

Nieuwsbrief VAAN AR Updates

Nummer 22, 2019

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 Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:1178](#) 28-05-2019

werknemer/HTM Personenvervoer N.V.

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:4599](#) 28-05-2019

werknemer/V.O.F. Jeruzalem

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:4597](#) 28-05-2019

werknemer/Apothekers Combinatie Coevorden B.V.

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:1988](#) 28-05-2019

werknemster/Stichting Pergamijn

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:2001](#) 28-05-2019

werkgeefster/werknemer

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2019:4529](#) 27-05-2019

Stichting voor Interconfessioneel Voortgezet Onderwijs Het Baken/werkneemster

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2019:1903](#) 23-05-2019

werknemster/Gemeenschappelijke Regeling 'regeling WVK-groep'

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2019:1093](#) 21-05-2019

Ayers Rock Island B.V./werknemer

[Gerechtshof Den Haag, ECLI:NL:GHDHA:2018:3390](#) 18-12-2018

Ayers Rock Island B.V./werknemer

Rechtbank

[Rechtbank Amsterdam, ECLI:NL:RBAMS:2019:3824](#) 28-05-2019

werknemster/Stichting Arkin

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2019:4240](#) 22-05-2019

Enza Zaden Beheer B.V./werknemster

[Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2019:2191](#) 21-05-2019

werknemer/Expert Harlingen

[Rechtbank Limburg, ECLI:NL:RBLIM:2019:4623](#) 16-05-2019

Stichting Onderwijs Midden-Limburg/werknemer

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:2379](#) 15-05-2019

werknemer/werkgeefster

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:2263](#) 15-05-2019

werknemer/werkgeefster

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:3938](#) 10-05-2019

werknemster/Lekker Suriname-Switi Sranan v.o.f. c.s.

[Rechtbank Gelderland, ECLI:NL:RBGEL:2019:2080](#) 09-05-2019

werknemer/Coop Supermarkten B.V.

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:3704](#) 08-05-2019

werknemer/werkgever

[Rechtbank Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2019:3697](#) 07-05-2019

werkgever/werknemer

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2019:2307](#) 01-05-2019

werknemer/werkgever

[Rechtbank Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2019:2211](#) 23-04-2019

werknemer/Kemkens Service en Installatie B.V.

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:6800](#) 10-10-2018

werknemer/werkgeefster

Annotatie

[Gaaf de Hoge Raad recycelen?](#)

mr. E. Wits

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Arkin

Loonvordering verpleegkundige jegens eerdere werkgever slaagt niet, nu zij als gevolg van overgang van onderneming van rechtswege is overgegaan naar het Academisch Medisch Centrum Amsterdam.

Feiten

Stichting Arkin (hierna: Arkin) en het Academisch Medisch Centrum Amsterdam (hierna: AMC) hebben in 1998 de vennootschap onder firma (hierna: de VOF) opgericht en daarin ieder medewerkers duurzaam tewerkgesteld. Werkneemster is op 3 december 2001 in dienst gekomen van “de Meren”. Nadat haar arbeidsovereenkomst is aangepast, is zij aangesteld als verpleegkundige bij de sector AMC/De Meren. AMC/De Meren is in 2007 gefuseerd met de Stichting Arkin en onder deze naam verder gegaan. AMC en Arkin hebben op enig moment besloten de VOF uiterlijk op 1 januari 2013 te ontbinden. Zij spreken af dat de binnen de VOF uitgevoerde activiteiten voor rekening en risico van het AMC zullen worden voortgezet. Tevens stellen zij een Overgangprotocol op, waarin onder andere staat dat medewerkers tot de overgang worden gedetacheerd bij verkrijger. Arkin, AMC en werkneemster hebben begin 2013 een detacheringsovereenkomst gesloten, waarin staat dat partijen hebben gekozen voor een detacheringsconstructie die een permanent karakter heeft en dat op de ontbindingsdatum “formeel gezien wordt afgeweken van de wet overgang van onderneming”. Voorts vermeldt deze dat bij beëindiging van de detachering AMC verantwoordelijk is voor de gevolgen daarvan voor de rechtspositie van de medewerkers. Werkneemster zet haar werk als klinisch verpleegkundige in het AMC voort. Na een aantal (tevergeefse) voorstellen om werkneemster te plaatsen bij AMC, wordt de detacheringsovereenkomst bij Arkin opgezegd en wordt zij uitgenodigd om te praten over mogelijkheden om te worden geplaatst bij Arkin. Bij e-mail van 23 februari 2018 meldt werkneemster zich ziek. Werkneemster geeft te kennen niet in te stemmen met de genoemde opzegging van de overeenkomst met het AMC en dat ze de keuze heeft gemaakt om over te gaan naar het AMC. Arkin stelt dat geen sprake was van een overgang van onderneming en accepteert werkneemsters ziekmelding niet, zodat zij onbetaald verlof dient op te nemen dan wel haar werkzaamheden dient te hervatten. Indien werkneemster daar niet op ingaat, zal Arkin de loonbetaling stopzetten. Werkneemster vordert dat Arkin veroordeeld zal worden om haar salaris over de periode van 1 maart 2018 tot en met 1 januari 2019 te betalen. Zij stelt hiertoe dat zij, op grond van het Overgangprotocol en aangezien er tussen haar en het AMC geen arbeidsovereenkomst tot stand is gekomen, steeds bij Arkin in dienst is gebleven. Arkin voert onder meer als verweer aan dat werkneemster in dienst van het AMC is gekomen, omdat het AMC de activiteiten van de

afdeling van de VOF waar werknemster op de datum van de overgang van de onderneming werkzaam was, heeft overgenomen.

Oordeel

Vast staat dat Arkin werknemster bij de VOF te werk heeft gesteld. Ook staat vast dat de VOF op 1 januari 2013 is opgehouden te bestaan en dat de desbetreffende activiteiten zijn voortgezet door het AMC. Nu het AMC geen partij is in deze procedure, zullen de rechten van werknemster jegens het AMC niet kunnen worden beoordeeld. Het einde van de VOF heeft geleid tot een overgang van onderneming. Voor zover het Overgangsprotocol en de detacheringsovereenkomst van artikel 7:663 BW afwijken, worden zij voorshands nietig en van onwaarde geacht. De stelling van Arkin, dat werknemster met een en ander heeft ingestemd, wordt verworpen. Werknemster heeft juist uit alle macht geprobeerd haar rechten op de voet van de overgang van overneming geldend te maken. De conclusie uit het voorgaande is naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter dat Arkin per 1 januari in 2013 niet meer de werkgever van werknemster is. De loonvordering tegen Arkin kan niet slagen. De kantonrechter wijst de vordering af.

Instantie: Rechtbank Amsterdam

Datum uitspraak: 28-05-2019

ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2019:3824

Zaaknummer: 7524154 KK EXPL 19-154

Rechters: E.D. Bonga-Sigmond

Advocaten: S. Koenen en J.A. de Roos

Wetsartikelen: 7:662 BW en 7:663 BW

RECHTSPRAAK

Stichting voor Interconfessioneel Voortgezet Onderwijs Het Baken/werkneemster

Werkgeefster heeft ernstig verwijtbaar gehandeld ten opzichte van re-integrerende werkneemster met psychische klachten. Toegekend bedrag voor billijke vergoeding blijft met enigszins andere redenering gelijk.

Feiten

Werkneemster is in 2007 als docent in dienst getreden bij Het Baken, een school voor bijzonder onderwijs. Op de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is de Cao voor het Voortgezet Onderwijs van toepassing. Werkneemster is op 15 mei 2017 arbeidsongeschikt geraakt. Kort daarvoor had Het Baken haar aangesproken op een incident. Op advies van de bedrijfsarts is eerst in december 2017 een Plan van Aanpak opgesteld, dat door werkneemster en conector B (hierna: B) is ondertekend. In het inzetbaarheidsprofiel van 23 januari 2018 heeft de bedrijfsarts geoordeeld dat werkneemster is aangewezen op werk zonder veelvuldige deadlines of productiepieken en met een overzichtelijk takenpakket met beperkte verantwoordelijkheden waarin de prikkelinput wordt gedoseerd. Op donderdag 15 februari 2018 om 01:04 uur heeft werkneemster, ten behoeve van het voor de volgende dag geplande voortgangsgesprek met B, een e-mail gestuurd waarin – kort samengevat – is opgenomen dat tijdens de in het kader van haar re-integratie te verzorgen steun/bijlessen meerdere malen geen leerlingen zijn verschenen op het opgegeven tijdstip en lokaal. Bij het geplande gesprek tussen B en werkneemster op vrijdag 16 februari 2018 was rector F aanwezig, evenals diens secretaresse die een verslag van deze bijeenkomst heeft opgemaakt. In dit gesprek is werkneemster wegens het niet geven van lessen en het niet surveilleren geschorst. Hierop heeft werkneemster schriftelijk gereageerd. Werkneemster is met ingang van 28 december 2018 volledig hersteld verklaard. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst, behoudens intrekking van het verzoek door Het Baken, op de g-grond ontbonden met ingang van 1 januari 2019 zonder aftrek van de behandelingstijd en Het Baken veroordeeld tot betaling van de transitievergoeding van € 45.182 bruto en een billijke vergoeding van € 19.000 bruto. In hoger beroep betwist Het Baken dat zij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en komt zij tevens op tegen de hoogte van de toegekende billijke vergoeding.

Oordeel

Ook indien het hof ervan zou uitgaan dat werkneemster niet (tijdig) aanwezig was bij lokaal

B13 om de bewuste steunles te geven, rechtvaardigt dat niet het optreden van Het Baken op 16 februari 2018. Uit dat verslag blijkt onmiskenbaar dat de insteek van Het Baken is geweest om de confrontatie te zoeken en te komen tot een beëindiging van de arbeidsovereenkomst met werkneemster, terwijl Het Baken de feiten nog niet goed kende. De rector heeft erkend dat hij er tijdens dit gesprek nog van uitging dat werkneemster de dag ervoor, donderdag de 15e, ook niet verschenen was voor geplande lestaken. Verder blijkt uit dit verslag dat de verklaringen van werkneemster in dit gesprek niet werden geaccepteerd en dat haar werkweigering werd verweten. Als er geen aanvaardbare, plausibele verklaring zou komen zou de rector de bestuurder informeren en verzoeken werkneemster met onmiddellijke ingang te ontslaan, zo staat al op bladzijde 1 van het verslag. Het hof acht dit een premature mededeling en de genomen maatregel, een schorsing in afwachting van verder onderzoek, eveneens prematuur. De wijze waarop Het Baken optreedt, is bovendien disproportioneel ten opzichte van een nog arbeidsongeschikte werknemer. Werkneemster zou in de bewuste week voor het eerst weer gaan lesgeven (anders dan steunles) en was daar erg onzeker over, zoals zij in de vroege ochtend van donderdag 15 februari 2017 aan B schreef. Deze e-mail had aanleiding moeten zijn voor Het Baken om met werkneemster te overleggen welke begeleiding haar geboden kon worden om het begin van de les te vergemakkelijken. Indien Het Baken meende dat werkneemster zich ten onrechte onttrok aan haar lestaken bij aanvang van haar re-integratie, had zij werkneemster kunnen opdragen zich voor aanvang van een les te melden bij bijvoorbeeld B. Zeker bij het begin van re-integratiewerkzaamheden behoort een werkgever er rekening mee te houden dat het niet vanzelf spreekt dat alles meteen rimpelloos verloopt en dat een (vanwege psychische klachten) nog arbeidsongeschikte werknemer hulp nodig heeft en geen afrekening in de vorm van een schorsing, die vervolgens heeft voortgeduurd totdat de arbeidsovereenkomst is ontbonden. Door te handelen zoals zij heeft gedaan, heeft Het Baken ernstig verwijtbaar gehandeld en daarmee een onherstelbaar verstoorde arbeidsverhouding veroorzaakt, ook als er al sprake was van een vertrouwenskwestie voordat werkneemster arbeidsongeschikt raakte. Het hof ziet geen reden de toegekende billijke vergoeding bij te stellen.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 27-05-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:4529

Zaaknummer: 200.252.417/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, W.F. Boele en H. Manuel

Advocaten: W. Brussee en J.B.M. Swart

RECHTSPRAAK

Stichting Onderwijs Midden-Limburg/werknemer

Aanhoudende verklaringen en aangiften tegen leraar met betrekking tot grensoverschrijdend gedrag leiden, hoewel terug voor de klas plaatsen 'moeilijke en zo niet onmogelijke taak' is, niet tot verstoorde arbeidsverhouding. Ontbindingsverzoek beperkt zich tot g-grond en wordt dus afgewezen.

Feiten

Werknemer is op 1 augustus 1984 bij Stichting Onderwijs Midden-Limburg (hierna: SOML) in dienst getreden en was laatstelijk werkzaam in de functie van Leraar LD. Hij geeft les in de vakken Economie en M&O. Tot 1 augustus 2016 was werknemer werkzaam op school 1 en sindsdien is hij werkzaam op school 2. Tot 1 april 2014 is werknemer ruim twaalf jaar getrouwd geweest met een oud-leerlinge van zijn vorige school. Er was sprake van een zogenoemde 'vechtscheiding'. Medio 2015 is een klacht ingediend tegen werknemer en in oktober 2015 is media-aandacht geweest voor grensoverschrijdend gedrag van docenten op school 1. SOML heeft werknemer, na een gesprek, geschorst en deze schorsing vervolgens tweemaal met drie maanden verlengd. Nadat een strafrechtelijk onderzoek is afgerond en geen strafbare feiten zijn geconstateerd, wordt de schorsing opgeheven en wordt werknemer overgeplaatst naar school 2. Medio 2017 ontstaan er nieuwe geruchten (over vermeend misbruik) omtrent de persoon van werknemer. Op 22 september 2017 (ex-echtgenote) en 11 oktober 2017 (ex-collega) wordt er aangifte tegen werknemer gedaan. Ook een oud-leerlinge doet aangifte tegen werknemer, op 9 februari 2018. Na een gesprek met SOML volgt een schorsing van vier weken, waarop een schorsing van drie maanden volgt die vervolgens met drie maanden wordt verlengd. Werknemer heeft beroep tegen de schorsingsbesluiten ingesteld, maar de Commissie van Beroep verklaart het beroep ongegrond. Nadat de schorsing op 18 april 2018 verloopt, hervat werknemer de werkzaamheden niet, met behoud van loon. Werknemer meldt zich op 16 mei 2018 ziek, na ontvangst van een bericht dat het Openbaar Ministerie tot vervolging overgaat, naar aanleiding van de aangifte van de ex-collega (aanranding). Op 31 mei 2018 wordt werknemer geschorst voor de duur van het strafrechtelijk onderzoek. Op 25 december 2018 besluit de officier van justitie om werknemer niet te vervolgen en wordt de zaak geseponeerd. Bij schrijven van 18 februari 2019 wordt de schorsing voor de duur van de vervolging ingetrokken en de schorsing voor de duur van de ontbindingsprocedure opgelegd. SOML verzoekt ontbinding wegens een verstoorde arbeidsverhouding. Hieraan legt SOML ten grondslag dat werknemer meermaals is aangesproken op zijn houding en gedrag (onvoldoende professionele afstand) jegens

leerlingen en collega's en dat zij is geschrokken van de gedane aangiften en de inhoud van de processen-verbaal, waardoor het door SOML in werknemer gestelde vertrouwen grovelijk is aangetast. Werknemer verzoekt onder meer SOML te veroordelen tot het betalen van een loonvordering.

Oordeel

Niet is gebleken dat het onderhavige verzoek verband houdt met een opzegverbod. Naar het oordeel van de kantonrechter is geen sprake van een verstoorde arbeidsverhouding en dient ontbinding van de arbeidsovereenkomst op deze grond achterwege te blijven. Gedurende een langere periode zijn SOML en werknemer geconfronteerd met verklaringen en aangiften over grensoverschrijdende gedragingen van werknemer. Deze verklaringen en aangiften op zichzelf hebben – kennelijk – bij SOML niet geleid tot een grond om een beëindiging na te streven. Nu het strafrechtelijk onderzoek is afgerond, ziet SOML zich voor de taak werknemer terug voor de klas te plaatsen. Dat dit een moeilijke, zo niet onmogelijke taak is, begrijpt de kantonrechter, maar dit leidt nu ineens niet tot een verstoorde arbeidsverhouding. Nu enkel deze grond aan het verzoek ten grondslag is gelegd, kan ook enkel deze g-grond worden beoordeeld. Het verzoek als door SOML gedaan dient te worden afgewezen. Het tegenverzoek, houdende de loonvordering, wordt toegewezen.

Instantie: Rechtbank Limburg

Datum uitspraak: 16-05-2019

ECLI: ECLI:NL:RBLIM:2019:4623

Zaaknummer: 7590347 \ AZ VERZ 19-37

Rechters: A.H.M.J.F. Piëtte

Advocaten: H.A.A. Berendsen en G.G.A.J.M. van Poppel

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

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Werkgeefster geslaagd in het bewijs van haar stelling dat de werknemer fysiek geweld heeft gebruikt en collega's verbaal heeft bedreigd. Deze gedragingen zijn echter onvoldoende ernstig om als dringende reden voor ontslag op staande voet te kunnen dienen. Toekenning transitievergoeding en billijke vergoeding.

Feiten

Werknemer is sinds 1 januari 1992 voor onbepaalde tijd in dienst van (de rechtsvoorganger van) werkgeefster. Werkgeefster heeft werknemer op 16 maart 2018 op staande voet ontslagen. De eigenaar van werkgeefster heeft werknemer bij brief van 16 maart 2018 de dringende reden voor het ontslag op staande voet meegedeeld, namelijk – kort samengevat – het gebruiken van fysiek geweld tegen een collega-monteur (hierna: A) en het verbaal bedreigen van twee receptiemedewerkers. Werknemer heeft tegen dit ontslag geprotesteerd en betwist dat hij op 15 maart 2018 een collega-monteur fysiek heeft bedreigd. Werknemer verzoekt de kantonrechter onder meer aan hem een transitievergoeding en billijke vergoeding toe te kennen. De kantonrechter heeft in een tussenbeschikking werkgeefster het bewijs opgedragen van haar stellingen dat werknemer op 15 maart 2018 fysiek geweld heeft gebruikt tegen D alsmede dat werknemer op 16 maart 2018 collega's verbaal heeft bedreigd. Werkgeefster heeft hiertoe aanvullende schriftelijke verklaringen, gedateerd op 30 oktober 2018, ingediend en heeft deze personen ook als getuigen doen horen.

