezwaren die in zijn advies zijn opgenomen. Bezwaren die de ondernemingsraad in de beroepsprocedure bij

de Ondernemingskamer naar voren brengt en die niet uit het advies blijken, dienen buiten beschouwing te worden gelaten. Daarop bestaat uitzondering als de bezwaren voortvloeien uit feiten en omstandigheden die de ondernemingsraad bij het uitbrengen van zijn advies niet kende of behoefde te kennen, of als wezenlijke gebreken kleven aan de adviesaanvraag.' De ondernemingsraad heeft dit bezwaar niet opgeworpen in zijn advies. En de ondernemingsraad heeft zich in de procedure bij de Ondernemingskamer ook niet op een uitzondering beroepen, die rechtvaardigt dat de ondernemingsraad zijn bezwaar toch in de beroepsprocedure bij de Ondernemingskamer naar voren kan brengen. Dat betekent dat bij gegrondverklaring van de klachten op grond van het derde cassatiemiddel de Ondernemingskamer niet tot een ander oordeel zou kunnen komen, aangezien het aangevoerde bezwaar omtrent de strijdigheid van de omvorming met artikel 2:18 BW buiten beschouwing zou moeten worden gelaten.

Ten overvloede merkt de Hoge Raad nog op dat de regel van artikel 2:18 lid 6 BW over het beklemd vermogen alleen van toepassing is bij de omzetting van een stichting in een andere rechtsvorm op de voet van artikel 2:18 BW. Met de verwijzing in artikel 2:18 lid 6, tweede volzin, BW naar vermogensovergang krachtens splitsing wordt bedoeld op het geval waarin een omgezet rechtspersoon die aanvankelijk stichting was, na die omzetting betrokken wordt bij een splitsing. Dat geval doet zich in deze zaak niet voor.

4 Hoe marginaal is marginaal?

In deze beschikking legt de Hoge Raad de nodige nadruk op het feit dat de toetsing ex artikel 26 lid 4 WOR een marginale toetsing betreft. A-G Timmerman heeft in de conclusie de toetsing ook als zodanig gekwalificeerd met verwijzing naar de wetgeschiedenis (*Kamerstukken II* 1974/75, 13350, 3, p. 7, p. 10). Maeijer en Kroeze omschrijven dit als volgt: 'Men spreekt van een marginale toetsing: de Ondernemingskamer mag niet op de stoel van de ondernemer gaan zitten, aan de handelende ondernemer wordt een zekere (marge aan) beleidsvrijheid gelaten. (...) Men zegt ook wel dat de ondernemer *kennelijk* onredelijk moet handelen.' (Asser/Maeijer & Kroeze 2-I* 2015/647).

De Ondernemingskamer kwalificeert zijn toetsing ex artikel 26 lid 4 WOR in zijn beschikkingen nooit als een marginale toetsing. Dit roept de vraag op hoe marginaal, marginaal eigenlijk is. Een vraag die ook gesteld werd door Willems in *Arbeidsrecht* 2000/3.

Het toetsingscriterium van artikel 26 lid 4 is ontleend aan de norm zoals die was opgenomen in artikel 3 lid 1 Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen dat op zijn beurt het criterium van artikel 4 Wet beroep administratieve beschikkingen, inmiddels Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie, had overgenomen (Rood/Verburg, *Wet op de ondernemingsraden*, p. 330). Ook daarin werd uitgegaan van de beleidsvrijheid van een

bestuursorgaan om een besluit te nemen, tenzij in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur. Ook in het bestuursrecht is de vraag hoever de bevoegdheid van de rechter reikt bij de toetsing van bestuursbesluiten onderwerp van debat en voortschrijdend inzicht (zie bijvoorbeeld de discussie naar aanleiding van de *Urgenda*-uitspraak (Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, zie bijv. *NJB* 2015, afl. 33 waarin in een drietal artikelen op deze uitspraak wordt ingegaan; of de conclusie van staatsraad A-G Widdershoven over de exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften door de bestuursrechter aan zowel materiële als formele algemene rechtsbeginselen (22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557)). Het kwalificeren van de rechterlijke toetsing als een marginale toetsing maakt dat nog niet meteen duidelijk wordt waar de grenzen van de toetsing dan dienen te liggen, zowel in het bestuursrecht als ook in het medezeggenschapsrecht.

