

Nieuwsbrief VAAN AR Updates

Nummer 46, 2017

Redactie: prof. mr. dr. A.R. Houweling, mr. L. Kirkpatrick, mr. M. Assenberg van Eijnden, 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 van Justitie van de Europese Unie

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2017:486](#) 21-06-2017

António Fernando Maio Marques da Rosa/Varzim Sol – Turismo, Jogo e Animação SA

[Hof van Justitie van de Europese Unie, ECLI:EU:C:2017:223](#) 16-03-2017

María Begoña Espadas Recio/Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE)

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:PHR:2017:1203](#) 27-10-2017

werknemster/Stichting Meriant

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4804](#) 09-11-2017

werknemster/De Gemeenschappelijke Regeling WVS-Groep

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:9686](#) 07-11-2017

werknemer/Autoschat Tietjerk B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4832](#) 07-11-2017

werknemster/werkgever

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4788](#) 07-11-2017

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg/X

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:4751](#) 07-11-2017

Stichting WSG/werknemer

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:9473](#) 31-10-2017

werkgeefster/werknemer

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:4432](#) 31-10-2017

werknemster/Stichting Regionaal Opleidingen Centrum TOP

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:3074](#) 31-10-2017

werknemster/Stichting Fioretti Teylingen

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:9476](#) 31-10-2017

werknemer/curator q.q.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:9489](#) 24-10-2017

werknemer/Heineken Nederlands Beheer B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:4257](#) 20-10-2017

ondernemingsraad van de Gemeente Maastricht/Gemeene Maastricht

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:2742](#) 03-10-2017

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg/werknemer

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:898](#) 11-04-2017

werknemer/Stichting Vrije Academia

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2016:2477](#) 21-06-2016

Stichting WSG/werknemer

Rechtbank

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:10722](#) 08-11-2017

werknemer c.s./Stichting Pensioenfonds Sabic

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:10678](#) 03-11-2017

Mercedes-Benz Customer Assistance Center Maastricht B.V./werkneemster

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2017:4086](#) 31-10-2017

werknemer/Van der Weij Installatiebedrijf B.V.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:8002](#) 26-10-2017

werkneemster/Echo Pharmaceuticals B.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:5347](#) 23-10-2017

werkneemster/Catch Mode B.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:5467](#) 20-10-2017

Stichting Warande/X

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:8144](#) 16-10-2017

werknemer/Egis Parking Services B.V.

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2017:5707](#) 16-10-2017

werknemer/Presikhaaf Bedrijven

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:4054](#) 12-10-2017

Sciopeng Detachering B.V./werkneemster

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2017:7750](#) 10-10-2017

werknemer/Mendix Technology B.V.

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:8145](#) 04-10-2017

werknemer/Stichting Pantar Amsterdam

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:12911](#) 26-09-2017

werknemer c.s./Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2017:8143](#) 22-09-2017

TMG Personeel B.V./werkneemster

[Rechtbank Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2017:12912](#) 07-09-2017

Air Energi Netherlands/werknemer

Uitspraken zonder ECLI

[Rechtbank Amsterdam](#) 02-11-2017

werknemer/Accenture B.V.

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

werknemer/Accenture B.V.

Periode van onbetaald verlof niet van invloed op overeengekomen werkingsduur non-concurrentiebeding en geheimhoudingsbeding, maar wordt wel betrokken in belangenafweging ex artikel 7:653 lid 3 onderdeel b BW.

Feiten

Werknemer is vanaf 1 mei 1997 tot en met 31 oktober 2017 in dienst geweest bij Accenture B.V. als Managing Director. Op 23 november 2012 zijn partijen een arbeidsovereenkomst aangegaan, waarin een non-concurrentiebeding en geheimhoudingsbeding zijn opgenomen. Omdat werknemer zich wilde bezinnen op de voortzetting van zijn loopbaan, zijn partijen overeengekomen dat hij van 15 oktober 2016 tot 1 september 2017 met onbetaald verlof zou gaan. Vervolgens is werknemer in april 2017 benaderd door Deloitte Consulting B.V. (hierna: Deloitte) om te praten over een eventueel partnerschap. Op 7 mei 2017 heeft werknemer strategische informatie van Accenture gedownload en in de maanden juli en augustus 2017 heeft hij herhaaldelijk ingelogd op zijn Accenture-account. Bij e-mail van 21 juli 2017 heeft werknemer te kennen gegeven dat hij Accenture wilde verlaten om als partner bij Deloitte in dienst te treden op het gebied van 'Digital'. De arbeidsovereenkomst is door werknemer tegen 1 november 2017 opgezegd. Accenture heeft hierbij opgemerkt dat hij tot 1 november 2018 gehouden is aan de voornoemde bedingen. Werknemer meent echter dat de bedingen hun werking op 15 oktober 2017 – te weten: een jaar na aanvang van het onbetaald verlof – hebben verloren.

*Oordeel**Onbetaald verlof en werkingsduur van de bedingen*

De kantonrechter overweegt als volgt. Uit de tekst van het non-concurrentiebeding volgt duidelijk dat het beding ziet op een periode van twaalf maanden *nadat* de arbeidsovereenkomst tussen partijen is geëindigd. Werknemer heeft de overeenkomst opgezegd tegen 1 november 2017. Het beding houdt daarmee in dat hij tot 1 november 2018 beperkt is in de wijze waarop hij zijn loopbaan voortzet. De stelling van werknemer dat op Accenture – op grond van goed werkgeverschap – de verplichting rustte om hem bij het overleg over zijn onbetaald verlof erop te wijzen dat hij pas aan het beding gebonden zou zijn nádat hij tijdens (of na) het verlof uit dienst zou treden, wordt eveneens door de kantonrechter verworpen. Het beding is ook op dit punt duidelijk. Als werknemer een

afwijkende afspraak had willen maken over de werkingsduur van het beding voor het geval hij na het verlof niet bij Accenture zou terugkeren, had hij zulks destijds ter sprake kunnen brengen. Uit niets blijkt dat hij dit heeft gedaan.

Belangenafweging

De kantonrechter stelt voorop dat werknemer als Managing Director bij Accenture concurrentiegevoelige informatie heeft verworven en dat hij daarvan in dienst van Deloitte gebruik zou kunnen maken. Ook staat vast dat Accenture en Deloitte elkaar op het gebied van 'Digital' sterk beconcurreren, zodat hiermee het belang van Accenture bij handhaving van het non-concurrentiebeding en het geheimhoudingsbeding is gegeven. Hiertegenover staat echter het belang van werknemer dat hij in dienst van Deloitte partner kan worden en beduidend meer kan verdienen dan bij Accenture, zodat aangenomen kan worden dat sprake is van een aanzienlijke positieverbetering. Daarnaast acht de kantonrechter het billijk en gepast om bij de belangenafweging gedeeltelijk rekening te houden met de omstandigheid dat werknemer vanaf 15 oktober 2016 geen werkzaamheden voor Accenture heeft verricht. Dat niet met de gehele periode van het onbetaald verlof rekening wordt gehouden, hangt ermee samen dat werknemer in mei 2017 nog strategische informatie van Accenture heeft gedownload. Daarmee is de bedrijfsinformatie waarover hij uit hoofde van zijn functie als Managing Director kan beschikken weer geactualiseerd. Het vorenstaande leidt tot het oordeel dat het tijdstip van de aanvang van beide bedingen wordt vastgesteld op 1 mei 2017, zodat deze hun werking zullen verliezen op 1 mei 2018.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 02-11-2017

Zaaknummer: 6388961 KK EXPL 17-1091

RECHTSPRAAK

werknemer/Van der Weij Installatiebedrijf B.V.

Vordering tot volledige doorbetaling van loon na het verstrijken van 104 weken afgewezen. Werkgeefster had deugdelijke gronden om werknemer geen passende arbeid (voor de volle omvang) te laten verrichten.

Feiten

Werknemer is sinds 1 oktober 1975 in dienst van Van der Weij Installatiebedrijf B.V. (hierna: Van der Weij) in de functie van algemeen monteur voor 32 uur per week. Op 26 januari 2015 is werknemer ziek geworden. Op 27 februari 2017 heeft werknemer zich – na het verstrijken van 104 weken – weer volledig beter gemeld en beschikbaar gesteld voor het verrichten van zijn volledige werk als algemeen monteur. Van der Weij heeft werknemer echter niet opgeroepen tot het verrichten van het volledige werk, omdat de arbeidsdeskundige van oordeel is dat werknemer nog steeds ongeschikt is voor dit werk, dat onder meer bestaat uit het monteren van zonnepanelen. De arbeidsdeskundige heeft daarom geadviseerd om werknemer passend werk te laten verrichten, voor zover dit beschikbaar is. Volgens Van der Weij is het echter niet altijd mogelijk om werknemer voor de volle 32 uur passende arbeid te laten verrichten, omdat er simpelweg niet zoveel werk beschikbaar is. Werknemer vordert thans primair volledige doorbetaling van het overeengekomen loon, omdat hij zich beschikbaar heeft gesteld voor het verrichten van het volledige werk. In dit verband stelt hij zich op het standpunt dat het monteren van zonnepanelen hier niet onder valt. Ook stelt werknemer dat Van der Weij ‘genoeg’ passend werk voor hem heeft en dat dit werk, gelet op zijn hoge anciënniteit, eerst aan hem moet worden gegeven. Van der Weij verweert zich met de stelling dat zij geen loondoorbetalingsplicht meer heeft na 104 weken ziekte van werknemer voor de niet door hem gewerkte uren, nu werknemer niet voor de volle omvang geschikt is tot het verrichten van de bedongen arbeid.

*Oordeel**Maatgevende arbeid*

De kantonrechter oordeelt als volgt. De arbeidsdeskundige heeft vastgesteld dat het monteren van zonnepanelen onder de maatgevende arbeid valt. Het enkele feit dat werknemer als algemeen monteur is aangenomen, en het monteren van zonnepanelen destijds niet tot zijn functie behoorde, brengt niet met zich dat deze werkzaamheden niet tot zijn functie kunnen zijn gaan behoren. Vast staat dat werknemer op enig moment zonnepanelen is gaan monteren

en dat hij hiermee is doorgedaan totdat hij dit om medische redenen niet meer kon. Deze taak is daarmee tot de werkzaamheden van de functie van werknemer gaan behoren. Met inachtneming van het vorenstaande wordt dan ook geoordeeld dat werknemer thans – na het verstrijken van twee jaar – nog steeds ongeschikt is voor het verrichten van zijn ‘eigen werk’. De vordering tot doorbetaling van loon wordt verworpen, voor zover deze gebaseerd is op de stelling dat werknemer zich beschikbaar heeft gehouden voor zijn ‘eigen werk’.

Loondoorbetalingsverplichting werkgever

De kantonrechter stelt voorop dat een werkgever ook na het verstrijken van twee jaar gehouden kan zijn tot volledige doorbetaling van loon, indien een werknemer zich beschikbaar heeft gehouden voor het verrichten van passende arbeid en deze arbeid ten onrechte niet is aangeboden door de werkgever. In dit verband dient te worden onderzocht of Van der Weij deugdelijke gronden had om werknemer niet in staat te stellen tot het verrichten van passende arbeid (HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0175). De kantonrechter oordeelt als volgt. Vast staat dat werknemer zich beschikbaar heeft gehouden voor het verrichten van passende arbeid. Van der Weij heeft deze arbeid ook aangeboden, maar niet steeds voor de overeengekomen 32 uur per week. De reden hiervoor is dat zij niet altijd voor 32 uur aangepast werk voorhanden heeft, omdat zulks mede afhankelijk is van de opdrachten die binnenkomen. Hier komt bij dat Van der Weij ook een andere werknemer in dienst heeft, die vanwege beperkingen lichter werk moet verrichten. De stelling van werknemer dat het werk eerst aan hem moet worden gegeven vanwege zijn hoge anciënniteit, wordt verworpen. Naar het oordeel van de kantonrechter stopt de verplichting tot het aanbieden van passende arbeid daar waar die arbeid niet beschikbaar is. Het aanbieden van passende arbeid aan een werknemer die na twee jaar arbeidsongeschiktheid niet langer zijn eigen werkzaamheden kan verrichten, kan niet ten koste gaan van de werkzaamheden van andere (niet-) arbeidsongeschikte werknemers. De conclusie is dat Van der Weij heeft voldaan aan haar verplichtingen te onderzoeken of passende arbeid voorhanden is en de uitkomst hiervan aan werknemer mee te delen. Dit brengt met zich dat zij niet meer loon aan werknemer hoeft te betalen dan het loon over de uren dat werknemer passende arbeid verricht. De vordering van werknemer wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 31-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2017:4086

Zaaknummer: 5876008 \ CV EXPL 17-3624

Rechters: E.T.M. Zwart-Sneek

Advocaten: H.A. de Boer en G.B.A. Bol

Wetsartikelen: 7:629 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Catch Mode B.V.

Werkgeefster valt niet onder Overbruggingsregeling transitievergoeding kleine werkgevers omdat zij heeft nagelaten een getrouwe weergave te bieden van haar kortlopende schulden. Als gevolg daarvan maakt werkneemster aanspraak op een volledige transitievergoeding.

Feiten

Werkneemster is sinds 5 april 1994 in dienst van Catch Mode B.V. (hierna: Catch Mode) in de functie van verkoopster. Op 30 september 2016 heeft het UWV aan Catch Mode een ontslagvergunning voor werkneemster verleend, welke vergunning gebaseerd is op bedrijfseconomische omstandigheden. Daarnaast heeft het UWV een verklaring Overbruggingsregeling transitievergoeding afgegeven, waarin staat opgenomen dat Catch Mode niet aan alle voorwaarden voor de toepassing van deze regeling voldoet. Volgens het UWV voldoet Catch Mode in het bijzonder niet aan de voorwaarde dat de onderneming een negatief eigen vermogen moet hebben aan het einde van het boekjaar voorafgaand aan het boekjaar waarin de arbeidsovereenkomst van de werknemer eindigt en de voorwaarde dat de waarde van de vlottende activa van de onderneming kleiner moet zijn dan de schulden met een resterende looptijd van hooguit een jaar (art. 7:673b BW en art. 24 van de overbruggingsregeling). Catch Mode heeft het dienstverband met werkneemster per 9 februari 2017 opgezegd en haar een transitievergoeding van € 1.327,44 betaald. De hoogte van de vergoeding is gelijk aan het bedrag dat Catch Mode verschuldigd zou zijn indien zij onder de overbruggingsregeling zou vallen. Werkneemster meent daarentegen aanspraak te kunnen maken op een volledige transitievergoeding van € 14.026 en verzoekt thans betaling van het restant (€ 9.575,56).

Oordeel

Definitieve jaarcijfers bepalend voor toepasselijkheid overbruggingsregeling

De kantonrechter stelt voorop dat de verklaring van het UWV dat Catch Mode niet aan de voorwaarden voor toepassing van de overbruggingsregeling voldoet, een niet op een rechtsgevolg gerichte verklaring betreft, zodat het Catch Mode vrij staat – ondanks de verklaring van het UWV – een beroep te doen op de overbruggingsregeling. Vervolgens wordt overwogen dat het geschil tussen partijen zich toespitst op de vraag of aan de voorwaarde van artikel 24 lid 2 onderdeel c van de overbruggingsregeling is voldaan, te weten: of de waarde

van de vlottende activa van Catch Mode op 31 december 2015 kleiner was dan de schulden met een resterende looptijd van ten hoogste een jaar. Catch Mode voert in dit verband aan dat de verklaring van het UWV gebaseerd is op voorlopige jaarcijfers over 2015 en dat zij op grond van de definitieve jaarcijfers wél aan de voorwaarden van de overbruggingsregeling voldoet. De kantonrechter volgt Catch Mode in de stelling dat de definitieve jaarstukken doorslaggevend zijn, maar oordeelt evenwel dat dit niet voldoende is. Ook is van betekenis dat de jaarstukken een getrouwe weergave bieden van de gegevens als bedoeld in artikel 24 lid 2 van de overbruggingsregeling (waaronder: het netto resultaat, de vlottende activa en kortlopende schulden).

Kortlopende schulden bieden geen getrouwe weergave

Uit de definitieve balans die Catch Mode in het geding heeft gebracht, blijkt dat zij een rekening-courantschuld heeft bij EBO Beheer B.V. (die tevens 100% aandeelhouder is van Catch Mode), doordat op 1 januari 2015 een dividenduitkering van € 425.000 ten gunste van EBO is geboekt. Catch Mode stelt zich in dit verband op het standpunt dat de dividenduitkering, die ter verrekening in de rekening-courant is opgenomen, als een kortlopende schuld dient te worden aangemerkt. De kantonrechter verworpt dit standpunt en oordeelt dat de rekening-courantverhouding al bestond in 2012 en thans nog steeds doorloopt. Hierbij is ook van betekenis dat Catch Mode geen stukken heeft overgelegd waaruit de onmiddellijke opeisbaarheid van de rekening-courantschuld kan worden afgeleid, zodat aangenomen kan worden dat sprake is van een langlopende schuld. De stelling van Catch Mode dat zij met EBO geen afspraken heeft gemaakt over een aflossingstermijn – en dat derhalve op grond van artikel 6:38 BW terstond nakoming kan worden gevorderd – is onvoldoende. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat Catch Mode heeft nagelaten aan te tonen dat de dividenduitkering is aan te merken als kortlopende schuld met een looptijd van hooguit een jaar, zodat niet is komen vast te staan dat de jaarstukken op dit punt een getrouwe weergave bieden van de kortlopende schulden per 31 december 2015. Het verzoek van werkneemster om Catch Mode te veroordelen tot betaling van het restant van de verschuldigde transitievergoeding wordt daarom toegewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 23-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:5347

Zaaknummer: 5866324 UE VERZ 17-146 MS/1270

Rechters: M.J. Slootweg

Advocaten: C.J.M. Scheffer-Marin en C.F.N.M. de Boer

Wetsartikelen: 6:38 BW, 7:673d BW en 24 lid 2 onderdeel c Overbruggingsregeling transitievergoeding kleine werkgevers

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Pantar Amsterdam***Verzoek tot toekenning transitievergoeding afgewezen omdat arbeidsovereenkomst op initiatief van werknemer is geëindigd. Van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van werkgeefster is geen sprake.****Feiten*

Werknemer werkt sinds augustus 1973 bij Stichting Pantar Amsterdam (hierna: Pantar) en heeft het syndroom van Down. Hij verricht lichte inpakwerkzaamheden op een locatie van Pantar in Amsterdam Noord. Pantar is door de gemeenten Amsterdam en Diemen belast met de uitvoering van de Wet sociale werkvoorziening (WSW) en is een organisatie voor mensen, zoals werknemer in kwestie, die niet op eigen kracht aan een reguliere baan kunnen komen. In de loop van 2016 heeft Pantar, in het kader van bezuinigingen, besloten haar activiteiten te herschikken en een aantal werkzaamheden over te brengen naar een locatie in Diemen. Op 21 juni 2016 heeft werknemer tijdens een gesprek met zijn leidinggevende aangegeven dat de reis van Amsterdam Noord naar Diemen een te zware belasting voor hem betekende en dat hij graag wilde stoppen met werken. Pantar heeft in dit verband voorgesteld om georganiseerd vervoer voor werknemer te regelen, maar deze laatste is hierop niet ingegaan. Pantar heeft vervolgens een voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst gedaan, waarin is bepaald dat werknemer per 11 juli 2016 wordt vrijgesteld van werkzaamheden en salaris ontvangt tot 1 december 2016. De wettelijk vertegenwoordiger van werknemer is akkoord gegaan met dit voorstel, maar meent thans dat werknemer ook nog aanspraak kan maken op een transitievergoeding.

Oordeel

De kantonrechter stelt voorop dat in het onderhavige geval sprake is van een ontslagname door een werknemer en dat derhalve van een recht op een transitievergoeding alleen sprake kan zijn indien de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van Pantar door werknemer is opgezegd. De kantonrechter overweegt als volgt. In de eerste plaats voert de wettelijk vertegenwoordiger van werknemer aan dat de verplaatsing naar een andere locatie een gebeurtenis is die in de risicosfeer van Pantar ligt. Uit het systeem van wettelijke bepalingen rondom de transitievergoeding volgt echter dat een dergelijke omstandigheid niet het ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van Pantar met zich brengt. In de tweede plaats voert de wettelijk vertegenwoordiger van werknemer aan dat Pantar opzettelijk heeft gezwegen over de mogelijkheden tot georganiseerd vervoer, maar de

kantonrechter volgt hem hierin niet. Tussen partijen staat namelijk vast dat het initiatief tot het einde van de arbeidsovereenkomst van werknemer is uitgegaan, en niet van Pantar. De wettelijk vertegenwoordiger van werknemer heeft hiertegen geen bezwaren geuit, tot het moment dat de transitievergoeding in beeld kwam. De conclusie is derhalve dat naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten aan de zijde van Pantar, waardoor werknemer genoodzaakt was de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Het verzoek tot toekenning van een transitievergoeding wordt dan ook afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 04-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:8145

Zaaknummer: 6130796 EA VERZ 17-628

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: N.W. Ruiter en J. van Hulst

Wetsartikelen: 7:673 lid 1 onderdeel b BW

RECHTSPRAAK

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg/werknemer

Vordering van het Bedrijfstakpensioenfonds (Bpf) tot betaling van achterstallige pensioenpremies in het kader van overgang van onderneming afgewezen. Het Bpf heeft niet gesteld op welk moment de verplichtingen van de oude werkgever zijn overgegaan op de nieuwe werkgever (art. 7:663 BW).

Feiten

Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg (hierna: Bpf) is uitvoerder van de verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregeling voor de sector beroepsvervoer over de weg. X heeft op 25 juli 2010 een onderneming van overdrager Y overgenomen. De onderneming werd door X gedreven in de vorm van eenmanszaak onder de naam Tab Post en hield zich bezig met het uitvoeren van koeriersdiensten. Ook valt de onderneming onder de voornoemde bedrijfstakpensioenregeling. Het Bpf vordert thans betaling van achterstallige pensioenpremies van twee werknemers, die volgens het Bpf tot en met 2009 bij overdrager Y in dienst zijn geweest. Volgens het Bpf is X dan ook werkgeefster van deze werknemers geworden en uit dien hoofde aansprakelijk is voor verplichtingen jegens hen die dateren van vóór de overname. X stelt daarentegen dat zij ten tijde van de overname geen personeel heeft overgenomen van Y, maar juist na de overname – per 1 augustus 2010 – arbeidsovereenkomsten heeft gesloten met de twee werknemers van overdrager Y.

