

Nieuwsbrief VAAN AR Updates

Nummer 48, 2017

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

INHOUDSOPGAVE

Hoge Raad

[Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2017:3019](#) 24-11-2017

bestuurder/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:5115](#) 23-11-2017

werknemer/werkgever

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:5113](#) 23-11-2017

werknemer/werkgeefster

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:5114](#) 23-11-2017

werknemer/werkgever

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:3240](#) 21-11-2017

werknemster/Parnassia Groep B.V.

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:3237](#) 21-11-2017

werknemer/Arbeidsbemiddelingscentrum BV

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:10209](#) 21-11-2017

werknemster/Sallcon B.V.

[Gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2017:4826](#) 21-11-2017

werknemer/HAS

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2017:10196](#) 21-11-2017

werknemer/B.V. Bouwmachines C. De Hon & Zn.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:5095](#) 16-11-2017

werkgever/werkneemster

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2017:3031](#) 31-10-2017

werknemer/Cotac Nederland B.V., h.o.d.n. CTC Complete Tank Care

Rechtbank

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:5846](#) 17-11-2017

Buig Centrale Steenberg B.V./FNV

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:11179](#) 15-11-2017

Budé Holding Meerssen/Maastricht B.V./werknemer

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:9592](#) 15-11-2017

werkneemster/AZA B.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:5818](#) 08-11-2017

werkgever/werkneemster

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2017:10808](#) 08-11-2017

Stichting Koninklijke Visio/werkneemster

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:5560](#) 08-11-2017

werknemer/Bidfood B.V.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:9744](#) 19-10-2017

Hessing Zwaagdijk B.V./werknemer

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2017:9750](#) 19-10-2017

Hessing Zwaagdijk B.V./werknemer

[Rechtbank Overijssel, ECLI:NL:RBOVE:2017:4399](#) 10-10-2017

werknemer/UniCom Oost B.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:5817](#) 20-09-2017

werknemer/Connexxion Openbaar Vervoer N.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2017:5820](#) 12-07-2017

werknemer/Stichting Flevoziekenhuis

Uitspraken zonder ECLI

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant](#) 15-09-2017

werknemer/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[Rechtbank Oost-Brabant](#) 08-11-2017

werkgever/werknemer

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

bestuurder/Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor het Beroepsvervoer over de Weg

Administratie behoort de rechtspersoon toe. Ex-bestuurder heeft geen toegang tot administratie. Melding betalingsonmacht hoeft niet opnieuw te worden gedaan zolang sprake is van betalingsonmacht.

Feiten

Bestuurder is tot 18 november 2010 (middellijk) bestuurder geweest van Kantrans Logistiek B.V. (hierna: Kantrans). Kantrans viel onder de werkingssfeer van het bedrijfstakpensioenfonds. PVF Achmea was belast met de incasso van de aan het bedrijfstakpensioenfonds verschuldigde premies. In een brief van 4 december 2009 heeft bestuurder namens Kantrans aan PVF Achmea gemeld dat Kantrans wegens verslechterende marktomstandigheden niet in staat was de aan het bedrijfstakpensioenfonds per 1 december 2009 verschuldigde premies te betalen. Daarin meldde bestuurder tevens dat Kantrans kostenreducerende maatregelen had genomen en deed hij een voorstel voor een betalingsregeling. In de loop van 2010 heeft Kantrans nog betalingen ten gunste van het bedrijfstakpensioenfonds verricht. Kantrans is op 19 juli 2011 failliet verklaard. In dit geding vordert het bedrijfstakpensioenfonds betaling door bestuurder van onbetaald gebleven premies over de jaren 2008 tot en met 2010 ter hoogte van € 75.665,88. Het bedrijfstakpensioenfonds heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat bestuurder hoofdelijk aansprakelijk is voor de door Kantrans verschuldigde bijdragen aan het bedrijfstakpensioenfonds. Zowel de rechtbank als het hof hebben bestuurder aansprakelijk gehouden voor de premiebetaling. In cassatie klaagt bestuurder dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat niet uit een notariële akte blijkt dat de administratie van de vennootschap is overgegaan, zodat de stelling van bestuurder dat sprake was van een sterfhuisconstructie terzijde is gesteld.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Administratie behoort de rechtspersoon toe

De administratie van een rechtspersoon behoort toe aan die rechtspersoon. Het bestuur van die rechtspersoon is ingevolge artikel 2:10 BW verplicht de administratie voor de rechtspersoon te voeren en de daartoe behorende boeken, bescheiden en andere

gegevensdragers op zodanige wijze te bewaren, dat te allen tijde de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon kunnen worden gekend. Na een aandelenoverdracht of een bestuurswisseling behoren de tot de administratie behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers dus te blijven berusten bij de rechtspersoon. Voor zover de administratie bij een aandelenoverdracht en bestuurswisseling feitelijk ter hand gesteld moet worden aan een opvolgend bestuur geldt dat voor die terhandstelling geen nadere formele vereisten, zoals een notariële akte, zijn gesteld. Uit het voorgaande volgt dat een voormalig bestuurder, voormalig aandeelhouder, voormalig indirect bestuurder of voormalig beleidsbepaler in beginsel niet meer kan beschikken over of zelfs toegang kan verkrijgen tot de administratie van een rechtspersoon. Het hof heeft het zojuist vermelde uitgangspunt miskend door – bij gebreke van een notariële akte waarin de overdracht van de administratie is vastgelegd en van een voldoende gemotiveerde en onderbouwde betwisting door bestuurder – het ervoor te houden dat de administratie niet is overgedragen aan de koper van de aandelen en daaruit af te leiden dat bestuurder die dan dus (kennelijk) buiten de procedure heeft gehouden. Het hof heeft niet vastgesteld dat bestuurder de administratie van Kantrans bij de overdracht van de aandelen in Kantrans heeft behouden of achtergehouden of van die administratie kopieën heeft gemaakt en heeft behouden. De klacht slaagt.

Melding betalingsonmacht hoeft niet opnieuw te worden gedaan zolang sprake is van betalingsonmacht

Indien een melding van betalingsonmacht op de voet van artikel 23 lid 2 Wet Bpf 2000 is gedaan, behoeft niet opnieuw een zodanige melding te worden gedaan zolang nog sprake is van een betalingsachterstand, tenzij het bedrijfstakpensioenfonds de betalingsplichtige na ontvangst van een betaling schriftelijk doet weten de betalingsonmacht niet langer aanwezig te achten. Zie in vergelijkbare zin HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6635, NJ 2007/164 voor de toepassing van artikel 36 lid 2 Invorderingswet 1990.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 24-11-2017

ECLI: ECLI:NL:HR:2017:3019

Zaaknummer: 16/04671

Rechters: A.H.T. Heisterkamp, G. de Groot, C.E. du Perron en M.J. Kroeze

Advocaten: R.A.A. Duk en P.S. Kaminga

Wetsartikelen: 2:10 BW en 23 Wet Bpf 2000

RECHTSPRAAK

werknemer/B.V. Bouwmachines C. De Hon & Zn.

Eindarrest na bewijsopdracht. Ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden is niet op valse of voorgewende grond gegeven en is evenmin in strijd met afspiegelingsbeginsel. Wel is sprake van kennelijk onredelijk ontslag op grond van gevolgencriterium, omdat werknemer ten onrechte op non-actief is gesteld.

Feiten

Werknemer is sinds 2006 in dienst bij B.V. Bouwmachines C. De Hon & Zn. (hierna: De Hon) in de functie van vertegenwoordiger bekisting. De Hon heeft in 2012 op bedrijfseconomische gronden ontslagaanvragen ingediend bij het UWV voor een vijftal werknemers, waaronder werknemer. Het UWV heeft de ontslagvergunningen verleend. De Hon heeft daarop het dienstverband met werknemer opgezegd tegen 1 november 2012. Werknemer vordert onder meer een verklaring voor recht dat het ontslag kennelijk onredelijk is en schadevergoeding. De kantonrechter heeft in eerste aanleg geoordeeld dat geen sprake is van een valse of voorgewende reden. Wel is volgens de kantonrechter sprake van een kennelijk onredelijk ontslag op grond van het gevolgencriterium. Bij tussenarrest van 2016 heeft het hof werknemer toegelaten tot het doen van bewijsverrichtingen met betrekking tot de door hem gestelde valse of voorgewende reden voor ontslag.

Oordeel

Geen valse of voorgewende reden voor ontslag

Werknemer stelt dat zijn collega X de functie van vertegenwoordiger bekisting ook na december 2012 is blijven vervullen en dat het ontslag van werknemer derhalve berust op een valse of voorgewende reden en in strijd is met het afspiegelingsbeginsel. In dit verband voert werknemer aan dat de werkzaamheden die hij in zijn functie van vertegenwoordiger bekisting uitvoerde in belangrijke mate overeenkomen met de werkzaamheden die X uitvoert (te weten: bedrijfsleider bekistingen), zodat sprake is van onderlinge uitwisselbaarheid van de functies. Het hof volgt werknemer hierin niet en oordeelt als volgt. Uit de verklaring van X blijkt dat zijn werkzaamheden na december 2012 wezenlijk zijn veranderd en ook een andere functiebenaming hebben gekregen. Werknemer stelt vervolgens dat uit e-mailcorrespondentie met De Hon blijkt dat hij in de functie van vertegenwoordiger bekisting feitelijk ook de werkzaamheden uitoefende die behoren bij de functie van X. De stelling baat werknemer echter niet. Naar het oordeel van het hof komt het bij uitwisselbaarheid van functies niet

primair aan op de vraag hoe een individuele werknemer zijn functie feitelijk vervulde. Uitgangspunt is een vergelijking van de functiebeschrijvingen en hetgeen de werkgever op grond daarvan van zijn werknemer kan verlangen. Nu werknemer heeft nagelaten gemotiveerd aan te voeren dat de functiebeschrijving van vertegenwoordiger bekistingen zodanig overeenkomt met die van bedrijfsleider bekistingen, is naar het oordeel van het hof geen sprake van een door De Hon aangevoerde valse of voorgewende reden voor het ontslag van werknemer. Het ontslag is evenmin in strijd met het afspiegelingsbeginsel.

Kennelijk onredelijk ontslag

Op 10 juli 2012 heeft De Hon aan werknemer te kennen gegeven dat deze laatste met onmiddellijke ingang werd vrijgesteld van zijn verplichting tot het verrichten van de overeengekomen werkzaamheden. De reden hiervoor was dat werknemer had aangegeven het ontslag aan te zullen vechten, zodat volgens De Hon niet langer van hem kon worden verwacht dat hij de vereiste motivatie kon opbrengen om zijn functie naar behoren te vervullen. Het hof is, evenals de kantonrechter, van oordeel dat het op non-actief stellen van een werknemer als reactie op zijn mededeling dat hij verweer wenste te voeren tegen de ontslagaanvraag, in strijd is met goed werkgeverschap. Het hof is eveneens van oordeel dat dit meegewogen kan worden als een omstandigheid ten tijde van het ontslag die ook het gevolg van het ontslag mede bepaalt. Een (voorafgaand aan het ontslag) onterecht gegeven schorsing werkt door in het gevolg dat het ontslag heeft voor een werknemer, in die zin dat deze het ontslag (emotioneel) zwaarder en ingrijpender maakt. Werknemer heeft in dit verband ook aangevoerd dat hij de schorsing als diffamerend heeft ervaren en dat deze bij hem veel spanningsklachten, en zelfs hartklachten, heeft veroorzaakt. Het hof is dan ook van oordeel dat het ontslag kennelijk onredelijk moet worden geoordeeld op grond van het gevolgcriterium.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:10196

Zaaknummer: 200.148.849/01

Rechters: J.H. Kuiper, O.E. Mulder en P.G. Vestering

Advocaten: J. Eerbeek en W.M. Veldjesgraaf

Wetsartikelen: 7:681 lid 2 aanhef en onderdeel b (oud) BW en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/AZA B.V.

Aanspraak op aanzegvergoeding is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar omdat werkneemster bekend was met de niet-voortzetting van de arbeidsovereenkomst en tijdig maatregelen kon treffen om het inkomensverlies op te vangen.

Feiten

Werkneemster is op 4 april 2016 in dienst getreden van AZA B.V. (hierna: AZA) in de functie van Individueel Begeleider. De arbeidsovereenkomst is aangegaan voor de periode van een jaar, te weten: van 4 april 2016 tot en met 3 april 2017. Op 22 februari 2017 heeft de leidinggevende van werkneemster aan deze laatste laten weten dat de arbeidsovereenkomst per 3 april 2017 niet wordt voortgezet. Op 24 februari 2017 hebben werkneemster en haar leidinggevende een WhatsApp-gesprek gevoerd, waarin onder meer is gesproken over het al dan niet opnemen van openstaande verlofuren. Bij brief van 1 maart 2017 heeft AZA aan werkneemster medegedeeld dat zij na afloop van haar huidige arbeidsovereenkomst geen nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden zal krijgen. Vervolgens heeft werkneemster op 27 februari 2017 aan een administratief medewerker van AZA gevraagd of zij nog recht heeft op een eindejaarsuitkering en hoe haar resterende vakantiedagen worden uitbetaald. Op 29 maart 2017 heeft werkneemster haar leidinggevende via WhatsApp bericht dat zij nog geen schriftelijke aanzegging heeft ontvangen. De aanzegging is vervolgens diezelfde dag in een brief aan werkneemster toegezonden. Op 31 maart 2017 heeft de gemachtigde van werkneemster aan AZA laten weten dat zij haar aanzegverplichting heeft geschonden en werkneemster derhalve aanspraak kan maken op een aanzegvergoeding.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever de eis van de schriftelijke aanzegging heeft gesteld ter bescherming van de werknemer. De werknemer moet bij het niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst tijdig de mogelijkheid hebben om maatregelen te treffen om het verlies van zijn inkomen op te vangen. Het doel van de wettelijke bepaling is dus tijdig duidelijkheid aan de werknemer verschaffen. In het onderhavige geval staat tussen partijen vast dat de leidinggevende werkneemster op 22 februari 2017 heeft medegedeeld dat de arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd. Ook blijkt uit de WhatsApp-berichten dat partijen op 24 februari 2017 over de afwikkeling van het dienstverband hebben gecorrespondeerd. In dit verband heeft de leidinggevende nog aangegeven dat werkneemster verlof kon opnemen en dat dit, als werkneemster haar contract

wilde uitdienen, zou worden uitbetaald. Voorts heeft AZA werknemster bij e-mail van 2 maart 2017 bericht dat zij recht heeft op een eindejaarsuitkering en dat deze bij uitdiensttreding zal worden uitbetaald. Gelet op deze omstandigheden, kan naar het oordeel van de kantonrechter worden aangenomen dat werknemster reeds voor eind februari 2017 bekend was met het feit dat haar arbeidsovereenkomst niet zou worden verlengd. Nu bij werknemster geen onduidelijkheid heeft bestaan over het niet voorzetten van de arbeidsovereenkomst en zij tijdig de mogelijkheid heeft gehad om maatregelen te treffen om het verlies van haar inkomen op te vangen, acht de kantonrechter het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat werknemer aanspraak maakt op een aanzegvergoeding.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 15-11-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2017:9592

Zaaknummer: 6396640\AO VERZ 17-139

Rechters: I.H. Lips

Advocaten: E.R. Chel

Wetsartikelen: 7:668 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Bidfood B.V.

Vernietiging ontslag op staande voet. Geen sprake van seksuele intimidatie jegens vrouwelijke uitzendkracht. Daarnaast wordt het ontslag op staande voet ook niet gerechtvaardigd door agressief gedrag jegens leidinggevende.