In 1990 is Van Leeuwen gepromoveerd op een proefschrift over de beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur (B.H.A. Van Leeuwen, *Beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur*, Deventer: Kluwer 1990). Zij vergelijkt daarin de toetsing van ondernemersbesluiten met toetsingsnormen zoals in het bestuursrecht ontwikkeld. Zij stelt onder meer de vraag of de formulering van artikel 26 lid 4 en vooral de zinsnede 'bij de afweging van de betrokken belangen' betekent dat de rechter ieder besluit van de ondernemer dat hem door de ondernemingsraad wordt voorgelegd, slechts marginaal mag toetsen. Deze interpretatie zou, indien consequent wordt geredeneerd, met zich brengen dat de rechter in het kader van een beroep ex artikel 26 WOR aan de ondernemer een vrije beleidsruimte laat, waarbinnen de ondernemer naar believen van het recht (bijvoorbeeld procedurevoorschriften uit de WOR) zou mogen afwijken, zonder ingrijpen van de rechter te hoeven te verwachten, als hij bij de afweging in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen. Van Leeuwen concludeert dat de Ondernemingskamer aan artikel 26 WOR niet de (beperkte) interpretatie van willekeur geeft die in het bestuursrecht gebruikelijk is. Indien een overtreding van de wet wordt geconstateerd, bijvoorbeeld een verzuim om advies te vragen aan de ondernemingsraad, gaat de Ondernemingskamer uit van een soort rechtsvermoeden van kennelijke onredelijkheid (Van Leeuwen, p. 25). Aan de hand van de rechtspraak ex artikel 26 lid 4 WOR (alook op basis van andere wettelijke bepalingen waarbij besluiten van het ondernemingsbestuur worden getoetst) komt zij tot categorisering van beginselen van behoorlijk ondernemingsbestuur. Deze normen leiden, zo concludeert zij (p. 177) tot een verschuiving van behoorlijkeheidscontrole naar rechtmatigheidscontrole. De beleidsvrijheid van ondernemers wordt hierdoor niet noodzakelijkerwijs geringer. De grenzen van de beleidsvrijheid worden duidelijker gesteld. Zij concludeert dat de (rechts)ethiek (de behoorlijkheid) en het recht (de geschreven en ongeschreven rechtsnormen) dicht bij elkaar liggen en elkaar beïnvloeden.

Duk heeft zich van begin af aan nadat artikel 26 lid 4 WOR in 1979 is ingevoerd in verschillende publicaties gebogen over de materiële toetsing door de Ondernemingskamer op grond van artikel 26 lid 4 WOR. In de afscheidsbundel van Ingelse als voorzitter van de Ondernemingskamer heeft hij hier een publicatie aan gewijd waarin hij de vraag als volgt verwoordde: ‘Hoe respecteert een rechter als de Ondernemingskamer de beleids- en beoordelingsvrijheid van de ondernemer zonder daarmee de controle zoals die op grond van artikel 26 lid 4 WOR moet plaatsvinden tot een inhoudsloze schaamlap te laten verworden?’ (R.A.A. Duk, *Materiële toetsing onder artikel 26 lid 4 WOR: de rechter op gepaste afstand van de stoel van de ondernemer*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 129 e.v.) Zijn conclusie in dit artikel is dat de Ondernemingskamer frequent benadrukt, gelet op de strekking van artikel 26 lid 4 WOR, de ondernemersvrijheid als uitgangspunt van zijn beoordeling van een aangevallen ondernemersbesluit te nemen, maar dat de rechtspraak van de Ondernemingskamer evenzeer duidelijk maakt dat ondernemers zich niet risicoloos achter die vrijheid kunnen verschuilen. Daarmee is duidelijk dat de rechter niet op de stoel van de ondernemer gaat zitten, maar van betrekkelijk nabij kritisch volgt wat de ondernemer vanuit die stoel doet en hem daarbij voor gemakzucht behoedt en hem zo scherp houdt.