Oordeel

Het hof overweegt als volgt. De stelling van het Bpf dat sprake is van een overgang van onderneming op grond waarvan X aansprakelijk is voor achterstallige pensioenpremies van vóór de overname, is onvoldoende onderbouwd. Dat de werknemers tot en met 2009 bij overdrager Y in dienst waren, is niet voldoende om aansprakelijkheid voor de achterstallige pensioenpremies te vestigen. Ingevolge het bepaalde in artikel 7:663 BW is het moment van de overgang van de onderneming immers bepalend voor de vraag of verplichtingen van de oude werkgever overgaan op de nieuwe werkgever. In het onderhavige geval moet dit ‘moment’ worden vastgesteld op 25 juli 2010. Het Bpf heeft echter nagelaten te stellen (en te onderbouwen) dat de werknemers op 25 juli 2010 uit hoofde van een arbeidsovereenkomst voor de onderneming van overdrager Y werkzaam waren. De vordering tot betaling van de achterstallige pensioenpremies is derhalve niet toewijsbaar.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 03-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:2742

Zaaknummer: 200.170.233/01

Rechters: M.J. van der Ven, C.A. Joustra en H.M. Wattendorff

Advocaten: J.A. Trimbach en D.J. Mol

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:663 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/werkgever

De band die werkneemster had met het overgedragen onderdeel van de onderneming was ten tijde van de overgang van onderneming zodanig verbroken dat er geen uitzicht meer was op terugkeer in haar oude functie van schoonmaakster.

Feiten

Werkneemster is sinds 4 november 2013 in dienst bij X in de functie van schoonmaakster. Zij is sinds 30 november 2015 arbeidsongeschikt. Zij is tot op heden arbeidsongeschikt. Voordat zij arbeidsongeschikt werd, werkte zij uitsluitend op het project A. Op enig moment na haar ziekmelding heeft werkneemster in het kader van haar re-integratie lichte kantoorwerkzaamheden verricht bij A. Met ingang van 1 januari 2017 is na een aanbestedingstraject het project A overgenomen door Y C.V. De arbeidsovereenkomsten met vrijwel alle werknemers die voorheen in dienst van X op het project werkzaam waren, zijn voortgezet door Y. Werkneemster ontvangt per 1 januari 2017 geen salaris meer. X stelt zich op het standpunt dat werkneemster vanaf 1 januari 2017 in dienst is van Y terwijl Y stelt dat werkneemster in dienst is gebleven bij X. In de onderhavige procedure vordert werkneemster in eerste aanleg een veroordeling van X om haar toe te laten tot het verrichten van aangepast werk, een veroordeling tot loondoorbetaling met wettelijke verhoging en rente, alsmede een correctie van de verlofuren. In het vonnis van 6 maart 2017 heeft de kantonrechter de vordering tot bijschrijving van verlofuren toegewezen en de overige vorderingen afgewezen.

Oordeel

De op 1 januari 2017 overgegangene activiteit van X betrof het ter beschikking stellen van een deel van haar werknemers aan het project A teneinde op locatie schoonmaakwerkzaamheden te verrichten. Het ging hier, aldus X, om in totaal 31 werknemers die allen de functie van schoonmaker hadden. Voorafgaande aan de ziekmelding van werkneemster, dus vóór 30 november 2015, maakte zij deel uit van deze groep schoonmakers. De vereiste band met het over te dragen onderdeel van de onderneming was toen in ieder geval aanwezig. Vervolgens ligt de vraag voor of werkneemster valt onder het begrip ‘een daar werkzame werknemer’ in de zin van artikel 7:663 BW, dus met andere woorden of de band die werkneemster had met het onderdeel van de onderneming, zijnde het werk voor het project A, ten tijde van de overgang van onderneming, dus op 1 januari 2017, zodanig verbroken was dat er geen uitzicht meer was op terugkeer in haar oude functie van schoonmaakster bij A. Dit is het geval geweest. Op het moment van overgang was werkneemster al ruim een jaar niet meer in staat geweest om haar

werk als schoonmaakster te verrichten, terwijl uit de bescheiden van de bedrijfsarts en de arbeidsdeskundige blijkt dat zij blijvende beperkingen had met als gevolg dat zij haar eigen werk niet kon verrichten en ook niet meer zou kunnen verrichten. De arbeidsdeskundige oordeelde dat het (schoonmaak)werk niet passend te maken was. Hij kwam uiteindelijk tot het advies aan X om spoor 2 te gaan volgen. X betoogt dat de band met het project A nooit verbroken is geweest nu werkneemster in het kader van de re-integratie alleen maar op dit project heeft gewerkt, en zelfs nog gedurende een langere periode, in ieder geval vanaf 19 oktober 2016 tot en met 9 december 2016. Dit betoog wordt verworpen. Tijdens het pleidooi hebben beide partijen een verklaring van de toenmalige leidinggevende, mevrouw C, aangehaald. C heeft bevestigd dat werkneemster het aanvankelijk aan haar opgedragen werk niet kon uitvoeren en dat het feitelijke werk bestond uit het af en toe doen van kopieerwerk, het afwassen van lege kopjes, het maken van puzzels en het kijken op haar mobiel en Facebook. Dit werk kan niet de conclusie rechtvaardigen dat er nog steeds een band bestond met het project die zodanig was dat werkneemster nog behoorde tot de groep van werknemers die deel uitmaakten van de economische eenheid die aan Y werd overgedragen. Dit werk was immers van administratieve aard, terwijl het overgedragen project schoonmaakwerk betrof. Dit waren dus geen werkzaamheden die deel uitmaakten van de overgedragen economische eenheid. Daarbij komt dat het ging om arbeidstherapeutisch werk, dus om tijdelijk werk zonder loonwaarde gebruikt om te beoordelen welke arbeidsmogelijkheden er nog resteerden. X betoogt voorts dat de oordelen van de bedrijfsarts en de arbeidsdeskundige zijn gebaseerd op momentopnames en dat deze dus geen basis kunnen vormen voor het oordeel of er, ten tijde van de overgang, sprake was van een duurzaam verbroken band met het project. Het hof verwierpt dit betoog. De beide deskundigen kunnen hun oordeel alleen maar geven op basis van de gezondheid van de werknemer op dat moment. Nu de bedrijfsarts in september 2016 (dus bijna één jaar na de ziekmelding) heeft aangegeven dat de beperkingen blijvend waren, is het reëel om daarvan ook ten tijde van de overgang van onderneming uit te gaan. Het is de arbeidsdeskundige die vervolgens op basis van de Functionele Mogelijkhedenlijst beoordeelt welke mogelijkheden er voor werkneemster nog resteerden. De gegeven oordelen en adviezen geven vervolgens een andere invulling aan de rechten en plichten van partijen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst. De gewijzigde rechten en plichten bestonden op het moment van overgang van onderneming nog steeds. De band van werkneemster met het overgedragen onderdeel van de onderneming was ten tijde van de overgang duurzaam verbroken, zodat zij niet heeft te gelden als een 'daar werkzame werknemer' in de zin van artikel 7:663 BW en zij dus in dienst is gebleven bij X. Inmiddels is er veel tijd verstreken sedert de laatste adviezen van de bedrijfsarts en de arbeidsdeskundige. Het hof ziet daarin reden om de vordering tot toelating tot de re-integratieactiviteiten conform de adviezen en wel binnen vijf dagen zoals primair door werkneemster geformuleerd, af te wijzen. Dit neemt niet weg dat X haar verplichtingen tot re-integratie dient na te komen. Het hof zal om deze reden de maatregel opleggen zoals subsidiair gevorderd en in het dictum geformuleerd. Er worden geen dwangsommen verbonden aan de veroordeling. Dat X vanaf 1 januari 2017 geen re-integratieverplichting meer jegens werkneemster is nagekomen, is gelegen in het feit dat zij meende geen werkgever meer van haar te zijn. Nu dit wel het geval is, is er geen reden om aan

te nemen dat X geen uitvoering zal geven aan de veroordelingen. Mocht dat wel het geval zijn, dan kan alsnog in rechte een dwangsomveroordeling worden gevorderd. De overige vorderingen van werknemster worden toegewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 07-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4832

Zaaknummer: 200.213.676_01

Rechters: M. van Ham, J.M.H. Schoenmakers en A.W. Rutten

Advocaten: A. Simsek en E.P.W.A. Bink

Wetsartikelen: 7:663 BW

RECHTSPRAAK

Stichting WSG/werknemer

Geschil tussen woningcorporatie en voormalig directeur-bestuurder over financiële afwikkeling van het dienstverband. Bestuurdersaansprakelijkheid.

Feiten

Tussen (de rechtsvoorganger van) Stichting WSG en werknemer heeft sinds 1 juni 1994 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaan, in het kader waarvan werknemer sinds 20 juli 1999 werkzaam is geweest als directeur-bestuurder van WSG. In of omstreeks maart 2011 heeft WSG te kennen gegeven de arbeidsovereenkomst met werknemer te willen beëindigen. Na overleg tussen partijen is op 18 april 2011 een vaststellingsovereenkomst (hierna: VSO) tussen partijen gesloten op grond waarvan de arbeidsovereenkomst is beëindigd per 1 mei 2011. WSG heeft geweigerd om de voor haar uit de VSO voortvloeiende verplichtingen jegens werknemer na te komen. WSG heeft werknemer als (voormalig) werknemer en bestuurder aansprakelijk gesteld voor toegebrachte schade tot (inmiddels) een gezamenlijk beloop van circa € 9.200.000. Op 8 november 2011 heeft WSG werknemer gedagvaard en in conventie verschillende vorderingen, onder meer tot schadevergoeding, tegen werknemer ingesteld. Werknemer heeft in reconventie verschillende vorderingen tegen WSG ingesteld onder meer strekkende tot veroordeling tot betaling van de in voormelde vaststellingsovereenkomst overeengekomen vergoedingen. De rechtbank heeft bij het bestreden vonnis de vorderingen in conventie afgewezen en de primaire vorderingen in reconventie afgewezen en de subsidiaire vorderingen in reconventie grotendeels toegewezen. Tegen dit vonnis komt WSG in hoger beroep.

Oordeel

Bestuurdersaansprakelijkheid

Juist is dat partijen een onderscheid hebben gemaakt tussen het bestuurderschap van werknemer en de arbeidsovereenkomst, in zoverre dat zij in de beëindigingsovereenkomst (in art. 1) zijn overeengekomen dat de functie van directeur-bestuurder is beëindigd per 30 maart 2011 en de arbeidsovereenkomst op 1 mei 2011. Voorts blijkt uit de verklaringen van de vicevoorzitter van de raad van commissarissen (hierna: RvC) van WSG en de voorzitter van de RvC van WSG dat zij van mening waren dat de (definitieve) beëindigingsovereenkomst voldeed aan de voorwaarde van WSG dat de mogelijkheid moest openblijven om werknemer te kunnen aanspreken indien daarvoor aanleiding zou zijn. Gelet op de Haviltex-maatstaf

komt het niet alleen aan op hetgeen WSG bij totstandkoming van de beëindigingsovereenkomst daarmee beoogde, maar ook op hetgeen werknemer daaromtrent heeft begrepen en redelijkerwijze mocht begrijpen. Feiten of omstandigheden waaruit kan blijken dat werknemer heeft begrepen of heeft moeten begrijpen dat hij op grond van bestuurdersaansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW zou kunnen worden aangesproken, zijn gesteld noch gebleken. WSG heeft dit werknemer niet duidelijk gemaakt door bijvoorbeeld voorbehoud met die inhoud te stipuleren in de beëindigingsovereenkomst. Tussen partijen is niet in geschil dat de onderhandelingen met betrekking tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst hebben plaatsgevonden onder leiding van mr. X, die als zelfstandig bedrijfsjurist werkzaam was voor onder andere WSG. Werknemer heeft een schriftelijke verklaring van X d.d. 25 augustus 2015 overgelegd. Werknemer betoogt dat partijen met artikel 13 van de beëindigingsovereenkomst beoogden een algehele en finale regeling te treffen met betrekking tot (mogelijke) rechten en verplichtingen over en weer in verleden, heden en toekomst. De verklaring van X biedt steun aan deze uitleg van de finale kwijtingsbepaling van werknemer. In zijn verklaring maakt X er melding van dat zijdens WSG aanvankelijk nog gesproken is over een aanvullende overeenkomst waarbij WSG zich het recht wilde voorbehouden om in het geval van 'niet als goed en integer bestuurder' handelen van werknemer alsnog tegen werknemer te kunnen procederen, en dat concepten van deze aanvullende overeenkomst zijn opgesteld en met partijen zijn besproken. Werknemer heeft een concept van de beëindigingsovereenkomst met bijbehorend aanhangsel in het geding gebracht. In dat aanhangsel is inderdaad de mogelijkheid opengehouden voor WSG om een strafrechtelijke en/of civielrechtelijke procedure tegen werknemer te starten. X heeft voorts verklaard dat uitkomst van de besprekingen was dat de aanvullende overeenkomst niet werd aangegaan. WSG heeft niet betwist dat dit concept door partijen is besproken en niet is aanvaard. Bij pleidooi heeft WSG echter naar voren gebracht dat het 'gevaarlijk' is om een uitleg van een overeenkomst te baseren op een conceptbepaling omdat er diverse redenen kunnen zijn waarom deze niet in de definitieve tekst is gekomen. In zijn algemeenheid moge dat het geval zijn, in casu geeft de verklaring van X een reden waarom dit niet is gebeurd. Volgens X hebben partijen dit weloverwogen gedaan en was het uitdrukkelijk de bedoeling van partijen om procedures te voorkomen, in verband waarmee in het artikel over kwijting de aanduiding 'anderszins' is gebruikt. X heeft bovendien in zijn schriftelijke verklaring opgenomen dat WSG zich er terdege bewust van was dat WSG met het artikel over finale kwijting uitdrukkelijk afzag van de mogelijkheid om werknemer op welke grond dan ook anders of verder dan in artikel 2 onderdeel b van de beëindigingsovereenkomst is bepaald, aansprakelijk te stellen en/of hierover te procederen. Op grond van het voorgaande in onderling verband en samenhang bezien, stelt het hof vast dat werknemer redelijkerwijze mocht begrijpen dat de beëindigingsovereenkomst aan vorderingen als de onderhavige van WSG in de weg zou staan. De stelling van WSG dat op het moment van de totstandkoming van de beëindigingsovereenkomst onvoldoende duidelijk was over de mogelijke vorderingen van werknemer uit hoofde van het verzaken van zijn bestuurstaak, leidt niet tot een ander oordeel. De beëindigingsovereenkomst is immers een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 e.v. BW. Daarmee binden partijen zich jegens elkaar ter beëindiging of ter voorkoming

van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen rechtens geldt aan een vaststelling daarvan. I.c. hebben partijen in de beëindigingsovereenkomst rekening gehouden met onzekerheid over de vraag of werknemer heeft gehandeld als een goed en integer directeur-bestuurder en het onderzoek daarnaar.

Dwaling

Vooreerst geldt dat partijen in beginsel geen beroep kunnen doen op dwaling ter zake van hetgeen waarover juist getwist en onzekerheid bestond en partijen een vaststellingsovereenkomst zijn aangegaan. Uit de stukken blijkt dat partijen voorafgaand aan het aangaan van de beëindigingsovereenkomst reeds twistten over de vraag of WSG door het handelen van werknemer schade had geleden en of werknemer daarvan een ernstig verwijt kon worden gemaakt. Verder bestond daarover onzekerheid, gezien het feit dat Z opdracht had gekregen om onderzoek te doen naar onregelmatigheden en de omvang daarvan bij WSG. Werknemer betoogt dan ook op goede gronden dat WSG er ten onrechte aan voorbijgaat dat partijen over de mogelijke uitkomsten van het onderzoek in de beëindigingsovereenkomst een regeling hebben getroffen (art. 2 onderdeel b). Hierop stuit het beroep op dwaling van WSG af. Volgt bekrachtiging van het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 07-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4751

Zaaknummer: 200.154.123_01

Rechters: J.W. van Rijkom, J.P. de Haan en J. van der Steenhoven

Advocaten: J.H.B. Crucq en J.F. Bil

Wetsartikelen: 3:44 BW, 2:9 BW, 7:661 BW, 7:900 BW en 6:228 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Bedrijfstakpensioenfondsvoor het Beroepsvervoer over de Weg/X

Uitzendbureau valt niet onder de werkingssfeer van de Stichting bedrijfstakpensioenfondsvoor het Beroepsvervoer over de Weg. Hiaat in het Besluit van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 juni 2010, Stcrt. 28 juni 2010 nr. 10137, met de titel: Bekendmaking wijziging van de verplichtstelling tot deelneming in de stichting bedrijfstakpensioenfondsvoor het beroepsvervoer over de weg.

Feiten

Stichting Bedrijfstakpensioenfondsvoor het Beroepsvervoer over de Weg (hierna: Bpf) is een bedrijfstakpensioenfondsvin de zin van de Wet verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfondsv2000 (verder: Wet Bpf 2000). Werkgevers die onder de werkingssfeer van de verplichtstelling vallen zijn verplicht ten behoeve van hun werknemers de statuten en reglementen van Bpf na te leven. Tot die verplichtingen behoren premiebetalingen. X is een uitzendbureau. X is sinds 1 november 2006 aangesloten bij StiPP. Deze aansluiting is geëindigd per 31 december 2011 (36 cvr). Tussen partijen is in geschil of X valt onder de werkingssfeer van Bpf (of van StiPP). Bpf grondt haar stelling dat X onder haar werkingssfeer valt, op het Besluit van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 juni 2010, Stcrt. 28 juni 2010 nr. 10137, met de titel: Bekendmaking wijziging van de verplichtstelling tot deelneming in de stichting bedrijfstakpensioenfondsvvoor het beroepsvervoer over de weg (verder: het Besluit). De kantonrechter heeft in eerste aanleg geoordeeld dat Bpf haar stelling dat werkgever valt onder de werkingssfeer onvoldoende heeft onderbouwd en heeft de vorderingen van Bpf afgewezen. Tegen dit vonnis komt Bpf in hoger beroep.

Oordeel

Hoewel een verplichtstellingsbesluit geen overeenkomst is (en hier gaat het niet om de situatie waarin tussen partijen vaststaat dat het Besluit partijen bindt) valt onder bijzondere omstandigheden een uitleg (mede of zelfs uitsluitend) aan de hand van de cao-norm niet zonder meer uit te sluiten. Bij het bepalen van de vraag of X onder de werkingssfeer van het Besluit valt kunnen een tekstinterpretatie en de rechtsgevolgen van een concrete invulling een rol spelen. Maar ook andere aspecten zijn hier van belang en maken dat niet alleen de cao-

norm moet worden gehanteerd. In deze zaak gaat het immers niet alleen om een uitleg van hetgeen tekstueel is bepaald, maar om de in- of aanvulling van hetgeen nu juist niet is bepaald. Het is niet zonder meer gezegd, dat aan de hand van de cao-norm invulling aan het hiaat kan worden gegeven. In het onderhavige geval is er bovendien geen cao die correspondeert met het Besluit. Was dat wel het geval geweest dan ligt invulling aan de hand van hetgeen de cao bepaalt en uitleg volgens de cao-norm meer voor de hand. Nu heeft X gesteld, door Bpf onweersproken, dat de cao voor Uitzendkrachten verwijst naar de pensioenregeling van StiPP. Het beroep van Bpf op het Besluit is een beroep op wetgeving in materiële zin. Daarbij moet mede acht worden geslagen op de aan wetgeving eigen methoden van hetgeen rechtens heeft te gelden. Hier kan met name worden gedacht aan rechtsvergelijking met andere, vergelijkbare besluiten. Ook bij de vraag waarop de 25% betrekking heeft, zouden aanwijzingen kunnen worden gevonden in de toelichting op het Besluit. Bpf heeft evenwel geen enkel schriftelijk stuk dat betrekking heeft op de totstandkoming van het Besluit overgelegd. Zij heeft dat, desgevraagd tijdens het pleidooi, niet nodig geoordeeld. Langs deze weg kan niet worden vastgesteld wat de besluitgever en het georganiseerde bedrijfsleven hebben beoogd. Voorts is gedebatteerd over de betekenis van de beginwoorden na het vierde liggende streepje 'voor ten minste 15% of meer van het totale premieplichtige loon op jaarbasis'. Hoewel Bpf erkent dat aan die bepaling een andere betekenis toekomt zou hetzelfde criterium ook kunnen gelden voor de 25%-norm. Dit is ontoereikend om rechtsgevolgen aan te verbinden. Door Bpf wordt niet onderbouwd waarom voor beide voorwaarden hetzelfde criterium zou moeten gelden. X wijst terecht op het verplichtstellingsbesluit voor deelneming in het bedrijfstakpensioenfonds voor de metalektro van 24 september 2015, Strct. 7 oktober 2015, nr. 32567-n1, waarin een overeenkomstige bepaling voorkomt (art. 6 aanhef en onderdeel d). Daar staat achter de 25%-norm 'van de arbeidsuren van de in dienst zijnde werknemers' en achter de 15%-norm staat 'van het totale premieplichtige loon op jaarbasis werknemers'. Samenloop van beide maatstaven is kennelijk niet zonder meer het uitgangspunt. Waarom dit hier anders is, wordt door Bpf niet uiteengezet. Voor zover Bpf meent dat X onder haar werkingssfeer valt, reeds omdat StiPP inmiddels tot dat oordeel is gekomen (en aan haar betaalde premies heeft teruggestort aan X) kan Bpf evenmin gevolgd worden. Inzet van dit geding is of X onder de werkingssfeer van Bpf valt, en daartoe is de mening van StiPP niet redengevend. Evenmin is redengevend het beroep van Bpf op een verklaring van de administrateur van X (een opgave van gegevens) waaruit zou volgen dat X onder de werkingssfeer van Bpf valt, omdat 78,59% van het premieplichtig loon afkomstig is van medewerkers van X die zijn uitgezonden naar de vervoerssector. Hetgeen het Besluit bepaalt, hangt niet af van een verklaring van die administrateur, nog daargelaten dat die verklaring niet op erkenning was gericht. Bovendien gaat Bpf uit van haar eigen criterium en een door haar zelf gemaakte berekening, hoewel nu juist in geschil is welk criterium geldt en tot welke uitkomsten wordt gekomen. Zo betwist X dat uit haar omzetgegevens het bruto jaarsalaris kan worden berekend, dat werknemers onder de 21 jaar dienen te worden uitgesloten en dat sommige ondernemers waarnaar is uitgezonden tot de vervoerssector behoren. Ten slotte neemt het hof in overweging dat het hier niet gaat om een leemte in een rechtsbetrekking tussen partijen, in een contract of cao, die zou kunnen worden aangevuld

aan de hand van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Er is sprake van een hiaat (een onvolkomenheid) in een ministerieel besluit. Voor het invullen van een dergelijk hiaat door de rechter moet met grote mate van zekerheid kunnen worden vastgesteld wat daadwerkelijk is beoogd door het georganiseerde bedrijfsleven en de minister. Het gaat in het licht van al het voorgaande de taak van het hof te buiten om achteraf een (politieke) keuze te maken of zoals Bpf stelt: handen en voeten aan het Besluit te geven. Daarbij komt dat het bezwaarlijk is de grens tussen aansluiting bij StiPP en Bpf te trekken in een geding waarin StiPP (en het georganiseerde bedrijfsleven) niet is betrokken. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is het hof van oordeel dat door Bpf ontoereikend is onderbouwd dat de 25%-norm in het Besluit betrekking heeft op 'de loonsom' (en om welke loonsom het dan gaat) dan wel 'de gewerkte uren'. Daarmee ontvalt de grondslag van de vordering van Bpf. Het hof kan op basis van de tekst van het Besluit en de overige omstandigheden niet vaststellen dat X valt onder de werkingssfeer van het Besluit en Bpf. De vorderingen van Bpf dienen derhalve te worden afgewezen. Verder wordt nog opgemerkt dat uit het Besluit bovendien niet valt af te leiden op welke periode de loonsom of het aantal gewerkte uren betrekking heeft: op het vorige (kalender?)jaar of het toekomstige, of nog een andere periode. Voor een afbakening met de verplichtingen tegenover StiPP en voor uitzendondernemingen die sterk afhankelijk zijn van seizoensgebonden arbeid is de vaststelling daarvan van groot belang. Bpf kan bovendien haar vordering tot premiebetaling niet gronden op een (materieelrechtelijk) ministerieel Besluit dat, zoals hier, een zodanig hiaat bevat dat X niet, voorafgaande aan de toepassing (en niet dan na eventuele nadere vaststelling van de inhoud door de rechter), heeft kunnen vaststellen of zij al dan niet onder de werkingssfeer valt en welke financiële verplichtingen daaruit voortvloeien. X heeft haar bedrijfsvoering ook niet kunnen afstemmen op de eventuele toepasselijkheid (door een andere samenstelling van uitzendingen). Het legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel staan aan toepassing van een dergelijk Besluit in de weg.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 07-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4788

