

Nieuwsbrief VAAN AR Updates

Nummer 41, 2017

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4203](#) 03-10-2017

werknemer/werkgever

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4093](#) 21-09-2017

werknemer/werkgever

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:3808](#) 19-09-2017

KSB Diensten BV/werknemer

Rechtbank

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:3768](#) 04-10-2017

Stichting M-Pact/werkneemster

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:7302](#) 03-10-2017

werkneemster/Laww Interim B.V.

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:3722](#) 28-09-2017

werknemer/Stichting Zeker Zorg

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:3723](#) 28-09-2017

Stichting Zeker Zorg/werknemer

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:9497](#) 28-09-2017

werknemer/EMR

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:7646](#) 26-09-2017

werknemer/Menzies World Cargo (Amsterdam) B.V.

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2017:6310](#) 25-09-2017

werkgever/werkneemster

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:9196](#) 21-09-2017

werknemer/Profilplast B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:7447](#) 18-09-2017

werkneemster/De Boom Tankstation B.V.

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2017:6294](#) 13-09-2017

werknemer/werkgever

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:3739](#) 11-09-2017

werkneemster/h.o.d.n. DAP Salland

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2017:6312](#) 06-09-2017

Aldi Best B.V./werkneemster

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2017:6293](#) 30-08-2017

werknemer/werkgever

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:6262](#) 21-07-2017

werkneemster/werkgeefster

Annotatie

[Overgang van onderneming in de publieke sector](#)

mr. dr. L.C.J. Sprengers

RECHTSPRAAK

Stichting M-Pact/werkneemster***Ontbinding g-grond. Ernstig verwijtbaar handelen/nalaten werkgever. Mate van verwijtbaarheid gemotiveerd aan de hand van een fictieve schaal.****Feiten*

Werkneemster is op 1 januari 2017 in dienst getreden bij M-Pact, in de functie van directeur/sociaal ondernemer. Op 1 april 2016 is de stichting M-Pact opgericht. Deze stichting is ontstaan uit de Vrijwilligers053 (Vo53). Vo53 is opgericht en geleid door werkneemster. Per 1 januari 2017 heeft een juridische fusie met de VUE plaatsgevonden. Uitgangspunt was dat A en werkneemster samen, in de vorm van een tweehoofdige directie, de nieuwe organisatie zouden gaan leiden. Bij beschikking van 9 januari 2017 heeft de gemeente aan M-Pact een (voorschot)subsidie verstrekt. In deze beschikking is vermeld dat de gemeente wil dat M-Pact in 2017 toewerkt naar de situatie dat er per 2018 sprake is van één directeur. Het bestuur van M-Pact heeft op 3 mei 2017 formeel het besluit genomen naar een eenhoofdige directie toe te werken. Op 10 mei 2017 heeft werkneemster een memo in de bestuursvergadering gepresenteerd, waarin zij forse kritiek uit op bestuur, A en enkele medewerkers. M-Pact verzoekt de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden, primair op basis van de e-grond, subsidiair de g-grond. Ter onderbouwing daarvan heeft M-Pact voor wat betreft de e-grond gesteld dat werkneemster door haar contacten met derden (ernstig) verwijtbaar heeft gehandeld. Voor wat betreft de onderbouwing van het verzoek op de g-grond heeft M-Pact in het bijzonder gewezen op het memo van werkneemster.

*Oordeel**Ontbinding e- grond*

Het kan werkneemster niet verweten worden dat zij, nadat M-Pact haar op non-actief had gesteld en had laten weten de arbeidsovereenkomst te willen beëindigen, haar ongenoegen met derden heeft gedeeld en ook niet dat zij, in het kader van het door haar te voeren verweer, bij de gemeente, waar zij jarenlang gesprekspartner voor was, navraag deed over de, volgens het bestuur gestelde voorwaarde te komen tot een eenhoofdige directie. Voor zover werkneemster ook de krant te woord heeft gestaan, hoort dat bij de vrijheid van meningsuiting. Die wordt begrensd door eventueel onrechtmatig handelen. Dat daarvan sprake is geweest, is niet gesteld. Van verwijtbaar handelen is geen sprake. Het verzoek voor zover gebaseerd op de e-grond zal dan ook worden afgewezen.

Ontbinding g-grond

De kantonrechter is van oordeel is dat niet het memo de verstoorde relatie heeft veroorzaakt, maar het gevolg is, oftewel een uiting is, van de toen al verstoorde relatie. De relatie was zowel met A als met het bestuur al verstoord voordat het memo werd geschreven. De verstoring van de arbeidsrelatie tussen werkneemster en het bestuur vindt zijn oorsprong in onvoldoende dan wel op onjuiste regievoering door het bestuur op de inrichting van de organisatie van M-Pact. Uit de stukken, waaronder de Adviesnota, alsook uit hetgeen ter zitting is besproken, is gebleken dat het bij de fusie per 1 januari 2017 de bedoeling was dat M-Pact door een tweehoofdige directie, bestaande uit A en werkneemster, geleid zou worden. De gemeente is bij het voortraject nauw betrokken geweest. Tot 1 januari 2017 was werkneemster in opdracht van de gemeente werkzaam voor Vo53 en werkte zij aan de totstandkoming van de fusie. Vervolgens is werkneemster per 1 januari 2017 (voor onbepaalde tijd) in dienst gekomen van M-Pact. Dat wijst bepaald niet op een voornemen om toe te werken naar een eenhoofdige directie per eind 2017. Als dat voornemen er wel was, kan het M-Pact zwaar worden aangerekend dat werkneemster daarover niet ten tijde van de voorbereiding van de fusie en bij indiensttreding over is geïnformeerd. In plaats van ‘te staan’ voor het bij de fusie gekozen organisatiemodel en daarop regie te voeren, heeft het bestuur het aan werkneemster en A overgelaten om aanvankelijk argumenten aan te dragen om de gemeente te overtuigen van een tweehoofdige directie. Het moet voor het bestuur duidelijk zijn geweest dat het streven te komen tot een eenhoofdige directie per einde 2017, zo kort na de fusie, voor werkneemster onverteerbaar was. Immers dat streven heeft de gemeente aangekondigd op 9 januari 2017. Het bestuur heeft dat streven feitelijk – uitgaande van haar visie dat het een vergunningsvoorwaarde betrof – overgenomen door de bezwaartermijn van zes weken te laten verlopen. Dat zij formeel het besluit te streven naar een eenhoofdige directie later nam, te weten in de vergadering van 3 mei 2017, doet daaraan niet af. Het is dit handelen/nalaten van het bestuur van M-Pact dat, begrijpelijk, voor werkneemster een niet te verdragen teleurstelling was die de basis is geweest voor het duurzaam en ernstig verstoren van de arbeidsrelatie.

De billijke vergoeding

Het is niet eenvoudig om de beoordeling van de ‘mate van verwijtbaarheid’, het beginpunt voor de billijke vergoeding voor partijen inzichtelijk te maken, te motiveren. De kantonrechter ‘waardeert’ de mate van verwijtbaarheid in deze specifieke zaak, waarbij laakbaar gedrag is gekwalificeerd als ernstig verwijtbaar, in een fictieve schaal van 1 tot 10 (waarbij 1 nauwelijks ernstig verwijtbaar en 10 zeer ernstig verwijtbaar is), op een 3. (Hiermee beoogt de kantonrechter overigens niet een norm te geven voor het bij een bepaalde mate van verwijtbaarheid vast te stellen bedrag noch een ‘rekenfactor’ te introduceren). De kantonrechter schat in dat werkneemster binnen een half jaar vervangende inkomsten moet kunnen verwerven. De kantonrechter zal met gebruikmaking van artikel 6:97 BW de inkomensschade schatten en vaststellen op een bedrag van € 15.000 bruto (ruim drie maandsalarissen en enige compensatie voor de maanden waarin werkneemster een lagere WW-uitkering zal ontvangen). Voor de mate van verwijtbaarheid en overige uitzonderlijke

omstandigheden van het geval, waaronder de omstandigheid dat werkneemster, die Vo53 en later M-Pact (mede) vorm heeft gegeven, vervolgens, nadat zij heeft meegewerkt aan de fusie en haar met het aanbieden van de arbeidsovereenkomst verwachtingen zijn gewekt, zo kort na de indiensttreding afscheid moet nemen, zal de kantonrechter een bedrag van € 7.000 bruto toekennen. Aldus wordt de totale billijke vergoeding vastgesteld op een bedrag van € 22.000 bruto.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 04-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:3768

Zaaknummer: 6192827 \ EJ VERZ 17-252 en 6290321 \ EJ VERZ 17-298

Rechters: E.W. de Groot

Advocaten: P.H.A. Mulder en V.E. Breedveld

Wetsartikelen: 7:671b BW, 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW en 6:97 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/EMR***Verzochte transitievergoeding afgewezen nu geen van de wettelijke grondslagen daarvoor aan de orde zijn.****Feiten*

EMR is een multidisciplinair ingenieursbureau dat onder andere technische specialisten detacheert. Werknemer is sinds 8 augustus 2011 krachtens arbeidsovereenkomst (op projectbasis) in dienst getreden van EMR in de functie van Piping tekenaar/PID checker, welke overeenkomst op enig moment op grond van artikel 7:668a lid 1 BW voor onbepaalde tijd is gaan gelden. Het laatste project waar werknemer voor werd ingezet, eindigde op 28 april 2017, doordat de opdrachtgever die opdracht had opgezegd. EMR heeft vervolgens gezocht naar een nieuwe opdracht voor werknemer en heeft op 19 april 2017 een opdracht aan werknemer (telefonisch) aangeboden, op welk aanbod werknemer niet is ingegaan. Werknemer stelde zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege was geëindigd op 28 april 2017 en dat het geen toegevoegde waarde meer had om ook nog een door EMR voorgestelde vaststellingsovereenkomst te tekenen. Eind april 2017 heeft EMR een antedateerde brief aan werknemer verzonden, waarin stond dat het project is geëindigd en dat daarmee ook het dienstverband met werkgever is geëindigd. Werknemer verzoekt om EMR te veroordelen tot het betalen van de transitievergoeding.

Oordeel

Werknemer stelde zich buiten rechte op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege was geëindigd, zoals bijvoorbeeld blijkt uit zijn e-mail van 1 mei 2017. Daarin weigert hij mee te werken aan een vaststellingsovereenkomst, want de arbeidsovereenkomst is van rechtswege geëindigd, aldus werknemer. Ter zitting stelt werknemer zich echter op het standpunt dat op basis van de wet inderdaad (toch) niet anders geconcludeerd kan worden dan dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gold, zodat dit ook in deze procedure vaststaat. Dit betekent dat een einde van rechtswege niet aan de orde is. Nu de arbeidsovereenkomst ook niet is ontbonden, resteert slechts de opzegging door de werkgever als grondslag voor het recht op een transitievergoeding. De door werknemer in het geding gebrachte brief met als dagtekening 29 maart 2017 kan niet als een opzegging worden aangemerkt. Vast staat immers dat die brief eerst eind april 2017 aan werknemer is verzonden en dat het juist werknemer was die zich in de tussentijd herhaaldelijk op het (achteraf onjuist gebleken) standpunt stelde dat de arbeidsovereenkomst was beëindigd. EMR heeft, nadat het aanbod om een project in Antwerpen te doen door werknemer werd afgewezen, gepoogd de

arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in overleg te beëindigen via een vaststellingsovereenkomst, doch zonder succes, omdat werknemer bij zijn standpunt bleef dat er geen arbeidsovereenkomst meer was. Van een opzegging door EMR is dus niet gebleken. Op grond van het bovenstaande zal het verzoek aangaande de transitievergoeding worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 28-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:9497

Zaaknummer: 6192393 AZ VERZ 17-100

Rechters: P. Hoekstra

Advocaten: R.T.G.M. Heijnen en J.W. Janssens

Wetsartikelen: 673 lid 1 onderdeel a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Menzies World Cargo (Amsterdam) B.V.

Tussen werknemer en een collega heeft een schermutseling plaatsgevonden zonder letsel of schade tot gevolg. Mede gelet op het feit dat werkgever geen reglement heeft waarin geweld of agressief gedrag wordt gesanctioneerd met ontslag, is het ontslag op staande voet onterecht.

Feiten

Werknemer is op 10 november 1999 bij Menzies in dienst getreden, laatstelijk in de functie van Warehouse Agent. In de ochtend van 26 mei 2017, aan het einde van de nachtdienst, heeft een incident plaatsgevonden tussen werknemer en zijn collega. Na een gesprek op 29 mei 2017 over voornoemd incident met de General Manager HR, de Cargo Manager en de Duty Manager van Menzies en het horen van een aantal medewerkers, heeft Menzies de arbeidsovereenkomst met werknemer op 29 mei 2017 met onmiddellijke ingang opgezegd. Dit ontslag op staande voet is bij brief aan werknemer bevestigd. Werknemer verzoekt het ontslag op staande voet te vernietigen. De werkgever heeft een voorwaardelijk ontbindingsverzoek ingediend op basis van de e-grond, g-grond dan wel h-grond.