De vraag is of de hiervoor geciteerde passage uit r.o. 3.4.2 van de Hoge Raad, waarin de Hoge Raad aangeeft dat er sprake is van een marginale toetsing en dat de Ondernemingskamer ‘slechts’ nagaat of de ondernemer bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, zo uitgelegd moet worden dat de Hoge Raad de behoefte had om corrigerend op te treden ten aanzien van de wijze waarop de Ondernemingskamer in de loop van de tijd inhoud is gaan geven aan de toetsingsnorm van artikel 26 lid 4 WOR. Ik ben van mening dat daar geen sprake van is. Uit zowel de conclusie van de A-G als de overwegingen van de Hoge Raad blijkt dat het oordeel is dat de Ondernemingskamer in de *Holland Casino*-zaak op zorgvuldige wijze gemotiveerd heeft hoe de toetsing van de belangenafweging die de ondernemer heeft moeten uitvoeren voorafgaand aan het nemen van het besluit heeft plaatsgevonden. De Hoge Raad heeft weinig tekst nodig om dit duidelijk te maken. Indien beoogd was een verdergaande strekking mee te geven aan deze passage, had het voor de hand gelegen de redenering te plaatsen in een bredere context. Noch de A-G noch de Hoge Raad heeft daar behoefte toe gevoeld.

Een belangrijk aspect van de reikwijdte van de rechterlijke toetsing in het kader van artikel 26 lid 4 WOR bestaat uit de bezwaren die een ondernemingsraad in zijn advies kenbaar heeft gemaakt. Dit blijkt ook uit de eerste zinsnede van r.o. 3.4.2 waarin de Hoge Raad aangeeft dat de ondernemer is gehouden om bij zijn besluitvormingsproces ‘alle kenbare bij de onderneming betrokken gerechtvaardigde belangen te betrekken’. Dit impliceert dat naarmate er meer belangen kenbaar gemaakt zijn, van de ondernemer gevergd wordt dat hij deze bij de

belangenafweging betreft en dientengevolge dat bij de rechterlijke toetsing ook getoetst zal moeten worden of dit op een redelijke wijze heeft plaatsgevonden. Willems heeft in zijn artikel uit 2000, dat aan actualiteitswaarde nog niets heeft verloren, hieraan ook aandacht besteed bij de beantwoording van zijn vraag hoe marginaal, marginaal eigenlijk is. Hij geeft aan dat de inhoudelijke toets afgezet tegen de toetsing aan procedurele voorschriften in essentie gericht zal zijn op de consistentie van de motivering van het besluit, meer in het bijzonder in het licht van hetgeen de ondernemingsraad daartegen weet in te brengen. Aldus wordt het antwoord op de vraag hoe ver de toets van de Ondernemingskamer gaat, goeddeels bepaald door het antwoord op de vraag hoe degelijk het weerwerk van de ondernemingsraad is (geweest) en hoe al of niet begrijpelijk en overtuigend de ondernemer op dat weerwoord heeft weten te reageren. Aan de hand van een geschil dat speelde bij ABN AMRO over de outsourcing van de telefonische dienstverlening (OK 5 december 1996, *NJ* 1997, 237) geeft hij aan dat de onuitlegbaarheid van het standpunt van de ondernemer in relatie tot het door de ondernemer eerder geformuleerde beleid waar de OR naar had verwezen, het besluit deed sneuvelen. Vervolgens stelt Willems de vraag of de ondernemer het, gezien de omstandigheden in die zaak, wel had kunnen uitleggen. Als het antwoord op die vraag ontkennend zou zijn, dan functioneert het adviesrecht volgens hem naar de kern genomen in feite als instemmingsrecht. En dat is in ieder geval geen marginale aangelegenheid, aldus Willems.

Dit voorbeeld maakt in het bijzonder duidelijk in welke mate de strekking van het OR-advies van invloed kan zijn op het uiteindelijke rechterlijk oordeel. Niet omdat de rechter inhoudelijk oordeelt of hij, ware hij ondernemer, tot een zelfde besluit zou zijn gekomen, maar omdat hij toetst aan de hand van de vraag of de ondernemer in staat is op een redelijke wijze uit te leggen op welke wijze de door de ondernemingsraad ingebrachte belangen zijn afgewogen. Indien de ondernemer dit niet kan uitleggen redt hij het niet bij de Ondernemingskamer.