Feiten

Werknemer is op 30 januari 2017 in dienst getreden van Bidfood B.V. (hierna: Bidfood) in de functie van chauffeur A. Op de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst is de cao voor de Foodservice en de Groothandel in Levensmiddelen van toepassing. In artikel 3.1 van de cao is bepaald dat onder 'seksuele intimidatie' wordt verstaan: 'Elke vorm van seksuele toenadering, verzoeken om seksuele gunsten of ander verbaal, non-verbaal of fysiek gedrag in de werkomgeving, die als ongewenst wordt ervaren.' Op 13 juni 2017 heeft een gesprek tussen partijen plaatsgevonden, waarbij werknemer op staande voet is ontslagen. De reden voor het ontslag is erin gelegen dat werknemer zich op 9 juni 2017 schuldig zou hebben gemaakt aan seksuele intimidatie jegens een vrouwelijke uitzendkracht, die door Bidfood is ingehuurd om de bedrijfskleding van een nieuw logo te voorzien. Werknemer heeft in dit kader, nadat hij een aantal dubbelzinnige en opdringerige opmerkingen heeft gemaakt, zijn broek laten zakken en daarbij opgemerkt dat de uitzendkracht deze ook maar van een logo moest voorzien. De uitzendkracht heeft verklaard dat hij vervolgens in zijn boxershort tegenover haar is gaan zitten en meerdere malen om haar telefoonnummer heeft gevraagd. Voorts wordt werknemer verweten dat hij zich tijdens het gesprek van 13 juni 2017 agressief heeft opgesteld tegenover zijn leidinggevende. Werknemer verzoekt de kantonrechter de opzegging van 13 juni 2017 te vernietigen. Aan dit verzoek ligt ten grondslag dat een dringende reden voor het ontslag op staande voet ontbreekt.

*Oordeel**Seksuele intimidatie*

Bidfood stelt dat sprake is van seksuele intimidatie omdat werknemer ervan op hoogte was dat er geen logo op de broeken hoefde te worden gestreken. Dit bericht was namelijk aan alle chauffeurs medegedeeld via de boordcomputer van de aan hen ter beschikking gestelde bedrijfsauto's. Werknemer heeft dan ook onnodig zijn broek uitgetrokken in het bijzijn van de uitzendkracht en bovendien dubbelzinnige en opdringerige opmerkingen gemaakt. De kantonrechter overweegt als volgt. Op zitting is komen vast te staan dat werknemer niet op de

hoogte was van het feit dat op de broeken geen logo hoefde te worden gestreken. Het bericht daarover heeft werknemer niet ontvangen, omdat hij die dag in een huurauto reed waarin een dergelijke computer ontbreekt. Met inachtneming van dit gegeven, acht de kantonrechter het dan ook aannemelijk dat werknemer met het uittrekken van zijn broek geen seksuele bedoeling had. Bidfood heeft voorts geen andere feiten gesteld waaruit volgt dat het uittrekken van de broek een seksuele betekenis had. Die betekenis is de leidinggevende van werknemer gaan aannemen, omdat hij van collega's van werknemer heeft vernomen dat deze laatste versierende opmerkingen maakte in de richting van de uitzendkracht. Op zitting is echter niet komen vast te staan dat de versierende opmerkingen, zoals het stellen van privé vragen aan en het vragen naar het telefoonnummer van de uitzendkracht, ook zijn gemaakt ten tijde van het 'broekincident'. Voorts wordt overwogen dat het ongewenste flirtgedrag en het uittrekken van de broek weliswaar voldoende aanleiding vormen voor een stevig gesprek of een waarschuwing, maar geen ontslag op staande voet rechtvaardigen.

Agressief gedrag

Werknemer wordt ook verweten dat hij zich agressief en intimiderend heeft opgesteld tegenover zijn leidinggevende door tijdens het gesprek van 30 juni 2017 te roepen dat deze laatste niet goed bij zijn 'pan' zou zijn. Daarnaast zou werknemer ook aan zijn leidinggevende hebben medegedeeld dat hij hem 'kapot' zal maken. De kantonrechter is echter van oordeel dat werknemer de grens van het ontoelaatbare niet heeft overschreden en zeker niet in een mate die Bidfood een dringende reden voor het ontslag op staande voet geeft. Hierbij is van betekenis dat werknemer tijdens het gesprek van 30 juni 2017 meteen werd beschuldigd van seksuele intimidatie en vrijwel onmiddellijk een vaststellingsovereenkomst gepresenteerd kreeg. Daarbij is werknemer medegedeeld dat hij maar beter kon tekenen, omdat hij anders het stigma van seksuele intimidatie zou krijgen en daardoor lastig een nieuwe baan zou kunnen vinden. Onder deze omstandigheden oordeelt de kantonrechter dat het werknemer niet kan worden verweten dat hij hevig geëmotioneerd is geraakt. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat Bidfood geen dringende reden had om werknemer op staande voet te ontslaan. Vernietiging van de opzegging volgt.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 08-11-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:5560

Zaaknummer: 6236035 UE VERZ 17-340

Rechters: M.J. Slootweg

Advocaten: R.J. Sturkenboom en J.E. van der Wolf

Wetsartikelen: 7:677 lid 1 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Connexxion Openbaar Vervoer N.V.

Toepassing cao-norm. Werknemer maakt aanspraak op betaling van een toelage voor gebroken diensten en onregelmatigheidstoelage ex artikel 20 lid 3 cao Openbaar Vervoer (ouderenregeling).

Feiten

Werknemer is vanaf 31 augustus 1987 in dienst van Connexxion Openbaar Vervoer N.V. (hierna: Connexxion) in de functie van buschauffeur en heeft in 2014 de leeftijd van 63/64 jaar bereikt. Werknemer is vanaf 1 november 2016 gepensioneerd en sindsdien niet meer werkzaam bij Connexxion. Op de arbeidsovereenkomst was de cao Openbaar Vervoer (hierna: cao OV) van toepassing, waarin onder meer bepaald is dat er een 'toelage' wordt betaald voor 'Onregelmatige Diensten en Gebroken Diensten' (hierna: OTGD). Daarnaast kent de cao OV voor 50-plussers een aparte voorziening in de vorm van een 'toeslag' voor de uitbetaling van OTGD (art. 20 lid 3 cao OV). In 2013 heeft Connexxion een instemmingsverzoek aan haar ondernemingsraad voorgelegd, waarin zij heeft voorgesteld de OTGD per standplaats te middelen. De ondernemingsraad heeft met het voorstel van Connexxion ingestemd. Werknemer vordert thans een verklaring voor recht dat de door Connexxion toegepaste middeling van de OTGD in strijd is met de cao OV. Aan dit verzoek ligt ten grondslag dat de afspraak tussen Connexxion en de ondernemingsraad niet in lijn is met artikel 29 lid 3 van de cao OV, waarin het volgende is bepaald: 'In overleg met de Ondernemingsraad kan worden besloten dat toelagen – voor zover deze zich daarvoor lenen – worden gemiddeld.' Volgens werknemer maakt de cao OV een uitdrukkelijk onderscheid tussen 'toelagen' en 'toeslagen', zodat Connexxion niet bevoegd is om naast de toelagen ook de toeslagen te middelen.

Oordeel

Uitleg cao OV

De kantonrechter stelt voorop dat in artikel 33/34 van de cao OV aan de werknemer die een gebroken dienst of onregelmatige arbeid verricht een 'toelage' wordt toegekend en dat de toelagen in overleg met de ondernemingsraad kunnen worden gemiddeld. Het gaat hier om een keuzebeding. De vraag of het keuzebeding ook van toepassing is op de in artikel 20 lid 3 cao OV verwoorde ouderenregeling, moet echter ontkennend worden beantwoord. Connexxion gaat er ten onrechte aan voorbij dat een werknemer van 50 jaar of ouder ingevolge artikel 20 lid 3 van de cao OV recht heeft op een 'vaste toeslag' voor onregelmatige arbeid en gebroken diensten in plaats van de 'toelage' als bedoeld in artikel 33 en 34. De

woorden ‘in plaats van’ laten geen andere uitleg toe dan dat voor werknemers van 50 jaar of ouder het bepaalde in artikel 20 in de plaats treedt van artikel 33 en 34. De ouderenregeling zou bij het door Connexxion voorgestane toepassingsbereik van artikel 29 lid 3 cao OV zinledig zijn. Het standpunt van werknemer, dat Connexxion ten onrechte toepassing heeft gegeven aan artikel 29 lid 3 cao OV, treft dan ook doel.

Berekening van de toeslag

Voorts stelt werknemer zich op het standpunt dat de toeslag voor het verrichten van onregelmatige en gebroken diensten dient te worden berekend op basis van de gemiddelde toeslag van het eigen dienstpakket (art. 20 lid 3 onderdeel a cao OV). Connexxion stelt daarentegen dat de toeslag moet worden berekend op basis van de gemiddelde toeslag van het totale dienstpakket (art. 20 lid 3 onderdeel b cao OV). De kantonrechter is van oordeel dat het standpunt van werknemer meer voor de hand ligt, omdat het standpunt van Connexxion ertoe leidt dat volstrekt onduidelijk blijft wanneer de situatie van artikel 20 lid 3 onderdeel b zich zou kunnen voordoen. Connexxion heeft aldus onvoldoende inzicht verschaft in de wijze waarop zij tot het standpunt heeft kunnen komen dat in het onderhavige geval sprake is van afspiegeling in de zin van artikel 20 lid 3 onderdeel a van de cao. Het moet er dan ook voor worden gehouden dat Connexxion op basis van artikel 20 lid 3 onderdeel b cao OV de OTGD dient te berekenen en uit te betalen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 20-09-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:5817

Zaaknummer: 5663696 / LC EXPL 17-275

Rechters: R.M. Berendsen

Advocaten: J.G. van der Wal

Wetsartikelen: 20 lid 3 cao OV, 29 lid 3 cao OV, 33 cao OV en 34 cao OV

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Nadat zes van de zeven maten er geen vertrouwen meer in hebben dat werknemer als algemeen directeur kan aanblijven, wordt de arbeidsovereenkomst ontbonden. Het hof oordeelt dat geen sprake is van zodanig ernstig verwijtbaar handelen van werkgever dat zij een billijke vergoeding verschuldigd is.

Feiten

Werknemer is op 1 april 2014 in dienst getreden bij werkgever als algemeen directeur. Op 30 december 2015 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen werknemer en de maten van de maatschap (werkgever). Naar aanleiding van dat gesprek heeft maat 1 diezelfde dag een mailbericht met als onderwerp *afscheid werknemer* aan werknemer en alle maten van werkgever verzonden. Op 11 oktober 2016 is werknemer vrijgesteld van werkzaamheden. In eerste aanleg heeft de kantonrechter op verzoek van werkgever de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en werkgever ontbonden met ingang van 1 februari 2017 op grond van een ernstige en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. In hoger beroep verzoekt werknemer onder meer alsnog veroordeling van werkgever tot betaling van de billijke vergoeding van € 68.729,88 bruto.

Oordeel

Met de grieven 5 tot en met 14 voert werknemer aan dat werkgever ten onrechte heeft aangevoerd dat sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van werkgever niet langer gevergd kon worden de arbeidsverhouding met werknemer te laten voortduren (de g-grond). Aangezien de kantonrechter desondanks de arbeidsovereenkomst heeft ontbonden, dient werkgever te accepteren dat hij aan werknemer een billijke vergoeding moet betalen wegens ernstig verwijtbaar handelen van werkgever. Naar het oordeel van het hof is geen sprake van zodanig ernstig verwijtbaar handelen van werkgever dat zij een billijke vergoeding aan werknemer verschuldigd is. Het hof is voorts van oordeel dat sprake is van een zodanig verstoorde arbeidsverhouding dat van werkgever in redelijkheid niet gevergd kon worden de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Werknemer was als algemeen directeur belast met de dagelijkse leiding van de maatschap. De algemeen directeur diende een verbinder te zijn die de eenheid van de maatschap zou kunnen waarborgen. Uit de overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting blijkt genoegzaam dat in elk geval zes van de zeven maten eind 2015 er geen vertrouwen meer in hadden dat werknemer als algemeen directeur de rol zou kunnen

vervullen die in de vorige alinea beschreven is. In ieder geval is als onweersproken komen vast te staan dat op 30 december 2015 naar alle vennoten en naar werknemer een e-mailbericht is verzonden waarin staat dat partijen tijdens een gesprek op 30 december 2015 constateerden dat bij werkgever geen draagvlak meer was voor werknemer als algemeen directeur, dat zij constateerden dat het beter was dat de wegen zouden scheiden, dat werknemer elders zou gaan solliciteren en dat werkgever hem daarvoor de tijd zou gunnen. De slotsom is dat van enig serieus te nemen herstel van vertrouwen van de maatschap in werknemer na de gemaakte afspraken op 30 december 2015 niet is gebleken. Het hof kan niet anders dan constateren dat aldus sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding. Van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van werkgever is niet gebleken. Uit de tekst van het e-mailbericht van 30 december 2015 blijkt dat werkgever ook oog had voor de belangen van werknemer en bereid was om werknemer in dienst te houden teneinde hem de tijd en gelegenheid te geven om op zoek te gaan naar werk elders. Nu geen sprake is van ernstige verwijtbaarheid aan de zijde van werkgever en evenmin sprake is van een onvoldragen grond voor ontbinding zal het verzoek om een billijke vergoeding vast te stellen worden afgewezen. Het hof bekrachtigt de bestreden beschikking.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 23-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:5114

Zaaknummer: 200.212.500/01

Rechters: R.J. Voorink, P.P.M. Rousseau en Y.L.L.A.M. Delfos-Roy

Advocaten: A.F. de Koning en A.M. Wuisman

Wetsartikelen: 7:671b lid 8 aanhef en onderdeel c BW, 7:681 BW en 7:682 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/HAS***Concurrentiebeding. Schadeplichtigheid naar oud recht. Toetsing dringende reden.****Feiten*

HAS heeft werknemer op 13 oktober 2014 op staande voet ontslagen. De ontslagbrief vermeldt de volgende ontslaggronden: (a) werknemer heeft per 1 januari 2014 de eenmanszaak DAQP opgericht, daarmee concurrerende activiteiten ondernomen en aldus gehandeld in strijd met het verbod op nevenwerkzaamheden; (b) uit de website van DAQP blijkt dat DAQP soortgelijke producten als HAS aanbiedt, terwijl werknemer voor die website foto's van de website van HAS heeft gebruikt en daarop de contactgegevens van werknemer staan; (c) werknemer heeft voor zijn eenmanszaak actief werkzaamheden verricht en is daarvoor op 27 april 2014 naar Jeddah, Saudi-Arabië, gegaan en op 10 mei 2014 teruggekomen; (d) een door werknemer ingehuurd medewerker heeft een factuur aan DAQP gestuurd voor in april 2014 gedurende vier weken verrichte werkzaamheden; (e) werknemer heeft gedurende de hiervoor onder (c) genoemde periode dat hij voor DAQP in Jeddah aan het werk was uren ingeboekt in het urensysteem van HAS alsof hij voor HAS aan het werk was en heeft HAS aldus voorgelogen. Werknemer heeft in eerste aanleg gevorderd te verklaren voor recht dat de door HAS op 13 oktober 2014 aan hem met onmiddellijke ingang gedane opzegging van zijn arbeidsovereenkomst schadeplichtig is geweest, zodat HAS op de voet van het bepaalde in artikel 7:653 lid 4 BW (art. 7:653 lid 3 (oud) BW) aan het in die arbeidsovereenkomst opgenomen concurrentie- en relatiebeding geen rechten meer kan ontleen. De kantonrechter heeft dit verzoek afgewezen. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