*Oordeel**Ontslag op staande voet*

Uit de door Menzies overgelegde getuigenverslagen van een aantal bij het incident aanwezige medewerkers van Menzies (waaronder de verslagen van de verklaringen van werknemer en collega zelf) komt naar voren dat werknemer collega in het voorbijgaan een duw heeft gegeven, waarbij collega de inhoud van de beker koffie of thee die hij in zijn hand hield over zich heen heeft gekregen. In reactie daarop heeft collega de resterende inhoud van die beker over werknemer gegooid. Vervolgens heeft werknemer collega beet gepakt en zijn zij al duwend en trekkend op het bureau terecht gekomen, waarna zij door twee collega's uit elkaar zijn gehaald. Vast staat dat werknemer en collega geen letsel bij het gebeurde hebben opgelopen en de omstanders evenmin. Ook is niet gebleken dat er schade is ontstaan. Menzies heeft niet betwist dat de schermutseling slechts korte tijd heeft geduurd (minder dan een minuut naar werknemer ter zitting heeft verklaard), alsmede dat werknemer en collega qua werk en rangorde min of meer elkaars gelijke zijn en beiden (zoals door de gemachtigde van werknemer ter zitting verwoord) 'jongens van de straat' zijn. Uit de overgelegde verklaringen noch anderszins is gebleken dat het gebeurde een grote impact op de omstanders heeft gehad.

Mede gelet op het feit dat – naar Menzies ter zitting heeft verklaard – binnen haar onderneming geen reglement of protocol is waarin geweld of agressief gedrag wordt gesanctioneerd met ontslag, op het verder onberispelijke en lange dienstverband van werknemer, de ernstige gevolgen van het ontslag op staande voet en de persoonlijke omstandigheden van werknemer (met name zijn destijds bestaande spanningsklachten), acht de kantonrechter het gegeven ontslag op staande voet een te zwaar middel. De kantonrechter vernietigt het ontslag op staande voet.

Voorwaardelijk ontbindingsverzoek

Weliswaar kan aan werknemer worden verweten dat hij op 26 mei 2017 een handgemeen met collega heeft gehad (waarin collega overigens ook een aandeel heeft gehad), maar dit levert naar het oordeel van de kantonrechter, gelet op de hiervoor genoemde omstandigheden, niet een zodanig verwijtbaar handelen van werknemer op dat dit tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst dient te leiden. Ook heeft Menzies geen feiten en omstandigheden gesteld, anders dan het enkele incident op 29 mei 2017, die de subsidiair aan het verzoek ten grondslag gelegde duurzaam verstoorde arbeidsverhouding onderbouwen. Dit geldt temeer nu werknemer (onbetwist) heeft aangegeven dat hij een goed contact heeft met zijn collega's en voorts vaststaat dat collega niet meer werkzaam is bij Menzies. Ook op de g-grond is de verzochte ontbinding dus niet toewijsbaar. Evenmin is sprake van de h-grond. Deze grond is blijkens de wetsgeschiedenis niet bedoeld om te worden gebruikt ter reparatie van een op de benoemde andere gronden onvoldoende onderbouwd ontslag.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 26-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2017:7646

Zaaknummer: 6083555 AO VERZ 17-77 en 6095789 AO VERZ 17-79

Rechters: M.T. Hoogland

Advocaten: J. de Haan en L.M. van der Sluis

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW, 7:679 BW, 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW en 7:669 lid 3 onderdeel h BW

RECHTSPRAAK

werkgever/werkneemster

Verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst toegewezen, nu sprake is van een jarenlang patroon van disfunctioneren werkneemster. Verzoek om transitievergoeding toegewezen; verzoek om billijke vergoeding niet toewijsbaar.

Feiten

Werkneemster is op 1 juli 1989 in dienst getreden bij werkgever X (hierna: X). Zij vervult laatstelijk de functie van serveerster tegen een salaris van € 866,11 bruto per maand, op basis van een 18-urige werkweek. Op 6 februari 2006 heeft X werkneemster medegedeeld dat zij vanwege haar opvliegende karakter en gemakkelijke uiting van boosheid gepasseerd zal worden voor de promotie tot leidinggevende. Op 2 december 2013 heeft een beoordelingsgesprek plaatsgevonden. Uit een verslag van dit gesprek blijkt dat het functioneren van werkneemster onder de maat is, doordat zij te weinig inzet toont en het moeilijk vindt om zelfstandig te werken. Daarnaast zou zij collega's en leidinggevenden respectloos hebben behandeld en hen zelfs hebben geïntimideerd. Vanaf juli 2014 is een individueel coachingstraject gestart, onder begeleiding van een onafhankelijke, externe derde. Deze laatste heeft in een schriftelijke evaluatie van 10 december 2014 en 24 november 2015 een 'positieve verandering' in de houding van werkneemster geconstateerd. Uit een beoordelingsverslag van 18 mei 2017 is echter gebleken dat werkneemster wederom moeite heeft met de eerdergenoemde punten. X wendt zich thans tot de kantonrechter met het verzoek de arbeidsovereenkomst te ontbinden (d-grond). Werkneemster stelt primair dat de verzochte ontbinding moet worden afgewezen. Subsidiair verzoekt zij om toekenning van een transitievergoeding en een billijke vergoeding.

Oordeel

Ontbinding

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit de beoordelingsgesprekken en -verslagen blijkt dat werkneemster bepaalde vaardigheden mist die benodigd zijn voor haar functie en dat zij onvoldoende in staat is gebleken zich de vaardigheden eigen te maken. Hierbij gaat het om haar houding, gedrag en wijze van communiceren (zowel ten opzichte van haar collega's en leidinggevenden als ten opzichte van klanten). Ook op het gebied van zelfstandigheid en inzet(baarheid) blijkt dat werkneemster structureel onvoldoende scoort. Verder is op zitting gebleken dat X werkneemster reeds in 2006 op dit (dis)functioneren heeft aangesproken.

Daarbij heeft hij werkneemster begeleid om haar functioneren te verbeteren door meerdere interne en externe cursussen voor te stellen, waaraan werkneemster heeft deelgenomen. Met name tijdens het individuele coachingstraject is intensieve aandacht besteed aan de persoonlijkheid van werkneemster. Hoewel het functioneren van werkneemster na doorloping van dit traject enige tijd is verbeterd, staat eveneens vast dat zij toch weer teruggevallen is in haar oude patroon van disfunctioneren. De kantonrechter overweegt dan ook dat de aangevoerde feiten en omstandigheden toereikend zijn om daaruit af te kunnen leiden dat sprake is van ongeschiktheid van werkneemster. Voorts oordeelt de kantonrechter dat herplaatsing niet in de rede ligt, omdat het disfunctioneren met name is gelegen in de persoonlijkheid van werkneemster.

Transitievergoeding en billijke vergoeding

Het verzoek om toekenning van een transitievergoeding is toewijsbaar, welke vergoeding wordt vastgesteld op € 10.835,04. De kantonrechter ziet echter geen aanleiding om aan werkneemster een billijke vergoeding toe te kennen, nu in het onderhavige geval geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van X.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 25-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2017:6310

Zaaknummer: 6104053 AZ VERZ 17-56

Rechters: H.K.N. Vos

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 onderdeel d BW, 7:671b lid 1 onderdeel a BW, 7:671b lid 8 onderdeel a BW en 7:671b lid 8 onderdeel b BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Profilplast B.V.

Ontslag op staande voet vernietigd. Verzoek tot voorwaardelijke ontbinding (e-grond) toegewezen op de grond dat werknemer misbruik heeft gemaakt van zijn functie en het vertrouwen van werkgever heeft geschaad. Transitievergoeding afgewezen wegens ernstig verwijtbaar handelen.

Feiten

Werknemer is op 6 januari 2010 bij Profilplast B.V. (hierna: Profilplast) in dienst getreden en vervulde laatstelijk de functie van medewerker verkoop buitendienst (accountmanager). Op 19 juni 2017 heeft een gesprek tussen partijen plaatsgevonden, waarbij Profilplast een voorstel tot beëindiging van het dienstverband heeft gedaan; dit voorstel is door werknemer verworpen. Per brief van 26 juni 2017 is werknemer op staande voet ontslagen. Aan het ontslag ligt ten grondslag dat werknemer, in de week van 19 juni 2017, ten onrechte geen bezoek heeft gebracht aan een klant van Profilplast. Voorts ligt aan het ontslag ten grondslag dat werknemer valse bezoeksverslagen zou hebben ingeleverd, op regelmatige basis lange bezoeken zou hebben gebracht aan concurrenten van Profilplast, lange telefoongesprekken zou hebben gevoerd met ex-collega's die thans bij concurrenten werkzaam zijn, en op sommige dagen pas halverwege de ochtend met zijn werkzaamheden zou beginnen. Werknemer verzoekt de kantonrechter om over te gaan tot vernietiging van de opzegging. Daarnaast verzoekt hij om tewerkstelling en doorbetaling van loon. Profilplast verzoekt op haar beurt om voorwaardelijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst (primair op de e-grond; subsidiair op de g-grond).

*Oordeel**Ontslag op staande voet*

De kantonrechter oordeelt als volgt. Op zitting is gebleken dat Profilplast aan het ontslag op staande voet (dat op 26 juni 2017 is gegeven), de referentieperiode van één week voorafgaand aan 19 juni 2017 ten grondslag heeft gelegd. Op zitting is eveneens gebleken dat in die bewuste week één bezoek onverklaard is gebleven. De kantonrechter overweegt echter dat het mogelijk niet afleggen van dit enkele bezoek geen ontslag op staande voet rechtvaardigt. Het had op de weg van Profilplast gelegen eerst onderzoek te doen naar eventuele verdere onregelmatigheden in het functioneren van werknemer. Met de overige gedragingen die Profilplast aan het ontslag op staande voet ten grondslag heeft gelegd, wordt geen rekening

gehouden, omdat deze pas ná het ontslag op staande voet bekend zijn geworden. Nu het ontslag op staande voet wordt vernietigd, is de arbeidsovereenkomst onverkort blijven voortduren. Profilplast is daarom gehouden tot betaling van het overeengekomen salaris.

Voorwaardelijke ontbinding e-grond

De kantonrechter overweegt dat op zitting is komen vast te staan dat werknemer inderdaad over een lange periode de bezoeksverslagen niet volledig naar waarheid heeft ingevuld en niet transparant en waarheidsgetrouw de agenda heeft beheerd. Daarnaast is komen vast te staan dat werknemer misbruik heeft gemaakt van de behoorlijke mate van vrijheid en zelfstandigheid die aan zijn werkzaamheden verbonden zijn, door – zonder nadrukkelijke toestemming van Profilplast – klanten te bellen in plaats van hen te bezoeken. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft werknemer aldus verwijtbaar gehandeld en wel zodanig dat van ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de e-grond gerechtvaardigd is.

Geen transitievergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen

Naar het oordeel van de kantonrechter is sprake van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van werknemer. Gelet op de functie die werknemer bekleedde, was ‘vertrouwen’ de basis van de arbeidsrelatie tussen partijen. Dit vertrouwen heeft werknemer ernstig geschaad, nu hij zich bewust was van zijn grote mate van zelfstandigheid en tegelijkertijd (al dan niet moedwillig) verkeerde verslagen invulde. Voorts is gebleken dat werknemer slechts bij uitzondering en in onderling overleg met Profilplast toestemming had om klanten te bellen in plaats van te bezoeken. Hieruit leidt de kantonrechter af dat werknemer zich bewust was van het feit dat van hem werd verwacht dat hij de klanten daadwerkelijk diende te bezoeken. Met inachtneming van het vorenstaande, wordt aan werknemer dan ook geen transitievergoeding toegekend.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 21-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:9196

Zaaknummer: 6154355 \ AZ VERZ 17-147

Rechters: G.M.P. Brouns

Advocaten: E.C. de Bie en P.E.M. de Langen-Loeffen

Wetsartikelen: 7:699 lid 3 onderdeel e BW, 7:671 BW, 7:671b lid 1 BW, 7:677 lid 1 BW, 7:678 lid 1 BW en 7:681 lid 1 onderdeel a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ketenregeling is niet omzeild nadat werknemer in dienst is getreden bij uitzendbureau. Het was immers de bedoeling van partijen dat werknemer bij het uitzendbureau in dienst zou treden, nu werkgever werknemer geen overeenkomst voor onbepaalde tijd wenste aan te bieden en werknemer wilde blijven werken en zodoende geen andere mogelijkheid had.

Feiten

Werknemer is op 15 januari 2013 bij werkgever in dienst getreden als oproepkracht voor bepaalde tijd tot 15 juli 2013. De arbeidsovereenkomst tussen partijen is tweemaal verlengd tot 30 juni 2015. Op enig moment voor het einde van de arbeidsovereenkomst is aan werknemer medegedeeld dat werkgever de overeenkomst niet nog een keer zal verlengen. Per brief van 18 mei 2015 heeft werkgever aan werknemer medegedeeld dat het dienstverband per 30 juni 2015 eindigt. Op 30 juni 2015 is werknemer in dienst getreden bij A. A heeft hem geplaatst bij werkgever. Op 1 augustus 2016 is werknemer betrokken geweest bij een auto-ongeval. Zowel A als de werkgever hebben verzuimbegeleiding opgestart. Op 18 oktober 2016 heeft A werknemer medegedeeld de arbeidsovereenkomst te beëindigen per 29 oktober 2016. Werknemer vordert een verklaring voor recht dat er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen werkgever en werknemer.