Dat de Hoge Raad de toetsing door de rechter in het kader van het debat tussen partijen, ondernemingsraad en bestuurder, plaatst, wordt uit deze beschikking wederom duidelijk. Enerzijds door de verwijzing in r.o. 3.4.2: het gaat om een belangenafweging door de ondernemer ten aanzien van alle kenbare betrokken gerechtvaardigde belangen. Zowel met het begrip 'kenbaar' als het begrip 'gerechtvaardigd' wordt aangegeven wat de ondernemer dient te toetsen en daaruit vloeit logischerwijs ook weer voort de reikwijdte van de daaropvolgende rechterlijke toetsing. Anderzijds blijkt dit ook uit het feit dat, in lijn met vaste rechtspraak van de Ondernemingskamer, alleen die bezwaren relevant zijn die de ondernemingsraad ook in zijn advies kenbaar heeft gemaakt. De ondernemer kan en dient alleen die belangen te toetsen die de ondernemingsraad ook heeft ingebracht. Uit de beschikking van de Hoge Raad blijkt duidelijk dat het advies daarbij een sleutelrol vervult.

Bezwaren die de ondernemingsraad niet in zijn advies heeft opgenomen maar die wel eerder in het overleg zijn geuit, kunnen door de ondernemer buiten beschouwing gelaten worden. De ondernemer mag bijvoorbeeld daaruit afleiden dat deze bezwaren in het kader van het adviesproces zijn ondervangen of niet meer relevant zijn voor de ondernemingsraad.

5 Conclusie

Het oordeel van de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer op grond van artikel 26 lid 4 WOR aan de hand van een marginale toetsing de besluitvorming van de ondernemer dient te toetsen en dat daarbij slechts nagegaan hoeft te worden of de ondernemer bij afweging van alle betrokken belangen in redelijkheid tot zijn besluit had kunnen komen, zie ik als een bevestiging van de bestaande lijn zoals die in de rechtspraak door de Ondernemingskamer is uitgezet. Dit houdt in dat de beleidsvrijheid van de ondernemer onderkend wordt maar dat de ondernemer gehouden is alle kenbare bezwaren en gerechtvaardigde belangen bij de besluitvorming te betrekken. Dit geeft aan dat de inhoud van het door de ondernemingsraad uit te brengen advies niet alleen het debat tussen partijen bepaalt, maar vervolgens ook de intensiteit van de rechterlijke toetsing. Alleen in het advies kenbaar gemaakte bezwaren dienen bij de besluitvorming door de ondernemer betrokken te worden. De wijze waarop de ondernemer dat heeft gedaan of nagelaten staat vervolgens centraal bij de rechterlijke toetsing. In die zin is de marginale toetsing niet gelijk te stellen met een van de betekenissen die in Van Dale daaraan wordt gegeven, te weten: ‘in maatschappelijk opzicht onbelangrijk geacht’. Marginaal verwijst naar de positie waar de rechter zich in een besluitvormingsproces bevindt, te weten aan de zijlijn en niet op de stoel van de ondernemer, maar wel met de vrijheid en de taak om in volle omvang te toetsen of de ondernemer zijn beleidsvrijheid op een redelijke wijze heeft uitgeoefend.

RECHTSPRAAK

Onbillijke uitkomst inkomstenverrekening in de WW, geen reden om de inkomstenverrekening achterwege te laten.

Appellant is tot 1 november 2015 werkzaam in dienst van Stichting 1 in een omvang van 36 uur per week. Op 14 oktober 2015 vraagt hij een uitkering op grond van de Werkloosheidswet (WW). Op het aanvraagformulier vult hij in dat hij naast de dienstbetrekking met Stichting 1 enkele dagen per jaar werkzaamheden verricht voor BV 1, voor BV 2 voor gemiddeld vier uur per week en ook gemiddeld vier uur per week voor BV 3. Bij besluit van 13 november 2015 brengt UWV appellant met ingang van 3 november 2015 in aanmerking voor een WW-uitkering, gebaseerd op het aantal van 48 uur dat hij gemiddeld per week werkte. Het dagloon is vastgesteld op het maximumdagloon van € 199,95. De inkomsten van appellant uit zijn werkzaamheden bij de hiervoor genoemde werkgevers worden met toepassing van artikel 47 van de WW op de WW-uitkering in mindering gebracht. Appellant betwist niet dat UWV de formule van artikel 47, eerste lid, van de WW juist heeft toegepast. Hij is echter van mening dat de toepassing van dit artikellid in zijn situatie, waarbij enerzijds het dagloon dat gebaseerd is op alle dienstbetrekkingen in het jaar voordat de werkloosheid is ingetreden, wordt vastgesteld op het maximumdagloon en anderzijds (al) het inkomen uit de reeds bestaande en doorlopende nevendienstbetrekkingen wordt gekort op de op basis van het maximumdagloon berekende uitkering, leidt tot een onevenredig financieel nadeel. Appellant is van mening dat de korting op de WW-uitkering als gevolg van zijn inkomen bij BV 1, BV 2 en BV 3 teniet moet worden gedaan.

