

Nieuwsbrief VAAN AR Updates

Nummer 16, 2018

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

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:3368](#) 10-04-2018

werknemer/PDX Services B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:1507](#) 10-04-2018

Werkneemster/Stichting

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:3329](#) 10-04-2018

werknemer/Stichting Lentis Maatschappelijke Onderneming

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:1504](#) 10-04-2018

Werknemer/Focus on Human B.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:3263](#) 09-04-2018

Fysio-Actief/werkneemster

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:3211](#) 05-04-2018

werknemer/Stichting Formido Franchisenemers

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:515](#) 27-03-2018

werknemer/EPC Power XTRA B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:37](#) 10-01-2017

werknemer/werkgever

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:3068](#) 12-04-2018

Federatie Nederlandse Vakbeweging/Albert Heijn B.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:1479](#) 11-04-2018

werknemer/Brocacef Groep N.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:1125](#) 06-04-2018

ABN AMRO Bank N.V./werkneemster

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:2032](#) 04-04-2018

Bracamonte Daily Foods B.V./werknemer

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2018:3167](#) 04-04-2018

Balanx Services B.V./werknemer

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:2732](#) 30-03-2018

werkneemster/FR Algemene Diensten B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:2958](#) 30-03-2018

werkneemster/Zorgvervoercentrale Nederland B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2018:2512](#) 27-03-2018

werknemer/Van Nature B.V.

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:2837](#) 14-03-2018

Raphaëlstichting/werkneemster

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2018:1103](#) 26-01-2018

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBSHE:2010:9620](#) 27-05-2010

werknemer/werkgever

[Rechtbank Oost-Brabant, ECLI:NL:RBSHE:2009:6888](#) 14-05-2009

werknemer/werkgever

Uitspraken zonder ECLI

[Rechtbank Limburg](#) 14-03-2018

werknemer/werkgeefster

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[Rechtbank Midden-Nederland](#) 07-12-2017

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[Rechtbank Oost-Brabant](#) 19-02-2009

werknemer/werkgever

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[Rechtbank Amsterdam](#) 15-01-2018

werknemer/Stichting Exploitatie Serviceflat De Drecht en Stichting Dienstverlening Serviceflats

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

RECHTSPRAAK

Federatie Nederlandse Vakbeweging/Albert Heijn B.V.

Een persoonlijke toeslag die na overname niet wordt verhoogd maar afgebouwd, is in strijd met de wettelijke regels bij overgang van onderneming.

Feiten

Werkneemster is op 31 juli 1989 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) de V.O.F. De Block Koningshoek (hierna: De Block) in de functie van Teamleider Verkoop. De Block was een franchisenemer die voor eigen rekening, maar onder naam van Albert Heijn, supermarkten exploiteerde. Op de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst is de Cao Levensmiddelenbedrijf van toepassing. In november 2015 zijn zowel de AH-supermarkten als de werknemers, onder wie werkneemster in kwestie, van De Block door Albert Heijn overgenomen. In dit kader is aan werkneemster medegedeeld dat de cao voor Personeel van Grootwinkelbedrijven in Levensmiddelen (hierna: VGL-cao) op haar voortgezette dienstverband van toepassing is. Bij de overname heeft Albert Heijn de methode van de zogeheten ‘mandjesvergelijking’ gehanteerd. Met de toepassing van deze methode worden de arbeidsvoorwaarden van een werknemer bij de franchisenemer vergeleken met de arbeidsvoorwaarden van een werknemer bij Albert Heijn. In het geval dat na de overname van een AH-supermarkt de arbeidsvoorwaarden van een werknemer bij Albert Heijn minder zijn dan bij de franchisenemer, kent Albert Heijn aan die werknemer een persoonlijke toeslag toe. In november 2015 is aan werkneemster medegedeeld dat haar salaris (ad € 1.530,88 bruto) zou worden vermeerderd met (o.a.) een persoonlijke toeslag, zodat zij hetzelfde bedrag (ad € 1.869,82 bruto) als bij De Block zou ontvangen. Verder is werkneemster medegedeeld dat de persoonlijke toeslag met de helft van de loonsverhoging volgens de VGL-cao zal worden afgebouwd. Op 23 januari 2017 heeft de Federatie Nederlandse Vakbeweging (hierna: FNV) aan Albert Heijn medegedeeld dat zij met voornoemde gang van zaken geen recht doet aan de wettelijke regels die van toepassing zijn op overgang van onderneming. Derhalve vordert FNV thans een verklaring voor recht dat Albert Heijn de persoonlijke toeslagen niet mag afbouwen, maar moet verhogen met loonsverhogingen op grond van de VGL-cao. Verder vordert de FNV dat Albert Heijn wordt veroordeeld om aan alle werknemers, onder wie werkneemster in kwestie, berekeningen te verstrekken van de verschuldigde achterstallige persoonlijke toeslag en die toeslag alsnog te betalen.

Oordeel

EU-recht

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) volgt dat een juiste uitleg van artikel 3 van Richtlijn 2001/23/EG meebrengt dat de loonvoorwaarden van de arbeidsovereenkomst bij overgang van onderneming niet worden gewijzigd – ook al blijft het totale bedrag van het loon hetzelfde. Ook volgt uit voornoemde richtlijn dat een werknemer geen afstand kan doen van rechten die hij aan dwingende bepalingen ontleent (zie HvJ EG 12 november 1992, C-209/91 (Watson/Rask), HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86 (Daddy's Dance Hall) en HvJ EG 6 november 2003, C-4/01 (Martin/SBU)). Verder heeft het HvJ EU geoordeeld dat de in de cao van de verkrijger voorziene voorwaarden voor beloning niet ertoe mogen leiden dat overgedragen werknemers een wezenlijk salarisverlies ondergaan in vergelijking met hun situatie voorafgaand aan de overgang (HvJ EU 6 september 2011, C-108/10 (Scattolon)).

De mandjesvergelijking

Met inachtneming van bovengenoemde rechtspraak concludeert de kantonrechter dat de door Albert Heijn gehanteerde mandjesvergelijking niet in overeenstemming is met de wettelijke regels bij overgang van onderneming. Hierbij is het volgende van belang. Albert Heijn heeft door toepassing van de mandjesvergelijking (de samenstelling van) de salarisvoorwaarden gewijzigd door verlaging van het basissalaris en door toekenning van een persoonlijke toeslag, welke niet wordt verhoogd maar slechts wordt afgebouwd. Deze wijziging houdt direct verband met de overgang van onderneming en is derhalve niet toegestaan. Daarnaast is als gevolg van deze wijziging en door toepassing van de VGL-cao sprake van een wezenlijk salarisverlies, nu Albert Heijn de persoonlijke toeslag niet met de loonsverhogingen van de VGL-cao verhoogt. Deze gang van zaken leidt bij werknemers tot een salarisverlies van bijna € 25,00 bruto per vier weken. Hoewel een dergelijk verlies in absolute zin beperkt blijft, brengt het voor werknemers een relevante inkomensachteruitgang met zich die ook de loonsverhogingen van de VGL-cao per saldo ongedaan maakt. Voorts wordt in de overweging betrokken dat het salarisverlies in de toekomst alleen maar zal toenemen.

Overige omstandigheden

Albert Heijn beroept zich op de wijzigingsmogelijkheid volgens de rechtspraak van het HvJ EU, maar dit beroep faalt. Albert Heijn heeft nagelaten te stellen dat de franchisenemer het basissalaris had mogen wijzigen en een af te bouwen persoonlijke toeslag had kunnen overeenkomen. Evenmin is in dit verband een beroep gedaan op de wijzigingsmogelijkheid uit artikel 7:611 dan wel 7:613 BW. Verder betoogt Albert Heijn dat zij met de toepassing van de mandjesvergelijking de arbeidsvoorwaarden wil harmoniseren en geen inkomensverschillen wenst tussen werknemers met vergelijkbare functies. De kantonrechter oordeelt evenwel dat de omstandigheid dat een werkgever arbeidsvoorwaarden van overgenomen werknemers op één lijn wil brengen met de arbeidsvoorwaarden van overige werknemers, moet worden geacht verband te houden met de overgang van onderneming (HvJ EG 6 november 2003, C-4/01 (Martin/SBU)). De wens tot harmonisering kan derhalve geen grond opleveren voor afwijking van de wettelijke regels bij overgang van onderneming dan wel voor wijziging van arbeidsvoorwaarden. Voorts stelt Albert Heijn dat werknemers en andere werknemers in

zijn algemeenheid hebben ingestemd met de mandjesvergelijking. De kantonrechter volgt deze stelling niet, omdat een werknemer, zoals eerder aangegeven, geen afstand kan doen van rechten die hij aan dwingende bepalingen van Richtlijn 2001/23/EG ontleent. Bovendien is in de aanbestedingsbrief van november 2015 niet vermeld dat de mandjesvergelijking een achteruitgang met zich brengt wanneer zich een loonsverhoging in de VGL-cao voordoet en de persoonlijke toeslag wordt afgebouwd. Onder dergelijke omstandigheden kan ondertekening van de aanbestedingsbrief niet worden gezien als instemming met de mandjesvergelijking.

Vordering werkneemster niet toewijsbaar

Hoewel de mandjesvergelijking in zijn algemeenheid niet in overeenstemming is met de wettelijke regels bij overgang van onderneming, kan de vordering van werkneemster niet worden toegewezen. Op zitting is namelijk komen vast te staan dat Albert Heijn en werkneemster zijn overeengekomen dat deze laatste na de overname de functie van Senior Medewerker Verkoop zou gaan vervullen en dat deze functie qua functie- en salarisniveau een lager ingeschaalde functie is dan die van Teamleider Verkoop. Richtlijn 2001/23/EG verzet zich niet tegen deze gang van zaken, omdat een dergelijke wijziging door nationale wetgeving is toegestaan en geen verband houdt met de overgang van onderneming.

Vordering van FNV deels toewijsbaar

De vorderingen van FNV kunnen niet als collectieve vorderingen worden ingesteld en toegewezen, omdat ten aanzien van sommige werknemers zou kunnen gelden dat Albert Heijn niet in strijd heeft gehandeld met de wettelijke regels bij overgang van onderneming. Hierbij kan worden gedacht aan de situatie dat werknemers een andere functie met Albert Heijn zijn overeengekomen of om andere redenen afwijkende afspraken met Albert Heijn hebben gemaakt. Daarnaast zal het nadelig effect van de mandjesvergelijking pas optreden bij de eerste loonsverhoging, zodat daarom voor sommige werknemers geldt dat zij in het geheel geen nadeel hebben ondervonden. Een zorgvuldige afweging van de bijzondere omstandigheden van individuele werknemers is derhalve noodzakelijk. De vorderingen van FNV zijn derhalve slechts gedeeltelijk toewijsbaar.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 12-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:3068

Zaaknummer: 6334120 \ Cv EXPL 17-5083

Rechters: P.J. Jansen

Advocaten: A.A.M. Broos en J.M. van Slooten

Wetsartikelen: 3:305a BW, 7:611 BW, 7:662 BW, 7:663 BW, 3 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG en 4 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG

RECHTSPRAAK

werknemer/Brocacef Groep N.V.***Eenzijdige wijziging van leaseautoregeling niet toegestaan, omdat teruggang in leaseautocategorie voor werknemer – gezien de aard van zijn functie – te ingrijpend is.****Feiten*

Werknemer is op 1 januari 2002 in dienst getreden bij (een rechtsvoorganger van) Mediq Farma B.V. (hierna: Mediq), een farmaceutische groothandelsorganisatie. Vanaf 1 april 2009 vervult werknemer de buitendienstfunctie van Adviseur Ketenlogistiek. In artikel 18 van de arbeidsovereenkomst is bepaald dat aan werknemer een auto ter beschikking wordt gesteld met een cataloguswaarde tussen € 35.000 en € 45.000 (categorie 3). In juli 2016 heeft Brocacef Groep N.V. (hierna: Brocacef) Mediq door middel van een aandelentransactie overgenomen. Teneinde harmonisatie van arbeidsvoorwaarden te realiseren en kosten terug te dringen heeft Brocacef per 1 september 2016 een nieuwe uniforme autoregeling ingevoerd. Hierdoor ging het personeel van Mediq van categorie 3 naar categorie 5, zijnde een auto met een cataloguswaarde van maximaal € 25.000. Werknemer heeft niet ingestemd met de nieuwe autoregeling en vordert dat Brocacef wordt veroordeeld om binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis en totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig zal eindigen, aan hem een leaseauto in categorie 3 ter beschikking te stellen, op straffe van verbeurte van een dwangsom.

Oordeel

De kantonrechter stelt voorop dat in de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst geen eenzijdig wijzigingsbeding als bedoeld in artikel 7:613 BW is opgenomen, zodat de vraag of Brocacef gerechtigd was de autoregeling eenzijdig te wijzigen moet worden beantwoord aan de hand van de Stoof/Mammoet-criteria. De kantonrechter overweegt in dit verband dat een streven naar harmonisatie en bezuiniging onder omstandigheden een eenzijdige wijziging kan rechtvaardigen en dat een en ander afhankelijk is van een zorgvuldige afweging van de bij de wijziging betrokken belangen.

Belangenafweging

Het belang van Brocacef dat harmonisatie als een versobering van de eerdere autoregeling is vormgegeven en derhalve tot kostenbesparing leidt, moet worden afgewogen tegen het belang dat werknemer heeft bij het ongewijzigd blijven van zijn recht op een leaseauto in categorie 3.

Volgens Brocacef gaat het om een wagenpark van 600 leaseauto's en is de totale besparing jaarlijks € 216.000. De kantonrechter oordeelt evenwel dat Brocacef zich niet heeft uitgelaten over het aantal werknemers dat zich – net als werknemer in kwestie – niet heeft kunnen verenigen met de nieuwe autoregeling, zodat daarmee ongewis is welke precedentwerking de uitkomst van het onderhavige geding zal hebben. De besparing die Brocacef met wijziging van de autoregeling in het geval van werknemer kan realiseren, bedraagt niet meer dan € 280 aan leasekosten per maand. Tegenover dit financiële belang van Brocacef staat het belang van werknemer om te kunnen blijven rijden in een duurdere, comfortabelere en veiligere auto. Naar het oordeel van de kantonrechter is dit een zwaarwegend belang, omdat (1) werknemer 60.000 kilometer in zijn bedrijfsauto pleegt te rijden en daardoor veel tijd in de auto doorbrengt en (2) het een feit van algemene bekendheid is dat het rijden van lange afstanden het nodige van de autobestuurder vergt. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft aldus te gelden dat een auto uit categorie 3 werknemer meer comfort, veiligheid en technologische verbeteringen biedt dan een auto uit categorie 5. Voor werknemer is de teruggang in lesecategorie dan ook, gezien de aard van zijn functie en het belang dat aan de auto als werkplek toekomt, zodanig ingrijpend, dat daartegenover het belang van Brocacef moet wijken.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 11-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:1479

Zaaknummer: 6369000 UC EXPL 17-13000

Rechters: H.A.M. Pinckaers

Advocaten: C.M.C. Hendriks en P.P.M. Wijnands

Wetsartikelen: 7:611 BW en 7:613 BW

RECHTSPRAAK

ABN AMRO Bank N.V./werkneemster

***Ontbindingsverzoek wegens disfunctioneren afgewezen (d-grond).
Schending van verplichtingen uit terugkeerregeling. Recht op passende
functie is niet komen te vervallen of verwerkt.***

Feiten

Werkneemster is op 1 mei 1985 in dienst getreden bij ABN AMRO Bank N.V. (hierna: ABN AMRO) en voerde incassowerkzaamheden uit. Op een gegeven moment heeft ABN AMRO het debiteurenbeheer uitbesteed aan X B.V. In verband met deze outsourcing is werkneemster automatisch per 1 december 2011 in dienst getreden bij X B.V. Bij deze overgang zijn werkneemster en ABN AMRO een zogenoemde terugkeerregeling overeengekomen, op grond waarvan werkneemster twee jaren na transactiedatum bij ABN AMRO kon worden herplaatst in een passende functie. Eind 2013 heeft werkneemster ervoor gekozen om van deze regeling gebruik te maken. Op 2 december 2013 is zij geplaatst in de passende functie Y. Haar toenmalige leidinggevende heeft in de eerste beoordeling van 2014 aangegeven dat werkneemster te weinig kennis en kunde had om in de passende functie te kunnen werken en dat derhalve sprake was van een 'mismatch'. In de periode 16 september 2014 tot 15 januari 2015 en 18 februari 2015 tot 9 mei 2015 is werkneemster arbeidsongeschikt geweest. Voor de periode 12 januari 2016 tot en met 14 juli 2016 zijn partijen een verbetertraject overeengekomen, maar dit had onvoldoende resultaat. Partijen zijn tevergeefs op zoek gegaan naar andere passende functies. ABN AMRO verzoekt thans ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens disfunctioneren (d-grond).