Oordeel

De kantonrechter is van oordeel dat op grond van deze verklaringen voldoende vaststaat dat werknemer collega A op 15 maart 2018 zo hard aan zijn mouw heeft getrokken dat hij daardoor op de grond is gevallen. Naar het oordeel van de kantonrechter kan het zo hard trekken aan de mouw van A's trui dat A daardoor viel, worden aangemerkt als een vorm van fysiek geweld. Dat werknemer niet de intentie had om A te laten vallen, doet daar niet aan af. Werkgeefster is daarom geslaagd in het bewijs van haar stelling dat werknemer op 15 maart 2018 fysiek geweld heeft gebruikt tegen A. Op grond van deze verklaringen staat naar het oordeel van de kantonrechter tevens voldoende vast dat werknemer op 16 maart 2018 tegen B heeft gezegd dat als hij hoorde wie het incident op 15 maart 2018 had doorverteld aan D, hij diegene dan op zijn bek zou slaan en dat hij tegen C heeft gezegd dat in dat geval de pleuris zou uitbreken. Dit kan worden aangemerkt als een verbale bedreiging. Op grond van bijkomende

omstandigheden vindt de kantonrechter de gedragingen van werknemer op zichzelf en ook in onderlinge samenhang bezien, onvoldoende ernstig om als dringende reden voor ontslag op staande voet te kunnen dienen. Daarbij wordt in de eerste plaats in aanmerking genomen dat sprake is geweest van een lichte vorm van fysiek geweld. De kantonrechter acht daarnaast van belang dat de actie van werknemer het sluitstuk was van een conflict tussen werknemer en A over de temperatuur in de werkplaats dat die dag al enige tijd aan de gang was en waarin zij beiden een aandeel hadden. Verder heeft werknemer op 16 maart 2019 tegenover B en C weliswaar dreigende taal geuit, maar blijkt uit hun verklaringen onvoldoende dat zij zich hierdoor persoonlijk bedreigd hebben gevoeld. Ten slotte wordt meegewogen dat werknemer al vanaf 1992 bij (de rechtsvoorganger van) werkgeefster in dienst was en – afgezien van enige persoonlijke irritaties over en weer – verder altijd goed heeft gefunctioneerd. Er is geen sprake van een situatie waarin iedere weldenkende werkgever een einde zou maken aan de arbeidsovereenkomst. Werkgeefster had in dit geval kunnen volstaan met een lichtere sanctie, zoals een waarschuwing of overplaatsing. Werknemer heeft volgens de kantonrechter recht op een transitievergoeding. De kantonrechter vindt de gedragingen van werknemer in het licht van alle hiervoor genoemde omstandigheden onvoldoende om uit te gaan van ernstige verwijtbaarheid in de zin van artikel 6:673 lid 7 BW. Nu de gevolgen van het ontslag ook deels worden gecompenseerd door de relatief hoge transitievergoeding die werkgeefster aan werknemer dient te betalen, ziet de kantonrechter in de hierboven genoemde omstandigheden aanleiding om een billijke vergoeding toe te kennen waardoor werknemer voor de periode tot 1 april 2019 in grote lijnen in dezelfde financiële situatie wordt gebracht als zonder het gegeven ontslag op staande voet het geval zou zijn geweest.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 15-05-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:2263

Zaaknummer: 6901036 UE VERZ 18-192

Rechters: H.A.M. Pinckaers

Advocaten: A.E. Burggraaf en J.A. Tersteeg

Wetsartikelen: 7:673 BW, 7:677 BW, 7:678 BW en 7:681 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

'Talentlessen' tellen mee voor berekening aantal lesuren CAO VO. Het is maar zeer de vraag of afwijking maximumaantal lesuren in taakbeleid middelbare school is toegestaan, maar loonvordering wordt afgewezen omdat niet is bewezen dat leraar normjaartaak heeft overschreden.

Feiten

Werknemer is op 1 augustus 2002 bij werkgeefster in dienst getreden als docent techniek. Op de arbeidsovereenkomst is de cao Voortgezet Onderwijs (hierna: de cao) van toepassing. Op grond van de cao bedraagt de normjaartaak van een fulltime docent 1.659 klokuren per jaar. Afwijking hiervan is niet toegestaan. De cao bepaalt dat elke school een taakbeleid moet ontwikkelen en dat de maximale lestaak 750 klokuren op jaarbasis bedraagt. De cao heeft op dit punt een minimumkarakter. In het taakbeleid is het maximumaantal klokuren les vastgesteld op 785. Op grond van het taakbeleid wordt een onderscheid gemaakt tussen vaklessen en niet-vaklessen, die ieder een eigen voor- en nawerkfactor hebben. Werkgeefster heeft op enig moment het concept 'talentmodule' ontwikkeld, waarbij leerlingen gedurende drie kwartalen van het schooljaar kunnen kiezen voor een lesactiviteit. Vanaf het schooljaar 2011-2012 wordt werknemer ingezet op talenturen en maken deze uren onderdeel uit van zijn normjaartaak, waarbij een voor- en nawerkfactor wordt gehanteerd die ligt tussen dat van vaklessen en niet-vaklessen. In 2017 heeft werkgeefster aan werknemer meegedeeld dat hij onvoldoende uren heeft om zijn normjaartaak te vullen. Vanaf dat moment is er tussen partijen een discussie ontstaan over de kwalificatie en waarde van talenturen. Werknemer vordert voor recht te verklaren dat de talenturen als lesuren dienen te worden aangemerkt en daarmee meetellen in de totale berekening van het maximumaantal lesuren. Werknemer vordert verder veroordeling van werkgeefster tot vergoeding van de extra lesuren die hij vanaf het schooljaar 2012/2013 heeft gegeven boven het maximumaantal. Werknemer heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat werkgeefster niet als goed werkgever handelt, door hem in strijd met de cao jaarlijks te belasten met meer dan 750 klokuren les.

Oordeel

Op de zitting is gebleken dat partijen het erover eens zijn dat een talentles een aparte status heeft, die niet is vermeld in het taakbeleid 2012-2014. Het is geen vakles, het is geen niet-vakles, maar wel een les met een opslag voor voorwerk. De gevorderde verklaring voor recht

wordt toegewezen. Naar het oordeel van de kantonrechter is het maar zeer de vraag of een verhoging van de in de cao opgenomen maximale lestaak, zoals opgenomen in het taakbeleid, was toegestaan. De cao heeft op dit punt namelijk een minimumkarakter. Los van deze discussie is in deze zaak het volgende van belang. Uit de stellingen van werknemer is niet af te leiden dat hij, met inbegrip van de talenturen, vanaf het schooljaar 2012/2013 meer uren heeft gewerkt dan zijn normjaartaak van 1.659 klokuren per jaar. De vordering tot vergoeding van (extra) klokuren les is reeds op die grond niet toewijsbaar. De vordering wordt afgewezen.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 15-05-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:2379

Zaaknummer: 7331824 AC EXPL 18-3698 JH/1050

Rechters: G.J. van Binsbergen

Advocaten: H.J. Tamminga en A. Klaassen

Wetsartikelen: 8.1 CAO VO, 8.2 CAO VO en 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Kemkens Service en Installatie B.V.

Werkgever had niet voorbij mogen gaan aan het feit dat werknemer door schouderklachten niet naar re-integratiegesprek kon komen en past derhalve ten onrechte loonstop toe. Waarschuwing voorafgaand aan loonstop niet vereist.

Feiten

Werknemer is met ingang van 1 juli 2016 op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in dienst van Kemkens Service en Installatie B.V. (hierna: Kemkens) getreden in de functie van servicemonteur. Hij viel na re-integratie eind 2018 ziek uit wegens schouderklachten. Nadat hij zijn werkzaamheden weer had hervat, viel hij op 5 februari 2019 opnieuw ziek uit. De Arboarts heeft werknemer op 13 februari 2019 onderzocht en partijen geadviseerd om in gesprek te gaan. Bij e-mailbericht van 14 februari 2019 heeft Kemkens werknemer uitgenodigd, om het door de Arboarts voorgestelde gesprek op het kantoor in Oss te voeren. Werknemer heeft aan Kemkens medegedeeld dat hij wegens schouderklachten niet kan autorijden en voorgesteld het gesprek op een andere plek te laten plaatsvinden dan wel telefonisch te voeren. Kemkens reageert hierop onder meer met de opmerking dat de bedrijfsarts geen beperkingen voorschrijft, zodat zij niet inziet waarom dit gesprek niet plaats kan vinden en dat de gevolgen van niet-verschijnen voor werknemers rekening zijn. Bij brief van 20 februari 2019 heeft Kemkens aan werknemer medegedeeld dat zijn salarisbetaling met ingang van 19 februari 2019 is stopgezet, tot aan het moment dat hij wel meewerkt aan de beoogde re-integratie. Op 11 maart 2019 stelt de bedrijfsarts vast dat werknemer niet in staat is om zelfstandig auto te rijden naar Oss en wel in staat is om met het openbaar vervoer te reizen, maar aangeeft geen geld te hebben voor een treinkaartje. Werknemer vordert Kemkens te veroordelen tot betaling van achterstallig salaris over de periode 19 februari 2019 tot en met 13 maart 2019. Werknemer legt aan zijn vordering ten grondslag dat niet vooraf was gewaarschuwd dat Kemkens tot een loonstop over zou gaan, dat de reden van de loonstop niet wordt vermeld en dat derhalve in strijd met artikel 7:629 lid 7 BW is gehandeld. Daarnaast zou het niet verschijnen op een gesprek niet onder een van de opgesomde wettelijke gronden voor een loonstop vallen.

Oordeel

Uit artikel 7:629 lid 7 BW, noch uit de Kamerstukken, volgt dat de werkgever de werknemer eerst behoort te waarschuwen dat het geen gevolg geven aan een oproep tot stopzetten van het loon zal leiden. Kemkens heeft in haar brief van 20 februari 2019 onverwijld en met

vermelding van de reden aan werknemer medegedeeld dat zij tot een loonstop is overgegaan. Werknemer is daardoor tijdig in staat gesteld de nodige maatregelen te treffen voor de gevolgen van de loonstop. Aan het vereiste van voornoemd wetsartikel is derhalve voldaan. Hoewel Kemkens door werknemer op 14 en 19 februari 2019 op de hoogte is gebracht van zijn schouderklachten en daardoor niet voor het gesprek met de auto naar Oss kon rijden, is Kemkens daaraan voorbijgegaan. Kemkens heeft daarna uit het niet verschijnen van werknemer op het gesprek van 19 februari 2019 geconcludeerd dat werknemer geen recht heeft op loon, nu hij zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan het opstellen, evalueren en bijstellen van een plan van aanpak conform artikel 7:629 lid 3 sub e BW. De Arboarts heeft echter in zijn rapport van 11 maart 2019 bevestigd dat werknemer niet in staat was auto te rijden. Hieruit blijkt dat de grond waarop Kemkens de loonstop heeft ingesteld onterecht was. Kemkens is om die reden gehouden het loon over de periode 19 februari 2019 tot en met 13 maart 2019 te voldoen. De desbetreffende vordering wordt derhalve toegewezen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 23-04-2019

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2019:2211

Zaaknummer: 7627997 / VV 19-23

Rechters: N.C.M. Koch

Advocaten: P.H. Pijpelink en D.J.M.C. Sieler

Wetsartikelen: 7:629 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Lekker Suriname-Switi Sranan v.o.f. c.s.

Voorhands is bewezen dat medewerkster toko/afhaalwinkel in de uitoefening van de werkzaamheden derdegraads brandwonden heeft opgelopen door op een plastic emmer met daarop ovenreiniger te gaan zitten. Werkgever krijgt gelegenheid tegenbewijs te leveren.

Feiten

Werkneemster is op 1 mei 2017 in dienst getreden bij een in Rotterdam gevestigde toko/afhaalwinkel, gespecialiseerd in Surinaamse voedingsartikelen. Op 19 december 2017 was werkneemster werkzaam in de toko. Rond 16.50 uur is zij op een witte plastic emmer in de gangruimte van de toko gaan zitten om wat te eten. Werkneemster heeft vervolgens aan een collega medegedeeld dat zij pijn had en heeft haar gevraagd om mee te komen naar het toilet. Werkneemster heeft daar haar broek en ondergoed naar beneden getrokken en haar billen aan haar collega laten zien. Daarna heeft werkneemster aan haar leidinggevende gevraagd of zij een nieuwe broek kon kopen, omdat haar broek nat was. Haar leidinggevende heeft haar daarvoor geen toestemming gegeven. Diezelfde dag is werkneemster naar de huisartsenpost gegaan en uit het huisartsenjournaal blijkt dat werkneemster daar heeft medegedeeld dat zij ernstige brandwonden had opgelopen aan haar onderlichaam doordat zij tijdens haar werk op een plastic emmer met ovenreiniger was gaan zitten. Die brandwonden zijn diezelfde avond ook waargenomen door de huisarts. Werkneemster is van 19 december 2017 tot en met 9 januari 2018 opgenomen geweest op de brandwondenafdeling van het Maasstad Ziekenhuis. Vastgesteld is dat zij derdegraads brandwonden had aan haar billen en de binnenkant van haar dijen. Op 3 januari 2018 is werkneemster geopereerd en hebben huidtransplantaties plaatsgevonden. Na 19 december 2017 heeft werkneemster geen werkzaamheden meer bij de toko verricht. In geschil is of de toko aansprakelijk is op grond van artikel 7:658 BW.

Oordeel

De kantonrechter stelt vast dat de stelling van werkneemster dat op 19 december 2017 bij haar sprake is geweest van een arbeidsongeval in de toko en dat zij daardoor letsel heeft opgelopen steun vindt in de tussen partijen vaststaande gang van zaken bij de toko op voornoemde datum en de direct daarop volgende dagen. Er bestaat vooralsnog geen aanknopingspunt op grond waarvan kan worden geoordeeld dat het ongeval niet in de uitoefening van de werkzaamheden van werkneemster bij de toko heeft plaatsgevonden. Er kan thans geen moment worden aangewezen waarop het ongeval buiten de toko en in de privésfeer heeft

kunnen plaatsvinden. Dat de collega van werkneemster aan haar leidinggevende zou hebben meegedeeld dat zij op 19 december 2017 op het toilet geen verwondingen had waargenomen bij werkneemster, betekent nog niet dat daarvan 'dus' geen sprake is geweest. Het is, zeker in geval van brandwonden zoals in casu het geval is, juist goed mogelijk dat die wonden zich pas enige tijd later hebben geopenbaard, zeker nu de leidinggevende geen toestemming gaf aan werkneemster om voor sluitingstijd van de toko een nieuwe broek te kopen. Daardoor heeft werkneemster nog urenlang met de vloeibare substantie waarmee zij in de toko in aanraking was gekomen, waarvan vooralsnog wordt uitgegaan, rondgelopen en kon die substantie gedurende al die tijd 'inbranden' in haar huid en als gevolg daarvan ernstiger van aard worden. Al met al is de kantonrechter van oordeel dat voorshands bewezen is dat het ongeval van werkneemster heeft plaatsgevonden tijdens de uitoefening van haar werkzaamheden op 19 december 2017 in de toko. Voor wat betreft de vraag of de brandwonden van werkneemster al dan niet zijn ontstaan door de ovenreiniger overweegt de kantonrechter dat de toko heeft erkend dat bij de toko gebruik wordt gemaakt van de bewuste ovenreiniger en dat uit het etiket van die ovenreiniger blijkt dat hierdoor bij contact met de huid ernstige brandwonden kunnen ontstaan. Er bestaat vooralsnog geen aanknopingspunt op grond waarvan kan worden geoordeeld dat de brandwonden van werkneemster niet zijn ontstaan door de ovenreiniger. De kantonrechter laat de toko conform haar bewijsaanbod toe tot het leveren van tegenbewijs. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 10-05-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:3938

Zaaknummer: 7267984 CV EXPL 18-42802

Rechters: K.J. Bezuijen

Advocaten: B.F. Desloover en H.Th. Vos

Wetsartikelen: 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/Coop Supermarkten B.V.

Supermarktmanager die handmatig uren in zijn voordeel aanpast in tijdregistratiesysteem is ten onrechte op staande voet ontslagen. Ontslag niet onverwijld gegeven. Billijke vergoeding wordt, mede gelet op aanwezigheid dringende reden en goede arbeidsmarktpositie werknemer, vastgesteld op nihil.

Feiten

Werknemer is op 1 april 2006 in dienst getreden van Coop Supermarkten B.V. (hierna: Coop). Gedurende zijn dienstverband is hij opgeklommen van hulpkracht tot supermarktmanager. Op 18 november 2018 heeft een medewerkster van de locatie waar werknemer werkzaam was de districtsmanager ingeseind over door haar geconstateerde onregelmatigheden omtrent het functioneren van werknemer. In een gesprek van 3 december 2018 heeft zij toegelicht dat haar en haar collega's is gebleken dat werknemer handmatig uren in zijn voordeel aanpaste in het tijdregistratiesysteem, door verlofuren als 'gewerkte' uren aan te merken en door meerdere keren op latere tijdstippen dan 'geboekt' binnen te komen om zijn werkdag te beginnen. Daaropvolgend heeft intern onderzoek bij Coop plaatsgevonden. Op 10 december 2018 heeft een telefonisch gesprek plaatsgevonden waarbij Coop aan werknemer heeft medegedeeld, samengevat, dat Coop niet tevreden was over zijn functioneren en dat er onregelmatigheden waren geconstateerd in onder meer de urenregistratie van werknemer. Dit gesprek is in een brief van diezelfde datum bevestigd. Daarin is werknemer voorgehouden dat de gedane constatering op zichzelf voor Coop reeds afdoende reden zijn voor ontslag op staande voet, maar dat Coop eenmalig bereid is werknemer een voorstel te doen met wederzijds goedvinden uit elkaar te gaan. Werknemer heeft het voorstel niet geaccepteerd. Coop heeft het ontslag op staande voet gehandhaafd. Werknemer verzoekt thans onder meer een verklaring voor recht dat aan de opzegging van de arbeidsovereenkomst door Coop geen dringende reden ten grondslag heeft gelegen, alsmede toekenning van onder meer de transitievergoeding en een billijke vergoeding.

Oordeel

Ontslag op staande voet

De kantonrechter is van oordeel dat, zoals door werknemer is aangevoerd, van een onverwijld gegeven ontslag op staande voet geen sprake geweest. Coop heeft werknemer blijkens de brief van 10 december 2018 ontslagen op grond van – in de kern – dezelfde verwijten waarover de

briefschrijfster de districtsmanager op 18 november 2018 heeft geïnformeerd. Door onderzoek te doen door allereerst de briefschrijfster te spreken heeft Coop niet adequaat en voortvarend genoeg gehandeld, terwijl dat van Coop, gelet op vaste rechtspraak (HR 14 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT1851) wel verwacht wordt. Dat gesprek vond immers 15 dagen later, op 3 december 2018, plaats. Voor dat tijdsverloop is geen valide reden gegeven. Weliswaar heeft Coop nadien wel voortvarend (genoeg) gehandeld door het doen van intern onderzoek, maar dat repareert het weinig doortastende handelen na ontvangst van de informatie op 18 november 2018 niet. Het ontslag op staande voet kan dan ook geen stand houden.

Transitievergoeding en vergoeding wegens onregelmatige opzegging

De door Coop aan werknemer verweten gedragingen leveren een dringende reden op die een ontslag op staande voet rechtvaardigen. Werknemer heeft de juistheid van de gemaakte verwijten niet dan wel onvoldoende gemotiveerd betwist. Het handelen dient eveneens als ernstig verwijtbaar als bedoeld in artikel 7:673 lid 7 BW te worden gekwalificeerd. Het verzoek tot toekenning van de transitievergoeding wordt derhalve afgewezen. De vergoeding wegens onregelmatige opzegging wordt wel toegewezen en vastgesteld op een bedrag van € 9.913,95 bruto.