Oordeel

Het hof zal toepassing geven aan het oude recht voor zover het daarbij gaat om de daar bedoelde schadeplichtigheid bij een ontslag. Werknemer zal moeten stellen en onderbouwen dat HAS niet bevoegd was de arbeidsovereenkomst op te zeggen omdat een dringende reden daartoe ontbrak. De ontslagbrief van 13 oktober 2014 vermeldt de vijf hiervoor genoemde ontslaggronden. Ad (a): Het hof is van oordeel dat DAQP zich wel degelijk richt op met HAS gelijke of vergelijkbare werkzaamheden. Ad (b): Het hof volgt werknemer niet in zijn stelling dat de website niet voor het publiek toegankelijk is geweest. Het hof overweegt voorts dat de website weliswaar nog niet was voorzien van een leesbare tekst maar dat het, gelet op de door werknemer daartoe gegeven vertaalopdracht, kennelijk wel de bedoeling was de website daarvan te voorzien. Ad (c): Werknemer heeft, aldus HAS, vrije dagen opgenomen terwijl hij

op de urenstaat van HAS heeft ingevuld dat hij die week voor HAS aan het werk is geweest. Het hof gaat hieraan voorbij. HAS heeft niet met stukken onderbouwd dat werknemer de betreffende urenstaat onjuist heeft ingevuld. Ad (d): Werknemer heeft niet betwist dat Z in april 2014 gedurende vier weken voor DAQP heeft gewerkt en dat die werkzaamheden, volgens de facturen 'aan een zwembad' aan DAQP zijn gefactureerd. Hij heeft wel aangevoerd dat de werkzaamheden zijn verricht in het kader van het afronden van het project te Jeddah, waarvoor hij toestemming had. Werknemer heeft naar het oordeel van het hof met de door hem gestelde feiten onvoldoende onderbouwd dat hij slechts bezig is geweest met werkzaamheden waarvoor HAS hem toestemming had verleend. Ad (e): Tussen partijen staat thans vast dat werknemer niet in de periode van 27 april tot en met 10 mei 2014 in Jeddah is geweest. Daarmee staat ook vast dat de onderhavige ontslaggrond geen grond vindt in de feiten. Samenvattend kan worden gezegd dat werknemer niet voldoende heeft gesteld om te concluderen dat de ontslaggronden onder (a), (b) en (d) niet zijn gegrond op vaststaande feiten dan wel dat deze niet als valide ontslaggrond zijn aan te merken. Wel valt hem mee te geven dat de ontslaggronden zoals hiervoor weergegeven onder (c) en onder (e) niet mede in aanmerking kunnen worden genomen. Met betrekking tot de ontslaggrond onder (c) merkt het hof nog op dat weliswaar vast staat dat werknemer in de betreffende periode niet in Jeddah was, althans mogelijk op een paar vrije dagen na, maar dat wel kan worden aangenomen dat hij in verband met de door Z uitgevoerde werkzaamheden ook zelf (met HAS concurrerende) activiteiten heeft verricht. Het hof is van oordeel dat de wel gebleken ontslaggronden voldoende zijn om een dringende reden aan te nemen. Dit heeft tot gevolg dat niet is komen vast te staan dat HAS jegens werknemer schadelijktig is wegens de wijze waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Werknemer komt daarom geen beroep toe op artikel 7:653 lid 3 (oud) BW. Er is dan ook geen grond voor toewijzing van zijn vordering.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 21-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2017:4826

Zaaknummer: 200.196.559/01

Rechters: D. Kingma, C.M. Aarts en H.M.M. Steenberghe

Advocaten: R.J. Voorink en A.E. Koster

Wetsartikelen: 7:653 lid 3 (oud) BW

RECHTSPRAAK

Budé Holding Meerssen/Maastricht B.V./werknemer

Ontbindingsverzoek werkgever wordt toegewezen op (subsidiare) grond van verstoorde arbeidsverhouding door ernstig verwijtbaar gedrag werkgever. Toekenning billijke vergoeding van € 110.000 aan werknemer.

Feiten

Werknemer is op 12 januari 2006 in dienst van Budé getreden in de functie van controller voor 40 uur per week. Op grond van een overeenkomst tot overdracht van het pensioen heeft bestuurder van werkgever afgesproken dat zijn pensioenbedrag in delen (tranches) zou worden overgedragen. Bestuurder heeft werknemer per mail opdracht gegeven de eerste tranche over te dragen. Op 24 juni 2017 heeft werknemer per e-mail aan bestuurder – kort samengevat – de RvC om instemming gevraagd voor de betaling. Hierover hebben bestuurder en werknemer contact gehad per mail. Op 26 juni 2017 is werknemer op verzoek van bestuurder naar diens kantoor gekomen. Het daarop volgende gesprek tussen beiden is geëscaleerd. Werknemer heeft daarop het pand van Budé verlaten en zich ziek gemeld. Bij brief van 28 juni 2017 heeft Budé werknemer – kort samengevat – op non-actief gezet, omdat werkgever vermoedde dat werknemer e-mails met vertrouwelijke informatie over (het bestuur van) werkgever aan derden had gestuurd. Budé verzoekt (samengevat) onder meer de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden. Werknemer voert verweer.

*Oordeel**Primaire grondslag: verwijtbaar handelen werknemer*

Tussen partijen staat vast dat reeds vóór het incident op 26 juni 2017 de verhouding tussen werknemer en Budé was verslechterd. Dat die verslechtering door werknemer veroorzaakt is, is gelet op de gemotiveerde betwisting van werknemer niet vast komen te staan. Vast staat dat werknemer op verzoek van bestuurder op 26 juni 2017 naar diens kantoor is gegaan om (in ieder geval) over de e-mail van 24 juni 2017 van werknemer te praten. Partijen zijn het erover eens dat dit gesprek is geëscaleerd. De kantonrechter overweegt dat gelet op dit verweer en het uitblijven van een nadere onderbouwing door Budé niet is komen vast te staan dat het gesprek door toedoen van werknemer is geëscaleerd. Vast staat dat werknemer na de woordenwisseling met bestuurder het pand van Budé heeft verlaten en zich om 10:11 uur ziek gemeld heeft. Budé (althans bestuurder) heeft de verhouding met werknemer vervolgens verder op scherp gesteld door hem de toegang tot het netwerk van Budé te ontfeggen, hem

daarna op non-actief te stellen en zonder concrete aanleiding onderzoek te verrichten in het zakelijke e-mailaccount van werknemer. In wezen heeft het door Budé verrichte onderzoek van de e-mailaccount van werknemer niets belastends opgeleverd. Ook het feit dat werknemer de e-mail van bestuurder van 24 juni 2017 heeft doorgezonden is niet of nauwelijks verwijtbaar. Van het feit dat werknemer op 28 mei 2016 de inloggegevens en wachtwoorden van de privé-e-mailaccount van bestuurder heeft doorgestuurd naar zijn eigen privé-e-mailaccount valt hem evenmin een relevant verwijt te maken. Tot slot verwijt Budé werknemer dat hij zonder haar toestemming of medeweten aanzienlijke hoeveelheden documenten en dossiers heeft meegenomen en (deels) vernietigd. Ook hier is van verwijtbaar, laat staan ernstig verwijtbaar, gedrag van werknemer niet gebleken. Op grond van vorenstaande overwegingen is de kantonrechter van oordeel dat de door Budé aan haar verzoek primair ten grondslag gelegde reden niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst met werknemer kan leiden.

Subsidiaire grondslag: verstoorde arbeidsverhouding

De kantonrechter is wel voornemens de arbeidsovereenkomst te ontbinden op grond van de subsidiair aangevoerde grondslag (verstoorde arbeidsverhouding). De arbeidsverhouding tussen werknemer en bestuurder is reeds langere tijd enigszins verstoord. Dit heeft echter tot recent niet tot een onwerkbare situatie tussen beiden geleid. Eerst vanaf het moment dat bestuurder werknemer onterechte verwijten maakte over de e-mail van 24 juni 2017 en het als gevolg daarvan geëscaleerde gesprek op 26 juni 2017 is de arbeidsverhouding verder verstoord. Het ligt dan op de weg van de werkgever om de-escalerend te handelen om de verhoudingen te normaliseren. Budé (althans bestuurder) heeft het conflict echter verder op scherp gezet.

Billijke vergoeding

De door werknemer gestelde omstandigheid dat (kort samengevat) bestuurder reeds voor 24 juni 2017 laakbaar heeft gehandeld laat de kantonrechter buiten beschouwing bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding. Wel relevant vindt de kantonrechter de omstandigheid dat werknemer bijna twaalf jaar in dienst is geweest van Budé. Desondanks is hij door Budé op grond van niet meer dan vage verdenkingen, waarvan niet is komen vast te staan dat deze terecht zijn, aan de kant gezet. Het staat buiten kijf dat dit een zodanige impact op werknemer heeft gehad dat hij als gevolg daarvan arbeidsongeschikt is geworden. Aannemelijk is dat werknemer gedurende circa twee jaar werkloos zal blijven. Ook relevant acht de kantonrechter dat werknemer na ontbinding van de arbeidsovereenkomst (onbetwist) recht zal hebben op een WW-uitkering van € 3.160,71 bruto per maand, zodat zijn inkomen met circa € 4.500 bruto per maand zal dalen. Hiervan uitgaande wordt een vergoeding van € 110.000 billijk geacht, waarmee in voldoende mate de gevolgen van de ontbinding van de arbeidsovereenkomst voor werknemer zijn gecompenseerd. Werknemer heeft voorts nog gepleit voor toekenning van € 30.000 als billijke vergoeding voor immateriële schade. Die component wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 15-11-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:11179

Zaaknummer: 6246132 AZ VERZ 17-111

Rechters: E.P. van Unen

Advocaten: A.A.M. Hoogveld en J. Linders

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel e BW, 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel g BW, 7:669 lid 3 aanhef en onderdeel h BW en 7:686a lid 6 BW

RECHTSPRAAK

Stichting Koninklijke Visio/werkneemster

Werkneemster die in dienst is van een organisatie die opereert als expertisecentrum voor slechthzienden en blinden, heeft twee e-mails verstuurd waarin zij haar blinde collega uitscheldt. Ontbindingsverzoek op grond van verwijtbaar handelen toegewezen.

Feiten

Werkneemster is op 12 april 1994 bij (de rechtsvoorganger van) Visio in dienst getreden en vervult thans de functie van planner. Visio is een organisatie die opereert als expertisecentrum voor slechthzienden en blinden, al dan niet in combinatie met een verstandelijke beperking van de betreffende cliënt. Werkneemster is werkzaam in dezelfde ruimte als haar collega's A en B. B is blind. Op 19 mei 2017 heeft werkneemster per vergissing een e-mail verstuurd aan B die voor A bedoeld was, waarin werkneemster B een kutmongool noemt. Uit onderzoek is gebleken dat werkneemster en A eerder e-mails hebben verstuurd naar elkaar over B. Visio verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden op basis van de e- en g-grond.

Oordeel

Op 19 mei 2017 heeft werkneemster twee e-mails gestuurd via het zakelijke netwerk van Visio waarin zij zich op een onbehoorlijke en oncollegiale manier heeft uitgelaten over haar collega B. B wordt in het Limburgs dialect blind varken genoemd en 'KUTMONGOOL'. Gelet op de aard van de activiteiten van Visio (een organisatie die personen met een visuele beperking behandelt en begeleidt), de door Visio opgestelde regels omtrent het onderwerp pesten en e-mailgebruik en het feit dat B blind is, moet voor werkneemster duidelijk zijn geweest dat Visio deze uitlatingen aan het adres van B niet zou accepteren. Er is dan ook sprake van verwijtbaar handelen van werkneemster zodanig dat van Visio in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Werkneemster wijst er nadrukkelijk op dat haar uitlatingen geplaatst dienen te worden in een bepaalde context. Er is volgens werkneemster sprake van een zeer negatieve en laconieke werkhouding bij B die grote frustraties veroorzaakt bij werkneemster en haar collega's. Ook als de kantonrechter voormelde uitlatingen van werkneemster over B zou plaatsen in de door werkneemster geschetste context, alsmede rekening zou houden met de door haar gestelde omstandigheden zoals haar 23-jarig dienstverband, haar goede functioneren en de nog immer bestaande goede band met haar (blinde) collega's die haar onvoorwaardelijk steunen, maakt dit niet dat er geen sprake meer is van verwijtbaar handelen aan haar zijde. Werkneemster is verantwoordelijk voor haar eigen handelen. De conclusie is dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst zal ontbinden

op grond van verwijtbaar handelen van werknemster met toekenning van een transitievergoeding.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 08-11-2017

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2017:10808

Zaaknummer: 6100594 \ AZ VERZ 17-128

Advocaten: N. Mauer

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

RECHTSPRAAK

werkgever/werkneemster

Artikel 7:611 BW brengt mee dat de werkgever bij voortijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst en (mogelijke) beëindiging van het leasecontract zal moeten waken voor de belangen van de werknemer. Vordering werkgever tot betaling van een deel van de afkoopsom van de leaseauto door werkneemster afgewezen.

Feiten

Werkneemster is op 1 november 2014 bij werkgever in dienst getreden. Partijen hebben een gebruikersovereenkomst gesloten voor de aan werkneemster ter beschikking gestelde leaseauto. Bij brief van 28 april 2016 heeft werkneemster de arbeidsovereenkomst opgezegd. Bij brief van 29 april 2016 van Alfabeta Nederland B.V. aan werkgever is medegedeeld dat de kosten voor beëindiging van het leasecontract € 17.253,41 bedragen. Bij vonnis in kort geding van de kantonrechter van 14 juli 2016 is werkgever veroordeeld tot betaling van het achterstallige loon en is de door werkgever voorgestane verrekening van de afkoopsom van de leaseauto afgewezen.

Oordeel

Partijen verschillen van inzicht over de gevolgen van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door werkneemster met ingang van 1 juli 2016 voor de verplichtingen uit hoofde van de gebruikersovereenkomst van de leaseauto en van de bedrijfsautoregeling. De bedrijfsautoregeling geeft bij einde dienstverband op initiatief van de werknemer drie mogelijkheden: (1) de werknemer neemt de auto mee naar de nieuwe werkgever, (2) de werknemer voldoet de kosten van vroegtijdige beëindiging van de gebruikersovereenkomst of (3) de auto wordt doorgegeven aan een andere medewerker van werkgever. Vast is komen te staan dat de leaseauto niet is overgenomen door de nieuwe werkgever van werkneemster. Voorts is vast komen te staan dat de auto door werkgever is ingenomen en per 1 juni 2016 (voor het einde van de arbeidsovereenkomst met werkneemster) ter beschikking is gesteld aan een andere werknemer op basis van een vrijwel gelijklopende gebruikersovereenkomst als die met werkneemster. Enig verschil is dat de maandelijkse eigen bijdrage voor de andere werknemer is beperkt tot € 126,75 per maand. De vraag die voorligt is of werkgever terecht jegens werkneemster aanspraak maakt op vergoeding van het verschil tussen het leasebedrag van € 1.203,95 per maand en het overeengekomen bedrag met de andere werknemer van € 971,75 per maand extrapolierend naar de resterende looptijd van de leaseovereenkomst van

44,5 maanden, derhalve een totaal bedrag van € 10.306,20. De kantonrechter beantwoordt die vraag ontkennend. Uit artikel 7:611 BW vloeit voor werkgever een gehoudenheid voort de belangen van werknemer te behartigen ten aanzien van de afwikkeling van het leasecontract. Van de leaseregeling tussen werkgever en werknemer maakt deel uit dat het risico van (het moeten betalen van) een afkoopsom bij voortijdige beëindiging op de werknemer wordt gelegd. De werknemer is echter niet de contractant van de leasemaatschappij en heeft (dus) geen onderhandelingspositie ten opzichte van de leasemaatschappij. Artikel 7:611 BW brengt dan mee dat de werkgever bij voortijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst en (mogelijke) beëindiging van het leasecontract zal moeten waken voor de belangen van de werknemer. Daar doet niet aan af dat werknemer voordat zij de arbeidsovereenkomst opzegde, bekend was met de risico's van een eventuele afkoopsom. Door werkgever is met de nieuwe gebruiker een afwijkende regeling getroffen ten aanzien van de verplichting tot bijbetaling van een eigen bijdrage. De door werkgever gekozen oplossing is niet vooraf met werknemer besproken, maar als voldongen feit gepresenteerd en vervolgens desondanks eenzijdig door werkgever uitgevoerd. Werknemer mocht er dan ook van uitgaan dat indien de auto aan een andere gebruiker ter beschikking zou worden gesteld haar verplichting tot betaling van een afkoopsom, in welke vorm dan ook, zou komen te vervallen. Onder deze omstandigheden dient de vordering van werkgever te worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 08-11-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:5818

Zaaknummer: 5820657 / MC EXPL 17-3318

Rechters: R.M. Berendsen

Advocaten: W. Sleijfer en E.J. Lichtenveldt

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Flevoziekenhuis

Flevoziekenhuis is niet gehouden de financiële gevolgen te dragen van de weigering van het Pensioenfonds Zorg en Welzijn om de deelname van werkneemster aan de pensioenregeling (alsnog met terugwerkende kracht) na einde dienstverband voort te zetten.