Oordeel

De kantonrechter overweegt dat in de onderhavige zaak dient te worden vastgesteld of er op 30 juni 2015 een rechtsgeldige uitzendovereenkomst tussen A en werknemer tot stand is gekomen of dat werknemer, vanuit juridisch oogpunt, feitelijk in dienst is gebleven bij werkgever en dientengevolge een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan tussen werkgever en werknemer. De kantonrechter oordeelt dat aan de wettelijke definitie van een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW is voldaan. Naast de wettelijke definitie volgen er uit de jurisprudentie een aantal omstandigheden die ertoe kunnen leiden dat er toch geen sprake is van een uitzendovereenkomst. Deze zullen hieronder worden behandeld. De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 4 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2356) bepaald dat de allocatiefunctie, gelet op de wettekst en de wetsgeschiedenis van artikel 7:690 BW, niet van belang is voor de vraag of sprake is van een uitzendovereenkomst. Deze stelling zijdens werknemer kan er dan ook niet toe leiden dat niet wordt uitgegaan van een rechtsgeldige

uitzendovereenkomst. Dat werkgever op enig moment verzuimbegeleiding is gestart, heeft zij ter zitting nader toegelicht. Zij stelt dat zij geen informatie heeft ontvangen van A en zij veronderstelde dat werknemer uiteindelijk bij haar zou moeten re-integreren. Naar het oordeel van de kantonrechter is de verzuimbegeleiding door werkgever, gelet op de uitleg door werkgever, onvoldoende om uit te gaan van een schijnconstructie. Dat werknemer nimmer een functioneringsgesprek heeft gehad bij A is opmerkelijk, maar onvoldoende, ook in samenhang met de voorgaande omstandigheden, om uit te gaan van een schijnconstructie. De kantonrechter is verder van oordeel dat het werknemer voldoende duidelijk was bij wie hij in dienst was na 30 juni 2015. Voorts vloeit uit de verklaringen van werknemer en tijdens werkgever ter zitting voort dat dit ook de bedoeling was van partijen, nu werkgever werknemer geen overeenkomst voor onbepaalde tijd wenste aan te bieden en werknemer wilde blijven werken en zodoende geen andere mogelijkheid had dan in dienst te treden bij A. Het voorgaande leidt ertoe dat de kantonrechter van oordeel is dat er sprake was van een rechtsgeldige uitzendovereenkomst tussen werknemer en A, dat er dus geen sprake kan zijn van een overeenkomst van onbepaalde tijd tussen werknemer en werkgever. De vorderingen tijdens werknemer dienen derhalve te worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 13-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2017:6294

Zaaknummer: 5700738 CV EXPL 17-637

Rechters: A.G.M. Zander

Advocaten: M. van Alphen en T. van der Dussen

Wetsartikelen: 7:690 BW

RECHTSPRAAK

Aldi Best B.V./werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst afgewezen (c-grond). Frequent en onevenredig hoog ziekteverzuim van werkneemster is niet onaanvaardbaar voor bedrijfsvoering van werkgeefster, omdat zij heeft nagelaten adequate maatregelen te treffen om de langdurige zieke werkneemster te vervangen.

Feiten

Werkneemster is op 7 november 2003 bij Aldi Best B.V. (hierna: Aldi Best) in dienst getreden. Zij vervult laatstelijk de functie van '2de Vervangend filiaalleider' bij Filiaal 74, welk filiaal bestaat uit: een filiaalleider, twee vervangende filiaalleiders en vier verkoopmedewerkers. Op 2 februari 2017 heeft Aldi Best bij het UWV een deskundigenoordeel aangevraagd omtrent het frequente ziekteverzuim van werkneemster. Op 5 mei 2017 heeft een arbeidsdeskundige van het UWV een deskundigenoordeel uitgebracht. Uit het oordeel blijkt dat het ziekteverzuimpercentage over de laatste drie jaren meer dan 25% bedraagt en dat derhalve sprake is van 'veelvuldig ziekteverzuim'. Om deze reden verzoekt Aldi Best de kantonrechter om de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de c-grond. Het verzoek van werkneemster strekt primair tot niet-ontvankelijkverklaring, en subsidiair tot toekenning van een transitievergoeding, alsmede een billijke vergoeding indien en voor zover de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden.

*Oordeel**Regelmatig ziekteverzuim*

De kantonrechter stelt voorop dat de wetsgeschiedenis van de WWZ weinig aanknopingspunten biedt ten aanzien van een antwoord op de vraag wat onder 'frequent ziekteverzuim' dient te worden verstaan. De wetgever spreekt slechts over 'de situatie waarin een werknemer met enige regelmaat, maar niet langdurig, ziek is'. Het moet dus gaan om een frequent en onevenredig hoog ziekteverzuim over een lange periode. Naar het oordeel van de kantonrechter is in het onderhavige geval hiervan sprake. Aan dit oordeel ligt ten grondslag dat vast is komen te staan dat werkneemster van de 1820 werkdagen, 1156 werkdagen heeft verzuimd. Dat de oorzaken van de verzuimperiodes, zoals werkneemster stelt, niet met elkaar samenhangen, maakt dit oordeel niet anders. Voorts weegt de kantonrechter mee dat de mate van het ziekteverzuim van werkneemster (25% of hoger) in relatie tot het overige ziekteverzuim binnen de Nederlandse Aldi-organisatie (4%) hoog is.

Onaanvaardbare gevolgen voor bedrijfsvoering

De volgende vraag die voorligt is of het veelvuldige ziekteverzuim tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering leidt c.q. heeft geleid. De kantonrechter overweegt hierover als volgt. Dat de collega's van Filiaal 74 door het verzuim van werknemster hebben moeten overwerken, staat voldoende vast. Hiermee is echter niet gezegd dat de collega's zelf een onevenredige druk ervaren. Ook staat onvoldoende vast dat het verzuim van werknemster in arbo-technische zin tot onaanvaardbare constante overbelasting van de collega's heeft geleid. De kantonrechter gaat daarom voorbij aan de stelling van Aldi Best dat het verzuim van werknemster leidt tot een onevenredige druk op de collega's van Filiaal 74. Voorts staat vast dat Aldi Best, met het oog op het beperken van kosten, haar organisatie zo heeft ingericht dat vervanging van een zieke werknemer wordt opgevangen binnen het eigen filiaal, terwijl van een grote werkgever als Aldi Best mag worden verwacht dat zij organisatiebreed maatregelen treft om (langdurig) zieke werknemers te vervangen en zich daarbij niet beperkt tot louter het betreffende filiaal. Aldi Best had ervoor kunnen kiezen om bij uitval van werknemster op centraal niveau of vanuit andere filialen voor vervanging te zorgen, door bijvoorbeeld een 'flexibele pool' op te richten. Nu zij zulks heeft nagelaten, is de kantonrechter van oordeel dat het frequente en onevenredig hoge ziekteverzuim van werknemster niet onaanvaardbaar is voor de bedrijfsvoering van Aldi Best. Het verzoek tot ontbinding wordt dan ook afgewezen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 06-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2017:6312

Zaaknummer: 6062304 AZ VERZ 17-57

Rechters: L.J. Geerits

Advocaten: A.J.D. Bekius en J.T.J. Poell

Wetsartikelen: 7:669 lid 1 BW en 7:669 lid 3 onderdeel c BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgeefster

Verzoek om billijke vergoeding ex artikel 7:682 lid 1 onderdeel c BW afgewezen. Het enkele feit dat het re-integratietraject niet vlekkeloos is verlopen en heeft geleid tot een tijdelijke loonsanctie, is onvoldoende om aan te nemen dat werkgeefster gedurende het re-integratietraject ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld.

Feiten

Werkneemster is op 1 september 2002 in de functie van ‘parttime leerkracht’ in dienst getreden bij werkgeefster X (hierna: X). Op 7 maart 2013 heeft werkneemster zich ziek gemeld nadat bij haar Multiple Sclerose (MS) is geconstateerd. Bij brief van 23 januari 2014 heeft de bedrijfsarts geadviseerd een opstart te maken met een terugkeertraject. Ten aanzien van de ‘klasgebonden taken’ adviseert de bedrijfsarts te streven naar één klas en één klaslokaal. X is vanwege een formatieproces voorbijgegaan aan dit advies en heeft werkneemster ingedeeld in twee groepen over verschillende dagen. Werkneemster meent echter dat deze beslissing in strijd is met het advies van de bedrijfsarts. Bij beslissing van 11 februari 2015 heeft het UWV aan X een loonsanctie opgelegd wegens schending van re-integratieverplichtingen. Deze loonsanctie is echter bij beslissing van 15 december 2015 weer opgeheven. Op 24 november 2016 heeft het UWV toestemming verleend aan X om de arbeidsovereenkomst met werkneemster op te zeggen wegens langdurige arbeidsongeschiktheid. Werkneemster verzoekt de kantonrechter X te veroordelen tot betaling van een billijke vergoeding ad € 250.000 omdat X volgens haar ernstig tekortgeschoten is in haar re-integratieverplichtingen.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Het enkele feit dat het re-integratietraject niet vlekkeloos is verlopen en heeft geleid tot een tijdelijke loonsanctie is onvoldoende om aan te nemen dat X gedurende het re-integratietraject ernstig verwijtbaar zou hebben gehandeld. Als eerste verwijt stelt werkneemster dat zij, tegen de adviezen van de bedrijfsarts en de jobcoach in, moest re-integreren in twee groepen en in verschillende lokalen, terwijl zij juist was gebaat bij duidelijkheid en regelmaat. Dit verwijt kan naar het oordeel van de kantonrechter niet slagen, omdat de re-integratie in twee groepen alleen zou plaatsvinden indien werkneemster (gedeeltelijk) hersteld zou zijn verklaard. Hiervan is echter in het onderhavige geval geen sprake. Aldus komt uit het dossier naar voren dat gesproken is over een toekomstige situatie, zodat niet kan worden geoordeeld dat X ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Als tweede

verwijt stelt werkneemster dat X ernstig in gebreke is gebleven met de aanschaf van hulpmiddelen, maar ook deze stelling faalt. Op 3 oktober 2014 hebben partijen afgesproken dat werkneemster offertes zou aanvragen voor de benodigde hulpmiddelen, zoals een aangepaste stoel en een digibord. De aangepaste stoel is in december 2014 aangeschaft. Dat een en ander wellicht sneller had gekund, rechtvaardigt niet de conclusie dat X ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Het digibord zou worden aangeschaft als werkneemster daadwerkelijk weer voor de klas zou staan, maar zo ver is het niet gekomen. Ten aanzien van de overige verwijten, oordeelt de kantonrechter als volgt. Partijen hebben uitvoering over de mogelijkheden gecorrespondeerd en daaruit volgt dat X wel oog had voor de situatie van werkneemster. Er zijn geen stukken overgelegd die wijzen op enige vorm van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door X. Het UWV is evenmin tot een dergelijke conclusie gekomen. Voorts wordt opgemerkt dat de enkele omstandigheid dat de bedrijfsarts een melding maakt van het feit dat werkneemster een arbeidsconflict ervaart (en in dit kader mediation adviseert), niet impliceert dat daadwerkelijk sprake is van een arbeidsconflict. Het komt erop neer dat de door werkneemster gestelde verwijten en omstandigheden onvoldoende grond opleveren om tot de toekenning van een billijke vergoeding over te gaan. Het verzoek daartoe wordt dan ook afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 21-07-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2017:6262

Zaaknummer: 5830189 \ AO VERZ 17-40

Rechters: L.M. de Vries

Advocaten: B.G. Baljet en B.S. Nonnekes

Wetsartikelen: 7:682 lid 1 en onderdeel c BW en 7:669 lid 3 onderdeel b BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Laww Interim B.V.

Projectdienstverband van werkneemster niet van rechtswege geëindigd, onterechte beëindiging door Laww Interim. Ontbindingsverzoek wegens h-grond toegewezen onder toekenning van een billijke vergoeding van € 15.000 bruto.

Feiten

Werkneemster is op 11 januari 2017 in dienst getreden bij Laww Interim in de functie van secretaresse en voor de duur van een project bij het UWV. Werkneemster heeft zich op of omstreeks 20 april 2017 ziek gemeld bij het UWV. Op 25 april 2017 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen werkneemster en medewerkers van Laww Interim. Werkneemster heeft zich tijdens dit gesprek ziek gemeld. In een e-mail van 2 mei 2017 heeft Laww Interim aan werkneemster laten weten dat het projectdienstverband van werkneemster met Laww Interim per 25 april 2017 is geëindigd, omdat het UWV de opdracht per die datum heeft beëindigd. Bij brief van 18 mei 2017 heeft de gemachtigde van werkneemster gesteld dat de arbeidsovereenkomst niet beëindigd is en stukken opgevraagd waaruit blijkt dat het project Secretaresse is beëindigd. Laww Interim heeft bij e-mail van 1 juni 2017 aan de gemachtigde van werkneemster een e-mail doorgestuurd waarin onder meer staat dat de opdracht in overleg tussen het UWV en werkneemster per 25 april 2017 is beëindigd. Werkneemster verzoekt de kantonrechter onder meer voor recht te verklaren dat niet vaststaat dat het project is beëindigd, althans niet op 25 april 2017, zodat de arbeidsovereenkomst derhalve niet van rechtswege is geëindigd, alsmede achterstallig loon. Laww Interim verzoekt voorwaardelijke ontbinding op basis van de h-grond.