De Raad oordeelt als volgt. Volgens vaste rechtspraak houdt het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet het verbod in om wetten in formele zin, zoals in dit geval de WW, te toetsen aan algemene rechtsbeginselen en brengt dit voorts mee dat de rechter niet mag treden in de belangenafweging die de wetgever heeft verricht of geacht moet worden te hebben verricht (zie bijvoorbeeld, in navolging van het arrest van de Hoge Raad van 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (het Harmonisatiewetarrest), de uitspraak van de Raad van 19 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2622). Dit neemt echter niet weg dat, indien sprake is van bijzondere omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever, dit aanleiding kan geven tot een andere uitkomst dan waartoe strikte toepassing van de wet leidt.

Dit is het geval indien niet-verdisconteerde omstandigheden die strikte toepassing zozeer in strijd doen zijn met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht dat die toepassing achterwege moet blijven. Deze bijzondere omstandigheden kunnen slechts bij hoge uitzondering worden aangenomen.

In de formule van artikel 47, eerste lid, van de WW staat dat het op het maandloon te korten inkomen wordt verminderd door toepassing van de factor C/D, zijnde het maximumdagloon gedeeld door het niet-gemaximeerde dagloon. Hieruit blijkt dat de wetgever rekening heeft gehouden met de situatie waarin voorafgaand aan het intreden van de werkloosheid een inkomen boven het maximumdagloon werd verdiend en naast de WW-uitkering inkomen wordt genoten. In die situatie wordt dit inkomen niet volledig op de WW-uitkering in mindering gebracht. Weliswaar kan er onder omstandigheden, zoals in de situatie van appellant, sprake zijn van een ongunstigere situatie ten opzichte van de situatie van vóór 1 juli 2015, toen het dagloon werd gebaseerd op de dienstbetrekking waaruit men werkloos werd en inkomen uit een (andere) doorlopende (neven)dienstbetrekking niet werd gekort op de WW-uitkering, maar dit vloeit voort uit de keuze van de wetgever voor de systematiek van inkomensverrekening, zoals die is vormgegeven in artikel 47 van de WW. Van bijzondere omstandigheden die moeten leiden tot het buiten toepassing laten van de wet is daarom geen sprake. De beroepsgrond dat de inkomstenverrekening achterwege had moeten worden gelaten, omdat deze tot een onbillijke uitkomst leidt, slaagt daarom niet.

Gezien de vaste rechtspraak van de Raad kan appellants beroep op het vertrouwensbeginsel alleen slagen als vast komt te staan dat door UWV een uitdrukkelijke, ondubbelzinnige en ongeclausuleerde toezegging is gedaan waaraan appellant het gerechtvaardigd vertrouwen mocht ontlelen dat in zijn geval de inkomsten uit de doorlopende dienstbetrekkingen niet zouden worden gekort op zijn WW-uitkering. Daarvan is geen sprake. De medewerker van het KCC kon, gezien zijn functie, slechts algemene informatie geven. Wat die medewerker toen heeft verteld over eventuele gevolgen van inkomsten uit nevendienstbetrekkingen op een WW-uitkering was op dat moment juist. Dat die medewerker appellant niet heeft gezegd dat met ingang van 1 juli 2015 geen urenverrekening meer zou plaatsvinden maar een inkomstenverrekening, kan, indien er al van kan worden uitgegaan dat die medewerker op 7 februari 2015 op de hoogte was van die wijziging, een beroep op het vertrouwensbeginsel niet rechtvaardigen. Van een toezegging in de hiervoor omschreven zin is immers geen sprake geweest.

Instantie: Centrale Raad van Beroep

Datum uitspraak: 30-05-2018

ECLI: ECLI:NL:CRVB:2018:1650

Zaaknummer: 16/6218 WW

Rechters: C.C.W. Lange, B.M. van Dun en E. Dijt

Wetsartikelen: 47 WW