Feiten

Werkneemster is van 12 maart 1990 tot 1 oktober 2011 bij (een rechtsvoorganger van) Stichting Flevoziekenhuis (hierna: het Flevoziekenhuis) op basis van een arbeidsovereenkomst in dienst geweest. Bij vonnis van 11 december 2013 heeft de kantonrechter Flevoziekenhuis veroordeeld om aan werkneemster met ingang van 1 oktober 2011 op grond van de cao Ziekenhuizen 2011-2014 wachtgeld toe te kennen en uit te betalen. De aanvraag tot voortzetting van de pensioenopbouw is door het pensioenfonds bij brief van 6 mei 2014 niet gehonoreerd, omdat het pensioenfonds daaraan alleen haar medewerking had willen geven indien conform haar reglement door werkneemster binnen zes maanden na einde dienstverband om voortzetting van pensioenopbouw is gevraagd.

Oordeel

De vraag die voorligt, is of Flevoziekenhuis gehouden is de financiële gevolgen te dragen van de weigering van het Pensioenfonds Zorg en Welzijn om de deelname van werkneemster aan de pensioenregeling (alsnog met terugwerkende kracht) na einde dienstverband voort te zetten. Krachtens artikel 3.3.2 van de cao was op de arbeidsovereenkomst tussen partijen een pensioenregeling van toepassing. De deelneming eindigt op grond van artikel 1.6 lid 2 onderdeel a van het pensioenreglement onder meer als de deelnemer geen werknemer meer is. De deelnemer heeft na het einde van de deelneming het recht om de deelneming aan de pensioenregeling vrijwillig voort te zetten en wel direct in aansluiting op de periode dat hij werknemer was en uiterlijk tot zijn pensioenleeftijd (art. 5.8 lid 1). Indien werkneemster haar deelnemerschap in het Pensioenfonds Zorg en Welzijn had voortgezet, dan zou ook tijdens de wachtgeldperiode de pensioenopbouw worden voortgezet op basis van haar salaris, zijnde de bijdragegrondslag ingevolge het reglement van het pensioenfonds. Vast staat dat werkneemster na einde van het dienstverband niet tijdig een verzoek tot voortzetting van de pensioenopbouw bij het Pensioenfonds Zorg en Welzijn heeft ingediend. Voor zover werkneemster zich op het standpunt stelt dat zij niet op de hoogte was van de in het pensioenreglement opgenomen vervaltermijn dient dit voor rekening en risico van werkneemster te blijven. Voor zover werkneemster heeft aangevoerd dat zij geen gelden tot

haar beschikking had om voortzetting van de deelneming te financieren, omdat Flevoziekenhuis haar (ten onrechte) geen wachtgeld wenste uit te keren en zij dus uitsluitend was aangewezen op een WW-uitkering, neemt de kantonrechter het volgende in aanmerking. De gestelde schade is, zo begrijpt de kantonrechter het standpunt van werkneemster, ontstaan omdat werkneemster verstoken is geweest van het gebruik van de wachtgelduitkering (mede) ten behoeve van de voortzetting van de pensioenopbouw. Voor zover al zou komen vast te staan dat sprake zou zijn van enig causaal verband, namelijk als Flevoziekenhuis bij einde dienstverband per 1 oktober 2011 meteen het besluit had genomen tot toekenning van wachtgeld aan werkneemster, werkneemster wel gebruik had gemaakt van de vrijwillige voortzetting van haar pensioenopbouw, en dat Flevoziekenhuis dan pensioenpremie voor werkneemster had betaald aan het Pensioenfonds Zorg en Welzijn en dat werkneemster dan de gestelde schade niet zou hebben geleden, dan kan die gestelde schade Flevoziekenhuis als gevolg van de weigering tot betaling van wachtgeld niet worden toegerekend. Alle omstandigheden in aanmerking genomen valt het niet tijdig aanvragen van de voortzetting van de pensioenopbouw dan ook in de risicosfeer van werkneemster. Dit betekent dat de vordering van werkneemster dient te worden afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 12-07-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:5820

Zaaknummer: 5669880 / MC EXPL 17-1031

Rechters: R.M. Berendsen

Advocaten: A. Wasscher en N. Sluis

Wetsartikelen: hoofdstuk 14 van de cao Ziekenhuizen 2011-2014, 39 lid 1 onderdeel c Pensioenwet en 9.5 Pensioenreglement Zorg en Welzijn

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Ontbindingsverzoek werknemer, zonder toekenning transitievergoeding en/of billijke vergoeding. Geen ernstige verwijtbaarheid werkgever.

Feiten

Werknemer is sinds 2011 in dienst bij werkgever in de functie van vestigingsmanager. Werknemer heeft eerst op 14 januari 2016 en vervolgens op 10 februari 2016 opnieuw een schriftelijke waarschuwing ontvangen omdat hij zich niet aan gemaakte afspraken/instructies zou hebben gehouden. Vanaf 10 maart 2016 is werknemer arbeidsongeschikt. De bedrijfsarts stelt op 21 november 2016 in zijn advies dat de spanningen in de arbeidsverhouding dienen te worden opgelost. Daarnaast stelt hij dat er geen medische bezwaren zijn om de opbouw van het werk verder uit te stellen, maar dat de werkzaamheden wel geleidelijk dienen te worden opgebouwd. Werknemer vindt het aangeboden werk echter niet passend en verschijnt niet op het werk. Werknemer vordert ontbinding van de arbeidsovereenkomst, onder toekenning van een billijke vergoeding en de transitievergoeding. De kantonrechter heeft het ontbindingsverzoek toegewezen, echter zonder toekenning van een billijke vergoeding en de transitievergoeding. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

Oordeel

Het geschil tussen partijen moet worden gezien tegen de veranderingen binnen de organisatie van werkgever nadat medio 2015 de aandelen van werkgever verkocht waren aan de investeringsmaatschappij X, hetgeen het begin was van een nauwe samenwerking tussen werkgever en Y, waarin ook X participeert. De overname van werkgever door X/Y betekende dat de organisatie van werknemer diende te worden aangepast aan de regels, de operationele procedures en de processen die binnen het veel grotere Y bestonden. Dit bracht ook mee dat medewerkers van werkgever, onder wie werknemer, op een andere manier moesten gaan werken. Duidelijk is dat gaandeweg dit veranderingsproces werknemer en werkgever tegenover elkaar zijn komen te staan. In het bijzonder is de communicatie tussen werknemer als vestigingsmanager en zijn nieuwe direct leidinggevende A, regiomanager, ernstig verslechterd. Zowel werknemer als A hebben desgevraagd geantwoord dat de oorzaak daarvan (geheel) bij de ander lag. Het gevolg van het vorenstaande was dat er misverstanden konden ontstaan. Als voorbeeld kan het dragen van het oortje dienen. Werknemer stelt dat hij ervan uitging dat hij, om veiligheidsredenen, een oortje diende te dragen zoals hij altijd deed. Werkzaamheden waarbij hij het oortje dient te dragen waren echter niet passend doordat hij

een beperking aan zijn oor heeft. Werkgever heeft hiertegen ingebracht dat dit een verkeerde aanname was van werknemer. Werkgever noemt dit zelf ook een misverstand. Subjectieve beleving krijgt ook de overhand als het gaat om de locatie van de re-integratie. Volgens werknemer zou hij in beginsel gewoon moeten re-integreren in B, maar is volgens hem duidelijk dat het nooit de bedoeling is geweest hem te laten terugkeren naar zijn eigen functie in C. Werkgever heeft een aantal zakelijke redenen gegeven om werknemer niet in C te laten re-integreren. Een te respecteren reden is dat werkgever van werknemer een verandering in gedrag vroeg en dat dit beter kon worden bewerkstelligd buiten de eigen werkplek. Er zijn geen concrete aanwijzingen dat er een vooropgezet plan was om hem nooit meer in C te laten terugkeren. In de gegeven omstandigheden is vanuit werkgever gedacht goed voorstelbaar dat zij duidelijk wilde maken aan werknemer dat zij zwaar tilde aan het feit dat werknemer in haar ogen bij herhaling geen gehoor gaf aan redelijke verzoeken. De ernstige veronachtzaming door de werkgever van zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte kan ertoe leiden dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Blijkens de wetsgeschiedenis bepaalt de werkgever in eerste instantie of er in zijn bedrijf passende arbeid voorhanden is. Voorzien is dat niet uitgesloten is dat de zieke werknemer van mening is dat hem aangeboden vervangende arbeid niet passend is. Bij een verschil van mening hieromtrent kan in laatste instantie het oordeel van de burgerlijke rechter worden ingeroepen. Op enig moment hebben partijen dergelijke verschillen van mening gekregen. Werknemer heeft bijvoorbeeld naar voren gebracht dat werkgever hem niet had mogen opdragen drankjes en hapjes rond te brengen en gasten te ontvangen in de mate waarin zij dat graag zag. Werkgever heeft aangevoerd dat dit onder de functieomschrijving van vestigingsmanager valt. Hoe dit verder allemaal ook zij, hetgeen werknemer in dit verband heeft gesteld kan het oordeel niet dragen dat werkgever haar re-integratieverplichting ernstig heeft geschonden zoals hier bedoeld. Achteraf oordelend had werkgever het probleem met werknemer wellicht beter kunnen aanpakken. Dit door niet vast te houden aan de strikte scheiding tussen re-integratieproces en de oplossing van het arbeidsconflict zoals zij heeft gedaan, nu die elkaar beïnvloedden. Ook had zij na de afwijzing van het ontbindingsverzoek op 15 november 2016 voortvarender op het mediationtraject kunnen inzetten. Tegelijkertijd zijn er geen aanwijzingen dat het probleem dan wel zou zijn opgelost. Er zijn conflicten die al zodanig geëscaleerd zijn dat mediation niet meer vruchtbaar is. Dit lijkt hier ook het geval te zijn geweest. Bovendien moet het aandeel van werknemer hierin niet worden vergeten. Hij had van meet af aan ook nadrukkelijker op (voorzetting van) mediation kunnen aandringen. Tijdens de mondelinge behandeling heeft hij ook aangegeven dat het ernstig verwijtbare handelen van werkgever gelegen is in 'het treiteren'. Werkgever heeft tijdens de mondelinge behandeling desgevraagd verklaard dat getracht is werknemer mee te krijgen in de nieuwe werkwijze, hetgeen voor hem volgens werkgever lastig was. Er zijn geen concrete aanknopingspunten dat werkgever de bedoeling had om werknemer te treiteren of weg te pesten, ook niet door beslissingen van werkgever in het re-integratietraject, en kunnen deze beslissingen, objectief bekeken, redelijkerwijs ook niet als treiterend of als gericht op wegpesten worden opgevat. Het staken van de loonbetalingen was niets meer en niets minder dan een reactie van werkgever op het gedrag van werknemer, die bij de start van de re-integratie op 28 november 2016 in B al na een uur

zijn werkzaamheden heeft neergelegd en daarna ook geen werkzaamheden meer voor werkgever heeft verricht. In de gegeven omstandigheden levert dit geen ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van werkgever op als vereist is om hem alsnog een transitievergoeding en/of billijke vergoeding toe te kennen, ook niet als deze staking ten onrechte zou zijn. Wel kan werknemer hiervoor een loonvordering instellen. Op grond van het voorgaande komt het hof tot de conclusie, de door werknemer gemaakte verwijten afzonderlijk en in onderling verband en samenhang bezien, dat geen sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door werkgever. Voor zover werkgever verwijten kunnen worden gemaakt, zijn die daarvoor niet ernstig genoeg. Ook doet afbreuk aan de stellingname van werknemer dat hij er ook zelf aan heeft bijdragen dat er een onwerkbaar situatie was ontstaan waarin niets anders resteerde dan ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Werknemer heeft in hoger beroep niets althans onvoldoende (nieuws) aangevoerd dat tot een ander oordeel dan dat van de kantonrechter dient te leiden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 23-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:5115

Zaaknummer: 200.221.307_01

Rechters: J.P. de Haan, H.E. HAE Uniken Venema en prof. mr. dr. F.G. Laagland

Advocaten: I.A.W. van den Broek en K.L.M. Kaldenbach

Wetsartikelen: 7:671c BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Anders dan de kantonrechter is het hof van oordeel dat er geen grond is voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De arbeidsovereenkomst wordt hersteld en werknemer is gehouden de reeds betaalde transitievergoeding terug te betalen.

Feiten

Werknemer is op 8 april 2010 in dienst getreden bij werkgeefster. In de arbeidsovereenkomst is een concurrentiebeding opgenomen. Werknemer heeft op 19 januari 2017 in privé van een klant van werkgeefster een scooter gekocht. In de arbeidsovereenkomst is in artikel 19 lid 1 opgenomen dat werknemer zich op de weg behoorlijk en fatsoenlijk dient te gedragen. Werknemer rijdt in een bedrijfsbus met logo van werkgeefster. In 2012 heeft de politie contact opgenomen met werkgeefster nadat werknemer betrokken is geweest bij een ongeval en daarna is doorgereden. Werknemer heeft tevens vier bekeuringen voor snelheidsovertredingen gekregen. In juli 2016 heeft werkgeefster klachten ontvangen over het rijgedrag van werknemer en heeft zij hem naar aanleiding daarvan een schriftelijke waarschuwing gestuurd. Op 21 september 2016 heeft werkgeefster werknemer naar aanleiding van klachten over diens rijgedrag hem schriftelijk een 'laatste waarschuwing' gegeven. Op 7 februari 2017 heeft werkgeefster zowel een klacht over de aankoop van de scooter door werknemer als een klacht over zijn rijgedrag ontvangen. In eerste aanleg heeft werkgeefster verzocht de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op basis van de e- dan wel g-grond. In de bestreden beschikking heeft de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen partijen ontbonden met ingang van 1 juli 2017. Werknemer is hiertegen in hoger beroep gekomen.

Oordeel

Genoegzaam is komen vast te staan dat werkgeefster veel klachten over gevaarlijk en agressief rijgedrag van werknemer heeft ontvangen. Werknemer heeft evenwel terecht aangevoerd dat hem geen verbetertraject is aangeboden, in de vorm van een rijvaardigheidskursus. Het rijden is een wezenlijk onderdeel van zijn functie. Het had op de weg van werkgeefster gelegen om werknemer een rijvaardigheidskursus aan te bieden toen zijn rijgedrag problematisch werd. Gelet op het voorgaande kunnen de stellingen van werkgeefster omtrent het rijgedrag het oordeel niet dragen dat van werkgeefster in redelijkheid niet kan worden gevergd om de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Ten aanzien van het verwijt van werkgeefster dat werknemer in privé een scooter van een klant van werkgeefster heeft gekocht, hetgeen

volgens werkgeefster in strijd is met het tussen partijen overeengekomen concurrentiebeding, en daarover vervolgens heeft gelogen, overweegt het hof het volgende. Niet valt echter zonder meer in te zien dat het in privé kopen van een scooter van een klant van werkgeefster onder dit beding valt. Werknemer heeft verklaard dat de betreffende klant twee scooters had om in te ruilen en dat hij uiteindelijk één scooter heeft ingeruild en één scooter zelf heeft aangekocht voor (slechts) € 50. Daarbij heeft hij bij de klant een verhaal opgehangen over zijn moeder die van dezelfde leeftijd zou zijn als de klant en die haar heup zou hebben gebroken en een scooter nog wel zou kunnen gebruiken, wat niet waar blijkt te zijn. Het hof volgt werkgeefster in haar standpunt dat werknemer met zijn handelwijze te ver is gegaan. Dit klemmt te meer nu werknemer niet transparant is geweest tegen werkgeefster. Op grond van hetgeen onder meer hiervoor is overwogen, is het hof van oordeel dat de verwijten van werkgeefster afzonderlijk noch in onderling verband en samenhang bezien de ontbinding van de arbeidsovereenkomst tussen partijen kunnen rechtvaardigen. Werknemer is in de fout gegaan bij de verkoop van de scooter. Gesteld noch gebleken is dat er meer gevallen zijn waarin het verkoopgedrag van werknemer ontoelaatbaar was. De situatie met de klant kan dan ook worden beschouwd als een op zichzelf staand incident. Dit is in de gegeven omstandigheden naar het oordeel van het hof niet toereikend om te komen tot de conclusie dat er sprake is van zodanig verwijtbaar handelen of nalaten van werknemer dat van werkgeefster in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Alles overwegende is er ook onvoldoende om aan te kunnen nemen dat de arbeidsverhouding tussen partijen is verstoord. Het principaal hoger beroep slaagt derhalve. Het hof zal het verzoek van werknemer om werkgeefster te veroordelen de arbeidsovereenkomst te herstellen toewijzen. Tussen partijen staat vast dat werkgeefster de transitievergoeding heeft betaald. Gezien de uitkomst van deze procedure is zij deze evenwel niet verschuldigd. Haar verzoek om werknemer te veroordelen tot terugbetaling daarvan is dan ook toewijsbaar.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 23-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:5113

Zaaknummer: 200.219.356_01

Rechters: J.P. de Haan, P.P.M. Rousseau en J.W. van Rijkom

Advocaten: E.F. Muller en R. Ketelaars

Wetsartikelen: 7:669 BW, 7:671b BW, 7:673 BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Sallcon B.V.