Zaaknummer: 200.188.612_01

Rechters: W.H.B. den Hartog Jager, J.P. de Haan en A.W. Rutten

Advocaten: E. Luttjens en R.G.H. Bongers

Wetsartikelen: 7:690 BW en 2 Wet Bpf 2000

RECHTSPRAAK

werknemer/curator q.q.

Ontslag op staande voet wegens diefstal terecht. Faillissement werkgever voor dagvaarding in hoger beroep. Belang bij niet-verifieerbare vordering.

Feiten

Werknemer is sinds 1 maart 2013 in dienst bij Bakkeron, een bakkerij voor brood en banket. Tot 1 januari 2014 bezorgde werknemer bij klant 999 Games naast brood voor dit bedrijf ook, met medeweten van Bakkeron, één of twee broden per week voor privégebruik van de bij dit bedrijf werkzame B. Voor dat 'privébrood' werd periodiek contant aan werknemer betaald door middel van geld in een envelop waarop stond op welke weken de betaling betrekking had. Op 12 augustus 2014 is werknemer op staande voet ontslagen door werkgever wegens diefstal. Werknemer heeft de nietigheid van het ontslag ingeroepen. De kantonrechter heeft in eerste aanleg de vorderingen met betrekking tot het ontslag op staande voet afgewezen. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep. Op 1 maart 2016 is Bakkeron in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. Bruggink tot curator. Dit faillissement is op 1 augustus 2017 opgeheven bij gebrek aan baten.

Oordeel

Kern van de zaak in hoger beroep is of de kantonrechter het ontslag op staande voet terecht in stand heeft gelaten. De door werknemer bepleite verklaring voor recht dat het ontslag op staande voet nietig is, is een vordering die niet verifieerbaar is in de zin van artikel 26 Fw en in beginsel geen zelfstandige betekenis heeft naast de (ook) ingestelde loonvordering. Bij deze vordering heeft werknemer echter en niettemin nog een ander belang dan de toewijsbaarheid van zijn loonvordering: het antwoord op de vraag of er een dringende reden was voor ontslag heeft ook gevolgen voor zijn voorwaardelijke WW-uitkering. Daarmee heeft de verklaring voor recht ook een ander belang dan voldoening van andere ingestelde vorderingen uit de failliete boedels. Voor schorsing van de procedure over deze verklaring voor recht is dan ook geen reden. Mocht het hof tot het oordeel komen dat het ontslag op staande voet ten onrechte is gegeven, dan is de daaruit volgende loonvordering tot de datum van het faillissement (welke vordering als gevolg van de devolutieve werking van het hoger beroep dan aan de orde komt) een concurrente vordering die voldoening uit de failliete boedels ten doel heeft. Voor zover de procedure die loonvordering betreft, is deze procedure op de voet van artikel 29 Fw van rechtswege geschorst op de eerst dienende dag, te weten 14 juni 2016. De complicatie dat het faillissement van de vennootschap onder firma inmiddels is opgeheven bij gebrek aan baten

kan onbesproken blijven, gelet op de uitkomst van de hierna te beantwoorden vraag of het ontslag geldig is of niet. Werknemer is door de strafrechter vrijgesproken van de diefstal waar Bakkeron hem van heeft beschuldigd. Anders dan werknemer met zijn verzoek om analoge toepassing van artikel 161 Rv bepleit, brengt deze vrijspraak niet mee dat dit in deze civiele procedure dwingend bewijst dat hij ten onrechte om die reden is ontslagen. De strafrechter is aan een andere bewijsmaatstaf gebonden (wettig en overtuigend bewezen) dan de civiele rechter (redelijke mate van zekerheid). Werknemer is verder van mening dat de kantonrechter ten onrechte meer waarde heeft toegekend aan de getuigenverklaring van mw. D, telefoniste/receptioniste bij 999 Games, en de inhoud van de door D overgelegde WhatsApp-conversatie met werknemer over bestellingen na 1 januari 2014, dan aan zijn verklaring en die van zijn echtgenote. Het hof waardeert het voorhanden bewijsmateriaal echter op dezelfde wijze als de kantonrechter en licht dat hierna toe. D heeft als getuige verklaard dat zij vanaf 2013 tot in augustus 2014 vrijwel dagelijks via WhatsApp contact had over te leveren brood, ook voor B privé. B deed voor het 'privébrood' geld in een enveloppe waarop stond hoeveel erin zat en voor welke weken dat was, en die enveloppes overhandigde D eens per twee of drie weken meestal persoonlijk aan werknemer. Soms deed zij die envelop in de lege krat die door werknemer werd opgehaald. Deze getuigenverklaring is ondersteund door de uitgeprinte WhatsApp-berichten waarin, ook vanaf januari 2014, door D aan werknemer werd doorgegeven of er wel of niet ook 'privébrood' geleverd moest worden en korte reacties van werknemer op dergelijke boodschappen. Daarnaast heeft werknemer zelf een door D en B ondertekende en aan Bakkeron gerichte verklaring overgelegd (met een datumstempel van 29 september 2014 erboven), waarin in grote lijnen hetzelfde staat. Na aanvankelijke betwisting van de juistheid van de inhoud van de WhatsApp-berichten, heeft werknemer het standpunt ingenomen dat hij vanaf januari 2014 steeds over het woord 'privébrood' heen heeft gelezen. Zijn reacties zagen alleen op de zakelijke bestellingen. Hij blijft erbij dat hij geen 'privébrood' meer heeft geleverd en ook geen contant geld meer heeft ontvangen. Werknemer heeft niet betwist dat zijn werkgever tijdens zijn vakantie in augustus 2014 werd geconfronteerd met de vraag waar het 'privébrood' bleef. Dit zou een hele merkwaardige vraag zijn indien al vanaf januari 2014 dergelijke privébestellingen niet meer werden gedaan. Werknemer heeft geen verklaring gegeven die de vraag begrijpelijk maakt in de door hem gestelde feitelijke situatie. Het hof heeft ook overigens geen reden om te twijfelen aan de juistheid van de verklaringen van B en D, de laatste ook nog als getuige gehoord. Werknemer heeft bovendien niets aangevoerd waaruit volgt dat zij er enig belang bij hebben valse verklaringen over hem af te leggen. De getuigenverklaring van werknemer zelf is niet erg helder. Het mag zo zijn dat in de WhatsApp-correspondentie niets staat over betaling voor 'privébrood' aan werknemer, maar het hof heeft geen reden om aan te nemen dat werknemer na 1 januari 2014 dit brood is blijven bezorgen zonder dat daar periodiek voor betaald werd. Uit de getuigenverklaring van D volgt uitdrukkelijk anders, en deze verklaring is consistent en geloofwaardig, in tegenstelling tot de verklaring van werknemer. Volgt bekrachtiging van het bestreden vonnis.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 31-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:9476

Zaaknummer: 200.191.218/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, W.P.M. ter Berg en G. van Rijssen

Advocaten: R. Grijpstra

Wetsartikelen: 29 Fw en 25 Fw

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Fioretti Teylingen

Geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen werkneemster, maar wel sprake van verstoorde arbeidsverhouding. Sinds de ziekmelding van werkneemster is het gedurende bijna tien maanden niet gelukt om samen op constructieve wijze het gesprek aan te gaan.

Feiten

Werkneemster is als docente in dienst bij de Stichting Fioretti Teylingen (hierna: Fioretti). Zij heeft zich op 2 februari 2016 na afloop van een vergadering ziek gemeld. Werkneemster heeft aangegeven het gevoel te hebben dat zij door collega's werd gepest. Bij e-mail van 4 februari 2016 heeft Fioretti werkneemster geschreven dat naar haar mening de ziekmelding niet terecht is en is de afwezigheid van werkneemster gebaseerd is op een door haar gevoeld arbeidsconflict. Fioretti heeft vervolgens meerdere malen geprobeerd een mediationtraject te starten met werkneemster, maar werkneemster heeft geweigerd hieraan mee te werken, omdat zij de geheimhoudingsclausule niet wil ondertekenen. Fioretti vordert in de onderhavige procedure ontbinding van de arbeidsovereenkomst, primair op de e-grond en subsidiair op de g-grond. De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek van Fioretti toegewezen. Tegen dit vonnis komt werkneemster in hoger beroep.

Oordeel

De aanvankelijke weigering van werkneemster – dat wil zeggen haar weigering voordat zij op 14 november 2016 met mediator X een intakegesprek had – berust niet op een deugdelijke grond. Weliswaar kan uit de stukken worden opgemaakt dat werkneemster te kampen had met psychische problemen, maar blijkens het deskundigenoordeel van het UWV van 8 juli 2016 is geoordeeld dat mediation het meest geëigende middel was om een arbeidsconflict op te lossen en blijkens het deskundigenoordeel van het UWV van 25 oktober 2016 was het oordeel (in navolging van de bedrijfsarts) dat er geen medische beperkingen aan de zijde van werkneemster waren om niet aan de mediation *inclusief* de geheimhoudingsbepaling mee te kunnen werken. Zowel de bedrijfsarts als de arbeidsdeskundigen hebben daarbij overleg gevoerd met werkneemster en haar bezwaren meegewogen. Weliswaar schrijft de behandelend psychiater in een brief van 22 augustus 2016 dat mediation op dat moment te belastend is, maar uit niets blijkt dat dit ook gold voor de periode daarvoor, terwijl werkneemster vanaf mei 2016 weigerachtig was om medewerking te verlenen aan de mediation (onder geheimhouding). Het hof kan op basis hiervan niet concluderen dat er sprake was van de door werkneemster gestelde medische beperking die haar zou belemmeren

om in te stemmen met mediation onder geheimhouding. Daarbij wordt verder overwogen dat de door Fioretti voorgestane geheimhouding bij de mediation een gebruikelijk beding is dat ertoe dient dat hetgeen in het kader van mediation wordt besproken vertrouwelijk is en blijft, zowel in het belang van de werkgever als in het belang van de werknemer, zeker als er sprake is van een arbeidsconflict zoals in het onderhavige geval. Van het UWV deskundigenoordeel van 25 oktober 2016 kan bovendien niet gezegd kan worden dat het op onjuiste gronden berust – zoals werkneemster heeft betoogd – omdat Fioretti ten onrechte in haar vraagstelling zou hebben vermeld: ‘Werknemer is wel bereid om met elkaar in gesprek te gaan zonder voor geheimhouding te tekenen, echter dit is eerder gebeurd en heeft niet geleid tot een oplossing.’ Uit het deskundigenoordeel blijkt immers niet dat hier doorslaggevende betekenis aan is toegekend. Gelet op het voorgaande wordt doorslaggevende betekenis toegekend aan het deskundigenoordeel van het UWV van 25 oktober 2016 en wordt dit oordeel overgenomen, hetgeen erop neerkomt dat er geen medische redenen waren voor werkneemster en zij geen deugdelijke grond had om vanaf juni 2016 niet mee te werken aan de mediation en de door haar uitgevoerde re-integratie-inspanningen op grond hiervan niet voldoende zijn geweest. Het betoog van werkneemster dat Fioretti onderzoek diende te verrichten naar het pesten en dit weigerde terwijl zij met andere collega’s wel gesprekken voerde, leidt niet tot een andere conclusie. Werkneemster heeft het al dan niet laten plaatsvinden van een onderzoek naar pesten niet als voorwaarde mogen stellen voor het meewerken aan mediation, temeer nu Fioretti ook in het gesprek van 12 september 2016 – dat nadien schriftelijk is bevestigd – heeft laten weten dat het pesten in het kader van de mediation aan de orde kan komen. Kortom: werkneemster had eerst een aanvang met de mediation moeten maken, vervolgens had in die mediation gesproken kunnen worden over de wens van en noodzaak voor het door haar voorgestane onderzoek naar pesten. De conclusie is dat werkneemster gedurende langere tijd onvoldoende heeft meegewerkt aan re-integratie. Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of het Fioretti vrijstond een ontbindingsverzoek in te dienen (hetzij op de e-grond, hetzij op de g-grond) op het moment dat werkneemster verzocht om een nieuwe mediator, in plaats van een nieuwe mediator te zoeken. Werkneemster heeft op deugdelijke gronden de mediation met A als mediator niet willen voortzetten en zij heeft zich bereid verklaard de mediation met een andere mediator voort zetten, waardoor uiteindelijk toch niet kan worden geconcludeerd dat werkneemster zonder deugdelijke grond haar re-integratieverplichtingen (zoals bedoeld in art. 7:660a BW) niet is nagekomen, hetgeen de basis is geweest van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter op de e-grond. Weliswaar had werkneemster blijkens het deskundigenoordeel van 25 oktober 2016 (tot dan toe) onvoldoende re-integratie-inspanningen verricht, maar gelet op haar bereidheid nadien tot mediation met geheimhouding en de gegronde reden om deze niet met A als mediator voort te zetten, rechtvaardigt dit niet de conclusie dat zij (ernstig) verwijtbaar heeft gehandeld noch de toewijzing van het ontbindingsverzoek op basis van de e-grond. Van verwijtbaar handelen door werkneemster in het kader van de re-integratie, zodanig dat van Fioretti in redelijkheid niet gevergd kan worden de arbeidsovereenkomst voort te zetten, is in de gegeven omstandigheden geen sprake. Dit leidt tot de conclusie dat de kantonrechter ten onrechte het ontbindingsverzoek heeft toegewezen op de primaire grond, te weten de e-

grond. Vastgesteld kan worden dat het partijen sinds de ziekmelding van werkneemster, gedurende bijna tien maanden niet gelukt is om samen op constructieve wijze het gesprek aan te gaan en een begin te maken met het vinden van een structurele oplossing voor het ontstane arbeidsconflict. Gelet hierop, en bij gebreke van een gemotiveerde betwisting zijdens werkneemster, is het hof wel van oordeel dat de arbeidsverhouding tussen partijen ernstig en duurzaam is verstoord. Fioretti heeft zeer veel geduld met werkneemster betracht, is eerst na gesprekken en correspondentie overgegaan tot het opschorten en daarna stopzetten van het loon, heeft tot twee keer toe een deskundigenoordeel aangevraagd en is blijven aandringen op mediation, ook toen werkneemster zich op het onjuiste standpunt bleef stellen dat van haar geen mediation met geheimhouding verlangd kon worden. Uit het voorgaande volgt dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst wel terecht ontbonden heeft, maar dat dat niet diende te geschieden op grond van de e-grond maar op basis van de g-grond. Aangezien van ernstig verwijtbaar handelen aan de kant van werkneemster geen sprake was, is de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter tegen een verkeerde datum ontbonden en is tevens ten onrechte geoordeeld dat werkneemster geen recht heeft op een transitievergoeding. Uit de toepasselijke opzegregels volgt dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 april 2017 had behoren te ontbinden; er gold gelet op de duur van het dienstverband van werkneemster een opzegtermijn van drie maanden, waarop twee maanden in mindering strekten (de duur van de procedure). Uitgaande van opzegging tegen het einde van de (kalendermaand) betekent dit dat de arbeidsovereenkomst per 1 april 2017 had moeten worden ontbonden in plaats van 1 maart 2017.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 31-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:3074

Zaaknummer: 200.215.369/01

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

Advocaten: P. van Wijngaarden en L.M.E. Dietvorst-Janssen

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

RECHTSPRAAK

António Fernando Maio Marques da Rosa/Varzim Sol – Turismo, Jogo e Animação SA

Conclusie A-G: artikel 5 van Richtlijn 2003/88 en artikel 31 van het Handvest moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet voorschrijven dat een wekelijkse rusttijd ten laatste op de zevende dag aan het einde van een periode van zes opeenvolgende werkdagen wordt toegekend, maar de verplichting inhouden om deze rusttijd binnen elke periode van zeven dagen toe te kennen.

Feiten

Werknemer in het hoofdgeding, António Fernando Maio Marques da Rosa, was vanaf 1991 tot 2014 in dienst – vanaf 1999 als kassier – bij de verwerende vennootschap, Varzim Sol – Turismo, Jogo e Animação SA (hierna: Varzim Sol), die in Portugal een casino bezit en exploiteert dat dagelijks – behalve op 24 en 25 december – vanaf de middag tot de ochtend gedurende een bepaald aantal uren geopend is. In de loop van 2008 en 2009 heeft werknemer nu en dan gedurende zeven opeenvolgende dagen gewerkt. Vanaf 2010 hanteerde Varzim Sol andere werktijdenregelingen, waardoor de werknemers vanaf dan nog gedurende hoogstens zes opeenvolgende dagen werkten. De arbeidsovereenkomst van werknemer is op 16 maart 2014 geëindigd. Werknemer heeft tegen Varzim Sol beroep ingesteld om, kort gezegd, te doen vaststellen dat zijn werkgever hem niet de verplichte rustdagen had toegekend waarop hij krachtens de Portugese wetgeving en de collectieve bedrijfsakkoorden meende recht te hebben. Daarvoor heeft werknemer schadevergoeding en compensatie gevorderd ter hoogte van de van toepassing zijnde vergoeding voor de extra gewerkte uren tijdens de opeenvolgende zevende dagen waarop hij heeft moeten werken en voor de ontbrekende tweede wekelijkse rustdag en ook voor niet-toegekende compensatierustdagen wegens overwerk. Nadat het beroep ongegrond werd verklaard door de rechter in eerste aanleg, heeft werknemer hoger beroep ingesteld bij de Tribunal da Relação do Porto (rechter in tweede aanleg Porto, Portugal). De onderhavige zaak betreft een verzoek van de Tribunal da Relação do Porto een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 5 van Richtlijn 93/104/EG en artikel 5 van Richtlijn 2003/88/EG met betrekking tot de wekelijkse rusttijd, alsmede artikel 31 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest) betreffende het recht op rechtvaardige en billijke arbeidsomstandigheden en voorwaarden. De verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen of de wekelijkse rusttijd waarop de werknemer krachtens deze bepalingen recht heeft, uiterlijk op de zevende dag die volgt op zes

opeenvolgende werkdagen moet worden toegekend.