Oordeel

Passendheid van functie

De kantonrechter stelt voorop dat onderzocht dient te worden of ABN AMRO heeft voldaan aan haar verplichting uit de terugkeerregeling om werkneemster, toen zij terugkeerde in 2013, te plaatsen in een passende functie. ABN AMRO voert aan dat zij de functie Y passend achtte vanwege de gelijke salarisschaal en het feit dat werkneemster een cursus Erkend Hypotheekadviseur had gevolgd. Beide omstandigheden leiden evenwel niet tot het oordeel dat de door ABN AMRO aangeboden functie Y passend was. In dit verband is van betekenis dat werkneemster, los van de door haar gevolgde cursus, geen enkele ervaring op het gebied van hypotheek had. Verder is op zitting komen vast te staan (1) dat de functie een mismatch was, (2) dat werkneemster over onvoldoende kennis en kunde beschikte en (3) dat

werkneemster op zoek was naar een andere functie omdat zij zelf aangaf dat het werk van functie Y niet bij haar paste. De kantonrechter leidt uit het voorgaande af dat de door ABN AMRO aangeboden functie geen passende functie was, omdat deze niet aansloot bij de capaciteiten, kennis en ervaring van werkneemster. Dit brengt met zich dat ABN AMRO niet aan haar verplichting zoals vastgelegd in de terugkeerregeling heeft voldaan.

Verval van recht

ABN AMRO voert aan dat het recht op een passende functie is vervallen, doordat werkneemster niet binnen zes weken nadat zij in functie Y was geplaatst, bij de geschillencommissie bezwaar heeft gemaakt. De kantonrechter volgt ABN AMRO hierin niet. Allereerst is niet gebleken dat in de terugkeerregeling is verwezen naar een bepaling over de geschillencommissie in de ABN AMRO cao. Voorts blijkt uit de ABN AMRO cao niet dat een werknemer rechten verliest en/of de burgerlijke rechter niet meer kan benaderen indien niet binnen zes weken bezwaar wordt gemaakt. Van verval van recht is dan ook geen sprake.

Rechtsverwerking

Van rechtsverwerking is evenmin sprake, nu ABN AMRO het bestaan van bijzondere omstandigheden onvoldoende heeft gesteld. Partijen wisten vanaf het begin dat werkneemster geen ervaring had met hypotheek en haar kennis en kunde op dit gebied moest vergroten om geschikt te worden voor de functie. Dat dit laatste niet is gelukt, kan werkneemster niet worden verweten nu niet is gebleken dat zij zich onvoldoende heeft ingespannen tijdens het verbetertraject. Door wel te proberen haar kennis en kunde te vergroten, heeft werkneemster juist uiting gegeven aan goed werknemerschap. ABN heeft hieruit dan ook niet het gerechtvaardigd vertrouwen mogen ontleen dat werkneemster haar recht op een passende functie niet meer geldend zou maken indien de door beide partijen beoogde verbetering niet zou worden behaald. Verder heeft ABN AMRO niet gesteld dat haar positie onredelijk is verzwakt of benadeeld, nu werkneemster zich erop beroept dat geen passende functie is aangeboden. Dit probleem had ABN AMRO al in 2013 en is door de medewerking van werkneemster aan het verbetertraject en aan het zoeken van een andere functie niet vergroot. Dat er geen passende functie beschikbaar is, komt dan ook voor risico van ABN AMRO. Het verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de d-grond wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 06-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:1125

Zaaknummer: 6597354 AE VERZ 18-13 SW/1581

Rechters: A.L. Bervoets

Advocaten: S.M. Drost en H. den Besten

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/Zorgvervoercentrale Nederland B.V.

Werkgever kan in redelijkheid worden aangesproken op betaling van vakantietoeslag en niet-genoten vakantiedagen. Geen onregelmatigheidstoeslag, maar compensatieregeling. Vaststellingsovereenkomst en finale kwijting.

Feiten

Werkneemster is op 1 september 2003 in dienst getreden van Zorgvervoercentrale Nederland B.V. (hierna: ZCN) in de functie van telefoniste. Op de tussen partijen gesloten arbeidsovereenkomst is de Cao Taxivervoer (hierna: de cao) van toepassing. Medio 2016 is de concessie WMO-vervoer Nieuwe Waterweg Noord van ZCN naar Connexxion Taxiservices (hierna: CTS) overgegaan. Op 22 juli 2016 heeft de Kantonrechter Rotterdam geoordeeld dat CTS de werknemers van ZCN had overgenomen. Op 19 oktober 2016 heeft het Gerechtshof Den Haag het vonnis van de kantonrechter vernietigd en geoordeeld dat geen sprake was van overgang van onderneming. In een kortgedingprocedure van 2 maart 2017 heeft een aantal werknemers van ZCN, onder wie werkneemster, zowel ZCN als CTS gedagvaard en betaling van loon over de periode 1 augustus tot en met 31 oktober 2016 gevorderd. Partijen hebben op zitting een minnelijke regeling getroffen. Deze regeling is vastgelegd in een proces-verbaal, waarin onder meer staat opgenomen dat ZCN als werkgever aan werknemers salaris over de periode 1 oktober tot 19 oktober 2016 diende te betalen. Werkneemster heeft over de periode 1 augustus tot en met 19 oktober 2016 werkzaamheden voor CTS verricht en loonbetaling ontvangen van CTS. Op 1 april 2017 is de arbeidsovereenkomst van werkneemster via een vaststellingsovereenkomst beëindigd. In laatstgenoemde overeenkomst is opgenomen dat ZCN het loon van werkneemster zou doorbetalen tot het einde van het dienstverband en dat werkneemster tot dat moment vakantiegeld en vakantiedagen zou blijven opbouwen en gebruik zou blijven maken van andere arbeidsvoorwaarden. De overeenkomst bevat eveneens een finalekwijtingsbeding. Werkneemster stelt thans dat zij voor haar werkzaamheden voor CTS wel loon heeft ontvangen, maar geen vakantietoeslag. Daarnaast meent zij dat ZCN een te laag bedrag aan niet-genoten vakantiedagen heeft uitbetaald. Voorts maakt werkneemster aanspraak op de onregelmatigheidstoeslag voor gewerkte inconvenienten uren.

Oordeel

Vaststellingsovereenkomst

ZCN voert aan dat werkneemster met ondertekening van het proces-verbaal van 30 maart

2017 aan ZCN finale kwijting heeft verleend voor het loon voor de periode van 1 augustus tot 31 oktober 2016, omdat daarin een reactietermijn is geboden van één week en werkneemster niets van zich heeft laten horen. De kantonrechter volgt ZCN hierin niet, omdat in de dagvaarding van 2 maart 2017 slechts melding is gemaakt van betaling van loon, en niet van vakantietoeslag en niet-genoten vakantiedagen. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft werkneemster op dit punt dan ook geen finale kwijting verleend.

Vakantietoeslag en niet-genoten vakantiedagen

Vast staat dat werkneemster over de periode 1 augustus tot en met 19 oktober 2016 werkzaamheden voor CTS heeft verricht en dat zij met betrekking tot de periode augustus en september 2016 loon van CTS heeft ontvangen. ZCN heeft het loon betaald over de periode 1 t/m 19 oktober 2016. Over vakantiegeld en opbouw van vakantiedagen over augustus en september 2016 hebben CTS en ZCN geen afspraken gemaakt. Een redelijke uitleg van de getroffen regelingen brengt volgens de kantonrechter met zich dat ZCN steeds werkgever van werkneemster is gebleven, nu het hof heeft geoordeeld dat van overgang van onderneming geen sprake was. Werkneemster heeft dan ook recht op uitbetaling van vakantietoeslag over de maanden augustus en september 2016. De omstandigheid dat CTS over deze periode loon aan werkneemster heeft betaald, maakt dit oordeel niet anders.

Onregelmatigheidstoeslag

ZCN stelt zich op het standpunt dat zij geen ORT-toeslag over de periode 1 januari 2017 tot en met 1 april 2017 aan werkneemster is verschuldigd. In dit verband voert ZCN aan dat de ORT-toeslag was komen te vervallen en dat is geprobeerd het negatieve effect daarvan op het salaris van werkneemster zo veel mogelijk op te heffen door een compensatieregeling. Verder voert ZCN aan dat deze regeling vanaf het begin is geaccepteerd door alle werknemers, onder wie werkneemster. Nu werkneemster het vorenstaande niet (gemotiveerd) heeft betwist, wordt als vaststaand aangenomen dat partijen geen ORT-regeling maar een compensatieregeling zijn overeengekomen. Nu vaststaat dat werkneemster in de periode augustus tot december 2016 in dienst was bij ZCN en heeft gewerkt, maakt zij aanspraak op de compensatieregeling over die periode.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 30-03-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:2958

Zaaknummer: 6159425 \ CV EXPL 17-24770

Rechters: T.M.J. Smits

Advocaten: M.J. Blom en M. Muller

Wetsartikelen: 7:670b BW

RECHTSPRAAK

Raphaëlstichting/werkneemster

Seksueel grensoverschrijdend gedrag werkneemster leidt niet tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst (e-grond/g-grond/h-grond).

Feiten

Werkneemster is op 22 november 2010 in dienst getreden bij Raphaëlstichting in de functie van medewerker huishoudelijke dienst. Op 31 oktober 2017 heeft werkneemster zich na afloop van haar werktijd bij twee collega's gevoegd, die in een linnenkamer aan tafel zaten. Daarbij was ook een cliënt van Raphaëlstichting aanwezig. Werkneemster heeft aldaar een pornografisch filmpje op haar telefoon bekeken en dit aan de aanwezige collega's getoond. Op 21 november 2017 zijn partijen samengekomen om dit incident te bespreken. Raphaëlstichting heeft daarbij aangegeven dat het gedrag van werkneemster in strijd is met het binnen de organisatie geldende protocol ten aanzien van grensoverschrijdend gedrag. Bij brief van 1 december 2017 heeft Raphaëlstichting, omdat zij geen vertrouwen meer had in een verdere samenwerking met werkneemster, een voorstel tot beëindiging van het dienstverband gedaan. Werkneemster heeft hiermee niet ingestemd. Raphaëlstichting verzoekt thans ontbinding van de arbeidsovereenkomst op de e-grond, g-grond dan wel h-grond.

Oordeel

Verwijtbaar handelen (e-grond)

Het verwijtbaar handelen van werkneemster is volgens Raphaëlstichting gelegen in het feit dat zij (seksueel) grensoverschrijdend heeft gehandeld en – in het verlengde daarvan – een gebrek aan inzicht in de ontoelaatbaarheid van dit handelen heeft getoond. De kantonrechter is evenwel van oordeel dat het verwijtbare gedrag van werkneemster niet van zodanige aard is dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst in redelijkheid niet van Raphaëlstichting kan worden gevergd. Hierbij is van belang dat werkneemster een bijstandsuitkering ontvangt, zodat kan worden aangenomen dat zij een groot sociaal belang bij behoud van haar baan heeft. Daarnaast is niet komen vast te staan dat werkneemster gedurende de zeven jaar van haar dienstverband niet goed zou hebben gefunctioneerd. Voorts oordeelt de kantonrechter dat Raphaëlstichting onder de gegeven omstandigheden had kunnen volstaan met een minder ingrijpende maatregel, zoals een ondubbelzinnige officiële waarschuwing.

Verstoorde arbeidsverhouding (g-grond)

Naar het oordeel van de kantonrechter kan de door Raphaëlstichting gestelde verstoorde

arbeidsverhouding evenmin tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst leiden. Om aannemelijk te kunnen maken dat sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding dient een werkgever te laten zien dat hij pogingen heeft ondernomen om de onderlinge verhoudingen te verbeteren, bijvoorbeeld door het voeren van gesprekken of mediation. In het onderhavige geval is komen vast te staan dat Raphaëlstichting dit niet heeft gedaan. Daarnaast is gebleken dat Raphaëlstichting (1) niet heeft gereageerd op het verzoek van werknemers om een constructief gesprek gericht op werkhervatting aan te gaan en (2) te voortvarend heeft aangestuurd op beëindiging van het dienstverband.

Overige omstandigheden (h-grond)

Voorts wordt geoordeeld dat de verzochte ontbinding niet op de h-grond kan worden toegewezen, omdat deze grond niet is bedoeld voor het 'repareren' van een op één van de andere gronden onvoldoende onderbouwd ontslag of voor het 'bij elkaar vegen' van meerdere onvoldragen gronden om samen een voldragen grond te vormen. De ontbindingsverzoeken van Raphaëlstichting worden integraal afgewezen.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 14-03-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:2837

Zaaknummer: 6578696 \ OA VERZ 18-3

Advocaten: P.F. Keuchenius

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

RECHTSPRAAK

Werknemer/Focus on Human B.V.

Voortzetting als zzp'er van werkzaamheden die eerst als gedetacheerd werknemer werden verricht. Geding na cassatie en verwijzing bij arrest van de Hoge Raad. Toepassing maatstaven van dat arrest. Begrip arbeidsverhouding in de zin van de Uitzendrichtlijn.