*Oordeel**Verzoek werkneemster*

Het standpunt van Laww Interim dat de arbeidsovereenkomst met wederzijdse instemming is geëindigd, nu in de e-mail van het UWV van 1 mei 2017 staat dat werkneemster zelf heeft aangegeven niet meer terug te komen, verwerpt de kantonrechter. Artikel 7:611 BW brengt mee dat Laww Interim verplicht was om onder meer te onderzoeken of er sprake was van een duidelijke en ondubbelzinnige verklaring van werkneemster dat zij de arbeidsovereenkomst wilde beëindigen. Vervolgens dient beoordeeld te worden of de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd op grond van het in artikel 1.2 van de arbeidsovereenkomst bepaalde. In artikel 1.2 is bepaald dat de arbeidsovereenkomst wordt aangegaan voor bepaalde tijd voor

het project Secretaresse bij werkgever UWV, alsmede dat de overeenkomst van rechtswege eindigt als het project bij UWV eindigt. Het meest verstrekkende verweer van Laww Interim is dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen dient te worden gekwalificeerd als een uitzendovereenkomst ex artikel 7:690 BW en dat het bepaalde in artikel 1.2 is te beschouwen als een uitzendbeding in de zin van artikel 7:691 lid 2 BW. Daartoe overweegt de kantonrechter het volgende. Alhoewel de arbeidsovereenkomst kenmerken heeft van een uitzendovereenkomst, heeft Laww Interim onvoldoende feiten aangevoerd om ervan uit te kunnen gaan dat partijen hebben bedoeld een uitzendovereenkomst te sluiten. Van belang is dat nergens in de overeenkomst melding wordt gemaakt van 'uitzenden' of 'uitzendovereenkomst' of vergelijkbare bewoordingen. Nu de kantonrechter van oordeel is dat de arbeidsovereenkomst niet kan worden aangemerkt als een uitzendovereenkomst, dient alsnog te worden beoordeeld of de reden voor beëindiging van rechtswege van de arbeidsovereenkomst, te weten: het eindigen van het project bij UWV, zich heeft voorgedaan. Werkneemster stelt terecht dat dit niet het geval is, althans dat uit hetgeen Laww Interim naar voren heeft gebracht niet blijkt dat dit het geval is, op grond van het volgende. Laww Interim heeft geen enkel stuk overgelegd waaruit blijkt dat het UWV aan Laww Interim heeft aangegeven dat het project Secretaresse geëindigd is. Voor zover Laww Interim zich op het standpunt stelt dat onder 'project Secretaresse' verstaan moet worden de opdracht aan werkneemster en dat met het eindigen van de opdracht aan werkneemster ook het project is geëindigd, stelt werkneemster terecht dat in dat geval het tijdstip van eindigen van de arbeidsovereenkomst niet objectief, dat wil zeggen onafhankelijk van de wil van partijen, kan worden vastgesteld. De conclusie uit het voorgaande luidt dat de arbeidsovereenkomst niet van rechtswege tot een einde is gekomen, ofwel omdat het project niet is geëindigd, ofwel omdat het tijdstip van eindigen van de arbeidsovereenkomst niet objectief kan worden vastgesteld, waardoor een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaat. De verzoeken van werkneemster zijn derhalve in beginsel toewijsbaar.

Tegenverzoek werkgeefster

De kantonrechter ziet aanleiding om het ontbindingsverzoek toe te wijzen, op grond van het volgende. Ook al heeft Laww Interim de ontstane situatie aan zichzelf te wijten, vast staat wel dat het UWV de werkzaamheden in het kader van het project Secretaresse aan een eigen medewerker heeft gegeven, zodat werkneemster daar niet meer terecht kan, terwijl niet gebleken is dat Laww Interim, als detacheringsbedrijf, mogelijkheden heeft om werkneemster binnen het eigen bedrijf te laten re-integreren. Hoewel terughoudendheid betracht moet worden bij ontbindingsverzoeken tijdens ziekte, is de kantonrechter desalniettemin van oordeel dat onder de hiervoor vermelde omstandigheden van Laww Interim in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Bovendien is de grond voor ontbinding niet gelegen in de ziekte van werkneemster. De arbeidsovereenkomst zal worden ontbonden met ingang van 1 december 2017. De kantonrechter is van oordeel dat er sprake is van zodanig ernstig verwijtbaar handelen door Laww Interim dat een billijke vergoeding op zijn plaats is. Voor de vaststelling van de hoogte van de billijke vergoeding houdt de kantonrechter, bij gebrek aan andersluidende aanwijzingen, rekening met de

verwachting dat, indien Laww Interim anders had gehandeld, het dienstverband na 25 april 2016 nog twaalf maanden had kunnen voortduren, alsmede met het feit dat werkneemster niet in aanmerking komt voor een transitievergoeding. Gelet daarop zal de kantonrechter de billijke vergoeding vaststellen op € 15.000 bruto.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 03-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:7302

Zaaknummer: 6097866 EA VERZ 17-580

Rechters: Y.A.M. Jacobs

Advocaten: S.R. Nahar en J.B.M. Swart

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:629a BW, 7:671a BW, 7:671b lid 1 onderdeel a BW, 7:669 lid 3 onderdeel h BW, 7:655 BW, 7:671b lid 8 onderdeel a BW, 7:671b lid 8 onderdeel c BW, 7:681 lid 1 onderdeel a BW, 7:686a lid 6 BW en 7:690 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Loonvordering. Werkgever geslaagd in bewijs van stelling dat werknemer duidelijk en ondubbelzinnig zijn arbeidsovereenkomst heeft opgezegd en vervolgens zich daarnaar feitelijk heeft gedragen. Gerechtvaardigd vertrouwen.

Feiten

Werknemer is op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met ingang van 1 mei 2014 in dienst van werkgever getreden als kok. De arbeidsovereenkomst was aangegaan voor de duur van zes maanden, tot 31 oktober 2014. De vrouw van werknemer is onverwachts overleden op 4 juli 2014. Werknemer heeft geen salaris ontvangen over de maanden augustus, september en oktober 2014. Werknemer stelt een loonvordering in over deze maanden. Aan deze vordering legt hij ten grondslag dat hij zich op 5 juli 2014 ziek had gemeld. Werkgever stelt dat werknemer geen recht heeft op loon over deze maanden, omdat hij op 30 juli 2014 zijn arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang heeft opgezegd. De kantonrechter heeft de vordering van werknemer afgewezen. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

Oordeel

Op grond van de getuigenverklaringen is voldoende komen vast te staan dat werknemer eind juli 2014 duidelijk en ondubbelzinnig heeft verklaard zijn arbeidsovereenkomst met werkgever per direct te willen beëindigen. In dat kader wordt het volgende overwogen. Werkgever heeft verklaard dat werknemer hem op 30 juli 2014 heeft medegedeeld dat hij niet meer wilde werken en dat hij de arbeidsovereenkomst beëindigde en dat werknemer dit op 31 juli 2014 tegenover hem en X heeft herhaald en daarbij heeft aangegeven naar Spanje te willen gaan. Werkgever is een partijgetuige als bedoeld in artikel 164 lid 2 Rv. De door werkgever als getuige afgelegde verklaring kan daarom alleen bewijs in het voordeel van werkgever opleveren, indien aanvullend bewijs voorhanden is dat zodanig sterk is en zulke essentiële punten betreft dat het de verklaring van werkgever voldoende geloofwaardig maakt. Dergelijk aanvullend bewijs is aanwezig in de vorm van de overige getuigenverklaringen. De verklaring van werkgever wordt in de eerste plaats bevestigd door de verklaring van X. Deze heeft immers verklaard dat werknemer op 31 juli 2014 ten overstaan van hem en werkgever heeft verklaard dat hij het niet meer zag zitten en wilde gaan verhuizen naar Spanje. Mevrouw Y heeft weliswaar een zgn. de auditu-verklaring, een verklaring van 'horen zeggen' afgelegd, inhoudende dat werkgever haar eind juli 2014 heeft gebeld met de mededeling dat werknemer ontslag had genomen, maar deze verklaring komt weer overeen met hetgeen werkgever en X

hierover hebben verklaard. Daarnaast wordt in aanmerking genomen dat Z heeft verklaard dat werknemer op 30 juli 2014 ook tegenover hem heeft verklaard geen zin meer te hebben om te blijven werken in het restaurant, waaruit eveneens kan worden afgeleid dat werknemer de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet meer wilde voortzetten. Verder is onbetwist dat werknemer zijn spullen heeft opgehaald, de sleutels heeft ingeleverd, niet meer op het werk is verschenen en eerst na ruim twee maanden aanspraak is gaan maken op loondoorbetaling. Vervolgens komt de vraag aan de orde of werkgever gerechtvaardigd heeft mogen vertrouwen op deze verklaring van werknemer dan wel had moeten onderzoeken of werknemer daadwerkelijk de bedoeling heeft gehad om ontslag te nemen. In dit verband is allereerst van belang dat aangenomen kan worden dat de mededeling van werknemer op 30 juli 2014 dat hij de arbeidsovereenkomst wilde beëindigen en de herhaling daarvan op 31 juli 2014 voor werkgever niet geheel onverwacht is gekomen. Uit de getuigenverklaringen van werkgever, Y en Z blijkt dat werknemer al eerder dan 30 juli 2014 verschillende keren heeft gemeld niet meer te willen komen werken. Weliswaar was dat kort na het overlijden van de echtgenote van werknemer op 4 juli 2014, maar hij is uiteindelijk bij zijn standpunt gebleven, gelet op zijn mededelingen op 30 en 31 juli 2014 (en zijn latere gedragingen). Hoewel niet onaannemelijk is dat werknemer dergelijke eerste mededelingen heeft gedaan toen hij overmand werd door emoties vanwege het overlijden van zijn echtgenote en werkgever daarop toen in eerste instantie ook bedacht moest zijn en ook daadwerkelijk was, mocht werkgever de op 30 juli 2014 door werknemer hernieuwd gedane mededeling zijn arbeidsovereenkomst te willen beëindigen, zeker na de herhaling daarvan door werknemer op 31 juli 2014, begrijpen als een tot hem gerichte en gewilde opzegging, althans mocht hij daaruit opmaken dat werknemer de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ook echt wilde. Ook kan er niet aan worden voorbijgezien dat werkgever niet klakkeloos heeft aangenomen dat werknemer de arbeidsovereenkomst wilde beëindigen. Uit de getuigenverklaringen van hem en X blijkt immers dat werkgever, nadat werknemer daags na het overlijden van zijn echtgenote al aangaf dat hij niet meer wilde komen werken, hem daarop niet heeft vastgepind maar hem tijd heeft gegeven en dat werkgever, nadat werknemer op 30 juli 2014 had aangegeven de arbeidsovereenkomst te willen beëindigen, op 31 juli 2014 nog met X bij werknemer is geweest om na te gaan of hij bij zijn beslissing bleef, hetgeen het geval was. Bovendien is voldoende komen vast te staan dat werknemer zich vervolgens ook heeft gedragen alsof de arbeidsovereenkomst eind juli 2014 was beëindigd. In dat kader wordt onder meer in aanmerking genomen dat vaststaat dat werknemer op 30 juli 2014 al zijn spullen uit het restaurant heeft meegenomen. Voor zover werknemer stelt dat de kantonrechter niet had mogen afgaan op de verklaringen van de door werkgever aangebrachte getuigen vanwege hun banden met werkgever, leidt dit niet tot een ander oordeel. Het enkele feit dat de getuigen in een relatie staan tot werkgever (X is een goede bekende van werkgever, Z is een werknemer van werkgever en mevrouw Y is zijn echtgenote), is onvoldoende om de conclusie te rechtvaardigen dat de inhoud van hun verklaringen niet juist zijn. Ook voor het overige heeft werknemer niets aangevoerd op grond waarvan zou dienen te worden getwijfeld aan de juistheid van de afgelegde getuigenverklaringen. Volgt bekrachtiging van het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 03-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4203

Zaaknummer: 200.190.435_01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, W.H.B. den Hartog Jager en R.J.M. Cremers

Advocaten: Y.K. Kunze en N.A. Koole

Wetsartikelen: 7:629 BW, 150 Rv en 164 Rv

RECHTSPRAAK

Stichting Zeker Zorg/werknemer

Ontbindingsverzoek wegens g-grond toegewezen nu de directeur van Zeker Zorg zeer resoluut is in zijn stelling dat hij een terugkeer van werknemer bij Zeker Zorg pertinent niet ziet zitten. Toekenning van een billijke vergoeding aan werknemer, omdat Zeker Zorg in gebreke is gebleven duidelijkheid te verschaffen omtrent de reden die aan de non-actiefstelling ten grondslag ligt.

Feiten

Werknemer is op 12 mei 2014 in dienst getreden bij Zeker Zorg. De laatste functie die werknemer vervulde is die van Persoonlijk Begeleider. Bij brief van 5 mei 2017 heeft Zeker Zorg werknemer op non-actief gesteld. Bij brief van 17 mei 2017 deelt Zeker Zorg aan werknemer mede dat zij bezig is met een aanvullend onderzoek en dat dit onderzoek nog niet is afgerond. Op 8 juni 2017 deelt de gemachtigde van werknemer aan de gemachtigde van Zeker Zorg mede dat van een goed werkgever mag worden verwacht dat hij haar werknemers duidelijkheid verschaft. In onderhavige procedure verzoekt Zeker Zorg onder meer ontbinding van de arbeidsovereenkomst op basis van primair de e-grond en subsidiair de g-grond. Werknemer verzoekt bij voorwaardelijk tegenverzoek onder meer toekenning van een billijke vergoeding.