Billijke vergoeding

Nu het ontslag op staande voet alleen als gevolg van te weinig voortvarend onderzoek naar de verweten gedragingen geen stand houdt en daarmee de verwijtbaarheid van Coop 'laag' is, de rol van werknemer bij het ontslag als gevolg van zijn handelen, dat een dringende reden oplevert, groot is, de arbeidsovereenkomst zonder ontslag op staande voet naar verwachting door middel van ontbinding op de e-grond op korte termijn zou zijn geëindigd, werknemer jong is en een goede arbeidsmarktpositie heeft en 'last but not least' recht heeft op de gefixeerde schadevergoeding, is voor toekenning van enige billijke vergoeding geen plaats. Nu de rechter, gelet op artikel 7:681 lid 1 BW een billijke vergoeding kan toekennen en dus niet hoeft toe te kennen, zal, gelet op de hiervoor genoemde omstandigheden, de verzochte billijke vergoeding worden afgewezen c.q. zal die op nihil worden gesteld.

Instantie: Rechtbank Gelderland

Datum uitspraak: 09-05-2019

ECLI: ECLI:NL:RBGEL:2019:2080

Zaaknummer: 7482080

Rechters: E.W. de Groot

Advocaten: J.J.H. Post en A. Klaassen

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

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Pergamijn

Werkneemster valt op trap tijdens een re-integratietraject op locatie. Werkgeversaansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW dan wel artikel 7:611 BW afgewezen, nu niet vast is komen te staan dat sprake is van een (voldoende nauwe) band met het werk.

Feiten

Werkneemster is op 1 augustus 2009 in dienst getreden bij Stichting Pergamijn (hierna: 'Pergamijn'), laatstelijk in de functie van huishoudelijk medewerkster. Op 3 februari 2014 is werkneemster arbeidsongeschikt wegens ziekte geworden. Werkneemster is door de bedrijfsarts doorverwezen voor een curatieve behandeling naar het Medisch Centrum X. Op verzoek van werkneemster is zij in het kader van re-integratie overgedragen aan Top-Care Health Services, dat is aangesloten bij de Stichting Ciran (hierna: 'Ciran'). Op 22 september 2014 heeft werkneemster zich hersteld gemeld. Op 29 september 2014 hebben partijen een vaststellingsovereenkomst ondertekend. Op 6 oktober 2014 heeft werkneemster deelgenomen aan een tweedaagse seminar 'levenskunst', als onderdeel van het door Ciran aangeboden re-integratietraject. Werkneemster is die avond gevallen op een trap. Werkneemster meldt zich op 27 oktober 2014 weer arbeidsongeschikt. In de onderhavige procedure vordert werkneemster dat Pergamijn wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 53.732, wegens de door werkneemster geleden en nog te lijden schade als gevolg van het haar op 6 oktober 2014 overkomen ongeval. De kantonrechter heeft de vordering van werkneemster afgewezen. Tegen dit oordeel keert werkneemster zich in hoger beroep.

Oordeel

Pergamijn kan noch op grond van artikel 7:658 BW noch op grond van artikel 7:611 BW aansprakelijk worden gehouden voor het ongeval. Artikel 7:658 BW mist toepassing, nu niet vast is komen te staan dat sprake is van een (voldoende nauwe) band met het werk. Daarbij is van belang dat partijen op 29 september 2014 een vaststellingsovereenkomst hebben ondertekend, inhoudende dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen met ingang van 1 december 2014 met wederzijds goedvinden zal eindigen. Voorts is van belang dat het seminar deel uitmaakte van het door Ciran aangeboden re-integratietraject en dat het ongeval heeft plaatsvonden op een locatie van het Tibetaanse Instituut X. Doordat partijen een vaststellingsovereenkomst hadden gesloten, had werkneemster geen verplichtingen meer jegens Pergamijn. Ook vormde het seminar geen verplicht onderdeel van het traject bij Ciran. Pergamijn wist niet, en hoefde ook niet te weten, dat werkneemster haar re-integratietraject

op 6 oktober 2014 zou vervolgen op locatie A. Zij had geen zeggenschap over die locatie en kon ook geen invloed uitoefenen op de veiligheid daarvan. Niet valt in te zien wat Pergamijn had kunnen doen om het ongeval te voorkomen. Derhalve kan niet worden gezegd dat werkneemster het ongeval is overkomen in de uitoefening van haar werkzaamheden in de zin van artikel 7:658 BW. Bovendien is niet gebleken dat de val van werkneemster heeft plaatsgevonden in omstandigheden die zodanige risico's voor dit soort ongevallen opleveren dat de uit artikel 7:658 BW voortvloeiende en op Pergamijn als werkgever rustende zorgplicht meebracht dat zij maatregelen had moeten treffen en aanwijzingen had moeten geven om te voorkomen dat werkneemster de gestelde schade zou lijden. Ten slotte blijkt uit de verklaring van werkneemster van het pleidooi dat de trap wel verlicht was. Volgens werkneemster gaven de lampen op de trap onvoldoende licht. In de brochure van Ciran voor het seminar was vermeld: 'Neem een zaklamp mee; het kan in de avonduren donker zijn'. Indien al een zorgplicht op Pergamijn rustte, heeft zij daarmee aan haar zorgplicht voldaan (via Ciran). Het vorenstaande brengt mee dat ook het beroep op artikel 7:611 BW faalt. De deelname aan het seminar in A was niet, in elk geval niet meer, als werkgerelateerd aan te merken. Werkneemster heeft aangevoerd dat Pergamijn conform artikel 6:76 BW aansprakelijk is voor de gedragingen van Ciran. Het hof volgt werkneemster hierin niet. Er gold geen zorgplicht voor Pergamijn. Mochten Pergamijn en Ciran wel een zorgplicht hebben gehad, dan hebben zij daaraan met de aanwijzing om een zaklamp mee te nemen voldaan. Het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-05-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:1988

Zaaknummer: 200.215.532_01

Rechters: J.P. Mulder, M.E. Smorenburg en B. Kloppert

Advocaten: H.G.M. Hilkens en C.A.H. Lemmens

Wetsartikelen: 6:76 BW, 7:611 BW en 7:658 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/V.O.F. Jeruzalem

Kort geding. Hof is voorshands van oordeel dat verklaring van werknemer een opzegging is, waaraan werkgever hem mag houden.

Feiten

Werknemer is op 15 december 2016 als kok in dienst getreden bij V.O.F. Jeruzalem (hierna: 'Jeruzalem'). Bij beschikking van de kantonrechter in de Rechtbank Overijssel d.d. 31 oktober 2018 is deze arbeidsovereenkomst, voor zover deze nog zou bestaan, ontbonden per 1 december 2018. Op 24 maart 2018 heeft werknemer tijdens zijn werkzaamheden aan hulpkok B verzocht een verklaring op schrift te stellen. B heeft dat gedaan en op een kladblokvel, na datum en plaats, op aangeven van werknemer geschreven: 'Ik werknemer, geef een maand opzegtermijn. Dat wil zeggen dat ik per 24 april mijn functie neerleg.' Werknemer heeft hieronder zijn naam geschreven. Volgens stelling van werknemer zelf heeft hij deze verklaring toegeworpen aan vennoot C, maar heeft deze het stuk niet opgeraapt waarna dat stuk daar enkele uren is blijven liggen. Bij zijn vertrek die avond heeft werknemer aan collega D gevraagd het briefje aan C te overhandigen, hetgeen is gebeurd. In een brief van 16 april 2018 heeft Jeruzalem meegedeeld in te stemmen met de opzegging van 24 maart 2018 waardoor de arbeidsovereenkomst op 24 april 2018 eindigt. Werknemer heeft in eerste aanleg in kort geding gevorderd dat de kantonrechter Jeruzalem veroordeelt hem weer te werk te stellen op verbeurte van een dwangsom, en loon door te betalen. De kantonrechter heeft de vorderingen afgewezen. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep.

Oordeel

Werknemer betoogt dat geen sprake was van een opzegging, althans dat Jeruzalem dat niet zo had mogen begrijpen. Het hof verwerpt voorshands het standpunt van werknemer dat de inhoud van het geciteerde briefje geen opzegging inhoudt. De bewoordingen zijn voldoende duidelijk en ondubbelzinnig gericht op het beëindigen van de arbeidsovereenkomst per 24 april 2018. Werknemer meent dat Jeruzalem had moeten begrijpen dat hij geen ontslag wilde nemen. Daartoe heeft hij aangevoerd dat hij op 24 maart 2018 een woordenwisseling heeft gehad met vennoot C. Gelet op zijn emotionele toestand had Jeruzalem moeten begrijpen dat hij niet bedoelde de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Jeruzalem heeft betwist dat werknemer een woedeaanval had. Uit de door Jeruzalem ter onderbouwing overgelegde verklaringen van drie werknemers blijkt dat werknemer al geruime tijd ontevreden was en dat hij liet weten het zelf veel beter te gaan doen in zijn eigen restaurant. Daaruit blijkt niet dat werknemer het briefje heeft laten schrijven en van zijn naam heeft voorzien in een

woedeaanval, en dat hij nog steeds in een emotionele toestand verkeerde toen hij D later verzocht erop toe te zien dat C dit briefje kreeg. Dat werknemer in een staat verkeerde waarin hij mogelijk niet overeenkomstig zijn wil verklaarde, is daarmee niet gebleken. Naar voorlopig oordeel van het hof had werknemer in ieder geval gedurende de avond en voor zijn vertrek op 24 maart 2018 nog alle gelegenheid om te voorkomen dat de inhoud van het briefje C bereikte. In hoger beroep heeft werknemer het standpunt ingenomen dat hij drie of vier dagen na 24 maart 2018 bij C is teruggekomen op de inhoud van het briefje. Het hof constateert dat deze stelling van werknemer in strijd is met zijn uitdrukkelijke stellingen in eerste aanleg. In de inleidende dagvaarding staat. Op zichzelf is denkbaar dat in de voorbereiding op een kort geding details over het hoofd worden gezien, maar werknemer heeft zijn nieuwe stelling in hoger beroep niet nader onderbouwd. Vooralsnog heeft het hof geen reden om aan te nemen dat werknemer niet overeenkomstig zijn wil heeft verklaard en dat Jeruzalem begreep of in de omstandigheden van dit geval heeft moeten begrijpen dat werknemer geen ontslag heeft willen nemen. Het (bevrijdend) verweer van Jeruzalem dat werknemer vrijwillig ontslag heeft genomen lijkt daarom, voorshands oordelend, gegrond.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-05-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:4599

Zaaknummer: 200.243.125/01

Rechters: M.E.L. Fikkers, W.F. Boele en W.P.M. ter Berg

Advocaten: H.A. van Beilen en D. Warnink

RECHTSPRAAK

werknemer/Apothekers Combinatie Coevorden B.V.

Werknemer is met betrekking tot loonvordering in eerste aanleg niet-ontvankelijk verklaard wegens ontbreken '629a-verklaring'. Dit gebrek kan niet voor het eerst in hoger beroep worden geheeld. Na niet-ontvankelijkheid en herstel verzuim kon werknemer opnieuw naar rechter in eerste aanleg.

Feiten

Werknemer is met ingang van 1 januari 2014 in dienst getreden bij Apothekers Combinatie Coevorden B.V. (hierna: 'Apothekers Combinatie') als bezorger van medicijnen. Per 27 september 2018 is het dienstverband geëindigd. Op 30 september 2016 is werknemer wegens psychische klachten ziek gemeld. In het omstreeks november 2016 ondertekende Plan van Aanpak is opgenomen dat werknemer eenmaal per veertien dagen bij Apothekers Combinatie koffie zou gaan drinken. Ondanks een op 2 februari 2017 door Apothekers Combinatie gegeven schriftelijke waarschuwing dat het loon zou worden stopgezet indien werknemer niet zou voldoen aan zijn verplichting om eens per veertien dagen te komen, is werknemer in de maanden februari en maart 2017 niet verschenen. Vanaf 31 maart 2017 zijn de koffiebezoeken hervat. Apothekers Combinatie heeft over februari en maart 2017 geen loon betaald.

Werknemer heeft onder meer gevorderd dat de kantonrechter voor recht verklaart dat Apothekers Combinatie over februari en maart 2017 302 uur moet betalen. De kantonrechter heeft werknemer niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering met betrekking tot het loon over februari en maart 2017, omdat bij de processtukken geen verklaring als bedoeld in artikel 7:629a lid 1 BW is gevoegd. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep.

Oordeel

Werknemer heeft op 5 april 2018 alsnog een deskundigenoordeel verzocht omtrent zijn re-integratie-inspanningen en concreet de vraag voorgelegd of zijn medische situatie zodanig was dat hij in februari en maart 2017 niet in staat was koffie te drinken bij zijn werkgever. In een brief van 22 mei 2018 aan werknemer heeft het UWV als zijn deskundigenoordeel vermeld dat werknemer daartoe niet in staat was. Volgens werknemer is zijn loonvordering nu wel toewijsbaar, gelet op de herstelfunctie van het hoger beroep. Apothekers Combinatie betwist dat het verzuim om bij eis in eerste aanleg een deskundigenoordeel over te leggen in hoger beroep hersteld kan worden. Daartoe wijst zij op uitspraken van Hof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2003:AO3200) en Hof Den Bosch (ECLI:NL:GHSHE:2017:240) waarin de

ratio van het deskundigenoordeel als verplicht voorportaal wordt beschreven. Beide hoven oordelen dat met de ratio van het deskundigenoordeel onverenigbaar is dat een dergelijk oordeel voor het eerst in hoger beroep wordt overgelegd. Het hof stelt voorop dat werknemer in deze bodemprocedure geen beroep heeft gedaan op een uitzonderingsgrond om het verplichte voorportaal te mogen passeren, zoals bedoeld in het tweede lid van artikel 7:629a BW. Evenmin is gesteld of gebleken dat werknemer door serieuze psychische klachten niet in staat was tijdig een deskundigenoordeel aan te vragen (zie de jurisprudentie bij noot 29 in conclusie van de A-G bij HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2128). De kantonrechter heeft hem dan ook terecht niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering. Het voorgaande brengt mee dat werknemer zijn vordering desgewenst opnieuw had kunnen voorleggen aan de kantonrechter zodra hij zijn verzuim had hersteld. Het hof is, met de hoven Amsterdam en Den Bosch, van oordeel dat de ratio van de regel in artikel 7:629a lid 1 BW zich niet verdraagt met het zonder goede grond, zoals hiervoor bedoeld, voor het eerst in hoger beroep overleggen van een deskundigenoordeel. Het hof merkt ten overvloede nog op dat de kantonrechter werknemer al tijdens de comparitie op 14 november 2017 heeft gewezen op het ontbrekende deskundigenoordeel en de gevolgen daarvan. Dat oordeel is vervolgens pas in april 2018 aangevraagd. Ook voor dit tijdsverloop is geen verklaring verstrekt. Het vonnis van de kantonrechter, voor zover aan hoger beroep onderworpen, wordt bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 28-05-2019

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2019:4597

Zaaknummer: 200.238.864/01

Rechters: J.H. Kuiper, M.E.L. Fikkers en O.E. Mulder

Advocaten: E.T. van Dalen en S. Scheltinga

Wetsartikelen: 7:629a BW

RECHTSPRAAK

werkgeefster/werknemer

Eindarrest na bewijslevering. Vordering tot betaling van overuren. Werkgeefster is niet geslaagd in het leveren van tegenbewijs. Werkgeefster heeft onvoldoende inzichtelijk gemaakt wat, uitgaande van de urenregistratie, het aantal overuren volgens haar is.

Feiten

Werknemer is op 4 februari 1979 in dienst getreden bij de rechtsvoorgangster van werkgeefster. Op de arbeidsovereenkomst is de cao voor het Slagersbedrijf van toepassing. Werkgeefster heeft per 1 november 2009 de slagerij waar werknemer werkzaam was overgenomen. Werknemer heeft in eerste aanleg betaling van overuren gevorderd. Hij stelt dat hij in de periode van 1 november 2009 tot en met 25 juni 2012 als chef winkelslager bij werkgeefster in totaal 1.153 overuren heeft gewerkt. Dit blijkt volgens hem uit zijn agenda's waarin hij heeft bijgehouden hoe laat zijn werkdag begon en eindigde en hoe lang hij pauze had (hierna: de urenregistratie). De kantonrechter heeft werkgeefster opgedragen de door haar gestelde feiten en omstandigheden te bewijzen waaruit volgt dat werknemer (veel) minder overuren heeft gewerkt dan blijkt uit de door hem overgelegde urenregistratie. Werkgeefster heeft in eerste aanleg als getuigen doen horen mevrouw A en mevrouw B, beiden bij haar in dienst als verkoopster. De kantonrechter heeft werkgeefster niet in de bewijslevering geslaagd geacht. In hoger beroep is bij tussenarrest overwogen en beslist dat bij gebreke van een urenregistratie aan de kant van werkgeefster, op de urenregistratie van werknemer het (weerlegbare) vermoeden kan worden gebaseerd dat de door werknemer vermelde tijden werktijden waren. Het verweer van werkgeefster dat zij niet kon beschikken over gegevens met betrekking tot de overuren omdat werknemer weigerde duidelijkheid daarover te verschaffen is verworpen. Werkgeefster is toegelaten tot het leveren van (aanvullend) tegenbewijs van haar verweer dat de urenregistratie van werknemer onjuistheden bevat. Werkgeefster heeft in hoger beroep als getuigen doen horen de heer X en mevrouw Y. In contra-enquête heeft werknemer zijn echtgenote als getuige doen horen.

Oordeel

Het hof is van oordeel dat werkgeefster onvoldoende (aanvullend) tegenbewijs heeft geleverd ter ontzenuwing van het voorshandse vermoeden van de juistheid van de urenregistratie van werknemer. Het had van werkgeefster in het kader van het leveren van (aanvullend) tegenbewijs mogen worden verwacht om aan te geven welke overuren van werknemer werden erkend en welke overuren werden betwist. In dat licht bezien is de enkele getuigenverklaring

van mevrouw Y dat sprake kan zijn van 889 overuren, in samenhang bezien met de getuigenverklaringen van de heer X en getuige A over de algemene gang van zaken, van onvoldoende gewicht om het voorshandse vermoeden te ontzenuwen. Uit het voorgaande volgt dat de getuigenverklaringen van de heer X, mevrouw Y, mevrouw A en mevrouw B te weinig concreet zijn om als bewijs te kunnen dienen dat de urenregistratie van werknemer onjuistheden zou bevatten. De getuigenverklaringen zijn niet alleen afzonderlijk, maar ook tezamen onvoldoende om werkgeefster in het haar opgedragen tegenbewijs geslaagd te achten. Bij de berekening van het aantal overuren is, gelet op de uitkomst van de bewijswaardering, de urenregistratie van werknemer leidend. De kantonrechter heeft op grond van de urenregistratie een saldo van 977 overuren berekend. Werkgeefster heeft betwist dat het aantal overuren van werknemer 977 bedraagt. Volgens haar is sprake van een totaal aantal overuren van 951,5 althans hooguit 889 overuren (verklaring mevrouw Y). Het hof volgt werkgeefster hierin niet. Werkgeefster heeft op geen enkele wijze toegelicht of inzichtelijk gemaakt hoe zij op grond van de urenregistratie tot 951,5 overuren is gekomen. Zo heeft zij bijvoorbeeld niet aangegeven in welke weken sprake was van te veel berekende overuren. Dit aantal komt bovendien ook niet overeen met het door mevrouw Y als getuige genoemde aantal van hooguit 889 overuren. Werkgeefster heeft derhalve nog altijd niet, althans onvoldoende, inzichtelijk gemaakt wat, uitgaande van de urenregistratie, het aantal overuren volgens haar is. Het hof gaat daarom aan de door werkgeefster genoemde aantallen voorbij als zijnde onvoldoende onderbouwd. In de gegeven omstandigheden acht het hof het niet in strijd met goed werknemerschap of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat werknemer zich op de urenregistratie beroept.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 28-05-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:2001

Zaaknummer: 200.199.702_01

Rechters: M.E. Smorenburg, J.M.H. Schoenmakers en prof. mr. dr. F.G. Laagland

Advocaten: P.A. Visser en A.B. Bouter

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgeefster

Tussenbeschikking. Ontslag op staande voet. Werknemer betwist aanwezigheid van dringende reden. Werkgeefster wordt bewijs opgedragen van haar stelling dat werknemer fysiek geweld heeft gebruikt en collega's verbaal heeft bedreigd.