Feiten

Werknemer is een BIG-geregistreerde GGZ-verpleegkundige. Omstreeks 2010/2011 is werknemer naast zijn werk bij de Huisartsenpraktijk voor enkele dagen per week in dienst getreden bij STAA. Op 1 januari 2014 is werknemer fulltime en voor onbepaalde tijd in de functie van sociaal-psychiatrisch verpleegkundige/maatschappelijk werker en hoofd zorg in dienst getreden bij FOH, waarvan bestuurder is FOH Holding BV met de bestuurder van STAA als enig directeur en aandeelhouder. FOH had inmiddels met de Huisartsenpraktijk een overeenkomst gesloten op grond waarvan werknemer vanaf 1 januari 2014 door FOH werd gedetacheerd voor het verrichten van werkzaamheden. De arbeidsovereenkomst bevat een non-concurrentie- en relatiebeding, alsmede een boetebeding. Werknemer heeft bij e-mailbericht van 22 april 2015 aan bestuurder van STAA en overige collega's meegedeeld dat hij zijn arbeidsovereenkomst opzegt tegen 1 juni 2015 omdat bestuurder van STAA, kort gezegd, niet deugt en misbruik maakt van kwetsbaarheid van cliënten en naaste collega's. Werknemer, die al op 11 mei 2015 had aangekondigd als zzp'er verder te willen gaan, heeft op 18 mei 2015 zijn eenmanszaak 'Eigenwijs herstel' ingeschreven in het handelsregister van de Kamer van Koophandel. FOH heeft werknemer op 21 mei 2015 met onmiddellijke ingang op non-actief gesteld. Bij brief van 5 juni 2015 heeft FOH aan werknemer meegedeeld dat zij heeft vernomen dat werknemer een dienstverband wenst aan te gaan met Ambulante Begeleiding Het Spectrum B.V. en dat dit in strijd is met het concurrentie- en relatiebeding waaraan zij werknemer zal houden. Inmiddels is FOH een groot deel van haar klandizie kwijtgeraakt. Er wordt door de sociale recherche onderzoek gedaan naar de fraude met Pgb-gelden waarvan werknemer haar beschuldigt. In de onderhavige procedure vorderde werknemer onder meer achterstallig salaris en emolumenten van FOH. In het vonnis in kort geding van 16 september 2015 heeft de kantonrechter in conventie, samengevat, de vordering tot achterstallig salaris en emolumenten toegewezen, maar het beroep van FOH op verrekening van die betalingsverplichtingen met de in reconventie ingestelde tegenvordering op werknemer moet worden gehonoreerd. De werkzaamheden die werknemer voor de psychiatriepraktijk en voor de Huisartsenpraktijk uitvoert, leveren een schending op van het concurrentie- en relatiebeding. Werknemer heeft negen grieven aangevoerd.

Oordeel

Waadi

Het hof moet onderzoeken of de rechtsverhouding tussen werknemer enerzijds en de psychiatriepraktijk respectievelijk de Huisartsenpraktijk anderzijds voldoet aan de omschrijving van het begrip 'arbeidsverhouding', waarbij het begrip 'arbeidsverhouding' moet worden uitgelegd in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) over de Uitzendrichtlijn.

Ten aanzien van de Huisartsenpraktijk

Tussen partijen staat vast dat werknemer na het einde van zijn arbeidsovereenkomst bij FOH dezelfde werkzaamheden als voorheen is gaan verrichten bij de Huisartsenpraktijk, nu echter niet meer als door FOH gedetacheerde werknemer maar als zzp'er. Tussen partijen staat niet ter discussie dat daarbij is voldaan aan de criteria voor het aannemen van een arbeidsverhouding in de zin van de Uitzendrichtlijn. Naar het oordeel van het hof is ten aanzien van de werkzaamheden die werknemer als zzp'er voor de Huisartsenpraktijk is gaan verrichten, ook voldaan aan het laatste criterium, dat de werkzaamheden 'onder leiding van' de Huisartsenpraktijk worden verricht.

Ten aanzien van psychiatriepraktijk

Bij de beantwoording van de vraag of de (rechtstreekse) relatie tussen psychiatriepraktijk en werknemer, die toen is ontstaan, gekwalificeerd moet worden als een arbeidsverhouding in de zin van de Uitzendrichtlijn, komt betekenis toe aan de ongedateerde schriftelijke verklaring van psychiatriepraktijk die werknemer als productie 2 bij de appèldagvaarding heeft overgelegd. Gelet op de inhoud van deze verklaring acht het hof voorshands voldoende aannemelijk dat ten aanzien van de werkzaamheden die werknemer na 1 juni 2015 rechtstreeks voor psychiatriepraktijk is gaan verrichten, voldaan is aan de criteria voor het aannemen van een arbeidsverhouding in de zin van de Uitzendrichtlijn.

Concurrentie- en relatiebeding

Het voorgaande brengt mee dat deze grief doel treft. FOH kan aan werknemer dus niet tegenwerpen dat hij, door na 1 juni 2015 als zelfstandig BIG-geregistreerde GGZ-verpleegkundige werkzaam bij de Huisartsenpraktijk en psychiatriepraktijk te gaan verrichten, het concurrentie-/relatiebeding heeft geschonden. Artikel 9a Waadi staat aan dat beroep van FOH op het concurrentie-/relatiebeding in de weg. De kantonrechter heeft ten onrechte geoordeeld dat werknemer, door na 1 juni 2015 de genoemde werkzaamheden te gaan uitvoeren voor de Huisartsenpraktijk en voor psychiatriepraktijk, het concurrentie-/relatiebeding heeft geschonden. Dit voert tot de conclusie dat het bestreden vonnis van 16 september 2015 niet in stand kan blijven voor zover het betreft de in reconventie tegen werknemer uitgesproken veroordelingen om aan FOH € 15.000 te betalen als voorschot op door werknemer verbeurde boetes. Dat brengt tevens mee dat het beroep dat FOH als verweer

in conventie heeft gedaan op verrekening van haar loonbetalingsverplichtingen met een tegenvordering ter zake van verbeurde boetes, of ter zake van een haar toekomend voorschot op schadevergoeding, geen stand kan houden. Werknemer heeft in conventie primair schorsing en subsidiair vernietiging van het concurrentie-/relatiebeding gevorderd. Het hof stelt voorop dat de dienstbetrekking van werknemer bij FOH op 1 juni 2015 is geëindigd, terwijl het concurrentie-/relatiebeding een looptijd van 1 jaar kent, te rekenen vanaf het moment van beëindiging van de dienstbetrekking. Dat brengt mee dat het beding sinds 1 juni 2016 geen werking meer heeft. In zoverre hebben de partijen nu geen belang meer bij een oordeel over de geografische omvang van het door het beding bestreken gebied. Met de bovenstaande kanttekening, ter relativering van het belang van het nu te geven oordeel, is het hof voorshands van oordeel dat met betrekking tot de niet BIG-geregistreerde activiteiten een even grote geografische beperking van de werkingssfeer van het beding op zijn plaats is als met betrekking tot de wel onder de Wet BIG vallende handelwerkzaamheden. Het hof zal dus bij wege van voorlopig oordeel bepalen dat FOH zich niet op het concurrentie-/relatiebeding kan beroepen voor zover het betreft al dan niet onder de Wet BIG vallende handelwerkzaamheden die plaatsvinden buiten een straal van 20 kilometer van de vestigingsplaats van FOH in [vestigingsplaats] ten behoeve van patiënten die eveneens buiten die straal woonachtig zijn. Gelet op de uitkomst is FOH de in conventie grotendeels in het ongelijk gestelde partij. Het hof zal FOH daarom veroordelen in de kosten van het geding in eerste aanleg in conventie. Het hof zal, evenals het hof Arnhem-Leeuwarden in het vernietigde arrest had gedaan, de proceskosten van het geding in reconventie tussen de partijen compenseren, omdat beide partijen in reconventie deels in het gelijk en deels in het ongelijk zijn gesteld. Het door werknemer ingestelde hoger beroep heeft in belangrijke mate doel getroffen. Het hof zal FOH daarom als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten van het hoger beroep.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 10-04-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:1504

Zaaknummer: 200.220.938/01

Advocaten: M.J.E. Stuurop en J.L. van Schouten

Wetsartikelen: 7:611 BW, 7:653 BW, 9a Waadi en Uitzendrichtlijn (2008/104/EG)

RECHTSPRAAK

Fysio-Actief/werkneemster

Ontbinding arbeidsovereenkomst op verzoek van werkneemster (manueel therapeut en voormalig bestuurder). Toekenning van een billijke vergoeding van € 25.000 wegens ernstig verwijtbaar handelen van Fysio-Actief.

Feiten

Tot 1 september 2013 was X bestuurder van Vastgoed Fysio-Actief en Fysio-Actief. Ook was zij indirect minderheidsaandeelhouder in Fysio-Actief. Per 1 september 2013 is zij ontslagen als bestuurder van genoemde vennootschappen en als werkneemster in dienst getreden bij Fysio-Actief in de functie van manueel therapeut met een salaris van € 3.600 bruto per maand. In de maanden juni tot en met september 2014 heeft X geen loon ontvangen. Bij brief van 13 juli 2015 heeft Fysio-Actief aan X meegedeeld dat haar functie met ingang van 1 augustus 2015 wordt aangepast naar de functie van Fysiotherapeut Expert Niveau 4, functieschaal 9, met aanpassing van haar salaris naar € 3.250 bruto per maand. X is op 27 juli 2015 ziek gemeld. Bij brief van 10 juni 2016 is Fysio-Actief onder meer gesommeerd om het achterstallig loon over de periode van 1 juni 2014 tot en met 30 september 2014 betalen, alsmede om haar demotie en salarisverlaging ongedaan te maken. Medio augustus 2016 is X geheel hersteld verklaard. In september 2016 heeft Fysio-Actief met terugwerkende kracht de demotie en salarisverlaging ongedaan gemaakt. Op 12 april 2017 heeft werkneemster haar ontbindingsverzoek ingediend. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst ontbonden per 1 september 2017, met veroordeling van Fysio-Actief tot betaling van een transitievergoeding van € 7.776 bruto en een billijke vergoeding van € 15.000 bruto en verklaart voor recht dat Fysio-Actief geen rechten kan ontlenen aan het relatie- en concurrentiebeding. Tegen dit oordeel keert Fysio-Actief zich in hoger beroep.

Oordeel

Kern van het geschil betreft de vraag of Fysio-Actief in haar hoedanigheid van werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld jegens X in haar hoedanigheid van werkneemster. De terecht gebleken verwijten zijn zodanig zwaarwegend dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen en/of nalaten van Fysio-Actief. Uit de verwijten komt naar voren dat Fysio-Actief na het terugtreden van X als bestuurder, haar in haar afhankelijke positie van werknemer ernstig tekort heeft gedaan, deels op momenten dat X zich kenbaar in een mentaal kwetsbare situatie (burn-out) bevond. Daarbij heeft Fysio-Actief niet het onderscheid gemaakt dat zij had behoren te maken tussen de positie van X als werkneemster respectievelijk als

aandeelhoudster en voormalig bestuurder. Fysio-Actief heeft de arbeidsverhouding tussen partijen daarmee zodanig zwaar belast, dat voortzetting daarvan redelijkerwijs niet van X gevegd kon worden en Fysio-Actief treft daarvan een ernstig verwijt. Hier doet niet aan af dat X pas na verloop van tijd haar verzoek tot ontbinding heeft ingediend. Na de demotie is X eerst gedurende langere tijd arbeidsongeschikt geweest en na haar herstel hebben partijen eerst nog (tevergeefs) getracht tot een vergelijk te komen. Door het verwijtbare gedrag van Fysio-Actief is X niet alleen financieel maar ook in haar persoonlijke levenssfeer benadeeld. Het ernstig verwijtbare gedrag heeft geleid tot het verlies door X van haar baan en het door haar daarmee gegenereerde inkomen. Het vinden van een andere baan of het opzetten van een eigen onderneming wordt daarbij voor X bemoeilijkt door het beroep van Fysio-Actief op het relatie- en concurrentiebeding en het tijdsverloop dat verstreken zal zijn voordat X over de (on)juistheid van dat beroep definitief zekerheid zal hebben verkregen. Daarmee valt te verwachten dat het verlies aan inkomen niet volledig zal worden gecompenseerd door de transitievergoeding en een (eventuele) uitkering. Het verlies van de baan betekent ook dat de banden zijn doorgesneden met het bedrijf dat X zelf mede heeft opgericht en waarvan zij, naar alle betrokkenen erkennen, het boegbeeld was. Dat maakt, los van het verwijtbare gedrag van Fysio-Actief, de beëindiging van het dienstverband meer dan gemiddeld zwaarwegend, ook al is het dienstverband op zichzelf niet langdurig geweest. Dat de huidige financiële situatie van Fysio-Actief betaling van een billijke vergoeding niet toestaat is niet gebleken. Het hof acht een billijke vergoeding van € 25.000 bruto passend.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 09-04-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:3263

Zaaknummer: 200.225.538/01

Rechters: O.E. Mulder, W.P.M. ter Berg en A.E.B. ter Heide

Advocaten: S. Zoer en N.H.M. Poort

Wetsartikelen: 7:673 lid 1 BW, 7:671c BW en 7:653 lid 4 BW

RECHTSPRAAK

Balanx Services B.V./werknemer***Geregelde ontbinding tussen werknemer en Balanz, nu werknemer de reden voor ontbinding erkent.****Oordeel*

Werkneemster is krachtens een arbeidsovereenkomst als schoonmaakster in dienst van Balanz. Balanz verzoekt de arbeidsovereenkomst te ontbinden wegens een gewichtige reden, bestaande in een zodanige verandering in de omstandigheden, dat de arbeidsovereenkomst billijkheidshalve met ingang van 1 juni 2018 dient te eindigen. Werkneemster heeft tegen toewijzing van dat verzoek verweer gevoerd, maar zij erkent niettemin de reden zoals deze door Balanz is gesteld. De kantonrechter is van oordeel dat voldoende aannemelijk is geworden dat – zonder dat gebleken is dat een van de partijen daarvan een verwijt te maken valt – er sprake is van een verandering in de omstandigheden, die tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst dient te leiden. Voorts is niet gebleken dat het ontbindingsverzoek verband houdt met enig bijzonder opzegverbod. De kantonrechter zal de arbeidsovereenkomst dan ook ontbinden.

Instantie: Rechtbank Limburg**Datum uitspraak:** 04-04-2018**ECLI:** ECLI:NL:RBLIM:2018:3167**Zaaknummer:** 6685418 AZ VERZ 18-13**Rechters:** R.H.J. Otto**Advocaten:** G.P.M.J. Dautzenberg en F.E.L. Teerling**Wetsartikelen:** 7:671b lid 1 BW

RECHTSPRAAK

Bracamonte Daily Foods B.V./werknemer

Vernietiging ontslag op staande voet van een werknemer die boos een collega bij de keel greep nadat die zijn werk bekritiseerde.

Voorwaardelijk ontbindingsverzoek door werkgever wordt afgewezen.

Feiten

Bracamonte drijft een onderneming die sandwiches en aanverwante producten produceert en distribueert. Werknemer is sedert 22 januari 2011 in dienst van Bracamonte in de functie van productiemedewerker op basis van een oproepcontract. De laatste drie maanden, nadat hij zijn school had afgemaakt, werkte hij 40 uur per week. Op 30 november 2017 heeft tijdens het werk een incident plaatsgevonden tussen werknemer en collega X, waarbij werknemer collega X hardhandig heeft aangepakt en hem bij de keel heeft vastgegrepen. Diezelfde dag is werknemer geschorst. Bij brief en per e-mailbericht van 1 december 2017 is werknemer door Bracamonte op staande voet ontslagen. Bracamonte verzoekt de arbeidsovereenkomst met werknemer voor het geval deze nog mocht bestaan te ontbinden tegen de vroegst mogelijke datum. Op zijn beurt verzoekt werknemer primair het ontslag op staande voet te vernietigen, Bracamonte te veroordelen werknemer weder te werk te stellen en het loon vanaf 1 december 2017 door te betalen.