Loonvordering na ontslag (onder oud recht) met toestemming UWV. Kantonrechter heeft werkneemster terecht niet-ontvankelijk verklaard omdat ‘629a-verklaring’ ontbreekt. Latere WGA-uitkering zegt niets over re-integratiemogelijkheden in de periode voor ontslag.

Feiten

Werkneemster is op 31 augustus 2001 in dienst getreden bij Sallcon. Zij heeft zich met ingang van 2 juni 2009 ziek gemeld. Het deskundigenoordeel van 13 januari 2011 luidde dat werkneemster in staat is haar werkzaamheden te hervatten. Partijen hebben besloten de re-integratie op te starten per 9 maart 2011. Op 9 maart 2011 heeft werkneemster haar werkzaamheden niet hervat. Na een aankondiging vooraf heeft Sallcon de niet gewerkte uren ingehouden op het loon. Nadat werkneemster haar werkzaamheden had hervat op 14 maart 2011, heeft zij zich op 16 maart 2011 opnieuw ziek gemeld. In de daarvoor opgegeven reden heeft Sallcon opnieuw geen aanleiding gezien om ziekteverlof toe te kennen. Opnieuw zijn de niet gewerkte uren ingehouden op het loon. Uit een nadere rapportage van de ingeschakelde bedrijfsarts en psycholoog is gebleken dat er voor werkneemster geen belemmeringen waren voor het uitvoeren van de werkzaamheden. Met toestemming van het UWV is de arbeidsovereenkomst door Sallcon met ingang van 1 december 2011 opgezegd met als reden het verwijtbaar niet meewerken aan re-integratie. Bij besluit van 22 oktober 2012 is door het UWV per 6 augustus 2011 een loongerelateerde WGA-uitkering toegekend op basis van 100% arbeidsongeschiktheid. Werkneemster vordert onder meer betaling van € 3.037,13 bruto achterstallig loon. De kantonrechter heeft overwogen dat werkneemster geen verklaring heeft overgelegd als bedoeld in artikel 7:629a lid 1 BW en dat de beslissing tot toekenning van de WIA-uitkering niet met deze verklaring kan worden gelijkgesteld. De kantonrechter heeft werkneemster niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering. Werkneemster komt tegen dit vonnis in hoger beroep.

Oordeel

Het toekennen van een WGA-uitkering zegt iets over de arbeidsgeschiktheidssituatie op het moment van toekenning, mogelijk – zoals in dit geval – met terugwerkende kracht tot de ingangsdatum van de uitkering, maar geeft geen uitsluitsel over de vraag of de uitkeringsgerechtigde in de periode daarvoor belastbaar was voor re-integratie in de eigen functie of met andere passende werkzaamheden. Integendeel: naast de vermelde second opinion uit januari 2011 is er ook nog de rapportage (die overigens niet in de procedure is

overgelegd) van enkele maanden later, waaruit volgt dat werkneemster juist wel belastbaar was voor re-integratiewerkzaamheden. De kantonrechter heeft werkneemster dan ook terecht niet-ontvankelijk verklaard in haar loonvordering bij gebreke van een '629a-verklaring'. Dat werkneemster een dergelijke verklaring niet meer kon verkrijgen nadat zij vier jaar had gewacht met haar loonvordering, komt voor haar risico. Met de tweede grief komt werkneemster op tegen de overweging van de kantonrechter dat alleen loon is ingehouden. Werkneemster blijft erbij dat er daarnaast vakantiedagen zijn afgeboekt. Dat staat immers op de loonstroken: afgeboekt zijn 'verlofuren eigen rekening'. Tijdens de mondelinge behandeling heeft het hof met partijen vastgesteld dat de salarisspecificaties geen overzicht van openstaande en opgenomen vakantiedagen bevatten. Namens werkneemster is geen onderbouwing verschaft van haar stelling dat, voor de dagen waarop zij ten onrechte niet op het werk verscheen, niet alleen loon is ingehouden maar ook vakantiedagen zijn afgeboekt (waarmee zij dan 'dubbel' gestraft zou worden). Het hof kan uit de overgelegde salarisspecificaties niet anders opmaken dan dat op het brutoloon brutobedragen zijn ingehouden die corresponderen met het aantal uren waarop niet zou zijn gewerkt. Dat is terecht. Ook grief 2 faalt. Het hof zal het bestreden vonnis bekrachtigen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 21-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2017:10209

Zaaknummer: 200.189.978/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, O.E. Mulder en W.P.M. ter Berg

Advocaten: H. Tadema en E.F. Muller

Wetsartikelen: 6:119 BW, 7:625 BW, 7:627 BW, 7:629 BW en 7:629a BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Arbeidsbemiddelingscentrum BV

De weigering van werknemer om gehoor te geven aan de oproep om de volgende ochtend bij een derde re-integratiewerkzaamheden te verrichten, is geen dringende reden voor ontslag op staande voet. Geen herstel, maar toekenning billijke vergoeding.

Feiten

Werknemer is sinds 2011 in dienst bij Arbeidsbemiddelingscentrum BV (hierna: ABC). Hij heeft zich op 27 mei 2016 ziek gemeld. Hoewel deze ziekmelding door ABC aanvankelijk niet werd geaccepteerd (omdat deze volgens ABC te maken zou hebben met het ten laste van werknemer gelegde loonbeslag) heeft de bedrijfsarts op 3 juni 2016 geoordeeld dat werknemer ongeschikt was voor het eigen werk. Per 15 juli 2016 heeft de bedrijfsarts werknemer geschikt geacht voor eigen werk. Werknemer was echter van oordeel dat hij daar niet toe in staat was. Daarop heeft ABC het loon per 25 augustus 2016 stopgezet. Het deskundigenoordeel van het UWV luidde dat ABC onvoldoende meewerkte aan de re-integratie. ABC heeft werknemer op 6 december 2016 op staande voet ontslagen wegens herhaaldelijke werkweigering. Werknemer verzoekt primair vernietiging van het ontslag op staande voet en subsidiair een billijke vergoeding. De kantonrechter heeft beide verzoeken afgewezen. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

Oordeel

ABC heeft na verkrijging van het deskundigenoordeel niet langer kunnen afgaan op het andersluidende oordeel van haar bedrijfsarts. ABC heeft dan ook in strijd met het goed werkgeverschap gehandeld door niet per omgaand tot loonbetaling over te gaan. Dit klemte te meer nu ABC op de hoogte was van de penibele financiële situatie waarin werknemer, door reeds bestaande schulden en door het gelegde loonbeslag, terecht was gekomen, terwijl zijn financiële situatie alleen maar verslechterde doordat ABC over een periode van bijna twee maanden – ten onrechte – het loon niet had betaald. Bovendien werd werknemer door de weigering van ABC gedwongen een kortgedingprocedure tegen ABC aanhangig te maken, waardoor de verhouding tussen ABC en werknemer verder onder druk kwam te staan. Het deskundigenoordeel werpt een ander licht op de weigerachtige opstelling waar ABC werknemer van aanvang af van heeft beschuldigd. ABC heeft de initiële ziekmelding niet willen accepteren, terwijl werknemer naar het oordeel van de bedrijfsarts op 3 juni 2016 wel ziek was. ABC heeft het onwel worden van werknemer op kantoor op 8 juni 2016 in twijfel getrokken terwijl de bedrijfsarts hem op 18 juni 2016 wel degelijk ziek achtte. Ten slotte heeft

ABC de melding van werknemer dat hij in de week van 22 augustus 2016 zijn werkzaamheden niet kon hervatten, niet geaccepteerd en – ten onrechte – het loon stopgezet. Hoewel ABC zelf niet aan haar loonbetalingsverplichting voldeed, heeft zij werknemer wel aan zijn verplichting tot het verrichten van passende arbeid in het kader van re-integratie gehouden. Zij heeft werknemer op 28 oktober 2016 opgeroepen bij de bedrijfsarts en vervolgens, op 1 november 2016, opgeroepen tot werkhervatting bij een opdrachtgever van ABC per 3 november 2016. Op 4 november 2016 heeft ABC werknemer nogmaals opgeroepen om werkzaamheden te verrichten op 7 november 2016 en hem bericht dat de bedrijfsarts niet gehouden is om concrete werkzaamheden te vermelden. Op 6 december 2016 is werknemer niet verschenen. Daarop heeft ABC werknemer op staande voet ontslagen. Weliswaar had werknemer ten aanzien van de oproepen tot het verrichten van werkzaamheden in het kader van de re-integratie geen absoluut recht om vooraf (al dan niet schriftelijk) te vernemen welke werkzaamheden hij bij een opdrachtgever van ABC zou moeten verrichten. Echter, niet gesteld of gebleken is dat een dergelijke opgave in redelijkheid niet van ABC verlangd kon worden. Ten aanzien van de oproep van 5 december 2016 moet worden vastgesteld dat deze pas om 15:00 uur 's middags is gedaan waarbij het ging om werkzaamheden die de volgende ochtend om 7:00 uur zouden aanvangen. Dat een en ander ingevolge de cao ten aanzien van werknemers die in de dagdienst werken niet ongebruikelijk is mag zo zijn, maar werknemer was ziek en kampte met psychische klachten en moest ander werk dan zijn gebruikelijke werkzaamheden gaan doen op een voor hem niet gebruikelijke werkplek. Hij heeft zich op het standpunt gesteld dat hij nog geen terugkoppeling (van de bedrijfsarts) had gehad, en dat hij die zwart op wit wilde hebben. Weliswaar heeft ABC later die middag een mail van de bedrijfsarts aan de gemachtigde van werknemer gemaild, maar daaruit bleek wederom niet of de bedrijfsarts de informatie van de huisarts bij zijn oordeel had meegewogen, zoals wel tussen partijen was afgesproken tijdens de zitting in het kort geding. Volgens ABC zou de gemachtigde vervolgens hebben gevraagd of er vervoer was geregeld en of het advies van de neuroloog in de verklaring van de bedrijfsarts was betrokken, en heeft zij dit aangemerkt als het opwerpen van drempels/strubbelingen/eisen. Ook hier geldt weer dat werknemer geen absoluut recht heeft op vervoer naar de opdrachtgever of op een antwoord op de vraag of het advies van de neuroloog verwerkt was in het oordeel van de bedrijfsarts, nu daarover tussen partijen, anders dan met betrekking tot het advies van de huisarts, geen afspraken waren gemaakt. Ook het nog niet gewezen zijn van een kortgedingvonnis van de kantonrechter is geen reden voor het niet-verrichten van de werkzaamheden. Evenwel is het hof van oordeel dat ABC de druk op werknemer wel bijzonder sterk heeft opgevoerd door hem pas op een extreem laat tijdstip op te roepen terwijl de gemachtigde vanwege een zitting en vanwege pakjesavond beperkt beschikbaar was en ook geen overleg met de bedrijfsarts meer kon plaatsvinden over de vraag of het oordeel van de huisarts in het oordeel verwerkt was. Dit maakt dat het hof de aard en de ernst van hetgeen ABC als dringende reden aanmerkt – te weten de weigering om op 6 december 2016 de aangeboden werkzaamheden in het kader van de re-integratie uit te voeren – daarvoor onvoldoende zwaarwegend acht. Tegen de achtergrond van de hierboven aangehaalde passages uit de memories van toelichting waaruit blijkt dat ontslag op staande voet niet de geëigende maatregel is bij het niet verrichten van de

re-integratiewerkzaamheden en gelet op het feit dat ABC in elk geval gedurende de periode van 25 augustus 2016 tot 14 oktober 2016 niet op toereikende wijze aan haar re-integratieverplichtingen had voldaan en bleef weigeren – ook ten tijde van de oproepen in november 2016 – om tot betaling van het (achterstallig) loon over te gaan, alsmede gelet op de uiterst korte termijn van de oproep aan een werknemer met psychische klachten en de bestaande onduidelijkheid of de bedrijfsarts bij zijn meest recente oordeel acht had geslagen op het recente advies van de huisarts zoals tussen partijen was afgesproken, is de oproep van 5 december 2016 niet passend in het op goede wijze bewerkstelligen van de re-integratie van werknemer en kon in redelijkheid niet van hem worden gevergd dat hij aan die oproep gehoor gaf. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen was van herhaalde werkweigeren en van het daardoor niet voldoen aan de op werknemer rustende re-integratieverplichtingen op 6 december 2016 geen sprake en moet het ontslag op staande voet als een te zware maatregel worden aangemerkt, mede gezien de ernstige gevolgen daarvan voor werknemer, te weten geen loon en geen aanspraak op enige sociale zekerheidsuitkering. Op grond van het voorgaande is het hof van oordeel dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is en er op 6 december 2016 geen dringende reden voor ontslag op staande voet voorhanden was. Gelet op hetgeen tussen partijen is voorgevallen sinds mei 2016, acht het hof herstel van de arbeidsovereenkomst niet in de rede liggen. ABC heeft zich van meet af aan wantrouwend jegens werknemer opgesteld, in het bijzonder ten aanzien van de aard van zijn ziekte. De opstelling van werknemer heeft dit wantrouwen niet kunnen wegnemen. Het hof zal daarom overgaan tot het toekennen van een billijke vergoeding van (afgerond) € 25.000 bruto.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 21-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:3237

Zaaknummer: 200.217.226/01

Rechters: M.D. Ruizeveld, H.M. Wattendorff en H.J. van Kooten

Advocaten: S. Arakelyan en C. Schimmel

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

RECHTSPRAAK

Buig Centrale Steenberg B.V./FNV

Staking in strijd met in cao overeengekomen stakingsverbod. Staking wordt verboden tot verstrijken van in de cao overeengekomen vier weken na de datum waarop aan de Bemiddelingsinstantie een verzoek om bemiddeling en/of beoordeling is gedaan.

Feiten

FNV heeft stakingen georganiseerd bij BCS. Er is gestaakt op 9, 10 en 14 november (drie volle dagen) en vandaag (17 november 2017) wordt er voor de vierde dag gestaakt. BCS stelt zich op het standpunt dat dit niet mag, onder andere, omdat in de cao in de Metalektro 2015/2018 een stakingsverbod is opgenomen (art. 10.3 lid 1 van de cao), welk verbod nog van kracht is. BCS vordert daarom dat FNV wordt veroordeeld zich te onthouden van alle collectieve acties, stakingen inbegrepen, gedurende het stakingsverbod, dit op straffe van verbeurte van een dwangsom. FNV voert als verweer dat zij wel mag staken en dat het stakingsverbod op grond van artikel 10.3 lid 3 van de cao is vervallen.