Conclusie A-G (H. Saugmandsgaard Øe)

Artikel 5 van Richtlijn 2003/88 en artikel 31 van het Handvest moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet voorschrijven dat een wekelijkse rusttijd ten laatste op de zevende dag aan het einde van een periode van zes opeenvolgende werkdagen wordt toegekend, maar de verplichting inhouden om deze rusttijd binnen elke periode van zeven dagen toe te kennen. De bewoordingen ‘voor elk tijdvak van zeven dagen’ wijzen namelijk geen precies moment aan waarop de wekelijkse rusttijd moet vallen, maar verwijzen veeleer naar een duur (zeven dagen) waarbinnen een dergelijke rusttijd dient te worden toegekend. Er zij aan herinnerd dat deze uitlegging ook geldt voor artikel 5 van Richtlijn 93/104. Deze uitlegging houdt in dat, ingevolge deze bepalingen, een werknemer in beginsel kan worden verplicht om tot twaalf opeenvolgende dagen te werken, voor zover de andere minimumvoorschriften van Richtlijn 2003/88 in acht worden genomen, met name die met betrekking tot de dagelijkse rusttijd en de maximale wekelijkse arbeidstijd. In deze context zij eraan herinnerd dat, gelet op de minimumomvang van de harmonisatie die Richtlijn 2003/88 doorvoert, de lidstaten de vrijheid behouden om nationale bepalingen vast te stellen die werknemers, wat de wekelijkse rusttijd betreft, een ruimere bescherming bieden dan die welke door Richtlijn 2003/88 wordt verleend. Zoals uitdrukkelijk volgt uit artikel 15 van deze richtlijn, staat deze richtlijn niet eraan in de weg dat de lidstaten wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toepassen of invoeren die gunstiger zijn voor de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of en in welke omvang dergelijke gunstigere bepalingen zijn opgenomen in de Portugese wetgeving en/of in de op het hoofdgeding van toepassing zijnde bedrijfsakkoorden.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 21-06-2017

ECLI: ECLI:EU:C:2017:486

Zaaknummer:

Rechters: H. Saugmandsgaard Øe

Wetsartikelen: 5 Richtlijn 93/104/EG, 5 Richtlijn 2003/88/EG en 31 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

RECHTSPRAAK

María Begoña Espadas Recio/Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE)

Conclusie A-G: wettelijke regeling die in het geval van verticale deeltijdarbeid (arbeid gedurende slechts enkele dagen per week) bij de berekening van de premiedagen geen rekening houdt met niet gewerkte dagen – waardoor de duur van de werkloosheidsuitkering korter wordt – is wanneer de meeste werknemers in verticaal deeltijddienstverband vrouwen zijn, in strijd met richtlijn.

Feiten

María Begoña Espadas Recio was in Spanje werkzaam als schoonmaakster. Vanaf 23 december 1999 was zij ononderbroken in dienst bij opeenvolgende werkgevers. Haar werktijden waren als volgt: zij werkte op maandag, woensdag en donderdag tweeënhalf uur per dag en nog eens vier uur op de eerste vrijdag van elke maand. Haar werkindeling was dus ‘verticaal’ – dat wil zeggen dat het werk slechts op bepaalde dagen van de week werd verricht en niet gespreid over de vijf dagen van de werkweek (een ‘horizontale’ werkurenindeling). Op 29 juli 2013 werd de dienstbetrekking met Espadas Recio beëindigd. Espadas Recio heeft bij de verwijzende rechter beroep ingesteld tegen het besluit van de SPEE over de duur van de haar toegekende werkloosheidsuitkering. Zij stelt dat zij na zes opeenvolgende jaren te hebben gewerkt en premies voor 30 of 31 dagen per maand te hebben betaald (voor in totaal 2160 dagen) recht heeft op een uitkeringsduur van 720 dagen in plaats van de toegekende uitkeringsduur van 420 dagen. Zij betoogt dat bij het bepalen van de uitkeringsduur alle dagen waarvoor premies zijn betaald – en niet alleen de door haar daadwerkelijk gewerkte dagen – moeten worden meegeteld. Zo niet, zou zij als deeltijdwerkster niet alleen op ongerechtvaardigde wijze en in strijd met het evenredigheidsbeginsel dubbel worden benadeeld, maar zou zij ook indirect worden gediscrimineerd op grond van geslacht. Het verzoek om een prejudiciële beslissing van de Juzgado de lo Social n° 33 de Barcelona (Arbeidsrechter nr. 33 Barcelona, Spanje) strekt tot precisering van de uitlegging van Richtlijn 79/7/EEG betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van de sociale zekerheid en Richtlijn 97/81/EG betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid. De verwijzende rechter wenst in de eerste plaats te vernemen of een uit premies van een werkneemster en haar werkgever gefinancierde werkloosheidsuitkering binnen de werkingssfeer van de raamovereenkomst valt. Tevens

wenst hij te vernemen of in gevallen waarin een deeltijdwerker een zogeheten verticaal deeltijdcontract met de werkgever heeft gesloten (bijvoorbeeld voor 50% van de uren van een voltijdwerknemer, verdeeld over maandag, dinsdag en woensdag – waarbij donderdag en vrijdag niet als werkdagen gelden), nationale regelingen op grond waarvan niet-gewerkte dagen niet in aanmerking worden genomen bij de vaststelling van de totale duur van een werkloosheidsuitkering, verenigbaar zijn met de raamovereenkomst en/of met Richtlijn 79/7.

Conclusie A-G (E. Sharpston)

Met de Commissie en Spanje is de A-G van mening dat de premiegebonden werkloosheidsuitkering in het kader van het Spaanse stelsel niet onder ‘arbeidsvoorwaarden’ valt in de zin van clausule 4 punt 1 van de raamovereenkomst. De verwijzende rechter verklaart dat de in geding zijnde werkloosheidsuitkering uitsluitend wordt gefinancierd uit de door de werknemers en de werkgevers betaalde premies. Die premies worden echter betaald overeenkomstig de nationale wetgeving. Zij worden niet geregeld door een overeenkomst tussen de werkgever en de werknemer. Dat wijst erop dat de regeling meer overeenkomsten vertoont met een publiek socialezekerheidsstelsel dan met een prestatie die deel uitmaakt van het loon van de werknemer dat wordt betaald in het kader van een overeenkomst met de werkgever of een in naam van de werknemer gesloten cao. Bovendien strekt het begrip ‘arbeidsvoorwaarden’ zich niet uit tot ‘regelingen of uitkeringen van sociale zekerheid (...) die zonder enig overleg binnen de betrokken onderneming of bedrijfstak rechtstreeks bij wet worden vastgesteld en verplicht van toepassing zijn op algemene categorieën van werknemers’. Ik voeg hieraan toe dat RD 625/1985 (waarbij de uitkeringsduur is geregeld) een maatregel is die door de Spaanse autoriteiten overeenkomstig artikel 9 lid 1 van Verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels ter kennis is gebracht van de Commissie. Dat betekent dat de Spaanse regering uitdrukkelijk heeft erkend dat de betrokken maatregel een werkloosheidsuitkering in de zin van de verordening vormt. De op 6 juni 1997 gesloten kaderovereenkomst inzake deeltijdarbeid, opgenomen in de bijlage bij Richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/23/EG van 7 april 1998, moet aldus worden uitgelegd dat zij niet van toepassing is op een premiegebonden werkloosheidsuitkering zoals die waarin artikel 210 van de Spaanse Ley General de Seguridad Social (Algemene wet op de sociale zekerheid) voorziet, die uitsluitend uit premies van een werkneemster en haar voormalige werkgevers is gefinancierd.

Artikel 4 lid 1 van Richtlijn 79/7 staat in de weg aan nationale maatregelen zoals die in het hoofgeding, tenzij zij gerechtvaardigd zijn door objectieve factoren die niets van doen hebben met discriminatie op grond van geslacht. Dit is het geval wanneer die maatregelen beantwoorden aan een legitieme doelstelling van sociaal beleid en zij geschikt en noodzakelijk zijn ter bereiking van dat doel. De verwijzende rechter verklaart dat de premiegebonden werkloosheidsuitkering ten doel heeft de werknemer middelen te verstrekken ter vervanging van gederfd loon (art. 204 LGSS). Mijns inziens kan dit doel worden bereikt door rekening te houden met: (1) het tijdvak waarin de werknemer en de werkgever premies betalen; (2) de hoogte van die premies; en (3) het aantal werkuren van de werknemer (hetzij in deeltijd,

hetzij in voltijds dienstverband). Uit de toelichting van de verwijzende rechter lijkt naar voren te komen dat in het Spaanse stelsel in het geval van voltijdwerkers en werknemers in horizontaal deeltijddienstverband inderdaad precies met die factoren rekening wordt gehouden. Elke werknemer zou (na premies te hebben betaald voor dezelfde periode) een uitkering van gelijke duur ontvangen. Iemand die de helft van de voltijdse werkweek werkt, zou een evenredig verlaagde uitkering ontvangen op grond van de lagere premiebetalingen die hij of zij vanwege het lagere deeltijdsalaris verschuldigd is. Zulks is volledig in overeenstemming met het pro-rata-temporisbeginsel. Een werknemer in verticaal deeltijddienstverband zou echter een uitkering van kortere duur ontvangen dan die van een voltijdwerker, ook al *betaalt hij premies voor elke dag van elke maand* van het jaar. In het kader van het stelsel worden de twee groepen werknemers verschillend behandeld. In het geval van werknemers in deeltijddienstverband wordt de nadruk gelegd op het aantal gewerkte dagen in plaats van op de duur van de werkzaamheden in de loop van de werkweek. Dit heeft een onlogische en ongunstig afwijkende behandeling tot gevolg waardoor werknemers in verticaal deeltijddienstverband worden benadeeld. Artikel 4 van Richtlijn 79/7 moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die in het geval van ‘verticale’ deeltijdarbeid (arbeid gedurende slechts enkele dagen per week) bij de berekening van de premiedagen geen rekening houdt met niet-gewerkte dagen, waardoor de duur van de werkloosheidsuitkering korter wordt, wanneer de meeste werknemers in verticaal deeltijddienstverband vrouwen zijn, die door een dergelijke nationale maatregel worden benadeeld.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 16-03-2017

ECLI: ECLI:EU:C:2017:223

Zaaknummer:

Rechters: E. Sharpston

Wetsartikelen: 4 lid 1 Richtlijn 79/7/EEG en Richtlijn 97/81/EG

RECHTSPRAAK

Stichting WSG/werknemer***Incidentele vordering ex artikel 843a Rv. De gevorderde bescheiden zijn onvoldoende bepaald.****Feiten*

Tussen (de rechtsvoorganger van) Stichting WSG en werknemer heeft sinds 1 juni 1994 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bestaan, in het kader waarvan werknemer sinds 20 juli 1999 werkzaam is geweest als directeur-bestuurder van WSG. In of omstreeks maart 2011 heeft WSG te kennen gegeven de arbeidsovereenkomst met werknemer te willen beëindigen. Na overleg tussen partijen is op 18 april 2011 een vaststellingsovereenkomst (hierna: VSO) tussen partijen gesloten op grond waarvan de arbeidsovereenkomst is beëindigd per 1 mei 2011. WSG heeft geweigerd om de voor haar uit de VSO voortvloeiende verplichtingen jegens werknemer na te komen. WSG heeft werknemer als (voormalig) werknemer en bestuurder aansprakelijk gesteld voor toegebrachte schade tot (inmiddels) een gezamenlijk beloop van circa € 9.200.000. Op 8 november 2011 heeft WSG werknemer gedagvaard en in conventie verschillende vorderingen, onder meer tot schadevergoeding, tegen werknemer ingesteld. Werknemer heeft in reconventie verschillende vorderingen tegen WSG ingesteld onder meer strekkende tot veroordeling tot betaling van de in voormelde vaststellingsovereenkomst overeengekomen vergoedingen. De rechtbank heeft bij het bestreden vonnis de vorderingen in conventie afgewezen en de primaire vorderingen in reconventie afgewezen en de subsidiaire vorderingen in reconventie grotendeels toegewezen. WSG is van dit vonnis in hoger beroep gekomen. Werknemer vordert in het door hem bij de memorie van antwoord tevens houdende incidenteel hoger beroep opgeworpen incident, primair dat WSG niet-ontvankelijk wordt verklaard in haar vorderingen en subsidiair dat WSG op grond van artikel 843a Rv alsnog een aantal stukken in het geding dient te brengen.

Oordeel

Een vordering op grond van artikel 843a Rv kan slechts worden toegewezen indien aan alle drie in lid 1 van dit artikel gestelde voorwaarden is voldaan: (1) de wederpartij van degene die bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft, moet rechtmatig belang hebben bij inzage, afschrift of uittreksel daarvan, (2) de vordering moet betrekking hebben op bepaalde bescheiden en (3) de bescheiden moeten een rechtsbetrekking betreffen waarin de wederpartij van degene die ze te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft, partij is. Verder moet zich, indien de belanghebbende zich daarop beroept, geen van de drie in de leden 3 en 4 vervatte uitzonderingen voordoen. In het algemeen kan van een rechtmatig belang in de

zin van artikel 843a lid 1 Rv reeds sprake zijn indien degene die afschrift verlangt dat stuk niet tot zijn beschikking heeft maar wel bekend is met het bestaan ervan en dat stuk in de procedure zou willen overleggen. Voldoende is dat het desbetreffende stuk relevant kan zijn voor een niet op voorhand als kansloos aan te merken vordering of verweer. De verlangde stukken moeten voldoende bepaald zijn; voldoende concreet moet worden aangegeven dat en waarom de specifieke stukken van belang zijn, zulks teneinde een 'fishing expedition' te voorkomen. Artikel 843a Rv dient er niet toe om stukken op te vragen waarvan slechts het vermoeden bestaat dat die mogelijk in de procedure van pas zouden kunnen komen. De incidentele vordering zoals deze door werknemer is ingesteld, voldoet in ieder geval niet aan het hierboven onder (2) genoemde vereiste. De door werknemer gevorderde bescheiden zijn niet zodanig concreet omschreven dat duidelijk is op welk specifiek stuk aanspraak wordt gemaakt, maar zijn slechts algemeen aangeduid, zonder afbakening naar onderwerp, datum of tijdvak. Zo wordt overlegging gevraagd van beleidsnotities, correspondentie, notulen directie en RvT, jaarverslagen, plannen van aanpak, beoordelingen et cetera zonder enige beperking in onderwerp en periode (weken, maanden, jaren?). Uit de stellingen van werknemer volgt ook niet genoegzaam waarom de gevraagde bescheiden, naast de al beschikbare bescheiden, voor de beoordeling van het geschil relevant zijn. Voor zover werknemer afschrift vordert van andere bescheiden, zijn die bescheiden onvoldoende bepaald. Voor zover werknemer het doel heeft om een reeds opgeworpen grief dan wel verweer met de door hem gevorderde en verkregen informatie nader te onderbouwen, is de vordering ex artikel 843a Rv prematuur. Dat op werknemer in de hoofdzaak op enig moment (tegen)bewijs zal komen te rusten die hem noodzaakt overlegging van stukken door WSG te vorderen staat op dit moment geenszins vast en kan zo nodig te zijner tijd aan de orde worden gesteld. Het hof is derhalve van oordeel dat de gevorderde bescheiden onvoldoende bepaald zijn, zodat deze vordering reeds hierop strandt. In het midden kan blijven of en in hoeverre aan de overige twee vereisten van artikel 843a Rv is voldaan en of zich een van de uitzonderingen voordoet. Er is evenmin aanleiding de vordering op grond van artikel 21 Rv toe te wijzen. Als uitgangspunt mag van een partij in een civiele procedure openheid van zaken worden verwacht. In artikel 21 Rv is bepaald dat partijen verplicht zijn de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Er bestaat echter voor partijen geen algemene exhibitieplicht en een partij behoeft onder hem rustende bescheiden in beginsel niet aan een ander ter inzage af te geven. Artikel 843a Rv maakt op dit beginsel een uitzondering voor het geval dat aan de in dit artikel gestelde vereisten is voldaan. De hoofdzaak wordt naar de rol verwezen voor memorie van antwoord in incidenteel hoger beroep. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 21-06-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:2477

Zaaknummer: 200.154.123_01

Rechters: C.N.M. Antens, P.P.M. Rousseau en A.J. Henzen

Advocaten: J.H.B. Crucq en J.F. Bil

Wetsartikelen: 843a Rv

RECHTSPRAAK

werkneemster/De Gemeenschappelijke Regeling WVS-Groep

Ontslag op staande voet wegens werkweigering niet rechtsgeldig, ook indien werknemer wél arbeidsgeschikt was. Hof gelast deskundigenonderzoek naar arbeids(on)geschiktheid van werkneemster voor het bepalen van de billijke vergoeding en loonvordering.

Feiten

Werkneemster is sinds 1989 op basis van de Wet sociale werkvoorziening in dienst van WVS-Groep. Op 13 november 2014 is werkneemster arbeidsongeschikt geraakt. De bedrijfsarts heeft werkneemster op 10 juni 2016 of later die maand arbeidsgeschikt geacht voor de eigen werkzaamheden. Bij brief van 20 juni 2016 heeft WVS-Groep aan de toenmalige advocaat van werkneemster haar onder meer opgeroepen voor werk/re-integratie. Het UWV heeft aangegeven geen deskundigenoordeel te kunnen afgeven. Op 24 juli 2016 heeft werkneemster zich opnieuw, met terugwerkende kracht, ziek gemeld. WVS-Groep heeft werkneemster opgeroepen voor het spreekuur van de bedrijfsarts op 16 november 2016. Werkneemster is niet verschenen. Werkneemster is op 21 november 2016 niet verschenen bij werkgever. Bij brief van 21 november 2016 heeft WVS-Groep werkneemster onder meer opgeroepen voor een hoorzitting na vermeende werkweigering en een voorgenomen ontslag op staande voet. Werkneemster is niet verschenen op de hoorzitting. Bij brief van 23 november 2016 is zij door WVS-Groep op staande voet ontslagen. Werkneemster heeft in eerste aanleg verzocht het ontslag op staande voet te vernietigen en voor zover nodig de arbeidsovereenkomst te herstellen. In de bestreden beschikking heeft de kantonrechter de verzoeken van werkneemster afgewezen.

Oordeel

De grieven richten zich met name tegen het oordeel van de kantonrechter dat er sprake is van een dringende reden voor het ontslag op staande voet. WVS-Groep heeft in de ontslagbrief als reden voor het ontslag op staande voet gegeven dat werkneemster haar werk op 21 november 2016 zonder geldige reden niet heeft hervat. Het staat vast dat werkneemster geweigerd heeft de werkzaamheden bij werkgever te verrichten. Partijen twisten over de vraag of zij daar een geldige reden voor had. Het hof constateert dat zowel de bedrijfsarts als de arbeidsdeskundige hebben geoordeeld dat werkneemster geschikt was om de werkzaamheden bij werkgever te

verrichten. Gelet op de psychische en lichamelijke aandoeningen van werkneemster, kan echter niet zonder meer worden uitgegaan van de juistheid van het oordeel van de bedrijfsarts en de arbeidsdeskundige. Helaas is er, ondanks een verzoek van partijen, door het UWV geen deskundigenoordeel gegeven. Echter, ook indien het hof – veronderstellenderwijs – uitgaat van de juistheid van de stelling van WVS-Groep dat werkneemster arbeidsgeschikt was op het moment van haar werkweigering, is het hof van oordeel dat er geen sprake is van een dringende reden voor het ontslag op staande voet. Er is geen sprake van een blote werkweigering, werkneemster weigerde te komen werken omdat zij van mening was dat zij nog steeds arbeidsongeschikt was. Bij afweging van alle omstandigheden is het hof van oordeel dat in het onderhavige geval een ontslag op staande voet een te vergaand middel is en kon van WVS-Groep redelijkerwijs worden gevergd dat zij een ontbindingsprocedure zou starten, indien zij wilde komen tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst en om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren tot dat daarin zou zijn beslist. Gelet op het feit dat werkneemster in Spanje woonachtig is en niet naar Nederland wil of kan verhuizen, zodat geen zicht bestaat op feitelijke hervatting van de werkzaamheden van werkneemster, acht het hof herstel van de arbeidsovereenkomst niet opportuun. Het hof is voornemens ambtshalve een billijke vergoeding aan werkneemster toe te kennen. Voor de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding en beoordeling van de loonvordering acht het hof onder meer van belang of werkneemster op het moment van het ontslag op staande voet arbeidsongeschikt was. Om dit vast te stellen, is het hof voornemens een deskundigenonderzoek te gelasten en het hof overweegt daarbij om een psychiater en neuroloog als deskundigen te benoemen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 09-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:4804

Zaaknummer: 200.215.380_01

Rechters: P.P.M. Rousseau, H.E. HAE Uniken Venema en E.F.A. van Buitenen

Advocaten: I.M. van den Heuvel en B.I. van Vugt

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel e BW, 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel h BW, 7:678 lid 1 BW en 7:683 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

werknemer c.s./Stichting Pensioenfonds Sabic

Werknemers maken bezwaar tegen waardeoverdracht pensioen. De door het pensioenfonds doorgevoerde waardeoverdracht is nietig, omdat de aanspraken op ouderdomspensioen worden aangetast ingeval de deelnemer de ingangsdatum van het pensioen weer vervroegt naar 65 jaar.

Feiten

Werknemer 1 is op 1 juli 1974 in dienst getreden bij DSM/SABIC, werknemer 2 is op 13 september 1976 in dienst getreden bij DSM/SABIC en werknemer 3 is op 1 maart 1978 in dienst getreden bij DSM/SABIC. De drie werknemers zijn op 1 juli 2014 door Sabic ontslagen. Op grond van de tot de arbeidsvoorwaarden behorende pensioenregeling hadden zij recht op pensioen bij het bereiken van de 65-jarige leeftijd. Bij brief van Pensioenfonds Sabic van 19 november 2015 werden zij geïnformeerd dat Pensioenfonds Sabic de opgebouwde pensioenaanspraken via een collectieve waardeoverdracht zou omrekenen naar pensioenaanspraken met ingangsheeftijd 67 jaar, daarbij werd de keuzemogelijkheid geboden hier niet mee akkoord te gaan. Werknemer 1, werknemer 2 en werknemer 3 hebben bezwaar gemaakt tegen de omrekening. Ondanks de bezwaren heeft Pensioenfonds Sabic besloten de pensioenaanspraken toch om te rekenen naar pensioenaanspraken met een ingangsheeftijd van 67 jaar.