Oordeel

Het gedrag zoals werknemer dat aan de dag heeft gelegd, hoeft door een werkgever niet getolereerd te worden. Het spreekt voor zich dat een werknemer zich moet onthouden van fysieke aanvaringen op de werkvloer. Werknemer is kennelijk tegenover een leeftijdsgenoot met dezelfde functie ontploft en heeft zich agressief opgesteld. Dit gebeurde echter nadat hij eerder al bij leidinggevend, zo is niet weersproken, had gemeld problemen te ondervinden van het gedrag van X tijdens het werk. Overigens heeft X in de door Bracamonte overgelegde verklaring zelf ook toegegeven dat hij zich de laatste tijd wat botter naar collega's gedroeg. Verder betreft het hier jonge mannen, die werken als productiemedewerker (laag geschoold werk) en van wie gesteld noch gebleken is dat zij fysiek voor elkaar onder deden. Bracamonte heeft geen actie ondernomen naar aanleiding van de meldingen van werknemer en heeft daarmee de kans laten bestaan dat het een keer tot een fysieke uitbarsting zou komen bij werknemer. Dat maakt niet dat het gedrag van werknemer aanvaardbaar is, maar weegt wel mee bij het oordeel of er een dringende reden is die een ontslag op staande voet rechtvaardigt. Evenzeer weegt mee dat werknemer direct na het incident heeft toegegeven dat hij verkeerd heeft gehandeld en nadat hem te kennen is gegeven dat hij werd geschorst, hij rustig naar huis

is gegaan. Onbetwist is verder gebleven dat hij dezelfde dag een collega heeft gebeld om zijn excuses aan te bieden. Bovendien is werknemer de afgelopen zeven jaar van onbesproken gedrag geweest, er is althans geen dossier over hem opgebouwd. Ten aanzien van de aanvaring zelf geldt dat gesteld noch gebleken is dat X letsel heeft opgelopen ten gevolge daarvan, zodat niet is vast te stellen hoe stevig werknemer X heeft vastgegrepen en wat de daadwerkelijke impact daarvan was. Genoemde feiten en omstandigheden leiden tot het oordeel dat een ontslag op staande voet niet gerechtvaardigd is. De opzegging wordt dan ook vernietigd, zodat het primaire verzoek van werknemer wordt toegewezen. Ten aanzien van het ontbindingsverzoek van Bracamonte geldt dat het gedrag van werknemer verwijtbaar is, maar niet zodanig dat van Bracamonte niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Daarbij speelt mee, naast hiervoor genoemde omstandigheden, dat zij de signalen van werknemer over de samenwerking met X eerder serieus had kunnen en moeten nemen. Wanneer zij dat had gedaan, had wellicht een dergelijk incident kunnen worden voorkomen. Nu Bracamonte niet is ingegaan op de meldingen van werknemer, mag van haar verwacht worden dat zij hem een tweede kans geeft. Daarbij is in aanmerking genomen dat werknemer schuldbewust is en dat niet eerder in de afgelopen zeven jaar is gebleken van agressief gedrag jegens collega's of anderen. Bracamonte kan er zo nodig voor kiezen werknemer niet langer te laten werken met X. Bracamonte heeft thans 120 personeelsleden en het moet derhalve mogelijk zijn werknemer op andere diensten dan X in te delen. Het voorwaardelijke ontbindingsverzoek van Bracamonte wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 04-04-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:2032

Zaaknummer: EA 18-96 en EA 18-104

Rechters: L. van Berkum

Advocaten: Ph. Ekering en W. Azaimi

Wetsartikelen: 7:677 lid 2 BW, 7:671b lid 1 BW, 7:669 lid 1 BW, 7:669 lid 3 BW, 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Werkgeefster vordert van accountmanager een bedrag van € 14.110,79 ter zake van studiekosten na tussentijdse opzegging door werknemer. Afwijzing vordering omdat geen sprake is van een rechtsgeldig overeengekomen studiereglement.

Feiten

Op 12 november 2015 heeft werknemer een arbeidsovereenkomst voor de duur van acht maanden ondertekend. Werknemer is vervolgens van 1 december 2015 tot 1 februari 2016 bij werkgeefster in dienst geweest in de functie van accountmanager. Bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst heeft werknemer een exemplaar van het arbeidsreglement d.d. 1 mei 2014 in ontvangst genomen en een studiereglement d.d. 1 januari 2015 ondertekend. Op 8 juli 2016 heeft werknemer ingestemd met een verlenging van de arbeidsovereenkomst voor twaalf maanden. Partijen zijn tevens een provisieregeling overeengekomen. Op 15 december 2016 heeft werknemer het dienstverband bij werkgeefster opgezegd per 1 februari 2017. De opzegging is door werkgeefster bevestigd bij brief van 19 december 2016. Werkgeefster heeft op de eindafrekening een bedrag van € 889,21 netto ingehouden ter zake van studiekosten. Bij factuur d.d. 29 maart 2017 heeft werknemer een bedrag van € 14.110,79 ter zake van studiekosten bij werknemer in rekening gebracht. Werkgeefster vordert veroordeling van werknemer tot betaling van € 14.110,79.

Oordeel

Kern van het geschil betreft de vraag of werkgeefster op terechte gronden aanspraak maakt op vergoeding van de gestelde intern genoten opleiding. Vooropgesteld wordt dat het een werkgeefster is toegestaan met een werknemer afspraken te maken over een eventuele terugbetaling van studiekosten. Deze bevoegdheid is echter niet onbeperkt. Zij wordt begrensd door wettelijke betalingen, door de eisen van goed werkgeverschap en de norm van artikel 6:248 BW. Conform het Muller/Van Opzeeland-arrest (HR 10 juni 1983, NJ 1983, 796) dient een studiekostenbeding aan een aantal criteria te voldoen, te weten: (1) het dient de tijdsspanne vast te stellen gedurende welke de werkgever geacht wordt baat te hebben van de door de werknemer tijdens diens studiewerkzaamheden verworven kennis en vaardigheden; (2) het dient te bepalen dat de werknemer, indien de dienstbetrekking tijdens of onmiddellijk na afloop van de studieperiode eindigt, het loon over die periode aan de werkgever zal moeten terugbetalen; en (3) de terugbetalingsverplichting dient te verminderen naar evenredigheid van het voortduren van de dienstbetrekking gedurende de onder (1) bedoelde tijdsspanne.

Aan het derde vereiste voldoet het tussen partijen gesloten studiereglement niet. Zoals de kantonrechter uit het studiereglement begrijpt, betaalt een werknemer óf alles terug, óf 33,3 procent of niets (na drie jaren). Dit is geen glijdende schaal naar evenredigheid. Er is geen sprake van een rechtsgeldig overeengekomen studiereglement. De vordering gegrond op het studiereglement dient daarom te worden afgewezen. Daargelaten het voorgaande overweegt de kantonrechter nog dat nu in het studiereglement een gefixeerd bedrag aan studiekosten is opgenomen, dit onverlet laat dat werkgeefster door haar gemaakte studiekosten voor werknemer genoegzaam met stukken dient te onderbouwen. Deze onderbouwing ontbreekt en is ter zitting is, hoewel werkgeefster daarnaar is gevraagd, onvoldoende verklaard en/of aangetoond.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 14-03-2018

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

Vernietiging ontslag op staande voet dat was gegeven wegens het niet verwijderen van in uitvoering van de werkzaamheden verzamelde LinkedIn-connecties. Tegenverzoek tot verwijdering connecties afgewezen.

Feiten

Werknemer is op 1 januari 2017 voor de duur van 12 maanden als Consultant Technology in dienst getreden bij McFly & Brown. In artikel 12 van de arbeidsovereenkomst is een gemotiveerd relatie- en concurrentiebeding opgenomen. Het LinkedIn-account van werknemer is op verzoek van en voor rekening van McFly & Brown omgezet naar een betaald premium Recruiter LinkedIn-account, en door werknemer gebruikt in de uitvoering van zijn werkzaamheden. Werknemer en McFly & Brown hebben hierover geen nadere afspraken gemaakt. Binnen het bedrijf van McFly & Brown wordt verder een systeem genaamd Bullhorn gebruikt waarin de (contact)gegevens van kandidaten worden vastgelegd. Op 11 september 2017 ontving werknemer een officiële waarschuwing van McFly & Brown, omdat hij onvoldoende zou functioneren en (concurrerende) nevenwerkzaamheden onder werktijd zou verrichten dan wel voorbereiden. Werknemer heeft dit per brief d.d. 19 september 2017 uitdrukkelijk betwist. Op 20 september 2017 is werknemer op staande voet door McFly & Brown ontslagen. Werknemer verzoekt de kantonrechter om het ontslag op staande voet te vernietigen. Verder verzoekt werknemer om het overeengekomen concurrentiebeding te vernietigen.

Oordeel

De opzegging van de arbeidsovereenkomst is niet rechtsgeldig. Aan het gegeven ontslag op staande voet is ten grondslag gelegd dat werknemer tijdens werktijd bezig zou zijn geweest met het voorbereiden en starten van een eigen concurrerende onderneming met gebruikmaking van de kandidaten van McFly & Brown. De connecties werden door werknemer echter gebruikt in de uitoefening van zijn werkzaamheden bij McFly & Brown, namelijk het zoeken en benaderen – eventueel via LinkedIn – van kandidaten voor functies bij opdrachtgevers. Bovendien is het McFly & Brown zelf die werknemer heeft verzocht om zijn persoonlijke LinkedIn-account te gebruiken bij zijn werkzaamheden, terwijl daarbij geen afspraken zijn gemaakt over de connecties die werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden zou leggen. Niet is komen vast te staan dat partijen hebben afgesproken dat werknemer de kandidaten zou vastleggen in Bullhorn en daarna als connectie zou verwijderen op LinkedIn. McFly & Brown heeft voorts niet aannemelijk weten te maken dat werknemer

bezig was met het voorbereiden en starten van concurrerende werkzaamheden, al dan niet onder werktijd, hetgeen mogelijk een reden voor ontslag op staande voet had kunnen opleveren. McFly & Brown heeft ook niet gesteld welke concrete handelingen werknemer daartoe zou hebben verricht, naast het toevoegen van kandidaten van McFly & Brown als connectie. McFly & Brown heeft de reden voor het gegeven ontslag op staande voet dan ook onvoldoende aannemelijk gemaakt. Voor zover McFly & Brown ook aan het ontslag ten grondslag heeft willen leggen dat werknemer de connecties op LinkedIn die hij middels zijn werkzaamheden bij McFly & Brown had verzameld weigerde te verwijderen, heeft zij dit niet in de brief opgenomen. Bovendien zou ook deze weigering niet hebben geresulteerd in een dringende reden voor ontslag op staande voet. Daarnaast is het ontslag ook niet onverwijld gegeven, nu McFly & Brown het verwijt dat zij ten grondslag heeft gelegd aan het ontslag op staande voet reeds op 4 september 2017 heeft geuit. Het verzoek van werknemer tot vernietiging van de opzegging zal worden toegewezen. Ten aanzien van het concurrentiebeding geldt dat werknemer onbillijk zal worden benadeeld als het concurrentiebeding onverkort wordt gehandhaafd. Het concurrentiebeding zal derhalve gedeeltelijk worden vernietigd, door het beding in tijd te beperken tot 1 juli 2018, op welke datum het beding haar werking verliest. De vordering van McFly & Brown tot het verwijderen van (ongeveer 900) LinkedIn-connecties wordt afgewezen. McFly & Brown heeft werknemer verzocht om zijn LinkedIn-account te gebruiken voor het zoeken naar geschikte kandidaten. McFly & Brown heeft verzuimd om (vooraf) afspraken te maken met werknemer over de connecties die werknemer zou verkrijgen gedurende zijn werkzaamheden bij McFly & Brown. Indien McFly & Brown dit anders had gewild, had het op haar weg gelegen om daarover afspraken te maken of een LinkedIn-account voor haar bedrijf aan te maken.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 26-01-2018

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:1103

Zaaknummer: 6473878 EA VERZ 17-1028

Rechters: M.E.B. Terwee

Advocaten: K.R. Stephan en M.B. Tol

Wetsartikelen: 7:686a lid 10 BW, 7:677 BW, 7:678 BW, 7:625 BW en 223 Rv

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Verzoek van werknemer om ontbinding wordt toegewezen. Bestuurder van werkgever heeft werknemer geschoffeerd en werkgever heeft onvoldoende gedaan om het vertrouwen te herstellen. Het ernstig verwijtbare gedrag van werkgever leidt tot toekenning van billijke vergoeding van € 52.580 bruto en € 10.000 netto.

Feiten

Werknemer is op 1 mei 2009 in dienst getreden van de rechtsvoorganger van werkgever. Op 6 juni 2017 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen werknemer en werkgever. Dit gesprek is bij werknemer aangekondigd als een disciplinair gesprek. Werknemer heeft zich op 7 juni 2017 ziek gemeld. Na een consult bij de bedrijfsarts op 12 juni 2017 heeft de bedrijfsarts medegedeeld dat geen sprake is van arbeidsongeschiktheid door ziekte of gebrek. Er is wel sprake van een arbeidsconflict en geadviseerd wordt om binnen drie weken met elkaar om de tafel te gaan zitten in het bijzijn van een onafhankelijke derde om een oplossing voor de situatie te vinden. Partijen hebben per e-mail gecorrespondeerd over de voorgeschiedenis en over werkhervatting. Halverwege augustus 2017 is een mediationtraject gestart. Dit traject heeft niet tot een oplossing geleid. Werkgever heeft werknemer op 30 augustus 2017 een voorstel gedaan voor beëindiging van het dienstverband. Werknemer heeft dit voorstel afgewezen. Partijen hebben daarna gecorrespondeerd over werkhervatting, maar werknemer heeft geweigerd. Per 4 september 2017 heeft werkgever het loon van werknemer stopgezet. Werknemer verzoekt de kantonrechter onder meer om ontbinding van de arbeidsovereenkomst (met transitie- en billijke vergoeding).