Oordeel

In artikel 10.3 lid 1 van de cao is een stakingsverbod opgenomen dat erop neer komt dat tot 1 juni 2018, om welke reden dan ook, niet mag worden gestaakt. In het derde lid van dit artikel is echter bepaald dat dit stakingsverbod onder meer vervalt indien het onderwerp van de voorgenomen werkstaking of andere acties een onderwerp betreft dat in of krachtens de cao is geregeld: vier weken na de datum waarop aan de Bemiddelingsinstantie een verzoek om bemiddeling en/of beoordeling is gedaan. Ter discussie staat of het stakingsverbod op grond van dit derde lid is vervallen. FNV heeft op 31 oktober 2017 een ultimatum aan BCS gesteld en is na het verstrijken van dit ultimatum tot vierentwintiguursstakingen overgegaan. Partijen zijn het erover eens dat het onderwerp waarvoor dit ultimatum is gesteld en waarvoor de stakingen zijn uitgeroepen betrekking heeft op de invoering en inrichting van een nieuw salarissysteem bij BCS. Tussen partijen staat ter discussie of dit onderwerp (de invoering en inrichting van een nieuw salarissysteem) wel of niet een onderwerp is dat in of krachtens de cao is geregeld. BCS vindt dat dit zo is, en FNV meent van niet. De voorzieningenrechter is van oordeel dat dit onderwerp zijn grondslag vindt in de artikelen 4.1 en 4.6 van de cao. Dat artikel 4.6 ruimte laat voor overleg en onderhandeling over de inhoud van het salarissysteem (de bedrijfsloontabel) betekent niet dat het geen onderwerp is dat in of krachtens de cao is geregeld. De conclusie is dat het onderwerp van de stakingen een onderwerp is dat in of krachtens de cao is geregeld. Dit betekent dat het stakingsverbod gelet op het bepaalde in

artikel 10.3 lid 3 eerste liggende streepje van de cao vervalt vier weken na de datum waarop aan de Bemiddelingsinstantie een verzoek om bemiddeling en/of beoordeling is gedaan. BCS heeft bij brief van 3 november 2017 een verzoek aan de Bemiddelingsinstantie gedaan. De voorzieningenrechter is van oordeel dat in de gegeven omstandigheden de vierwekentermijn als bedoeld in artikel 10.3 lid 3 van de cao is aangevangen met het door BCS gedane verzoek aan de Bemiddelingsinstantie van 3 november 2017. Het komt voor rekening en risico van BCS dat er mogelijk niet binnen de vierwekentermijn een succesvolle bemiddeling door de Bemiddelingsinstantie kan worden bewerkstelligd. Dit betekent dat FNV tot en met 1 december 2017 zich van collectieve acties, stakingen inbegrepen, dient te onthouden. Het voorgaande leidt al tot de conclusie dat de vordering van BCS toewijsbaar is. FNV zal worden veroordeeld om zich tot en met 1 december 2017 te onthouden van het voeren van collectieve acties, waaronder stakingen, bij BCS. De gevorderde dwangsom zal worden afgewezen, omdat FNV uitdrukkelijk heeft toegezegd om dit vonnis na te komen. FNV vordert in reconventie dat BCS wordt verboden om gedurende een door FNV te houden werkonderbreking of werkstaking de werkzaamheden die normaal door stakers worden uitgevoerd te laten uitvoeren door uitzendkrachten of andere niet bij BCS in dienst zijnde werknemers, dit op straffe van verbeurte van een dwangsom. De vordering van FNV moet al worden afgewezen omdat, zoals hiervoor in conventie is overwogen en beslist, FNV tot en met 1 december 2017 zich dient te onthouden van collectieve acties, stakingen inbegrepen. Er geldt op grond van de cao nog een stakingsverbod. Het onderkruipersverbod is dus nog niet van toepassing.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 17-11-2017

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2017:5846

Zaaknummer: C/16/449825 / KG ZA 17-837

Rechters: A.J. Reitsma

Advocaten: B.J. Bloemendal en J.P. Boot

Wetsartikelen: 4.1 cao Metalektro, 4.6 cao Metalektro en 10.3 cao Metalektro

RECHTSPRAAK

werkgever/werkneemster***Bewijswaardering loonafpraak.****Feiten*

Werkneemster is sinds 2010 bij werkgever in dienst als magazijnmedewerkster. Werkneemster heeft een loonvordering ingesteld, omdat volgens haar haar loon niet was 'geïndexeerd' en haar brutoloon (dus niet haar nettoloon) naar beneden was bijgesteld. De kantonrechter heeft deze loonvordering in eerste aanleg toegewezen. Tegen dit vonnis komt werkgever in hoger beroep. Bij tussenbeschikking van 8 juni 2016 heeft het hof reeds overwogen dat werkgever niet onder de werkingssfeer van de cao Bakkersbedrijf valt en dat de loonvordering, voor zover daarop gebaseerd, wordt afgewezen. Hetzelfde geldt voor de op die cao gebaseerde vordering tot betaling van toeslagen tot een bedrag van € 244,20 bruto. Het hof heeft werkgever toegelaten te bewijzen dat (en met ingang van wanneer) partijen in 2013 zijn overeengekomen dat werkneemster voortaan recht had op een netto-uurloon van € 10.

Oordeel

Het hof acht bewezen dat werkgever met werkneemster heeft afgesproken dat haar loon met ingang van maart 2013 € 9,95 netto per uur zou bedragen (beter gezegd: het bruto equivalent van € 9,95 netto per uur). Daartoe wordt het volgende overwogen. X, statutair directeur van werkgever, verklaart als partijgetuige dat werkneemster begin 2013 bij hem is gekomen en onder meer heeft verzocht om voortaan € 9,95 netto uitbetaald te krijgen, omdat ze niet afhankelijk wilde zijn van eventuele belastingschommelingen. Hij verklaart voorts dat dat toen ook is doorgegeven aan zijn accountant Y en dat die vervolgens het loon op basis van die afspraak heeft berekend. A, de moeder van X en werkzaam bij werkgever, verklaart als getuige dat zij enkele jaren geleden een gesprek hoorde tussen werkneemster en X, tijdens welk gesprek werkneemster tegen X zei dat zij elke maand hetzelfde nettobedrag wilde. Na dat gesprek vroeg X aan A of zij een mailtje kon sturen naar de loonadministratie met de mededeling dat werkneemster elke maand hetzelfde loon wilde hebben en dat was, naar A meent, € 9,95 per uur. Desgevraagd verklaart A dat zij zich het bedrag van € 9,95 herinnert omdat dat telkens als netto uurloon op de loonspecificaties stond. Zij verklaart voorts dat zij het mailtje met de mededeling dat voortaan moest worden uitgegaan van een nettoloon van € 9,95 destijds heeft verzonden aan Y, die de salarisadministratie deed. Y verklaart als getuige dat zijn kantoor de salarisadministratie van werkgever verzorgt. Hij herinnert zich dat in het begin van 2013 is gesproken over een vast nettoloon voor werkneemster. Hij heeft ter zitting een mailbericht van 20 maart 2013 van A aan B overgelegd waarin wordt aangegeven dat

werkneemster vanaf maart 2013 nog maar 27 uur per week werkt en dat X met haar had afgesproken dat haar nettoloon € 1.163,78 per maand zou worden. Voorts blijkt uit de verklaring van X in samenhang met de overgelegde Excel-print van Y en de in de procedure overgelegde salarisspecificaties genoegzaam dat vanaf maart 2013 telkens is uitgegaan van een netto uurloon van € 9,95. Ten slotte staat vast dat werkneemster noch in 2013, noch in 2014 heeft geprotesteerd tegen de hoogte van het betaalde salaris. Ook indien rekening wordt gehouden met de beperkte bewijskracht van de partijgetuigenverklaring van X, is de door werkgever gestelde afspraak bewezen, gelet op de hiervoor vermelde onderdelen van de verklaringen van A en Y, de in dat kader overgelegde Excel-print en de salarisspecificaties met ingang van maart 2013. Nu werkgever het loon conform de door werkgever bewezen loonafpraak heeft betaald, is de eindconclusie dat de loonvordering van werkneemster in eerste aanleg ten onrechte is toegewezen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 16-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:5095

Zaaknummer: 200.207.906_01

Rechters: P.P.M. Rousseau, C.E.L.M. Smeenk-van der Weijden en R.J. Voorink

Advocaten: R.P.H.W. Haas en A.J.E. Verschuren

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

<p>Geen sprake van disfunctioneren. Verstoring van de arbeidsverhouding is hoofdzakelijk aan werkgever te wijten. Afwijzing ontbindingsverzoek d-, g- en h-grond.</p>

Feiten

Werknemer is op 8 september 1997 in dienst getreden bij werkgever. De laatste functie die werknemer vervulde, is die van teamleider Warehouse. Vanaf 2012 is X de manager/leidinggevende van werknemer. Werkgever verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden primair op basis van de d-grond, subsidiair de g-grond en meer subsidiair de h-grond. Werkgever stelt daartoe onder meer dat al voor 2013 bleek dat werknemer niet op alle onderdelen optimaal functioneerde, maar dat vanaf 2013 de kritiek op zijn functioneren is verhevigd. Werkgever heeft de afgelopen vier jaren en in het laatste jaar in het bijzonder geprobeerd om werknemer ertoe te bewegen zijn gedrag en functioneren te verbeteren. Werknemer wil niet inzien dat zijn gedrag te wensen overlaat. Werknemer voert verweer tegen het ontbindingsverzoek. Hij stelt onder meer dat mediation geïndiceerd zou zijn geweest, zodat op basis van het verbetertraject niet kan worden vastgesteld dat werknemer niet naar behoren functioneert. Al sinds (ten minste) 2014 wordt hij niet objectief, fair en zorgvuldig beoordeeld en bejegend door zijn leidinggevende. Een onderling – niet door werknemer veroorzaakt – gebrek aan vertrouwen is geheel ten onrechte vertaald naar een vorm van disfunctioneren en een verbetertraject.

*Oordeel**D-grond*

De kantonrechter overweegt dat werknemer naar de mening van werkgever de eerste achttien jaren dat hij voor werkgever werkte, tot (in ieder geval) 2013, op een voldoende niveau heeft gefunctioneerd. Na 2013, kort na de komst van X als leidinggevende, is sprake van een kentering. De kantonrechter vindt het opmerkelijk te constateren dat de aanmerkingen op het functioneren in het functioneringsverslag over 2014 blijkbaar niet specifiek op de persoon van werknemer gericht zijn, maar (deels) ook in de functioneringsverslagen van de andere twee teamleiders Warehouse zijn opgenomen. Dit werpt de vraag op of de hier omschreven punten moeten worden gezien als aanmerkingen op het functioneren van werknemer, of een andere visie van X op de manier waarop de functie uitgeoefend dient te worden. Dat het Warehouse en het team van werknemer niet functioneren, heeft werkgever niet aangetoond. De punten

waarop werknemer volgens werkgever niet voldoende functioneert, en waar ook het verbeterplan op gericht is, betreffen niet zozeer de kerntaken van de functie van werknemer, maar zijn door werkgever (onder andere) omschreven in termen als communicatie, eigenaarschap, leiderschap en vertrouwen. Met werknemer is de kantonrechter van oordeel dat de doelen zoals die in het verbetertraject omschreven zijn, niet voldoende bruikbaar, duidelijk en concreet zijn.

G-grond

De relatie tussen X en werknemer is vanaf het begin moeizaam verlopen. Leidinggevende had vrij snel nadat zij zijn leidinggevende werd, kritiek op zijn functioneren, maar heeft ook onnodig persoonlijke opmerkingen in het verslag over het functioneren in het jaar 2013 geplaatst die werknemer hebben gekwetst. Er zijn nadien diverse gesprekken tussen X en werknemer gevoerd, ook met een bemiddelaar daarbij, maar de insteek van deze gesprekken was hoofdzakelijk het niet voldoende functioneren van werknemer volgens X. Het niet kunnen bijsturen van werknemer in zijn gedrag heeft er uiteindelijk toe geleid dat zij inmiddels ook het vertrouwen in werknemer kwijt is, zo heeft werkgever aangevoerd. Hiermee grijpt werkgever terug op het ongeschikt zijn van werknemer en het niet in staat zijn van werknemer om zijn gedrag aan te passen, wat dan vervolgens leidt tot een vertrouwensbreuk. Maar dat werknemer ongeschikt is voor zijn functie is onvoldoende vast komen te staan en dat kan dan ook geen reden zijn om het vertrouwen kwijt te raken. Het verzoek van werknemer om mediation toe te passen heeft werkgever niet gehonoreerd omdat zij vond dat dat niet de meest geschikte vorm van begeleiding was. Een door werknemer voorgestelde coach heeft werkgever ook niet geaccepteerd. Onder deze omstandigheden is de verstoring van de arbeidsverhouding hoofdzakelijk aan werkgever te wijten. Dit betekent dat die verstoring geen grond oplevert voor ontbinding van de arbeidsovereenkomst.

H-grond

Het is in strijd met de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever dat een onvoldoende onderbouwde grond of een combinatie van onvoldragen gronden toch een ontslag kan dragen. Dit leidt tot het oordeel dat de arbeidsovereenkomst van partijen ook niet op basis van de restgrond kan worden ontbonden.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 08-11-2017

Zaaknummer: 6286086 / EJ VERZ 17-584

RECHTSPRAAK

werknemer/Cotac Nederland B.V., h.o.d.n. CTC Complete Tank Care

Arbeidsongeval. Zorgplicht werkgever bij onderhoudswerkzaamheden van werknemer aan tankcontainer met stikstof. Bewijsopdracht.

Feiten

Werknemer is sinds 1 december 2011 bij Cotac Nederland B.V (hierna: Cotac) in dienst als onderhoudsmonteur. Op 4 september 2012 heeft hij, tezamen met X, onderhoudswerkzaamheden verricht aan de buitenkant van een container, die een dag eerder door werknemer onder stikstof was gezet met een overdruk van 0,5 bar. Werknemer is met een ladder via het mangat de tank ingegaan. Aangezien de tank vanwege de daarin aanwezige hoeveelheid stikstof te weinig zuurstof bevatte, is hij in de tank buiten bewustzijn geraakt. Met medewerking van andere collega's heeft de voorman werknemer uit de tank gehaald en is hij zelf op eigen kracht de tank uitgeklimmen. Werknemer is ter plaatse door ambulancepersoneel behandeld en vervoerd naar een ziekenhuis, waar hij enige dagen opgenomen is geweest. Werknemer stelt Cotac aansprakelijk voor de door hem geleden schade. De kantonrechter heeft het verzoek van werknemer afgewezen. Daartoe is – samengevat – geoordeeld dat Cotac heeft voldaan aan haar verplichting om op de voet van artikel 7:658 BW en het Arbeidsomstandighedenbesluit een veilige werkomgeving te creëren voor haar werknemers. Tegen dit vonnis komt werknemer in hoger beroep.