Feiten

Werknemer is sinds 1 januari 1992 voor onbepaalde tijd in dienst van (de rechtsvoorganger van) werkgeefster. Werkgeefster heeft werknemer op 16 maart 2018 op staande voet ontslagen. De eigenaar van werkgeefster heeft werknemer bij brief van 16 maart 2018 de dringende reden voor het ontslag op staande voet meegedeeld, namelijk – kort samengevat – het gebruiken van fysiek geweld tegen een collega-monteur (hierna: D) en het verbaal bedreigen van twee receptiemedewerkers. Werknemer heeft tegen dit ontslag geprotesteerd en betwist dat hij op 15 maart 2018 een collega-monteur fysiek heeft bedreigd. Werkgever heeft schriftelijke verklaringen van D, collega E en receptiemedewerker H. Werknemer ontkent dat hij fysiek contact met D heeft gehad en dat E tussen hem en D heeft moeten springen. Hij wijst erop dat E en H niet bij het voorval op 15 maart 2018 in de werkplaats aanwezig waren, omdat zij respectievelijk in het kantoor en bij de receptie zaten. Van F, die toen wel in de werkplaats aanwezig was en die de organisatie inmiddels heeft verlaten, ontbreekt een verklaring. Werknemer stelt zich op het standpunt dat het ontslag op staande voet in strijd was met de daarvoor geldende regels wegens het ontbreken van een dringende reden. Werknemer verzoekt de kantonrechter onder meer aan hem een transitievergoeding en billijke vergoeding toe te kennen.

Oordeel

Nu op werkgeefster de bewijslast rust van het bestaan van de door haar gestelde dringende reden voor het ontslag op staande voet en werknemer deze dringende reden betwist, zal werkgeefster het bewijs worden opgedragen van haar stellingen dat werknemer op 15 maart 2018 fysiek geweld heeft gebruikt tegen D, waardoor D op de grond is beland alsmede dat werknemer op 16 maart 2018 collega's verbaal heeft bedreigd. De kantonrechter acht voor de bewijslevering nodig dat werkgeefster (in ieder geval) D en E als getuige oproept, zodat zij onder ede over de voorvallen op 15 en 16 maart 2018 kunnen worden gehoord. Indien werkgeefster het bewijs (mede) wenst te leveren door schriftelijke stukken of andere gegevens, dient zij deze afzonderlijk bij akte in het geding te brengen. Werknemer moet bij de getuigenverhoren in persoon aanwezig zijn en werkgeefster dient rechtsgeldig te zijn

vertegenwoordigd. De kantonrechter verwacht dat het verhoor per getuige maximaal 45 minuten zal duren. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 10-10-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:6800

Zaaknummer: 6901036 UE VERZ 18-192

Rechters: H.A.M. Pinckaers

Advocaten: A.E. Burggraaf en J.A. Versteeg

Wetsartikelen: 7:677 BW en 7:678 BW

RECHTSPRAAK

Ayers Rock Island B.V./werknemer

Eindbeschikking. De kwijtingsclausule in de vaststellingsovereenkomst staat er niet aan in de weg dat werknemer zijn recht op deelname aan het pensioenfonds tot het einde van de arbeidsovereenkomst heeft behouden. Door daar geen gevolg aan te geven is Ayers Rock tegenover werknemer tekortgeschoten.

Feiten

In AR 2019-0588 heeft het hof in een tussenbeschikking Ayers Rock in de gelegenheid gesteld om op de nieuwe stellingen en verweren van werknemer in hoger beroep te reageren.

Oordeel

De vraag is of Ayers Rock een beroep kan doen op de kwijtingsclausule in de tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst. Of anders gezegd: heeft werknemer afstand gedaan van eventuele pensioenaanspraken door in te stemmen met de kwijtingsclausule? Naar het oordeel van het hof is dat niet het geval en heeft werknemer zijn pensioenaanspraken behouden. Daarvoor zijn de volgende redenen bepalend. De CAO Recreatie is van toepassing vanwege een incorporatiebeding in de op 23 januari 2007 getekende arbeidsovereenkomst. Het hof gaat ervan uit dat dit de meest recente arbeidsovereenkomst tussen partijen is. In de verschillende jaargangen van de CAO Recreatie is steeds bepaald dat de werknemer deelneemt aan (de pensioenregeling van) het pensioenfonds. De CAO Dagrecreatie heeft een minimumkarakter. Dat wil zeggen dat afspraken tussen werkgever en werknemer die beter voor de werknemer zijn dan wat in deze cao is geregeld, geldig zijn. Dat geldt ook voor de deelname aan het pensioenfonds. Zo is in artikel 21 van de CAO Dagrecreatie bepaald dat het mogelijk is vrijwillig deel te nemen aan het pensioenfonds. De deelname aan het pensioenfonds is steeds een arbeidsvoorwaarde van werknemer gebleven. Deze arbeidsvoorwaarde is niet eenzijdig door Ayers Rock gewijzigd. Ayers Rock heeft het voorgaande niet inhoudelijk bestreden. Werknemer had daarom tot het einde recht op deelname aan het pensioenfonds. Dat deze deelname niet langer verplicht gesteld was, maakt dit niet anders. Ayers Rock is er tot het einde van de arbeidsovereenkomst van uitgegaan dat werknemer deelnam aan het pensioenfonds. Zij heeft tot het eind van de arbeidsovereenkomst elke maand de werknemerspremies voor de pensioenregeling op het salaris van werknemer ingehouden. Werknemer mocht er dan ook van uitgaan dat hij tot het einde van de arbeidsovereenkomst deelnam aan het pensioenfonds. Het enkele feit dat het

pensioenfonds een bedrag van € 10.894,40 aan Ayers Rock heeft terugbetaald en dat werknemer dat in de administratie heeft verwerkt, maakt dit ook niet anders. In de kwijtingsclausule is bepaald dat er geen kwijting wordt verleend 'voor zover het betreft nakoming van de hiervoor in deze overeenkomst beschreven rechten en verplichtingen'. In artikel 2 van de vaststellingsovereenkomst is bepaald dat werknemer tot het einde van de arbeidsovereenkomst is vrijgesteld van werkzaamheden 'met behoud van loon'. Het ligt voor de hand de kwijtingsclausule zo te begrijpen dat daarmee werd bedoeld tot het eind af te rekenen zoals dat steeds is gedaan, dus met het voortzetten van inhoudingen van de werknemerspremie voor het pensioen en dus ook voortzetting van de deelname aan het pensioenfonds (Haviltex). Dat is ook zo ten uitvoer gebracht door Ayers Rock. Het hof verwerpt de stelling van Ayers Rock dat werknemer dit anders had moeten begrijpen omdat zijn gemachtigde van het CNV wist dat Ayers Rock niet meer verplicht was om aan het pensioenfonds deel te nemen. De verplichte deelname staat los van het recht op deelname. De kwijtingsclausule staat er daarom niet aan in de weg dat werknemer zijn recht op deelname aan het pensioenfonds tot aan het einde van de arbeidsovereenkomst heeft behouden en dat Ayers Rock verplicht was daaraan gevolg te geven. Door dat niet te doen is Ayers Rock tegenover werknemer tekortgeschoten. Ayers Rock moet daarom de (pensioen)schade van werknemer vergoeden. Uit het voorgaande volgt dat het hoger beroep van Ayers Rock faalt. Het vonnis van de kantonrechter zal worden bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 21-05-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:1093

Zaaknummer: 200.220.030/01

Rechters: R.S. van Coevorden, D. Aarts en J.A. van Dorp

Advocaten: J.P. Hellinga en F. Werdmüller

RECHTSPRAAK

werknemer/Expert Harlingen

Uitleg vaststellingsovereenkomst en daarin opgenomen finalekwijtingsbeding. Werknemer heeft door vaststellingsovereenkomst geen recht meer op achterstallig loon en toeslagen, waarop hij, zoals achteraf vastgesteld, op grond van de cao recht had.

Feiten

Op 1 januari 1989 is werknemer bij (de rechtsvoorgangster van) Expert Harlingen (hierna: Expert) in dienst getreden in de functie van eerste verkoper. Op de arbeidsovereenkomst is de CAO Elektrotechnische Detailhandel (hierna: de CAO) van toepassing verklaard. Medio april 2016 zijn partijen met elkaar in gesprek gegaan over de mogelijkheden van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Partijen hebben op 30 juni 2016 een vaststellingsovereenkomst gesloten. In deze overeenkomst is in artikel 2.1 opgenomen: 'Tot aan de einddatum behoudt Werknemer zijn aanspraak op salaris en emolumenten waarop hij uit hoofde van de arbeidsovereenkomst en de CAO Elektronische Detailhandel aanspraak heeft, tenzij in deze overeenkomst anders is bepaald'. Tevens is in artikel 11 een beding omtrent finale kwijting opgenomen. Op enig moment hierna heeft werknemer P&S Xtra ingeschakeld om te onderzoeken of Expert hem gedurende zijn dienstverband minder salaris heeft uitbetaald dan waarop hij op grond van de CAO recht had. P&S Xtra is een bedrijf dat zich bezighoudt met personeelsadvies en salarisadministratie. Bij brief van 30 juni 2017 heeft (de gemachtigde van) werknemer aanspraak gemaakt op betaling van € 22.391,51 bruto aan achterstallig loon, niet betaalde koopavond- en zaterdagmiddagtoeslag, te weinig ontvangen maaltijdvergoeding en niet ontvangen ADV-dagen. Expert heeft die aanspraak afgewezen. Partijen verschillen onder meer van mening over de vraag welke verplichtingen over en weer voortvloeien uit de vaststellingsovereenkomst.

Oordeel

Mede in het licht van de opbouw van de vaststellingsovereenkomst kan naar het oordeel van de kantonrechter uit de bewoordingen van artikel 2.1 van de vaststellingsovereenkomst redelijkerwijs worden afgeleid dat hiermee is vastgelegd dat werknemer tot einde dienstverband zijn in de considerans genoemde salaris op de gebruikelijke wijze, inclusief emolumenten, uitbetaald zou krijgen. Er is geen enkele aanwijzing dat partijen voor ogen hebben gehad dat artikel 2.1 zover strekte dat dit ook (na)betaling van eventueel naderhand op

te komen loonaanspraken omvatte. Daarbij neemt de kantonrechter in aanmerking dat de hoogte van het in de considerans vermelde loon voorafgaand aan het sluiten van de vaststellingsovereenkomst geen onderwerp van gesprek is geweest tussen partijen. Verder neemt de kantonrechter in aanmerking dat de huidige tekst van artikel 2.1 op aangeven van de gemachtigde van werknemer in de vaststellingsovereenkomst is opgenomen en dat het volgens hem gaat om een 'standaardbepaling'. Bovendien spreekt de gemachtigde van werknemer in zijn correspondentie aangaande de tekst van artikel 2.1 steeds over doorbetaling of behoud van salaris. Onder deze omstandigheden ligt het niet voor de hand dat artikel 2.1 méér bestrijkt dan de enkele verplichting voor Expert om tot het einde van het dienstverband het loon van werknemer op de oude voet (door) te betalen, inclusief emolumenten, en had Expert dat redelijkerwijs ook niet hoeven te verwachten. Partijen verschillen voorts van mening over de vraag hoe ruim het finalekwijtingsbeding moet worden uitgelegd. Volgens werknemer valt de hoogte van zijn loon niet onder de kwijting, terwijl Expert stelt dat de kwijting daar wel op ziet. Vast staat dat werknemer bij de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst juridische hulp heeft gehad. Mede tegen die achtergrond is de kantonrechter van oordeel dat uit de bewoordingen van de vaststellingsovereenkomst kan worden afgeleid dat daarmee is beoogd een algeheel en definitief einde te maken aan alle mogelijk tussen partijen bestaande geschillen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst, zowel voorzienbaar als onvoorzienbaar. Gelet hierop kunnen de woorden: 'verlenen elkaar over en weer volledige finale kwijting' niet anders worden begrepen dan dat partijen na uitvoering van de afspraken in de vaststellingsovereenkomst voor eens en altijd, ook op het punt van hun mogelijke rechten en verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst, juridisch en feitelijk afscheid van elkaar nemen.

Instantie: Rechtbank Noord-Nederland

Datum uitspraak: 21-05-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNNE:2019:2191

Zaaknummer: 7100423 CV EXPL 18-6163

Rechters: E.T.M. Zwart-Sneek

Advocaten: J.W.S. Peters en B.K. van de Ven-Meier

Wetsartikelen: 7:670b BW en 7:900 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Deelgeschil. Werkgever aansprakelijk geacht voor bedrijfsongeval werknemer bij inlener. Dat werkgever geen informatie heeft van inlener over de toedracht van het ongeval komt voor zijn rekening en risico.

Feiten

Werknemer was vanaf 24 juli 2016, krachtens een arbeidsovereenkomst fase A met uitzendbeding, in dienst van Port Montage in de functie van pijpfitter. Werknemer heeft de Portugese nationaliteit en is de Nederlandse taal niet (goed) machtig. Vanaf 25 juli 2016 tot en met 16 augustus 2016 is werknemer door Port Montage uitgeleend aan Vancom. Vancom heeft op haar beurt werknemer te werk gesteld bij I.T.A. Group BVBA (hierna: ITA) in België. Op 16 augustus 2016 was werknemer werkzaam bij ITA. Op het bedrijfsterrein van ITA is werknemer op voornoemde dag een ongeval overkomen waarbij hij met zijn linkerarm in een kolomboormachine in werking terecht is gekomen. Als gevolg van het ongeval is de onderarm van werknemer op verschillende plaatsen gebroken en moest een deel van de duim geamputeerd worden. Bij brief van 22 mei 2018 heeft werknemer Port Montage aansprakelijk gesteld. Werknemer verzoekt in een deelgeschilprocedure de kantonrechter om te oordelen dat Port Montage aansprakelijk is en haar te veroordelen tot vergoeding van zowel materiële als immateriële schade.

Oordeel

De kantonrechter is, anders dan Port Montage heeft aangevoerd, van oordeel dat het onderhavige verzoek zich wel leent voor behandeling in een deelgeschilprocedure. Hoewel de kantonrechter begrijpt dat Port Montage zich vanwege het niet, althans onvoldoende, verstrekken van informatie door ITA en/of Vancom, geconfronteerd ziet met een probleem ten aanzien van haar (bewijs) positie, kan niet worden gesteld dat zij ten opzichte van werknemer in haar bewijspositie is geschaad. Port Montage is immers in ieder geval al sinds 22 mei 2018 bekend met de aansprakelijkheidsstelling, zodat zij er in de tussenliggende periode bijvoorbeeld voor had kunnen kiezen om via een kortgedingprocedure alsnog te trachten de door haar benodigde informatie te verkrijgen. Dit heeft zij echter niet gedaan. Dat Port Montage niet beschikt over de door haar verlangde informatie kan dan ook niet aan werknemer worden tegengeworpen. Bovendien richt het verzoek zich enkel op het vaststellen van de aansprakelijkheid. Een oordeel over de aansprakelijkheid kan eraan bijdragen dat de impasse tussen partijen wordt doorbroken. Ten aanzien van het verweer van Port Montage

met betrekking tot de aansprakelijkheid wordt als volgt overwogen. Als onbetwist kan worden vastgesteld dat werknemer een ongeval op het werk is overkomen waarbij hij schade heeft geleden. In het onderhavige geval heeft werknemer Port Montage aangesproken. Nu vaststaat dat er een ongeval op het werk heeft plaatsgevonden, leidt dit er in beginsel toe dat Port Montage aansprakelijk is, tenzij zij aantoont dat zij niet is tekortgeschoten in haar zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 lid 1 BW. Daarbij geldt dat Port Montage voor een tekortschieten van ITA en/of Vancom in die zorg als voor eigen tekortschieten aansprakelijk is. Port Montage heeft weliswaar haar stelling, inhoudende dat zij als uitlener haar zorgplicht is nagekomen voldoende geconcretiseerd, maar ten aanzien van de zorgplicht van ITA en/of Vancom heeft zij volstaan met de stelling dat zij bij gebrek aan informatie niet kan uitsluiten dat ITA en/of Vancom aan hun zorgplicht hebben voldoen en zij de stelling van werknemer, inhoudende dat niet aan de zorgplicht is voldaan, bij gebrek aan wetenschap betwist. Naar het oordeel van de kantonrechter heeft Port Montage gelet op het voorgaande weliswaar betwist dat zij haar zorgplicht niet is nagekomen, maar zij heeft die betwisting onvoldoende gemotiveerd. Dat aan de zorgplicht is voldaan mag niet snel worden aangenomen. Door geen informatie te geven over de toedracht van het ongeval, dan wel te concretiseren op welke wijze aan de zorgplicht is voldaan, door met name ITA en/of Vancom, wordt aan de stellingen van Port Montage onvoldoende handen en voeten gegeven. In rechte moet er dan ook van uitgegaan worden dat Port Montage niet aan haar zorgplicht heeft voldaan. Voor zover Port Montage zich heeft willen beroepen op eigen schuld van werknemer, wordt overwogen dat daarvoor slechts in uitzonderingsgevallen plaats is. Dat sprake is geweest van opzet dan wel bewuste roekeloosheid is voorts gesteld noch gebleken. Vorenstaande overwegingen leiden tot het oordeel dat Port Montage ten opzichte van werknemer aansprakelijk is voor de schade die hij heeft geleden en nog zal lijden.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 08-05-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:3704

Zaaknummer: 7487386 VZ VERZ 19-1019

Rechters: W.J.J. Wetzels

Advocaten: M.R. Minekus en M.J. van Hilten

Wetsartikelen: 7:658 BW en 1019w-1019cc Rv

RECHTSPRAAK

werkgever/werknemer

Niet is komen vast te staan dat werkneemster wetenschap had van de frauduleuze handelingen van haar (ex-)partner die bij dezelfde werkgever werkzaam was. Geen sprake van een duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. Afwijzing ontbindingsverzoek.