Oordeel

Werkgever heeft als meest verstrekkende verweer aangevoerd dat werknemer niet-ontvankelijk is in zijn verzoek, omdat hij de verkeerde procespartij in het proces heeft betrokken. Gelet op de door werknemer hieromtrent aangedragen stellingen bestaat onvoldoende aanleiding om te concluderen dat het verzoek niet jegens de juiste procespartij is ingesteld. Werknemer stelt dat de arbeidsrelatie met werkgever is verstoord. Hij voert daartoe aan – zakelijk weergegeven – dat hij niet kan functioneren in de relatief kleine organisatie van werkgever terwijl hij weet dat een van de bestuurders zo diskwalificerend over hem denkt, hem zo ernstig heeft beledigd en zo'n ontoelaatbare druk op hem heeft uitgeoefend om te vertrekken. Nu werknemer door de gestelde gang van zaken in het geheel geen vertrouwen

meer heeft in een vruchtbare voortzetting van de arbeidsrelatie, zal de kantonrechter het verzoek tot ontbinding toewijzen. Dan de transitievergoeding. Werkgever erkent dat het gesprek dat op 6 juni 2017 tussen met name haar bestuurder en werkgever heeft plaatsgevonden, nooit op die manier gevoerd had mogen worden. Daarmee staat vast dat X (bestuurder bij werkgever) op indringende, bedreigende en intimiderende toon tegen werknemer heeft gesproken. Ter zitting is dat door de advocaat van werknemer – onweersproken – als volgt geconcretiseerd: X heeft (1) op suggestieve toon vragen gesteld, (2) de vergelijking gemaakt van een brandweerman die een dood kind in bed aantreft, (3) bij herhaling werknemer een klootzak genoemd met verschillende aanvullende diskwalificaties, (4) gezegd dat er een centimeters dik personeelsdossier ligt, één telefoontje en werknemer zou weg zijn, (5) gezegd dat werknemer zelf weg mocht gaan en dat hij dat zelf moest regelen en (6) gezegd dat hij hoopte dat een nieuwe werkgever niet zou bellen voor een referentie. De kantonrechter is van oordeel dat werkgever een ernstig verwijt valt te maken van de wijze waarop X, nota bene een bestuurder van werkgever, zich heeft opgesteld jegens werknemer. Hoewel het gesprek op 4 juli 2017 door werknemer in beginsel positief is ervaren, blijkt uit de e-mailcorrespondentie die partijen hebben gevoerd geenszins van een begin van herstel van het vertrouwen. De kantonrechter zal derhalve een transitievergoeding toekennen en ziet eveneens aanleiding om een billijke vergoeding toe te kennen. In dit geval doet zich de niet vernietigbare opzegging voor waarvan de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2017:1187) overwoog dat de werknemer de vrijheid heeft ervoor te kiezen de opzegging niet te vernietigen en in plaats daarvan een billijke vergoeding te verzoeken. Omgerekend lijdt werknemer gedurende 18 maanden (geschatte werkloosheid) een schade van € 45.473,84 bruto. Deze schade wordt echter deels gecompenseerd door de toe te kennen transitievergoeding van € 16.184,84. Tegelijkertijd verwacht werknemer dat hij ongeveer € 12.500 aan opleidingskosten kwijt zal zijn om binnen de geschatte periode voldoende kans te maken op de arbeidsmarkt. Uiteindelijke resteert dan een schade van € 52.580. De kantonrechter ziet onvoldoende grond om in de billijke vergoeding een component immateriële schadevergoeding te verdisconteren. Ondanks de afwijzing van de immateriële schadevergoeding blijft naar het oordeel van de kantonrechter wel ruimte over voor een immateriële vergoeding. De kantonrechter is van oordeel dat het optreden van de werkgever tijdens het gesprek van 6 juni 2017 in dit verband de door werknemer verzochte vergoeding van netto € 10.000 rechtvaardigt. Concluderend: de kantonrechter gaat over tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst per 15 januari 2018 onder toekenning van een transitievergoeding van € 16.184,84 en een billijke vergoeding van € 52.580 bruto en € 10.000 netto.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 07-12-2017

Zaaknummer: 6317170 UE VERZ 17-381

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Procesrecht. Werkgever vordert in het incident werknemer niet-ontvankelijk te verklaren in het hoger beroep. Het hof ziet geen reden voor niet-ontvankelijkverklaring.

Oordeel

Werkgever vordert in het incident werknemer niet-ontvankelijk te verklaren in het hoger beroep. Werkgever voert daartoe aan dat niet duidelijk is wat werknemer vordert en welke (rechts)gronden werknemer hieraan ten grondslag legt. Bovendien heeft de gehele memorie van grieven een voorwaardelijk karakter en is niet aan deze voorwaarde voldaan. Werknemer heeft derhalve geen grieven/gronden ingediend. Werknemer heeft de incidentele vordering gemotiveerd bestreden. Het hof overweegt als volgt. Het hof ziet thans geen reden voor niet-ontvankelijkverklaring van werknemer. Werkgever baseert zijn stelling dat er sprake is van een voorwaardelijke memorie van grieven op nr. 3 van de memorie van grieven. Hieruit volgt alleen dat werknemer de feiten en/of grondslag van zijn vordering voorwaardelijk heeft aangevuld, niet dat de gehele memorie van grieven voorwaardelijk is. De eis van werknemer in hoger beroep acht het hof na lezing van nr. 1 van de memorie van grieven en de grief in nr. 6 van de memorie van grieven vooralsnog voldoende duidelijk. De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis de vordering van werknemer voor zover gegrond op onrechtmatige daad afgewezen. Werknemer vordert vernietiging van deze beslissing. In hoeverre werknemer zijn vordering voldoende heeft onderbouwd, dient in de hoofdzaak te worden beoordeeld. De beantwoording van deze vraag vergt een inhoudelijke beoordeling van de zaak, waarvoor in dit incident geen plaats is. Op grond van het voorgaande zal het hof de incidentele vordering afwijzen. De beslissing omtrent de kosten van het incident zal worden aangehouden tot het eindarrest in de hoofdzaak. De zaak wordt naar de rol verwezen voor beraad partijen. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 10-01-2017

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2017:37

Zaaknummer: 200.184.152/01

Rechters: S.M.A.M. Venhuizen, C.N.M. Antens en A.J. Henzen

Advocaten: P.C. Schouten en R.H.G. Evers

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Werknemer niet-ontvankelijk in loonvordering na beroep werkgever op artikel 7:629a BW. Voor het slagen van de loonvordering moet blijken dat de werknemer bereid is de bedongen arbeid te verrichten. De opmerking van werkgever 'dat eerder niet is gebleken van ziekte van werknemer' moet een voldoende signaal richting werknemer worden geacht ten aanzien van het niet erkennen van de ziekte door werkgever.

Oordeel

Werkgever heeft zijn beroep op niet-ontvankelijkheid wegens niet-naleving van artikel 7:629a BW onderbouwd, onder meer door overlegging van twee producties, als hieronder nader te bespreken. Werknemer heeft betoogd dat werkgever niet is geslaagd in zijn niet-ontvankelijkheidverweer, maar heeft tevens – naar de kantonrechter begrijpt – primair betoogd dat de vordering is gebaseerd op artikel 7:628 BW en niet op artikel 7:629 BW. Het gaat – aldus werknemer – niet aan om ten aanzien van een werknemer die toevallig ziek is gedurende een deel van een periode dat een werkgever hem niet toelaat tot het werk hogere eisen te stellen dan aan de salarismvordering van een werknemer die niet tot het werk wordt toegelaten en arbeidsgeschikt is. De kantonrechter kan werknemer in zijn – naar de kantonrechter begrijpt wederom aangepaste – betoog niet volgen. Voor het slagen van een op artikel 7:628 lid 1 BW gebaseerde loonvordering moet blijken dat de werknemer (in casu werknemer) bereid is de bedongen arbeid te verrichten. Deze bereidheid moet aanwezig zijn gedurende de periode waarover werknemer loon vordert. Werknemer heeft klip en klaar per 1 augustus 2007 (een eerdere datum is gesteld noch gebleken) een voorwaardelijke bereidheid uitgesproken tot hervatting van de werkzaamheden, namelijk nadat hij hersteld zou zijn van de door hem gestelde ziekte, waardoor hij arbeidsgeschikt was. Nu de vordering van werknemer er aldus op neerkomt dat hij doorbetaling wenst van loon tijdens arbeidsongeschiktheid ligt het in de rede ook de in dat kader geldende regels, derhalve onder meer artikelen 7:629 en 629a BW, bij de beoordeling te betrekken. Dit klemmt temeer nu in de onderhavige procedure is gebleken dat in ieder geval aan de zijde van werkgever bereidheid bestond om werknemer toe te laten tot het verrichten van de door hem gebruikelijk verrichte werkzaamheden maar werknemer klaarblijkelijk hierop vanwege zijn gestelde ziekte niet kon ingaan. De kantonrechter heeft er kennis van genomen dat werknemer tevens van oordeel is dat hij deze aanbiedingen niet hoefde te accepteren omdat werkgever toen nog steeds uitging

van beëindiging van het dienstverband per 29 juni 2009. Van werknemer mocht echter als redelijk handelend werknemer in de zin van artikel 7:611 BW in beginsel worden verwacht dat hij de periode waarover discussie bestond zo veel mogelijk zou beperken, hetgeen niet is gebeurd. Werknemer heeft ook in dat verband aangevoerd dat hij ziek was, hetgeen – indien deugdelijk gebleken – wel een reden kon en kan zijn om niet op genoemde aanbiedingen in te gaan. Derhalve dient thans te worden bezien of het door werknemer niet aan artikel 7:629a BW voldoen consequenties heeft voor zijn vordering. Bij de beoordeling van dit onderdeel zal de kantonrechter de volgende standpunten en producties betrekken. Bij brief van de gemachtigde van [Internationaal Transportbedrijf] van 7 augustus 2007 (productie 1 bij akte na tussenvonnis van 25 juni 2009) wordt naar aanleiding van de mededeling over ziekte opgemerkt: *'Terzijde merk ik nog op dat van ziekte van uw cliënt niets gebleken is, ook niet in eerdere contacten.'* (hierna de opmerking). In het licht van de reeds eerder genoemde uitspraak van de Hoge Raad (HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5315), waarin reeds het in beraad houden van een ziekmelding voldoende werd geacht om later in de procedure – net zoals in de onderhavige zaak – een beroep te kunnen doen op niet-ontvankelijkheid, moet de opmerking een voldoende signaal richting werknemer worden geacht ten aanzien van het niet erkennen van de ziekte. Werknemer kon derhalve een beroep op artikel 7:629a BW verwachten. Dat reizen voor werknemer gedurende de gehele periode van het gestelde ziek zijn onmogelijk was, is gesteld noch gebleken. Dat werknemer op of omstreeks 7 augustus 2007 zelfs niet kon reizen is gesteld noch gebleken. De gestelde aanwezigheid van 'overtuigende bewijsmiddelen' doet – wat daar verder van zij – aan de werking van artikel 7:629a BW voorts niet af. Werknemer dient derhalve niet-ontvankelijk te worden verklaard in zijn loonvordering.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 27-05-2010

ECLI: ECLI:NL:RBSHE:2010:9620

Zaaknummer: 584972

Rechters: R.R.M. de Moor

Advocaten: L. van Luipen en H. Nieuwenhuizen

Wetsartikelen: 7:629a BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Heeft arbeidsongeschikte werknemer zelf ontslag genomen? Bewijsopdracht voor werkgever, iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Oordeel

In het tussenvonnis heeft de kantonrechter aangegeven dat hij er om redenen van proceseconomie aanleiding toe ziet werknemer in de gelegenheid te stellen zijn stellingen ter zake van de – voorshands aldus begrepen – gestelde arbeidsongeschiktheid en situatieve arbeidsongeschiktheid, voorzien van relevante bescheiden, in een conclusie na comparitie nader uit te werken. De kantonrechter begrijpt voorshands dat werknemer zich thans op het standpunt stelt dat hij tot eind maart 2008 arbeidsongeschikt was, en dus niet – zoals de kantonrechter blijkt het tussenvonnis voorshands had begrepen – arbeidsongeschikt tot en met oktober 2007, en vervolgens situatief arbeidsongeschikt van november 2007 tot 1 maart 2008. In ieder geval is duidelijk dat in de stellingen van werknemer het standpunt wordt betrokken dat het bepalende moment zich op 29 juni 2007 heeft afgespeeld, het moment waarop – aldus werknemer – het door hem gestelde arbeidsconflict is ontstaan door de opstelling van de heer X – aldus werknemer – door werknemer met stemverheffing aan te spreken, werknemer onder druk te zetten, hem ‘een ontslagdocument’ in de Nederlandse taal voor te houden en te weigeren voor een vertaling te zorgen. Volgens werknemer was sprake van een uit de hand gelopen ruzie. Werkgever heeft – wederom – ontkend dat op 29 juni 2007 sprake is geweest van ruzie, gesteld dat sprake was van een redelijk kalm gesprek, waarbij aan werknemer geen ontslagdocument is voorgehouden en waarna werknemer niet in zwaar overspannen toestand het gebouw heeft verlaten. In het licht van de nader betrokken stellingen en de centrale rol die door werknemer aan de gang van zaken op 29 juni 2007 wordt toegedicht, ligt het in de rede dat de kantonrechter eerst werkgever in de gelegenheid zal stellen te bewijzen dat werknemer zelf ontslag heeft genomen op 29 juni 2007. Eerst zodra duidelijk is geworden of werknemer daadwerkelijk zelf ontslag heeft genomen, kan vervolgens verder worden geoordeeld over de stellingen van werknemer. Voorshands ligt thans, indien eigen ontslagname niet blijkt, nader getuigenbewijs niet in de rede maar veeleer een deskundigenonderzoek naar de arbeids(on)geschiktheid van werknemer in de relevante periode. Overigens zal dan wel eerst duidelijk moeten worden of, gezien het door werkgever alsnog gedane beroep op niet-ontvankelijkheid van werknemer vanwege het ontbreken van een verklaring ex artikel 7:629a BW en het vervolgens door werknemer gedane beroep op de tweede uitzondering van artikel 7:629a lid 2 BW, werkgever vóór de procedure op enig

moment de ziekte respectievelijk arbeidsongeschiktheid van werknemer heeft betwist, zoals het geval werd geacht in de reeds in het tussenvonnis genoemde uitspraak van de Hoge Raad van 15 juni 2007. Dit klemmt temeer nu de kantonrechter uit het gewijzigde standpunt van werknemer begrijpt dat werknemer zich voorshands voor de hele relevante periode beroept op artikel 7:629 BW. De zaak zal worden verwezen. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 14-05-2009

ECLI: ECLI:NL:RBSHE:2009:6888

Zaaknummer: 584972

Rechters: R.R.M. de Moor

Advocaten: L. van Luipen en H. Nieuwenhuizen

Wetsartikelen: 7:629a BW en 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Centraal staat de vraag of buitenlandse werknemer (die niet terugvalt op de Nederlandse arbeidsmarkt) zelf ontslag heeft genomen en zo ja, of sprake is van (situatieve) arbeidsongeschiktheid van werknemer.

Feiten

Werknemer is op 25 januari 2002 in dienst getreden bij werkgever. Op 29 juni 2007 heeft werknemer met de heer [Van E.] van werkgever een gesprek gevoerd over de door werknemer gewenste vakantie van drie weken om voor zijn vrouw te zorgen die uit het ziekenhuis kwam. Werkgever heeft laten weten dat dit problematisch zou zijn in verband met reeds lopende vakanties van chauffeurs. Partijen verschillen van mening over de vraag of werknemer daarna zelf ontslag zou hebben genomen of niet. Eveneens op 3 december 2007 heeft de kantonrechter bij beschikking (531703; 07/1658, productie 7 bij conclusie van antwoord) het voorwaardelijk ontbindingsverzoek van werkgever afgewezen, hierbij overwegend 'dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat er sprake is van een blijvende verstoring van de arbeidsverhouding', omdat werkgever herhaalde malen ter zitting zou hebben aangegeven dat hij werknemer graag als chauffeur terug wilde hebben. Werknemer vordert werkgever te veroordelen tot betaling van het overeengekomen salaris vanaf – kort gezegd – 29 juli 2007 tot de datum waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd.