Oordeel

Aan het onderhoud van tankcontainers als de onderhavige, die geregeld worden gevuld met stikstof, is inherent dat gevaar bestaat voor verstikking van de onderhoudsmonteurs. Als niet dan wel onvoldoende gemotiveerd weersproken staat vast dat verstikking als het belangrijkste gevaar van een inert gas als stikstof wordt beschouwd. Vast staat dat dit gevaar zich hier tegenover werknemer heeft verwezenlijkt. In dit geval ligt het dus op de weg van Cotac te stellen dat zij ervoor heeft zorg gedragen dat aan het vereiste hoge veiligheidsniveau van de werkomstandigheden is voldaan. Cotac heeft tot haar verweer onder meer het volgende gesteld. Zij heeft heldere procedures voor het betreden van een tankcontainer. Een tank mag niet betreden worden, tenzij er toestemming is van de voorman en het zuurstofgehalte is gemeten, in orde is bevonden en op een jobkaart of toestemmingsformulier is genoteerd. Deze procedure is vastgelegd in werkinstructiebladen en de monteurs worden vanaf hun eerste werkdag bij herhaling gewezen op de procedure door de voorman. Verder worden instructies en waarschuwingen regelmatig herhaald in trainingen, werkoverleggen, toolboxmeetings en

safety flashes. Voorts heeft Cotac in dit kader een beroep gedaan op verklaringen van werknemer zelf dat hij van het specifieke gevaar van stikstof op de hoogte was, alsmede van de te volgen (strikte) procedures. Uit deze verklaringen van werknemer kan worden afgeleid dat hij op de hoogte was van het verbod van het betreden van een tank zonder voorafgaande meting van de zuurstof. Ook blijkt dat werknemer in algemene zin ervan op de hoogte was dat het betreden van een tank met stikstof gevaarlijk was. Hij geeft echter ook aan dat hij niet wist hoe gevaarlijk dat was. Werknemer heeft ook uitdrukkelijk betwist dat de specifieke gevaren van stikstof aan hem door middel van werkinstructiebladen, werkoverleggen of cursussen zijn duidelijk gemaakt en dat hij die specifieke gevaren kende. Het hof acht hierbij voorts van betekenis dat ook de voorman en BHV'er, blijkbaar niet op de hoogte was van de specifieke gevaren, gezien het feit dat ook hij de container is ingegaan terwijl hij wist dat die stikstof bevatte en gezien zijn verklaring dat hij niet wist of werknemer gevallen was en *daardoor* bewusteloos was. Naast specifieke instructies over de te nemen veiligheidsmaatregelen, is van belang dat de werkgever ervoor zorgdraagt dat werknemers zoals werknemer daadwerkelijk op de hoogte zijn van het specifieke gevaar van de stoffen waarmee zij in het kader van hun dagelijkse werkzaamheden in aanraking komen. Enkele wetenschap van de te nemen veiligheidsmaatregelen is niet toereikend, nu een werknemer als werknemer ondanks het bestaan en de wetenschap van een dergelijke regel, wanneer hij onvoldoende op de hoogte is van de acute werking van de in de tank aanwezige gevaarlijke stof zoals stikstof en het daardoor bestaande gebrek aan zuurstof, licht in de verleiding zou kunnen komen in het kader van zijn dagelijkse werkzaamheden met voorbijgaan aan de gestelde tankbetredingsprocedure een tank te betreden. Het enkele feit dat werknemer, zoals hij heeft verklaard, op de hoogte was van het verbod van het betreden van een tank zonder voorafgaande meting van de zuurstof, is dus niet voldoende om aan te nemen dat Cotac ervoor heeft zorg gedragen dat aan het vereiste hoge veiligheidsniveau van de werkomstandigheden is voldaan. Werknemer heeft de stellingen van Cotec voor zover betrekking hebbend op instructies aan en kennis bij werknemer over het specifieke gevaar, voldoende gemotiveerd betwist. Cotec zal daarom tot het bewijs van die stellingen worden toegelaten. Daarbij zal met name vast moeten komen te staan dat werknemer daadwerkelijk op de hoogte was van het specifieke gevaar van stikstof. Daar komt nog bij dat, naar werknemer heeft gesteld, zich op de dag van het ongeval een bijzondere situatie voordeed, te weten dat zijn werkzaamheden die dag bestonden uit het vernieuwen van de mangatpakking van de tankcontainer, en dat dit vereist dat het mangat van de tankcontainer open staat. Op zichzelf is onweersproken dat voor het vervangen van een mangatpakking het mangat van de tank geopend moet zijn. Dit betekent dat de tank dan enige tijd open staat en dat het mogelijk is dat een monteur aanleiding heeft de tank (ook) aan de binnenzijde te betreden, bijvoorbeeld omdat hij een stuk gereedschap in de (openstaande) tank heeft laten vallen. De enkele stelling van Cotac dat het voor de uitvoering van de betreffende werkzaamheden 'niet nodig' was de tank te betreden (en dat het vereiste van toestemming van een voorman dus ook niet aan de orde was), wordt tegen deze achtergrond als onvoldoende gemotiveerd gepasseerd. Het hof verwijst in dit verband ook naar de overgelegde verklaring van de voorman aan de Inspectie SZW, inhoudend dat deze situatie niet vaak voorkomt en dat het ook niet vaak voorkomt dat de monteurs reparaties verrichten

aan tanks onder stikstof of niet gereinigde tanks. Er is aldus sprake van een bijzondere situatie, waarin de werkzaamheden van een onderhoudsmonteur zich niet louter (hoefden te) beperken tot de buitenkant van de tankcontainer en waarbij een tankcontainer waaraan reparaties moesten worden verricht onder stikstof stond. In een dergelijke bijzondere situatie is de enkele algemene regel of instructie dat een container niet mocht worden betreden zonder voorafgaande (toestemming en) zuurstofmeting niet toereikend, ook niet als de betrokken onderhoudsmonteur (wel) op de hoogte is van de specifieke gevaren van stikstof. Deze bijzondere situatie brengt mee dat van de werkgever mocht worden verwacht dat hij de onderhoudsmonteur voorafgaande aan de werkzaamheden expliciet zou waarschuwen dat de tank onder stikstof stond en (dus) niet betreden mocht worden zonder voorafgaande (toestemming en) zuurstofmeting, om te voorkomen dat deze monteur, in de veronderstelling dat dat veilig was, de tank zou betreden om een daarin gevallen stuk gereedschap met voorbijgaan aan de veiligheidsmaatregelen eruit te halen. Daarbij wordt overwogen dat deze waarschuwing alleen werkelijk als afdoende waarschuwing kan worden beschouwd als de betrokken onderhoudsmonteur op de hoogte is van de specifieke gevaren van stikstof. Volgt vernietiging van het bestreden vonnis en toelating van Codac door alle middelen rechtens in het bijzonder door het horen van getuigen, te bewijzen dat de specifieke gevaren van stikstof aan werknemer door middel van werkinstructiebladen, werkoverleggen of cursussen zijn duidelijk gemaakt en dat hij die gevaren kende.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 31-10-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:3031

Zaaknummer: 200.195.308/01

Rechters: H.M. Wattendorff en F. Damsteegt-Molier

Advocaten: A. Quispe en W.A.M. Rupert

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

Hessing Zwaagdijk B.V./werknemer

Leidinggevende heeft in strijd met de beleidsregels zonder toestemming producten meegenomen. Ontbindingsverzoek e-grond toegewezen.

Feiten

Hessing is een continue-bedrijf met verschillende vestigingen in binnen- en buitenland, dat zich toelegt op de productie van en de handel in gesneden groenten. Werknemer is op 2 september 1998 in dienst getreden bij Hessing. De laatste functie die werknemer vervulde, is die van allround operator afdeling Milieustraat. In de personeelsgids van Hessing is opgenomen dat het ten strengste verboden is om producten mee te nemen en dat bij overtreding van deze regel ontslag op staande voet wegens diefstal kan volgen. In februari 2017 heeft zich bij Hessing een incident voorgedaan waarbij een uitzendkracht, van wie werknemer de leidinggevende was, was betrokken. Hiervoor heeft Hessing aan werknemer een officiële waarschuwing gegeven. Op 5 mei 2017 heeft werknemer omstreeks 16:31 uur een aantal maaltijdsalades anders dan via de personeelwinkel meegenomen. Hessing verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op grond van (ernstig) verwijtbaar handelen van de werknemer. Als tegenverzoek wordt door werknemer verzocht om Hessing bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst te veroordelen tot het betalen van een transitievergoeding en een billijke vergoeding.

Oordeel

E-grond

Het incident met de vervuilde kuubkist acht de kantonrechter niet relevant voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van verwijtbaarheid aan de zijde van werknemer, zoals Hessing stelt. Dit voorval is immers van geheel andere aard dan het voorval van 5 mei 2017 en is bovendien reeds afgehandeld met een sanctie. Anders overweegt de kantonrechter ten aanzien van het voorval van 5 mei 2017. Blijkens de personeelsgids van Hessing is het ten strengste verboden om producten op een andere wijze mee te nemen dan via een bestelling bij de personeelwinkel. Vast staat dat werknemer bekend is met dit beleid. Verder staat vast dat werknemer op de hoogte is van het sanctiebeleid. Ter zitting heeft Hessing onweersproken gesteld dat Hessing het sanctiebeleid jaarlijks aan iedere medewerker ter ondertekening voorlegt. Voorts is op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting duidelijk geworden dat productieoverschotten dagelijks naar de voedselbank gaan en dat af en toe door de

locatiemanager wordt besloten om van deze overschotten groententassen voor alle medewerkers te maken. In onderhavige zaak staat vast dat de producten die werknemer heeft meegenomen waren bestemd om te worden vernietigd. De kantonrechter concludeert dat op grond van het voorgaande ervan moet worden uitgegaan dat werknemer zonder toestemming producten heeft meegenomen. Dit acht de kantonrechter een grove schending van de beleidsregels van Hessing. Dit geldt te meer omdat werknemer de leidinggevende is van de personen die de salades aan het weggooien waren. Als leidinggevende dient werknemer voorbeeldgedrag te vertonen als het gaat om het naleven van de beleidsregels. Daar komt bij dat het producten betrof die ter beperking van gezondheidsrisico's bestemd waren om te worden vernietigd. De conclusie is dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt op grond van verwijtbaar handelen.

Billijke vergoeding en transitievergoeding

De kantonrechter ziet geen aanleiding om aan werknemer een billijke vergoeding toe te kennen, zoals door hem is verzocht. De kantonrechter volgt daarnaast niet het standpunt van Hessing dat de transitievergoeding niet is verschuldigd omdat het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg zou zijn van ernstig verwijtbaar handelen van werknemer. Naar het oordeel van de kantonrechter is in dit geval geen sprake van een vergelijkbare situatie zoals genoemd in de wetsgeschiedenis. Werknemer heeft de beleidsregel inhoudende dat zonder toestemming geen derving mag worden meegenomen heeft geschonden. Dit wordt door Hessing als diefstal aangemerkt, echter uit de stukken en het verhandelde komt niet naar voren dat werknemer de intentie had om de producten, die bovendien waren bestemd om te worden weggegooid, te stelen. De kantonrechter oordeelt dat aan de zijde van werknemer geen sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten dat als "ernstig" dient te worden gekwalificeerd.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 19-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2017:9750

Zaaknummer: 61008284 / AO VERZ 17-82

Rechters: B. Liefing-Voogd

Advocaten: J.F.M. Verheij en M. Kartal

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

RECHTSPRAAK

Hessing Zwaagdijk B.V./werknemer

Leidinggevende heeft in strijd met de beleidsregels zonder toestemming producten meegenomen. Ontbindingsverzoek e-grond toegewezen.

Feiten

Hessing is een continubedrijf met verschillende vestigingen in binnen- en buitenland, dat zich toelegt op de productie van en de handel in gesneden groenten. Werknemer is op 2 september 1998 in dienst getreden bij Hessing. De laatste functie die werknemer vervulde, is die van allround operator afdeling Milieustraat. In de personeelsgids van Hessing is opgenomen dat het ten strengste verboden is om producten mee te nemen en dat bij overtreding van deze regel ontslag op staande voet wegens diefstal kan volgen. Op 15 juni 2016 heeft werknemer van Hessing een officiële waarschuwing ontvangen wegens het overtreden van het verzuimbeleid. Op 5 mei 2017 heeft werknemer omstreeks 16:27 uur een aantal maaltijdsalades anders dan via de personeelswinkel meegenomen. Hessing verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer te ontbinden op grond van (ernstig) verwijtbaar handelen van de werknemer. Als tegenverzoek wordt door werknemer verzocht om Hessing bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst te veroordelen tot het betalen van een transitievergoeding en een billijke vergoeding.

Oordeel

E-grond

De overtredingen van het verzuimbeleid acht de kantonrechter niet relevant voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van verwijtbaarheid aan de zijde van werknemer, zoals Hessing stelt. Deze overtredingen zijn immers van geheel andere aard dan die van het voorval van 5 mei 2017. Bovendien heeft werknemer voor deze overtredingen achtereenvolgens een bewustwordingsbrief, een officiële waarschuwing en een brief, waarin de afspraken over ziek melden worden herhaald, ontvangen, terwijl het conform het door Hessing gehanteerde sanctiebeleid ook mogelijk was geweest om werknemer te schorsen bij de derde overtreding van het verzuimbeleid. Uit het feit dat Hessing niet tot schorsing van werknemer is overgegaan maakt de kantonrechter op dat Hessing aan deze derde overtreding blijkbaar niet heel veel waarde heeft gehecht. Het valt dan ook niet in te zien waarom Hessing dat wel doet in het kader van het ontbindingsverzoek. De overtredingen van het verzuimbeleid laat de kantonrechter dan ook buiten beschouwing. Anders overweegt de kantonrechter ten

aanzien van het voorval van 5 mei 2017. Blijkens de personeelsgids van Hessing is het ten strengste verboden om producten op een andere wijze mee te nemen dan via een bestelling bij de personeelwinkel. Vast staat dat werknemer bekend is met dit beleid. Verder staat vast dat werknemer op de hoogte is van het sanctiebeleid. Ter zitting heeft Hessing onweersproken gesteld dat Hessing het sanctiebeleid jaarlijks aan iedere medewerker ter ondertekening voorlegt. Voorts is op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting duidelijk geworden dat productieoverschotten dagelijks naar de voedselbank gaan en dat af en toe door de locatiemanager wordt besloten om van deze overschotten groententassen voor alle medewerkers te maken. In onderhavige zaak staat vast dat de producten die werknemer heeft meegenomen waren bestemd om te worden vernietigd. De kantonrechter concludeert dat op grond van het voorgaande ervan moet worden uitgegaan dat werknemer zonder toestemming producten heeft meegenomen. Dit acht de kantonrechter een grove schending van de beleidsregels van Hessing. Dit geldt te meer omdat werknemer de leidinggevende is van de personen die de salades aan het weggooien waren. Als leidinggevende dient werknemer voorbeeldgedrag te vertonen als het gaat om het naleven van de beleidsregels. Daar komt bij dat het producten betrof die ter beperking van gezondheidsrisico's bestemd waren om te worden vernietigd. De conclusie is dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst ontbindt op grond van verwijtbaar handelen.

Billijke vergoeding en transitievergoeding

De kantonrechter ziet geen aanleiding om aan werknemer een billijke vergoeding toe te kennen, zoals door hem is verzocht. De kantonrechter volgt daarnaast niet het standpunt van Hessing dat de transitievergoeding niet is verschuldigd omdat het eindigen van de arbeidsovereenkomst het gevolg zou zijn van ernstig verwijtbaar handelen van werknemer. Naar het oordeel van de kantonrechter is in dit geval geen sprake van een vergelijkbare situatie zoals genoemd in de wetsgeschiedenis. Werknemer heeft de beleidsregel inhoudende dat zonder toestemming geen derving mag worden meegenomen geschonden. Dit wordt door Hessing als diefstal aangemerkt, echter uit de stukken en het verhandelde komt niet naar voren dat werknemer de intentie had om de producten, die bovendien waren bestemd om te worden weggegooid, te stelen. De kantonrechter oordeelt dat aan de zijde van werknemer geen sprake is van verwijtbaar handelen of nalaten dat als 'ernstig' dient te worden gekwalificeerd.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 19-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2017:9744

Zaaknummer: 6107964 / AO VERZ 17-81

Rechters: B. Liefing-Voogd

Advocaten: A.F.M. Verheij en M. Kartal

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

RECHTSPRAAK

werknemer/UniCom Oost B.V.

Beoordeling vordering kennelijk onredelijk ontslag in de gegeven omstandigheden aan de hand van de situatie bij de materiële werkgever en niet aan de hand van die bij de formele werkgever. Ontslag niet kennelijk onredelijk. Geen ruimte voor afzonderlijke toets op basis van goed werkgeverschap.

Feiten

Werknemer is op 19 februari 1979 in dienst getreden van UniCom Oost. UniCom Oost is 100% aandeelhoudster van UniCom Installaties B.V. Werknemer en zijn acht collega's zijn door UniCom Oost bij UniCom Installaties gedetacheerd. Dit met hun instemming en die van de vakbond FNV. Indiensttreding bij UniCom Installaties werd onwenselijk geacht omdat dan de – voor de werknemers slechtere – cao Klein Metaal op de arbeidsverhoudingen van toepassing zou worden. Op 18 maart 2015 is werknemer (weer) wegens ziekte uitgevallen. Op 26 juni 2015 heeft UniCom Oost een ontslagvergunning gevraagd en op 22 juli 2015 is aan haar toestemming verleend de arbeidsovereenkomst met werknemer en zijn acht collega's op te zeggen en wel op bedrijfseconomische gronden, te weten volledige bedrijfssluiting. UniCom Installaties heeft, kort gezegd, haar activiteiten gestaakt wegens aanhoudende verliezen. Met ingang van 1 maart 2017 is werknemer bij een andere werkgever voor de duur van één jaar in dienst getreden. Daarnaast ontvangt hij een gedeeltelijke WW-uitkering. Vanaf 20 juli 2017 is werknemer opnieuw arbeidsongeschikt wegens ziekte. Werknemer stelt dat sprake is van kennelijk onredelijk ontslag wegens het gevolgcriterium.