Feiten

Werkneemster is op 17 november 1997 in dienst getreden bij werkgever, laatstelijk in de functie van purchasing manager. Verweerster is gedeeltelijk arbeidsongeschikt. De partner van verweerster (hierna: de partner) is van 1 augustus 1998 tot 1 januari 2019 bij werkgever in dienst geweest als business controller en hoofd van de financiële afdeling. In december 2018 is werkgever een onderzoek gestart naar mogelijk frauduleuze handelingen van de partner in de tijd dat hij werkzaam was voor werkgever. Het onderzoek richt zich kort gezegd op betalingen die via boekhoudkundige ingrepen zijn verricht vanuit werkgever aan de partner en de aan hem gelieerde (rechts)personen. Werkgever heeft de financiële benadeling tot op heden begroot op ruim 1,6 miljoen euro en houdt in ieder geval de partner aansprakelijk voor de geleden schade. Op 21 december 2019 is werkneemster op non-actief gesteld. Op 22 januari 2019 is aan werkneemster verzocht om de laptop die zij zakelijk tot haar beschikking had, ten behoeve van forensisch onderzoek af te geven. Daarbij is uitdrukkelijk verzocht om geen bestanden van de laptop te verwijderen. Uiteindelijk heeft werkneemster de laptop op 23 januari 2019 afgegeven. Werkgever heeft verzocht de arbeidsovereenkomst te ontbinden op de g-grond, dan wel de h-grond.

Oordeel

Vooropgesteld wordt dat werkgever werkneemster in deze procedure in ieder geval niet verwijt dat zij zelf frauduleuze handelingen heeft gepleegd. Werkgever stelt kort gezegd dat werkneemster van de handelingen van de partner heeft geweten, althans had moeten weten, en dat zij door niets te doen of werkgever niet op de hoogte te stellen, de frauduleuze handelingen dan wel de voortzetting daarvan, mede mogelijk heeft gemaakt. De kantonrecht overweegt als volgt. Uit het onderzoek wordt steeds meer informatie bekend over het gedrag van de partner en ook dat van werkneemster. Ook heeft werkneemster inmiddels toegegeven dat het onwaarschijnlijk is dat er niets aan de hand is. Het is achteraf makkelijk om te zeggen dat werkneemster daar wetenschap van had of had moeten hebben. Het is onvoldoende concreet gemaakt dat die wetenschap er daadwerkelijk was. Daarnaast verwijt werkgever werkneemster dat zij actief het onderzoek heeft tegengewerkt door haar houding tijdens de

gevoerde gesprekken en doordat zij aanvankelijk heeft geweigerd haar laptop voor onderzoek af te geven en daar bovendien bestanden van heeft gewist. Hiervoor is uitvoerig geoordeeld dat de wetenschap allerm minst vaststaat. Derhalve is alleszins voorstelbaar dat werkneemster zich tijdens de gesprekken op de vlakte heeft gehouden en niet naar tevredenheid van werkgever zijn vragen heeft beantwoord, simpelweg omdat zij niet over die informatie beschikte. Van het tegenwerken van het onderzoek is naar het oordeel van de kantonrechter dan ook geen sprake. Voorts is het een feit dat de laptop een dag nadat werkgever daarom heeft gevraagd, is afgegeven. Werkgever heeft tot slot aangevoerd dat partijen in een loyaliteitsconflict terecht zijn gekomen. Dat werkneemster de kant van de partner kiest is echter niet gebleken. Zij heeft aangegeven zich te distantiëren van iedere vorm van frauduleus gedrag van de partner. Dat er sprake is van enige vorm van een belangenconflict omdat werkgever ook werkneemster heeft betrokken in het onderzoek naar de frauduleuze handelingen, is onvoldoende om daaruit op dit moment een duurzame verstoring van de arbeidsverhouding af te leiden. Alles overziend is de ontstane situatie onvoldoende om vast te stellen dat daarmee de arbeidsverhouding tussen partijen duurzaam en ernstig verstoord is geraakt. Het verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt afgewezen. Omstandigheden die anders zijn dan de in het kader van de g-grond genoemde omstandigheden heeft werkgever niet aangevoerd, zodat de ontbinding op grond van de h-grond evenmin toewijsbaar is.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 07-05-2019

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2019:3697

Zaaknummer: 7548999 VZ VERZ 19-2491

Rechters: T.M.J. Smits

Advocaten: P. de Boer en C.S. Schuurink

Wetsartikelen: 7:669 lid 3 sub g BW, 7:669 lid 3 sub h BW en 7:671b lid 2 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/werkgever

Werkgever treft ernstig verwijt dat hij werknemer is gaan tegenwerpen in het positief afronden van het traineeprogramma, hij werknemer in de positie heeft gebracht dat voor hem een andere functie moet worden gezocht en hij zich te weinig heeft ingezet voor de herplaatsing. Toekenning billijke vergoeding van € 67.500.

Feiten

Werknemer is sinds 1 mei 2014 in dienst van werkgever. Begin 2017 kon werknemer kiezen om zijn carrière bij werkgever, waarin hij op dat moment de functie van meewerkend voorman vervulde, te vervolgen als QC-(kwaliteits)medewerker of als (trainee) productiespecialist. Werknemer koos voor het traineeship. Met ingang van 1 mei 2017 is werknemer begonnen als ‘Trainee Productie Specialist’. Het traineeship zou circa een jaar duren en na afloop zou werknemer worden aangesteld als Productie Specialist. In februari 2018 was besloten om de functiegroep van productiespecialisten terug te brengen met één fte. Werknemer kreeg te horen dat zijn arbeidsplaats hierdoor kwam te vervallen. Op 29 maart 2018 heeft werknemer zich ziek gemeld met spanningsklachten. De bedrijfsarts stelde vast dat werknemer wegens ziekte niet tot werken in staat was. Het UWV heeft in zijn deskundigenoordeel geoordeeld dat werkgever onvoldoende meewerkte aan de re-integratie van werknemer. Partijen zijn het erover eens dat de arbeidsovereenkomst wegens een verstoorde arbeidsverhouding moet worden ontbonden en dat werknemer een transitievergoeding toekomt, maar twisten over de vraag of werknemer daarboven recht heeft op een billijke vergoeding.

Oordeel

Werkgever heeft niet gemotiveerd betwist dat het opleidingsbelang geregeld is achtergesteld bij dat van de voortgang van het productieproces. Werknemer stond daardoor veel aan de lopende band. Hierdoor heeft ook de in het vooruitzicht gestelde tour langs andere Nederlandse vestigingen vertraging opgelopen en is het van bezoeken aan buitenlandse vestigingen in het geheel niet gekomen. Schriftelijke verslaglegging van het traineetraject is achterwege gelaten. Werknemer mocht erop rekenen dat hij als productiespecialist zou worden aangesteld. Werkgever treft een ernstig verwijt dat hij werknemer op den duur is gaan tegenwerpen dat hij zijn traineeprogramma niet met een positief resultaat heeft afgerond. Van een voltooiing van het trainingsprogramma is het door toedoen van werkgever niet gekomen.

Daarvoor zijn toen uitsluitend organisatorische redenen aangevoerd. Werknemer werd daarmee lang onwetend gehouden van de werkelijke reden, namelijk dat de voorkeur was gegeven aan de andere trainee. Aan een tekortkoming in de nakoming van zijn zorgvuldigheids- en informatieverplichting tegenover werknemer had werkgever zich ook in een eerder stadium van het traineetraject al schuldig gemaakt. Het lag op de weg van werkgever om bij zijn keuze (wie wél en wie niet als productiespecialist aan de slag kon of mocht blijven) de gerechtvaardigde belangen van deze partijen zorgvuldig af te wegen. Daarnaast had werkgever bij die keuze het afspiegelingsbeginsel behoren toe te passen. Werkgever treft derhalve een ernstig verwijt waar hij werknemer in de positie heeft gebracht dat voor hem een andere passende functie moest worden gezocht. De kantonrechter is van oordeel dat het voor de hand had gelegen om werknemer de functie van QC-medewerker aan te bieden. Dat aan die functie inmiddels hogere eisen zouden zijn gesteld kan niet aan werknemer worden tegengeworpen. Bij werknemer is de gerechtvaardigde verwachting gewekt dat hij voor de functie van QC-medewerker in aanmerking kon komen, indien hij voor de functie voldoende gemotiveerd was. Werkgever treft gelet de gang van zaken een ernstig verwijt en daarmee ook van de verstoring van de arbeidsverhouding van partijen. Hij heeft zich veel te weinig ingezet voor de herplaatsing van werknemer en – zoals ook het UWV bij deskundigenoordeel heeft geconcludeerd – voor diens re-integratie. Werknemer heeft daarom recht op een billijke vergoeding.

Billijke vergoeding

Er moet van worden uitgegaan dat werknemer als productiespecialist nog jarenlang van een werkplek verzekerd had kunnen zijn, alsmede van een bij die functie behorend salaris met de bijbehorende secundaire arbeidsvoorwaarden. De kantonrechter schat de waarde van de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden op € 3.500 bruto per maand (exclusief vakantiebijslag). De billijke vergoeding dient voorts als een tegemoetkoming voor de inspanningen die werknemer zich heeft getroost om het traineeprogramma tot een goed einde te brengen. De mogelijkheden die werknemer als ongediplomeerde kracht redelijkerwijs heeft om op den duur elders weer een vergelijkbaar inkomen uit arbeid te verwerven, hebben een matigende invloed op de hoogte van de billijke vergoeding, zij het dat deze invloed weer moet worden gerelativeerd omdat werknemer geacht moet worden een kwetsbare arbeidsmarktpositie te hebben, nu hij recentelijk te kampen heeft gehad met ernstige, werkgerelateerde, psychische klachten. De kantonrechter stelt de periode die werknemer redelijkerwijs nodig zal hebben om ander werk te vinden op twee jaar. Rekening zal moeten worden gehouden met de werkloosheidsuitkering die hem naar verwachting over die periode zal worden verleend. De kantonrechter schat aldus de inkomensschade in de komende twee jaar op € 57.500 bruto. De tegemoetkoming in de extra kosten van het traineetraject worden geschat op € 5.000 bruto. Voorts wordt rekening gehouden met een bedrag van € 5.000 bruto aan tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand. Hiermee komt de billijke vergoeding die zal worden toegekend uit op € 67.500 bruto.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 01-05-2019

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2019:2307

Zaaknummer: 7542435 UE VERZ 19-58 LH/1040

Rechters: J.J.M. De Laat

Advocaten: P.F. van den Brink en H.J.F. Wekking

Wetsartikelen: 7:671b lid 8, onder a en c BW en 96 Rv

RECHTSPRAAK

Ayers Rock Island B.V./werknemer

Tussenbeschikking. Werknemer heeft in hoger beroep nieuwe stellingen en verweren aangevoerd waarop Ayers Rock nog niet heeft kunnen reageren. Ayers Rock wordt alsnog in de gelegenheid gesteld op de stellingen en verweren van werknemer te reageren.

Feiten

Werknemer is op 9 november 1999 bij Ayers Rock in dienst getreden in de functie van administratief medewerker. Sinds haar oprichting was Ayers Rock gebonden aan de CAO Recreatie. In de CAO Recreatie is in artikel 25 bepaald dat er een verplichting is tot deelname aan de pensioenregeling. Vanaf 1 april 2013 valt Ayers Rock niet langer onder de werkingssfeer van de CAO Recreatie, maar wel onder die van de CAO Dagrecreatie. In de CAO Dagrecreatie is in artikel 21 bepaald dat er een mogelijkheid is tot vrijwillige aansluiting bij Stichting Pensioenfonds Recreatie voor de deelnemers aan de cao Dagrecreatie. In het besluit van 28 november 2013 van de staatssecretaris van SZW is de verplichte deelneming aan de Stichting Pensioenfonds Recreatie gewijzigd. Deze wijziging heeft tot gevolg dat ondernemingen zoals Ayers Rock niet (langer) verplicht zijn aan het pensioenfonds deel te nemen. Deze verplichting is vervallen met ingang van 3 december 2013. Partijen hebben op 30 april 2015 een vaststellingsovereenkomst gesloten, waarin is bepaald dat de arbeidsovereenkomst per 1 september 2015 eindigt. Daarnaast is er een finale kwijting in opgenomen. Het pensioenfonds heeft in een brief van 9 maart 2016 aan werknemer geschreven dat Ayers Rock hem als deelnemer per 4 december 2013 heeft afgemeld. Ayers Rock heeft tot 1 september 2015 elke maand een werknemersdeel van de pensioenpremie op het salaris van werknemer ingehouden. Het pensioenfonds heeft op 16 maart 2015 een bedrag van € 10.894,40 aan Ayers Rock (terug)betaald. In eerste aanleg heeft werknemer onder meer geëist dat Ayers Rock wordt veroordeeld tot de betaling van een bedrag van € 6.376,48 bruto als schadevergoeding. De kantonrechter heeft de eisen van werknemer voor het grootste deel toegewezen, omdat Ayers Rock had moeten medelen dat zij van plan was de deelname aan het pensioenfonds te eindigen. Door dat niet te doen is Ayers Rock als goed werkgever tekortgeschoten. In hoger beroep eist Ayers Rock dat het vonnis van de kantonrechter wordt vernietigd.

Oordeel

De eisen van werknemer hebben tot doel dat zijn pensioenschade wordt vergoed. Deze schade is ontstaan doordat werknemer per 4 december 2013 als deelnemer aan het pensioenfonds is afgemeld.

Werknemer is het niet eens met de drie grieven van Ayers Rock. Hij heeft zich daartegen verweerd. Daarbij heeft hij nieuwe stellingen en verweren aangevoerd. Deze had hij niet in de procedure bij de kantonrechter aangevoerd. Het hof zal Ayers Rock de gelegenheid geven om op deze nieuwe stellingen en verweren te reageren. Die gelegenheid heeft zij namelijk nog niet gehad. Het gaat daarbij om de volgende nieuwe stellingen en verweren: (1) De CAO Recreatie is van toepassing vanwege een bepaling in de arbeidsovereenkomst. Deze bepaling is een incorporatiebeding. Met deze bepaling komen werkgever en werknemer overeen dat de CAO Recreatie van toepassing is. (2) De CAO Dagrecreatie heeft een minimumkarakter. Dat wil zeggen dat afspraken tussen werkgever en werknemer die beter voor de werknemer zijn dan wat in de cao is geregeld, geldig zijn. De CAO Dagrecreatie laat de voor werknemer geldende pensioenregeling daarom in stand. (3) Van een rechtsgeldige eenzijdige – enkel door Ayers Rock tot stand gebrachte – wijziging van de arbeidsovereenkomst is geen sprake. (4) Het Uniform Pensioenoverzicht (hierna: UPO) van 2014 verscheen pas in november 2015. (5) Bij het verlenen van de finale kwijting ging werknemer ervan uit dat zijn pensioenopbouw zou doorlopen tot einde dienstverband. De kwijting zag op andere rechten en plichten. Werknemer ging ervan uit dat de pensioenaanspraken niet onder de kwijting vielen. Door pensioenpremies te blijven inhouden tot de einddatum ging Ayers Rock daar kennelijk ook van uit. (6) Als de finale kwijting ook geldt voor de pensioenaanspraken, dan is deze kwijting niet geldig – anders gezegd: nietig. Artikel 11 strekt dan tot een zogenoemde gedwongen afkoop van pensioen en dat is nietig.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 18-12-2018

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2018:3390

Zaaknummer: 200.220.030/01

Rechters: R.S. van Coevorden, D. Aarts en J.A. van Dorp

Advocaten: J.P. Hellinga en F. Werdmüller

Wetsartikelen: 7:611 BW

RECHTSPRAAK

werknemer/HTM Personenvervoer N.V.

Verstoorde arbeidsverhouding wegens houding en gedrag van werknemer; drie pogingen tot mediation hebben niet tot verbetering geleid. Terechte ontbinding door de kantonrechter. Geen ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Geen toekenning billijke vergoeding.

Feiten

Werknemer is op 1 november 2001 in dienst getreden bij HTM, laatstelijk in de functie van gecertificeerd lasser. Vanaf februari 2014 is werknemer herhaaldelijk schriftelijk aangesproken op zijn houding en gedrag. Op of omstreeks maart 2016 heeft werknemer zich ziek gemeld. Op 1 juli 2016 heeft de bedrijfsarts geoordeeld dat er sprake is van situationele arbeidsongeschiktheid. Daarna heeft mediation plaatsgevonden. De mediation heeft blijkens een op 24 september 2016 gedateerde brief van de mediator evenwel niet geleid tot overeenstemming en is om die reden beëindigd. De kantonrechter heeft de arbeidsovereenkomst tussen partijen op verzoek van HTM wegens een verstoorde arbeidsverhouding ontbonden per 26 november 2018 en HTM veroordeeld tot betaling aan werknemer van de transitievergoeding van € 35.246,86 bruto. Het verzoek van werknemer om hem een schadevergoeding toe te kennen van € 240.776 is door de kantonrechter als onvoldoende onderbouwd afgewezen. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in hoger beroep.

Oordeel

In hoger beroep is in geschil of werknemer al dan niet een billijke vergoeding toekomt. Werknemer heeft een aantal stukken in het geding gebracht, waaruit volgens hem volgt dat HTM formeel wel heeft voldaan aan gesprekken en mediation, maar materieel gezien niet. Het hof is van oordeel dat dit niet uit de overgelegde stukken blijkt. Door HTM zijn vele stukken overgelegd, waaruit blijkt dat er veelvuldig met werknemer is gesproken en getracht is om zijn gedrag en houding bij te sturen. Er zijn maar liefst drie pogingen tot mediation tussen partijen geweest op verschillende momenten. Ook als ervan moet worden uitgegaan dat HTM bij de tweede en derde mediation een ander doel voor ogen had dan werknemer – namelijk een einde van de arbeidsovereenkomst in plaats van de door werknemer gewenste werkhervatting – dan is dit gelet op alle gesprekken die tussen partijen hebben plaatsgevonden en de ernst van de verstoring van de arbeidsverhouding in de gegeven

omstandigheden niet aan HTM tegen te werpen. Dat de bedrijfsarts in een terugkoppeling van 1 juli 2016 de hoop heeft uitgesproken dat werknemer zou kunnen hervatten in zijn eigen werk, zegt alleen iets over de (mate van) arbeids(on)geschiktheid van werknemer en niets over de vraag of er sprake is van een ernstig en duurzaam verstoorde arbeidsverhouding. Het is immers niet aan de bedrijfsarts om daarover een oordeel te geven. Voor toekenning van een billijke vergoeding op basis van artikel 7:683 lid 3 BW is geen plaats. Voor zover werknemer meent dat hij recht heeft op een billijke vergoeding in verband met ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van HTM geldt dat daarvan in de onderhavige zaak geen sprake is. Werknemer heeft ter onderbouwing voortgangsrapportages van zijn behandelend psychiater overgelegd en stelt dat uit deze rapportages volgt dat werknemer ziek is geworden van de wijze waarop de weg door middel van dossiervorming is geplaveid naar de onderhavige ontbindingsprocedure. HTM heeft in haar verweerschrift onder meer gesteld dat onduidelijk is wat werknemer bedoelt te zeggen met zijn verwijzing naar deze voortgangsrapportages en dat deze rapportages op onderdelen onduidelijk zijn. Op dit verweer heeft werknemer niet meer gereageerd, terwijl dit wel op zijn weg lag. Ook als het hof er veronderstellenderwijs van uitgaat dat werknemer zich de ontslagprocedure en het traject daarnaartoe erg heeft aangetrokken en dat mogelijk als gevolg daarvan zijn psychische klachten zijn verergerd, dan nog betekent dit niet dat HTM ernstig verwijtbaar jegens hem heeft gehandeld. Werknemer heeft overigens geen stukken ter onderbouwing overgelegd. Derhalve is geen sprake van ernstig verwijtbaar handelen van HTM en bestaat er ook geen andere grond voor toekenning van een billijke vergoeding aan werknemer.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 28-05-2019

ECLI: ECLI:NL:GHDHA:2019:1178

Zaaknummer: 200.253.737/01

Rechters: C.J. Frikkee, M.J. van der Ven en S.R. Mellema

Advocaten: H. van der Heide-Boertien en R. van der Stap

Wetsartikelen: 7:669 lid 1 BW, 7:669 lid 3 sub g BW, 7:671b BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

werkneemster/Gemeenschappelijke Regeling 'regeling WVK-groep'

Hof laat werkgever toe tot bewijslevering die kan leiden tot de conclusie dat werkneemster heeft geweigerd om opgedragen werkinstructie uit te voeren en vervolgens fysiek geweld heeft toegepast tegen X door haar aan te vallen en haar keel dicht te knijpen. Beslissing wordt aangehouden.