Oordeel

De kantonrechter is op grond van artikel 19 EEX-Verordening ('Brussel I') bevoegd in deze zaak waarbij een werknemer die niet woonachtig is in Nederland, zijn wel in Nederland – gezien artikel 6o EEX-Verordening – 'woonachtige' werkgever heeft gedagvaard. In een arbeidsverhouding met internationale aspecten, zoals de onderhavige, is geen sprake van automatische toepasselijkheid van artikel 6 BBA. Werknemer heeft (uitsluitend) de Engelse nationaliteit, werknemer woont niet in Nederland maar in Frankrijk en werknemer spreekt geen Nederlands. Werknemer heeft zelf tijdens de comparitie aangegeven dat hij na de hieronder te bespreken gang van zaken in juni 2007, werk heeft gezocht in Frankrijk en dus niet in Nederland. Gegeven deze omstandigheden is er geen sprake van dat de Nederlandse arbeidsmarkt bij het 'ontslag' in juni 2007 of in maart 2008 betrokken is geweest. Dit betekent dat, zo de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en werkgever niet op een eerder moment blijkt te zijn beëindigd, deze in ieder geval vanwege de voorwaardelijke opzegging is geëindigd per 1 maart 2008. Werknemer stelt te zijn ontslagen door de heer [Van E.], welk ontslag al telefonisch was aangekondigd. Werkgever heeft gesteld dat werknemer onverwachts drie

weken verlof wenste om voor zijn vrouw te gaan zorgen, hetgeen niet uitkwam vanwege de afwezigheid van andere chauffeurs vanwege de vakantieperiode; dat [Van E.] met werknemer heeft willen overleggen; dat werknemer heeft gezegd 'I get the leave or I resign' of woorden van gelijke strekking. Nu partijen uitdrukkelijk van mening verschillen over de vraag of werknemer zelf ontslag heeft genomen op 29 juni 2007, ligt het in beginsel in de rede dat werkgever – conform zijn uitdrukkelijk aanbod – in de gelegenheid wordt gesteld deze ontslagname door werknemer zelf te bewijzen. Om proceseconomische redenen zal echter thans nog geen dergelijke bewijsopdracht worden verstrekt. Werkgever heeft zich immers, mocht blijken dat werknemer niet zelf ontslag heeft genomen, erop beroepen dat werknemer zich niet beschikbaar heeft gehouden voor het verrichten van arbeid, zodat derhalve voor de periode van 29 juni 2007 tot en met 29 februari 2008 de regel van artikel 7:628 BW ('geen arbeid geen loon') dient te gelden. Werknemer heeft zich niet bij werkgever gemeld omdat hij verwachtte dat werkgever – in zijn eigen woorden – zijn leven tot een hel zou maken, zodat het niet lang zou duren voordat werknemer weer ziek zou worden. De kantonrechter begrijpt voorshands dat werknemer zich hiermee beroept op situatieve arbeidsongeschiktheid van november 2007 tot 1 maart 2008. Werkgever heeft betwist dat werknemer arbeidsongeschikt was in de hierboven genoemde periode van juni 2007 tot november 2007. De kantonrechter stelt vast dat in ieder geval tot nu toe onvoldoende is gebleken dat werknemer arbeidsongeschikt was in de door hem genoemde periode tot november 2007. Hiertoe zullen nadere stukken dienen te worden overgelegd, die bij voorkeur niet door de eigen behandelend arts zijn opgesteld. Verder ontbreekt een verklaring als bedoeld in artikel 7:629a BW. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

Instantie: Rechtbank Oost-Brabant

Datum uitspraak: 19-02-2009

Zaaknummer: 584972 / 08-8848

RECHTSPRAAK

Werkneemster/Stichting

Er is sprake van overgang van onderneming nu door geïntimeerde onder meer gebruik is gemaakt van dezelfde materiële activa die voorheen werden gebruikt. Nu sprake is van als kapitaalintensief aangeduide cateringwerkzaamheden is dat een belangrijk gezichtspunt.

Feiten

Op 30 september 2006 heeft de vennootschap 1 met de rechtsvoorganger van geïntimeerde een dienstverleningsovereenkomst (DVO) en daarvan deel uitmakende service level agreements (SLA) gesloten met betrekking tot de exploitatie van een winkel en restaurant. Sedert 1 december 2006 was werkneemster voor de vennootschap 1 als locatiemanager werkzaam in de winkel en het restaurant. Bij brief van 13 december 2012 deelde de vennootschap 1 aan werkneemster mee dat geïntimeerde de cateringactiviteiten in eigen beheer neemt, dat de vennootschap 1 om die reden de arbeidsovereenkomst met werkneemster beëindigt, dat sprake is van overgang van onderneming en dat werkneemster met behoud van arbeidsvoorwaarden van rechtswege in dienst treedt bij geïntimeerde. In december 2012 en januari 2013 hebben gesprekken tussen werkneemster en geïntimeerde plaatsgevonden. Daarbij is aan haar meegedeeld dat de functie locatiemanager die zij bij de vennootschap 1 vervulde bij geïntimeerde niet bestaat en is haar de functie van medewerker aangeboden, overeenkomstig de bij geïntimeerde geldende arbeidsvoorwaarden. Daarnaast is, in verband met de inkomensteruggang, een afbouwregeling aangeboden. Werkneemster heeft hier niet mee ingestemd. Na 1 januari 2013 blijft werkneemster feitelijk dezelfde werkzaamheden verrichten. In eerste aanleg heeft werkneemster onder meer gevorderd een verklaring voor recht en te bepalen zij per 1 januari 2013 van rechtswege in dienst is getreden bij geïntimeerde en geïntimeerde gehouden is werkneemster vanaf 1 januari 2013 dienovereenkomstig te belonen. In het bestreden vonnis heeft de kantonrechter onder meer de vorderingen van werkneemster afgewezen. Werkneemster komt in hoger beroep.

Oordeel

Overgang van onderneming

Naar het oordeel van het hof is sprake van overgang van onderneming. Aan de eis van art. 7:662 lid 1 aanhef en onder a BW is voldaan door de beëindiging van de overeenkomst tussen de vennootschap 1 en geïntimeerde als gevolg waarvan geïntimeerde als nieuwe

verantwoordelijke de exploitatie overnam. Het hof komt op grond van het navolgende allereerst tot het oordeel dat er bij de activiteiten van de vennootschap 1 sprake was van een functioneel autonome economische eenheid. Uit de inhoud van de tussen de vennootschap 1 en geïntimeerde op 30 september 2006 gesloten dienstverleningsovereenkomst blijkt dat de vennootschap 1 verantwoordelijk was voor de exploitatie van het restaurant, de maaltijdservice en de winkelvoorziening. Het betrof niet slechts het uitlenen van medewerkers. Voorts komt het hof op navolgende gronden tot het oordeel dat de overgedragen economische eenheid haar identiteit heeft behouden. Werkneemster heeft genoegzaam aangetoond dat alle cateringactiviteiten onder deze exploitatie door de vennootschap 1 vielen. Nadat geïntimeerde de cateringactiviteiten in eigen beheer ging verrichten is de aard van de activiteiten op het gebied van maaltijdvoorziening, restaurant en winkel niet of nauwelijks gewijzigd. Werkneemster heeft aangevoerd dat de werkzaamheden in het kader van deze catering niet of nauwelijks veranderden. De vennootschap 1 heeft bij de exploitatie van de catering overwegend gebruik gemaakt van door geïntimeerde beschikbaar gestelde materiële activa. De vennootschap 1 gebruikte verder een eigen kassa en enige eigen attributen. Daarnaast heeft de vennootschap 1 in 2010 een wandkoeling aangeschaft. De wandkoeling is bij het beëindigen van de overeenkomst overgenomen door geïntimeerde. Door geïntimeerde is gebruik gemaakt van dezelfde materiële activa die voorheen door de vennootschap 1 werden gebruikt. Dat acht het hof, nu sprake is van ook door het HvJ EU als kapitaalintensief aangeduide cateringwerkzaamheden, een belangrijk gezichtspunt bij de beoordeling of sprake is van overgang van onderneming. Tenslotte is van belang dat het klantenbestand, naar mag worden aangenomen uit de aard van de klandizie, vrijwel hetzelfde is gebleven. Het hof komt op grond van de beoordeling van deze gezichtspunten tot de slotsom dat sprake is van overgang van onderneming.

De loonvordering van werkneemster

Het hof deelt het standpunt van geïntimeerde dat zij na afloop van de looptijd van de CAO Contractcatering niet meer gebonden was aan die CAO Contractcatering. Vanaf 1 april 2013 is de algemeen verbindend verklaarde CAO VVT van toepassing op de arbeidsovereenkomst tussen werkneemster en geïntimeerde. De gevorderde indexerings/loonsverhogingen vanaf die datum op basis van de CAO Contractcatering zullen daarom worden afgewezen. Blijkens de overgelegde arbeidsovereenkomst heeft werkneemster recht op bepaalde vergoedingen. Deze vergoedingen zijn toewijsbaar. Geïntimeerde heeft verder in eerste aanleg betoogd en in hoger beroep herhaald dat zij in het licht van de gewijzigde omstandigheden na de overgang van onderneming voldoende aanleiding had om een voorstel tot afbouw van het salaris te doen en dat werkneemster dit redelijk voorstel had moeten accepteren. Naar het oordeel van het hof is het echter geen redelijk voorstel in het licht van de gewijzigde omstandigheden. Bovendien kan van werkneemster niet gevergd worden dat zij een dergelijk voorstel aanvaardt. Een en ander betekent dat de vordering tot loondoorbetaling van werkneemster toewijsbaar is, met dien verstande dat vanaf 1 april 2013 de CAO VVT op haar arbeidsovereenkomst van toepassing is.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 10-04-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:1507

Zaaknummer: 200.170.463/01

Rechters: M.G.W.M. Stienissen, H.A.E. Uniken Venema en P.P.M. Rousseau

Advocaten: D.W. Boere en R.M.A. Lensen

Wetsartikelen: 6:258 BW, 7:611 BW, 7:662 BW en 7:663 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Lentis Maatschappelijke Onderneming

Werknemer ontbindt vaststellingsovereenkomst, waarna werkgeefster is gehouden medewerking te verlenen aan het herstel van de arbeidsverhouding. Nu werkgeefster deze medewerking weigert, schiet zij jegens werknemer toerekenbaar tekort en is zij schadeplichtig.

Feiten

Lentis is een zorgorganisatie die onder meer bestaat uit zorggroep Forint. Op 1 maart 1998 is werknemer in dienst getreden bij een rechtsvoorganger van Lentis. Bij brief van 26 september 2011 heeft de Inspectie voor de Gezondheidszorg (de Inspectie) drie klachten aan Lentis doorgezonden. Er wordt geklaagd over de behandeling van patiënten op de afdeling B en C, en in het bijzonder wordt het ongenoegen uitgesproken over de bejegening door werknemer. Op 2 december 2011 heeft een gesprek plaatsgevonden met werknemer. Forint heeft tijdens dat gesprek aan werknemer kenbaar gemaakt dat Lentis niet met hem verder wil. Partijen hebben vervolgens ter beëindiging van de arbeidsovereenkomst een vaststellingsovereenkomst gesloten en gedateerd op 16 april 2012. Op of omstreeks 24 april 2012 is een arbeidsovereenkomst tot stand gekomen tussen werknemer en GGZ Friesland. Op 23 mei 2012 heeft werknemer een brief ontvangen van de EO, waarin wordt aangekondigd dat deze omroep in haar programma 'De Vijfde Dag' aandacht zal besteden aan misstanden binnen een afdeling waar werknemer werkt en dat hij in dat programma een grote rol zal gaan spelen. Op 14 juni 2012 heeft de EO het programma uitgezonden. Per brief van 18 juni 2012 heeft GGZ Friesland aan werknemer meegedeeld dat hij per 19 juni 2012 proeftijdontslag krijgt. Op 5 juli 2012 heeft werknemer de vaststellingsovereenkomst ontbonden, omdat Lentis met haar gepubliceerde reactie op het EO-programma tekort zou zijn geschoten in de nakoming van de vaststellingsovereenkomst. Bij vonnis in kort geding heeft de kantonrechter de loonvordering van werknemer afgewezen, omdat door een (buitengerechtelijke) ontbinding van de vaststellingsovereenkomst de arbeidsovereenkomst nog niet herleeft. De kantonrechter heeft tevens voorwaardelijk de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 november 2012 ontbonden onder toekenning van een vergoeding aan werknemer van € 273.341,39 bruto. Werknemer vordert in eerste aanleg onder meer te verklaren voor recht dat door ontbinding van de vaststellingsovereenkomst het tussen partijen tot 1 juni 2012 bestaande dienstverband is herleefd per 5 juli 2012. De kantonrechter heeft de zaak verwezen naar de meervoudige kamer. De rechtbank heeft vervolgens in haar bestreden vonnis van 19 februari 2014 voor recht

verklaard dat de tussen partijen op 16 april 2012 gesloten vaststellingsovereenkomst op 5 juli 2012 buitengerechtelijk is ontbonden en heeft Lentis veroordeeld tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat. Werknemer komt in hoger beroep.

Oordeel

Het hof stelt voorop dat niet in geschil is dat de uitzending 'De Vijfde Dag' een negatief beeld schetst van het functioneren van werknemer als psychiater. De reactie van Lentis op die uitzending houdt in dat Lentis dat beeld herkent en dat zij werknemer inmiddels ook van zijn functie en taken heeft ontheven. Een dergelijke reactie is naar het oordeel van het hof onmiskenbaar negatief voor werknemer. Die reactie levert daarmee een schending op door Lentis van haar verplichtingen voortvloeiend uit artikel 13 van de vaststellingsovereenkomst. Werknemer was derhalve bevoegd om de vaststellingsovereenkomst buitengerechtelijk te ontbinden vanwege de hiervoor besproken tekortkoming van Lentis, tenzij die tekortkoming gezien haar bijzondere aard of beperkte betekenis die ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigde. Het hof is van oordeel dat die uitzonderingssituatie zich niet voordoet. Het hof stelt voorop dat de ontbinding van een wederkerige overeenkomst de rechtsverhouding zoals die was ontstaan door de overeenkomst weer opheft. Vanwege het ontbreken van terugwerkende kracht brengt de ontbinding van een overeenkomst nog niet met zich dat een rechtsverhouding zoals die vóór de totstandkoming van de (ontbonden) overeenkomst bestond en door die overeenkomst is gewijzigd of tenietgegaan, weer van rechtswege herleeft. De onderhavige ontbinding van de vaststellingsovereenkomst op 5 juli 2012 resulteert dus niet van rechtswege in herleving van de, door die vaststellingsovereenkomst per 1 juni 2012 beëindigde, arbeidsovereenkomst. De uit een ontbinding voortvloeiende ongedaanmakingsverplichtingen brengen echter wel mee dat op Lentis de verplichting was komen te rusten om haar medewerking te verlenen aan het herstel van die arbeidsverhouding. Vast staat dat werknemer Lentis heeft gesommeerd om het dienstverband weer te herstellen met ingang van 5 juli 2012 en dat Lentis daaraan geen gevolg heeft gegeven. Daarmee staat vast dat Lentis tekort is geschoten in haar uit de ontbinding van de vaststellingsovereenkomst voortvloeiende verplichting tot ongedaanmaking. Die tekortkoming is aan Lentis toerekenbaar en maakt haar schadeplichtig. Uitgaande van die situatie zou werknemer in beginsel aanspraak hebben gehad op loonbetaling over de periode van 5 juli 2012 tot 1 november 2012, de datum waarop de arbeidsovereenkomst voorwaardelijk is ontbonden. Het bedrag aan gederfd loon is bruto toewijsbaar. De vordering van werknemer tot toekenning van de ontbindingsvergoeding bij wege van schadevergoeding aan hem is eveneens toewijsbaar. Er wordt geen aanvullende schadevergoeding toegewezen, omdat GGZ-Friesland tot proeftijdontslag is overgaan. Voor de door werknemer gevorderde immateriële schadevergoeding geldt ook dat een vergoeding voor dergelijk nadeel geacht moet worden te zijn begrepen in de ontbindingsvergoeding.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 10-04-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:3329