Oordeel

Voor zover Zeker Zorg heeft gesteld dat de redelijke grond voor ontbinding is gelegen in verwijtbaar handelen van werknemer, dient het verzoek te worden afgewezen. Voor zover het verzoek is gegrond op een verstoorde arbeidsrelatie, de g-grond, zal het verzoek worden toegewezen. Daartoe wordt als volgt overwogen. Zeker Zorg heeft aan de e-grond ten grondslag gelegd dat werknemer diverse cliënten heeft benaderd en onder druk heeft gezet om de overeenkomst met Zeker Zorg op te zeggen en met hem naar AZT (onderneming gestart door ex-werknemers van Zeker Zorg) te gaan. Op geen enkele wijze heeft Zeker Zorg deze stelling onderbouwd, laat staan aannemelijk gemaakt. Zeker Zorg kan zich in dat kader naar het oordeel van de kantonrechter, hoe begrijpelijk ook, niet verschuilen achter de kwetsbaarheid van haar cliënten, mede gelet op de verstekkende gevolgen die aanvaarding van de stelling van Zeker Zorg voor werknemer zou hebben. Met betrekking tot de g-grond stelt Zeker Zorg dat de verstoorde arbeidsrelatie reeds aan de orde was voordat zij het hiervoor genoemde verwijtbaar handelen van werknemer had geconstateerd. Kennelijk doelt Zeker

Zorg op een voorval met een collega in november 2015 over de wijze waarop een auto stond geparkeerd, een incident in oktober 2016 met een cliënt (B) en een verhitte discussie in mei 2017 met een collega over het verloop van een traject. Het benaderen van de cliënten was voor Zeker Zorg 'de laatste druppel' en de reden om het mediationtraject dat zij reeds had ingezet af te breken, om vervolgens werknemer op non-actief te stellen. Voorts stelt Zeker Zorg zich op het standpunt dat van voortzetting van het dienstverband absoluut geen sprake meer kan zijn, nadat bij werknemer thuis op of omstreeks 4 september 2017 een hennepplantage is aangetroffen. Wat de kantonrechter betreft is de spreekwoordelijke druppel die de emmer uiteindelijk deed overlopen, niet gevallen. Daarbij komt dat het door Zeker Zorg aangehaalde incident met B van de zijde van werknemer heel anders wordt beleefd. De door Zeker Zorg in het geding gebrachte foto's kunnen Zeker Zorg evenmin baten. Op geen enkele wijze kunnen deze foto's worden gelinkt aan het feit dat een hennepplantage is aangetroffen aan het woonadres van werknemer. De directeur van Zeker Zorg is ter mondelinge behandeling van het verzoek zeer resoluut in zijn stelling dat hij een terugkeer van werknemer bij Zeker Zorg pertinent niet ziet zitten, zodat op die grond een vruchtbare voortzetting van het dienstverband niet valt te verwachten. Gelet op de ernstige verstoring van de arbeidsrelatie ligt een herplaatsing van werknemer evenmin in de rede. De kantonrechter zal een transitievergoeding toekennen van € 3.439,13 bruto. De kantonrechter ziet eveneens aanleiding om aan werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Ondanks meerdere verzoeken van werknemer, is Zeker Zorg in gebreke gebleven duidelijkheid te verschaffen omtrent de reden die aan de non-actiefstelling ten grondslag ligt. Deze handelwijze van Zeker Zorg is in strijd met de regelen van goed werkgeverschap en levert een ernstig verwijtbaar handelen of nalaten op als bedoeld in voornoemd artikel. De kantonrechter houdt rekening met het feit dat Zeker Zorg maandenlang werknemer in het ongewisse heeft gelaten omtrent de reden van de non-actiefstelling, alsmede met de diffamerende werking die de op non-actiefstelling voor een werknemer heeft. De kantonrechter zal gelet op deze omstandigheden een billijke vergoeding toekennen van € 3.500 bruto.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 28-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:3723

Zaaknummer: 6229670 \ EJ VERZ 17-270

Rechters: U. van Houten

Advocaten: N.B.P. Arets en A.A. Lieman-Bambach

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:669 lid 3 onderdeel g BW, 7:671b lid 8 onderdeel c BW, 7:673 lid 7 onderdeel c BW en 7:686a lid 6 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Zeker Zorg

Verzoek wedertewerkstelling van werknemer wordt toegewezen onder de voorwaarde dat Zeker Zorg het in een andere procedure aan haar toegewezen ontbindingsverzoek tijdig heeft ingetrokken.

Feiten

Werknemer is op 12 mei 2014 in dienst getreden bij Zeker Zorg. Bij brief van 5 mei 2017 heeft Zeker Zorg werknemer op non-actief gesteld. Bij brief van 17 mei 2017 deelt Zeker Zorg aan werknemer mede dat zij bezig is met een aanvullend onderzoek en dat dit onderzoek nog niet is afgerond. Op 8 juni 2017 deelt de gemachtigde van werknemer aan de gemachtigde van Zeker Zorg mede dat van een goed werkgever mag worden verwacht dat hij haar werknemers duidelijkheid verschaft. Op 16 augustus 2017 heeft Zeker Zorg een verzoekschrift ingediend om de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden. Bij beschikking van 28 september 2017 heeft de kantonrechter het voornemen geuit de arbeidsovereenkomst te ontbinden met ingang 1 november 2017, onder toekenning aan werknemer van onder meer een billijke vergoeding. Zeker Zorg is in de gelegenheid gesteld uiterlijk vrijdag 13 oktober 2017 te 16:00 uur haar verzoek in te trekken. Werknemer vordert in onderhavige procedure om Zeker Zorg te veroordelen hem tewerk te stellen in de functie van persoonlijk begeleider, subsidiair hem tewerk te stellen in een functie die gelijkwaardig is aan zijn huidige functie en niet tijdelijk van aard is.

Oordeel

Voor het geval Zeker Zorg haar verzoek niet tijdig intrekt, zal de tussen partijen bestaande arbeidsovereenkomst eindigen per 1 november 2017. Naar het oordeel van de kantonrechter is het niet in het belang van partijen dat werknemer voor de tijdsspanne gelegen tussen heden en 1 november 2017 (gedwongen) terugkeert op de werkvloer bij Zeker Zorg. Zulks is anders indien Zeker Zorg haar verzoek tijdig intrekt. In dat geval heeft Zeker Zorg kennelijk 'eieren voor haar geld kozen' en staat aan een terugkeer van werknemer niets meer in de weg. In dat geval zal de kantonrechter de primaire vordering van werknemer toewijzen, onder de voorwaarde dat Zeker Zorg haar verzoek tijdig heeft ingetrokken. Het moge duidelijk zijn dat een terugkeer van werknemer alleen kans van slagen heeft indien hetgeen tussen partijen is voorgevallen in een stevig gesprek dan wel in een mediationtraject wordt uitgesproken. Reden waarom de kantonrechter partijen hiervoor een termijn zal gunnen en de tewerkstelling van werknemer met ingang van maandag 30 oktober 2017 te 09:00 uur zal toewijzen. De gevorderde dwangsom zal worden beperkt tot een bedrag van € 250 voor elke dag dat Zeker

Zorg in gebreke blijft aan de veroordeling te voldoen tot een maximum van € 25.000.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 28-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:3722

Zaaknummer: 6196083 \ CV EXPL 17-4615

Rechters: U. van Houten

Advocaten: A.A. Lieman-Bambach en N.B.P. Arets

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:686a lid 6 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Te laat terugkeren van vakantie rechtvaardigt ontslag op staande voet, temeer nu werknemer werkgever ook niet heeft geïnformeerd over zijn te late terugkeer.

Feiten

Werknemer is sinds 1 november 2006 in dienst bij werkgever. Werknemer had van werkgever toestemming om van 1 tot en met 22 augustus 2016 op vakantie te gaan. Werknemer is echter pas op maandag 29 augustus weer op het werk verschenen. Werknemer gaf aan dat de versnellingsbak van zijn auto tijdens zijn vakantie in Griekenland kapot is gegaan en dat hij deze heeft moeten laten repareren alvorens hij terug naar Nederland kon komen. Werkgever heeft werknemer op 30 augustus 2016 op staande voet ontslagen met als reden dat werknemer van 23 tot en met 26 augustus 2016 ongeoorloofd afwezig is geweest, voor die afwezigheid geen deugdelijke verklaring heeft kunnen afleggen en werkgever daarover niet tijdig heeft geïnformeerd. Werknemer vordert onder meer vernietiging van het ontslag op staande voet. Werkgever vordert onder meer veroordeling van werknemer tot betaling van een gefixeerde schadevergoeding. De kantonrechter heeft in eerste aanleg de verzoeken van werknemer afgewezen en het verzoek van werkgever tot toekenning van de gefixeerde schadevergoeding toegewezen. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

Oordeel

Als verweer beroept werknemer zich in de eerste plaats op overmacht: de versnellingsbak van zijn auto is stuk gegaan wat hem verhinderde tijdig naar Nederland terug te keren. Werknemer heeft echter niet aannemelijk gemaakt dat er sprake is geweest van een toereikende overmacht. Uit de verklaring van de Griekse garagehouder blijkt niet dat zijn auto zodanig stuk was dat daarmee niet gereden kon worden. Ook blijkt niet van een reparatie (zelfs niet van een provisorische). In dit verband is opmerkelijk dat geen factuur is overgelegd of een bewijs van kwijting voor een betaling (bij een pinbetaling zou een bankafschrift kunnen worden overgelegd). Zo al een reparatie is uitgevoerd, dan blijkt nog niet wanneer dat was. De verklaring van de garagehouder laat ruimte voor de mogelijkheid van een reparatie op donderdag 18 en/of vrijdag 19 augustus 2016, waarna de auto eerst op maandag 22 augustus 2016 is opgehaald, hoewel dat wellicht ook op de voorafgaande vrijdag mogelijk was. Werknemer heeft hiervoor geen verklaring gegeven, terwijl bevraging ter zitting niet mogelijk was wegens zijn afwezigheid. Deze bevraging is ook niet mogelijk geweest ten aanzien van het verschil in de dag waarop de reparatie zou hebben plaatsgevonden. In het inleidend

verzoekschrift noemt werknemer woensdag 24 augustus 2016 als reparatiedatum, waar de garage het heeft over de periode van 18 tot en met 22 augustus 2016. Bovendien wordt opgemerkt dat ook niet is gebleken van een reparatie in Nederland. De verklaring van de Nederlandse garagehouder is weliswaar geplaatst op een factuur, maar is geen factuur. De verklaring maakt overigens geen melding van een recent uitgevoerde (provisorische) reparatie. Voorts is van belang dat werknemer werkgever op geen enkele wijze, noch voorafgaand aan de dag dat hij het werk had moeten hervatten, noch in de week dat hij het werk had moeten hervatten, heeft geïnformeerd over het feit dat hij niet in staat was om tijdig terug te zijn van vakantie. Werknemer beroept zich op een defect dan wel verlies van zijn telefoon dat hem zou hebben verhinderd contact op te nemen met werkgever. Dit verweer wordt verworpen. Ook bij verlies of een defect van de eigen mobiele telefoon zijn er genoeg andere mogelijkheden om contact op te nemen vanuit Griekenland, bijvoorbeeld met gebruikmaking van de telefoon van de garagehouder. Ook het sturen van een mail, of sms was een optie geweest. Werknemer meent voorts dat het ontslag een disproportionele maatregel is. Volstaan had kunnen worden met een waarschuwing en/of een loonsanctie, zo stelt hij. Hij miskent daarmee dat over de duur van de vakantie vooraf overleg is geweest waarin hem onomwonden is duidelijk gemaakt dat hij op 23 augustus 2016 weer op het werk diende te verschijnen. Bij het negeren van het resultaat van dit overleg – en daarmee het doordrukken van de eigen zin – past niet een waarschuwing (werknemer had er al twee gehad), noch een loonstop (het verzoek om onbetaald verlof was in het gesprek van 21 juli 2016 afgewezen). Dat geldt temeer nu werknemer werkgever ook niet heeft geïnformeerd over zijn veel te late terugkeer van vakantie. Gelet op al deze omstandigheden en mede gelet op de leeftijd van werknemer, de duur van het dienstverband en de gevolgen die het ontslag voor werknemer zullen hebben (die zijn overigens niet uiteengezet), alles in samenhang beschouwd, kan van werkgever redelijkerwijs niet worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het gegeven ontslag op staande voet is derhalve gerechtvaardigd geweest.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 21-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4093

Zaaknummer: 200.214.549_01

Rechters: W.H.B. den Hartog Jager, P.P.M. Rousseau en prof. mr. dr. F.G. Laagland

Advocaten: S. Smeets en S.E. Wieringa-Heints

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

RECHTSPRAAK

KSB Diensten BV/werknemer

Onregelmatige opzegging. Gelet op de bewoordingen van de brief kon en mocht werknemer de brief van werkgever redelijkerwijs opvatten als strekkende tot beëindiging van het tot dan toe bestaande dienstverband met werkgever. Transitievergoeding.

Feiten

Werknemer is sinds 1988 in dienst bij (de rechtsvoorganger van) KSB Diensten BV (hierna: KSB). In maart 2014 is werknemer uitgevallen wegens ziekte. Na ommekomst van de wachttijd van 104 weken (per 26 maart 2016) heeft het UWV aan werknemer een WGA-uitkering toegekend op basis van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 100%. Bij brief van 30 maart 2016 heeft KSB de arbeidsovereenkomst met werknemer opgezegd. Werknemer verzoekt KSB te veroordelen tot betaling van een vergoeding wegens onregelmatige opzegging en tot betaling van de transitievergoeding. De kantonrechter heeft de vorderingen van werknemer toegewezen. Tegen dit vonnis komt KSB in hoger beroep.