Feiten

Werkneemster is op 31 augustus 2012 in dienst getreden bij Gemeenschappelijke Regeling 'regeling WVK-groep' (hierna: 'WVK'), laatstelijk in de functie van medewerker productie. Op donderdag 7 december 2017 heeft een voorval plaatsgevonden waarbij zowel werkneemster als X (meewerkend voorvrouw in opleiding) was betrokken. Op vrijdag 8 december 2017 heeft WVK werkneemster naar aanleiding van dat voorval geschorst met behoud van loon. WVK heeft de kantonrechter verzocht om de arbeidsovereenkomst met werkneemster op de kortst mogelijke tijd te ontbinden, primair wegens ernstig verwijtbaar handelen van werkneemster en subsidiair wegens een verstoorde arbeidsovereenkomst, zonder toekenning van een transitievergoeding wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkneemster. Bij beschikking van 10 september 2018 heeft de kantonrechter op grond van de in het geding gebrachte schriftelijke en de op de USB-stick opgenomen verklaringen van getuigen A en B bewezen geacht dat werkneemster X bij de keel heeft gegrepen. De arbeidsovereenkomst is ontbonden op de e-grond per 15 september 2019 en aan werkneemster is geen transitievergoeding dan wel billijke vergoeding toegekend. Tegen dit oordeel keert werkneemster zich in hoger beroep.

Oordeel

Het hof ziet aanleiding WVK toe te laten tot bewijslevering door middel van het doen horen van getuigen over de gang van zaken in eerste aanleg, de bestrijding door werkneemster van de verklaringen van A en B onder meer bij de mondelinge behandeling in hoger beroep, het aanbod van WVK in hoger beroep om alsnog bewijs te leveren door middel van het doen horen van getuigen, het verzoek van werkneemster bij de mondelinge behandeling in hoger beroep om WVK een bewijsopdracht te geven en de overweging dat het aan WVK is bewijs te leveren van de stelling dat werkneemster verwijtbaar heeft gehandeld of heeft nagelaten als bedoeld in de e-grond. Het hof laat WVK toe feiten en omstandigheden te bewijzen die

kunnen leiden tot de conclusie dat werkneemster op 7 december 2017 heeft geweigerd om de haar opgedragen werkinstructie uit te voeren en vervolgens fysiek geweld heeft toegepast tegen X door haar aan te vallen en haar keel dicht te knijpen. In afwachting van de bewijslevering wordt iedere verdere beslissing aangehouden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 23-05-2019

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2019:1903

Zaaknummer: 200.250.482_01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, H.A.E. Uniken Venema en R.J. Voorink

Advocaten: S. Bocu en W.A.A. van Kuijk

Wetsartikelen: 7:66g lid 1 BW, 7:66g lid 3 sub e BW, 7:66g lid 3 sub g BW, 7:671b BW, 7:673 BW en 7:683 BW

RECHTSPRAAK

Enza Zaden Beheer B.V./werkneemster

Manisch-depressieve werkneemster die onder invloed van psychose en in bijzijn collega's urenlang zeer agressief gedrag vertoont, handelt niet verwijtbaar. Voorval leidt wel tot verstoorde arbeidsverhouding. Geen ernstige verwijtbaarheid werkgever na weigering re-integratie in eerste spoor.

Feiten

Werkneemster is op 1 juli 1997 in dienst getreden bij Enza Zaden Beheer B.V. (hierna: Enza), een internationaal groenteveredelingsbedrijf, laatstelijk in de functie van Sales Support Assistant. Zij lijdt aan een manisch-depressieve stoornis, waarvoor zij al langere tijd medicatie gebruikt. Tijdens een weekend weg is zij gedurende twee dagen vergeten om haar medicatie in te nemen. Een week later, op 28 mei 2018, is werkneemster op haar werk in een psychose geraakt en heeft zij zich onder invloed daarvan een aantal uren zeer boos, onvoorspelbaar en agressief gedragen. Zij heeft onder andere een ravage aangericht, gegooid, geschreeuwd, gescholden, bedreigd, geslagen, gespuugd en wartaal uitgeslagen. De ingeschakelde hulpdiensten moesten op afstand blijven en verschillende medewerkers hebben de werkplek op handen en voeten moeten verlaten. Nadat de bedrijfsarts haar belastbaar heeft geacht voor het verrichten van aangepaste werkzaamheden, heeft Enza op 10 september 2018 in een persoonlijk gesprek met werkneemster aangegeven dat zij door de gebeurtenissen op 28 mei 2018 geen vertrouwen meer heeft in een goede samenwerking en aangestuurd op een beëindiging dan wel re-integratie in het tweede spoor. Werkneemster heeft hier niet mee ingestemd. Enza verzoekt ontbinding vanwege verwijtbaar handelen dan wel een verstoorde arbeidsverhouding. Voor zover dit verzoek wordt toegewezen, verzoekt werkneemster bij wijze van tegenverzoek onder meer om toekenning van een billijke vergoeding van €250.000.

Oordeel

Ontbinding arbeidsovereenkomst (e- en g-grond)

Naar het oordeel van de kantonrechter leveren de naar voren gebrachte feiten en omstandigheden geen verwijtbaar handelen op. De oorzaak van de psychose is hoogstwaarschijnlijk gelegen in het feit dat werkneemster twee dagen haar medicatie niet heeft ingenomen en vervolgens ter compensatie een paar dagen een hogere dosering heeft genomen. Werkneemster heeft toegelicht dat zij uit haar dagelijkse ritme en 'hoger gestemd' was geraakt. Niet uitgesloten kan dus worden dat het niet nemen van de medicatie verband

houdt met het ziektebeeld van werkneemster. Wel leveren de door Enza naar voren gebrachte feiten en omstandigheden een redelijke grond voor ontbinding op die is gelegen in een verstoorde arbeidsverhouding. De kantonrechter ziet dat werkneemster een groot belang heeft bij voortzetting van het dienstverband, maar dat neemt niet weg dat sprake is van een ernstige en duurzame verstoring van de arbeidsverhouding. Met name kan niet voorbij worden gegaan aan negen verklaringen van collega's van werkneemster, waaruit blijkt dat de gebeurtenissen op 28 mei 2018 een diepe indruk hebben gemaakt en dat zij daarom niet meer met werkneemster kunnen, willen of durven samenwerken. Dat herstel nog mogelijk is, acht de kantonrechter, gelet op de verklaringen, onvoldoende aannemelijk. Dat de werkgever voor het voortbestaan van de verstoring in de arbeidsverhouding een verwijt kan worden gemaakt staat op zichzelf niet aan ontbinding in de weg. Het verzoek van Enza zal worden toegewezen en de arbeidsovereenkomst zal worden ontbonden.

Billijke vergoeding

Voor toekenning van een billijke vergoeding ziet de kantonrechter onvoldoende aanleiding. De kantonrechter is van oordeel dat Enza anders had kunnen en wellicht ook had moeten handelen. Kantelpunt in de verhouding tussen partijen is het gesprek op 10 september 2018 geweest. Het gesprek vond immers plaats relatief korte tijd nadat het voorval had plaatsgevonden. Een open gesprek had mogelijk bijgedragen aan het normaliseren van de verhoudingen en voorkoming van verdere verstoring. In zoverre kan Enza een verwijt worden gemaakt. Vooral de zorg voor werknemers heeft er voor Enza echter toe geleid om niet in te zetten op re-integratie in het eerste spoor. Deze keuze acht de kantonrechter dan ook niet onbegrijpelijk. Daarbij komt dat het niet vaststaat dat het gesprek had geleid tot herstel van het vertrouwen en normalisatie van de arbeidsverhouding. Van ernstige verwijtbaarheid is dan ook geen sprake.

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 22-05-2019

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2019:4240

Zaaknummer: 7689190 \ AO VERZ 19-40

Rechters: S. Slikhuis

Advocaten: N.M. Wolters en A.J. Butter

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

ANNOTATIE

Gaat de Hoge Raad recyclen?**mr. E. Wits****1 Meneer Boulidam**

Als er een goede aanleiding is om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad in het arbeidsrecht, dan is dit nu wel. De gemoederen over de vraag of een werkgever al dan niet verplicht kan worden de arbeidsovereenkomst met een langdurige zieke werknemer op te zeggen, zodat deze recht krijgt op de transitievergoeding, lopen hoog op. Alleen al de enorme aandacht die de uitspraak van het Scheidsgerecht Gezondheidszorg van 27 december 2018 kreeg in de pers, sociale media en natuurlijk de vakliteratuur (zie bijv. AR 2019-0065, met annotatie O. van der Kind) laat dit zien. Aan de Hoge Raad is nu het verzoek om een algemeen bruikbare leidraad te geven. De vragen zijn gegoten in het vat van een omgekeerde Stoof-Mammoetsituatie.

Bij het lezen van de casus gaan de gedachten terug naar meneer Boulidam, de werknemer die na een lang dienstverband wegens langdurige ziekte werd ontslagen, in de woorden van de Hoge Raad: afgedankt omdat hij te oud en te zwak was. [1] Hoewel hij nog wel andere, lichtere arbeid zou kunnen verrichten, maar weinig kans had om deze te vinden, oordeelde de rechtbank dat het ontslag kennelijk onredelijk was: het was niet acceptabel de werknemer met maar één maandsalaris heen te zenden. De rechtbank kende de werknemer vervolgens 30.000 gulden toe. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. Een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag in dergelijke situaties was echter uitzondering. De Hoge Raad oordeelde een aantal jaren later dat de enkele omstandigheid van een ontslag van een werknemer na een lang dienstverband wegens arbeidsongeschiktheid geen grond voor toekenning van een vergoeding oplevert. Hiervoor zijn bijkomende omstandigheden nodig zoals de verwijtbaarheid voor het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid, de lengte van het dienstverband, de leeftijd van de werknemer en zijn kansen op de arbeidsmarkt. [2] In de rechtspraak is een zogenoemde gezichtspuntencatalogus ontwikkeld om te beoordelen of er sprake is van dergelijke omstandigheden die tot het oordeel kennelijk onredelijk ontslag kunnen leiden. [3] Omdat het zowel in het oude als het nieuwe recht gaat om dezelfde vraag (namelijk: is het gerechtvaardigd dat als een dienstverband door langdurige arbeidsongeschiktheid geen invulling meer kan krijgen, de werknemer een ontslagvergoeding ontvangt van de werkgever?), kan deze rechtspraak onder het oude recht wellicht diensten bewijzen bij het beantwoorden van de prejudiciële vragen onder het nieuwe recht.

In deze annotatie ga ik eerst in op hoe de in de prejudiciële vragen voorgestane benadering zich verhoudt tot de tot nu toe gekozen invalshoeken in de rechtspraak met betrekking tot het slapend dienstverband en of het toch niet mogelijk is om via de bepaling van artikel 7:671c lid 2 sub b BW (ontbinding op verzoek van de werknemer) een oplossing te vinden. Dan behandel ik de vier gestelde prejudiciële vragen en voorzie deze van commentaar. Voor het geval de Hoge Raad aanneemt dat er in meer of mindere mate een verplichting voor de werkgever is tot een beëindiging van een slapend dienstverband, laat ik de omstandigheden en belangen de revue passeren die een rol zouden kunnen spelen bij de vraag of er sprake is van een redelijk voorstel van de werknemer en/of een redelijke grond om dit voorstel niet te aanvaarden door de werkgever (de omgekeerde Stoof-Mammoetsituatie). Hierbij zoek ik inspiratie bij de zojuist genoemde rechtspraak die is ontwikkeld in het kader van artikel 7:681 (oud) BW. [4] Ik neem hierbij als uitgangspunt de gedachtegang achter het introduceren van de transitievergoeding. Ik pleit daarbij niet alleen voor duidelijkheid over de in acht te nemen gezichtspunten, maar ook voor een zekere inkleuring vooraf door de Hoge Raad van bepaalde belangen en zelfs voor uitsluiting van bepaalde gezichtspunten, om zo de praktijk duidelijke handvatten te geven. Dit leidt tot wellicht andere resultaten dan wij tot nu toe zien in de rechtspraak.

2 Redelijkheidstoetsing

Tot voor kort was de rode lijn in de rechtspraak dat er geen sprake is ernstig verwijtbaar handelen of van wanprestatie van de werkgever ingeval de werkgever het dienstverband slapend houdt. [5] Werknemers die zelf om een ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken en aanspraak maken op een billijke vergoeding op grond van artikel 7:671c lid 2 onder b BW en/of een transitievergoeding op grond van artikel 7:673 lid 1 aanhef onder b sub 2 BW vangen vrijwel altijd bot. De Roermondse kantonrechter wijst op de eerdere jurisprudentie [6] en merkt daarover terecht op dat de Wet compensatie transitievergoeding [7] (verder: WCT) over het algemeen nog geen concrete rol speelde. De vraag is dan ook of het met een beroep op de WCT niet toch mogelijk is om via de route van artikel 7:671c lid 2 onder b BW tot het door de werknemer gewenste resultaat te komen. [8] Misschien zijn de prejudiciële vragen met het oog hierop wat prematuur. [9] Een bezwaar tegen de inzet van artikel 7:671c lid 2 onder b BW is naar mijn mening dat het verwijt van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten (EVHN) de schijnwerpers vooral richt op het handelen/nalaten van de werkgever en de omstandigheden die de werknemer betreffen alleen op een indirecte manier meeneemt. Uit de voorbeelden uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat het vizier van artikel 7:671c lid 2 onder b BW zich in de eerste plaats richt op de werkgever bij de vraag of er sprake zou kunnen zijn van EVHN van de werkgever: [10] als er als gevolg van laakbaar gedrag van de werkgever een verstoorde arbeidsrelatie is ontstaan (bijvoorbeeld als gevolg van het niet willen ingaan op avances zijnerzijds) en de rechter concludeert dat er geen andere optie is dan ontslag; als een werkgever discrimineert, de werknemer hiertegen bezwaar maakt, er een onwerkbaar situatie ontstaat en niets anders rest dan ontslag; als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat, waarbij te denken is aan de situatie

waarin de werkgever zijn re-integratieverplichtingen bij ziekte ernstig heeft veronachtzaamd; de situatie waarin de werkgever een valse grond voor ontslag aanvoert met als enig oogmerk een onwerkbaar situatie te creëren en ontslag langs die weg te realiseren; en de situatie waarin een werknemer arbeidsongeschikt is geworden (en uiteindelijk wordt ontslagen) als gevolg van verwijtbaar onvoldoende zorg van de werkgever voor de arbeidsomstandigheden.

Geen enkel voorbeeld omvat enige omstandigheid aan de zijde van de werknemer; primair lijkt het gedrag van de werkgever doorslaggevend te zijn voor toekenning van een billijke vergoeding. Gelet op de rechtvaardiging voor het introduceren van de transitievergoeding, met name het bieden van budget voor transitie, zouden ook werknemersfactoren, zoals een slechte gezondheid, een niet bij de arbeidsmarkt aansluitend profiel (zonder dat de werkgever hier een verwijt van te maken valt) omstandigheden dienen te zijn die op een directe manier meewegen bij een belangenafweging. Nu dit bij een billijke vergoeding kennelijk geen omstandigheden zijn die worden meegewogen bij de vraag of grond bestaat voor toekenning van die vergoeding, kunnen de omstandigheden aanleiding vormen voor een vergoeding op basis van een andere grondslag. [11] Daardoor kan een oplossing van het vraagstuk van de slapende dienstverbanden worden gevonden in de norm van artikel 7:611 BW, zoals voorgestaan in de prejudiciële vragen in de vorm van de omgekeerde Stoof-Mammoet. [12]

Het fraaie van de invalshoek van de omgekeerde Stoof-Mammoet is ook dat de discussie nu in de sleutel van de vraag van de redelijkheid wordt geplaatst. Doet de werknemer een redelijk voorstel als hij de werkgever verzoekt het slapend dienstverband met wederzijds goedvinden te beëindigen en dient de werkgever dit als goed werkgever te aanvaarden? Dit is een minder zware toets dan de vraag of er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever. Met deze vraagstelling wordt de norm van goed werkgeverschap uit artikel 7:611 BW anders, aanvullend, ingezet. Schept deze norm een verplichting voor de werkgever en wel de verplichting om onder bepaalde omstandigheden en voorwaarden in te gaan op het voorstel van de werknemer op een beëindiging van het slapend dienstverband onder betaling van de transitievergoeding? [13] [14] Ook staat bij deze invalshoek niet zozeer de vraag centraal of een werkgever verplicht kan worden de arbeidsovereenkomst op te zeggen. Het gaat in deze vraagstelling namelijk niet om een eenzijdige verplichting voor de werkgever om op te zeggen, maar om de vraag of en onder welke omstandigheden van de werkgever gevegd kan worden in onderling overleg tot een einde van het dienstverband te geraken, onder betaling van een transitievergoeding die beperkt is tot het bedrag dat de werkgever gecompenseerd kan krijgen op grond van de WCT. De facto kan dit uitpakken als een verplichting om het dienstverband te beëindigen, maar juridisch gezien gaat het om een einde van de arbeidsovereenkomst in onderling overleg.

3 Bespreking van de gestelde vragen

Ik loop nu de vragen af die voorgelegd zijn aan de Hoge Raad.

Vraag 1: Geldt de in HR 11 juli 2008, NJ 2011, 185 (Stoof/Mammoet) (ECLI:NL:HR:2008:BD1847) ontwikkelde maatstaf ter beoordeling of een werknemer op grond van artikel 7:611 BW gehouden is

om een voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst te aanvaarden dat hem door de werkgever in verband met gewijzigde omstandigheden op het werk is gedaan, ook in het spiegelbeeldige geval, waarin de werknemer in verband met zulke gewijzigde omstandigheden een wijzigingsvoorstel doet aan de werkgever? Met andere woorden: is een werkgever, wanneer (i) sprake is van gewijzigde omstandigheden op het werk waarin de werknemer als goed werknemer aanleiding heeft kunnen vinden tot het doen van een voorstel tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, (ii) geoordeeld moet worden dat het voorstel van de werknemer, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk is en (iii) niet gezegd kan worden dat aanvaarding van dat voorstel redelijkerwijze niet van de werkgever gevergd kan worden, op grond van artikel 7:611 BW verplicht dat voorstel te aanvaarden?