Zaaknummer: 200.149.031/01

Rechters: O.E. Mulder, M.E.L. Fikkers en W.A. Zondag

Advocaten: G.W. Brouwer en F.J. Landstra

Wetsartikelen: 6:265 BW, 6:271 BW, 6:272 BW, 7:628 BW, 7:685 BW (oud) en 7:905 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Exploitatie Serviceflat De Drecht en Stichting Dienstverlening Serviceflats

<p>Dubbele overgang van onderneming op dezelfde dag. Werknemers deelnemerschap in pensioenfonds wordt be¨indigd terwijl werkgever verplicht is zich aan te sluiten op grond van de cao. Beide verkrijgers zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de geleden pensioenschade en op beide rust de verplichting zich ervoor in te spannen dat werknemer wordt aangesloten.</p>

Feiten

Werknemer treedt op 1 februari 1994 in dienst bij Cordaan. De CAO-VVT maakt onderdeel uit van de arbeidsovereenkomst. In die cao is opgenomen dat de werknemer met zijn werkgever verplicht deelnemer is in de pensioenregeling van PFZW. In de loop van 2011 vindt een overgang van onderneming plaats tussen Cordaan en SDS. SDS brengt deze werkzaamheden direct over in SES. PFZW bericht werknemer op 1 maart 2012 dat hij niet langer deelnemer is in de pensioenregeling van dit pensioenfonds, omdat SES niet verplicht bij PFZW is aangesloten en zich ook niet vrijwillig heeft aangesloten. Werknemer vraagt SES zich vrijwillig aan te sluiten bij PFZW, waarna PFZW SES daarvoor in de gelegenheid stelt, onder de voorwaarde dat alle werknemers die tot eenzelfde groep behoren (receptionisten) bij PFZW worden aangesloten. SES gaat hier niet op in. Werknemer vordert dat SES zich vrijwillig aansluit bij PFZW, waar mogelijk met terugwerkende kracht per 1 maart 2012. Subsidiair vordert hij geleden pensioenschade. Hij spreekt zowel SDS als SES aan.

Oordeel

De kantonrechter neemt tot uitgangspunt dat per 1 maart 2012 een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden tussen Cordaan en SDS. De rechten en verplichtingen die ten tijde van de overgang voortvloeiden uit de arbeidsovereenkomst tussen Cordaan en werknemer zijn op dat moment van rechtswege overgegaan. Hiertoe behoort ook een op de Wet Bpf 2000 gebaseerd pensioen. SDS was gehouden om ervoor zorg te dragen dat het deelnemerschap van werknemer in PFZW vanaf 1 maart 2012 ononderbroken en ongewijzigd werd voortgezet. Daartoe was zij ook in de gelegenheid, nu PFZW eraan heeft willen meewerken dat daartoe een vrijwillige aansluiting werd overeengekomen. Ook op SES rustte de verplichting om ervoor zorg te dragen dat de deelneming werd voortgezet. Dit volgt uit de omstandigheid dat SDS de overgenomen onderneming op haar beurt, direct per 1 maart 2012, aan SES heeft

overgedragen. Ook los hiervan was tussen SES en werknemer een (mondelinge) arbeidsovereenkomst tot stand gekomen waarin de CAO-VVT van toepassing was verklaard. Doordat de beide overgangen van onderneming elkaar op een en hetzelfde moment zijn opgevolgd, kan van SDS naderhand geen nakoming van de verplichting tot (vrijwillige) aansluiting bij PFZW worden gevorderd. SDS is immers sinds de overgang niet meer de werkgever van werknemer. SDS is echter wel gehouden tot vergoeding van de schade die werknemer heeft geleden doordat SDS zich er niet voor heeft ingespannen dat SES zich niet bij PFZW heeft aangesloten. Daartoe was en is SDS, gezien de verwevenheid tussen beide stichtingen, jegens werknemer gehouden. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat SES jegens werknemer verplicht is ervoor zorg te dragen dat hij deelneemt in PFZW, en dat SDS en SES hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die werknemer lijdt zolang SES dit niet doet. SES is gehouden het nodige te ondernemen om zich bij PFZW aan te sluiten. Dat PFZW aan vrijwillige aansluiting de voorwaarde stelt dat alle tot de betreffende groep behorende werknemers worden aangesloten, staat aan veroordeling tot nakoming niet in de weg, temeer omdat er collega's zullen zijn die zich in dezelfde omstandigheden bevinden. Doordat de voortzetting van het deelnemerschap van werknemer in PFZW niet per 1 maart 2012 is gerealiseerd en thans niet meer per die datum kan worden gerealiseerd (vanwege beperkte terugwerkende kracht), is SES jegens werknemer toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichting jegens hem en gehouden tot vergoeding van de daardoor geleden en te lijden schade. SDS is hiervoor hoofdelijk aansprakelijk. De vordering tot schadevergoeding van € 21.191,40 is niet betwist en wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 15-01-2018

Zaaknummer: 5816893 CV EXPL 17-6919

RECHTSPRAAK

werknemer/PDX Services B.V.

Werkgeefster mocht loonbetaling staken omdat werkneemster meermaals weigerde in te gaan op een uitnodiging voor een gesprek om een conflict op te lossen. Van arbeidsongeschiktheid wegens medische redenen is niet gebleken. Weigering in risicosfeer werkneemster.

Feiten

Werkneemster werkt bij werkgeefster als cateringmedewerker. In de arbeidsovereenkomst is opgenomen dat de overeengekomen werkzaamheden in overleg worden verricht, waarbij de werkgever het recht heeft de werknemer over te plaatsen naar een andere vestiging. Op 5 augustus 2016 krijgt werkneemster een schriftelijke waarschuwing, omdat haar wordt verweten dat zij te vroeg haar werkplek verlaat en collega's vraagt eveneens eerder te vertrekken, een te laag werktempo heeft, opgedragen werkzaamheden niet altijd uitvoert, tijdens werktijd privételefoongesprekken voert en tegenover haar collega's een negatieve houding heeft. Op 9 augustus deelt werkgeefster werkneemster mede dat zij (tijdelijk) naar een andere vestiging wordt verplaatst, omdat zij daar beter zal functioneren. Werkneemster meldt zich vervolgens ziek. Volgens het verslag van de bedrijfsarts van 12 augustus is geen sprake van arbeidsongeschiktheid op medische gronden, maar zijn de claimklachten rechtstreeks het gevolg van een (volgens werkneemster bestaand) conflict. De bedrijfsarts adviseert een korte time-outperiode. Werkgeefster nodigt werkneemster vervolgens, eveneens op (vrijdag) 12 augustus, uit tot een gesprek op (maandag) 15 augustus om tot een oplossing van het conflict te komen. Werkneemster laat daarop weten zonder overleg met haar advocaat niet in gesprek te willen. Werkgeefster nodigt werkneemster vervolgens nog meermaals uit voor een gesprek, maar werkneemster weigert daar gehoor aan te geven. In de laatste uitnodiging wordt gezegd dat werkgeefster over zal gaan tot staking van loonbetaling als werkneemster geen gehoor geeft aan de uitnodiging, omdat de werkweigering voor haar risico dient te komen, nu werkgeefster er alles aan heeft gedaan een oplossing te vinden. Omdat werkneemster ook aan deze uitnodiging geen gehoor geeft, staakt werkgeefster het betalen van loon per 22 augustus. Werkneemster stelt een loonvordering in, welke door de kantonrechter wordt afgewezen.

Oordeel

Werkneemster voert aan dat zij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht omdat

werkgeefster haar ten onrechte een waarschuwing heeft gegeven, haar ten onrechte de toegang tot haar werkzaamheden bij haar voormalige standplaats heeft geweigerd, haar ten onrechte wil overplaatsen naar een andere vestiging en met haar opstelling het arbeidsconflict heeft laten escaleren. Hierdoor ligt volgens haar de oorzaak van het niet verrichten van haar werkzaamheden in de risicosfeer van werkgeefster. Het hof stelt voorop dat werkneemster een officiële waarschuwing heeft gekregen met betrekking tot haar functioneren. Hoewel werkneemster haar werkzaamheden vooral op haar voormalige standplaats verrichtte, gaat de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet uit van één vaste standplaats, waarbij werkgeefster zich het recht heeft voorbehouden om werkneemster over te plaatsen naar een andere vestiging. Het staat werkgeefster vrij werkneemster op een andere locatie te werk te stellen, ook gezien de aanmerkingen op het functioneren van werkneemster op haar voormalige standplaats. De nieuwe standplaats leidt bovendien niet tot langere reistijden voor werkneemster.

Op 12 augustus was werkneemster medisch gezien in staat haar werkzaamheden uit te voeren. De bedrijfsarts heeft een korte time-out periode geadviseerd. Die korte time-out periode heeft werkgeefster niet in acht genomen door werkneemster enkele uren na dat advies uit te nodigen voor een gesprek op 15 augustus. De door de bedrijfsarts geadviseerde korte time-outperiode is in ieder geval wel gerespecteerd met de uitnodigingen voor een gesprek op 17 augustus en 18 augustus. Werkneemster heeft ten onrechte aan die uitnodigingen geen gevolg gegeven. Vervolgens heeft werkneemster ook ten onrechte geen gevolg gegeven aan de oproepen haar werkzaamheden (op de nieuwe standplaats) te hervatten. Het voorgaande brengt mee dat werkgeefster terecht vanaf 22 augustus de loondoorbetaling kon staken omdat het niet verrichten van de overeengekomen arbeid vanaf die datum niet voor haar risico maar voor risico van werkneemster komt.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 10-04-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:3368

Zaaknummer: 200.209.306/01

Rechters: D.H. de Witte, M.E.L. Fikkers en P. Vestering

Advocaten: K.O. Valentien en C.A. Fokker

Wetsartikelen: 7:628 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Stichting Formido Franchisenemers

Directeur die beschikt over gelden en bedrijfsauto van werkgeefster voor privédoeleinden zonder daarover een correcte verantwoording af te kunnen leggen en zonder dit terug te betalen is terecht op staande voet ontslagen.

Feiten

Werknemer is sinds 1 januari 1999 in dienst van SFF in de functie van directeur. Vanaf de oprichting van SFF was werknemer daarnaast statutair bestuurder (voorzitter) van SFF. Op 23 januari 2017 is een nieuw bestuur aangetreden, dat kort daarna adviesbureau ACTA-advies heeft ingeschakeld om onderzoek te doen naar de exploitatie en bedrijfsvoering van SFF in verband met zorgen over de financiële huishouding van SFF. Op basis van het rapport is het bestuur tot de conclusie gekomen dat er aanwijzingen zijn van financiële onregelmatigheden onder verantwoordelijkheid van het vorige bestuur en werknemer als directeur. Het bestuur heeft vervolgens BDO opdracht gegeven onderzoek in stellen naar de inkomsten en uitgaven van SFF en de administratieve verantwoording. In afwachting van dat onderzoek heeft SFF op 9 mei 2017 werknemer en zijn dochter (eveneens werkzaam bij SFF) op non-actief gesteld. BDO heeft op 13 juli 2017 een rapport uitgebracht van haar onderzoeksbevindingen. Daarin staat onder meer dat twijfel is gerezen over contant geld dat is opgenomen met de bankpassen van de directeur en zijn dochter en de verwerking hiervan in de financiële administratie. BDO besteedt in haar onderzoeksrapport verder aandacht aan een lening van SFF aan werknemer ten bedrage van € 50.000. Per maand zou € 976,79 als aflossing op de geldlening worden ingehouden van het salaris van werknemer. BDO concludeert in haar rapportage dat in de maanden januari tot en met juli 2016 wel aflossingen zijn geboekt in het grootboek, maar dat in die maanden feitelijk geen inhouding op het loon heeft plaatsgevonden. Op 19 juli 2017 is werknemer op staande voet ontslagen. Werknemer heeft in eerste aanleg onder meer vernietiging van het ontslag op staande voet verzocht. De kantonrechter heeft het ontslag op staande voet in stand gelaten en de verzoeken van werknemer afgewezen. Werknemer komt tegen dit oordeel in hoger beroep.

Oordeel

Het hof constateert dat de feitelijke praktijk met betrekking tot uitgaven en onkosten een andere is geweest dan partijen bij aanvang van het dienstverband op schrift hebben gesteld. Werknemer mocht op grond van zijn arbeidsovereenkomst op jaarbasis slechts beperkte onkosten maken en moest volgens het directiereglement het bestuur over die gemaakte

onkosten wekelijks schriftelijk berichten. In de praktijk gebruikte werknemer de zakelijke pas ook voor privé-uitgaven, maakte hij geen periodieke schriftelijke overzichten van de onkosten voor het bestuur en had hij een rekening-courantverhouding met SFF. Werknemer heeft dus geld van SFF voor zichzelf gebruikt dat niet terugbetaald is aan of verrekend is met SFF – en dus aan SFF onttrokken is – en zonder te voorzien in een methode voor deugdelijke controle op de terugbetaling ervan. Met betrekking tot de bevindingen van BDO en van SFF zelf heeft SFF voldoende aangetoond dat werknemer heeft beschikt over gelden en de bedrijfsauto van SFF voor privédoeleinden zonder daarover een correcte verantwoording te kunnen afleggen en zonder dat dit terugbetaald werd aan of verrekend werd met SFF. Administratieve onvolkomenheden zullen in het algemeen geen reden zijn voor het ultimatum remedium van ontslag op staande voet. In dit geval echter heeft werknemer als hoogst verantwoordelijke werknemer (directeur) binnen de kleine organisatie van SFF, waarin verder alleen zijn dochter als werknemer werkzaam was, en als enig betaald bestuurslid (statutair directeur) te midden van een verder uit vrijwilligers bestaand bestuur, frequent en zonder controle beschikt over de gelden van SFF voor privédoeleinden. SFF heeft al met al gegronde redenen gekregen om uit te gaan van onregelmatigheden. Werknemer heeft niet kunnen wegnemen dat daarvan geen sprake was. Op zichzelf rechtvaardigt dat ontslag op staande voet. Het hof is voorts van oordeel dat geen sprake is van een eenmalig incident bij een onberispelijke jarenlange staat van dienst, maar van een al jarenlange, verregaande en ernstig verwijtbare nonchalance op het gebied van financiële verantwoording, waarbij in ieder geval in de laatste jaren vanaf 2014 gelden aan SFF zijn onttrokken en werknemer geheel ten onrechte meende dat hij zijn dochter verantwoordelijk kon houden voor zijn privéadministratie, terwijl hij tegelijkertijd als directeur geen verantwoordelijkheid wilde nemen voor toezicht op de door haar gevoerde financiële bedrijfsadministratie. Daar komt bij dat werknemer ook niet heeft willen ingaan op de uitnodiging om op 19 juli 2017 zijn kant van het verhaal te belichten en nadere tekst en uitleg te geven. De kantonrechter heeft het ontslag terecht niet vernietigd en het hof komt daarom niet toe aan de vraag of herstel dan wel een billijke vergoeding als bedoeld in artikel 7:683 lid 3 BW op zijn plaats is.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 05-04-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:3211

Zaaknummer: 200.227.738/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, D.H. de Witte en P.G. Vestering

Advocaten: J. Nederlof en J.C. Dorrepaal

Wetsartikelen: 7:677 BW, 7:678 BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/FR Algemene Diensten B.V.