Oordeel

De kantonrechter overweegt dat van collectieve waardeoverdracht op grond van artikel 83 lid 1 aanhef en onderdeel c van de Pensioenwet sprake is ingeval een collectieve wijziging van de pensioenovereenkomst en de waardeoverdracht ertoe strekt bij dezelfde pensioenuitvoerder pensioenaanspraken of pensioenrechten te verwerven overeenkomstig de gewijzigde pensioenovereenkomst; dit is de zogenaamde interne collectieve waardeoverdracht. Bij collectieve waardeoverdracht op grond van artikel 83 PW geldt een individuele bezwaarmogelijkheid voor de deelnemers, gewezen deelnemers, gewezen partners of andere aanspraakgerechtigden. Indien een deelnemer bezwaar maakt tegen de collectieve waardeoverdracht, dan heeft dit tot gevolg dat zijn individuele aanspraken of rechten niet kunnen worden overgedragen. Pensioenfonds Sabic heeft zich evenwel op het standpunt gesteld dat in de onderhavige situatie sprake is van een wijziging, verhoging, van de pensioenleeftijd met een collectief actuariële herrekening van de hoogte van het pensioen

naar de nieuwe ingangsdatum, wat volgens de brief van de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 17 januari 2013 geen vorm van waardeoverdracht is, omdat de aanspraken materieel niet wijzigen. De opvatting van de staatssecretaris is volgens Asser/Lutjens 7-XI 2016/793 houdbaar wanneer de wijziging van de pensioeningangsdatum niet als een wijziging van de pensioenovereenkomst en niet als een wijziging van opgebouwde aanspraken wordt gezien. Daarvan is naar het oordeel van de kantonrechter in het onderhavige geval echter geen sprake. Pensioenfonds Sabc heeft immers aangegeven dat bij de verhoging van de pensioengerechtigde leeftijd naar 67 jaar het ouderdomspensioen omhoog gaat omdat er een kortere uitkeringsperiode resteert. Dat kan op grond van artikel 83 PW alleen als de deelnemer hier geen bezwaar tegen maakt. De kantonrechter komt dan ook tot het oordeel dat de vorderingen van werknemers worden toegewezen nu Pensioenfonds Sabc heeft gehandeld in strijd met artikel 83 PW. De kantonrechter vindt extra steun voor het oordeel dat het collectief actuair herrekenen van aanspraken naar een hogere pensioenrichtleeftijd in strijd is met artikel 83 PW in het feit dat de staatssecretaris op 29 augustus 2017 een wetsvoorstel heeft ingediend waarin wordt voorgesteld artikel 83 PW te wijzigen, in die zin dat het individuele bezwaarrecht komt te vervallen voor zover de collectieve wijziging van de pensioenovereenkomsten of beroepspensioenregeling inhoudt dat de pensioenaanspraken worden omgezet in pensioenaanspraken die zijn berekend op basis van een fiscale pensioenrichtleeftijd.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 08-11-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:10722

Zaaknummer: 5654923 cv expl 17-604

Rechters: J. de Schreurs-van Langemheen

Advocaten: C.H.J. Voncken, A.F. Wilson en R.M.J.M. de Greef

Wetsartikelen: 83 Pensioenwet

RECHTSPRAAK

werknemer/Autoschat Tietjerk B.V.

Van een kennelijk onredelijk ontslag op grond van een valse of voorgewende reden – omdat de functie van autoverkoper niet zou zijn vervallen – is geen sprake. Evenmin sprake van een kennelijk onredelijk ontslag op grond van het gevolgencriterium.

Feiten

Werknemer is op 23 september 2002 bij Autoschat in dienst getreden in de functie van verkoper. Bij beslissing van 29 april 2014 heeft het UWV aan Autoschat toestemming verleend om de arbeidsovereenkomst met werknemer op te zeggen, onder de voorwaarde dat Autoschat binnen 26 weken na bekendmaking ervan geen werknemer in dienst neemt voor werkzaamheden van dezelfde aard, als zij niet eerst werknemer in de gelegenheid heeft gesteld om de werkzaamheden op de gebruikelijke voorwaarden te hervatten. Werknemer heeft in eerste aanleg gevorderd een verklaring voor recht dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Autoschat kennelijk onredelijk is en veroordeling van Autoschat tot betaling van een schadevergoeding van € 135.930. De kantonrechter heeft bij vonnis van 1 maart 2016 de vorderingen van werknemer afgewezen.

Oordeel

In zijn grieven en de daarop gegeven toelichtingen stelt werknemer twee kwesties centraal: (a) is het ontslag gegeven op grond van een valse of voorgewende reden (grieven I tot en met IV) en (b) zijn de gevolgen van het ontslag voor werknemer te ernstig in vergelijking met het belang daarbij van Autoschat (grief V)? Het hof stelt vast dat Autoschat in haar ontslagaanvraag niet heeft doen voorkomen dat de werkzaamheden van werknemer (geheel) zouden komen te vervallen; zij heeft aangevoerd dat de na het ontslag van werknemer resterende verkoopwerkzaamheden verricht zouden gaan worden door B zelf, zo nodig bijgestaan door (onbetaalde) familieleden. Daarbij rust op werknemer de stelplicht en de bewijslast dat zijn functie niet is komen te vervallen. Het hof legt de beslissing van het UWV zo uit dat Autoschat de werkzaamheden van werknemer – waarvan vaststond dat die werkzaamheden als zodanig wel (gedeeltelijk) bleven bestaan – mocht herverdelen over andere personen, zolang voor de uitvoering van die (resterende) werkzaamheden maar geen nieuwe betaalde kracht(en) zou(den) worden aangetrokken, of niet een van de andere werknemers die werkzaamheden integraal zou overnemen. Werknemer heeft naar het oordeel van het hof niet voldaan aan zijn stelplicht waar het betreft zijn stelling dat sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag omdat Autoschat als valse of voorgewende reden heeft doen

voorkomen dat zijn functie was komen te vervallen. Nu dat het hof het ervoor houdt dat de functie van autoverkoper wel is komen te vervallen, heeft het hof geen aanleiding om te veronderstellen dat het UWV de ontslagvergunning niet zou hebben verleend indien Autoschat de (toekomstige) zaken wel juist zou hebben voorgespiegeld. Ten aanzien van het gevolgen criterium heeft werknemer aangevoerd dat de kantonrechter niet of onvoldoende heeft meegewogen dat: (a) hij twaalf jaar in dienst is geweest, (b) hij ten tijde van zijn ontslag 58 jaar was, (c) zijn arbeidsperspectieven minimaal zijn te noemen, (d) zijn verwachte werkloosheidsduur van vier jaar de maximale looptijd van de WW-uitkering overstijgt, en (e) zijn nog beschikbare werkzaamheden nu door andere (goedkopere) krachten worden verricht. Voor zover de door werknemer onder (a) tot en met (d) genoemde omstandigheden niet al geacht kunnen worden (impliciet) te zijn meegewogen door de kantonrechter, acht het hof die omstandigheden ook niet zodanig bijzonder dat het in strijd met algemeen aanvaarde normen van goed werkgeverschap moet worden geacht dat Autoschat aan werknemer ontslag heeft gegeven zonder voor hem een financiële regeling te treffen. Voor de onder (e) vermelde – door Autoschat betwiste – omstandigheid geldt dat het geen omstandigheid betreft die zich al voordeed op het moment van het ontslag en bovendien die omstandigheid ook geen betrekking heeft op werknemer persoonlijk. Het hof sluit zich derhalve aan bij het oordeel van de kantonrechter dat het ontslag niet kennelijk onredelijk is op grond van het gevolgen criterium.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 07-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:9686

Zaaknummer: 200.192.625/01

Rechters: O.E. Mulder, J.H. Kuiper en W.P.M. ter Berg

Advocaten: E.W. Kingma en H. de Jong

Wetsartikelen: 7:681 lid 2 onderdeel a (oud) BW

RECHTSPRAAK

Mercedes-Benz Customer Assistance Center Maastricht B.V./werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst wegens verstoorde arbeidsrelatie toegewezen, doch onder toewijzing van de transitievergoeding omdat niet gebleken is van ernstige verwijtbaarheid werknemer.

Feiten

Werkneemster is sinds 1 augustus 1999 in dienst van MB CAC. In die functie geeft zij leiding aan een zogenoemde Customer Service-afdeling. Medio april 2017 is de HR manager door de externe vertrouwenspersoon geïnformeerd over het feit dat er enkele (ex-)werknemers hebben geklaagd over misstanden binnen de Italiaans/Spaanse markt en in het bijzonder over het handelen en nalaten van leidinggevenden en werkneemster als eindverantwoordelijke. Op 3 mei 2017 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen werkneemster en de general manager in het bijzijn van de HR consultant. Tijdens dat gesprek heeft de general manager te kennen gegeven dat zij voornemens was het dienstverband met werkneemster te gaan beëindigen wegens, kort gezegd, misstanden op de werkvloer in de afdeling waarvoor werkneemster (eind)verantwoordelijk is. Aan het eind van het gesprek is werkneemster op non-actief gesteld. Diezelfde dag nog heeft de HR consultant werkneemster een aanbod gedaan voor een beëindigingsovereenkomst. Werkneemster heeft geweigerd hiermee in te stemmen. Zij heeft zelfs in kort geding getracht (zonder succes) de voorzieningenrechter te bewegen om opheffing van de non-activiteit te gelasten in de aanloop naar de behandeling van dit ontbindingsverzoek. MB CAC verzoekt om de arbeidsovereenkomst te ontbinden op basis van de e-, g- en h-grond, zonder toewijzing van enige vergoeding. Werkneemster verzoekt bij wijze van voorwaardelijk tegenverzoek onder meer toekenning van de transitievergoeding en een billijke vergoeding van € 150.000 bruto.

Oordeel

De verwijten dat er 'een buitengewoon slechte sfeer' heerst op de afdeling(en) waar werkneemster leiding aan geeft, en dat dit te wijten is aan de leiding die zelfs een schrikbewind zou voeren, zijn op zichzelf niet bepaald concreet te noemen. Volgens MB CAC 'kan het niet zo zijn' dat werkneemster op eigen houtje werkplekken van medewerkers gaat wijzigen over de teamgrenzen heen, waarbij dan werknemers geïsoleerd worden neergezet en ook nog op tijden dat er niemand anders in het pand aanwezig is. MB CAC laat echter na te stellen in welke periode de maatregel werd toegepast en zij zegt ook niets over de frequentie

en het aantal met de maatregel geconfronteerde werknemers. Aldus kan de kantonrechter zich nauwelijks een (visueel) beeld vormen van hetgeen MB CAC voor ogen heeft als zij het heeft over ‘geïsoleerd’ laten werken van werknemers. Naar zeggen van MB CAC is het ernstigste verwijt dat zij werkneemster maakt, het verwijt ter zake van de case-checks. Het door werkneemster ingevoerde controlesysteem zou leiden tot een ‘afrekencultuur’ die haaks staat op de kernwaarden die MB CAC hanteert. Ter zitting heeft MB CAC werkneemster tevens verweten dat zij ‘de Spaanse werknemers helaas niet hetzelfde behandelt als de Italiaanse werknemers’, dat zij het gezag ondermijnt en dat zij gebruik maakt van ‘intimiderende communicatie’, doch concrete voorbeelden hiervan worden telkens niet genoemd. Al met al dient te worden geconcludeerd dat het merendeel van de verwijten jegens werkneemster onvoldoende concreet onderbouwd is gebleven. Ten aanzien van het verwijt van de case-checks is MB CAC ook weer veel te weinig concreet over onder meer hetgeen die controles nu *precies* inhielden. Op die manier is *de mate* van de verwijtbaarheid (de ernst) van dit handelen niet vast te stellen. Uitgegaan wordt daarom van een licht verwijt en – wederom – tekortschieten in het functioneren als goed manager met eindverantwoordelijkheid voor een harmonieus draaiende afdeling. Op grond van onder meer het bovenstaande dient wel geconcludeerd te worden dat sprake is van een ernstig verstoorde en niet of nauwelijks voor herstel vatbare arbeidsverhouding. De kans dat partijen in de (nabije) toekomst nog tot een vruchtbare samenwerking kunnen komen, acht de kantonrechter, gelet op de sterk verharde en verwijtende stellingnamen over en weer nihil. Op die grond wordt de arbeidsovereenkomst dan ook ontbonden. Aan werkneemster wordt een transitievergoeding toegekend. Naar het oordeel van de kantonrechter is er geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van MB CAC zodat het verzoek om toekenning van een billijke vergoeding wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 03-11-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:10678

Zaaknummer: 6366600 AZ VERZ 17-134

Rechters: H.W.M.A. Staal

Advocaten: V.F.G. Nowak en J.R.M. JRpM Scheepers

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Regionaal Opleidingen Centrum TOP

Verwijtbaar handelen van werkneemster wegens ongeoorloofde afwezigheid na uitdrukkelijke instructie van werkgever leidt tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst (e-grond).

Feiten

Werkneemster is op 1 augustus 2008 in dienst getreden van (de rechtsvoorgangster van) ROC TOP en was laatstelijk werkzaam in de functie van mentor. Werkneemster is op 11 februari 2013 ziek gemeld wegens psychische klachten, op 14 januari was zij weer beter. Op 14 januari 2016 heeft het UWV werkneemster bericht dat haar WGA-uitkering per 1 april 2016 zal worden beëindigd omdat zij niet meer arbeidsongeschikt is. Na een kort geding betreffende onder meer wedertewerkstelling en de re-integratie, heeft werkneemster verzocht om één tot twee weken vakantie op te mogen nemen. ROC TOP heeft na overleg heeft besloten dat zij één week vakantie krijgt. Werkneemster heeft van 18 juli 2016 tot 29 augustus 2016 niet gewerkt wegens vakantie. Bij brief van 30 augustus 2016 heeft ROC TOP werkneemster geschreven, samengevat, dat werkneemster vijf weken ongeoorloofd afwezig is geweest en dat zij heel goed wist dat zij maar één week vakantie toegekend had gekregen. Bij de bestreden beschikking van 6 december 2016 heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst op de primaire grond (verwijtbaar handelen van werkneemster) ontbonden met ingang van 1 februari 2017 en ROC TOP veroordeeld tot betaling aan werkneemster van een transitievergoeding ten bedrage van € 5.719,68 bruto. Het verzoek van werkneemster tot toekenning van een billijke vergoeding is afgewezen.

Oordeel

Werkneemster verzoekt in haar beroepschrift primair herstel van de arbeidsovereenkomst. De grieven IV tot en met XIV kunnen gezamenlijk worden behandeld. Zij zijn gericht tegen het oordeel van de kantonrechter dat werkneemster verwijtbaar heeft gehandeld als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel e BW. Partijen zijn het erover eens dat werkneemster hoe dan ook, wat er ook zij van een gemaakte afspraak over vakantie en wat er ook zij van het verlofsaldo van werkneemster en de opstelling daaromtrent van ROC TOP, twee weken ongeoorloofd afwezig is geweest van haar werk. Van belang is dat partijen vóór de feitelijke vakantieopname door werkneemster nadrukkelijk en herhaaldelijk hebben gesproken en gecorrespondeerd over de lengte van de vakantie van werkneemster. Het hof begrijpt dat over

deze kwestie ook tussen partijen via hun advocaten is gecorrespondeerd. Vervolgens heeft werkneemster er niet mee volstaan om, niettegenstaande de duidelijke opstelling van ROC TOP hieromtrent, de door haar verzochte vakantie van 25 juli 2016 tot 19 augustus 2016 op te nemen, maar is zij van 18 juli 2016 tot 29 augustus 2016 afwezig geweest. Uit de verklaring van werkneemster ter zitting van het hof ('Ik heb gedacht "ik ga het toch doen"') volgt dat zij de door haar gewenste vakantie van zes weken heeft opgenomen in het volle besef dat ROC TOP dat zeker zou hebben geweigerd als ze erom had verzocht. Evenals de kantonrechter, waardeert het hof de hiervoor beschreven gedraging van werkneemster in de gegeven omstandigheden als zodanig verwijtbaar dat van ROC TOP in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Al hetgeen werkneemster ter relativering van de ernst van haar handelwijze heeft aangevoerd (voor zover dat hiervoor niet reeds is genoemd; het hof doelt op de discussie tussen partijen over het al dan niet gemaakt zijn van een afspraak over één week vakantie, het verlofsaldo van werkneemster en de opstelling daaromtrent van ROC TOP) brengt hierin geen verandering. De grieven IV tot en met XIV stuiten op het voorgaande af. Dat herplaatsing niet in de rede ligt, volgt reeds uit artikel 7:669 lid 1 BW, zodat ook grief XV geen succes heeft. De grieven XVI tot en met XX zijn alle gericht tegen overwegingen die in de bestreden beschikking zijn gewijd aan de ernst van de over en weer gemaakte verwijten en de rol die beide partijen hebben gespeeld, welke overwegingen de kantonrechter hebben geleid tot de conclusie dat geen aanleiding bestaat om aan een van beide kanten ernstige verwijtbaarheid aan te nemen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 31-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:4432

Zaaknummer: 200.210.639/01

Rechters: H.M.M. Steenberghe, R.J.F. Thiessen en D. Kingma

Advocaten: A.F. Tromp en L. van de Vrugt

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 onderdeel e BW, 7:671b lid 8 aanhef en onderdeel c BW en 7:683 lid 3 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Meriant

Conclusie A-G: rechter is niet (altijd) verplicht voorzieningen te treffen voor de onderbreking bij herstel.

Feiten

(Cassatieberoep van AR 2016-1004.) Werkneemster is op 1 mei 1978 in dienst getreden bij de rechtsvoorgangster van Meriant, een organisatie die zorg en ondersteuning biedt aan ouderen op onder meer de locaties Coornhert State en Anna Schotanus te Heerenveen. Werkneemster was parttime als verzorgende werkzaam op locatie Coornhert State. Op enig moment hebben zich incidenten voorgedaan op de locatie Coornhert State en is de verhouding tussen werkneemster en haar leidinggevende slecht geworden. Nadien is tussen werkgever en werkneemster discussie ontstaan. Werkgever verlangde dat werkneemster aan een verbetertraject deelnam. Werkneemster meende evenwel dat zij niet disfunctioneerde, maar enkel omwille van de goede verstandhouding bereid was elders te gaan werken (andere locatie). Tussen partijen vonden op enig moment onderhandelingen over het einde van de arbeidsovereenkomst plaats. Werkneemster keerde niet meer terug op het werk. Werkgever stelde zich op het standpunt dat sprake is van werkweigering en verzocht ontbinding. De kantonrechter ontbond op die grond (e-grond) per 10 februari 2016 de arbeidsovereenkomst en wees de transitievergoeding af. Het hof veroordeelde anders. Ondanks het mislukte verbetertraject zou geen sprake zijn van een verstoorde arbeidsverhouding nu leidinggevende van werkneemster inmiddels was vertrokken en werkneemster bereid was op andere vestiging te werken. Veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst per 1 oktober 2016 zonder nadere voorzieningen nu werkneemster onbetaald verlof had opgenomen voor aanvang ontbindingsprocedure. Volgens werkneemster is het niet treffen van voorzieningen (art. 7:682 lid 6 BW) voor de tussenliggende periode een dwingend voorschrift waarvan alleen middels een beroep op de strenge norm van artikel 6:248 BW kan worden afgeweken.

Conclusie A-G (De Bock)

Op grond van uitvoerige literatuur- en parlementairegeschiedenisanalyses, concludeert de A-G dat artikel 7:682 lid 6 BW toelaat dat de appelrechter, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, tot het oordeel komt dat ondanks een onderbreking van de arbeidsovereenkomst, er geen aanleiding is om voorzieningen te treffen. Met een gemotiveerd oordeel dat in de omstandigheden van het geval géén reden bestaat tot het treffen van een voorziening, voldoet de rechter aan het bepaalde in artikel 7:682 lid 6 BW. Weliswaar zal het treffen van voorzieningen in beginsel geboden zijn als wordt overgegaan tot herstel van de

arbeidsovereenkomst tegen een later tijdstip dan waarop de overeenkomst geëindigd was en daardoor een onderbreking van de arbeidsovereenkomst optreedt. Er zijn echter omstandigheden denkbaar waarin dat anders ligt. Gedacht kan worden aan het geval dat de werknemer in de tussenliggende periode elders werkzaam is geweest en daar dezelfde of hogere inkomsten heeft gehad als hij zou hebben gehad zonder onderbreking van de arbeidsovereenkomst. Ook kan de werknemer in de tussenliggende periode niet beschikbaar zijn geweest voor het verrichten van arbeid, bijvoorbeeld omdat hij direct na het ontslag op wereldreis is gegaan. In dergelijke gevallen kan zich voordoen dat de werknemer geen schade heeft geleden als gevolg van de onderbreking, zodat een vergoeding achterwege kan blijven. Ondanks de afwezigheid van het woord 'kan' in artikel 7:682 lid 6 BW, is aan te nemen dat de rechter in zo'n geval kan afzien van het treffen van voorzieningen. Met het op deze wijze kunnen leveren van maatwerk door de rechter, wordt recht gedaan aan de bedoeling van de bepaling. De A-G concludeert tot verwerping van het cassatieberoep.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 27-10-2017

ECLI: ECLI:NL:PHR:2017:1203

Zaaknummer: 16/05795

Rechters: R.H. de Bock

Advocaten: S.F. Sagel en R.A.A. Duk

Wetsartikelen: 7:682 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Echo Pharmaceuticals B.V.

Ontslagbesluit ontslag statutair bestuurder op basis van h-grond geldig. Geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen van de zijde van werkgeefster. Wel is er sprake van een onregelmatige opzegging.