Deze vraag lijkt niet moeilijk te beantwoorden. In het arbeidsrecht is het al lang gemeengoed dat een werkgever op basis van goed werkgeverschap dient in te gaan op redelijke voorstellen van de werknemer tot aanpassing van de arbeidsovereenkomst. De omgekeerde Stoof-Mammoetsituatie is feitelijk en avant la lettre al aan de orde geweest in de rechtspraak van de Hoge Raad over de verplichtingen van de werkgever ten aanzien van het aanbod van zijn gedeeltelijke ongeschikte werknemer om passend werk te verrichten. Op grond van goed werkgeverschap is de werkgever, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, gehouden van dit aanbod gebruik te maken. [15] Deze rechtsfiguur komt ook terug in wetgeving, denk aan de regelingen in de Wet flexibel werken. Op grond van deze wet kan een werknemer een verzoek tot aanpassing van zijn arbeidsduur, arbeidstijd en/of werktijd indienen met het verzoek dat de werkgever met hem in overleg treedt hierover (art. 2 lid 4 Wfw). Na overleg beoordeelt de werkgever het verzoek. Het toepasselijke criterium voor de belangenafweging hangt af van het soort verzoek. Toch is er ook wel een bezwaar aan te voeren tegen een bevestigend antwoord op deze vraag. De drietrapsrakket van Stoof-Mammoet is met name tot stand gekomen om een werknemer te beschermen tegen het moeten aannemen van onredelijke voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst. De norm is niet ontwikkeld om een kader te scheppen voor de beoordeling van voorstellen tot wijziging van de arbeidsovereenkomst van de werknemer aan zijn werkgever.

Vraag 2 levert meer hoofdbrekens op.

Vraag 2: Indien vraag 1 bevestigend beantwoord wordt, kan het in die vraag bedoelde redelijke voorstel van de werknemer ook een voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden behelzen?

Van der Kind meent dat artikel 7:611 BW primair ziet op het vorm en inhoud geven van de arbeidsrelatie en niet op een beëindiging hiervan. [16] Inderdaad zijn er voor zover ik kan overzien geen uitspraken bekend, waarin op grond van goed werkgeverschap een arbeidsrelatie door de werkgever moest worden verbroken. Een ander punt van aandacht is dat een werkgever bij het aanvaarden van deze redenatie ook zou kunnen stellen dat de werknemer verplicht is in te gaan op een redelijk voorstel van de kant van de werkgever om in te gaan op een beëindiging met wederzijds goedvinden. Bijvoorbeeld als evident is dat de werknemer voor ontslag in aanmerking komt wegens bedrijfseconomische redenen en de

UWV-route alleen maar uitstel van executie is. Een verplichting mee te werken aan een dergelijk voorstel, zou haaks op het ontslagrecht staan. Hierin is immers geregeld dat als de werknemer niet bereid is in te stemmen met de opzegging, de werkgever voor een rechtsgeldig ontslag toestemming dient te verkrijgen van het UWV of een ontbinding door de rechter.

Vraag 3: Indien de vragen 1 en 2 bevestigend worden beantwoord, (c) vormt dan het feit dat een werknemer wegens ziekte of gebreken niet meer in staat is de bedongen arbeid te verrichten en de periode bedoeld in artikel 7:670 lid 1 en 11 BW is verstreken en aannemelijk is dat binnen 26 weken, geen herstel zal optreden en binnen die periode de bedongen arbeid niet in aangepaste vorm kan worden verricht – zodat de in artikel 7:669 lid 3 sub b BW bedoelde ontslaggrond is vervuld – dan een gewijzigde omstandigheid waarin de werknemer, handelend als goed werknemer, aanleiding kan zien tot het doen van een voorstel tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden (al dan niet mede in aanmerking genomen de Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid (Stb. 2018, 234))?

In de drietrapsraket van Stoof-Mammoet betreft de eerste voorwaarde dat er sprake moet zijn van een gewijzigde omstandigheid *op het werk*. Het valt moeilijk vol te houden dat hiervan sprake is bij langdurige arbeidsongeschiktheid. Hooguit het niet langer van toepassing zijn van het opzegverbod zou een dergelijke omstandigheid kunnen zijn. Zoals echter al bij vraag 1 opgemerkt: het komt in het arbeidsrecht geregeld voor dat de werknemer als gevolg van gewijzigde omstandigheden voorstellen doet aan zijn werkgever tot wijziging van de arbeidsovereenkomst, waarop de werkgever dan als goed werkgever dient in te gaan. Deze omstandigheden variëren van bijvoorbeeld een gewijzigde privésituatie waaruit de wens voortvloeit op een andere arbeidsplaats te werken tot gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Ik zie niet in waarom het voldoen aan de b-grond, die erop neerkomt dat de werknemer niet meer in staat is de bedongen arbeid al dan niet in aangepaste vorm te verrichten en dat hier op afzienbare termijn ook geen kans meer op is, niet zou kunnen gelden als een gewijzigde omstandigheid. Deze omstandigheid verschilt niet wezenlijk van de omstandigheden die aan de orde zijn in de zojuist genoemde re-integratiejurisprudentie.

Ook andere kritiek is mogelijk. Met de omgekeerde Stoof-Mammoetredeneratie verzoekt de werknemer om een toepassing van de norm van goed werkgeverschap die feitelijk in nog nader te bepalen situaties en condities neerkomt op een verplichting van een werkgever om de arbeidsovereenkomst met een langdurig zieke werknemer te beëindigen onder betaling van een transitievergoeding, terwijl in zeer recente wetgeving (de WCT) een dergelijke verplichting niet is opgenomen. De Hoge Raad heeft echter in zijn Kolombeschikking [17] laten blijken heel ver te willen gaan en zelfs bereid te zijn tot het scheppen van een recht met een bijbehorende richtlijn, nu naar het oordeel van de Hoge Raad het ontbreken van een wettelijke mogelijkheid van een deeltijdontslag en een hieraan verbonden pro rato transitievergoeding in bepaalde situaties niet aanvaardbaar is. [18] [19]

Een ander punt is het (bewust?) weglaten van de herplaatsingsverplichting uit de

vraagstelling. In de vraagstelling is de b-grond van artikel 7:669 BW overgenomen, maar voor het aannemen van een redelijke grond is ook vereist dat er geen herplaatsingsmogelijkheden zijn (lid 1 en lid 5 van art. 7:669 BW en art. 9 en 10 Ontslagregeling). Vaak zal na twee jaar ziekte duidelijk zijn dat aanpassing van de bedongen arbeid niet meer tot de mogelijkheden behoort, maar herplaatsing in passende arbeid is soms nog wel degelijk een mogelijkheid. De gewijzigde omstandigheid dient niet alleen in de b-grond gevonden te worden, maar ook in het afwezig zijn van herplaatsingsmogelijkheden. Als de herplaatsingsverplichting opgenomen zou zijn in de vraagstelling, dan zou dit mogelijk kunnen leiden tot andere voorwaarden waaronder een werkgever in redelijkheid een voorstel van de werknemer gericht op een beëindiging van het dienstverband mag weigeren.

en, zo ja: (d) heeft dan in de regel, dat wil zeggen: behoudens bijzondere omstandigheden, dan wel in beginsel, te gelden dat sprake is van een redelijk (beëindigings)voorstel van de kant van de werknemer voor zover dat voorstel behelst dat de beëindiging met wederzijds goedvinden plaatsvindt onder betaling door de werkgever van een ontslagvergoeding ter hoogte van het bedrag dat de werkgever op grond van de Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische of langdurige arbeidsongeschiktheid (Stb. 2018, 234) kan verhalen op het UWV?

Een verplichting van de werkgever om in te gaan op het verzoek van de werknemer om het dienstverband te beëindigen met wederzijds goedvinden, wordt pas een probleem als de werkgever een belang heeft bij instandhouding van het dienstverband. En zeker als de werknemer, zoals in deze vraag, aan de beëindiging als voorwaarde koppelt dat de werkgever een transitievergoeding moet betalen. Door de introductie van de WCT wordt dit laatste probleem in beginsel ondervangen, mits het voorstel van de werknemer inhoudt dat de beëindiging plaatsvindt onder betaling van een bedrag gelijk aan het bedrag dat de werkgever aan compensatie ontvangt op grond van de WCT (zoals in de onderhavige casus is gedaan). De belangenafweging tussen de werkgever die het dienstverband in stand wil houden en de werknemer die dit wil verbreken met een aanspraak op de transitievergoeding, valt door de WCT anders uit en meer in het voordeel van de werknemer. Op het eerste gezicht lijkt het voorstel van de werknemer dan ook redelijk.

Er is echter toch veel weerstand te bespeuren tegen het aannemen van een algemene verplichting voor werkgevers om het dienstverband met hun langdurige zieke werknemers op te zeggen onder betaling van een transitievergoeding. In de literatuur en rechtspraak is echter wel eensgezindheid te bespeuren als het gaat om het aannemen van uitzonderingen op het niet hoeven beëindigen van het slapend dienstverband door de werkgever. Als de werkgever geen enkel te respecteren belang heeft bij instandhouding van het dienstverband, dan kan de werkgever tot opzeggen verplicht worden, zie als voorbeeld de uitspraak van de kantonrechter Den Haag van 28 maart 2019, genoemd in het vonnis. [20] Otto geeft een fraai voorbeeld van een door hem bepleite uitzondering: als de werkgever de werknemer in dienst houdt, maar vervolgens geen reële inspanningen verricht voor de re-integratie van de werknemer en de werknemer stelt de transitievergoeding te willen benutten voor opleiding of begeleiding. [21] De vraag is dus niet of er nooit een verplichting voor de werkgever is om een slapend

dienstverband op te zeggen, de kwestie is vooral wat een al dan niet te respecteren belang is van de kant van de werkgever bij het in stand houden van het dienstverband. Op enkele van deze belangen ga ik nu in.

Als de werknemer na de verplichte loondoorbetalingsperiode niet hervat heeft en hier ook geen zicht op is binnen een periode van 26 weken, dan is in de praktijk de kans dat de werknemer toch weer aan de slag gaat bij zijn eigen werkgever, niet groot. [22] Het vaak gehoorde argument van werkgevers dat er in te toekomst weer hervattingsmogelijkheden zouden kunnen ontstaan, omdat er een vacature zou kunnen komen die passend is of dat de werknemer nog wel eens zou kunnen herstellen, klinkt mij niet heel overtuigend in de oren. De werkgever zou wat mij betreft aannemelijk moeten maken dat het reëel is dat er kansen op hervatting zouden kunnen ontstaan. Het maakt hierbij natuurlijk uit of het gaat om een IVA- dan wel WGA-gerechtigde. De eerste groep heeft vrij zelden nog arbeidsmogelijkheden, waarschijnlijk de reden waarom juist deze zaken zijn voorgelegd aan de rechter. Het is onwaarschijnlijk dat het dienstverband nog tot leven kan komen. Bij WGA'ers heeft 70% nog arbeidsmogelijkheden. [23] Dit rechtvaardigt volgens de minister dat ook bij een opzegging op de b-grond een recht op transitievergoeding ontstaat. [24] Uit recent onderzoek blijkt dat bijna de helft van de WGA'ers betaald werk verricht. [25] De groep WGA'ers bij wie de re-integratie bij de eigen werkgever niet is gelukt, heeft groot belang bij de transitievergoeding als re-integratiebudget naar nieuw betaald werk. In de rechtspraak over slapende dienstverbanden is deze groep tot nu toe echter nog niet aan te treffen. Dit wordt waarschijnlijk verklaard door het argument van werkgevers dat wegens deze arbeidsmogelijkheden het dienstverband nog niet nutteloos is geworden. Een argument dat naar mijn mening dus gerelativeerd dient te worden, althans waaraan niet zonder meer waarde kan worden toegekend als een werkgever zich daarop beroept.

Werkgevers voeren in de praktijk en blijkens de rechtspraak verder nog diverse belangen aan bij de instandhouding van het dienstverband. Een in het oog springend punt is het eigenrisicodragerschap voor de WGA. In dit geval heeft de werkgever belang bij het behoud van het dienstverband om beter aan zijn re-integratieverplichtingen van de WGA te kunnen voldoen. Dit is een terecht belang, als de werkgever tenminste invulling aan deze verplichting geeft. Verder voeren werkgevers nog het collectieve belang bij het laag houden van de WW-premie aan, het financiële belang in de vorm van het moeten voorschieten van de transitievergoeding en de onzekerheid over welk bedrag het UWV daadwerkelijk gaat compenseren.

Ik ben van mening dat de individuele werkgever het collectieve belang niet kan opvoeren als te respecteren belang. Het gaat hier om de zeer hoge kosten van de WCT, die collectief door werkgevers moeten worden opgebracht via premiebetaling aan het Algemeen werkloosheidsfonds. Ik verschil op dit punt van mening met Verhulp [26] die meent dat een werkgever die zich beroept op het collectieve belang om een slapend dienstverband niet op te zeggen, niet als een slecht werkgever handelt. Bij de WCT gaat het om een afgewogen regeling, tot stand gekomen in samenspraak met het parlement. Door deze collectieve regeling worden werkgevers die het dienstverband met hun langdurige zieke werknemers wel volgens de

bedoeling van de wetgever afwikkelen, niet benadeeld. De kosten worden immers collectief gedragen. [27] Bovendien staat tegenover dit collectieve belang, het collectieve belang dat werknemers met beperkingen als gevolg van ziekte, belang hebben bij een budget voor hun re-integratie en het op peil houden van hun inkomen (zodat zij bijvoorbeeld geen beroep hoeven te doen op de Participatiewet en andere voorzieningen en toeslagen). Ook het voorschiet-argument is naar mijn mening niet altijd een belang dat echt gewicht in de schaal zou moeten kunnen leggen. Dit zou pas een argument kunnen zijn als de werkgever aannemelijk kan maken dat er liquiditeitsbezwaren zijn. De werkgever kan twee jaar van tevoren zien aankomen dat hij mogelijk een transitievergoeding zal moeten betalen. Bovendien krijgt de werkgever deze gecompenseerd. Er is ten slotte inmiddels steeds meer duidelijkheid over de hoogte van de compensatie; de kennis hierover ontwikkelt zich op dit punt, bijvoorbeeld dat als er sprake is van een no-riskpolis, de compensatie mogelijk beperkt is. [28] Ik onderken dat de onzekerheid over de uitvoering een belang kan zijn, maar dit belang zal in de nabije toekomst niet meer bestaan. Alleen als de werkgever kan aantonen dat hij kampt met een vraag waarop geen antwoord voorhanden is, bijvoorbeeld blijkend uit een (uitblijvende) reactie van het UWV op zijn vraag, zou dit een argument kunnen zijn.

Dit is geen uitputtend lijstje, ik beperk mij nu tot vaak genoemde belangen. Duidelijk is in ieder geval wel dat er een aantal belangen aan de kant van de werkgever bij het behoud van het dienstverband zijn te onderkennen en die een afweging verdienen. Dit staat naar mijn mening een bevestigend antwoord door de Hoge Raad op vraag 3 in de weg. Dit betekent dat ik inschat dat de Hoge Raad geen algemene regel zal formuleren inhoudende dat de werkgever dient in te gaan op een redelijk beëindigingsvoorstel van de werknemer onder betaling van een (compensabele) transitievergoeding.

Vraag 4: Indien de vragen 1 tot en met 3 (deels) ontkennend worden beantwoord, kan de werkgever dan toch onder omstandigheden gelet op het bepaalde in artikel 7:611 BW gehouden zijn om akkoord te gaan met een voorstel tot beëindiging met wederzijds goedvinden van de arbeidsovereenkomst van een werknemer ten aanzien waarvan de in artikel 7:669 lid 3 sub b BW genoemde ontslaggrond vervuld is, wanneer dat voorstel van de werknemer behelst dat de werkgever aan hem een ontslagvergoeding betaalt ter hoogte van het bedrag dat de werkgever op grond van de Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid (Stb. 2018, 234) kan verhalen op het UWV zo ja, aan welke voorwaarden dient dan getoetst te worden of een dergelijke gehoudenheid van de werkgever om zo een voorstel te aanvaarden, bestaat?

Als de Hoge Raad niet bereid is tot een algemene regel, dan is deze laatste vraag erop gericht de Hoge Raad te laten formuleren onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden een werkgever tóch zou moeten instemmen met een voorstel van de werknemer, naar ik begrijp bij wijze van uitzondering. De crux is dan naar mijn mening dat de Hoge Raad aangeeft welke belangen van respectievelijk werkgever en werknemer al dan niet dienen mee te wegen bij het beoordelen of er sprake is van een redelijk voorstel van de werknemer en een redelijke grond aan de kant van de werkgever om te weigeren met het voorstel in te stemmen.

De praktijk zou zoals gezegd geholpen zijn met een duidelijke leidraad in de vorm van een gezichtspuntencatalogus waarbij diverse belangen door de Hoge Raad al zo veel als mogelijk vooraf zijn afgewogen. Voor inspiratie kan gekeken worden naar de rechtspraak die is ontwikkeld op grond van artikel 7:681 BW oud, inzake kennelijk onredelijk ontslag.

4 Gezichtspuntencatalogus met waardering van de diverse belangen

De casus van de uitspraken over slapende dienstverband zijn vaak treurig: meestal oudere werknemers met veel beperkingen, zonder enig perspectief op hervatting in betaald werk, de werknemers die in de praktijk ook wel ‘Boulidammers’ werden genoemd. Zowel in het recht voor het Wwz-tijdperk als hierna gaat het om de vraag of de werknemer bij het niet meer kunnen invullen van het dienstverband wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, nog aanspraak zou moeten kunnen maken op een ontslagvergoeding. Afgezien van deze feitelijke overeenkomst en rechtvaardigheidsvraag lijken er vanuit juridisch oogpunt op het eerste gezicht alleen maar verschillen te zijn.

Met een kennelijk-onredelijk-ontslagprocedure kon de werknemer via een toets achteraf de rechtvaardigheid van een eenmaal gegeven ontslag laten toetsen door de rechter. Artikel 7:681 (oud) lid 2 onder b BW werd het meeste toegepast. Deze grond hield in dat het ontslag kennelijk onredelijk is, omdat ‘mede in aanmerking genomen de voor de werknemer getroffen voorzieningen en de voor hem bestaande mogelijkheden om ander passend werk te vinden, de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in vergelijking met het belang van de werkgever bij de opzegging’. Wanneer de rechter tot het oordeel kwam dat het ontslag kennelijk onredelijk was, moest hij de werknemer een schadevergoeding toekennen en/of de werkgever veroordelen tot herstel van de dienstbetrekking. Relatief veel zaken hadden betrekking op een opzegging na twee jaar ziekte.

Een tweetal verschillen doet zich voor. Allereerst geldt dat bij het beoordelen van de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is, het ging om het belang dat de werkgever heeft bij beëindigen van het dienstverband. Bij de slapend-dienstverbandproblematiek gaat het juist om het belang bij het in stand houden van het dienstverband. Een tweede verschil is dat de Wwz-werknemers bij ontslag wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, recht hebben op een vergoeding die volgens dezelfde maatstaven is berekend als van andere werknemers, welk recht is vastgelegd in de wet. Werknemers onder het oude recht hadden in beginsel geen recht op een vergoeding. Uitsluitend in geval van een *kennelijk* onredelijk ontslag kon aanspraak op een vergoeding ontstaan, en dan overigens pas na het oordeel van de rechter.