Oordeel

Aan de orde is de vraag of de brief van KSB van 30 maart 2016 een opzegging van de arbeidsovereenkomst tussen KSB en werknemer bevat, waardoor KSB aan werknemer de transitievergoeding en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging verschuldigd is geworden. De vraag of de brief van KSB van 30 maart 2016 als een opzegging dient te worden beschouwd, moet worden uitgelegd overeenkomstig het bepaalde in de artikelen 3:33 en 3:35 BW, zonder daarbij ten gunste van de werkgever overeenkomstige of vergelijkbare betekenis toe te kennen aan de jurisprudentie van de Hoge Raad aangaande de aanvullende bescherming van de werknemer, van wiens kant een duidelijke ondubbelzinnige verklaring noodzakelijk is voor het intreden van het rechtsgevolg van een opzegging. De tekst van de brief van KSB, onder de aanhef 'Betreft: einde dienstverband', houdt in een mededeling met kennelijk dát beoogde rechtsgevolg, althans gelet op de hiervoor geciteerde bewoordingen van de brief kon en mocht werknemer, die immers zelf ook niet juridisch geschoold is, deze redelijkerwijs opvatten als strekkende tot beëindiging van het tot dan toe bestaande dienstverband met KSB. KSB heeft ook gehandeld in overeenstemming met die strekking, door, zoals in de brief aangekondigd, een eindafrekening (wegens einde dienstverband) op te stellen en het op die basis volgens KSB verschuldigde bedrag aan werknemer te voldoen. Het enkele feit dat KSB mogelijk de overige rechtsgevolgen van een opzegging niet kende en, na daarop gewezen te zijn, later alsnog een afwijkende verklaring met andere strekking heeft

afgelegd, kan niet tot een andere beoordeling leiden. Daarbij is mede van betekenis dat KSB als werkgever ruim 30 personeelsleden in dienst heeft en reeds langere tijd bestaat, zodat verwacht mag worden dat zij ofwel op de hoogte is van haar rechten en plichten in verband met door haar gesloten arbeidsovereenkomsten, dan wel zich dienaangaande tijdig laat voorlichten. De rechtsgevolgen van de opzegging als eenzijdige rechtshandeling van de zijde van KSB treden reeds in na de ontvangst van de mededeling door werknemer. Zonder instemming van werknemer, welke ontbreekt, wordt KSB van die rechtsgevolgen niet bevrijd. Door KSB zijn geen feiten of omstandigheden gesteld die, indien bewezen, tot de conclusie leiden dat het beroep van werknemer op de rechtsgevolgen van de opzegging zodanig in strijd is met maatstaven van redelijkheid en billijkheid dat deze gevolgen onaanvaardbaar zouden zijn. KSB heeft ook nog aangevoerd dat de stelselwijziging van het ontslagrecht die het gevolg is van de WWZ meebrengt dat de op de ernstige gevolgen van een opzegging door de werknemer gerichte aanvullende bescherming van de werknemer, zich na invoering van de WWZ ook dient uit te strekken tot de ernstige gevolgen van een onregelmatige opzegging door de werkgever voor deze. Dit standpunt, strekkende tot een spiegelbeeldige uitbreiding van de rechtsbescherming van de werkgever, vindt echter geen steun in de wetsgeschiedenis van de WWZ, noch anderszins in het recht. Daarbij kan in het midden gelaten worden of de verschuldigdheid van de transitievergoeding en de onregelmatigheidsvergoeding onder dergelijke 'ernstige gevolgen' vallen, temeer daar de eerste vergoeding (in casu ongeveer het drievoudige van de tweede) in beginsel steeds verschuldigd wordt bij een door de werkgever geïnitieerd regulier ontslag als aan de vereisten van artikel 7:673 lid 1 BW is voldaan. Bij de omstreden opzegging door KSB is voor werknemer dan ook niet een bijzondere onderzoekspllicht ontstaan naar de vraag of er sprake was van een duidelijke en ondubbelzinnige opzegging aan de zijde van KSB. Uit artikel 7:673 lid 1 onderdeel a onder 1 BW vloeit voort dat KSB de transitievergoeding is verschuldigd, omdat de arbeidsovereenkomst ten minste 24 maanden heeft geduurd en door KSB is opgezegd. Ook de vergoeding wegens onregelmatige opzegging is toewijsbaar op grond van artikel 7:672 lid 10 BW. De wet kent hier, anders dan KSB kennelijk wil betogen, geen anticumulatiebepaling. Het onthouden van instemming door werknemer met de door KSB beoogde intrekking van de opzegging leidt niet tot de conclusie dat het verzoek tot nakoming van de uit de ontijdige opzegging voortvloeiende betalingsverplichtingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daartoe zijn door KSB onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld. Daarbij is mede van belang dat de transitievergoeding beoogt de gevolgen van het verlies van de arbeidsovereenkomst op te vangen. Gelet op het kennelijk ontbreken van enig reëel perspectief op werkherhvatting bij KSB ontstaat voor werknemer feitelijk een situatie waarvoor de transitievergoeding mede bedoeld is.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-09-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:3808

Zaaknummer: 200.204.954/01

Rechters: W.H.F.M. Cortenraad, H.T. van der Meer en M.L.D. Akkaya

Advocaten: J.M.W. Feijen en A.W. Brantjes

Wetsartikelen: 3:33 BW, 3:35 BW, 7:673 BW en 7:672 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/De Boom Tankstation B.V.***Loonvordering werkneemster in kort geding afgewezen.******Werkneemster heeft niet binnen twee maanden om vernietiging van de opzegging verzocht, zodat de opzegging onaantastbaar is geworden en vordering in bodemprocedure kansloos is.****Feiten*

Werkneemster is per 15 mei 2017 voor de duur van een jaar in dienst getreden bij De Boom. Blijkens de arbeidsovereenkomst zijn partijen een proeftijd overeengekomen van een maand. Werkneemster voert aan dat zij op 15 juni 2017 op staande voet is ontslagen. Tevens merkt werkneemster op dat de proeftijd op 15 juni 2017 reeds was verstreken. De Boom is van oordeel dat dat het geen ontslag op staande voet is, maar het stopzetten van het dienstverband binnen de proeftijd (op 12 juni 2017). Werkneemster vordert in kort geding onder meer doorbetaling van het loon vanaf 15 juni 2017.

Oordeel

In artikel 7:671 lid 1 aanhef en onderdeel b BW is bepaald dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig kan opzeggen zonder schriftelijke instemming van de werknemer, tenzij de opzegging geschiedt gedurende de proeftijd. Voorts bepaalt artikel 7:681 lid 1 aanhef en onderdeel a BW dat de kantonrechter op verzoek van de werknemer de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever kan vernietigen indien de werkgever heeft opgezegd in strijd met artikel 7:671 BW. Een en ander betekent, dat (ook) een opzegging door de werkgever in strijd met een overeengekomen proeftijdbeding, zoals hier door werkneemster is gesteld, onder de reikwijdte van artikel 7:681 lid 1 BW valt en door de kantonrechter kan worden vernietigd. Vernietiging kan uiteraard alleen in een bodemprocedure en niet bij kort geding worden uitgesproken. Voor toewijzing van een vordering in kort geding geldt de eis dat zij in een bodemprocedure zodanige kans van slagen heeft, dat het gerechtvaardigd is op de toewijzing daarvan vooruit te lopen door het treffen van een voorziening zoals gevorderd. Door werkneemster is echter tot op heden niet een verzoekschrift tot vernietiging van de opzegging bij de kantonrechter ingediend. Artikel 7:686a lid 4 onderdeel a BW bepaalt dat de bevoegdheid om een verzoekschrift bij de kantonrechter in te dienen (bedoeld is: strekkende tot vernietiging van de opzegging) vervalt twee maanden na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Deze bepaling geldt ook indien het een verzoek op grond van (onder meer) artikel 7:681 lid 1 onderdeel a BW ('in strijd met artikel 671') betreft. Vastgesteld moet worden dat werkneemster niet binnen de twee maanden na de

opzegging een verzoekschrift tot vernietiging van die opzegging heeft ingediend, zodat die opzegging thans niet meer voor vernietiging door de kantonrechter in aanmerking kan komen en dat die opzegging dus onaantastbaar is geworden. Dit leidt tot het oordeel dat de onderhavige vordering van werknemster in kort geding, die is gebaseerd op een vernietigbare opzegging, in een bodemprocedure geen enkele kans van slagen heeft, omdat werknemster daarin niet kan worden ontvangen. Hieruit vloeit voort dat de vordering van werknemster moet worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 18-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2017:7447

Zaaknummer: 6239336 VV EXPL 17-321

Rechters: L.J. van Die

Advocaten: B.P.R. Milar en L.A. Jansen

Wetsartikelen: 7:671 lid 1 aanhef en onderdeel b BW, 7:681 lid 1 aanhef en onderdeel a BW en 7:686a lid 4 onderdeel a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever***Onregelmatigheidstoeslag. Klachtplicht. Nederlands loonbegrip en recuperatiefunctie in samenhang met Richtlijn 2003/88/EG.****Feiten*

Werknemer is sinds 1 november 1993 in dienst bij werkgever als verpleegkundige. Werknemer heeft werkgever bij brief van 19 augustus 2015 medegedeeld te weinig loon (bestaande uit onregelmatigheidstoeslag over vakanties) te hebben ontvangen en de verjaring te stuiten voor het loon over de periode juni 2010 t/m juni 2015. Aan zijn vordering legt werknemer ten grondslag dat werkgever ten onrechte bij de berekening van de hoogte van zijn loon over zijn vakantiedagen de onregelmatigheidstoeslag (hierna: ORT) buiten beschouwing heeft gelaten. Hij verwijst daarbij naar de uitspraak van het Hof van Justitie van 15 september 2011 onder zaaknummer C-155/10. Vanaf 1 januari 2015 neemt werkgever de ORT wel in aanmerking. Bij brief van 19 augustus 2015 heeft werknemer de verjaring gestuit, zodat werkgever gehouden is de ORT over het vakantieloon over de periode van 2010 tot en met 2014 alsnog aan hem te betalen.

*Oordeel**Klachtplicht*

Werkgever voert aan dat de klachtplicht ex artikel 6:89 BW volgens vaste jurisprudentie van toepassing is op arbeidsovereenkomsten, zodat in dit geval geconcludeerd dient te worden dat werknemer te laat heeft geklaagd. Het is juist dat de Hoge Raad de klachtplicht van artikel 6:89 BW van toepassing acht op arbeidsovereenkomsten. Dit betreft echter niet loonvorderingen. Immers, artikel 6:89 BW is enkel bedoeld voor de gevallen waarin geklaagd wordt over een gebrek in geleverde goederen of diensten. Onvoldoende loon betalen is niet te kwalificeren als een gebrek in de prestatie in de zin van artikel 6:89 BW, nu de schuldenaar van een geldelijke tegenprestatie niet afhankelijk is van een klacht van de schuldenaar naar aanleiding van een onderzoek van de geleverde prestatie om te kunnen vaststellen of hij heeft voldaan aan de verplichting tot betaling van een geldsom. Dit kan hij/zij op basis van zijn/haar eigen gegevens beoordelen. Het voorgaande betekent dat het verweer op deze grond niet slaagt.

Doorbetaling loon

In artikel 7 van de Richtlijn 2003/88/EG en artikel 7:639 lid 1 BW is het uitgangspunt

opgenomen dat een werknemer recht heeft op doorbetaling van zijn loon tijdens vakantie. Van belang hierbij is dat in het Nederlands recht een ruim loonbegrip wordt gehanteerd. De Hoge Raad heeft immers in zijn uitspraak van 18 december 1953 (NJ 1954/242) bepaald dat loon de door de werkgever aan de werknemer verschuldigde vergoeding is ter zake van de bedongen arbeid. Hieruit volgt dat enkel niet overeengekomen prestaties, onkosten en extraatjes buiten het loonbegrip vallen. In artikel 7:639 lid 1 BW wordt vervolgens geen beperking gegeven aan het daarin gehanteerde loonbegrip, zodat moet worden uitgegaan van het algemene loonbegrip. Van belang in de onderhavige zaak is dan ook of het werken volgens onregelmatige uren, waarvoor de ORT verschuldigd is, intrinsiek samenhangt met het uitoefenen van de functie. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord, nu niet van belang is of het een verplichting is (of niet) voor de werknemers in het algemeen, maar of het onderdeel is van de functie van de desbetreffende werknemer. Vaststaat tussen partijen dat het gebruikelijk is binnen de functie van werknemer dat op onregelmatige tijden wordt gewerkt, zodat het op onregelmatige tijden werken intrinsiek samenhangt met de functie. De daar tegenover staande vergoeding is daarmee een vergoeding ter zake van de bedongen arbeid, zoals bedoeld in het loonbegrip, en is dan ook ex artikel 7:639 lid 1 BW verschuldigd tijdens vakanties. Het voorgaande betekent dat niet wordt toegekomen aan de vraag of de recuperatiefunctie in stand blijft bij het wegvallen van de onregelmatigheidstoelage in de onderhavige zaak, nu deze vraag niet tot een ander oordeel zou kunnen leiden. Ook het feit dat het loonbegrip in de cao beperkt wordt, kan niet tot een ander oordeel leiden, omdat, hoewel dit meer beperkt is dan het loonbegrip uit de wet, het in strijd is met dwingend recht en daardoor nietig is. Deze bepaling gaat dus niet voor op voor het ruime loonbegrip dat in het Nederlands recht wordt gehanteerd. Het voorgaande betekent dat de vordering op die grond in beginsel al toewijsbaar is.