Feiten

Werkneemster is op 1 april 2007 in dienst getreden van Echo. De arbeidsovereenkomst bevat een non-concurrentiebeding. Op 1 maart 2010 is werkneemster benoemd als statutair bestuurder van Echo. Op 14 oktober 2014 heeft werkneemster haar eigen bedrijf, bedrijf 1, opgericht. Op 25 november 2015 heeft FeyeCon Ocho Holding B.V. (hierna: Ocho) opgericht. Eind 2016 is er onder de aandeelhouders van Echo discussie ontstaan over de financiële voortgang binnen Echo. Op 27 januari 2017 werd aan werkneemster tijdens een informele AVA van Echo meegedeeld dat zij een andere rol zou krijgen binnen Echo en dat haar commerciële taken als CEO zouden worden ondergebracht bij X. Medio februari 2017 zijn werkneemster en Telor, in haar hoedanigheid van meerderheidsaandeelhouder, onderhandelingen gestart over de beëindiging van de arbeidsovereenkomst van werkneemster. Op 22 februari 2017 is buiten vergadering FeyeCon als statutair bestuurder van Echo ontslagen en is X tot statutair bestuurder benoemd. De onderhandelingen tussen werkneemster en Telor, die tot medio maart hebben geduurd en waarin een concept-*letter of intent* is opgesteld, hebben geen resultaat opgeleverd. Bij brief van 7 juni 2017 heeft Telor verzocht aan werkneemster en X als statutair bestuurders van Echo om een AVA bijeen te roepen, onder agendering van onder andere het ontslag van werkneemster als statutair bestuurder van Echo. De oproeping blijft uit. Op 21 juni 2017 ontving werkneemster een namens Telor verstuurd oproeping voor een op 7 juli 2017 te houden AVA van Echo, waarbij onder andere het ontslag van werkneemster als statutair bestuurder van Echo was geagendeerd. Op 7 juli 2017 heeft de AVA van Echo het besluit genomen om werkneemster als statutair bestuurder te ontslaan per 1 augustus 2017. FeyeCon en werkneemster hebben bij verzoekschrift van 28 augustus 2017 de Rechtbank Amsterdam verzocht om Echo in staat van faillissement te verklaren. Werkneemster verzoekt onder meer voor recht te verklaren dat het ontslag als statutair bestuurder niet rechtsgeldig is genomen en als zodanig het ontslag te vernietigen en voor recht te verklaren dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst in strijd is met het wettelijk opzegverbod tijdens ziekte. Dan wel subsidiair onder meer om toekenning van de gefixeerde schadevergoeding, transitievergoeding en billijke vergoeding en verval van het concurrentiebeding. Echo vordert bij zelfstandig tegenverzoek onder meer betaling van € 30.657,53 ex artikel 6:162 BW.

Oordeel

Verzoeken werkneemster

Een meerderheidsaandeelhouder zoals Telor is bevoegd om zelf een AVA bijeen te roepen indien de directie aan zijn verzoek daartoe geen gehoor geeft, en is dus niet vereist dat de directie een dergelijk verzoek weigert. Uit de stellingen van partijen kan tevens worden afgeleid dat Echo werkneemster gelegenheid heeft geboden om haar genoemde rechten (hoor- en adviesrecht) uit te oefenen. Dat zij daar geen gebruik van heeft gemaakt ligt in haar risicosfeer. Nu de gevorderde verklaring voor recht en vernietiging niet op de daartoe aangevoerde gronden toewijsbaar zijn, moet eveneens de loondoorbetaling worden afgewezen. In dit geval heeft werkneemster zich pas ziek gemeld nadat zij was opgeroepen voor de AVA waar het voorstel voor haar ontslag behandeld zou worden. Het is vaste rechtspraak dat in een dergelijk geval het opzegverbod niet geldt, waardoor het verzoek van werkneemster moet worden afgewezen. De arbeidsovereenkomst is per 1 augustus 2017 geëindigd. Niet in geschil is dat Echo de arbeidsovereenkomst onregelmatig heeft opgezegd en dat Echo om die reden de door werkneemster verzochte gefixeerde schadevergoeding is verschuldigd. Tevens wordt de transitievergoeding toegewezen. Het verzoek tot verval van het concurrentiebeding wordt afgewezen. Het beding lijkt meer op een relatiebeding. Werkneemster heeft onvoldoende onderbouwd dat en waarom zij in haar mogelijkheden om een nieuwe betrekking te vinden wordt beperkt door het beding. Ook het verzoek tot vergoeding van vakantie-uren is niet toewijsbaar, omdat de arbeidsovereenkomst op 1 augustus 2017 is geëindigd en nadien dus geen vakantie-uren meer worden opgebouwd. Als onbetwist staat vast dat de samenwerking tussen werkneemster en X gedurende hun gezamenlijke bestuur stroef is geweest, en dat in feite van meet af aan tussen hen verschil van inzicht bestond over het financieringsbeleid van Echo. Uit deze feiten en omstandigheden kan een verschil van inzicht op het niveau van het bestuur over het te voeren beleid binnen de onderneming worden afgeleid dat na verloop van tijd een gebrek aan vertrouwen in werkneemster heeft doen ontstaan. Gelet op de bijzondere aard van de verhouding tussen een besloten vennootschap en haar bestuurder, kan zonder dit vertrouwen van de vennootschap niet geleverd worden om het dienstverband voort te zetten, zodat van de genoemde h-grond sprake is. Op grond hiervan kon Echo de arbeidsovereenkomst tussen partijen opzeggen. In het bijzonder is niet gebleken dat Echo een valse grond voor ontslag heeft aangevoerd met als enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren. Aldus oordeelt de rechtbank dat geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van Echo, zodat die grond evenmin tot toewijzing van een billijke vergoeding kan leiden.

Tegenverzoeken Echo

De aan Echo gerichte declaratie van bedrijf 1 past binnen deze overeengekomen bonusregeling en kan daarom niet als onrechtmatig worden aangemerkt, ook niet op de enkele grond dat deze declaratie fiscaal of boekhoudkundig in strijd met de regels zou zijn. De vordering van Echo moet daarom worden afgewezen. Ook het verzoek tot betaling van de kosten voor het gebruik van de aan werkneemster ter beschikking gestelde leaseauto in de periode van 1

augustus 2017 tot en met 15 augustus 2017, toen haar arbeidsovereenkomst was geëindigd en zij niet meer bevoegd was tot het gebruik van de auto, moet worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:8002

Zaaknummer: C/13/634417 / HA RK 17-248

Advocaten: W.M. de Bruijn en J.C.A. Ettema

Wetsartikelen: 2:15 BW, 6:162 BW, 7:653 BW, 7:672 lid 10 BW, 7:673 BW, 7:682 lid 3 BW en 7:686a lid 3 BW

RECHTSPRAAK

ondernemingsraad van de Gemeente Maastricht/Gemeene Maastricht

Indien een bovenwettelijk adviesrecht betrekking heeft op een besluit dat valt onder het primaat van de politiek, kan de ondernemingsraad geen beroep instellen tegen het door de ondernemer genomen besluit.

Feiten

De colleges van burgemeester en wethouders (hierna: de colleges van B&W) van de gemeenten Heerlen, Maastricht en Sittard-Geleen hebben sinds medio 2011 overleg gevoerd over de vorming van een gemeenschappelijke organisatie op het gebied van bedrijfsvoering, onder de naam Shared Service Center Zuid-Limburg (hierna: SSC-ZL). De ondernemingsraden van deze gemeenten zijn sinds begin 2012 actief betrokken geweest bij de gang van zaken rondom de vorming en inrichting van het SSC-ZL. De ondernemingsraden hebben bij brief van 20 juni 2016 de WOR-bestuurders vragen gesteld over de voortgang van het SSC-ZL en hun zorgen geuit over onder meer de kosten van het SSC-ZL, het ontbreken van draagvlak, slechte communicatie en het gebrek aan inzicht in de personele gevolgen. De WOR-bestuurders hebben in hun brief van 15 juli 2016 op de vragen van de ondernemingsraden gereageerd. Tevens hebben zij een adviesaanvraag over het voorgenomen besluit tot de ontvlechting taakveld inkoop ten behoeve van de overgang naar SSC-ZL aangekondigd. In de overlegvergadering met de WOR-bestuurder en de gemandateerde WOR-bestuurder op 30 maart 2017 heeft de ondernemingsraad aangekondigd negatief te zullen adviseren naar aanleiding van de ontvlechting taakveld inkoop ten behoeve van de overgang naar het SSC-ZL. Bij brief van 7 april 2017 heeft de ondernemingsraad negatief advies uitgebracht. Het college van B&W heeft in de raadsinformatiebrief van 14 april 2017 de gemeenteraad Maastricht geïnformeerd over het negatieve advies van de ondernemingsraad en aangekondigd dat de voorbereidingen voor het SSC-ZL zullen worden voortgezet. De WOR-bestuurder heeft bij brief van 2 mei 2017 aan de ondernemingsraad, 'overeenkomstig het door het college genomen besluit', het bestreden besluit kenbaar gemaakt. De ondernemingsraad heeft bij de Ondernemingskamer beroep ingesteld tegen het besluit van Gemeente Maastricht van 2 mei 2017 tot voorzetting van het SSC-ZL.

Oordeel

Gemeente Maastricht heeft onder meer aangevoerd dat het besluit tot voortzetting van de vorming van het SSC-ZL valt onder het primaat van de politiek en derhalve op grond van

artikel 46d aanhef en onderdeel b WOR buiten het bereik van de medezeggenschap valt, behoudens voor zover het betreft de gevolgen voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen. De ondernemingsraad heeft zich op het standpunt gesteld dat Gemeente Maastricht het recht heeft verwerkt zich op het primaat van de politiek te beroepen nu zij het standpunt dat aan de ondernemingsraad geen beroepsrecht toekomt pas heeft ingenomen in haar verweerschrift en niet reeds in het besluit van 2 mei 2017. De Ondernemingskamer verwerpt het beroep op rechtsverwerking, reeds omdat zij zich ambtshalve ervan dient te vergewissen of het besluit ingevolge artikel 46d aanhef en onderdeel b WOR aan medezeggenschap is onttrokken. Artikel 46d aanhef en onderdeel b WOR bepaalt dat, ten aanzien van een onderneming waarin (nagenoeg) uitsluitend krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht, het bij wettelijk voorschrift vaststellen van publiekrechtelijke taken en het beleid ten aanzien van en de uitvoering van die taken buiten het overleg- (en naar de algemene opvatting in de literatuur en jurisprudentie ook) advies- en instemmingsrecht van ondernemingsraden valt, behoudens voor zover het betreft de gevolgen daarvan voor de werkzaamheden van de in de onderneming werkzame personen. Een besluit dat als zodanig van dien aard is dat het een politieke afweging vergt van de daaraan verbonden voor- en nadelen is overeenkomstig dit artikel aan het adviesrecht van de ondernemingsraad onttrokken. De beslissing van 2 mei 2017 tot voortzetting van het SSC-ZL vergt onmiskenbaar een politieke afweging van de daaraan verbonden voor- en nadelen. De 'go/no go-beslissing' ten aanzien van het SSC-ZL valt daarmee onder de reikwijdte van het primaat van de politiek en is op grond van de WOR van medezeggenschap uitgezonderd. Tussen partijen is niet in geschil dat de ondernemingsraad in staat zou worden gesteld om op enig moment te adviseren over de 'go/no go-beslissing', dat de ondernemingsraad daarover heeft geadviseerd in reactie op de adviesaanvraag betreffende de ontvlechting van de inkoop en dat de gemeente dat heeft geaccepteerd. Het college van B&W kon, als orgaan dat bevoegd is te beslissen over het al dan niet instellen of handhaven van het SSC-ZL, aan de ondernemingsraad het recht verlenen daarover te adviseren. Vervolgens is de vraag aan de orde of het aan de ondernemingsraad toegekende adviesrecht over de 'go/no go-beslissing' impliceert dat de ondernemingsraad bevoegd is beroep in te stellen tegen het besluit van 2 mei 2017 dat ertoe strekt ondanks het negatieve advies door te gaan met het SSC-ZL. De Ondernemingskamer beantwoordt die vraag ontkennend. Indien, zoals hier, een bovenwettelijk adviesrecht betrekking heeft op een besluit dat valt onder het primaat van de politiek, kan de ondernemingsraad geen beroep instellen tegen het door de ondernemer genomen besluit. Met betrekking tot het bezwaar van de ondernemingsraad dat het besluit in strijd is met artikel 25 lid 3 WOR omdat er onvoldoende zicht is op de personele gevolgen en de met het oog daarop te treffen maatregelen, overweegt de Ondernemingskamer dat dit bezwaar dus, net als de overige gronden van het beroep, betrekking heeft op de afweging van de voor- en nadelen van deelname van Gemeente Maastricht aan het SSC-ZL, welk besluit vanwege het primaat van de politiek in de onderhavige procedure niet kan worden getoetst. Het voorgaande leidt ertoe dat de Ondernemingskamer het verzoek van de ondernemingsraad zal afwijzen.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 20-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:4257

Zaaknummer: 200.216.747/01 OK

Rechters: G.C. Makkink, A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar en M.M.M. Tillema

Advocaten: mr. dr. L.C.J. Sprengers en G.P.F. van Duren

Wetsartikelen: 25 lid 3 WOR, 32 lid 4 WOR en 46d WOR

RECHTSPRAAK

Stichting Warande/X

Toewijzing ontbindingsverzoek werkgever (g-grond). Echter, werkgever heeft ernstig verwijtbaar gehandeld door bestuurder zorginstelling zonder waarschuwing te ontslaan en direct op non-actief te stellen. Toekenning billijke vergoeding bestuurder € 50.000 (WNT weegt mee), geen verkorte opzegtermijn.

Feiten

X is op 15 maart 2006 door de raad van toezicht benoemd tot enig lid van de raad van bestuur. Per 1 juli 2006 is zij in dienst van (de rechtsvoorgangster van) Warande getreden. Het huidige salaris bedraagt € 12.399,08 bruto per maand exclusief emolumenten. Begin 2015 heeft een van de vestigingsmanagers haar ontslag ingediend. Zij heeft in haar ontslagbrief als reden opgegeven de houding van X. Ook andere (ex-)werknemers hebben opmerkingen gemaakt over de houding van X. Vervolgens heeft de raad van toezicht aan X voorgesteld om onder begeleiding van een derde aan de communicatie te werken om zo de onderlinge samenwerking te verbeteren. De leden van de raad van toezicht en X hebben in de periode juli tot oktober 2015 een aantal gesprekken gevoerd. Begin maart 2017 hebben twee vestigingsmanagers zich bij de raad van toezicht gemeld met klachten over X. Op 23 maart 2017 heeft de raad van toezicht aan X mondeling te kennen gegeven dat de raad van toezicht unaniem van oordeel was dat haar positie niet langer houdbaar was en dat de raad graag in goed overleg afscheid van haar wilde nemen. Op 4 april 2017 heeft de raad van toezicht de OR en de CCR om advies gevraagd ten aanzien van het voorgenomen ontslag van X. Op verzoek van X heeft de raad van toezicht vervolgens een Commissie van Advies en Bemiddeling ingesteld, volgens artikel 14 van de arbeidsovereenkomst. Op 16 juni 2017 heeft de CCR negatief geadviseerd met betrekking tot het voornemen tot ontslag van X en heeft zij verzocht X weer toe te laten tot het werk. Op 29 juni 2017 heeft de OR positief geadviseerd over het voorgenomen ontslag. Op 6 juli 2017 heeft de raad van toezicht nog een overleg met de CCR en de OR gevoerd, waarna zij heeft besloten over te gaan tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met X. Warande verzoekt op grond van het bepaalde in artikel 7:671b lid 1 onderdeel a en artikel 7:669 lid 3 onderdeel g (verstoorde verhouding) subsidiair onderdeel h (andere omstandigheden) BW om ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

Oordeel

Ontbinding

De raad van toezicht heeft het vertrouwen in X als voorzitter en lid van de raad van bestuur opgezegd. Daarmee staat vast dat een onwerkbaar situatie is ontstaan, geheel afgezien van de vraag of de raad van toezicht dat op goede gronden heeft kunnen doen. Bij de beantwoording van de vraag of herstel van de arbeidsrelatie op dit moment nog mogelijk is, moet naar het oordeel van de kantonrechter niet alleen worden gekeken naar de relatie tussen X en de personen die momenteel deel uitmaken (of in de toekomst deel zullen uitmaken) van de raad van toezicht. Het positieve advies van de OR om tot ontslag van X over te gaan weegt in dit verband zwaar, evenals de conclusie van de Commissie van Advies en Bemiddeling dat zij geen reële mogelijkheid ziet voor een toekomstig werkbaar situatie tussen X en de raad van toezicht. Ook de tijd die is verstreken sinds de non-actiefstelling op 30 maart 2017 maakt dat terugkeer niet langer in de rede ligt. De wens van de CCR om X in haar functie te behouden, doet daaraan onvoldoende af. Gelet op de functie die X bekleedt ligt herplaatsing binnen Warande niet in de rede. De arbeidsovereenkomst zal daarom worden ontbonden op de g-grond. Warande heeft niet betwist dat X recht heeft op de wettelijke transitievergoeding en dat die vergoeding € 153.996 bruto bedraagt.

Billijke vergoeding en ontbindingsdatum

Nadat Warande aan X op 23 maart 2017 mondeling had meegedeeld dat zij de arbeidsovereenkomst wenste te beëindigen heeft zij X, omdat deze weigerde het werk vrijwillig neer te leggen, op 30 maart 2017 met onmiddellijke ingang op non-actief gesteld. Kort daarop, namelijk op 4 april 2017, heeft Warande binnen haar organisatie kenbaar gemaakt dat de arbeidsovereenkomst met X zal worden beëindigd. Die gang van zaken wekt sterk de indruk van een ontslag op staande voet en is onnodig beschadigend voor X. Daarnaast moet Warande worden aangerekend dat zij de Commissie van Advies en Bemiddeling in een zeer laat stadium heeft ingeschakeld, namelijk nadat zij haar besluit om afscheid te nemen van X had genomen, zij X op non-actief had gesteld, zij de OR en de CCR om advies had gevraagd over het voorgenomen afscheid van X en zij het aanstaande vertrek van X kenbaar had gemaakt binnen de organisatie. Feitelijk was er op dat moment al geen weg meer terug. De bescherming die artikel 14 van de arbeidsovereenkomst X zou moeten bieden heeft Warande haar ontnomen. De kantonrechter is van oordeel dat Warande, als goed werkgever, in elk geval tijdig met X in gesprek had moeten gaan over de twijfels die kennelijk al langere tijd bij haar leefden over het functioneren van X. Eind december 2016 had nog een functioneringsgesprek plaatsgevonden, waarin de raad van toezicht de twijfels die zij toen blijkbaar al had over de geschiktheid van X, niet heeft uitgesproken. De kantonrechter concludeert uit het hiervoor overwogene dat Warande ten opzichte van X ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Bij het bepalen van de datum waartegen de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden wordt de duur van deze procedure daarom niet in mindering gebracht, conform het bepaalde in artikel 7:671b lid 8 onderdeel a BW. De kantonrechter ziet in de gegeven omstandigheden aanleiding om aan X een billijke vergoeding toe te kennen (art. 7:671b lid 9 aanhef en onderdeel b BW). Naast de ernst van het verwijt dat Warande treft moet naar het oordeel van de kantonrechter ook meewegen dat de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (WNT) op de arbeidsrelatie van toepassing is. Alle omstandigheden in aanmerking

genomen zal de billijke vergoeding worden bepaald op € 50.000 bruto. De kantonrechter stelt Warande in de gelegenheid uiterlijk 31 oktober 2017 het verzoek in te trekken.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 20-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:5467

Zaaknummer: 6167505 UE VERZ 17-305

Advocaten: A.G.M. Lieshout en J.R. Berculo

Wetsartikelen: 7:66g lid 3 onderdeel g BW, 7:671b lid 1 onderdeel a BW, 7:671b lid 8 onderdeel a BW en 7:671b lid 9 aanhef en onderdeel b BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Presikhaaf Bedrijven

Vernietiging ontslag op staande voet. Diefstal van vier planten bij Intratuin levert geen dringende reden op in verband met de persoonlijke omstandigheden van werknemer (ernstige depressieve stoornis met psychotische kenmerken).

Feiten

Werknemer is sinds 1 maart 2014 in dienst bij Presikhaaf krachtens De Wet sociale werkvoorzieningen (hierna: WSW). Werknemer is vanaf 16 januari 2017 tewerkgesteld bij Intratuin Arnhem. Presikhaaf ontslaat werknemer op 7 juli 2017 op staande voet. In de brief d.d. 7 juli 2017 aan werknemer vermeldt Presikhaaf de (dringende) reden voor dit ontslag, kort gezegd: diefstal bij Intratuin Arnhem. Op 27 juli 2017 heeft werknemer een suïcidepoging gedaan. Werknemer heeft zichzelf vervolgens op 24 augustus 2017 zeer ernstig letsel toegebracht. Sinds 6 september 2017 is werknemer opgenomen op de gesloten afdeling psychiatrie en gediagnosticeerd met een ernstige depressieve stoornis met psychotische kenmerken.

Oordeel

Kern van het geschil betreft de vraag of de reden die Presikhaaf aan het ontslag op staande voet ten grondslag heeft gelegd is te kwalificeren als een dringende reden. Presikhaaf heeft aan het ontslag op staande voet ten grondslag gelegd dat werknemer op 4 juli 2017 vier planten heeft ontvreemd uit de winkel van Intratuin in Arnhem en zonder te betalen mee heeft genomen naar huis. De door Presikhaaf aangevoerde reden levert naar het oordeel van de kantonrechter geen dringende reden op om de arbeidsovereenkomst met werknemer op 7 juli 2017 onverwijld op te zeggen. Tussen partijen staat niet ter discussie dat werknemer op 4 juli 2017 de planten uit de Intratuin zonder te betalen mee naar huis heeft genomen. Echter, werknemer stelt dat hij onder invloed van een psychose heeft gehandeld. Hij handelde op dat moment zodanig, omdat hij stemmen in zijn hoofd had die hem daartoe opdracht gaven. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft werknemer meer dan voldoende aannemelijk gemaakt dat hij leed – en lijdt – aan een psychische/psychiatrische stoornis, welke stoornis in relatie staat tot zijn gedragingen die voor Presikhaaf aanleiding waren hem op staande voet te ontslaan. Zeker vanwege het specifieke karakter van Presikhaaf als werkgever had Presikhaaf na de constatering van de gedragingen van werknemer in deze zaak, gelet op de (langdurige) WSW-indicatie van werknemer en de e-mail van werknemer d.d. 9 november 2016, nader onderzoek moeten verrichten. Zij had zich ervan dienen te vergewissen of de gedragingen

geen verband hielden met de psychische toestand van werknemer. Presikhaaf kan een Ziektewetuitkering voor werknemer aanvragen waarmee de loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte (grotendeels) wordt gecompenseerd. Gelet op het voorgaande – alle omstandigheden in aanmerking genomen – ontbreekt voor het door Presikhaaf aan werknemer gegeven ontslag op staande voet een dringende reden, zodat de arbeidsovereenkomst niet rechtsgeldig is opgezegd. Het verzoek om de opzegging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen zal dan ook worden toegewezen. Het verzochte salaris en de verzochte wettelijke verhoging, alsmede de wettelijke rente zullen dan ook worden toegewezen. De kantonrechter wijst het verzoek van werknemer om Presikhaaf te verplichten hem binnen 24 uur na betekening van dit vonnis toe te laten tot de overeengekomen werkzaamheden of te bevestigen dat hij zich beschikbaar moet houden voor re-integratie af. Gelet op de huidige medische situatie van werknemer zal hij, naar verwachting mag worden aangenomen gedurende langere tijd, zijn werkzaamheden niet kunnen hervatten en evenmin zich beschikbaar kunnen stellen voor zijn re-integratie. Na herstel zullen partijen in overleg moeten treden teneinde een voor werknemer passende oplossing, te denken valt aan re-integratie bij een andere inlener dan Intratuin Arnhem, te vinden.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 16-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2017:5707

Zaaknummer: 6288824 \ HA VERZ 17-186 \ 474 \ 28195

Rechters: W.H. van Empel

Advocaten: H. Tamminga en A.G.M. Dera-ten Bokum

Wetsartikelen: 7:625 BW en 7:677 lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Sciopeng Detachering B.V./werkneemster

Non-concurrentiebeding is of wordt niet overtreden door indiensttreding bij OCSD, omdat voorshands voldoende aannemelijk is dat Sciopeng Detachering geen opleidingen organiseert. Daaruit volgt dat OCSD, die kennelijk wél opleidingen organiseert, geen concurrent is van Sciopeng Detachering.