Oordeel Naar het oordeel van de kantonrechter is van kennelijk onredelijk ontslag geen sprake. Hoewel werknemer in loondienst was van UniCom Oost dient voor de beoordeling van de vraag of sprake is van kennelijk onredelijk ontslag ervan te worden uitgegaan alsof werknemer in loondienst was van UniCom Installaties. Deze vennootschap was feitelijk de werkgeefster van werknemer. De grond voor de opzegging, te weten bedrijfssluiting, ligt, zoals werknemer terecht heeft gesteld, geheel in de risicosfeer van UniCom Oost. Anders dan werknemer echter heeft aangevoerd, is het in de loop van 2015 genomen besluit om haar installatietak helemaal af te stoten op te billijken gronden gebaseerd. De arbeidsovereenkomst met werknemer had vanwege de verliezen van UniCom Installaties geen toekomst meer en voortzetting van die arbeidsovereenkomst was daardoor zinloos geworden. Van UniCom Oost kon in redelijkheid niet worden verlangd ter wille van het behoud van de werkgelegenheid de financiering van UniCom Installaties door middel van de rekening-courantverhouding voort

te zetten. De stelling van werknemer dat UniCom Installaties eerst andere, kostenbesparende maatregelen had kunnen en behoren te nemen, is door hem niet nader toegelicht en onderbouwd. Herplaatsing van werknemer in een andere, passende functie was uitgesloten, omdat al het personeel van UniCom Installaties is ontslagen vanwege de bedrijfssluiting en gesteld noch gebleken is dat bij UniCom Oost een passende functie voor werknemer voorhanden was. Bij UniCom Installaties ontbraken de financiële middelen om een ontslagvergoeding aan werknemer toe te kennen, tenzij UniCom Oost die middelen aan haar ter beschikking had gesteld. Uiteraard had UniCom Oost kunnen besluiten een vergoeding aan werknemer toe te kennen, maar zij was slechts in formeel opzicht zijn werkgeefster en zij was niet verplicht een afvloeiingsregeling te financieren. Materieel gezien was UniCom Installaties de werkgeefster van werknemer en die had daarvoor geen middelen. Hoewel werknemer er nadrukkelijk op wijst dat zijn positie op de arbeidsmarkt vanwege zijn ziekte nog slechter was dan die van zijn collega's kan deze omstandigheid geen doorslaggevende betekenis hebben, omdat werknemer per einddatum van het dienstverband, hoewel hij nog steeds wegens ziekte arbeidsongeschiktheid was, zeven van de acht uren per dag weer werkte, en de prognose op volledig herstel gunstig was. Daarnaast kan worden afgeleid dat UniCom Oost werknemer niet zomaar heeft laten gaan, maar zich heeft ingespannen de gevolgen van het ontslag te voorkomen respectievelijk te verzachten. Werknemer heeft gelijk dat indien het verzoek aan het UWV om toestemming voor ontslag een week later was ingediend, na 1 juli 2015, werknemer aanspraak had kunnen maken op een (forse) transitievergoeding. Toch kan dit argument in de onderhavige discussie geen rol spelen, omdat het verzoek nu eenmaal voor 1 juli 2015 is gedaan en de norm van goed werkgeverschap daaraan niet in de weg stond, terwijl de grens tussen het oude en het nieuwe ontslagrecht door de wetgever scherp is getrokken. Werknemer baseert zijn vordering tot schadevergoeding ook op artikel 7:611 BW, maar dit artikel komt in dit verband geen zelfstandige betekenis toe, omdat de toets aan de norm van goed werkgeverschap in de kennelijke onredelijkheidstoets van artikel 7:681 BW opgaat. De door werknemer gevorderde verklaring voor recht en de door hem gevorderde schadevergoeding zijn niet toewijsbaar.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 10-10-2017

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:4399

Zaaknummer: 5793760 CV EXPL 17-1800

Rechters: C.H. de Haan

Advocaten: M. Folman-Onderstal en M.B. Tol

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:681 (oud) BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

<p>Hoewel de kantonrechter begrijpt dat werkgeefster de gedragingen van werknemer ten zeerste afkeurt, stelt werknemer terecht dat de strafbare feiten volledig in de privé-sfeer liggen. Ontslag op staande voet onterecht gegeven. Wel is er sprake van een redelijke grond voor ontbinding (g-grond).</p>

Feiten

Werknemer is op 1 juni 2016 in dienst getreden bij werkgeefster. Op 2 maart 2017 heeft werknemer een ongeluk gehad met zijn auto. Hij heeft hierover per sms-bericht aan werkgeefster gemeld dat hij vanwege de schrik is doorgereden, maar dat hij zich alsnog bij de politie heeft gemeld. Op 30 mei 2017 heeft werknemer zich verslapen waarna hij telefonisch aan zijn leidinggevende heeft gemeld dat hij er zo spoedig mogelijk aan kwam. Kort daarna werd hij gebeld door de directeur van werkgeefster en naar aanleiding van dit gesprek heeft werknemer zich per Whatsapp-bericht (wederom) ziek gemeld. Na het telefoongesprek heeft werknemer op 30 mei 2017 een Whatsapp-bericht ontvangen van de directeur waarin werknemer wordt medegedeeld dat hij zo snel mogelijk in contact wenst te treden met de raadsman van werknemer, aangezien communicatie met werknemer zeer problematisch verloopt. Ook is werknemer niet langer welkom op de zaak. Per brief van dezelfde datum is vervolgens aan werknemer bericht dat werkgeefster naar aanleiding van het telefoongesprek met de directeur genoodzaakt is om per direct de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Bij brief van 8 juni 2017 heeft werkgeefster werknemer nogmaals op staande voet ontslagen, nadat zij erachter is gekomen dat het verhaal omtrent de aanrijding anders is dan werknemer heeft doen voorkomen. Als reden geeft werkgeefster aan dat werknemer geen VOG kan overleggen. Werknemer verzoekt de kantonrechter de op 30 mei 2017 en 8 juni 2017 gegeven ontslagen op staande voet te vernietigen en werkgeefster te veroordelen tot doorbetaling van loon. Werkgeefster verzoekt voorwaardelijke ontbinding op basis van de e-, g- of h-grond.

Oordeel

Verzoek werknemer

Naar het oordeel van de kantonrechter is het op 30 mei 2017 gegeven ontslag op staande voet niet rechtsgeldig. Volgens werkgeefster zou werknemer de directeur onder meer tijdens het telefoongesprek hebben geschoffeerd. Dat werknemer zich op dergelijke wijze heeft uitgelaten, wordt door hem echter weersproken en door werkgeefster niet aangetoond. Uit de

brief van 30 mei 2017 blijkt ook niet met zoveel woorden dat werknemer zich dusdanig heeft uitgelaten. Werkgeefster had bovendien, gelet op de ingrijpende gevolgen van een ontslag op staande voet voor werknemer, ook kunnen kiezen voor een ontbindingsprocedure. Het voorgaande brengt met zich dat het op 30 mei 2017 gegeven ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is zodat de kantonrechter toepassing zal geven aan artikel 7:681 lid 1 BW en dit ontslag zal vernietigen. Ten aanzien van het tweede ontslag op staande voet d.d. 8 juni 2017 begrijpt de kantonrechter dat dit voorwaardelijk is gegeven. Naar het oordeel van de kantonrechter is ten aanzien van het ontbreken van de VOG van dergelijke nieuwe feiten geen sprake. Dat deze VOG niet aanwezig was, was werkgeefster reeds bekend bij het eerdere gegeven ontslag op staande voet dan wel had haar bekend kunnen zijn zodat dit reeds op grond hiervan geen dringende reden oplevert voor een tweede ontslag op staande voet. De volgende vraag die beantwoord moet worden, is of de feiten omtrent het ongeval die werkgeefster in eerste instantie niet wist (o.a. tanken met gestolen kentekenplaten zonder te betalen) een ontslag op staande voet rechtvaardigen. De kantonrechter is van oordeel dat dit niet het geval is. Hoewel de kantonrechter begrijpt dat werkgeefster de gedragingen van werknemer ten zeerste afkeurt, stelt werknemer terecht dat de strafbare feiten volledig in de privésfeer liggen. Werknemer reed niet in een auto van werkgeefster en de feiten hebben zich ook buiten werktijd voorgedaan. De kantonrechter zal ook het op 8 juni 2017 gegeven ontslag op staande voet vernietigen. Nu de ontslagen op staande voet worden vernietigd, duurt de arbeidsovereenkomst voort en heeft werknemer recht op loon. De onweersproken vordering van werknemer tot loonbetaling zal daarom worden toegewezen.

Tegenverzoek werkgeefster

Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de door de werkgeefster naar voren gebrachte feiten en omstandigheden een redelijke grond voor ontbinding op, zoals bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onderdeel g BW. Zoals reeds is overwogen, acht de kantonrechter het begrijpelijk dat werkgeefster het vertrouwen in werknemer is verloren nadat hij niet het hele verhaal heeft verteld met betrekking tot het door hem veroorzaakte ongeluk op 2 maart 2017. Te meer nu hij in zijn sms waarin hij melding maakt van dit ongeluk bewust lijkt te hebben verzwegen onder welke omstandigheden het ongeval heeft plaatsgevonden. Werkgeefster stelt voorts terecht dat werknemer ook in het onderhavige verzoekschrift de waarheid nog lijkt te willen verdraaien door aan te geven dat hij zichzelf heeft gemeld bij de politie terwijl uit de krantenberichten blijkt dat de politie hem naar aanleiding van een burgernetmelding heeft 'opgespoord'. Bovendien heeft werknemer in deze procedure ook overige feiten niet naar waarheid beschreven. Dit alles heeft tot gevolg dat de kantonrechter het begrijpelijk acht dat werkgeefster geen vertrouwen meer heeft in werknemer als persoon waardoor er geen sprake meer kan zijn van een werkbare situatie op de werkvloer. Het staat derhalve vast dat de arbeidsverhouding tussen partijen thans dusdanig is verstoord dat van werkgeefster in redelijkheid niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Gelet op het voorgaande zal de kantonrechter het verzoek van werkgeefster toewijzen en zal de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 november 2017 worden ontbonden. Dat is de datum waarop de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging zou zijn geëindigd.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 15-09-2017

Zaaknummer: 6161692 AZ VERZ 17-62

RECHTSPRAAK

werkneemster/Parnassia Groep B.V.

Werkneemster heeft geen recht (meer) op loondoorbetaling bij ziekte, omdat haar loon reeds bij eerdere arbeidsongeschiktheid 104 weken is doorbetaald; immers er is geen sprake van nieuw bedongen arbeid, maar van re-integratiearbeid.

Feiten

In 1994 is werkneemster bij werkgever in dienst getreden. Per 1 juli 2004 is werkneemster aangesteld als wetenschappelijk onderzoeker senior. Vanaf 29 mei 2007 is werkneemster volledig arbeidsongeschikt geraakt. Per 17 juni 2008 heeft werkneemster haar werkzaamheden gedeeltelijk hervat. Werkgever heeft het loon gedurende 104 weken doorbetaald (het eerste jaar 100%, in het tweede jaar 70%). Vanaf mei 2009 ontving werkneemster naast loon voor gewerkte uren, een WAO-uitkering. De functie van wetenschappelijk onderzoeker senior is als gevolg van een reorganisatie vervallen, waarna werkneemster per 1 november 2009 de functie van senior projectleider is gaan vervullen. Op 29 juli 2010 is werkneemster voor deze werkzaamheden uitgevallen vanwege dezelfde klachten als in 2007. Werkgever heeft daarop gedurende de periode van 29 juli 2010 tot en met 28 juli 2011 100% van het loon doorbetaald en vanaf 29 juli 2011 tot 1 januari 2012 70%. Het UWV heeft werkneemster op 9 december 2011 met terugwerkende kracht tot 26 augustus 2010 een WAO-uitkering toegekend. De uitkering is vervolgens door het UWV aan werkgever uitbetaald. Vanaf 1 januari 2012 heeft het UWV de uitkering rechtstreeks aan werkneemster betaald. Werkgever heeft, na verkregen toestemming van het UWV, de arbeidsovereenkomst met werkneemster opgezegd. In eerste aanleg heeft werkgever terugbetaling van € 17.007,19 aan te veel uitbetaald loon gevorderd. Daartoe is aangevoerd dat toen werkneemster op 29 juli 2010 wegens ziekte uitviel, werkgever de loonbetaling aan werkneemster heeft voortgezet. Achteraf is dat onjuist geweest omdat werkneemster op grond van de Wet Amber (met terugwerkende kracht) vanaf 26 augustus 2010 recht had op een WAO-uitkering. De betalingen zijn dus deels onverschuldigd verricht; het uitbetaalde loon was hoger dan de uitkering die aan werkgever is uitbetaald. De kantonrechter heeft werkneemster veroordeeld tot terugbetaling. Werkneemster heeft hoger beroep ingesteld.

Oordeel

Het wettelijk stelsel houdt op dit punt, kort gezegd, in dat de werkgever in geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer enerzijds gehouden is gedurende 104 weken het naar tijdruimte vastgestelde loon binnen de grenzen zoals bepaald in artikel 7:629

lid 1 BW te betalen, en anderzijds gedurende die periode de re-integratie van zijn werknemer binnen het eigen bedrijf, dan wel in het bedrijf van een andere werkgever, te bevorderen (art. 7:658a BW). Dit stelsel brengt mee dat, indien de werknemer als gevolg van de re-integratie andere (passende) werkzaamheden is gaan verrichten, zonder dat de passende arbeid de bedongen arbeid is geworden, en hij na afloop van de periode van 104 weken opnieuw door ziekte uitvalt, de werkgever niet gehouden is (wederom) diens loon door te betalen. Ook artikel 6:248 lid 1 BW brengt dat niet mee, omdat dan de samenhang en het evenwicht tussen de bedoelde verplichtingen van de werkgever verstoord zouden worden. Tegen die achtergrond overweegt het hof het volgende. Toen werkneemster, na volledige arbeidsongeschiktheid in 2007, haar werk in 2008 deels hervatte, dient die hervatting als re-integratie in eigen werk gezien te worden. Aan die werkzaamheden is een einde gekomen toen de functie van wetenschappelijk medewerker senior als gevolg van een reorganisatie is komen te vervallen. De vraag is of de werkzaamheden die werkneemster als senior projectleider is gaan verrichten, moeten worden gezien als nieuw bedongen arbeid waarvoor werkneemster is uitgevallen dan wel als voortgezette re-integratiewerk. In het eerste geval heeft werkneemster recht op doorbetaling van loon, in het tweede geval heeft werkneemster die aanspraak niet. In het kader van het voorgaande is de 'wijziging op de arbeidsovereenkomst' die partijen op 25 november 2009 hebben ondertekend, relevant. Tegen die achtergrond is het hof van oordeel dat er tussen partijen geen nieuwe arbeidsovereenkomst is ontstaan toen werkneemster per 1 november 2009 werkzaamheden als senior projectleider is gaan verrichten. De 'wijziging op de arbeidsovereenkomst' laat zien dat enkel de werkzaamheden en functie zijn gewijzigd, maar dat alles binnen het kader van het arbeidscontract dat partijen per 1 november 1994 zijn aangegaan. Elementen zoals beloning en arbeidsduur zijn onveranderd gebleven. De aanhef van genoemde tekst luidt ook: *wijziging op de arbeidsovereenkomst*. Werkneemster heeft niets gesteld, op basis waarvan zij in weerwil van deze bepaling heeft kunnen begrijpen dat het stuk van 25 november 2009 de belichaming is van een nieuw arbeidscontract. Wil werkneemster voor wat betreft de periode van 26 augustus 2010 tot 1 januari 2012 aanspraak kunnen maken op loonbetaling bij ziekte, dan moet er in een zaak als deze of sprake zijn van een nieuwe arbeidsovereenkomst dan wel een gewijzigde arbeidsovereenkomst waarbij de re-integratiewerk de nieuwe bedongen arbeid is geworden. Niet gebleken is dat zich een dergelijke situatie voor heeft gedaan, hetgeen betekent dat werkneemster op de gedane betalingen geen recht had en die betalingen onverschuldigd zijn gedaan.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 21-11-2017

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2017:3240

Zaaknummer: 3479716 CV EXPL 14-48054

Rechters: H.J. van Kooten, S.R. Mellema en M.J. van der Ven

Advocaten: R. Scheltes en E.V.H. van Tricht

Wetsartikelen: 7:629 BW