Redelijkheid en billijkheid

De kantonrechter kan begrip opbrengen voor de situatie van werkgever. Immers, voldoende is komen vast te staan dat werkgever altijd volgens de cao (en naar eer en geweten) heeft gehandeld. Bovendien had zij er niet op bedacht kunnen (en hoeven) zijn dat de uitspraak van het Hof van Justitie en de uitwerking van de bepalingen van de richtlijn tot dit resultaat zouden leiden. Tot slot is het niet onaannemelijk dat de kosten en vergoedingen, die met procedures als de onderhavige zijn gemoeid, uiteindelijk ten koste gaan van de zorgverlening, nu er voor werkgever niet veel aspecten binnen haar organisatie zijn waar zij op kan bezuinigen en zij voor haar inkomsten afhankelijk is van de afspraken die zij met zorgverzekeraars heeft gemaakt. Dit is echter onvoldoende om de drempel te behalen van het bepaalde onder artikel 6:2 lid 2 BW. Dit onderdeel van het verweer slaagt dan ook niet.

Hoogte vordering

Werkgever voert daarnaast nog verweer tegen de door werknemer gemaakte berekening van het bedrag aan achterstallige ORT. Zij voert aan dat, naast de nietigheid van de dagvaarding op dat punt, – kort gezegd – een deel van de vordering is verjaard, een verkeerde berekeningsmethodiek is gehanteerd en dat ten onrechte ook over de bovenwettelijke uren

ORT is gevorderd. Het beroep op gedeeltelijke verjaring slaagt. Ook is op dit moment onvoldoende onderbouwd dat het resterende deel van de vordering juist is berekend. Het voorgaande leidt er niet toe dat de dagvaarding nietig dient te worden verklaard, nu de eis en de gronden op zich voldoende kenbaar zijn weergegeven. Enkel is mogelijk een berekeningsfout gemaakt. Werknemer wordt dan ook in de gelegenheid gesteld de vordering opnieuw te berekenen, en wel over de periode 1 september 2010 tot en met 31 december 2014.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 30-08-2017

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2017:6293

Zaaknummer: 5462250 CV EXPL 16-6130

Rechters: T.N.E. Meyboom

Advocaten: F.S. Alting-Landa, A.R.A. Lenaerts en I.E. Weijers

Wetsartikelen: 6:89 BW, 7:639 BW en 7 Richtlijn 2003/88/EG

RECHTSPRAAK

werkneemster/h.o.d.n. DAP Salland

Schorsing concurrentiebeding. De duur van het concurrentiebeding is op het moment van beoordeling in kort geding toereikend geweest. Door het beding nog langer te handhaven zal werkneemster onbillijk worden benadeeld.

Feiten

Werkneemster heeft van 1999 tot en met 31 december 2012 krachtens een arbeidsovereenkomst voor DAP Salland gewerkt in de functie van dierenarts. In deze arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding met een looptijd van vijf jaar en een straal van 15 km opgenomen. Volgend op het dienstverband bij DAP Salland heeft werkneemster bij een andere werkgever in een andere plaats als dierenarts gewerkt. In die periode is werkneemster geconfronteerd met een ernstige ziekte. Het contract van werkneemster liep af in maart 2017. In de periode van juni 2016 tot en met december 2016 heeft werkneemster met DAP Salland onderhandeld over een mogelijke inkoop in de praktijk van DAP Salland, maar partijen hebben daarover geen overeenstemming bereikt. Op 25 januari 2017 heeft werkneemster haar eigen eenmanszaak ingeschreven bij de KvK. In maart 2017 is zij in die hoedanigheid gestart met haar werkzaamheden als zelfstandig dierenarts. De praktijk ligt op een afstand van minder dan 15 kilometer van DAP Salland. Thans vordert werkneemster schorsing van het concurrentiebeding.

Oordeel

De termijn van vijf jaren uit het concurrentiebeding is gaan lopen op het moment dat het dienstverband van werkneemster bij DAP Salland is geëindigd, te weten op 31 december 2012 en eindigt derhalve op 31 december 2017. Nu werkneemster binnen die termijn als dierenarts is gaan werken binnen een straal van 15 km van de praktijk van DAP Salland, heeft zij in beginsel daarmee het concurrentiebeding overtreden. Werkneemster stelt dat zij thans door handhaving van het beding onbillijk wordt benadeeld. Voor werkneemster geldt dat zij al langere tijd de wens heeft om als zelfstandig dierenarts te kunnen werken. In dat kader heeft zij beproefd of het haalbaar was om zich in te kopen in een andere praktijk. In het bijzonder in het najaar van 2016 heeft zij daarover onderhandeld met DAP Salland maar dit heeft niet tot overeenstemming geleid. Daarbij speelt een rol dat zij een ernstige ziekte achter de rug heeft, waarvan het herstel nog niet volledig is afgerond. Voorts is het haar als gevolg van haar ziektegeschiedenis gebleken dat het moeilijk is geworden om bij de bank een lening te verkrijgen om zich te kunnen inkopen bij een bestaande praktijk. Als zij vanuit haar eigen

woonadres een praktijk kan starten dan heeft zij met aanzienlijk minder kosten te maken. Bovendien betekent het werken voor zichzelf dat zij zelf kan bepalen hoeveel klanten zij aanneemt, hetgeen met betrekking tot haar herstelproces van belang is. Tevens betekent het werken vanuit haar eigen woning dat zij, ondanks mogelijke nachtdiensten, wel thuis kan slapen, hetgeen eveneens voor haar (en haar gezin) van belang is. Ten aanzien van deze belangen overweegt de kantonrechter het volgende. Door het feit dat werkneemster aanvankelijk na afloop van haar dienstverband bij DAP Salland in een andere plaats is gaan werken, is zij in die zin vier jaren buiten beeld geweest van de klanten van DAP Salland. Voorts staat vast dat van de lopende termijn van vijf jaren uit het gewraakte beding op dit moment al een periode van vier jaren en acht maanden is verstreken. Dit betekent dat werkneemster over vier maanden in elk geval vrij zal zijn om zelfstandig als dierenarts werkzaam te zijn, ook op korte afstand van de praktijk van DAP Salland. Het belang van DAP Salland om de overloop van klanten naar werkneemster tegen te gaan, is daarmee dus beperkt geworden tot nog enkele maanden. Dit belang afgezet tegen het onmiskenbare belang van werkneemster, leidt de kantonrechter voorshands tot het oordeel dat de duur van het concurrentiebeding in elk geval op het moment van deze beoordeling in kort geding toereikend is geweest. Door het beding nog langer te handhaven zal werkneemster onbillijk worden benadeeld. De primair gevorderde voorziening tot schorsing van het beding zal daarom worden toegewezen.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 11-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:3739

Zaaknummer: 6199319 \ CV EXPL 17-5050

Rechters: J.A.O.M. van Aerde

Advocaten: Y.M. Kasius-Kluter en A.E. Doornbos

Wetsartikelen: 7:653 BW

ANNOTATIE

Overgang van onderneming in de publieke sector***mr. dr. L.C.J. Sprengers*****1. Inleiding**

Recent heeft het HvJ EU zich gebogen over de vraag of de Richtlijn 2001/23 inzake overgang van onderneming (hierna: de richtlijn) ook van toepassing is op een (eenzijdig) overheidsbesluit om een onderneming waar een gemeente enig aandeelhouder van is te ontbinden en de activiteiten deels over te hevelen naar de gemeente en deels naar een andere onderneming waarvan de gemeente eveneens enig aandeelhouder is. Het HvJ heeft in deze uitspraak het toetsingskader overzichtelijk op een rij gezet. Ik zal hierna eerst kort de inhoud van de uitspraak weergeven. Vervolgens zal ik ingaan op gevolgen voor de Nederlandse praktijk. Tot slot sta ik stil bij wat de gevolgen van deze uitspraak kunnen zijn nadat de Wet normalisering rechtspositie ambtenaren (WNRA) van kracht gaat. Door inwerkingtreding van die wet zullen de bepalingen over overgang van onderneming uit het BW ook van toepassing zullen gaan zijn voor een groot deel van de ambtenaren, die een arbeidsovereenkomst gaan krijgen. Ik beperk me in deze annotatie tot de aspecten die met de publieke sector te maken hebben. Daarom besteed ik geen aandacht aan de overigens ook interessante tweede vraag die het HvJ heeft beantwoord, namelijk dat een persoon die wegens de schorsing van zijn arbeidsovereenkomst niet in actieve dienst is, valt onder het begrip ‘werknemer’ in de zin van artikel 2 lid 1 onderdeel d van de richtlijn voor zover hij krachtens de betrokken nationale wettelijke regeling bescherming geniet als werknemer, hetgeen evenwel door de verwijzende rechter dient te worden nagegaan.

2. Uitspraak HvJ*Feiten*

Piscarreta Ricardo, directeur van Portimão Urbis, een onderneming waarvan de gemeente enig aandeelhouder is, heeft een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, maar is vanaf september 2011 tot september 2015 met onbezoldigd verlof. In oktober 2014 heeft de gemeente Portimão besloten om Portimão Urbis te ontbinden. Een deel van de activiteiten van dat bedrijf is overgenomen door de gemeente Portimão. De overige activiteiten van Portimão Urbis zijn uitbesteed aan Emarp, een bedrijf waarvan de gemeente eveneens enig aandeelhouder is. Over overgang van personeelsleden daarbij zijn afspraken gemaakt, maar Piscarreta Ricardo is buiten beschouwing gelaten. Hij beroept zich op overgang van onderneming. Dit is aanleiding voor de Portugese rechter om onder meer de navolgende vraag

aan het Europees HvJ voor te leggen: Is op grond van artikel 1 lid 1 onderdeel b van Richtlijn 2011/23 sprake van overgang van onderneming in deze situatie?

Het HvJ beantwoordt de vraag bevestigend aan de hand van de volgende vier stappen:

Richtlijn ook van toepassing op openbare ondernemingen

De omstandigheid dat in het kader van die transactie de vervreemder een gemeentebedrijf was en de verkrijgers een gemeente en een ander gemeentebedrijf, sluit op zich niet uit dat de richtlijn op die transactie van toepassing is. Het HvJ heeft namelijk reeds geoordeeld dat de omstandigheid dat de verkrijger een publiekrechtelijke rechtspersoon is, niet uitsluit dat sprake is van overgang in de zin van de richtlijn, ongeacht of die rechtspersoon een voor een publieke dienst verantwoordelijk overheidsbedrijf is dan wel een gemeente.

Economische activiteit

Onder het begrip ‘economische activiteit’ worden activiteiten verstaan die bestaan in het aanbieden van goederen of diensten op een bepaalde markt. De activiteiten die tot de uitoefening van openbaar gezag behoren zijn in beginsel uitgesloten van een kwalificatie als economische activiteit. Dat neemt niet weg dat diensten die worden verzekerd in het openbaar belang en zonder winstoogmerk en die concurreren met diensten die door marktdeelnemers met winstoogmerk worden aangeboden, kunnen worden aangemerkt als ‘economische activiteit’ in de zin van artikel 1 lid 1 onderdeel c van de richtlijn. In casu lijkt het bij de verschillende activiteiten die werden uitgeoefend door Portimão Urbis en zijn overgenomen door de gemeente Portimão en Emarp (het beheer van het vervoersysteem, het beheer van de uitrusting voor economische groei, zoals de markt voor groothandel, het terrein voor beurzen en tentoonstellingen en het multifunctionele paviljoen, het beheer van straatverkopen en traditionele markten en beurzen, het beheer van de openbare ruimte, daaronder begrepen reclameactiviteiten in de openbare ruimte, het gebruik van de openbare weg, het openbaar parkeren in de stad in bovengrondse en ondergrondse parkeergarages en, ten tweede, het beheer van gemeenschapsvoorzieningen en maatschappelijke dienstverlening en dienstverlening op het vlak van onderwijs, cultuur en sport) niet te gaan om uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag, zodat die activiteiten als economische activiteiten in de zin van artikel 1 lid 1 onderdeel c van de richtlijn kunnen worden aangemerkt.

Eenzijdig overheidsbesluit

Het feit dat de overgang voortvloeit uit een eenzijdig overheidsbesluit en niet uit een wilsovereenstemming tussen partijen, sluit de toepassing van de richtlijn niet uit. De loutere omstandigheid dat een overgang, zoals hier aan de orde, het gevolg is van de ontbinding van een gemeentebedrijf krachtens een besluit van het uitvoerend orgaan van de betrokken gemeente, lijkt dus niet uit te sluiten dat sprake is van overgang in de zin van de richtlijn, aangezien een dergelijke transactie een verandering van ondernemer veronderstelt.

Identiteit

Ten slotte is volgens artikel 1 lid 1 onderdeel b van de richtlijn deze richtlijn slechts van toepassing wanneer de overgang betrekking heeft op een economische entiteit die haar identiteit na de overname door de nieuwe werkgever behoudt. Uit het loutere feit dat een economische eenheid de economische activiteit van een andere eenheid heeft overgenomen, kan niet worden afgeleid dat laatstgenoemde haar identiteit behoudt. De identiteit van een eenheid kan namelijk niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast. Haar identiteit blijkt uit meerdere onlosmakelijk verbonden elementen, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering of, in voorkomend geval, de beschikbare productiemiddelen. Voorts herhaalt het HvJ dat niet het behoud van de specifieke wijze waarop de ondernemer de verschillende overgedragen productiefactoren had georganiseerd relevant is om te besluiten dat de identiteit van de overgegangene entiteit is bewaard, maar wel het behoud van de functionele band die maakt dat die factoren onderling samenhangen en elkaar aanvullen. Dat een economische eenheid is ontbonden en haar activiteiten naar twee andere eenheden zijn overgegaan, sluit op zich niet uit dat de richtlijn van toepassing is.

Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat artikel 1 lid 1 van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat een situatie waarin een gemeentebedrijf met als enige aandeelhouder de gemeente wordt ontbonden krachtens een besluit van het uitvoerend orgaan van die gemeente en waarbij de door dit bedrijf uitgeoefende activiteiten ten dele overgaan op die gemeente, die deze rechtstreeks zal uitoefenen, en ten dele op een ander gemeentebedrijf, dat te dien einde opnieuw is samengesteld en dat eveneens de gemeente als enige aandeelhouder heeft, binnen de werkingssfeer van genoemde richtlijn valt, op voorwaarde dat de identiteit van het betrokken bedrijf na de overgang blijft behouden, hetgeen de verwijzende rechter dient na te gaan.

3. Gevolgen voor Nederlandse praktijk

Op dit moment is het merendeel van de mensen die werkzaam zijn in de publieke sector als ambtenaar aangesteld in de openbare dienst. Mocht er sprake zijn van een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst dan geldt op grond van artikel 7:615 BW dat de bepalingen van titel 10 van Boek 7 van het BW niet van toepassing zijn, tenzij zij (bepaalde bepalingen) van toepassing zijn verklaard. Voor de toepasselijkheid van artikel 7:662 e.v. BW heeft de wetgever wel bepaald dat in afwijking van artikel 7:615 BW deze bepaling van toepassing is op werknemers die arbeid verrichten in een onderneming in stand gehouden door een publieke rechtspersoon. Dit betekent dat de bepalingen van artikel 7:662 BW bij privatiseringsbesluiten niet van toepassing zijn voor zover het de ambtenaren betreft. Niet omdat dit op grond van de richtlijn niet mogelijk zou zijn, maar omdat de wetgever dit niet nodig heeft geacht, mede vanwege het feit dat bij een privatisering gezien de bepalingen in de rechtspositieregelingen er altijd overleg met de vakorganisaties plaats zal vinden waarin er ook aandacht besteed zal

worden aan de opvang van de personele gevolgen door de transitie van ambtenaarschap naar een arbeidsovereenkomst (*Kamerstukken II* 2000/01, 27469, 3, p. 4 e.v.).

Over de vraag of het overheidspersoneel toch onder de richtlijn zou kunnen vallen is de nodige discussie geweest. In het jaar 2000 heeft het HvJ in twee zaken zich uitgelaten over de toepasselijkheid van de richtlijn op overheidspersoneel. De eerste zaak had betrekking op een privatisering (HvJ EG 14 september 2000, *JAR* 2000/225 (Collino en Chiappero/Telecom Italië)). Het geschil had betrekking op de vraag of na een privatisering voor de anciënniteitsberekening met betrekking tot een ontslagvergoeding ook de jaren onder de ambtelijke aanstelling mee moesten worden genomen. Het HvJ overwoog dat de richtlijn bepaalt dat onder 'werknemer' een ieder is te scharen die krachtens nationale wetgeving als werknemer bescherming geniet, waarbij de richtlijn niets afdoet aan het nationale recht met betrekking tot de definitie van een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. Het HvJ gaf aan dat de richtlijn niet van toepassing is op personen die niet krachtens nationale wetgeving als werknemer bescherming genieten, ongeacht de werkzaamheden die zij uitoefenen. Zeker na dit arrest wordt ervan uitgegaan dat bij privatisering de bepalingen vanuit de richtlijn over overgang van onderneming niet van toepassing zijn op de overgang van de rechtspositie van een ambtenaar naar werknemer (zie hierover R.M. Beltzer, 'Privatisering, deprivatisering en permanente detachering', opgenomen in E. Verhulp, *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, 3de druk, p. 95-110). De andere vraag waar het HvJ zich in 2000 over gebogen heeft is of de omgekeerde beweging, ook wel aangeduid als deprivatisering, wel onder de richtlijn valt. Dat betreft situaties waarbij de overheid activiteiten overneemt die voor die tijd door een private ondernemer werden uitgevoerd. In de zaak Mayeur/APIM (HvJ EG 26 september 2000, *JAR* 2000/239) ging het over de vraag of de heer Mayeur werkzaam voor het blad *Vivre à Metz* dat door een private uitgever werd uitgegeven waarmee hij een arbeidsovereenkomst had, op grond van de richtlijn was overgegaan naar de gemeente Metz, die deze activiteiten had overgenomen. Uit deze uitspraak viel af te leiden dat het HvJ ervan uitging dat bij deprivatisering de regels van overgang van onderneming wel van toepassing zijn. Als vanuit een werknemerssituatie overgegaan wordt naar een publieke werkgever, zoals een gemeente, valt dit onder de reikwijdte van de richtlijn. Probleem hierbij is dat daarmee van rechtswege de rechten en verplichtingen van de werknemer overgaan naar de overheidswerkgever, maar dat dat niet impliceert dat daarmee ook van rechtswege de arbeidsovereenkomst in een aanstelling als ambtenaar is omgezet. Het van toepassing zijn van de regels over overgang van onderneming brengt mee dat de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst behouden blijven. Er zijn opvolgende rechtshandelingen nodig ingeval bijvoorbeeld een overheidswerkgever, zoals de rijksoverheid in Nederland, geen arbeidsovereenkomsten kent maar alleen met aanstellingen werkt om de ambtelijke rechtspositie van toepassing te laten zijn.

Het hierboven aangehaalde arrest van het HvJ inzake *Piscarreta Ricardo* brengt geen wijziging in de onderverdeling die in 2000 is aangebracht met betrekking tot het niet van toepassing zijn van de richtlijn bij privatisering en wel bij deprivatisering. De uitspraak gaat in op de vraag of bij (gedeeltelijke) deprivatisering de bepalingen over overgang van onderneming van

toepassing zijn. In de richtlijn is in artikel 1 lid 1 sub b aangegeven dat de richtlijn van toepassing is op een economische eenheid die met het oog op voortzetting van al dan niet hoofdzakelijk economische activiteiten haar identiteit behoudt. In artikel 1 lid 1 sub c is aangegeven dat de richtlijn van toepassing is op openbare en particuliere ondernemingen, die een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk. Een administratieve reorganisatie van overheidsdiensten of de overgang van administratieve functies tussen overgangsdiensten is geen overgang in de zin van de richtlijn. In de Nederlandse wetgeving is dit vertaald in artikel 7:662 lid 2 sub b BW waarbij het begrip economische eenheid gedefinieerd is als een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit. Hiermee is beoogd te vertalen hetgeen in de richtlijn is geregeld. In het Henkel-arrest (HvJ EG 15 oktober 1996, *JAR* 1996/254) was al geoordeeld dat overheveling van administratieve taken van een gemeenschappelijke regeling naar een gemeente niet onder de reikwijdte van de richtlijn viel omdat er geen sprake was van overgang van een economische eenheid. In het Piscarreta Ricardo-arrest wordt nader omschreven wanneer er geen sprake is van een economische activiteit: als het gaat om activiteiten die tot uitoefening van openbaar gezag behoren. Maar gaat het om diensten die worden verzekerd in het openbaar belang, zonder winstoogmerk maar die concurreren met diensten die door marktdeelnemers met winstoogmerk worden aangeboden, kunnen deze wel aangemerkt worden als een economische activiteit. Bij activiteiten als het beheer van het vervoersysteem, het beheer van de uitrusting voor economische groei zoals de markt voor groothandel, terrein voor beurzen, het beheer van straatverkoop en traditionele markten en beurzen, alsook het openbaar parkeren in de stad is geen sprake van activiteiten die vallen onder uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag.

Enige tijd terug heeft zich in de Nederlandse situatie de vraag voorgedaan, waar overigens geen rechtspraak over voorhanden is, of het overhevelen van het innen van de werkgeverspremie van het UWV naar de Belastingdienst onder de bescherming van de Wet overgang onderneming viel. Bij het UWV wordt op basis van een arbeidsovereenkomst gewerkt, hetgeen in beginsel bij een deprivatisering zou betekenen dat er sprake is van het van toepassing zijn van de bepalingen over overgang van onderneming. Er werd echter van uitgegaan dat het hier niet een economische activiteit betrof, maar een administratieve reorganisatie van overheidsdiensten. Het innen van premies kan in de woorden van dit arrest niet beschouwd worden als een activiteit die kan concurreren met diensten die door marktdeelnemers met winstoogmerk ook worden aangeboden. Het gaat hier om de uitvoering van een publieke taak bij wet toebedeeld.

In dit arrest wordt voorts wederom bepaald dat er niet in alle gevallen een overeenkomst of wilsovereenstemming tussen de partijen waar het personeel naar toe zou overgaan aan de orde hoeft te zijn. Het feit dat de overgang voortvloeit uit een eenzijdig overheidsbesluit sluit niet uit dat er sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn. Zoals bijvoorbeeld eerder ook al is uitgemaakt dat het stopzetten van de subsidie aan een stichting door de gemeente en het toekennen van deze subsidie voor dezelfde activiteit aan een andere stichting, toch met

zich mee kon brengen dat er sprake was van overgang in de zin van de richtlijn, hoewel beide stichtingen onderling geen overeenkomst met elkaar hadden afgesloten (HvJ EG 19 mei 1992, *NJ* 1992/476 (Sophie Redmond Stichting)).

Tot slot gaat het HvJ ook nog in op de vraag of de identiteit van de eenheid behouden is gebleven. Een vraag waarover het HvJ reeds in vele arresten heeft geoordeeld, waarnaar het HvJ verwijst. Zie voor een recent overzicht ook van de Nederlandse rechtspraak hierover M.A. de Blécourt, 'Overgang van onderneming vaststellen volgens een vast patroon in de Spijkers-criteria', *TRA* 2016/92.

4. Gevolgen na invoering WNRA

Er is een grote verandering op til met betrekking tot de rechtspositie van ambtenaren. De WNRA is aangenomen door de Eerste en Tweede Kamer en in het Staatsblad verschenen (Wet 9 maart 2017, *Stb.* 2017/123). Op een later moment zal de invoeringsdatum nog bepaald moeten worden, waarbij op dit moment 1 januari 2020 als richtdatum wordt gehanteerd. Vanaf dat moment treedt de nieuwe Ambtenarenwet in werking met een nieuwe definitie van het begrip ambtenaar, te weten degene die met een overheidswerkgever een arbeidsovereenkomst heeft. Dit heeft tot gevolg dat het arbeidsovereenkomstenrecht voor het grootste deel van het huidige ambtenarenbestand van toepassing gaat zijn. Artikel 7:615 BW komt te vervallen. Dan zal, anders dan nu, ook bij privatiseringen artikel 7:662 e.v. BW van toepassing zijn op de ambtenaren met (dan) een arbeidsovereenkomst. Maar dit betekent niet automatisch dat in iedere situatie de bepalingen over overgang van onderneming van toepassing zullen zijn. Immers, indien er geen sprake is van een economische activiteit die overgaat, is er geen sprake van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW. In die zin zal deze uitspraak in de toekomst nog meer van belang zijn, omdat zich meer dan thans de vraag zal voordoen of het gaat om activiteiten die tot de uitoefening van het openbaar gezag behoren en/of in concurrentie plaatsvinden met diensten die door marktdeelnemers met winstoogmerk worden aangeboden. Indien de Wet overgang van onderneming niet van toepassing zal zijn, zal extra aandacht nodig zijn van vakbonden en de ondernemingsraden bij het overleg voorafgaand aan een dergelijke privatisering om de gevolgen daarvan goed te ondervangen.

Ook ten aanzien van de deprivatiseringsbesluiten zal het van toepassing zijn van de WNRA gevolgen meebrengen. Namelijk daar waar bij een deprivatisering de bepalingen over overgang van onderneming van toepassing zijn, is het in de huidige situatie zo dat de werknemer die overgaat naar een overheidswerkgever niet van rechtswege een ambtenarenstatus op grond van een aanstelling krijgt. Zijn juridische positie is daardoor nu niet duidelijk. Na het van kracht zijn van de WNRA zullen deze werknemers met behoud van hun rechtspositie van werknemer overgaan naar de overheidswerkgever. De huidige onduidelijkheid is dan niet meer van toepassing. Dit is een van de aspecten die door de indieners van het wetsontwerp als een voordeel van het toepassen van het arbeidsovereenkomstenrecht bij de overheid is benoemd (*Kamerstukken II* 2010/11, 32550, 3, p. 18).

5. Conclusie

Dit arrest maakt duidelijk dat de invoering van de WNRA niet tot gevolg zal hebben dat in alle gevallen de bepalingen over overgang van onderneming van toepassing zullen zijn bij privatiseringsbeslissingen. Er is niet gekozen voor een verruiming van het begrip economische entiteit bij het onderbrengen van het grootste deel van de ambtenaren onder het arbeidsovereenkomstenrecht. Dit brengt met zich dat in die situaties in het overleg tussen overheidswerkgever en vakbonden en ondernemingsraad maatwerkafspraken van belang zullen blijven zijn. Voor privatiseringen waarbij sprake is van een overgang van economische activiteiten en bij deprivatiseringen heeft de WNRA wel tot gevolg dat van rechtswege alle rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomsten over zullen gaan op grond van artikel 7:662 e.v. BW.