Feiten

Werkneemster is per 1 september 2007 in dienst getreden bij SCIO Consult. Op of omstreeks 1 mei 2016 is SCIO Consult gefuseerd met PENG B.V. Deze organisatie ging verder onder de naam Sciopeng. Tot het Sciopeng-concern behoren onder meer Sciopeng Detachering, Sciopeng Advisering en Sciopeng Opleidingen. Op (of omstreeks) 17 juni 2016 hebben Sciopeng Detachering/Bureau Peng enerzijds en werkneemster anderzijds een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten. De voornoemde arbeidsovereenkomst bevat een concurrentie- en relatiebeding (art. 13) en een boetebeding (art. 14). Partijen hebben op 10 november 2016 een vaststellingsovereenkomst ter beëindiging van het dienstverband gesloten. Op 6 juni 2017 is werkneemster in dienst getreden bij Opleidingscentrum voor de Overheid B.V. (hierna: OCSD) als directeur. De coöperatie Factum Holding U.A. is aandeelhouder en bestuurder van OCSD. Bij brief van 26 juli 2017 heeft (de advocaat van) Sciopeng Detachering werkneemster gesommeerd het concurrentiebeding na te komen en per direct de werkzaamheden voor Factum Advies te staken. Voorts is werkneemster gesommeerd het vaststaande deel van de boete van € 10.000 te voldoen. Op 7 augustus 2017 is de arbeidsovereenkomst tussen OCSD en werkneemster met wederzijds goedvinden beëindigd. In conventie vordert Sciopeng Detachering onder meer om werkneemster te gebieden om haar arbeidsovereenkomst met OCSD te beëindigen, voldoening van de verbeurde boetes en nakoming van het non-concurrentiebeding. In reconventie vordert werkneemster onder meer te bepalen dat het tussen partijen overeengekomen concurrentiebeding haar niet verbiedt om in dienst te treden en werkzaam te zijn voor OCSD, dan wel subsidiair schorsing van het beding en een voorschot op een billijke vergoeding.

*Oordeel**In conventie*

Tussen partijen is in geschil of werkneemster door (opnieuw) als directeur in dienst te treden bij OCSD het non-concurrentiebeding heeft overtreden, althans zal overtreden. Daarbij spitst

het geschil zich toe op de vraag of OCSD valt in de categorie bedrijven waarop het in artikel h van de vaststellingsovereenkomst opgenomen concurrentiebeding doelt en meer in het bijzonder of Sciopeng Detachering, evenals OCSD, opleidingsactiviteiten ontplooit. Allereerst constateert de voorzieningenrechter dat de tussen werkneemster en OCSD gesloten arbeidsovereenkomst inmiddels al door de contracterende partijen is ontbonden, zodat Sciopeng Detachering in zoverre geen belang meer heeft bij het gevorderde gebod. Dit onderdeel van de vordering wordt daarom afgewezen. Verder komt de voorzieningenrechter tot het oordeel dat Sciopeng Detachering onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij opleidingsactiviteiten ontplooit. Uit de door Sciopeng Detachering overgelegde stukken blijkt wel dat binnen het Sciopeng-concern (onder meer) opleidingen worden aangeboden, maar valt (binnen de beperkingen van een procedure in kort geding) niet vast te stellen dat zulke activiteiten nu ook ook door Sciopeng Detachering worden ontplooid. Immers, op veel van de door Sciopeng Detachering overgelegde stukken staat enkel 'Sciopeng' vermeld, zonder nadere aanduiding met een concernonderdeel. Voorshands blijkt uit een en ander voldoende dat sinds de fusie de opleidingen binnen het concern worden georganiseerd door Sciopeng Opleidingen, waarbij het niet voor de hand ligt om aan te nemen dat ook Sciopeng Detachering dat nog doet. De voorzieningenrechter acht daarom voorshands voldoende aannemelijk dat Sciopeng Detachering geen opleidingen organiseert. Daaruit volgt dat OCSD, die kennelijk wél opleidingen organiseert, geen concurrent is van Sciopeng Detachering. Bij de beoordeling van een en ander acht de voorzieningenrechter bij uitstek van belang dat een concurrentiebeding strikt, en niet extensief behoort te worden uitgelegd. De omstandigheid dat het Factum-concern en het Sciopeng-concern werkzaam zijn in dezelfde branche en dat mogelijkwerwijs een concernonderdeel van Factum een concurrerende activiteit jegens Sciopeng Detachering uitoefent, is, gelet op het hiervoor overwogene, onvoldoende grondslag voor de door Sciopeng Detachering gestelde schending van het concurrentieverbod door werkneemster.

In reconventie

De primaire vordering in reconventie is in kort geding niet toewijsbaar omdat die neerkomt op een verkapte verklaring voor recht. Bovendien heeft werkneemster ook geen belang (meer) bij toewijzing van deze eis, omdat de eis in conventie integraal wordt afgewezen. Daarom is ook geen plaats voor een vergoeding ex artikel 7:653 lid 5 BW.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 12-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:4054

Zaaknummer: C/08/207403 / KG ZA 17-300

Rechters: W.K.F. Hangelbroek

Advocaten: R.P.J. ter Haseborg en S.A. van Lammeren

Wetsartikelen: 7:653 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Mendix Technology B.V.

Berusting werknemer in ontslag op staande voet op laatste dag van dienstverband. Intrekking ontslag door werkgever heeft geen effect. Toekenning billijke vergoeding, transitievergoeding en gefixeerde schadevergoeding.

Feiten

Werknemer is sinds 1 mei 2012 bij Mendix in dienst. Op 10 maart 2017 hebben Mendix en werknemer een vaststellingsovereenkomst gesloten waarin is overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen per 31 mei 2017 met wederzijds goedvinden zou worden beëindigd. Partijen hebben onder meer afgesproken dat werknemer tot aan de einddatum zou zijn vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden. Mendix heeft werknemer bij brief van 31 mei 2017 op staande voet ontslagen, omdat zij erachter is gekomen dat werknemer reeds in mei in dienst is getreden bij de grootste concurrent van Mendix (Outsystems) en dat werknemer vanaf het kantoor van Outsystems heeft geprobeerd in te loggen. Werknemer verzoekt in onderhavige procedure, na toepassing van de switch, onder meer toekenning van de transitievergoeding, een billijke vergoeding en gefixeerde schadevergoeding. Volgens werknemer is sprake van een opzegging in strijd met artikel 7:671 lid 1 BW. Mendix heeft ter zitting het ontslag op staande voet ingetrokken. Mendix heeft hiervoor als reden gegeven dat werknemer een plausibele verklaring heeft gegeven voor het inloggen op de Salesforce CRM. Volgens Mendix is door de intrekking van het ontslag op staande voet de arbeidsovereenkomst per 31 mei 2017 alsnog geëindigd middels de vaststellingsovereenkomst.

*Oordeel**Ontslag op staande voet*

Doordat werknemer ter zitting heeft aangegeven te berusten in het ontslag, staat vast dat de arbeidsovereenkomst ingaande 31 mei 2017 als gevolg van het door Mendix gegeven ontslag op staande voet is geëindigd. Dat Mendix vervolgens ter zitting heeft gesteld dat zij het ontslag op staande voet wenst in te trekken resulteert daarom geen effect meer. Het voorgaande betekent ook dat de tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst op grond waarvan de arbeidsovereenkomst ingaande een dag later met wederzijds goedvinden eindigt, geen rechtskracht meer toekomt. Naar het oordeel van de kantonrechter is het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig gegeven. Daartoe wordt het volgende overwogen. De kantonrechter stelt vast dat partijen in de vaststellingsovereenkomst geen expliciete afspraak hebben gemaakt

over het verbod van nevenwerkzaamheden. In de vaststellingsovereenkomst is vastgelegd dat werknemer per direct was vrijgesteld van werkzaamheden met het oog op het verwerven van een functie elders. Ook is afgesproken dat het relatiebeding per direct was komen te vervallen. Verder is afgesproken dat hij onverkort wordt gehouden aan de (post-)contractuele verplichtingen zoals neergelegd in concreet genoemde artikelen, terwijl artikel 13 (verbod op nevenwerkzaamheden) hierbij niet is genoemd. Uit voornoemde omstandigheden mocht werknemer naar het oordeel van de kantonrechter redelijkerwijs aannemen dat het verbod van nevenwerkzaamheden niet langer van kracht was. Nu geoordeeld is dat werknemer mocht aannemen dat hij niet gehouden was aan het verbod van nevenwerkzaamheden zoals opgenomen in de arbeidsovereenkomst, is er ook geen grond te oordelen dat werknemer gehandeld heeft in strijd met zijn verplichting om zich als goed werknemer te gedragen. De conclusie is dan ook dat het enkele feit dat werknemer op 29 mei 2017 bij Outsystems in dienst is getreden geen dringende reden op levert. De kantonrechter neemt naast het voorgaande ook de persoonlijke omstandigheden van werknemer en de voor hem verstreckende gevolgen van het ontslag op staande voet in aanmerking. Ook gelet hierop is er geen sprake geweest van een dringende reden.

Billijke vergoeding

Werknemer heeft verzocht hem een billijke vergoeding van € 50.000 bruto toe te kennen op grond van artikel 7:681 lid 1 onderdeel a BW. Nu in het voorgaande is geoordeeld dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, kan het verzoek van werknemer om toekenning van een billijke vergoeding worden toegewezen. Bij de bepaling van de hoogte van de billijke vergoeding dient rekening te worden gehouden met alle bijzondere omstandigheden van het geval. De wijze waarop werknemer is ontslagen kan Mendix worden aangerekend. Het ontslag op staande voet op de laatste dag van zijn dienstverband is bij werknemer hard angekommen. Maar ook zijn nieuwe werkgever is hiermee geconfronteerd. Immers, Mendix heeft Outsystems een brief gestuurd waarin werknemer is afgeschilderd als onbetrouwbare werknemer. Bovendien zag werknemer zich genooddaakt een advocaat in te schakelen om zich tegen het ontslag en de sommatie tot terugbetaling van de aan hem betaalde beëindigingsvergoeding en boete te verweren. Door deze handelwijze heeft Mendix naar het oordeel van de kantonrechter ernstig verwijtbaar gehandeld. De kantonrechter zal alles overwegende de billijke vergoeding vaststellen op een bedrag van € 10.000 bruto.

Gefixeerde schadevergoeding en transitievergoeding

Werknemer verzoekt toekenning van de gefixeerde schadevergoeding, bestaande uit het loon dat hij in de periode 31 mei 2017 tot 1 augustus 2017 zou hebben genoten. Mendix heeft het door werknemer genoemde loon niet betwist. De gevorderde vergoeding wegens onregelmatige opzegging is naar het oordeel van de kantonrechter daarom toewijsbaar. De kantonrechter kent aan werknemer ook een transitievergoeding toe ter hoogte van € 31.666,07 bruto.

Verval relatiebeding

Nu sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van Mendix kan zij geen rechten ontleen aan het tussen partijen geldende relatiebeding.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 10-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2017:7750

Zaaknummer: 6199459 VZ VERZ 17-19902

Rechters: R. Kruisdijk

Advocaten: M. Hoogenboom en M.E.B.C. Daudt

Wetsartikelen: 7:653 lid 4 BW, 7:671 lid 1 BW, 7:672 lid 10 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer c.s./Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers

Gedaagde maakt verboden onderscheid op grond van leeftijd door de ex-werknemers ingevolge de cao Welzijn & Maatschappelijke Dienstverlening toegekende wachtgelduitkering te beëindigen wegens het bereiken van de leeftijd van 65 jaar.

Feiten

De werknemers zijn allen ex-werknemers van COA, van wie tussen 2004 en 2011 het dienstverband met COA is beëindigd. De werknemers hebben vanwege de beëindiging van hun dienstverband een wachtgeld toegekend gekregen op grond van de (toenmalige) cao Welzijn & Maatschappelijke Dienstverlening, meer precies het wachtgeld conform 'Uitvoeringsregeling L Wachtgeld'. Artikel 4.3 van de uitvoeringsregeling bepaalt dat de duur van het wachtgeld van de rechthebbende die op het tijdstip van zijn ontslag minstens 50 jaar oud was en een diensttijd van minstens tien jaar had volbracht, na afloop van de berekende wachtgeldtermijn wordt verlengd tot de dag waarop hij 65 jaar wordt. Artikel 9.1 bepaalt dat het recht op wachtgeld eindigt nadat de rechthebbende 65 jaar is geworden. De werknemers vorderen onder meer (1) te verklaren voor recht dat de aangehaalde bepalingen in strijd zijn met de WGBL en derhalve nietig, en (2) COA te veroordelen het aan de werknemers toegekende wachtgeld uit te blijven keren of te doen uitkeren tot de momenten waarop de werknemers de AOW-gerechtigde leeftijd zullen bereiken.

Oordeel

Ten tijde van het ontslag van de werknemers was de AOW-leeftijd 65 jaar. Sindsdien wordt de AOW-leeftijd in stappen verhoogd tot 67 jaar. Niettemin bepaalt artikel 9.1 dat de wachtgeldregeling eindigt met ingang van de eerste maand waarin de rechthebbende 65 jaar wordt. Voor werknemers die op grond van artikel 4 van de uitvoeringsregeling een maximale wachtgeldduur hebben, die zich uitstrekt tot een datum na de dag waarop zij 65 jaar worden, houdt dit in dat zij geen gebruik kunnen maken van hun maximale wachtgeldduur en derhalve een financieel 'gat' hebben. De in deze procedure te beantwoorden vraag is, of dit gegeven een ongeoorloofde leeftijdsdiscriminatie oplevert. Uit artikel 4 van de uitvoeringsregeling vloeit voort dat er drie categorieën rechthebbenden op wachtgeld met een verlengde wachtgeldduur kunnen zijn, waarvan de tweede en derde relevant zijn. De tweede betreft werknemers die bij ontslag 50 jaar oud waren, maar minder dan tien jaar in dienst. Voor hen eindigt het wachtgeld na het verstrijken van de op hen van toepassing zijnde termijn, maar op grond van artikel 9 niet later dan de maand waarin zij 65 jaar worden. De

derde categorie zijn werknemers die bij ontslag 50 jaar oud waren, en langer dan tien jaar in dienst. Voor hen eindigt het wachtgeld niet na het verstrijken van de op hen van toepassing zijnde termijn, maar wordt deze verlengd tot de maand waarin zij 65 jaar worden. Voor de beoordeling van de vraag of sprake is van leeftijdsdiscriminatie is van belang dat enerzijds een groep is die geen negatieve gevolgen ondervindt in een bepaalde situatie en anderzijds een (andere) groep, die in een vergelijkbare situatie wel negatieve gevolgen ondervindt, uitsluitend doordat voor hen een bepaalde leeftijd of leeftijdsgrens geldt. In die zin zijn de categorieën 2 en 3 niet met elkaar vergelijkbaar. Het voorgaande neemt echter niet weg dat binnen categorieën 2 en 3 wel sprake is van discriminatie, namelijk tussen de groep rechthebbenden die volledig gebruik hebben kunnen maken van de maximale wachtgeldduur en inmiddels 'naadloos' zijn overgegaan van de wachtgeldregeling in een AOW-uitkering en de groep rechthebbenden die nog niet hun maximale wachtgeldduur hebben verbruikt en thans aanlopen tegen een 'gat'. De enige bepalende factor hierbij is de leeftijdsgrens van 65 jaar en in de situatie, waarbij de AOW-leeftijd gelijkelijk wordt verhoogd, levert dat een onderscheid naar leeftijd op. De kantonrechter is van oordeel dat voor het door COA gemaakte onderscheid op grond van leeftijd geen rechtvaardiging bestaat. De stelling van COA dat sprake is van een legitiem doel, vanwege de eerlijke verdeling van de beschikbare middelen, volgt de kantonrechter niet. Niet is komen vast te staan waarom de leeftijdsgrens van 65 jaar noodzakelijk is en tegen welke problemen COA aanloopt indien de leeftijdsgrens van 65 jaar niet wordt gehanteerd. Daarnaast is het doel ook niet expliciet benoemd in de uitvoeringsregeling en is niet uiteengezet waarom de leeftijdsgrens van 65 jaar noodzakelijk is. De kantonrechter komt op grond van het voorgaande tot de slotsom dat sprake is van een verboden onderscheid, dat ongedaan moet worden gemaakt. In die zin zal de gevorderde verklaring voor recht worden toegewezen, met dien verstande dat deze verklaring zich zal beperken tot de enige clausule in de uitvoeringsregeling die in strijd is met de WGBL en dat is artikel 9 lid 1 onderdeel a. Daarnaast zal COA worden veroordeeld om het wachtgeld te blijven uitkeren tot de momenten waarop de medewerkers de AOW-gerechtigde leeftijd zullen bereiken.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 26-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2017:12911

Zaaknummer: 5963109 RL EXP 17-11118

Rechters: C.W.D. Bom

Advocaten: L.V. Sloot en J.T. Terpstra

Wetsartikelen: 1 WGBL, 3 WGBL, 7 WGBL, 13 WGBL en cao Welzijn & Maatschappelijke Dienstverlening

RECHTSPRAAK

TMG Personeel B.V./werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst e-grond, na een door de werkgever vernietigde vaststellingsovereenkomst. De overeenkomst was ondertekend door de partner van werknemer. Strijd met artikel 3:68 BW.

Feiten

Werkneemster is op 15 maart 2010 in dienst van TMG getreden. Zij was laatstelijk werkzaam als managementassistente op het secretariaat van de raad van bestuur van TMG. Werkneemster heeft een affectieve relatie met X, hoofd HR van TMG. Volgens een intern besluit was X niet bevoegd overeenkomsten met een belang van meer dan € 50.000 te sluiten. Werkneemster en X, namens TMG, hebben op 22 maart 2017 een vaststellingsovereenkomst ondertekend. Ingevolge deze vaststellingsovereenkomst heeft werkneemster onder meer recht op een beëindigingsvergoeding van € 55.142 bruto tegen een einde van de arbeidsovereenkomst per 30 juni 2017. Bij brief van 19 juni 2017 heeft TMG de vaststellingsovereenkomst buiten rechte vernietigd. Werkneemster stelt daarentegen dat de vaststellingsovereenkomst wel geldig is. TMG verzoekt de arbeidsovereenkomst met werkneemster te ontbinden op basis van de e-grond. TMG stelt daartoe onder meer dat de vaststellingsovereenkomst non-existent, althans nietig is. Wat betreft de ontbinding van de arbeidsovereenkomst stelt TMG dat het handelen van werkneemster in de kern erop neerkomt dat werkneemster TMG welbewust heeft misleid door bij de heer Y een dreigende burn-out voor te wenden, teneinde een buitenproportionele beëindigingsregeling te bedingen, waarbij zij gebruik heeft gemaakt van de positie van haar partner. TMG meent dat dit evident ontoelaatbaar gedrag is.

Oordeel

Vaststellingsovereenkomst

Geoordeeld wordt dat TMG terecht de beëindigingsovereenkomst heeft vernietigd, althans dat de vernietiging van de overeenkomst door TMG bij brief van 19 juni 2017 doel heeft getroffen. Los van het feit dat er voldoende vraagtekens zijn te plaatsen bij de gang van zaken rond de totstandkoming van de beëindigingsovereenkomst eind maart 2017, geldt dat het bepaalde in artikel 3:68 BW zich ertegen verzet dat X de overeenkomst voor TMG heeft gesloten. Daartoe moge het volgende dienen. Vast staat dat een vaststellingsovereenkomst is gesloten met een vergoeding van ruim vier keer de kantonrechtersformule (die bij TMG nog wel werd gebruikt)

tot zes keer de hoogte van de transitievergoeding. Een hoge vergoeding is niet in het belang van TMG, zeker daar waar het initiatief tot beëindiging niet van haar afkwam. Vast staat ook dat de partner van werkneemster, waarmee zij samenwoont, die overeenkomst namens TMG heeft ondertekend. X heeft onmiskenbaar een belang bij een zo hoog mogelijke vergoeding voor zijn directe levenspartner, althans belangenverstrengeling is niet uitgesloten. Artikel 3:68 BW verhindert dan dat X als gemachtigde voor TMG optreedt. Bovendien was de volmacht van X voor het aangaan van een overeenkomst met een belang boven € 50.000 intern beperkt. X diende voor het aangaan van de overeenkomst toestemming te vragen, hetgeen niet is gebeurd. De stelling van werkneemster dat zij dit niet wist, is tegen de achtergrond van hun affectieve relatie zo onwaarschijnlijk dat de kantonrechter dat verweer passeert. Nu de vernietiging van de vaststellingsovereenkomst door TMG doel treft en TMG werkneemster niet houdt aan de opzegging van de arbeidsovereenkomst, duurt de arbeidsovereenkomst tot heden voort.