Hoe kan de gezichtspuntencatalogus die door vier hoven in 2009 is ontwikkeld in het kader van de beoordeling van de vraag of een opzegging kennelijk onredelijk is bij dergelijk grote verschillen ons toch nog een dienst bewijzen? [29]

De gezichtspuntencatalogus is onderdeel van een zogenoemde tweetrapsraket. Aan de hand van de omstandigheden uit deze catalogus kon de rechter een belangenafweging maken tussen die van de werkgever en die van de werknemer. Als uit deze afweging volgde dat de gevolgen van de opzegging voor de werknemer te ernstig waren in vergelijking met het belang

van de werkgever bij de opzegging, dan was er sprake van een kennelijk onredelijk ontslag. Hier wordt de parallel met het slapend dienstverband duidelijk. Het gaat bij de gestelde prejudiciële vragen net als bij artikel 7:681 (oud) lid 2 onder b BW om een belangenafweging. Of er omstandigheden zijn die een werkgever verplichten tot het instemmen met een voorstel van een werknemer tot beëindiging onder betaling van een transitievergoeding is de uitkomst van een belangenafweging. Wat een redelijk voorstel is en wat goed werkgeverschap inhoudt, hangt ook af van de belangen over en weer. Het tweede deel van de raket hoeft niet ingezet te worden, namelijk hoe hoog de vergoeding dient te zijn. De hoogte is al geformuleerd in de vragen: namelijk de transitievergoeding voor zover deze wordt gecompenseerd door de WCT.

In de gezichtspuntencatalogus van de hoven uit 2009 gaat het om vier onderwerpen, voorzien van ruim twintig gezichtspunten. Roozendaal [30] merkte hierover op dat het lijstje wel erg lang is en de gezichtspunten op een vrij willekeurige manier lijken te zijn gerangschikt onder de kopjes ‘algemeen’, ‘ander (passend) werk’, ‘financiële gevolgen van de opzegging’ en ‘getroffen financiële voorziening’. Zij maakt een andere en overzichtelijker indeling. Het uitgangspunt dat zij hierbij hanteert, is het antwoord op de vraag waarom deze gezichtspunten relevant zijn. Zij beredeneert dat er aanleiding kan zijn voor een vergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag vanwege een disproportionaliteit tussen de bij het geval betrokken belangen en omstandigheden aan de kant van de werknemer ten opzichte van de belangen en omstandigheden aan de kant van de werkgever. In de proportionaliteitstoets worden de bij het geval betrokken belangen en omstandigheden dus afgewogen. Voor die toets is het lijstje van gezichtspunten van belang. Zij komt tot twee hoofdcategorieën van afwegingen, namelijk de afweging van ‘verwijten’ over en weer en de afweging van ‘belangen’ over en weer. Met verwijten bedoelt zij de aan de werkgever of de werknemer verwijtbare of toerekenbare omstandigheden.

Deze werkwijze kan mijns inziens ook op het onderhavige onderwerp slapende dienstverbanden worden toepast. De vraag naar de relevantie van de gezichtspunten is nu om te bepalen wanneer een langdurig zieke werknemer recht heeft op een transitievergoeding bij een wegens die ongeschiktheid niet meer ingevuld dienstverband. Of geplaatst in het kader van de omgekeerde Stoof-Mammoetredeneratie: wanneer is het voorstel van een langdurig zieke werknemer om het slapend dienstverband te beëindigen onder betaling van een (tot de compensatie beperkte) transitievergoeding redelijk en wanneer kan de werkgever dit in redelijkheid weigeren? Om deze vragen te kunnen beantwoorden is het van belang om te kijken naar de reden waarom de transitievergoeding is ingevoerd, namelijk enerzijds een compensatie voor het verlies van het dienstverband en anderzijds het bieden van een budget om de overgang naar ander betaald werk te faciliteren. De minister heeft verklaard dat deze redenen net zo goed gelden voor de langdurig zieke werknemer. [31] Anders gezegd, de invalshoek bij het bepalen van een gezichtspuntencatalogus zou nu een inventarisatie moeten zijn van de belangen van de werknemer resp. de werkgever bij het verbreken resp. in stand houden van het dienstverband in het licht van de rechtvaardiging voor de transitievergoeding, te weten compensatie voor het verlies van het dienstverband en budget voor re-integratie.

Aldus kom ik tot twee categorieën, namelijk compensatie en transitiebudget, waaronder ik

diverse gezichtspunten groepeer. Zonder de pretentie te hebben volledig te zijn geef ik hier een voorzet voor de gezichtspunten die kunnen vallen onder deze twee categorieën. Als inspiratie heb ik hiervoor de catalogus, zoals in 2009 ontwikkeld door de hoven, gebruikt.

Gezichtspunt compensatie:

1. de duur van het dienstverband;
2. de wijze van functioneren van de werknemer;
3. de geboden financiële compensatie tijdens de arbeidsongeschiktheid (bijvoorbeeld aanvulling loon, lengte van het (*doorbetaalde*) dienstverband na intreden arbeidsongeschiktheid, premievrije opbouw pensioen enzovoort);
4. de relatie tussen arbeidsongeschiktheid en werk;
5. de mogelijkheid tot compensatie op grond van de WCT (voor het geval het verzoek van de werknemer de compensatie overschrijdt of als er twijfels zijn of de compensatie überhaupt aan de orde is);
6. de financiële positie van de werkgever (bijvoorbeeld de draagkracht om de transitievergoeding voor te schieten, waarbij niet alleen gekeken moet worden naar het individuele geval, maar naar alle slapende dienstverbanden in de onderneming);
7. de financiële positie van de werknemer.

Bij dit laatste gezichtspunt heb ik nog wel een vraagteken, omdat de financiële positie van de werknemer los staat van het dienstverband en de compensatie die een werknemer in dat kader zou moeten of kunnen ontvangen.

Gezichtspunt transitiebudget:

1. de kans op re-integratie bij de eigen werkgever, waarbij de werkgever dient te onderbouwen dat het reëel is dat dit binnen een termijn van 26 weken mogelijk is in passend werk;
2. de inspanningen van de werkgever en de werknemer om binnen de onderneming van de werkgever ander (passend) werk te vinden (bijvoorbeeld door om- of bijscholing);
3. de kansen van de werknemer op het vinden van ander (passend) werk en de behoefte aan ondersteuning hierbij;
4. het al dan niet eigenrisicodragers zijn van de werkgever voor de WGA.

Deze catalogus ziet niet alleen op de omstandigheden die de werkgever betreffen, maar benoemen ook rechtstreeks die van de werknemer. Dit is, zoals aangegeven, niet direct het geval bij de toets van EVHN, de belangen van de werknemer kleuren enkel het EVHN van de werkgever, maar wegen naar mijn mening in deze toets niet voldoende mee. In feite wordt de brede kennelijk-onredelijk- ontslagtoetsing, waarbij alle omstandigheden van het geval worden betrokken, op deze manier getrokken in de huidige redelijkheidsbeoordeling. [32]

Het is interessant om te bezien hoe de onder vraag 3 besproken belangen van werkgevers in te passen zijn in deze catalogus.

Het argument dat het dienstverband in de toekomst nog ingevuld zou kunnen worden, past in categorie twee: transitiebudget. Bekeken kan daarbij ook worden op welke wijze werkgever en werknemer zich tot dan toe hebben ingespannen voor re-integratie. Heeft de werkgever het er helemaal bij laten zitten, dan heeft hij geen te rechtvaardigen belang bij voortzetting van het dienstverband, tenzij hij aannemelijk kan maken dat hij nu wél bereid is zich in te spannen. Heeft een werknemer zonder deugdelijke grond niet meegewerkt en de werkgever kan aannemelijk maken dat er wel mogelijkheden zijn, dan heeft de werkgever een in beginsel te respecteren belang bij voortzetting. Hebben beide partijen zich naar behoren ingespannen, dan legt dit gezichtspunt geen gewicht in de schaal, tenzij de werkgever eigenrisicodragers is voor de WGA en de werknemer onder zijn hoede wil houden om alle kansen te benutten om hem te re-integreren.

Het collectieve belang van het laag willen houden van de WW-premie valt in mijn ogen af, nu dit niet valt onder het gezichtspunt compensatie noch transitiebudget. Onduidelijkheid over de uitvoering van de regeling kan wel een te respecteren belang zijn onder omstandigheden, evenals het voorschietargument. Deze beide belangen vallen onder het onderwerp compensatie.

Met deze gezichtspunten komt er ook meer accent te liggen op het doel van de transitievergoeding om een budget te bieden voor het ondersteunen van de zoektocht naar ander werk. Dit is vooral van belang voor de arbeidsongeschikte werknemers die nog wel arbeidsmogelijkheden hebben en zich geconfronteerd zien met een slapend dienstverband dat weinig tot geen perspectief meer biedt op hervatting. Het enkele argument van een werkgever dat het dienstverband ooit nog wel eens ingevuld zou kunnen worden, zal het in de belangenafweging dan afleggen tegen dit belang van de werknemer.

De gezichtspunten kunnen richting geven, maar een weging van belangen blijft noodzakelijk. Dat betekent dat niet één gezichtspunt doorslaggevend is, maar dat er – zoals altijd in het arbeidsrecht – sprake zal zijn van een weging van alle omstandigheden van het geval. Wat de praktijk naar mijn idee daarbij zou helpen is als de Hoge Raad zich uitlaat over omstandigheden die wel of juist niet behoren mee te wegen bij het beoordelen van de vraag of de werkgever een voorstel in redelijkheid dient te aanvaarden.

Hoe zou het toepassen van de catalogus uitpakken in de Roermondse zaak?

Wat betreft het onderwerp compensatie spelen de volgende gezichtspunten. Het gaat hier om een lang dienstverband. Uit het vonnis blijkt niet hoe de werknemer heeft gefunctioneerd, maar laten wij aannemen dat dit naar behoren is geweest. Er wordt een relatie gesuggereerd tussen het zware werk en de arbeidsongeschiktheid, maar duidelijk is dit niet. Ook bevat de casus geen informatie over hoe partijen zich hebben opgesteld in het re-integratieproject; ik veronderstel dat hier geen bijzonderheden zijn te vermelden. Ook veronderstel ik dat er een cao van toepassing is, die voorziet in een bovenwettelijke aanvulling op het ziekengeld. De

werknemer verkeert in een slechte financiële positie. Voor de werkgever geldt dat hij een groot bedrag moet voorschieten als hij gedwongen zou worden om alle slapende dienstverbanden te moeten eindigen, hetgeen een behoorlijke aanslag op de liquiditeitspositie betekent.

Wat betreft het onderwerp transitiebudget geldt dat er, gelet op de IVA-status van de werknemer, geen mogelijkheden zijn tot hervatting, noch bij de eigen werkgever, noch bij een andere werkgever. Hier heeft de werknemer dus geen mee te wegen belang.

Deze omstandigheden afwegend kom ik tot de conclusie dat naar mijn mening een transitievergoeding in deze situatie niet gerechtvaardigd is, nu alleen het compensatie-element aan de orde is. Dit zou anders kunnen liggen als de werknemer een causaal verband aannemelijk kan maken tussen het door hem verrichte werk en zijn arbeidsbeperkingen. Ook kan dit anders liggen als de werknemer bereid is te wachten tot april 2020. Dan speelt het voorschietargument nog maar een beperkte rol.

Aan de hand van deze catalogus, kan de rechtspraak zich over dit onderwerp ontwikkelen.

5 Afronding

Als de Hoge Raad naar aanleiding van de gestelde prejudiciële vragen omstandigheden gaat benoemen waarbij de werkgever in redelijkheid moet ingaan op het voorstel van de werknemer om het dienstverband te beëindigen met betaling van een transitievergoeding (althans een bedrag gelijk aan de compensatie die de werkgever kan ontvangen op grond van de WCT), dan zou de Hoge Raad aansluiting kunnen zoeken bij de door de hoven in het kader van de kennelijk-onredelijk-ontslagrechtspraak ontwikkelde gezichtspuntencatalogus. Deze catalogus dient dan te worden toegesneden op de achterliggende gedachte van de transitievergoeding, te weten compensatie voor het verlies van het dienstverband en een vergoeding om de overstap naar ander werk te faciliteren. Het zou de praktijk helpen als de Hoge Raad zo veel mogelijk per omstandigheid/belang aangeeft wat het gewicht hiervan is in het kader van het bepalen van de vraag of een voorstel van de werknemer redelijk is en/of aanvaarding van het voorstel in redelijkheid wel of niet gevergd kan worden van de werkgever. Met name het uitsluiten van bepaalde belangen, waaronder het collectieve belang bij een lage WW-premie en het in stand houden van een dienstverband dat nauwelijks perspectief biedt op hervatting, zou veel discussie kunnen schelen. Deze duidelijkheid en het uitsluiten maar tegelijkertijd ook erkennen van bepaalde belangen, zou niet alleen de werknemers die in hetzelfde schuitje zitten waarin Boudidam destijds zat een dienst bewijzen, maar vooral de 70% van de WGA'ers die nog arbeidsmogelijkheden hebben en een transitievergoeding goed kunnen gebruiken. In tegenstelling tot de norm EVHN heeft de hier gepresenteerde gezichtspuntencatalogus oog voor de doelen die de transitievergoeding wil dienen: naast compensatie ook een budget voor transitie.

Mr. Erica Wits

Noten

- [1] HR 25 juni 1999, JAR 1999/149.
- [2] HR 15 februari 2008, JAR 2008/76 (*Wüstlich/Chrommaloy*).
- [3] Zie o.a. Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ1688 en JAR 2009/198. Deze lijn is geaccepteerd door de Hoge Raad in het arrest *Rutten/Breed*, HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472.
- [4] Besselink suggereerde al dat deze oude rechtspraak mogelijk aanknopingspunten biedt voor het bepalen of de werkgever het dienstverband slapend mag houden: P. Besselink, 'Slapende dienstverbanden wakker geschud door de compensatieregeling?', *TAP* 2019/3.
- [5] P. Besselink, 'Slapende dienstverbanden wakker geschud door de compensatieregeling?', *TAP* 2019/3.
- [6] Rb. Den Haag (vzr.) 28 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3109 en Ktr. Almelo 21 maart 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1021.
- [7] Wet van 11 juli 2018, houdende maatregelen met betrekking tot de transitievergoeding bij ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden of langdurige arbeidsongeschiktheid, *Stb.* 2018, 234.
- [8] Bijvoorbeeld met de redenatie van Fluit dat als de werkgever niet ingaat op het voorstel van de werknemer om akkoord te gaan met een beëindigingsregeling met een vergoeding ter hoogte van de compensatieregeling en de werkgever dit voorstel zonder deugdelijke grond heeft afgewezen, er sprake is van ernstige verwijtbaarheid van de werkgever, P.S. Fluit, 'Compensatieregeling bij langdurige arbeidsongeschiktheid', *TRA* 2019/25.
- [9] Zie ook de kantonrechter Almelo in zijn beschikking van 21 maart 2019 die bij zijn oordeel dat er geen sprake is van EVHN aan de kant van de werkgever mee laat wegen dat het op dit moment nog onduidelijk is of de werkgever een compensatie zal ontvangen. Ktr. Almelo 21 maart 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:1021 en O. van der Kind, AR 2019-0065 (annotatie bij de beschikking van het Scheidsgerecht van 27 december 2018).
- [10] *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 34.
- [11] Zie uitgebreid S.F. Sagel, 'Werk en zekerheid: ontslagrecht doen in tijden van hard and fast rules', (oratie Leiden) Leiden: Universiteit Leiden 2014, www.debrauw.com/wp-content/uploads/2014/10/Oratie-Sagel.pdf, p. 12 e.v. De additionele billijke vergoeding bestrijkt slechts een heel beperkt deel van het gehele redelijkheid- en billijkheidsspeelveld dat tot door de ontbindingsvergoeding van voor de Wwz werd afgedekt. De ontbindingsvergoeding nieuwe stijl compenseert slechts ernstig verwijtbaar handelen dat heeft geleid tot totstandkoming van de redelijke ontslaggrond waarop het ontslag is gebaseerd.
- [12] Het probleem kan wellicht ook via de cao worden opgelost: de werkgever kan hierin verplicht worden het dienstverband met een slapende werknemer op te zeggen, als bijv. re-

integratie is uitgesloten. Zie als voorbeeld de cao van het UWV 2016-2018, art. 9.4 lid 2.

[13] Deze benadering is al kort aan de orde geweest in en verworpen door Ktr. Maastricht 4 april 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:3208.

[14] Zie opnieuw Sagel a.w. die stelt dat werknemers onder het regime van de Wwz vaak aangewezen zullen zijn op (separate) aanvullende vordering ex art. 7:611 en 6:248 BW om echt recht te doen aan alle omstandigheden van het geval.

[15] Deze rechtspraak is onlangs nog eens overzichtelijk beschreven door R. Jonkmans, 'Passende arbeid, wat is dat?', *ArbeidsRecht* 2018/25.

[16] O. van der Kind, ARUpdates 2019-0065.

[17] HR 14 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1617.

[18] Op deze uitspraak is de nodige kritiek geuit, o.a. door K. Hakvoort, 'De gedeeltelijke transitievergoeding volgens de Hoge Raad', *ArbeidsRecht* 2018/51, P. Kruit 'Recht of rechtvaardigheid: over de pro rato transitievergoeding bij "deeltijdontslag"', annotatie AR Updates 2018-0516 en V. bij de Vaate en D. Pinedo in 'De pro rato transitievergoeding bij gedeeltelijk ontslag: de Hoge Raad gaat 'off-road'', *TvO* 2019, nr. 1.

[19] Wil een werknemer zijn voordeel doen met deze beschikking, dan dient hij wel te letten op de vervaltermijn! Zie Ktr. Amsterdam 3 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3304.

[20] ECLI:NL:RBDHA:2019:3109.

[21] M.L.G. Otto, 'Slapend dienstverband of slapende werknemers: goed werkgeverschap als doorbraak van de impasse?', *TRA* 2016/93.

[22] In de praktijk wenden werknemers zich soms na afloop van de loongerelateerde WGA-uitkering tot hun werkgever. Als zij hun restverdien capaciteit weten te benutten, komen zij in aanmerking voor een hogere uitkering.

[23] *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, 3, p. 2.

[24] *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, 3, p. 2.

[25] UWV monitor Arbeidsparticipatie 2018, 12 maart 2019.

[26] E. Verhulp, 'Slapende dienstverbanden? Laten slapen of wakker kussen?', *TRA* 2019/37.

[27] Natuurlijk moet de werkgever wel bijdragen via premiebetaling aan het Awf.

[28] P.S. Fluit, 'Compensatieregeling bij langdurige arbeidsongeschiktheid', *TRA* 2019/25.

[29] Zie o.a. Hof Arnhem-Leeuwarden 7 juli 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ1688 en JAR 2009/198. Deze lijn is geaccepteerd door de Hoge Raad in het arrest *Rutten/Breed*, HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4472.

[30] W.L. Roozendaal, 'Gezichtspunten bij kennelijk onredelijk ontslag: a long and winding road', AR Updates 2010-0272.

[31] *Kamerstukken II* 2016/17, 34699, 3, p. 2.

[32] De kennelijk-onredelijk-ontslagtoets is een lex specialis van de norm goed werkgeverschap; zie hiervoor uitgebreid S.F. Sagel, a.w. p. 13 e.v.