Arbeidsongeschikte werkneemster wordt op 2 november op staande voet ontslagen wegens werkweigering op 3 november. Geen dringende reden. Billijke vergoeding en transitievergoeding.

Feiten

Werkneemster is op 1 juni 2006 in dienst getreden bij FR Algemene Diensten. Op 15 februari 2017 is werkneemster arbeidsongeschikt geraakt. Bij brief van 30 augustus 2017 heeft FR Algemene Diensten de arbeidsovereenkomst met werkneemster – met toestemming van het UWV wegens bedrijfseconomische redenen – opgezegd tegen 1 december 2017. De bedrijfsarts heeft op 23 oktober 2017 onder meer aangeraden om als werkgever en werknemer na te gaan hoe het ontstane gebrek aan vertrouwen kan worden hersteld. De (gemachtigde van) FR Algemene Diensten heeft een afspraak op vrijdag 3 november 2017 om 10.00 uur voorgesteld. Werkneemster is dan echter verhinderd, omdat zij op dat tijdstip een cursus volgt. Bij e-mail van 2 november 2017 wordt werkneemster op staande voet ontslagen wegens werkweigering. Werkneemster verzoekt onder meer voor recht te verklaren dat geen sprake is van een dringende reden voor ontslag op staande voet en toekenning van een billijke en transitievergoeding.

Oordeel

De kantonrechter oordeelt dat op 2 november 2017 geen sprake kan zijn van werkweigering op 3 november 2017. Op 2 november 2017 stond immers (nog) niet vast dat werkneemster op 3 november 2017 niet zou verschijnen. De kantonrechter oordeelt dat het onder de gegeven omstandigheden op de weg van FR Algemene Diensten had gelegen om werkneemster op voldoende duidelijke wijze te waarschuwen voor de mogelijke gevolgen van een werkweigering en om vervolgens af te wachten of werkneemster op 3 november 2017 zou verschijnen. De kantonrechter oordeelt aldus dat geen sprake is van werkweigering tijdens werkneemster, zodat dit geen dringende reden voor een ontslag op staande voet vormt. Nu is geoordeeld dat het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig is, moet het verzoek van werkneemster om toekenning van een billijke vergoeding dan ook worden toegewezen. De kantonrechter ziet in de omstandigheden van het geval aanleiding om de billijke vergoeding vast te stellen op een bedrag van € 3.150 bruto (maandsalaris). Daarbij neemt de kantonrechter in aanmerking dat tussen partijen reeds vaststond dat de arbeidsovereenkomst op korte termijn, namelijk per 1 december 2017, rechtsgeldig zou komen te eindigen. Verder neemt de kantonrechter in aanmerking dat werkneemster ter zitting heeft verklaard dat zij

inmiddels een nieuwe baan heeft. Ten slotte houdt de kantonrechter er rekening mee dat FR Algemene Diensten het salaris van werknemster tot en met november 2017 heeft betaald. De kantonrechter oordeelt voorts dat FR Algemene Diensten de transitievergoeding verschuldigd is aan werknemster. FR Algemene Diensten heeft aangevoerd dat haar een beroep op de overbruggingsregeling transitievergoeding kleine MKB'er van artikel 7:673d BW toekomt (hierna: de overbruggingsregeling). Vast staat echter dat FR Algemene Diensten te laat een beroep op deze overbruggingsregeling heeft gedaan. Geheel ten overvloede merkt de kantonrechter nog op dat, ook als FR Algemene Diensten tijdig een beroep op de overbruggingsregeling had gedaan, dit beroep zou worden afgewezen, aangezien hierop alleen een beroep kan worden gedaan als de arbeidsovereenkomst is beëindigd wegens omstandigheden die het gevolg zijn van een slechte financiële situatie van de werkgever, terwijl de ontslaggrond in de onderhavige zaak een ontslag op staande voet wegens een dringende reden was.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 30-03-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:2732

Zaaknummer: 6551892 \ AO VERZ 17-178

Rechters: J.A.M. Jansen

Advocaten: C.C. te Pas en M.H. Koudstaal

Wetsartikelen: 7:673 BW, 7:673c lid 1 BW, 7:673d BW, 7:677 BW, 7:678 BW, 7:681 lid 1 sub a BW en 7:686a lid 4 sub b BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Van Nature B.V.

Teamleider die zijn ongenoegen met de gewijzigde koers als anonieme ‘bezorgde teler’ uit, terecht op staande voet ontslagen. Zelfs als niet zou komen vast te staan dat hij de brieven zelf heeft geschreven, levert zijn betrokkenheid een dringende reden op, nu hij wist dat werkgeefster groot belang had bij het achterhalen van de identiteit van ‘de bezorgde teler’.

Feiten

Werknemer is werkzaam in de functie van teamleider. Deel van zijn functie is: het positioneren van werkgeefster, zowel intern als extern, op basis van de visie en kernwaarden zoals die met de directie zijn vastgesteld. De samenwerking tussen werkgeefster en haar ketenpartners (waaronder de telers) is de laatste jaren onder druk komen te staan. Om de samenwerking te verbeteren is een heroriëntatie begonnen, wat heeft geresulteerd in een aangepaste koers. Werkgeefster heeft verschillende anonieme brieven ontvangen afkomstig van ‘de bezorgde teler’. Er wordt kritiek geuit op de visie van de directie van werkgeefster en ‘de bezorgde teler’ uit zijn zorgen over de toekomst van de organisatie en de telers die daarbij aangesloten zijn. In een van de brieven heeft ‘de bezorgde teler’ gedreigd, als het bestuur van werkgeefster niet onmiddellijk zou opstappen, de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO) in te schakelen. Werkgeefster heeft bedrijfsrechercheurs ingeschakeld om de identiteit van de ‘bezorgde teler’ te achterhalen. In het verslag van de rechercheurs wordt de conclusie getrokken dat het zeer waarschijnlijk gaat om werknemer. Werknemer is met de bevindingen geconfronteerd en vervolgens op staande voet ontslagen. Werknemer stelt dat de aantijgingen onjuist zijn. Werkgeefster verzoekt betaling van schadevergoeding voor de kosten van de bedrijfsrecherche.

*Oordeel**Het ontslag op staande voet*

Werknemer stelt dat hij slechts een paar keer heeft gemailld met ‘de bezorgde teler’ en dat dit onvoldoende is om van betrokkenheid te kunnen spreken. Volgens de kantonrechter is het contact intensiever geweest. Voorts staat vast dat werkgeefster met werknemer heeft gesproken over de brieven van ‘de bezorgde teler’ terwijl werknemer daarbij niet heeft gemeld dat hij contact had met ‘de bezorgde teler’. De kantonrechter acht het daarnaast voldoende bewezen dat werknemer de schrijver van de anonieme brieven is geweest. Zo is aan een

bericht verstuurd door werkgeefster een bestand gekoppeld dat werd getrackt. Er werd bijgehouden hoe vaak dat bestand werd geopend. Dit bestand is in totaal driemaal geopend, terwijl werknemer heeft erkend dat hij het bestand driemaal heeft geopend. Dat iemand anders het bestand zou hebben geopend en vervolgens daarop zou hebben gereageerd, is derhalve ongeloofwaardig. Voorts heeft 'de bezorgde teler' in een van zijn brieven geschreven dat hij ingaat op het verzoek om de brieven niet meer aan alle telers te sturen maar alleen aan het bestuur, terwijl werkgeefster dit verzoek niet aan 'de bezorgde teler' heeft gedaan. Werkgeefster heeft hier wel met werknemer over gesproken. Werknemer heeft als verklaring gegeven dat hij 'de bezorgde teler' heeft geïnformeerd over de wens van het bestuur om de brieven niet aan alle telers te sturen. Verder hebben werknemer en 'de bezorgde teler' vlak na elkaar een identiek bericht gestuurd dat een Word-bestand niet te openen was. Werknemer heeft voor voorgaande geen deugdelijke verklaring kunnen geven. Werknemer had bovendien een persoonlijk motief: hij was het niet eens met de gewijzigde koers, die gevolgen zou hebben voor de inhoud van zijn functie. Daarbij wordt in de brieven forse kritiek geuit op de benoeming van de nieuwe commercieel directeur, kort nadat werknemer te horen had gekregen dat hij niet in aanmerking zou komen voor deze functie. Van werknemer mocht, mede gelet op zijn positie, verwacht worden dat hij het belang van werkgeefster voorop zou stellen en zou bijdragen aan de verbetering van de relatie met de ketenpartners. Door te dreigen om naar de RVO te stappen als het bestuur niet onmiddellijk zou opstappen, heeft werknemer volstrekt onaanvaardbaar gehandeld. Ook indien enkel de betrokkenheid van werknemer bij de anonieme brieven zou zijn komen vaststaan, is niettemin sprake van een dringende reden. Werkgeefster heeft met werknemer over de brieven van 'de bezorgde teler' gesproken. Dat hij desondanks niet heeft gemeld dat hij betrokken was bij 'de bezorgde teler', valt hem zeer aan te rekenen.

Vergoedingen

Nu het ontslag op staande voet rechtsgeldig is gegeven is er geen plaats voor een billijke vergoeding. Evenmin is sprake van een onregelmatige opzegging. Werknemer heeft bovendien ernstig verwijtbaar gehandeld, zodat geen transitievergoeding verschuldigd is. Ten slotte is de noodzaak van het inschakelen van een bedrijfsrecherchebureau voldoende aannemelijk gemaakt. De onderzoekskosten komen als schade voor vergoeding in aanmerking.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 27-03-2018

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2018:2512

Zaaknummer: 6571203 VZ VERZ 18-285

Rechters: C. van Steenderen-Koornneef

Advocaten: B.A.R. Brouwers en A.M. Merks

Wetsartikelen: 6:74 BW, 7:661 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/EPC Power XTRA B.V.

Werknemer op 79-jarige leeftijd terecht op staande voet ontslagen nadat hij een kasstorting op zijn naam had gezet in het kader van een 'lening' die hij aan zijn zoon had gegeven, de directeur van werkgeefster. Vergoeding niet-uitbetaalde vakantie-uren afgewezen omdat werknemer verantwoordelijk was voor de loonspecificaties en de inhoud daarvan niet nader heeft toegelicht.

Feiten

Werknemer is als boekhouder in dienst bij werkgeefster. Hij is de vader van de directeur. Medio oktober 2016 wordt werknemer op non-actief gesteld, waarna hij op 22 december 2016 op 79-jarige leeftijd op staande voet wordt ontslagen. De reden voor dit ontslag is volgens werkgeefster dat werknemer ernstige malversaties in de boekhouding heeft gepleegd. Zo heeft werknemer zich een lening toegeëigend ten behoeve van werkgeefster, die eigenlijk een kasstorting van zijn zoon betrof, door de initialen van zijn zoon te wijzigen met zijn eigen initialen. De kantonrechter oordeelt dat het verzoek tot verklaring voor recht dat het ontslag niet terecht is gegeven te laat is ingediend. Werknemer verzoekt in hoger beroep onder andere veroordeling van werkgeefster tot betaling van een billijke vergoeding, de transitievergoeding en niet-opgenomen vakantie-uren.

Oordeel

De billijke vergoeding en de transitievergoeding

Het verzoek van werknemer tot betaling van een billijke vergoeding kan niet worden gebaseerd op artikel 7:683 lid 3 BW, omdat de rechtsgeldigheid van het ontslag niet langer ter beoordeling staat. Bedoeld is daarom de billijke vergoeding ex artikel 7:681 lid 1 BW. Werknemer heeft aangevoerd dat hij zijn zoon geld had gegeven ter inbewaringneming om zo min mogelijk geld op zijn eigen rekening te hebben in het kader van een echtscheiding. Volgens werknemer was een deel van dit bedrag reeds door de zoon terugbetaald. Wat resteerde was een bedrag van € 27.000. Het viel werknemer op dat dit bedrag niet in de boeken van werkgeefster was te vinden. Toen zijn zoon een even groot bedrag stortte op de rekening van werkgeefster, ging werknemer ervan uit dat dit voor hem was bedoeld. Hij veranderde daarom de initialen van zijn zoon in de zijne, zodat zijn aanspraak zwart op wit stond. Het hof stelt voorop dat werknemer de kasstorting van zijn zoon heeft laten verdwijnen door de initialen te wijzigen. Aldus heeft hij een lening van hemzelf aan werkgeefster

gecreëerd, waarover hij bovendien rente in rekening heeft gebracht. Niet alleen had hij behoren te begrijpen dat hij een dergelijke wijziging nimmer had mogen aanbrengen zonder uitdrukkelijke toestemming, bovendien was er op het moment van de wijziging geen sprake meer van een lening, omdat deze reeds in 2013 geheel was terugbetaald. De stelling van werknemer dat hij in december 2013 in totaal € 40.000 aan zijn zoon in bewaring had gegeven, en dat hij daarvan nog € 27.000 tegoed had, is niet komen vast te staan en vormt, ook als dit juist zou zijn, nog geen rechtvaardiging voor het zonder overleg wijzigen in de boeken van een storting. Een dergelijke handelwijze raakt de functie die werknemer bekleedde in de kern. Een en ander is onacceptabel en levert een dringende reden op. Werkgeefster is daarom geen billijke vergoeding verschuldigd. De transitievergoeding is evenmin verschuldigd. Bovendien is de arbeidsovereenkomst geëindigd na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.

Vakantie-uren

Werknemer verzoekt tevens tot uitbetaling van een stuwmeer aan verlofuren. Hij baseert dit aantal op loonspecificaties die volgens hem zijn geaccordeerd door werkgeefster. Werkgeefster betwist dat kan worden uitgegaan van de uren op de loonspecificaties, nu deze specificaties door werknemer zelf werden opgesteld. Het hof concludeert dat een voldoende concrete onderbouwing van het aantal opgebouwde vakantiedagen ontbreekt, dat niet duidelijk is in hoeverre hier nog steeds (ten onrechte) overuren in zijn verdisconteerd zijn en dat werknemer ook niet heeft toegelicht in hoeverre hij vakantiedagen heeft opgenomen. Daarbij acht het hof van belang dat werknemer degene was die verantwoordelijk was voor registratie en verwerking van de vakantie-uren en dat hij – mede omdat hij de vader van de directeur was – nauwelijks werd gecontroleerd. Overigens heeft werknemer wel aanspraak op vakantie-uren die hij heeft opgebouwd gedurende de periode dat hij was geschorst. Het feit dat werknemer werd geschorst, betekent bovendien niet dat hij geacht kan worden vakantie-uren te hebben opgenomen. Echter, voor zover werknemer aanspraak heeft op uitbetaling van niet-opgenomen vakantie-uren, wordt deze verrekend met de kosten die werkgeefster heeft moeten maken om de malversaties uit de administratie te krijgen.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 27-03-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:515

Zaaknummer: 200.219.553/01

Rechters: C.A. Joustra, J.M.T. van der Hoeven-Oud en S.R. Mellema

Advocaten: N. Majid en E. van Lent

Wetsartikelen: 6:163 BW, 7:634 BW, 7:677 BW, 7:678 BW, 7:681 BW en 7:683 BW