Ontbinding

De eerder geschetste feiten en omstandigheden rond het tekenen van de overeenkomst worden door de kantonrechter aangemerkt als verwijtbaar handelen zijdens werkneemster. Ook werkneemster had iedere schijn van belangenverstrengeling dienen te vermijden en ervoor dienen te waken dat X haar beëindigingsovereenkomst ondertekende óf dat boven iedere twijfel was verheven dat de inhoud van de overeenkomst de goedkeuring van de raad van bestuur kon wegdragen. Dat laatste is niet gebleken. Werkneemster heeft de inhoud of de totstandkoming niet met iemand van de raad van bestuur en/of Z besproken. Werkneemster heeft toegestaan dat haar levenspartner haar vaststellingsovereenkomst tekende met daarin een beëindigingsvergoeding, die als buitengewoon riant valt aan te merken, met allerlei even riant bijkomende regelingen, terwijl zij van TMG niet behoefde te vertrekken. De kantonrechter ontbindt de arbeidsovereenkomst op basis van de e-grond, zonder toekenning van een billijke vergoeding.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 22-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:8143

Zaaknummer: 6097430 EA VERZ 17-578

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: J. van der Steenhoven en M.H. Stekelenburg

Wetsartikelen: 7:671b BW, 7:669 lid 1 en lid 3 onderdeel e BW, 3:68 BW en 7:670b BW

RECHTSPRAAK

Air Energi Netherlands/werknemer

Verzoek ontbinding op basis van de a-grond afgewezen, omdat de werkgever onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het afspiegelingsbeginsel niet van toepassing zou zijn door een unieke functie.

Feiten

Air Energi is gespecialiseerd in de werving en selectie van (hoogopgeleid) technisch personeel. Air Energi heeft in 2014 een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met werknemer gesloten. Werknemer is feitelijk tewerkgesteld bij Total E&P Nederland B.V. Bij vonnis in kort geding heeft de kantonrechter te Den Haag op 27 februari 2017 geoordeeld dat de laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege geconverteerd is in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vanwege de ketenregeling. Air Energi heeft op 21 februari 2017 toestemming gevraagd aan het UWV om de arbeidsovereenkomst met werknemer te mogen opzeggen wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Het UWV heeft geweigerd toestemming te verlenen. Air Energi verzoekt de kantonrechter de arbeidsovereenkomst te ontbinden, primair op basis van de a-grond en subsidiair de g-grond. Ter onderbouwing van de primaire ontslaggrond (de a-grond) heeft Air Energi onder meer naar voren gebracht dat de arbeidsplaats van werknemer structureel is komen te vervallen omdat de opdracht bij Total is geëindigd. Andere passende functies zouden vanwege de opleiding, ervaring en capaciteiten van werknemer bovendien niet voorhanden zijn.

*Oordeel**A-grond*

De kantonrechter is allereerst met UWV van mening dat Air Energi voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de opdracht bij Total is komen te vervallen en, vanwege de beloning van werknemer die thans niet wordt bekostigd door klanten, Air Energi maatregelen wenst te treffen in de personele sfeer. Waar het verzoek echter – ook in onderhavige procedure – reeds op strandt, is de vraag of het afspiegelingsbeginsel juist is toegepast en of in onderhavig geval sprake is van een unieke functie. Wat namelijk ontbreekt – en van evident belang is om vast te stellen of sprake is van een unieke functie – is een functiebeschrijving of een omschrijving van de feitelijke werksituatie, en voorts welke beloning hoort bij een bepaalde functie. Air Energi blijft daarbij in zijn motivering vallen in algemeenheden en merkt slechts op dat de functie van werknemer niet uitwisselbaar is met andere functies vanwege de vereiste kennis,

ervaring, opleiding en het salaris. Air Energi verzuimt daarbij expliciet te vermelden welke kennis, ervaring, opleiding voor andere functies vereist zijn en tegen welke beloning dat gebeurt. Aldus is onvoldoende, althans slechts ten dele, vast te stellen of de functie van werknemer als uniek valt aan te merken. Daarbij wordt nog opgemerkt dat Air Energi onvoldoende gemotiveerd heeft waarom de functies bij Total, die thans door andere werknemers worden vervuld en – terecht – door werknemer in zijn verweerschrift naar voren worden gehaald, niet uitwisselbaar zijn. De conclusie van het vorengaande is dat Air Energi (opnieuw) niet aannemelijk heeft gemaakt dat het afspiegelingsbeginsel niet van toepassing is. Het verzoek op basis van de a-grond moet daarom worden afgewezen.

G-grond

De kantonrechter stelt allereerst vast dat werknemer zijn werkzaamheden bij Total altijd naar volle tevredenheid heeft verricht. Dat blijkt onder meer uit de verlenging van de opdracht van Total en het niet door Air Energi betwiste feit dat Total heeft geprobeerd om eind 2016 een gesprek te arrangeren tussen Air Energi en werknemer om de lucht te klaren. Ook stelt de kantonrechter vast dat Air Energi nooit enige poging heeft ondernomen om de vermeende verstoring in de arbeidsverhouding te herstellen, bijvoorbeeld door het beproeven van mediation. Mocht daarnaast al sprake zijn van enige verstoring in de arbeidsrelatie, dan is die verstoring geheel te wijten aan het feit dat Air Energi zich onjuist – zo is overwogen in het (eerdere) vonnis in kort geding – op het standpunt heeft gesteld dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zou zijn geëindigd. Dat tijdens en na het geschil enige frictie tussen partijen is ontstaan, is voorstelbaar, maar niet voldoende om een onherstelbare verstoring in de arbeidsverhouding aan te nemen. Gelet op het vorengaande wordt het verzoek de arbeidsovereenkomst op basis van de g-grond te ontbinden, afgewezen.

Instantie: Rechtbank Den Haag

Datum uitspraak: 07-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBDHA:2017:12912

Zaaknummer: 6122574 RP VERZ 17-50392

Rechters: W. ten Cate

Advocaten: A. van Nielen en N.P.B. Schmitz

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

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Vrije Academia

Niet-ontvankelijk in grieven tegen eindvonnis die in essentie zijn gericht tegen bindende eindbeslissing in het tussenvonnis (waartegen niet is gegriefd). Stilzwijgende verlenging arbeidsovereenkomst.

Feiten

Werknemer is op 1 februari 2010 in dienst getreden bij Vrije Academia als Algemeen Medewerker op basis van een arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar. Deze arbeidsovereenkomst is na ommekomst van één jaar verlengd van 1 februari 2011 tot en met 31 januari 2012. Feitelijk verrichtte werknemer gedurende zijn dienstverband met Vrije Academia werkzaamheden voor de Stichting Islamitische Universiteit van Europa. Na 1 februari 2012 heeft werknemer tot en met juni 2012 voor gemiddeld 6,5 uur per week werkzaamheden verricht voor de Islamitische Universiteit. Tussen partijen is een geschil ontstaan over de vraag of de arbeidsovereenkomst van werknemer met Vrije Academia na 1 februari 2012 stilzwijgend is verlengd. Tegen deze achtergrond heeft werknemer in eerste aanleg bij de kantonrechter tegen Vrije Academia primair gevorderd een verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst tussen Vrije Academia en werknemer (ook) na 1 februari 2012 stilzwijgend is verlengd. De kantonrechter heeft bij deelvonnissen het verzoek afgewezen. De kantonrechter heeft vervolgens bij eindvonnis van 24 april 2015 ter zake van de (primaire) vordering tegen Vrije Academia de proceskosten gecompenseerd en het meer of anders gevorderde afgewezen. De kantonrechter heeft de subsidiaire vorderingen van werknemer tegen de Islamitische Universiteit afgewezen. Werknemer komt tegen het oordeel van de kantonrechter in het deelvonnissen in hoger beroep.

Oordeel

Werknemer komt bij memorie van grieven op tegen het oordeel van de kantonrechter in het deelvonnissen dat in de verhouding tussen Vrije Academia en werknemer geen sprake is van een stilzwijgende verlenging van de arbeidsovereenkomst of feitelijke voortzetting van het dienstverband in de periode na 1 februari 2012. Zijn in hoger beroep ingestelde vorderingen zijn alle hierop gebaseerd. Werknemer heeft evenwel in het hoger beroep tegen het deelvonnissen tegen die bindende eindbeslissing geen grief gericht, zodat in hoger beroep als vaststaand moet worden aangenomen dat geen stilzwijgende verlenging van de arbeidsovereenkomst heeft plaatsgehad. In het onderhavige hoger beroep tracht werknemer het niet-opkomen tegen die eindbeslissing te repareren door in de memorie van grieven alsnog een grief te formuleren tegen het bestreden tussenvonnis. Dit is tevergeefs. De partij die tussentijds hoger beroep

heeft ingesteld, is immers gehouden daarin al zijn bezwaren tegen dat vonnis aan te voeren en verliest de mogelijkheid dat bij een latere gelegenheid in (een ander) hoger beroep te doen. Dit brengt mee dat werknemer in zijn hoger beroep voor zover gericht tegen het deelvonnis van 7 november 2014 niet-ontvankelijk zal worden verklaard. Werknemer heeft geen zelfstandige grieven aangevoerd tegen het eindvonnis, dat overigens voornamelijk ziet op de verhouding tussen werknemer en de Islamitische Universiteit. De conclusie uit het voorgaande is dat werknemer niet-ontvankelijk zal worden verklaard in zijn hoger beroep tegen zowel het deelvonnis als het eindvonnis.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 11-04-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:898

Zaaknummer: 200.174.213/01

Rechters: M.J. van Cleef-Metsaars, C.A. Joustra en A.J.P. van Beurden

Advocaten: C.J. Spitters en Z. Benguedda

Wetsartikelen: 7:668 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Heineken Nederlands Beheer B.V.

Ontbinding d-grond. Nu het disfunctioneren met name ziet op de houding en het gedrag van werknemer om zich bij zijn functievervulling door zijn (nieuwe) leidinggevenden te laten aansturen, kan het laten volgen van de cursus ‘feedback geven en ontvangen’ niet als onvoldoende zorg voor scholing van werknemer worden gekwalificeerd.

Feiten

Werknemer is in dienst getreden bij Heineken in de functie van Medewerker Bewaking & Beveiliging. Over het jaar 2013 en 2014 heeft werknemer een C/D-beoordeling gekregen, waarbij C staat voor goed (in overeenstemming met het vereiste niveau) en D voor verbetering gewenst (onder het vereiste niveau). Tijdens het voortgangsgesprek dat medio 2015 is gehouden, is aan werknemer voorgehouden dat hij zijn functioneren onvoldoende had verbeterd en dat het geen C-score opleverde. Er werd daarom een verbetertraject gestart. Bij brief van 5 september 2016 is aan werknemer te kennen gegeven dat hij het verbetertraject niet succesvol heeft afgerond. Bij e-mail van 14 oktober 2016 heeft Heineken aan werknemer bericht over de (on)mogelijkheden van herplaatsing binnen Heineken. Heineken heeft vervolgens de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van disfunctioneren. Dit verzoek heeft de kantonrechter toegewezen. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

*Oordeel**Disfunctioneren*

In de RGB-formulieren is voldoende concreet en duidelijk aan werknemer kenbaar gemaakt op welke punten er serieuze kritiek op het functioneren van werknemer bestond. Dat werknemer het met deze beoordelingen niet eens was en zelfs op 21 februari 2015 aan leidinggevende 3 mailde dat hij de beoordeling over 2014 niet erg serieus nam, doet geen afbreuk aan het feit dat het onvoldoende functioneren van werknemer in voldoende mate is komen vast te staan. De wijze waarop Heineken tegen het functioneren van werknemer aankeek is voorts geen momentopname geweest, maar is beoordeeld gedurende een reeks van jaren. Van belang hierbij is ook dat in de beoordeling over 2014 expliciet is vermeld dat werknemer tot het voortgangsgesprek in 2015 de tijd kreeg om verbetering te laten zien en zijn beoordeling naar een C op te halen.

Verbetertraject

In het medio 2015 gehouden voortgangsgesprek heeft Heineken werknemer voorgehouden dat hij zijn functioneren onvoldoende had verbeterd naar een C-score en dat een verbetertraject zou worden gestart. Heineken heeft hiertoe een verbeterplan opgesteld, waarin per competentie een te behalen resultaat met concrete acties is benoemd. In het verbeterplan is een termijn van negen maanden opgenomen om te bezien of werknemer de afgesproken doelstellingen zou behalen, welke termijn vanwege ziekte van werknemer is verlengd tot augustus 2016. Heineken heeft vervolgens op 30 augustus 2016 mondeling en op 5 september 2016 schriftelijk aan werknemer meegedeeld dat hij het verbetertraject niet succesvol had afgerond. Het hof is van oordeel dat Heineken met het hiervoor geschetste verbetertraject en de (verlengde) duur daarvan werknemer in voldoende mate in de gelegenheid heeft gesteld zijn functioneren te verbeteren.

Scholing

Het door Heineken gestelde disfunctioneren betreft naar het oordeel van het hof niet zozeer onvermogen van werknemer om de tot zijn functie behorende taken 'technisch' goed uit te voeren, maar ziet met name op de houding en het gedrag van werknemer om zich bij zijn functievervulling door zijn (nieuwe) leidinggevenden te laten aansturen. Dat heeft zijn weerslag gevonden in de wijze waarop werknemer zijn functie heeft vervuld. Voor zover het de technische functievervulling betreft valt dan ook niet in te zien welke scholing noodzakelijk was. Voor zover het de hiervoor omschreven houding en het gedrag van werknemer betreft kan de omstandigheid dat Heineken werknemer slechts een cursus 'feedback geven en ontvangen' heeft laten volgen niet als onvoldoende zorg voor scholing van werknemer worden gekwalificeerd. De slotsom is dat het hoger beroep van werknemer dient te worden verworpen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 24-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:9489

Zaaknummer: 200.216.235

Rechters: E.B. Knottnerus, W.P.M. ter Berg en J.H. Kuiper

Advocaten: K.O. de Jongh en C.B.G. Derks

Wetsartikelen: 7:671b BW en 7:66g lid 1 en lid 3 aanhef en onderdeel d BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Egis Parking Services B.V.

Werknemer is niet geslaagd in het leveren van tegenbewijs. Getuige is niet betrouwbaar. Dringende reden is komen vast te staan.

Feiten

Het gaat in deze zaak om de vraag of werknemer op 27 juni 2016 terecht op staande voet is ontslagen. In de eerdere beschikking van 9 november 2016 is overwogen dat met de zijdens Egis ingebrachte stukken voorshands is komen vast te staan dat werknemer de gedragingen, die Egis aan het ontslag op staande voet ten grondslag heeft gelegd, heeft gepleegd. Daarvoor is redengevend geacht dat de verklaringen van getuige 1 en getuige 2 qua weergave van de feiten met elkaar overeenkomen en dat de kantonrechter geen reden heeft om aan de juistheid ervan te twijfelen. Omdat werknemer de zijdens Egis geschetste gang van zaken gemotiveerd betwistte, heeft de kantonrechter, hoewel werknemer geen bewijs van zijn stellingen had bijgebracht of aangeboden, hem toegelaten tot het leveren van tegenbewijs.

Oordeel

Geoordeeld wordt dat werknemer niet in het leveren van tegenbewijs is geslaagd. Met name volgt uit alle stukken, feiten en omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, niet dat werknemer niet getuige 1, maar getuige 1 werknemer heeft bedreigd, zoals werknemer steeds heeft gesteld. Overwogen wordt daartoe als volgt. Werknemer heeft drie getuigen voorgebracht: zichzelf (partijgetuige), getuige 3 en getuige 2. Bij het waarheidsgehalte van de verklaring van getuige 3 zijn dusdanige vraagtekens te plaatsen, dat deze niet door de kantonrechter zal worden gebruikt. Niet alleen hebben twee andere getuigen – getuige 1 en getuige 2 – getuige 3 niet in de bewuste ruimte gezien, maar ook doet de officiële tekening van (de vluchtroutes in) de ruimte blijken dat vanuit de plek waar getuige 3 stond (bij de wc), hij de gebeurtenissen niet gezien kan hebben. Daarnaast wordt de verklaring van getuige 3 omtrent de mogelijkheid zich tegenover getuige 4 uit te spreken, door twee andere verklaringen (van getuige 5 en van getuige 4) gemotiveerd weersproken. Tot slot heeft getuige 3 verklaard dat hij de dag voor het getuigenverhoor met werknemer en diens gemachtigde uitgebreid heeft doorgesproken wat hij zou zeggen. Daarmee ligt een zeker inkleuring van zijn verklaring op de loer. Getuige 2, opgeroepen door werknemer, verklaart daarentegen in lijn met getuige 1, opgeroepen door Egis. Zowel de verklaring van getuige 2 als die van getuige 1 komen de kantonrechter geloofwaardig voor. Nu de voorshandse beoordeling van de kantonrechter niet is ontzenuwd, is de lezing van de gebeurtenissen op 22 juni 2016 zijdens Egis komen vast te staan. Die gebeurtenissen kwalificeren als voldoende reden voor een

ontslag op staande voet.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 16-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2017:8144

Zaaknummer: 104367 - EA 16-918.02

Rechters: M.V. Ulrici

Advocaten: M.M.A. Appelman en S.P.M. Romijn

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werkneemster

Niet-nakoming pensioentoezegging arbeidsovereenkomst. Werkgeefster heeft nagelaten werkneemster aan te melden bij pensioenfonds en premies af te dragen. Wel heeft werkgeefster premies bij werkneemster ingehouden. Werkgeefster dient de pensioenschade die werkneemster daardoor heeft geleden te vergoeden. Beroep op bedrog wordt afgewezen.

Feiten

Op 1 februari 2009 is werkneemster op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in de functie secretaresse/administratief medewerkster bij werkgeefster in dienst getreden. Werkneemster wilde slechts bij werkgeefster in dienst treden als zij dezelfde pensioenopbouw kreeg als bij haar vorige werkgever. Op 16 juni 2009 hebben partijen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gesloten. In artikel 14 van dit contract staat dat werkgeefster een pensioenvoorziening voor werkneemster zal treffen. Op het salaris van werkneemster is maandelijks een premie ingehouden onder vermelding van OP-premie/AP-premie PFZW. Bij brief van 4 april 2014 heeft het PFZW aan werkneemster meegedeeld dat haar werkgeefster niet is aangesloten bij dit pensioenfonds en dat er geen premie voor werkneemster is afgedragen. Voorts is werkneemster een kort geding gestart. Tijdens de mondelinge behandeling zijn partijen overeengekomen dat werkgeefster binnen zes weken aan werkneemster een voorstel zal doen met betrekking tot de pensioenaanspraken. Het op 16 juni 2014 toegezegde voorstel is echter uitgebleven, waarna werkneemster na vergeefse aanmaning haar vordering aanhangig heeft gemaakt. De kantonrechter heeft vervolgens overwogen dat werkgeefster gehouden was werkneemster bij een pensioenfonds aan te melden, hetgeen zij niet heeft gedaan, maar daarvoor wel premie heeft ingehouden, waarmee de tekortkoming vaststaat. Werkgeefster komt in hoger beroep op tegen dit vonnis.

Oordeel

Werkgeefster vindt dat zij niet gehouden kan worden aan de in de arbeidsovereenkomst opgenomen pensioentoezegging. Werkgeefster betoogt dat deze verklaring niet overeenkomt met haar wil. Het hof stelt voorop dat de ondertekende arbeidsovereenkomst een onderhandse akte is waarin de rechten en plichten van partijen zijn vastgelegd. Die akte levert ingevolge artikel 157 lid 2 Rv dwingend bewijs op van de juistheid van de inhoud ervan, behoudens tegenbewijs. Voor zover werkgeefster haar standpunt dat zij niet aan die

toezegging kan worden gehouden onderbouwt door erop te wijzen dat deze verklaring afwijkt van haar wil, is onvoldoende aangevoerd om haar toe te laten tot bedoeld tegenbewijs. Werkgeefster heeft immers ter zitting bij de kantonrechter erkend dat een pensioenregeling is afgesproken. Werkgeefster heeft aangevoerd dat zij niet zuiver heeft erkend omdat zij na de zitting bekend is geraakt met bedrog door werkneemster. Werkgeefster heeft echter nagelaten concreet te maken waaruit dat bedrog in relatie tot haar erkenning bestaat. Een gerechtelijke erkenning kan slechts worden herroepen als aannemelijk is dat die *erkenning* door dwaling of niet in vrijheid is afgelegd (art. 154 lid 2 Rv). Dat werkgeefster door bedrog tot haar erkenning zou zijn gebracht, is gesteld noch gebleken. Het hof constateert dat, als werkgeefster al meende dat ten onrechte premie voor PFZW werd ingehouden, zij dat vanaf 2010 blijkens haar eigen verklaring op zijn beloop heeft gelaten. Daarmee heeft zij als werkgeefster op zijn minst de schijn gewekt dat aldus de overeengekomen pensioentoezegging (met haar instemming) werd uitgevoerd, en daarop mocht werkneemster vertrouwen. Indien werkgeefster haar verplichting om aan de pensioentoezegging te voldoen correct was nagekomen via een ander pensioenfonds of via een verzekeraar, had werkneemster geen pensioenschade geleden. Werkgeefster heeft echter niet op andere wijze aan haar verplichting voldaan en zij dient de schade die werkneemster daardoor heeft geleden te vergoeden. Bij gebrek aan een door werkgeefster aangedragen alternatief dat zou hebben voldaan aan de pensioentoezegging kan die schade slechts worden berekend zoals is gebeurd, aan de hand van de gegevens van PFZW.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 31-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:9473

Zaaknummer: 200.176.187/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, W.P.M. ter Berg en G. van Rijsse

Advocaten: W.J. Lenstra en J.I. Veldhuis-Lampe